

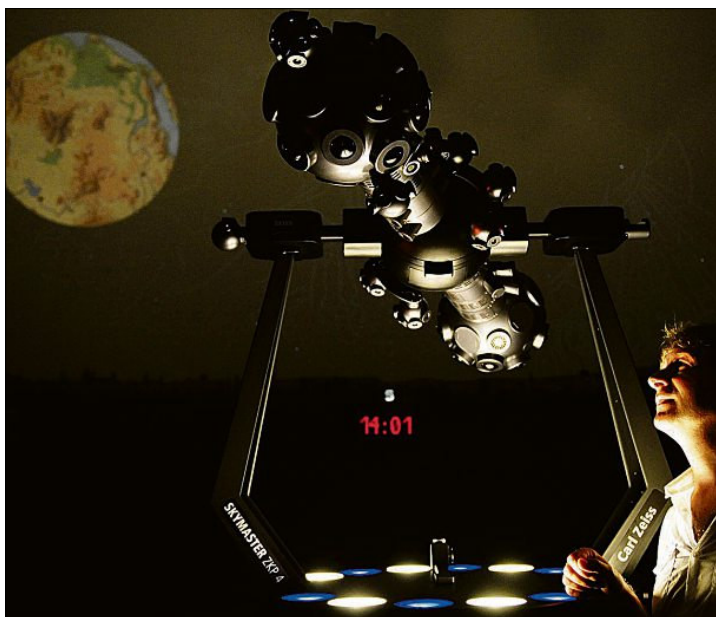
OLG Brandenburg zur Auslegung von öffentlichen Bauaufträgen

Bauwerke sind mehr als Stein und Mörtel

Ein öffentlicher Auftraggeber hat die Demontage einer veralteten Projektionstechnik und der Bestuhlung eines Planetariums sowie die Lieferung und Montage von neuen Geräten und Stühlen vergeben. Für die Lieferung und den Einbau der Projektionstechnik hat die Vergabestelle kein europaweites Vergabeverfahren nach VOL/A-EG, sondern ein freihändiges Verfahren nach VOB/A durchgeführt. Der Auftrag umfasste insbesondere die Lieferung und den Einbau eines Sternenprojektors für eine perforierte Planetariumskuppel, einer digitalen Ganzkuppelvideoprojektionsanlage sowie eines dazugehörigen Steuerpults. Die Gesamtkosten beliefen sich auf weniger als eine Million Euro.

Nachprüfung des Vergabeverfahrens

Einer der Bieter hat wegen seiner Nichtberücksichtigung um Rechtsschutz nachgesucht und einen Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens gestellt. Die zuständige Vergabekammer hat den Antrag daraufhin als unzulässig zurückgewiesen, weil der europäische Schwellenwert (aktuell: 5 Millionen Euro) für die Vergabe von Bauaufträgen deutlich unterschritten werde. Ein Nachprüfungsverfahren könne deshalb nicht eingeleitet werden. Gegen die ihn benachteiligende Entscheidung legte der unterlegene Bieter Beschwerde beim Brandenburgischen Oberlandesgericht



Ein Planetarium ist erst als „vollständig fertig“ anzusehen, wenn alle für den Betrieb des Planetariums notwendigen technischen Anlagen, also beispielsweise der Sternenprojektor, installiert sind.

(29. März 2012 – Az.: Verg W 2/12) ein. Ohne Erfolg.

Maßgeblich für die Frage, welche Leistungen zu einem Bauwerk zählen, ist die Erfüllung der wirtschaftlichen oder technischen

Funktion der gesamten Maßnahme, so der brandenburgische Vergabesenat. Wird ein Gebäude zu einem bestimmten Zweck errichtet, gehören damit alle Leistungen zu dem Bauwerk, die es funktions-

fähig machen. Deshalb gehören zu den Bauleistungen auch die Lieferung und Montage der für eine bauliche Anlage erforderlichen maschinellen und elektronischen und elektronischen

Anlagen und Anlagenteile. Zwar ist es nach Ansicht der brandenburgischen Richter nicht grundsätzlich sach- und interessensgerecht, jede spätere Ergänzung eines vollständig abgeschlossenen und bereits erfolgreich seiner bestimmungsgemäßen Nutzung übergebenen Bauvorhabens seinerseits als Bauauftrag zu betrachten. Jedoch fallen auch die Ergänzung und der Neueinbau von Anlagen in ein bestehendes Gebäude unter den Begriff der Bauleistung, wenn sie für den bestimmungsgemäßen Bestand der baulichen Anlage bzw. für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von wesentlicher Bedeutung sind.

