



Ausgabe September

Aktuelles TOP-Thema: Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen

Die sprunghaft angestiegene Zahl von Flüchtlingen und Asylsuchenden stellt die Europäische Union und national den Bund, die Länder und Kommunen im Hinblick auf die angemessene Unterbringung und Versorgung der hilfesuchenden Menschen vor große Herausforderungen. Die Beschaffung entsprechender Leistungen muss daher schnell, aber dennoch rechtssicher und effizient erfolgen. Um der Vergabepraxis gangbare Wege hierfür aufzuzeigen, hat die **Europäische Kommission** am 9.9.2015 eine Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat zu diesem Thema herausgegeben (COM (2015) 454 final). Auch das **Bundesministerium für Wirtschaft und Energie** (BMWi) hat in einem Rundschreiben an die Bundesressorts und die Länder vom 24.8.2015 Anwendungshinweise hierzu veröffentlicht. Das **Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit** hat sich diesem Rundschreiben des BMWi in einem Erlass vom 25.8.2015 an das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung und die Bauverwaltungen der Länder angeschlossen. Einzelne **Bundesländer** (Berlin, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Thüringen) haben mit Sonderregelungen ebenfalls auf die aktuelle Situation reagiert. Die Kernaussagen der genannten Dokumente werden nachfolgend wiedergegeben.

Inhalt

1. Um welche Aufträge geht es?	1
2. Welche Beschleunigungsmöglichkeiten gibt es?	2
2.1 Vergaben ab den EU-Schwellenwerten	2
2.2 Vergaben bis zu den EU-Schwellenwerten	4
3. Fazit	4
Materialien:	4

1. Um welche Aufträge geht es?

Dringender Bedarf besteht bei der Beschaffung von Wohnraum, Lieferungen von Waren und Dienstleistungen, also quer über alle Auftragstypen des Vergaberechts.

Wohnraum kann entweder durch das Anmieten vorhandener Gebäude, in denen keine umfangreichen Herrichtungsarbeiten (also Bauleistungen) erforderlich sind, durch den Bau neuer Gebäude oder durch die Renovierung vorhandener Gebäude verfügbar gemacht werden. Das Anmieten vorhandener Gebäude unterliegt nicht den Vorschriften



Newsletter Vergaberecht

für die öffentliche Auftragsvergabe (vgl. Artikel 16 Buchstabe a der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 100 Abs. 5 Nr. 2 GWB). Wohnraum kann also ohne öffentliche Vergabeverfahren zur Verfügung gestellt werden, indem vorhandene Gebäude auf dem Immobilienmarkt angemietet werden oder bestehende öffentliche Infrastruktur (Kasernen, Schulen, Sportstätten usw.) diesem Verwendungszweck zugeführt wird. Wenn Renovierungsmaßnahmen oder andere Herrichtungsarbeiten bei vorhandenen Gebäuden notwendig sind, gelten unter Umständen die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe.

Die Ankunft zahlreicher Asylsuchender macht auch dringend benötigte **Lieferungen von Waren** erforderlich (z. B. Zelte, Container, Kleidung, Decken, Betten, Nahrungsmittel). Die Beschaffung und Inbetriebnahme von Zeltstädten, Wohncontainern, etc. zur Unterbringung von Flüchtlingen umfasst sowohl Liefer- als auch Bauleistungen. In aller Regel müssen Wohncontainer nicht nur gekauft werden, diese müssen vielmehr zu einem funktionsfähigen Bauwerk zusammengefügt und an Versorgungsleitungen (Strom, Wasser, Abwasser) angeschlossen werden. Da solche Arbeiten, sofern sie mit der Lieferung der Wohncontainer aus einer Hand beauftragt werden und wertmäßig nicht gänzlich untergeordnet sind, die Leistung prägen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2014, Verg 35/13), wird in der Regel von einer Bauleistung im Sinne der VOB/A auszugehen sein.

Außerdem müssen im Zusammenhang mit dem Zustrom der Asylsuchenden **Dienstleistungsaufträge** vergeben werden (z. B. Reinigungs-, Gesundheits-, Verpflegungs- und Sicherheitsdienste).

2. Welche Beschleunigungsmöglichkeiten gibt es?

Im Zentrum stehen dabei die Durchführung von beschleunigten Verfahren oder sogar der Verzicht auf eine Veröffentlichung des Vergabeverfahrens bei besonderer Dringlichkeit.

