

Deponiespezifische Fragen des Vergaberechts

Kora Betz, Katja Gnittke

Rechtsanwälte [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]

Landfill-specific questions of the public procurement law

Abstract

When awarding contracts for landfill construction and operating services, numerous legal questions are posed, due in no small part to the complex and multi-faceted nature of the process of awarding landfill-specific services. The following text aims at addressing a number of typical questions that arise in practice from the perspective of procurement law.

Inhaltsangabe

Bei der Vergabe von Bauleistungen und Bewirtschaftungsleistungen von Deponien stellen sich zahlreiche Rechtsfragen. Diese resultieren nicht zuletzt aus der Komplexität und Vielgesichtigkeit der Vergabe von deponiespezifischen Leistungen. Im Folgenden sollen einige typische, in der Praxis auftretende vergaberechtliche Fragestellungen aufgegriffen werden.

Keywords

Deponiebau- und Deponiebewirtschaftungsleistungen, Recht der Auftragsvergabe, Schwellenwerte, Losaufteilung, VOB/A

Landfill construction and operating services, public procurement law, contract thresholds, division into lots, German construction contract procedures

1 Leistungsgegenstand und Auftragsart

Die vergaberechtlichen Regelungen unterscheiden zwischen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen. Allen gemeinsam ist, dass es sich um entgeltliche Verträge über die Erbringung einer Leistung handelt. Die Einordnung eines Auftrages unter eine bestimmte Auftragsart ist für die Frage wichtig, welche Verdingungsordnung anwendbar ist und welcher Schwellenwert gilt.

1.1 Freiberufliche Leistungen

Nach Beendigung der Ablagerung auf Deponien muss der Deponiebetreiber während der Stilllegungsphase zunächst eine Sanierungs- und Rekultivierungsplanung erstellen. Bei Planungsleistungen handelt es sich häufig um freiberufliche Leistungen, die – sofern sie nicht abschließend beschreibbar sind - nach den Vorgaben der VOF zu vergeben sind. Die VOF findet nur im Bereich oberhalb der Schwellenwerte Anwendung.

1.2 Bauleistungen

Von der Legaldefinition für Bauaufträge in § 99 Abs. 3 GWB werden Planung und Ausführung aller Bauvorhaben und Bauwerke sowie die Erbringung von Bauleistungen erfasst.

Für die temporäre oder endgültige Oberflächenabdichtung sind verschiedene Leistungen notwendig. Zum Einbau der mineralischen Dichtung und der Kunststoffdichtungsbahn sowie der Rekultivierungsschicht kann der Bau von Gräben, Wegebau sowie der Bau von Entgasungssystemen hinzukommen. Bei diesen Leistungen handelt es sich um Bauleistungen, für die grundsätzlich die VOB/A einschlägig ist. Oberhalb der Schwellenwerte gilt der 2. Abschnitt der VOB/A. Unterhalb der Schwellenwerte gilt Abschnitt 1 der VOB.

1.3 Dienst- und Lieferleistungen

Lieferaufträge sind gemäß § 99 Abs. 2 GWB Aufträge, die die Beschaffung von Waren betreffen. Dienstleistungsaufträge werden in § 99 GWB nicht definiert und sind folglich durch eine negative Abgrenzung zu Bau- und Lieferaufträgen zu bestimmen.

Die Lieferung verschiedener Materialien oder die Entsorgung von Bodenaushub können ebenso wie Leistungen der Eingangsverwiegung oder des Abfalleinbaus nach der VOL/A zu vergeben sein. Unterhalb der Schwellenwerte gilt hier der 1. Abschnitt der VOL/A. Oberhalb der Schwellenwerte gilt der 2. Abschnitt der VOL/A.

1.4 Gemischte Verträge

Die Abgrenzung der einzelnen Auftragsarten kann sich schwierig gestalten, wenn komplexe Aufträge gleichzeitig Elemente verschiedener Auftragsarten beinhalten (gemischte Verträge). Zwar wird die gemeinsame Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in der Regel nicht zielführend sein, da die Planung im Sanierungsplan festgelegt und mit der zuständigen Behörde vor Durchführung der Bauleistungen erst abgestimmt werden muss. Liegt die Sanierungsplanung jedoch vor und ist die Verwendung bestimmter Materialien, z.B. für die Kunststoffabdichtungsbahn oder die mineralische Dichtung vorgesehen, können die Durchführung der Baumaßnahmen und die Lieferung des Materials gemeinsam vergeben werden. Deponiebewirtschaftungsleistungen können mit Bauleistungen verknüpft sein, wenn es beispielsweise darum geht, die Verwaltungsgebäude oder die Sanitärbereiche auszubauen oder neu zu errichten.

