

Oberlandesgericht Düsseldorf zum Begriff des öffentlichen Bauauftrags

Auf den vertraglichen Schwerpunkt kommt es an

Eine Vergabestelle schrieb die Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr mit einem geschätzten Netto-Auftragswert von rund 2,3 Millionen Euro mit nationaler Bekanntmachung öffentlich nach der VOB/A aus. Der Auftrag umfasste den Kauf, die Montage, den Aufbau und die Einführung einer vollständigen Digitalalarm-Infrastruktur einschließlich der leistungsfähigen Systembestandteile. Neben verschiedenen Montagearbeiten waren unter anderem Antennenmasten zu liefern und fachgerecht zu errichten, 3000 digitale Endgeräte zu liefern, Schulungen für Systemadministratoren durchzuführen sowie Systemserviceleistungen zu erbringen.

Ein Unternehmer rügte die Wahl der öffentlichen Ausschreibung als fehlerhaft. Er war der Ansicht, dass kein Bauauftrag nach der VOB/A vorliege, sondern ein Liefer- und Dienstleistungsauftrag, der europaweit ausgeschrieben werden müsse. Die Vergabekammer Rheinland bestätigte die Rechtsansicht des Unternehmers. Der öffentliche Auftraggeber wiederum griff die Entscheidung beim nordrhein-westfälischen Vergabesenat an. Jedoch ohne Erfolg.

Die Lieferleistung ist die Hauptleistung des Auftrags

Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 16. Oktober 2019 – Verg 66/18) urteilte, dass vorliegend der für Liefer- und Dienstleistungsaufträge gültige EU-Schwellenwert von 214 000 Euro maßgeblich ist. Anders als die Vergabestelle meinte, handelt es sich bei dem streitgegenständlichen Auftrag über die Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr um einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag und um keinen öffentlichen Bauauftrag, für den ein EU-Schwellenwert von 5,35 Millionen Euro gilt. Der ausgeschriebene Auftrag enthält sowohl Elemente eines Dienstleistungsauftrags (zum Beispiel Service und Schulungen), als auch eines Lieferauftrags (beispielsweise der digitalen Endgeräte) und eines Bauauftrags (zum Beispiel Errichtung von Antennenmasten). In einem solchen Fall richtet sich die maßgebliche Auftragsart gemäß § 110 Abs. 1 GWB nach dem Hauptgegen-



Um die Vergabe eines Alarmierungssystems mit 3000 digitalen Endgeräten gab es Streit.

FOTO: DPA/PETER KNEFFEL

stand des Vertrags. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den öffentlichen Auftrag als solchen prägen, und nicht auf die Verpflichtung bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Vertragsgegenstand folgen. Der jeweilige Wert der dabei zu erbringenden Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung

des Hauptgegenstands zu berücksichtigen sind. Entscheidend ist die funktionale Zuordnung der Leistungen zum jeweiligen Vertragstyp und deren gegenständliche, vertragliche Bedeutung. Gemessen daran ist der Hauptgegenstand hier nicht als Bauleistung, sondern als Liefer- beziehungsweise Dienstleistung zu qualifizieren. Zwar steht die Installation von Antennenmasten an Gebäuden und deren Anschluss

an den vorhandenen Blitzschutz sowie die damit verbundenen Arbeiten an den Gebäuden (zum Beispiel Stemm- und Schlitzarbeiten, Verlegung von Kabeltrassen) im Zusammenhang mit Elektroinstallationen im Sinne von Klasse 45.31 des Anhangs II der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Allerdings bilden die genannten Bauleistungen nicht den Hauptgegenstand. Schwerpunkt des hier zu vergebenden Auftrags und dessen

prägender Teil ist die Bereitstellung eines flächendeckenden digitalen Funknetzes. Die hierfür erforderliche Infrastruktur an Alarmierungstechnik umfasst die Lieferung der benötigten Hard- und Software. Hierzu zählen vor allem die 3000 digitalen Endgeräte mit einem Wert von fast 40 Prozent des Gesamtauftragswerts. Demgegenüber machen die Bau- und Dienstleistungen wertmäßig nur jeweils einen Anteil von etwa 10 Prozent am Gesamtauftragswert aus. Die zu erbringenden Montageleistungen mit ihren geringfügigen Eingriffen in die Bausubstanz stellen Nebenleistungen dar, die lediglich zum Funktionieren des digitalen Funknetzes beitragen und bloß von untergeordneter Bedeutung sind. Schließlich sind die auftragsgegenständlichen Leistungen auch nicht für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von wesentlicher Bedeutung.

