

Unmittelbares wirtschaftliches Interesse ist notwendig

Grundstücksverkauf ist kein öffentlicher Auftrag

Nachdem der Gerichtshof der Europäischen Union bereits im März dieses Jahres den Kommunen bei Immobiliengeschäften mehr Spielraum im Hinblick auf die (Nicht-)Anwendbarkeit des Vergaberechts eingeräumt hat (vgl. Bayerische Staatszeitung vom 16. April 2010, Seite 18), ziehen nun die deutschen Gerichte nach. So hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf (Beschluss vom 9.6.2010 – Az.: Verg 9/10) vor Kurzem entschieden, dass der Abschluss eines städtebaulichen Vertrages über ein Bebauungs- und Nutzungskonzept unter bestimmten Bedingungen nicht dem Vergaberecht unterfällt.

Auftragnehmer ist zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet

Die Düsseldorfer Richter haben hierzu festgestellt, dass ein öffentlicher Bauauftrag voraussetzt, dass

- a) ein schriftlicher Vertrag, der
- b) entweder entgeltlich oder in Form einer Baukonzession geschlossen wird und durch den
- c) der Auftragnehmer zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet wird. Ferner muss die Bauleistung
- d) für den öffentlichen Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse aufweisen.

Während die drei erstgenannten Voraussetzungen in der Praxis oftmals vorliegen, ist das Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses schwerer zu beurteilen. Ein solches Interesse liegt in fünf Fallgruppen vor:

- 1. die Vergabestelle erwirbt Eigentum an dem Bauwerk,
- 2. der öffentliche Auftraggeber soll über einen Rechtstitel verfügen, der ihm die Verfügbarkeit



Wenn eine Kommune ein Stück Land verkauft, muss sie genau die Vorschriften beachten.

FOTO BILDERBOX

der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrages sind, im Hinblick auf die öffentliche Zweckbestimmung sichert,

- 3. der öffentliche Auftraggeber soll wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen können,
- 4. die Vergabestelle beteiligt sich finanziell an der Erstellung des

Bauwerks und 5. der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks.

Vor diesem Hintergrund bieten beispielsweise Parkplätze einem öffentlichen Auftraggeber nur dann einen wirtschaftlichen Vorteil, wenn sie von ihm auch

selbst, etwa als Behördenparkplatz, oder aufgrund eines Rechtstitels von der Öffentlichkeit genutzt werden sollen. Auch die bloße Ausübung städtebaulicher Regelzuständigkeiten begründet grundsätzlich kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse. Allerdings kann eine finanzielle Beteiligung im oben ge-

nannten Sinne anzunehmen sein, wenn ein öffentliches Grundstück unter Marktwert verkauft wird. Insoweit ist die so genannte Grundstücksmitteilung der Europäischen Kommission zu beachten. Darin wird insbesondere ausgeführt, dass der Verkauf eines Grundstücks dann beihilfefrei ist, wenn er zum Marktpreis erfolgt.

Der Nachweis, dass der Marktpreis gezahlt wurde, kann entweder durch ein hinreichend publiziertes, transparentes und diskriminierungsfreies Bieterverfahren oder mithilfe eines objektiven Wertgutachtens eines allgemein anerkannten Sachverständigen geführt werden.

> HOLGER SCHRÖDER

Weite Auslegung des Nachunternehmerbegriffs im Vergaberecht möglich

Ist der Vorlieferant ein Nachunternehmer?

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf (16.12.2009 – Verg 32/09) hatte die Frage zu entscheiden, ob unter den Begriff des Nachunternehmers auch ein so genannter Vorlieferant fallen kann. Als Nachunternehmer gilt grundsätzlich derjenige, der einen Teil der vom Bieter geschuldeten Leistung übernimmt. Der Vorlieferant hingegen erbringt lediglich Zuarbeiten oder Hilfsfunktionen, auf deren Grundlage der Bieter die geschuldete Leistung erfüllt. Wichtig ist

dieser Aspekt u.a. für den Nachweis der Eignung eines Bieters beziehungsweise Bewerbers.

Denn seit der Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien in § 7 EG Abs. 9 VOL/A bzw. § 6a Abs. 10 VOB/A steht den Bietern die Möglichkeit offen, sich zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen zu bedienen. Deshalb kann nach Meinung der Düsseldorfer Richter der von einem öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung

der Anforderungen an die Eignung gewählte Begriff des „Nachunternehmers“ nicht in einem rein national geprägten, zivilrechtlichen Sinne zu verstehen sein. So kann der durch Auslegung zu ermittelnde wirkliche und erkennbare Wille der Vergabestelle ergeben, dass auch ein Vorlieferant als „Nachunternehmer“ gemeint sein kann.

