

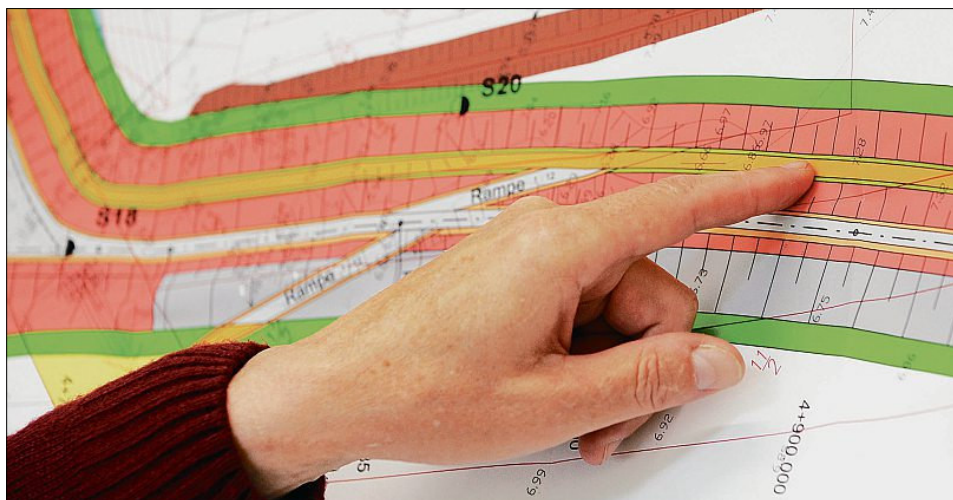
OLG München zur Ausschreibungspflicht von Baukonzessionären

Planungsleistungen europaweit vergeben

Baukonzessionen sind Verträge über die Durchführung eines öffentlichen Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage besteht. Ein Baukonzessionär gilt von Gesetzes wegen als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts (vgl. § 98 Nummer 6 GWB).

Einen solchen Sachverhalt hatte vor kurzem das Oberlandesgericht München mit Beschluss vom 5. April 2012 (Az.: Verg 3/12) zu entscheiden. Danach schrieb der Freistaat Bayern im Jahr 2007 eine Baukonzession für die Gestaltung des Hochschulcampus Garching aus. Mit der Baukonzession zur Planung, Finanzierung, Errichtung und zum Betrieb der Hochschulgebäude wurde 2008 ein privates Bieterkonsortium beauftragt. Für die Vergabe der notwendigen Planungsleistungen hat der Baukonzessionär allerdings kein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt.

Er war der Meinung, dass er als Baukonzessionär lediglich für die Vergabe von Bauaufträgen nach der VOB/A an das Vergaberecht gebunden sei. Hiergegen hat sich ein Konkurrent gewandt und ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Mit Erfolg. Denn der bayerische Vergabesenat hat geurteilt, dass das Gesetz vom Wortlaut her keinerlei Begrenzungen im Hinblick auf die Art der zu vergebenden Aufträge enthält. Erfasst werden vielmehr alle Aufträge, die der Baukonzessionär seinerseits zur Erfüllung seiner Verpflichtun-



Bevor gebaut wird, wird geplant.

FOTO DAPD

gen aus dem Konzessionsvertrag erbringt, wenn er diejenigen Leistungen, die Gegenstand der Baukonzession sind, nicht selbst leistet.

Die öffentliche Auftraggebereigenschaft des Baukonzessionärs gilt dabei hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen an Dritte. Dies gilt aber nur für solche Aufträge, die von dem Baukonzessionär gerade in dieser Eigenschaft und zur Erfüllung der ihm vom ursprünglichen Auftraggeber übertragenen Verpflichtungen verge-

ben werden, so die Münchner Richter. Aufträge an Dritte, die nicht der Erfüllung der Verpflichtungen des Baukonzessionärs aus der Baukonzession dienen, fallen nicht unter die öffentliche Auftraggebereigenschaft. Würde der Baukonzessionär nicht seinerseits zum öffentlichen Auftraggeber, so wäre die Vergabe von Bauleistungen auf dieser Stufe dem Wettbewerb entzogen. Nach dem Oberlandesgericht München fungiert der Baukonzessionär quasi als verlängerter Arm des

Konzessionsgebers. Es würde dem Sinn des § 98 Nummer 6 GWB widersprechen, wenn der Baukonzessionär allein dadurch, dass er die Planung getrennt von der Bauleistung ausschreibt, vom (vergaberechtspflichtigen) öffentlichen Auftraggeber zum (vergaberechtsfreien) privaten Auftraggeber mutieren könnte.

