

Betreibervertrag für Kindergarten ist Dienstleistungsauftrag!

1. Unabhängig von der Praxis der Vergabe von Betreiberverträgen für Kindergärten in Deutschland und der (empfundenen Un-)Geeignetheit der zur Verfügung stehenden Verfahren hat diese unter Beachtung des Vergaberechts zu erfolgen, sofern dessen Anwendungsbereich im Übrigen eröffnet ist.

2. Dass Verträge über den Betrieb von Kindertagesstätten stark öffentlich-rechtlich geprägt sind (hieran für eine Konzessionseigenschaft anknüpfend das OVG Niedersachsen, Beschluss vom 29.10.2018 – 10 ME 363/18, IBRRS 2018, 3677 = NVwZ 2019, 656), ist bei der gebotenen europarechtskonformen Auslegung des § 103 Abs. 4 GWB unerheblich, da das EU-Recht eine derartige Unterscheidung nicht kennt (vgl. Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 und 9 Richtlinie 2014/24/EU; EuGH, Urteil vom 12.07.2001 – Rs. C-399/98, Rz. 65 f., IBRRS 2002, 0203 = NZBau 2001, 512).

OLG Jena, Beschluss vom 09.04.2021 – Verg 2/20, Volltext: IBRRS 2021, 2060

GWB §§ 97, 103 Abs. 1, 4, § 105 Abs. 1, 2, § 106 Abs. 2 Nr. 1, §§ 107 ff., 130

Problem/Sachverhalt

Bereits 2020 entschied die VK Thüringen, dass ein Vertrag hinsichtlich des Betriebs eines Kindergartens europaweit auszuschreiben ist (Beschluss vom 28.10.2020 – 250-4003-4720/2020-E-009-SLF, IBRRS 2020, 3552). Gegen den Beschluss der Vergabekammer legte die unterlegene Kommune sofortige Beschwerde ein. Die Kommune stellte sich u. a. auf den Standpunkt, dass der Betrieb eines Kindergartens nicht eines Vergabeverfahrens bedürfe. Es handle sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Gestalt einer (Unterschwellen-) Dienstleistungskonzession.

Entscheidung

Das Gericht bestätigte die Entscheidung der VK Thüringen mit Blick auf die Regelung des § 130 GWB i.V.m. Anhang XIV Richtlinie 2014/24/EU und die zugehörigen Erläuterungen der EU-Kommission. Diese benennen die „Kinderbetreuung in Tagesstätten“ (CPV 2008 Erläuterungen, S. 43) exemplarisch. Bei dem **Betreibervertrag** handle es sich zudem um **keine Dienstleistungskonzession** i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Ein **Betriebsrisiko** sei **nicht zu erkennen**. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass der Freistaat Thüringen die Kosten für beitragsfreie Kindergartenjahre übernimmt. Die Anforderungen für einen **Dienstleistungsauftrag** i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB sah das Gericht – ebenso wie eine gegebene Überschreitung des nach § 106 Abs. 2

Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 d Richtlinie 2014/24/EU maßgeblichen Schwellenwerts von 750.000 Euro – für gegeben an.

Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG Jena kann mit Blick auf die bisherige Praxis der Vergabe von Betreiberverträgen für Kindergärten als eine Grundsatzentscheidung angesehen werden. Diese stellt die Kommunen, wenn diese sich bei der Aufgabe der Bedarfsdeckung an Kindergartenplätzen Dritter bedienen, vor neue Herausforderungen. Eine Beachtung des Vergaberechts ist hier ungeachtet der bisher häufig geübten Praxis der Nichtbeachtung dringend anzuraten. Die europarechtlichen Vorgaben sind insoweit eindeutig. Für eine aus Sicht der kommunalen Praxis unter Umständen rechtspolitisch wünschenswerte Ausdehnung der Ausnahmen der §§ 107 ff. GWB durch gesetzliche Bestimmungen außerhalb des Vergaberechts durch Bundes- oder Landesgesetzgeber ist – worauf auch das Gericht hinwies – kein Raum.

RA Dr. Sebastian Dewaldt, Erfurt

ibr-online-Links:

IBR 2016, 471: OLG Düsseldorf – Im Zweifelsfall ist es ein Dienstleistungsauftrag!

IBR 2011, 285: OLG München – Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession

Wie viele Lose verträgt ein Alarmierungssystem?