Gegenstände und Gebäude bilden eine Einheit

Entscheidend ist, dass das Gebäude ohne die Anlagen noch nicht als vollständig fertig anzusehen wäre, wenn es neu errichtet würde. Für die Beantwortung der Frage, ob der Einbau von Anlagen für den bestimmungsgemäßen Bestand der baulichen Anlage bzw. für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von wesentlicher Bedeutung ist, muss auf die jeweilige Zweckbestimmung des Bauwerks abgestellt werden. Unbeachtlich ist dabei, ob die Anlagen wesentliche Bestandteile des Gebäudes werden und ob die elektronischen bzw. elektrischen Anlagen von dem Bauwerk abgetrennt und einer eigenständigen Nutzung zugeführt werden können. In Abgrenzung dazu stellt der

Einbau elektrotechnischer und elektronischer Anlagen dann keine Bauleistung dar, wenn die technische Anlage lediglich in dem Bauwerk untergebracht ist, das Bauwerk aber auch ohne sie nach seiner Zweckbestimmung funktionsfähig ist. Für den vergaberechtlichen Begriff des Bauauftrags kommt es auch nicht darauf an, ob die zu vergebende Leistung zivilrechtlich möglicherweise als Werkleistung oder als ein schlichter Kauf einzuordnen wäre. Ausschlaggebend ist nach Auffassung des brandenburgischen Vergabesenats, ob die zu beschaffenden Gegenstände mit dem damit auszustattenden Gebäude insoweit eine Einheit bilden, als sie zur Herbeiführung der Funktionsfähigkeit des Gebäudes erforderlich sind.

Im Fall des Planetariums lag deshalb ein öffentlicher Bauauftrag vor. Denn das vorhandene Gebäude war als „Gebäudehülle“ nicht als Planetarium nutzbar. Das Gebäude wird erst dadurch ein Planetarium, wenn eine Projektionstechnik vorhanden ist, die an der Kuppel den Sternenhimmel abbildet. Wenn die Alttechnik demontiert wird, ist das vorhandene Gebäude für seine Zweckbestimmung nicht mehr nutzbar. Das Projektionssystem und die Kuppel des Gebäudes bilden funktionell eine Einheit. Wird eines dieser beiden Elemente entfernt, wird das andere funktionslos, so das Brandenburgische Oberlandesgericht. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.



10. Nürnberger Vergaberechtstag am 6. Dezember 2012

Der Nürnberger Vergaberechtstag hat sich als „der Treff“ für Beschaffer und Vergabepraktiker in Bayern etabliert. Nutzen auch Sie die Gelegenheit zu aktuellen Vergabethemen mit Entscheidungsträgern aus Politik, Wirtschaft und Verwaltung sowie renommierten Top-Vergabexperten zu diskutieren.

Diese Themen erwarten Sie:

- > Die Schätzung des Auftragswertes vor Einleitung des Vergabeverfahrens
- > Die Prüfung und Wertung von Angeboten nach VOB/A bzw. VOL/A-EG
- > Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Aktuelle Rechtslage und zukünftige Entwicklungen
- > Der Umgang mit unvollständigen Angeboten nach VOL/A bzw. VOL/A-EG
- > Inhouse-Geschäfte und interkommunale Zusammenarbeit – neue Restriktionen in der Rechtsprechung?

Termin

Donnerstag, 6. Dezember 2012
8:30 – 15:30 Uhr

Veranstaltungsort

NH Hotel Nürnberg City
Bahnhofstraße 17-19 | 90402 Nürnberg

Tagungsgebühr

170 EUR zzgl. MwSt. Abonnenten der Bayerischen Staatszeitung erhalten 50 Prozent Nachlass.

Weitere Informationen finden Sie unter www.roedl.de/seminare.

Ihr Ansprechpartner

Rödl & Partner GbR
Frau Peggy Kretschmer
Äußere Sulzbacher Straße 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 02
E-Mail: peggy.kretschmer@roedl.de

Rödl & Partner

OLG München bestätigt Hilfsfunktion von externen Betonprüfleistungen

Prüfer ist kein Nachunternehmer

Im Rahmen einer Ortsumgehung hat eine Vergabestelle die Errichtung eines Brückenbauwerks im Offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. Im Aufforderungsschreiben war u.a. verlangt, dass das Formularblatt 235 EG „Verzeichnis der Unternehmerleistungen“ einzureichen war. Weiter war im Leistungsverzeichnis unter der Ordnungsziffer zur Überwachung des Einbaus von Beton folgendes wörtlich gefordert: „Leistungen zur Überwachung des Einbaus von Beton der Überwachungskategorie 2 nach DIN 1045-3 durch vom AG anerkannte Prüfstelle auf der Baustelle durchführen“.