Die Liefergegenstände stehen in keinem Zusammenhang mit einer Bauleistung

Die Liefergegenstände stehen in keinem Funktionszusammenhang mit einer Bauleistung, etwa, weil die zur Erfüllung eines Bauauftrags nötigen Bauteile geliefert werden oder der Beschaffungsgegenstand für die Herstellung eines funktionsfähigen Gebäudes mit seinem spezifischen Nutzungszweck erforderlich ist. Die Antennenmasten und die digitalen Komponenten sind nicht speziell auf die Situation der Gebäude zugeschnitten, an denen sie errichtet werden, und weisen keinen funktionalen Zusammenhang zu den Gebäuden (überwiegend Feuerwehrgerätehäuser, Wasserhochbehälter, Aussichtstürme) auf, so der Düsseldorfer Vergabesenat.

Liefergegenstände stehen in keinem Zusammenhang mit einer Bauleistung

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Gesetzentwurf zur Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie

Auftraggeber verpflichtet

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) hatte bereits im August vergangenen Jahres einen „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie der Europäischen Kommission“ vorgelegt, der sich auch auf das Vergaberecht auswirkt. Artikel 1 des Entwurfs sieht dazu eine Ergänzung von § 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) vor, der Pflichten der öffentlichen Hand unter anderem im Rahmen der Beschaffung regelt.

Nach § 45 Abs. 2 KrWG-E sollen bestimmte öffentliche Auftraggeber künftig verpflichtet sein, bei der Beschaffung von Material und Gebrauchsgütern und bei Bauvorhaben sowie sonstigen Aufträgen solchen Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die in bestimmten Verfahren hergestellt wurden oder bestimmte Eigenschaften aufweisen.

Bislang gilt hierfür nur eine Prüfpflicht, ob und in welchem Umfang bestimmte Erzeugnisse verwendet werden können.

Nach mehreren Änderungen ist der Gesetzentwurf am 12. Februar 2020 im Kabinett beschlossen und dem Bundesrat zugeleitet worden (vgl. Regierungsentwurf der Bundesregierung als BR-Drs. 88/20 vom 21. Februar 2020).

Danach soll es zwar bei der schon im Referentenentwurf vom August vorgesehenen Umwandlung der Prüfpflicht in eine Bevorzugungspflicht für bestimmte Erzeugnisse bleiben (vgl. § 45 Abs. 2 KrWG). Allerdings soll die Bevorzugungspflicht nun keine Rechtsansprüche Dritter begründen. Eine Ausnahme von der Bevorzugungspflicht soll bei der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern und bei Bauvorhaben sowie sonstigen Aufträgen mit verteidigungs- oder sicherheitsspezifischem Bezug sowie bei sonstigen Aufträgen, soweit diese für die Einsatzfähigkeit der Bundeswehr erforderlich sind, bestehen. Hierfür bleibt es bei der Prüfpflicht, ob und in welchem Umfang die aufgeführten Erzeugnisse eingesetzt werden können.

Ergänzt wurde zudem die Formulierung, dass vergaberechtliche Vorschriften zu beachten sind, soweit sie anzuwenden sind und dass § 7 BHO unberührt bleibt.

Der Regierungsentwurf ist inzwischen im Bundesrat an den Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (federführend), den Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz, den Ausschuss für Innere Angelegenheiten, den Wirtschaftsausschuss und den Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung überwiesen worden. > FV

Beschaffung beschleunigen und Vergabestatistik optimieren

Bundesrat muss zustimmen

Der Bundestag hatte den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik am 30. Januar 2020 angenommen. Im Nachgang dazu hat nun auch der Bundesrat beschlossen, dem Gesetzentwurf zuzustimmen (vgl. BR-Drs. 45/20 (Beschluss) vom 14. Februar

2020). Gleichzeitig hat der Bundesrat eine Entschließung gefasst. Danach begrüßt er die Änderungen für Vergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit, da diese zu einer Beschleunigung der Vergabeprozesse für die militärischen und zivilen Sicherheitsbehörden beitragen. Darüber hinaus bittet er die Bundesregierung, bei der künftigen Fortentwicklung der

vergaberechtlichen Bestimmungen darauf zu achten, zusätzliche Bürokratie für öffentliche Auftraggeber und Unternehmen zu vermeiden. Dem ging die Befassung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats mit dem Gesetzentwurf voraus, der empfohlen hatte, dem Gesetzentwurf zuzustimmen und die erwähnte Entschließung zu fassen. > FV

Durchführung von Vergabeverfahren für Architekten-, Ingenieur- und Projektsteuerleistungen nach VgV 2016

- rechtssicher
- kompetent
- schnell
- kostengünstig

Rechtsanwälte Prof. Dr. Rauch & Partner mbB
Hoppestraße 7, 93049 Regensburg
www.prof-rauch-baurecht.de



Ausschreibungen in Bayern

Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

BayVeBe
Anbindung

Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe
- GAEB online



Staatsanzeiger
eServices

Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung

www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de