2.1 Vergaben ab den EU-Schwellenwerten

Beschleunigtes nicht offenes Verfahren

Im beschleunigten nicht offenen Verfahren können die Fristen für Teilnahmeanträge auf 15 Tage (im Fall einer elektronische Bekanntmachung auf 10 Tage) und für die Abgabe von Angeboten auf 10 Tage herabgesetzt werden. Voraussetzung ist, dass der Auftrag besonders dringlich ist. Nach Einschätzung des BMWi dürfte die besondere Dringlichkeit aufgrund der vorliegenden Informationen im Zusammenhang mit der Unterbringung von Flüchtlingen derzeit im Regelfall anzunehmen sein. Auch die EU-Kommission ist der Auffassung, dass in vielen Fällen die erforderlichen Aufträge wohl im Wege solcher „beschleunigten nichtoffenen Verfahren“ vergeben werden könnten, weist aber darauf hin, dass dabei Mindeststandards für die Gleichbehandlung und Transparenz einzuhalten seien, damit gewährleistet wird, dass selbst in dringenden Fällen ein gewisser Wettbewerb herrscht.

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Darüber hinaus kommt ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung eines Teilnahmewettbewerbs in Betracht, wenn aufgrund der konkreten Situation vor Ort auch diese verkürzten Fristen nicht einzuhalten sind.

Da die öffentlichen Auftraggeber in diesen Fällen vom Transparenzgrundsatz des Vertrags abweichen, fordert der Europäische Gerichtshof (EuGH), dass dieses Verfahren nur in Ausnahmefällen angewendet wird und hat dafür in ständiger Rechtsprechung drei kumulative Tatbestandsvoraussetzungen formuliert. Der Verzicht auf die EU-weite Bekanntmachung ist danach nur zulässig, wenn ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt, dringliche und zwingende Gründe bestehen und ein kausaler Zusammenhang besteht zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit, die Fristen einzuhalten.

Aufgrund des plötzlichen Anstiegs der Flüchtlingszahlen dürfte derzeit regelmäßig das Tatbe-



Newsletter Vergaberecht

standsmerkmal **unvorhergesehenes Ereignis** im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen zur Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen erfüllt sein.

Der jeweilige öffentliche Auftraggeber (meist Kommunen) konnte nicht voraussehen, dass er kurzfristig wesentlich mehr Flüchtlinge aufnehmen und unterbringen muss als zu erwarten war. Nach der am 19. August 2015 veröffentlichten Flüchtlingsprognose des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) werden für das Jahr 2015 bis zu 800.000 Flüchtlinge erwartet. Zuvor wurde für das Jahr 2015 lediglich eine Zahl von 450.000 Flüchtlingen prognostiziert. Mittlerweile scheint selbst die jetzt genannte Zahl von 800.000 Flüchtlingen zu niedrig angesetzt. Dieser unerwartete sprunghafte Anstieg von aufzunehmenden Flüchtlingen wird i.d.R. dazu führen, dass die für die Unterbringung und Versorgung verantwortlichen Kommunen wesentlich mehr Unterbringungsmöglichkeiten und Versorgungskapazitäten zur Verfügung stellen müssen als zu erwarten war.

Dies kann im konkreten Einzelfall zu äußerst kurzfristigem Beschaffungsbedarf führen, bei dem aufgrund der bestehenden Gefährdungen für ein wichtiges Rechtsgut (Gesundheit der Flüchtlinge) Aufträge zügig vergeben und ausgeführt werden müssen, sodass auch das Tatbestandsmerkmal **dringliche und zwingende Gründe** regelmäßig erfüllt sein wird.

Ob es unter den aktuellen Umständen möglich ist, die – zwar schon sehr kurzen – Fristen des beschleunigten nichtoffenen Verfahrens (oder des beschleunigten offenen Verfahrens nach Richtlinie 2014/24/EU) einzuhalten, ist von Fall zu Fall zu prüfen.

Wie der EuGH in seiner Rechtsprechung klargestellt hat, ist der Beschaffungsbedarf bei Berufung auf zwingende Dringlichkeit unverzüglich zu decken. Dieser Ausnahmefall kann demnach nicht geltend gemacht werden, wenn die Auftragsvergabe mehr Zeit in Anspruch nimmt als ein transparentes (offenes oder nichtoffenes) Verfahren, ein-

schließlich beschleunigter (nichtoffener) Verfahren, in Anspruch genommen hätte.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass bei der Errichtung von Unterkünften und Erstaufnahmeeinrichtungen die Problematik in zeitlicher Hinsicht oftmals nicht allein in der Verfahrensdauer eines Ausschreibungsverfahrens liegen dürfte. Die Zeiträume, die für die Klärung anderweitiger Fragen erforderlich sind, können (ggfs. teilweise und parallel) für die Durchführung erforderlicher Ausschreibungen genutzt werden.