Dies ist der Fall, wenn zum Beispiel die durch die Vergabestelle zu beschaffenden Geräte, etwa Digitalfunkgeräte, nicht nur

von wenigen Herstellern, sondern auch von reinen Vertriebsunternehmen angeboten werden, die ihrerseits von Vorlieferanten beziehen müssen.

In einem solchen Sachverhalt steht für den öffentlichen Auftraggeber erkennbar nicht die Ausgestaltung der zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen den nicht zu den Herstellern zählenden Bietern und ihren Vorlieferanten im Vordergrund. Für die von der Vergabestelle zu treffende Prognoseentscheidung hinsicht-

lich der Leistungsfähigkeit (zum Beispiel mittels der Beurteilung von Referenzen), ob ein Bieter in der Lage sein würde, einen ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß zu erfüllen, ist vielmehr von ausschlaggebendem Interesse, dass der Bieter selbst beziehungsweise der Vorlieferant, bei dem der Bieter die Geräte bezieht, die erforderlichen Referenzen vorweisen kann.

Dabei kommt es für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit nicht darauf an, ob der Bieter

selbst, der Vorlieferant oder aber ein drittes Unternehmen, welches seinerseits die Geräte von dem Vorlieferanten bezieht, Vertragspartner des Referenzauftraggebers war. Sämtliche vorgenannten Konstellationen sind für die Vergabestelle in gleicher Weise geeignet, als Indikator für die Prognose der Leistungsfähigkeit des Bieters herangezogen zu werden.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Gestuftes Prüfungsverfahren zum Zwecke des Mittelstandsschutzes

Einzel- oder Gesamtlosvergabe?

Nach dem im vergangenen Jahr neu gefassten § 97 Abs. 3 GWB sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind demzufolge in der Menge aufgeteilt (so genannte Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (so genannte Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Damit bezweckt der Gesetzgeber eine Stärkung des Mittelstandsschutzes. Dies soll dadurch erreicht werden, indem eine Losvergabe grundsätzlich zu erfolgen hat und nur in begründeten Ausnahmefällen davon abgewichen werden kann. Sofern öffentliche Auftraggeber ausnahmsweise wirtschaftliche oder technische Gründe für eine Gesamtvergabe reklamieren können, haben sie

diese aktenkundig zu dokumentieren.

Unabhängig von dem in § 97 Abs. 3 GWB vorgesehenen Grundsatz der Auftragssteilung steht jedoch jeder Vergabestelle frei, die aususchreibende Leistung nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in dieser – den selbst definierten Zwecken entsprechenden – Gestalt den Wettbewerb zu eröffnen.

Gestaltungsfreiheit der Vergabestelle muss klar definiert sein

Daran hat auch die Novellierung des § 97 Abs. 3 GWB nichts geändert. Vor diesem Hintergrund hat das Oberlandesgericht Celle (26.4.2010 - 13 Verg 4/10)

jüngst entschieden, dass im Rahmen einer zweistufigen Prüfung zunächst festzustellen ist, ob das der Ausschreibung zugrunde gelegte Leistungsprofil der Gestaltungsfreiheit der Vergabestelle unterfällt oder ob innerhalb dieses Dispositionsrahmens eine weitere Zerlegung in Teil- und Fachlose möglich wäre.

Entscheidend dafür sind die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Ziele und Zwecke im Rahmen einer funktionalen Betrachtung. Ergibt diese, dass die benötigte Leistung auch in Form einer Losvergabe erbracht werden kann, ist auf der zweiten Stufe im Rahmen einer Einzelfallabwägung zu untersuchen, ob die Vergabestelle sich auf besondere Gründe stützen kann, wonach sie zur Vermeidung erheblicher Nachteile von einer losweisen Vergabe absehen darf.

> HOLGER SCHRÖDER

> Alle Ausschreibungen auf einen Klick

Auf der e-Vergabepattform baysol.de finden Sie alle im Bayerischen Staatsanzeiger veröffentlichten Bekanntmachungen. Recherchieren Sie gezielt nach den für Sie relevanten Ausschreibungen:

www.baysol.de

- > Zielgenaue Auftragsuche
- > Schnelle und komfortable Volltextsuche
- > Über 1.300 registrierte Vergabestellen
- > Bis zu 85% Einsparung durch preiswerten Download von Vergabeunterlagen

Staatsanzeiger
ONLINELOGISTIK
Ein Unternehmen der Bayerischen Staatsregierung