Die Abgrenzung der Auftragsart erfolgt nach dem Schwerpunkt der Leistung. Bei der Einschätzung muss sich der Auftraggeber im Vorfeld der Ausschreibung über die Qualifikation des Auftrages und der Auftragsteile, den Schwerpunkt der Leistung und den

Wert der einzelnen Auftragsteile klar werden. Ein wichtiger Faktor für die Beurteilung des Schwerpunktes des Auftrages ist der Wert der Auftragsteile.

Soweit der Schwerpunkt des Vertrages in der Bauleistung liegt, können auch Elemente der Dienstleistung oder der Lieferleistung im Auftrag mitenthalten sein (z.B. die Erstellung der Genehmigungsplanung oder die Lieferung von Materialien), ohne dass der Charakter als Bauauftrag entfällt.

Wird die Stilllegung, Sanierung und Rekultivierung von Deponieflächen zusammen mit Bewirtschaftungs- und Betreiberleistungen vergeben, ist die VOL/A anzuwenden, wenn der überwiegende Wert des Auftrages in den Betreiberleistungen liegt.¹

2 Schwellenwerte

Die Ermittlung des Schwellenwertes ist zur Feststellung, welche Pflichten den Auftraggeber treffen, ebenso relevant, wie bei der Beurteilung, welche Rechtschutzmöglichkeiten Bietern zur Verfügung stehen.

Die Schwellenwerte betragen nach dem Inkrafttreten der Änderungen der VgV am 01.01.2006 für Liefer- und Dienstleistungen in der Regel 211.000,00 € und für Bauleistungen 5.278.000,00 €. Die Berechnung der Schwellenwerte erfolgt auf Grundlage von § 3 VgV. Es ist von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehenen Leistungen auszugehen. Die Schätzung erfolgt auf Grundlage einer Prognose zum Zeitpunkt der Absendung der Vergabebekanntmachung. Zugrunde zu legen ist die Nettoauftragssumme aller Lose und Optionen. Durch die jüngste Änderung der VgV wurde klargestellt, dass bei der Berechnung des Auftragswertes auch Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen sind. Bei der Schätzung des Auftragswertes von Bauleistungen ist außer dem Auftragswert der Bauaufträge auch der geschätzte Wert der Lieferungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistung erforderlich sind und vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden (§ 3 Abs. 7 VgV).

Bei der Bestimmung, ob ein Auftrag den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet, stellt sich regelmäßig die Frage, welche Leistungen zu betrachten sind, ob einzelne Leistungsbestandteile bei der Betrachtung außen vor gelassen werden können und ob ein Auftrag in mehrere Teile gegliedert werden kann. § 3 Abs. 2 VgV bestimmt, dass der Wert eines Auftrags nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden darf, ihn der Anwendung dieser Bestimmung zu entziehen.

Nach § 3 Abs. 2 VgV sind nur Aufsplittungen einer Maßnahme zum Zweck der Umgehung der GWB Vergabenachprüfung unzulässig.² Der Nachweis einer Umgehungsab-

¹ VK Thüringen, Beschluss vom 28.03.2003, 216-4003.20-003/03-ABG.

sicht setzt voraus, dass eine Baumaßnahme dergestalt aufgeteilt wird, dass einzelne sich in Wirklichkeit als Los eines einzelnen Bauwerks darstellende Aufträge vergeben werden und die Aufteilung dieser einen baulichen Anlage nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist.³ Eine Umgehungsabsicht liegt nicht vor, wenn die Aufteilung der Leistungen aus sachlichen Gründen geboten ist. Maßgebliches Kriterium dafür, dass einzelne Aufträge nicht als Lose eines einzelnen Auftrages anzusehen sind, ist, dass die jeweiligen Aufträge unterschiedliche wirtschaftliche und technische Funktionen erfüllen und damit unterschiedlichen Zielen dienen. Festgemacht wird dies daran, ob zwischen den Teilleistungen ein zwingender technischer und praktischer Zusammenhang besteht. Bei Bauleistungen ist darauf abzustellen, ob ein einzelnes Bauwerk eine eigenständige wirtschaftlich-technische Funktion erfüllt.⁴

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass der Gesamtwert der Oberflächenabdichtung zugrunde zu legen ist. Für die Betrachtung des Gesamtwertes eines Oberflächenabdichtungssystems spricht, dass es sich bei der Oberflächenabdichtung um eine Baumaßnahme handelt, die einen Zweck, nämlich die Abdichtung nach den gesetzlichen und untergesetzlichen Anforderungen erfüllt. Die Funktionsfähigkeit der Oberflächenabdichtung kann nur insgesamt beurteilt werden. Eine andere Beurteilung kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn die verschiedenen Komponenten zeitlich versetzt ohne technischen Zusammenhang gebaut werden können.