Bei der Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr können der Bau bzw. die eventuell erforderliche Ertüchtigung vorhandener Antennenmasten, die Erstellung des Systems für die digitale Alarmierung und die erforderlichen Systemservice- und Wartungsleistungen voneinander getrennt werden und müssen daher in Fachlosen vergeben werden (entgegen OLG Düsseldorf, IBR 2019, 690).

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11.11.2020 – 15 Verg 6/20, Volltext: IBRRS 2021, 1892

GWB § 97 Abs. 4

Problem/Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schreibt die Errichtung der Infrastruktur eines digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr aus. Der Leistungsumfang erfasst die Lieferung und Installation der zentralen Systemtechnik sowie der Netzinfrastruktur einschließlich Antennen. Die Send- und Empfangsanlagen erhalten einen separaten Blitzschutz. Die Arbeiten umfassen u. a. die Ertüchtigung vorhandener Antennenmasten. Ferner werden für den Zeitraum von 48 Monaten Service- und Wartungsleistungen der Systemtechnik verlangt. Ein Bieter rügt die unterlassene Bildung von Fachlosen. Installations- und Serviceleistungen könnten problemlos unabhängig ausgeschrieben werden. Für Serviceleistungen sei eine getrennte Vergabe üblich. Die Vergabekammer (VK) weist den Nachprüfungsantrag zurück. Sie folgt der Argumentation des AG, die Errichtung der Infrastruktur der digitalen Alarmierung lasse keine Losbildung zu, damit ein reibungslos funktionierendes Gesamtsystem entstehe. Das Risiko kleinster Inkompatibilitäten müsse nicht eingegangen werden.

Entscheidung

Die gegen den Beschluss der VK gerichtete sofortige Beschwerde hat Erfolg. Es liegt nach Auffassung des OLG ein Verstoß gegen das Gebot der Fachlosbildung aus § 97 Abs. 4 GWB vor. Dies gelte sowohl für die **Montage von Antennenmasten** mit den damit verbundenen Blitzschutz- und Elektrikerarbeiten als auch für die **Service- und Wartungsleistungen** des in Betrieb genommenen Alarmierungssystems. Die Leistungen **sind teilbar**. Es gebe Unternehmen, die diese Leistungen ausführen könnten. Der AG hat keine überwiegenden wirtschaftlichen und technischen Gründe für eine Gesamtvergabe vorgebracht. Einer Fachlosbildung bezogen auf die Service- und Wartungsleistungen steht auch der Umstand, dass diese Leistungen systemabhängig

sind und deshalb erst nach Beauftragung des Fachlosen für das digitale Alarmierungssystem einschließlich der Infrastruktur vergeben werden können, nicht entgegen. Die Vergabe dieses Loses hat zeitlich versetzt zu erfolgen. Die Schwierigkeit, Mängel des digitalen Alarmierungssystems von einer nicht mangelbedingten Wartungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit während der Gewährleistungsphase abzugrenzen, rechtfertigt eine Gesamtvergabe für einen Zeitraum von 48 Monaten nicht.

Praxishinweis

Die Entscheidung zeigt, dass eine Gesamtvergabe teilbarer Leistungen nur bei Vorliegen der in § 97 Abs. 4 GWB genannten Voraussetzungen zulässig ist. Vorrangig vor der Prüfung einer Losbildung ist die Feststellung der Auftragsart. Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass es sich bei der Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems um einen Lieferauftrag mit Dienstleistungselementen handelt. Hieraus folgt, dass die Bauleistungen im Zusammenhang mit der Montage der Systemtechnik in der Leitstelle und den Standorten im Kreisgebiet als Nebenleistung gem. § 103 Abs. 2 Satz 2 GWB anzusehen sind. Es bedarf keiner Losbildung. Ob die Antennenmasten als Bestandteil des digitalen Alarmierungssystems angesehen werden, ist eine technische Frage. Bei der Bildung eines Fachlosen für Wartungs- und Serviceleistungen stellt sich die grundsätzliche Frage der Reichweite des Gebots der Fachlosbildung. Das OLG Karlsruhe kann sich beim Ansatz, Service- und Wartungsleistungen nicht über einen längeren Zeitraum dem Wettbewerb zu entziehen, auch auf den Wettbewerbsgrundsatz stützen. Bei digitalen Alarmierungssystemen fehlt es jedoch wegen der Systemgebundenheit der Service- und Wartungsleistungen an einem herstellerunabhängigen Markt für solche Leistungen.

RA Dr. Sönke Anders, Stuttgart

Fehlverhalten eingestanden: Auftraggeber muss Bieter anhören!

Gesteht ein Bieter ein, dass er in einem früheren Vertrag eine wesentliche Anforderung erheblich oder fortlaufend mangelhaft erfüllt hat, muss der Auftraggeber ihm die Gelegenheit geben, die Maßnahmen darzulegen, die geeignet sind, weiteres Fehlverhalten zu verhindern.

VK Lüneburg, Beschluss vom 05.02.2021 – VgK-50/2020, Volltext: IBRRS 2021, 1907

GWB § 124 Abs. 1 Nr. 7, § 125 Abs. 1 Nr. 3

Problem/Sachverhalt

Ein Landkreis schreibt die Abholung und Verwertung von Altholz der Kategorien A I bis A III für das Jahr 2021 europaweit im offenen Verfahren aus. Das Angebot eines Bieters schließt der Landkreis mit der Begründung aus, dass er einen früheren Auftrag wiederholt mangelhaft erfüllt habe. Damals habe der Landkreis schließlich ein Drittunternehmen mit der Abholung und Verwertung beauftragen müssen. Der Bieter wehrt sich. Zunächst im Wesentlichen mit der Begründung, dass er sich bei dem früheren Auftrag vertragsgerecht verhalten habe und es dort auch um stärker belastetes Altholz der Kategorie IV gegangen sei, dass ihm letztlich nur eine unwesentliche Bagatelle vorgehalten werde. Dann schwenkt der Bieter jedoch um und gesteht eine wesentliche Verletzung des damaligen Vertrags ein. Er habe für sein jetziges Angebot Nachunternehmer eingebunden und sichergestellt, dass ausreichende Kapazitäten zur Verfügung stehen werden.

Entscheidung

Der Nachprüfungsantrag des Bieters hat Erfolg! Der Landkreis hat den Sachverhalt nur unvollständig gewürdigt. Ein Angebotsausschluss ist wegen der Selbstreinigungsregelung des § 125 GWB nicht nur die Strafe für früheres Fehlverhalten. Bei eingestandenem früherem Fehlverhalten hat der Auftraggeber dem potenziellen Auftragnehmer auch **aufzuzeigen**, ob die von ihm eingeleiteten **Schritte zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ausreichend** sind oder in welchem Umfang **noch Nachbesserungen erforderlich** sind, um wieder uneingeschränkt an weiteren Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Diese **differenzierte Wertung** fehlt hier. Der Bieter kann sich daher mit Erfolg darauf berufen, er sei nicht eigens angehört worden. Dies entspricht auch den europarechtlichen Vorgaben des EuGH. Zwar bezieht sich die vom EuGH (IBR 2020, 190) geforderte Kommunikation über Fehler vor dem

Ausschluss darauf, dass ein Auftraggeber die vorzeitige Beendigung eines Vertrags durch einen anderen Auftraggeber nicht ungeprüft übernehmen solle, sondern den Bieter zum Ausschluss anhören müsse. Die war hier nicht erforderlich, weil der alte und der neue öffentliche Auftraggeber identisch sind. Aber wenn der Ausschluss gerechtfertigt gewesen ist, soll der Auftraggeber den Bieter nach dieser EuGH-Entscheidung auch zu den von ihm getroffenen Abhilfemaßnahmen anhören, bevor er ihn ausschließt. Daran fehlt es hier. Weiter hat der EuGH (IBR 2021, 139) entschieden, dass diese Informationen über die Leistungsverbesserung **nicht unaufgefordert vom Bieter vorzulegen**, sondern vom Auftraggeber zu erfragen sind, sofern sich eine solche Vorlageverpflichtung nicht aus einer Rechtsvorschrift oder aus den Auftragsunterlagen ergibt.

Praxishinweis

Öffentlichen Auftraggebern ist angesichts der Rechtsprechung des EuGH dringend anzuraten, in die Vergabeunterlagen standardmäßig eine Verpflichtung zur Darlegung einer Selbstreinigung aufzunehmen, sofern der Bieter einmal von einer Ausschreibung ausgeschlossen worden ist. Und auch behördenintern gilt: Im Austausch bleiben! Hier erfolgte das erstmalige Eingeständnis des Fehlverhaltens scheinbar schon im Juli 2020, also wohl im Rahmen der Auseinandersetzung über die zivilrechtlichen Rechtsfolgen des schlecht erfüllten Altvertrags.

RA Dr. Ingo Wittchen, Hamburg

ibr-online-Links:

IBR 2021, 139: EuGH – Nachweis der Selbstreinigung muss nicht unaufgefordert erfolgen!

IBR 2019, 84: EuGH – Selbstreinigung setzt aktive Zusammenarbeit voraus!