Wenn es um die Erfüllung der unmittelbaren Bedürfnisse der Asylsuchenden innerhalb kürzester Zeit geht, können keine begründeten Zweifel am **Kausalzusammenhang** zwischen dem Anstieg der Flüchtlingszahlen und der Notwendigkeit, deren Bedürfnisse zu erfüllen, bestehen.

Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung können somit in der Tat eine Möglichkeit darstellen, unmittelbaren Bedarf angemessen zu decken. Sie dienen aber lediglich zur Überbrückung bis langfristigere Lösungen gefunden sind, beispielsweise **Rahmenvereinbarungen** für Lieferungen von Waren und für Dienstleistungen, die über reguläre Verfahren (dazu zählen auch beschleunigte Verfahren) vergeben werden.

Das BMWi weist in seinem Rundschreiben darauf hin, dass es sich im Sinne einer effizienten Verwendung von Haushaltssmitteln empfiehlt, **mehrere Unternehmen zur Abgabe von Angeboten aufzufordern**. Auch die EU-Kommission macht in ihrer Mitteilung deutlich, dass eine direkte Vergabe des Auftrags an einen vorab ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer ausschließlich dann möglich ist, wenn nur dieser Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein wird, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen.



Newsletter Vergaberecht

2.2 Vergaben bis zu den EU-Schwellenwerten

Bei öffentlichen Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte kommt das Haushaltrecht zur Anwendung, dessen Verfahrensregeln nach Auffassung des BMWi in seinem Rundschreiben bereits eine Beschleunigung der Verfahren und die im Vergleich zum Oberschwellenbereich erleichterte Wahl einer **Freihändigen Vergabe** bei öffentlichen Aufträgen zulassen. Im Wesentlichen werden dabei aber bezüglich der Dringlichkeit die gleichen Erwägungen zum Tragen kommen wie bei europaweiten Verfahren. Unabhängig davon haben die Länder Rheinland-Pfalz und Thüringen die **Wertgrenzen** für die Durchführung von Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben zur Unterbringung von Flüchtlingen vorübergehend erhöht.

3. Fazit

Angesichts der Größe der Herausforderung, vor der die EU und besonders Deutschland stehen, ist der Geist der Flexibilität, der in den Dokumenten der EU-Kommission, des BMWi und der Länder zum Ausdruck kommt, sehr zu begrüßen. Es ist gut, dass die Beschafferinnen und Beschaffer vor Ort nicht allein gelassen werden. Allerdings ist der Spielraum sachlich und zeitlich nicht unbegrenzt. Wenn der Ausnahmetatbestand der Dringlichkeit gezogen wird, dann darf sich nicht im Nachhinein zeigen, dass die Vergabe doch so lange gedauert hat, dass auch die Durchführung eines förmlichen Verfahrens möglich gewesen wäre. Außerdem wird man sich auf die zwingende Dringlichkeit nur für einen begrenzten Übergangszeitraum berufen können bis sich die Vergabepräxis auf die Bewältigung der Flüchtlingsströme einstellen konnte (z.B. durch die Vergabe von Rahmenvereinbarungen, die einen flexiblen Leistungsabruf ermöglichen).

Rudolf Ley

Materialien:

Mitteilung der EU-Kommission vom 9.9.2015:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-454-DE-F1-1.PDF>

Rundschreiben des BMWi vom 24.8.2015:

http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/PR/rundschreiben-bmwi-vergaberecht-fl_C3_BCchtlingsunterbringung.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf

Rundschreiben Berlin vom 16.9.2015

http://www.stadtentwicklung.berlin.de/service/rundschreiben/de/download/rs/2015/RSVM_2015_06.pdf

http://www.stadtentwicklung.berlin.de/service/rundschreiben/de/download/rs/2015/anlagen/RS_Fluechtlinge_Beschluss_Senat.pdf

Runderlass Nordrhein-Westfalen vom 6.8.2015:

https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_detail_text?anw_nr=7&vd_id=15162&ver=8&val=15162&sg=0&menu=1&vd_back=N

Rundschreiben Rheinland-Pfalz vom 14.6.2015:

<http://www.mwkel.rlp.de/File/RSchr-Vergaberecht-Unterbringung-Fluechtlings-pdf/>

Rundschreiben Thüringen vom 24.4.2015:

http://www.thueringen.de/mam/th3/tlvwa/250/anlage_1.pdf