Für Deponieabschnitte hat die Vergabekammer Brandenburg ausdrücklich entschieden, dass eine Zusammenrechnung des Wertes der Oberflächenabdichtung aller Bauabschnitte der Deponie nicht in jedem Fall erforderlich ist.⁵ Die Vergabekammer geht davon aus, dass bei den einzelnen Bauabschnitten kein einheitliches Bauwerk vorliegt. Nach Auffassung der Vergabekammer ist nur der Wert der Arbeiten zu summieren, die in jedem einzelnen Bauabschnitt verwirklicht werden, wenn die Verfüllung der einzelnen Deponieabschnitte nur durch räumlich und zeitlich getrennte Bauabschnitte zu realisieren ist.

² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.11.2001, Verg 38/01.

³ OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.08.2002, Verg W 4/02

⁴ VK Brandenburg, Beschluss vom 25.03.2003, VK 21/03.

⁵ VK Brandenburg, Beschluss vom 11.07.2004, VK 19/04.

3 Vorgaben für die Leistung

Der Umgang mit Deponien ist geprägt durch das Gefährdungspotential, das von ihnen ausgeht. Dies macht die Durchführung von Deponiebaumaßnahmen und -bewirtschaftungsleistungen zu einer besonders sensiblen Leistung, deren Besonderheiten bereits bei der Konzeption und Vorbereitung der Auftragsvergabe zu berücksichtigen ist.

3.1 Leistungsbeschreibung

Bei der Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung stellt sich gerade für Deponiebaumaßnahmen die Frage, inwieweit Vorgaben spezifiziert werden müssen und dürfen. Insoweit besteht ein Spannungsfeld zwischen der Verpflichtung zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung einerseits und dem Gebot der wettbewerbsneutralen und nicht diskriminierenden Beschreibung der Leistung andererseits.

Die Pflicht der Vergabestelle gem. § 9 Nr. 1 VOB/A zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung hat bieterschützenden Charakter, denn sie dient dazu, dem Bieter eine klare Kalkulationsgrundlage zu bieten.⁶ Verstößt die Vergabestelle gegen diese Verpflichtung, so hat der Bieter oberhalb der Schwellenwerte des § 2 VgV die Möglichkeit, vor der Vergabekammer die Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens unter Verwendung einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung durchzusetzen. Das gilt allerdings nur, wenn der Bieter gerade durch die mangelhafte Leistungsbeschreibung an der Abgabe eines erfolversprechenden Angebotes gehindert wurde. Allein dann kann der Bieter erfolgreich geltend machen, dass ihm durch die behauptete Vergaberechtsverletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies ist gem. § 107 Abs. 2 S. 2 GWB Voraussetzung für die zulässige Stellung eines Nachprüfungsantrags.

Die Vergabestelle ist grundsätzlich frei, die von ihr zu beschaffenden Leistungen zu definieren. Ob überhaupt ein Bedarf besteht und durch welche Leistung dieser Bedarf gedeckt werden soll, liegt allein in der Entscheidungskompetenz der Vergabestellen. Das Vergaberecht regelt nicht, welchen Gegenstand oder welche Dienstleistung ein öffentlicher Auftraggeber beschafft, sondern nur die Durchführung einer Beschaffung, zu der sich ein öffentlicher Auftraggeber entschieden hat.⁷

Die Freiheit des Auftraggebers bei der Beschreibung der zu beschaffenden Leistungen findet allerdings ihre Grenzen in den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der

⁶ VK Bund, Beschluss vom 06.03.2002, VK 1-05/02.

⁷ VK Lüneburg, Beschluss vom 18.12.2003, 203-VgK-35/2003.

Transparenz, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs.⁸ Er darf also seiner Verpflichtung zur erschöpfenden Leistungsbeschreibung nicht ohne Weiteres dadurch nachkommen, dass er genaue Verfahren für die Baumaßnahmen und spezielle Materialien oder Produkte, die zur Errichtung des Abdichtungssystems eingesetzt werden sollen, vorgibt. Denn solche Vorgaben könnten den Wettbewerb unnötig beschränken und Anbieter, die andere aber gleich geeignete Verfahrensweisen oder Produkte anbieten, ohne sachlichen Grund diskriminieren.

Diesem Gedanken trägt auch § 9 Nr. 5 VOB/A Rechnung, indem er das Vorschreiben bestimmter Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmter Ursprungsorte und Bezugsquellen nur dann erlaubt, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist. Außerdem dürfen Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z.B. Markennamen, Warenzeichen, Patente) nur ausnahmsweise und dann nur mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ verwendet werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen nicht möglich ist.

Eine Vorgabe für bestimmte einzusetzende Erzeugnisse oder besondere Bauverfahrensweisen setzt also voraus, dass die Vergabestelle diese Forderungen auf sachliche Gründe stützen kann. Solche sachlichen Gründe können sich zum Beispiel aus der vorgesehenen Folgenutzung einer Altdeponie ergeben. Ist beispielsweise die Aufforstung der ehemaligen Deponiefläche vorgesehen, so können sich daraus besondere Anforderungen an die Wurzelresistenz der Oberflächenabdichtungsschicht ergeben und zu einer Einschränkung von Verfahrensweisen und Materialien führen.

Besondere Anforderungen an die einzusetzenden Baumaterialien ergeben sich auch aus Nr. 10.4.1.1. TAsi. Es gelten die Material- und Prüfanforderungen des Anhangs E der TA Abfall. Außerdem dürfen nur Kunststoffdichtungsbahnen verwendet werden, die für Deponieabdichtungssysteme zugelassen sind.

Bei deponiespezifischen Leistungen werden sich besondere Anforderungen häufig auch schon aus den entsprechenden Vorgaben der Genehmigungsbehörde ergeben. Soweit diese spezielle Verfahrensweisen vorschreibt, besteht ein sachlicher Grund, die Anforderungen auch in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen: Denn die Vergabestelle ist verpflichtet die Vorgaben der Genehmigungsbehörde umzusetzen. Sieht eine nachträgliche Anordnung oder eine Plangenehmigung beispielsweise bestimmte Anforderungen an die Kornabstufung des Dichtungsmaterials der mineralischen Schicht vor, so können und müssen diese Vorgaben ohne Weiteres in die Leistungsbeschreibung übernommen werden.

⁸ VK Lüneburg, Beschluss vom 18.12.2003, 203-VgK-35/2003; VK Bund, Beschluss vom 06.03.2002, VK 1-05/02.

Aber auch soweit die Anforderungen der Genehmigungsbehörde noch einen Spielraum belassen, sind weitere Einschränkungen in der Leistungsbeschreibung möglich, wenn die Vergabestelle sie sachlich begründen kann. Dies muss gerade in einem so umweltsicherheitsrelevanten Bereich wie dem Deponiebau gelten.⁹

So hat die Vergabekammer des Bundes¹⁰ festgestellt, dass der Vergabestelle bei allen die Sicherheit von Baumaßnahmen betreffenden Fragen grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum verbleibt, den sie mit ihrer eigenen Wertung ausfüllen darf. Dabei könne die Vergabestelle ohne Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften unter mehreren möglichen Lösungen, die alle technisch durchführbar und innerhalb einer bestimmten Bandbreite sicher sind, sich eher für die konservative, dafür aber bewährte Lösung oder für die eher fortschrittliche, dafür aber aus Sicht der Vergabestelle mit gewissen Risiken behaftete Lösung entscheiden.

Dieser Spielraum stehe ihr schon bei der Erstellung des Ausschreibungskonzeptes zu. Dabei müsse sie Vor- und Nachteile für das zu erstellende Werk, die Umwelt oder Dritte abwägen und aufbauend darauf ein Leistungskonzept entwickeln, das nach ihrer Einschätzung in geeigneter Weise Risiken minimiert. Der ihr dabei zustehende Beurteilungsspielraum sei nur auf Beurteilungsfehler überprüfbar, also insbesondere darauf, ob der Sachverhalt richtig ermittelt und keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingestellt wurden.

Die zitierte Entscheidung der Vergabekammer des Bundes bezog sich auf den ebenfalls sicherheitsrelevanten Bereich von Kanalbauarbeiten: Dort hatte die Vergabestelle die Durchführung einer Tonabdichtung vorgegeben, ohne abweichende Lösungsmöglichkeiten zuzulassen. Der Antragsteller wollte ein Verfahren zur Verlegung geotextiler Dichtungsbahnen anbieten, das er für gleichwertig hielt. Ob es sich dabei tatsächlich um ein gleichwertiges Verfahren handelte, war jedoch nach Auffassung der Vergabekammer unerheblich, da die Vergabestelle sachlich nachvollziehbar und ohne Anhaltspunkte für eine willkürliche Diskriminierung die Anwendung eines anderen, bewährten Verfahrens vorgeschrieben hatte. Diese Erwägungen lassen sich auf den Bereich des Deponiebaus übertragen, indem eine vergleichbarer Sicherheitsbedarf wie beim Kanalbau besteht.

Den Vergabestellen ist allerdings zu empfehlen, die Erwägungen, die zu besonderen Festlegungen in der Leistungsbeschreibung geführt haben, im Vergabebericht oder in den Verdingungsunterlagen genau darzulegen. Nur so kann in einem etwaigen Nach-

⁹ Vgl. zur besonderen Sensibilität von Deponiebaumaßnahmen auch VK Thüringen, Beschluss vom 01.11.2004, 360-4002.20-033/04-MGN.

¹⁰ VK Bund, Beschluss vom 08.10.2003, VK 2-78/03.

prüfungsverfahren nachgewiesen werden, dass die Vorgaben der Leistungsbeschreibung auf sachlichen Gründen beruhen und nicht etwa zu einer willkürlichen Diskriminierung oder Wettbewerbsbeschränkung führen.

Auch der Umstand, dass für das von der Vergabestelle gewählte Verfahren nur einige wenige Anbieter in Betracht kommen, weil es sich z.B. um ein patentiertes Verfahren handelt, führt nicht zwingend zu einer unzulässigen Diskriminierung von Anbietern anderer, möglicherweise sogar vergleichbarer Verfahren. Denn eine nicht gezielte, sondern nur reflexartige Benachteiligung von Interessenten ist zulässig, soweit sie sich durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt.¹¹ Die Vergabestelle ist nicht etwa verpflichtet, durch die Gestaltung der Leistungsbeschreibung etwaige Wettbewerbsvorteile bestimmter Unternehmen auszugleichen.¹²

In anderen Fällen kann die Vergabestelle hingegen ein Interesse daran haben, den Bietern bei der Ausarbeitung ihrer Angebote einen breiten Spielraum zu belassen. Dies kann insbesondere dann gelten, wenn sich die Vergabestelle das besondere Know-how der Bieter zunutze machen möchte. In diesem Fall kann sie auf eine funktionale Leistungsbeschreibung zurückgreifen, die das Ergebnis der zu beauftragenden Leistungen näher spezifiziert, den Bietern aber die Mittel zur Erreichung dieses Ziels weitgehend offen lässt. Dies kann zum Beispiel bei der Vergabe von Leistungen des Abfalleinbaus interessant sein, wenn die Vergabestelle noch wenig Erfahrung mit dem Einbau vorbehandelter Abfälle hat. So kann sie sich von den Bietern konkrete Einbaukonzepte vorlegen lassen, die dann ggf. auch einer Bewertung unterzogen werden können.

3.2 Eignung

Soweit die Vergabestelle bestimmte Vorgaben an die Leistungserbringung in der Leistungsbeschreibung macht, hat sie auch im Rahmen der Eignungsprüfung sicherzustellen, dass die in Betracht kommenden Bieter über die erforderliche Fachkunde gem. § 2 Nr. 1 VOB/A verfügen, um die besonderen Anforderungen erfüllen zu können. Dies ist gerade im sicherheitsrelevanten Bereich von Deponiebaumaßnahmen von besonderer Bedeutung.¹³ So kann der Einbau von bestimmten Komponenten, wie beispielsweise

¹¹ Vgl. z.B. VK Münster, Beschluss vom 14.11.2002, VK 16/02.

¹² Vgl. Weyand, Praxiskommentar Vergaberecht, § 9 VOB/A Rn. 3343f.

¹³ Thüringen, Beschluss vom 01.11.2004, 360-4002.20-033/04-MGN.

wasserglasvergüteten Dichtungsmaterialien¹⁴ oder einer Trisoplastschicht¹⁵, den Einsatz erfahrener Fachfirmen erfordern. Die Vergabestelle sollte dann nicht darauf verzichten, aussagekräftige Referenzen über die Erbringung gleichartiger Leistungen zum Nachweis der Fachkunde zu fordern. Gerade bei neuartigen Verfahren darf die Vergabestelle besonderen Wert auf den Nachweis konkreter Projekterfahrung legen.¹⁶

Durch die Forderung von umfangreichen Referenzen werden zwar sog. „Newcomer“, die sich bisher nicht am Markt etablieren konnten, benachteiligt. Dies läuft dem Ziel der Gewährleistung eines möglichst großen Wettbewerbs zuwider. Je geringer die Anforderungen an die Eignung des Bieters sind, umso höher ist jedoch das Risiko einer mangelhaften Leistungserbringung. Der Auftraggeber muss daher eine Abwägung zwischen einem möglichst breiten Wettbewerb einerseits und der Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung andererseits treffen.¹⁷ In dem umweltrelevanten und damit hoch sensiblen Bereich deponie-spezifischer Leistungen wird man der Gefahr nicht ordnungsgemäßer Aufgabenerfüllung allerdings einen besonders großen Wert beimessen müssen.

Auch im Hinblick auf die Eignungsprüfung sollte besondere Sorgfalt auf die Dokumentation im Vergabevermerk verwendet werden. So hat insbesondere die Vergabekammer Brandenburg im Hinblick auf Deponiebaumaßnahmen eine Dokumentation gefordert, aus der die genaue Ausfüllung des Beurteilungsspielraums der Vergabestelle bei der Eignungsprüfung hervor geht. Danach muss der Vergabevermerk erkennen lassen, inwieweit vorgelegte Referenzen sich tatsächlich auf solche Leistungen beziehen, die mit den ausgeschriebenen vergleichbar sind. Die bereits erbrachten Leistungen müssen im technisch-handwerklichen Bereich und hinsichtlich der Organisation des Bauablaufs verglichen mit der ausgeschriebenen Leistung einen etwa gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad aufweisen.¹⁸

3.3 Eigenleistungsanteil des öffentlichen Auftraggebers

Bestimmte Teilleistungen im Rahmen der Errichtung eines Oberflächenabdichtungssystems – in der Regel bei der mineralischen Schichten – können auch vom Personal des

¹⁴ Vgl. z.B. LAGA – Arbeitsgruppe Infiltration von Wasser in Deponiekörper und Oberflächenabdichtungen und -abdeckungen, Themenbereich Wasserglasvergütete Abdeckungen.

¹⁵ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2003, 1 VK 70/02.

¹⁶ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2003, 1 VK 70/02.

¹⁷ Vgl. Weyand, Praxiskommentar Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 304.

¹⁸ VK Brandenburg, Beschluss vom 29.08.2002, VK 45/02.

öffentlichen Auftraggebers selbst erbracht werden. Einige Deponiebetreiber überlegen, ob sie Teilleistungen für die Errichtung der Oberflächenabdichtung selbst erbringen. Diesen Leistungsbestandteil können sie vergaberechtlich ohne Weiteres von der ausgeschriebenen Leistung ausnehmen, denn sie sind als öffentlicher Auftraggeber berechtigt, den Leistungsumfang zu bestimmen.¹⁹

Zu beachten ist jedoch die Frage der Gewährleistung. Wird die Leistung insgesamt an einen Dritten vergeben, haftet dieser gegenüber dem Auftraggeber für die Erfüllung der Anforderungen an die Oberflächenabdichtung. Gemäß § 13 Nr. 3 VOB/A ist der Auftragnehmer von der Gewährleistung für Mängel aber frei, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung zurückzuführen ist, auf Anordnung des Auftraggebers oder auf der Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmens beruht. Dies gilt nach der Wertung des BGB²⁰ auch für Mängel, die auf einer Eigenleistung des Auftraggebers beruhen. Eine abweichende Regelung in den Verdingungsunterlagen dürfte ein nach § 9 Nr. 2 VOB/A unzulässiges ungewöhnliches Wagnis für den Auftragnehmer darstellen.

Rechtsanwältin Kora Betz und Rechtsanwältin Katja Gnittke

Rechtsanwälte [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]

EnergieForum Berlin

Stralauer Platz 34,

D-10243 Berlin

Telefon +49 30 726 10 26 0

Email: Berlin@GGSC.de

Website: www.ggsc.de

¹⁹ Zu beachten ist Nr. 10.4.1.1 TASI, nach der Deponieabdichtungssysteme von einem verantwortlichen Unternehmen herzustellen sind; vgl. hierzu Aktuelles aus der Rechtspraxis Müll und Abfall 2/2005, S. 96, 97.

²⁰ Vgl. § 645 BGB.