Es ist nach Ansicht des bayerischen Vergabesenats kein Grund ersichtlich, weshalb der Baukonzessionär hier anders zu beurteilen sein sollte als der originäre öf-

fentliche Auftraggeber, der ihm die Planung und Bauleistung übertragen hat und der zu einer Ausschreibung auch der Planung als Dienstleistung verpflichtet wäre. Letztlich besteht der Sinn der Baukonzession darin, die öffentliche Auftraggebereigenschaft von der Vergabestelle auf den Baukonzessionär im Rahmen der übertragenen Aufgaben zu verlagern. > **HOLGER SCHRÖDER**

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Vergabestelle muss bei Nebenangeboten nachfordern

Öffentliche Auftraggeber müssen bei der Vergabe von Bauleistungen geforderte, aber fehlende Erklärungen oder Nachweise zwingend von den Bietern nachverlangen, wenn das Angebot nicht anderweitig auszuschließen ist (§ 16 Absatz 1 die Nummer 3 VOB/A). Das Oberlandesgericht Naumburg (23.2.2012 – Az.: 2 Verg 15/11) hat hierzu entschieden, dass die Nachforderungspflicht nicht allein für Hauptangebote gilt, sondern auch für Nebenangebote. In den §§ 16, 16a VOB/A wird der Begriff der Angebote als Oberbegriff für Haupt- und Nebenangebote verwendet. Dies entspricht dem Grundsatz, dass Haupt- und Nebenangebote grundsätzlich nach denselben Kriterien zu bewerten sind.

Dort, wo lediglich Hauptangebote gemeint sind (zum Beispiel § 16 Nummer 7 VOB/A) bzw. wo sich eine Regelung ausschließlich auf Nebenangebote bezieht (beispielsweise § 16a Absatz 3 VOB/A), wird dies durch Verwendung der entsprechenden Begriffe deutlich zum Ausdruck gebracht. Dies – so der sachsen-anhaltinische Vergabesenat – beweist auch eine Kontrollüberlegung.

Würde sich die Nachforderungspflicht lediglich auf Hauptangebote erstrecken, dann würde in der VOB/A eine Rechtsgrundlage fehlen, unvollständige Nebenangebote – mit Ausnahme fehlender Preisangaben – von der Wertung auszuschließen. Eine anderslautende Bestimmung in den Vergabeunterlagen, wonach unvollständige Nebenangebote dem Ausschluss unterliegen, wäre dann möglicherweise angreifbar.

> **HOLGER SCHRÖDER**

KG Berlin zu den Voraussetzungen einer Auftragsperre

Vergabesperre bei Bauvergaben

Vergabesperren eines öffentlichen Auftraggebers bedürfen keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Dies entschied das Kammergericht Berlin am 8. Dezember 2011 (Az.: 2 U 11/11). Die Verhängung einer Vergabe- oder Auftragsperre erklärt dem betroffenen Unternehmen, dass es für eine Auftragserteilung vorerst nicht mehr in Betracht kommt und die Erstellung eines Angebo-

tes aus Sicht der Vergabestelle von vornherein überflüssig ist.

Dem vorgenannten Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Bauunternehmer beteiligte sich an Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers und hat den Zuschlag für ein Bauvorhaben erhalten. Im Rahmen dieses Bauprojekts waren für den Bauunternehmer wiederholt Nachunternehmer tätig, ohne dass dem

Subunternehmer einseitig seitens des öffentlichen Auftraggebers zugestimmt worden war. Der öffentliche Auftraggeber hat dies zum Anlass genommen, eine auf sechs Monate befristete Vergabesperre auszusprechen.

Die Berliner Richter haben geurteilt, dass die Möglichkeit einer Vergabesperre grundsätzlich anerkannt ist. Sie beruht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit,

der auch für einen öffentlichen Auftraggeber gilt. Er ist zwar an die vergaberechtlichen Bestimmungen gebunden, danach aber nicht gehalten, Angebote von Unternehmen einzuholen, die er generell für unzuverlässig einordnen darf. Insbesondere Rechtsverstöße von einigem Gewicht, die sich unmittelbar auf die Auftragsdurchführung beziehen, können die Grundlage für eine Vergabe-

perre sein. Für eine Vergabesperre außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens müssen die Umstände, auf welche die Sperre gestützt wird, allerdings geeignet sein, den Ausschluss generell zu rechtfertigen. Hingegen ist es nicht erforderlich, dass sich die Unzuverlässigkeit aus besonders schweren Verfehlungen ergibt. Dementsprechend ist eine strafrechtliche Verurteilung keine Vo-

oraussetzungen für eine Vergabesperre.

Ein entgegen den vertraglichen Bestimmungen erfolgender Einsatz von Nachunternehmern ist ein schwerwiegender Rechtsverstoß. Mehrfache vertragswidrige Nachunternehmer-Einsätze können die Annahme einer generellen Unzuverlässigkeit eines Unternehmens begründen, so die Berliner Richter. > **HOLGER SCHRÖDER**

3 auf einen Klick

DIE NEUEN ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular
Server24

Kommunal
druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Prager Straße 1, 82008 Unterhaching
Tel: (+49) 89/69 39 07-0
E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de
Web: www.staatsanzeiger-eservices.de



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG