

Ein Vergabeverfahren zum Betrieb einer Asylbewerberunterkunft und seine Fehler

Dr. Daniela Hattenhauer,
Rechtsanwältin und Partnerin, und
Dr. Clemens Butzert, Rechtsanwalt,
Heuking Kühn Lüer Wojtek,
Frankfurt am Main



Der Zustrom von Flüchtlingen erfordert flächendeckend eine Vielzahl von Wohnunterkünften, deren Aufbau insbesondere auch vergaberechtlich relevant ist. Neben der eigentlichen Errichtung oder Umrüstung eines Gebäudes betrifft dies den Betrieb der Asylbewerberunterkunft, die unter anderem in den Bereichen Management, Reinigung, Catering und Objektbetreuung inklusive Hausmeistertätigkeit einige verschiedene Leistungen benötigt.

Die VK Südbayern hat aktuell einen wegweisenden Beschluss zur Vergabe von Leistungen zum Betrieb einer Asylbewerberunterkunft getroffen (VK Südbayern, Beschluss vom 12.08.2016 – Z3-3-3194-1-27-07-16). In dem betreffenden Vergabefall, der in seinem Wert über dem maßgeblichen Schwellenwert rangiert, hat ein öffentlicher Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb alle für den Betrieb der geplanten Flüchtlingsunterkunft erforderlichen Leistungen als Gesamtheit ausgeschrieben und schließlich an einen einzigen Auftragnehmer vergeben. Der Auftraggeber begründete dies mit der Vermeidung von befürchteten Zuständigkeits- und Koordinationsproblemen unter möglichen mehreren Leistungsanbietern.

Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 GWB

Im folgenden Nachprüfungsverfahren hat die VK den geschlossenen Vertrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB für von Anfang an unwirksam erklärt. Zunächst hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Weiter hat er es entgegen § 134 Abs. 1 und 2 GWB unterlassen, die Bieter über die beabsichtigte Zuschlagserteilung vor Vertragsabschluss mit dem Auftragnehmer zu informieren. Die Ausnahmefälle des § 134 Abs. 3 GWB lagen dabei nicht vor.

Zu wählende Verfahrensart

Auch hat die VK klargestellt, dass das vorliegend gewählte Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb aus § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht in Betracht kommt, wenn ein beschleunigtes Offenes Verfahren nach § 15 Abs. 3 VgV durchgeführt werden kann.

Speziell für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale Dienstleistungen wie hier zum Betrieb einer Asylbewerberunterkunft stehen öffentlichen Auftraggebern nach § 130 Abs. 1 GWB grundsätzlich ohnehin nur das Offene Verfahren, das Nicht Offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft nach ihrer Wahl zur Verfügung. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb kann nur gewählt werden, soweit dies gesetzlich gestattet ist. Dementsprechendes bestimmen auch die §§ 64, 65 VgV.

Bei einem Offenen Verfahren fordert der öffentliche Auftraggeber nach

§ 15 Abs. 1 VgV eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auf, wobei jedes interessierte Unternehmen ein Angebot abgeben kann. Die Angebotsfrist hat dabei nach § 15 Abs. 2 VgV grundsätzlich mindestens 35 Tage zu betragen. Der beschleunigende Aspekt aus § 15 Abs. 3 VgV besteht nun darin, dass der öffentliche Auftraggeber für das Offene Verfahren eine Angebotsfrist von mindestens 15 Tagen festlegen kann, wenn eine hinreichend begründete Dringlichkeit die Einhaltung der Frist gemäß § 15 Abs. 2 VgV unmöglich macht. In Anbetracht dieser verkürzbaren Frist wäre im vorliegenden Fall ein Offenes Verfahren für die Vergabe der Leistungen bezüglich der Asylbewerberunterkunft möglich gewesen.

Vergabe grundsätzlich in Teillosen

Weiterhin durfte der Auftraggeber gemäß dem Beschluss der VK nicht alle für den Betrieb der geplanten Flüchtlingsunterkunft erforderlichen Leistungen als Gesamtheit vergeben.

Nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, wenn die Leistungen bezüglich eines einzelnen Fachgebiets wie hier ausreichend abgrenzbar und gleichzeitig nicht untrennbar mit anderen verflochten sind (OLG München, Beschluss vom 09.04.2015 - Verg 1/15). Dadurch sollen die Interessen des Mittelstands geschützt werden, der sich an einzelnen kleineren Aufträgen einfacher beteiligen kann. Damit einhergehend sind ausdrücklich nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Eine Gesamt- oder zusammenfassende Vergabe darf nach dem Willen des Gesetzgebers nur in Ausnahmefällen stattfinden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 - Verg 52/11). Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB nur dann zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Die wirtschaftlichen oder technischen Gründe aus § 97 Abs. 4 S. 3 GWB müssen sich auf das jeweilige Fachgewerk beziehen, das für eine getrennte Losvergabe in Betracht kommt und globale, also das gesamte Vorhaben betreffende Überlegungen nur dann berücksichtigt werden können, wenn sie auch und gerade das jeweilige Fachgewerk erfassen (OLG München, Beschluss vom 09.04.2015 - Verg 1/15). Nicht zuletzt muss eine Aufteilung in Lose von vornherein ausscheiden, wenn sie für das Projekt keinen Sinn ergibt, wie wenn das Projekt maßgeblich insgesamt ein Gesamtkonzept aus einer Hand erfordert (OLG Celle, Beschluss vom 26. April 2010 - 13 Verg 4/10). Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand aber, den der Antragsgegner hier vermeiden wollte, kann eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Gesetzeszweck in Kauf zu nehmen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 - Verg 52/11).



Ein Vergabeverfahren zum Betrieb einer Asylbewerberunterkunft und seine Fehler

Bedürfnis nach einer Interimsvergabe

Nachdem die VK die Unwirksamkeit des vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrags nach § 135 GWB festgestellt hatte, war bis zu einer Neuvergabe eine auf den absolut notwendigen Zeitraum beschränkte Interimsvergabe vorzunehmen. Dieses Bedürfnis nach einer Interimsvergabe beruht auf der nötigen lückenlosen Versorgung der Asylbewerber in der Unterkunft. Daher kann eine besondere Dringlichkeit für eine Interimsvergabe regelmäßig selbst dann gegeben sein, wenn wie hier die Gründe für die Dringlichkeit in einem Fehlverhalten des Auftraggebers liegen, der sich vergaberechtswidrig verhalten hat. Andere Gründe für eine Interimsvergabe können zum Beispiel in Verzögerungen im Vergabeverfahren wegen nicht vorhersehbarer Umstände (VK Hamburg, Beschluss vom 05.06.2014 - VgK FB 6/14) liegen.

Für Interimsvergaben gelten grundsätzlich keine besonderen Regelungen. So hängt die Wahl des anzuwendenden Verfahrens von der Dringlichkeit und dem Wert des Übergangsauftrags ab. Dabei ist es sogar denkbar, dass in unvermeidbaren Dringlichkeitsfällen aus Gründen der Daseinsvorsorge eine Interimsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb stattfinden darf. Es kann sogar ein rein faktisches Fortsetzen des für nichtig erklärten Vertrags mit dem vermeintlichen Vertragspartner in Betracht kommen. Jedoch soll dies nach der VK Südbayern nur für sehr kurze Zeit zur Vermeidung eines Versorgungsausfalls zu dulden sein. Die VK Sachsen hat in diesem Sinne eine zeitlich begrenzte Interimsvergabe an einen ehemaligen Leistungserbringer ohne förmliches Vergabeverfahren ebenfalls für zulässig gehalten, wenn dies aufgrund der Notwendigkeit der durchzuführenden Dienstleistung ausnahmsweise hinnehmbar erscheint (VK Sachsen, Beschluss vom 31.08.2011 - 1/SVK/030-2011). Nichtsdestotrotz sind bei der Vergabe eines Interimsauftrags aber so viel Wettbewerb wie möglich zu gewährleisten und möglichst viele Bieter zu beteiligen, soweit die Umstände dies ermöglichen (vgl. VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 22.05.2014 - VK 1-7/14). An einem interimswisen Vergabeverfahren sind dabei insbesondere diejenigen Bieter zu beteiligen, die sich schon an dem vorangegangenen Vergabeverfahren beteiligt hatten (OLG Hamburg, Beschluss vom 08. 07.2008 - 1 Verg 1/08; OLG Dresden, Beschluss vom 25.01.2008 - W Verg 10/07).

Fazit

Mit ihrer Entscheidung stellt die VK Südbayern zu einem momentan sehr relevanten Sachthema klar, dass Auftraggeber nicht wegen Bequemlichkeit beziehungsweise Organisationsschwierigkeiten auf eine Vergabe in Teillosen verzichten und zudem aus gleichen Gründen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wählen dürfen. Außerdem sind die Bekanntmachungs- und Informationspflichten um die Auftragsbekanntmachung- beziehungsweise -vergabe unbedingt einzuhalten. Die Entscheidung kommt einmal dem Schutz des Wettbewerbs und auch dem vom Gesetzgeber bezweckten Schutz mittelständischer Unternehmen in der Beteiligung an Vergabeverfahren zugute. ■

