

Seite: 16
 Ressort: Wirtschaft

Mediengattung: Wochenzeitung
 Auflage: 17.996 (gedruckt) ¹ 16.132 (verkauft) ¹
 17.056 (verbreitet) ¹

¹ IVW 1/2012

Vergabekammer Niedersachsen zu kritischen Aufgaben

Arbeiten müssen selbst ausgeführt werden

Ein öffentlicher Auftraggeber hat unter anderem eine Stahlverbundbrücke als Behelfsbauwerk und einen Tunnel in zwei zusammengefassten Losen im offenen Verfahren nach der VOB/A-EU europaweit ausgeschrieben. Die Hauptleistungen dafür mussten durch den Bieter selbst erbracht werden. Dazu hat die Vergabestelle verkehrliche, volkswirtschaftliche und technische Argumente sowie Gründe der Qualitätssicherung durch Vermeidung der Beteiligung eines fachfremden Generalunternehmers in der Vergabeakte dokumentiert. Ein Bauunternehmer beanstandete die Selbstausführung als rechtswidrig. Sie könne nur ausnahmsweise für bestimmte kritische Aufgaben bei einem durch den konkreten Einzelfall veranlassten berechtigten Interesse vorgeschrieben werden. Insbesondere könne die Gesamtvergabe mehrerer Lose kein Argument dafür sein, einzelne Lose als bestimmte kritische Aufgaben eines Gesamtauftrags anzusehen. Nach der Nichtabhilfe der Verfahrensrüge beantragte der Bauunternehmer die Nachprüfung. Ohne Erfolg.

Besonders anspruchsvolle Aufgaben
 Die Vergabekammer Niedersachsen (Beschluss vom 14. Oktober 2022 – VgK-17/2022) stellte fest, dass der vorliegende Auftragsgegenstand auch unter Berücksichtigung des strengen Ausnahmeharakters des § 6d EU Abs. 4 VOB/A ein Selbstausführungsgebot durchaus trägt. Die vertragsgegenständlichen Teilleistungen sind als besonders anspruchsvolle und durchaus kritische Aufgaben zu qualifizieren. Die Vergabestelle hat sich bei der Festlegung im Rahmen des den öffentlichen Auftraggebern zukommenden Beurteilungs- und Ermessensspielraums gehalten. Sie hat daher zu Recht entschieden, welche kritischen Aufgaben vom Auftragnehmer selbst durchzuführen sind.

Zwar steht es den Bietern grundsätzlich frei zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Unterauftragnehmer im Auftragsfall einsetzen wollen. Das Ver-

gaberecht kennt grundsätzlich kein Selbstausführungsgebot oder Fremdausführungsverbot des Bieters. Solange der Bieter nachweisen kann, dass der Unterauftragnehmer die Leistungen im Zuschlagsfall übernimmt, darf er sich auf die Kapazitäten des Unterauftragnehmers stützen. Die Möglichkeit eines Unterauftragnehmereinsatzes soll für einen umfassenden Wettbewerb sorgen und auch kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen eröffnen. Demgemäß darf der öffentliche Auftraggeber im Grundsatz auch keine Bedingungen vorgeben, die den Einsatz von Unterauftragnehmern einschränken. Diese vorgenannten Grundsätze gelten nach der europäischen Rechtsprechung jedoch nicht uneingeschränkt. Liegen im Einzelfall außergewöhnliche Umstände vor, sodass die Zusammenfassung von Kapazitäten nicht den Anforderungen des Auftrags genügt und sich damit nicht für eine Übertragung auf einen Unterauftragnehmer eignet, kann eine Unterauftragsvergabe unzulässig sein.

Dementsprechend besteht mit § 6d EU Abs. 4 VOB/A für bestimmte Ausnahmefälle ein Selbstausführungsgebot. Bei diesem Gebot handelt es sich um eine Ausführungsbestimmung nach § 128 Abs. 2 GWB, die nicht in der Auftragsbekanntmachung benannt werden muss, sondern auch in den Vergabeunterlagen aufgeführt werden darf. Der öffentliche Auftraggeber kann somit vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben bei Bauaufträgen direkt vom Bieter selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen. Schon der Wortlaut besagt, dass „nur bestimmte kritische Aufgaben“, nicht aber ein kompletter Auftrag dem Selbstausführungsgebot unterworfen werden dürfen.

Prinzipien der Verhältnismäßigkeit wahren

Mit Blick auf das Regel-Ausnahme-Ver-

hältnis muss der Begriff der „kritischen Aufgabe“ zwar grundsätzlich eng ausgelegt werden. Bei der Qualifizierung einer Aufgabe als „kritisch“ steht dem öffentlichen Auftraggeber aber in Beachtung vor allem der Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und des Wettbewerbs ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, der einer Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist. Vom öffentlichen Auftraggeber ist außerdem zu verlangen, dass er die Gründe, warum eine bestimmte Aufgabe über das übliche Maß bei entsprechenden Aufgaben hinaus besonders kritisch ist, herausarbeitet und entsprechend in der Vergabeakte dokumentiert. Nach Meinung der niedersächsischen Vergabekammer genügten hier die in der Vergabeakte dokumentierten Gründe für das Selbstausführungsgebot. Als verkehrliche und volkswirtschaftliche Gründe hat die Vergabestelle insbesondere angeführt, dass das Bauwerk eine Restnutzungsdauer bis Ende 2023 habe. Infolge von Verzögerungen im Planfeststellungsverfahren könne der ursprüngliche Fertigstellungs- und Inbetriebnahmetermin des Behelfsbauwerks (Ende 2023) nicht mehr gehalten werden. Es werde von einer Überschreitung der Restnutzungsdauer bis April 2024 ausgegangen. Sollte das Hilfsbauwerk bis zu diesem Zeitpunkt nicht fertiggestellt werden, komme es zu einer immer weiteren und starken Steigerung des Risikos von erforderlich werdenden Kompensationsmaßnahmen in Form von (Teil-) Sperrungen des Bauwerks, woraus sich unmittelbar verkehrlich unhaltbare Zustände im städtischen Straßennetz ergeben würden. In einer Untersuchung sei für den Fall der Sperrung ein volkswirtschaftlicher Mehraufwand durch vermeidbare Reisezeiterhöhungen und zusätzliche Betriebskosten der Fahrzeuge ermittelt worden.

Als technische Gründe hat der öffentliche Auftraggeber unter anderem angeführt, dass aufgrund der innerstädti-

schen Lage und der somit sehr beengten Platzverhältnisse ein Teil des Behelfsbauwerks direkt neben dem derzeitigen Bestandsbauwerk auf der Verbauwand der späteren Tunnelbaugrube gegründet wird. Behelfsbauwerk und Baugrubenverbau könnten aus statischer Sicht sowie im Hinblick auf die Herstellung

und Gewährleistung einer dichten Baugrube nicht voneinander getrennt werden. Insgesamt würden sich starke räumliche, statische sowie zeitliche Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Bauleistungen ergeben. Infolge statischer Abhängigkeiten sowie komplexer Zusammenhänge und Auswir-

kungen stellt auch der Tunnelbau eine kritische Leistung dar, so die Lüneburger Nachprüfungsbehörde. > holger Schröder

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

Wörter:

749

Urheberinformation:

DIZdigital: Alle Rechte vorbehalten – Verlag Bayerische Staatszeitung, München