Das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen reichte kein Formular 235 EG für die vorgenannte Ordnungsziffer ein. Ein nichtberücksichtigter Bieter monierte daraufhin, dass der Ausschreibungsgewinner vergaberechtswidrig keinen Nachunter-

nehmer für die Betonprüfungen benannt hat und leitete ein Nachprüfungsverfahren ein.

Das zuletzt mit dem Fall befasste Oberlandesgericht München (12.10.2012 – Az.: Verg 16/12) hat dem Antragsteller nicht zugestimmt. Im Freistaat Bayern bestehen nach Ansicht der Münchner Richter insoweit nur drei Prüfstellen, welche die in der ausgeschriebenen Ordnungsziffer aufgeführten Betonprüfleistungen erfüllen.

Nachunternehmer steht nur in Beziehung zum Bieter

Keine der Prüfstellen ist jedoch als Nachunternehmer einzuordnen. Denn als Nachunternehmer wird nur ein Unternehmen bezeichnet, das Teile der ausgeschriebenen und vom Bieter zu erbringenden Leistung ausführt,

ohne selbst in einem unmittelbaren vertraglichen Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber zu stehen, so der bayerische Vergabesenat. Ein Nachunternehmer steht nur zum Bieter in Vertragsbeziehung, nicht zur Vergabestelle. Unternehmer, die selbst keine Teile der in Auftrag gegebenen Bauleistung erbringen, sondern in Hilfsfunktionen tätig sind oder Hilfsleistungen übernehmen, sind schon begrifflich keine Nachunternehmer.

Dementsprechend fallen die Leistungen anerkannter Stellen zur Betonprüfung nicht unter Nachunternehmerleistungen, weil die Prüfung nicht durch den Bieter selbst erbracht werden kann. Die ausgeschriebenen Betonprüfleistungen waren vom öffentlichen Auftraggeber anerkannten Prüfstellen vorbehalten, zu denen die einzelnen Bieterunternehmen selbst nicht gezählt haben.

> HOLGER SCHRÖDER

Vergabekammer Sachsen zur rechtzeitigen Rügepflicht von Bietern

Nicht nach Dienstschluss bitte!

Vermeintliche Vergaberechtsverstöße müssen von Unternehmen, die an einem Vergabewettbewerb teilnehmen, grundsätzlich unverzüglich nach deren Kenntnis gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber gerügt werden (§ 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 GWB). Andernfalls ist den Unternehmen die Möglichkeit einer zulässigen Nachprüfung des Vergabeverfahrens verwehrt. In einem von der Vergabekammer Sachsen (11. April 2012 – 1/SVK/005-12) entschiedenen Sachverhalt, wurde ein Bieter mit postalischem Vorabinformationsschreiben vom 22. Februar 2012, tatsächlich zugegangen am 24. Februar 2012, über seine Nichtberücksichtigung durch die Vergabestelle informiert.

Mit dem Zugang des Schreibens am 24. Februar 2012 bestand nach Ansicht der sächsischen Vergabe-

kammer beim Bieter Kenntnis von den von ihm geltend gemachten Vergaberechtsverstößen. Daraufhin rügte der Bieter mit einem erst am Freitag, den 2. März 2012 um 16.36 Uhr übermitteltes Telefaxschreiben seine Nichtberücksichtigung und stellte anschließend einen Nachprüfungsantrag. Allerdings ohne Erfolg.

Rüge gilt erst am nächsten Arbeitstag

Denn nach Auffassung der Vergabekammer Sachsen stellt die Rüge nach § 107 Absatz 3 GWB eine so genannte geschäftsmäßige Handlung dar, auf welche die bürgerlich-rechtliche Zugangsvorschrift (§ 130 BGB) entsprechend anzuwenden sei. Demnach sei die

Rüge erst dann zugegangen, wenn sie so in den Bereich des öffentlichen Auftraggebers gelangt sei, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen. Folglich gelte eine nach Dienstschluss bei der Vergabestelle eingehende Rüge, erst am nächsten Arbeitstag als zugegangen, wobei Sonntage und Feiertage bei der Ermittlung der Zeitdauer bis zum Rügevortrag einzuschließen seien.

In dem Streitfall galt die von dem Bieter erhobene Verfahrens-rüge erst am Montag, den 5. März 2012 als zugegangen und überschritt somit die von der sächsischen Vergabekammer als Obergrenze für die Beanstandung von Vergabeverstößen „durchschnittlichen“ „Zuschnitts“ anerkannte Regelfrist von einer Woche.

> HOLGER SCHRÖDER