

Datum: 28.12.2011
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 73/11
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2011:1228.VII.VERG73.11.00

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der Vergabe-kammer bei der Bezirksregierung Detmold vom 25. Juli 2011 (VK.2-03/11) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte. Im Übrigen tragen die Verfahrensbeteiligten ihre außergerichtlichen Aufwendungen selbst.

Der Streitwert wird auf bis zu 250.000 € festgesetzt.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

I.

2

Die Antragsgegnerin beauftragte die Beigeladene mit "Beherbungs- und Belegungsvereinbarung" mit der Zurverfügungstellung von Plätzen zur Beherbergung ausländischer Flüchtlinge in deren Heim in B. ab dem 01. Februar 2011. Zu den Leistungen gehörte nach § 4 Abs. 1 die auch die Bereitstellung des zur Verwaltung, Bewachung und Versorgung notwendigen Personals. Der genaue Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung ist streitig; während die Vergabekammer vom 12. Februar 2011 ausgegangen ist, behaupten die Antragsgegnerin und die Beigeladene eine Unterzeichnung bereits am 12. Januar 2011. Der Vertrag hat eine Laufzeit von 4 Jahren, wobei der Antragsgegnerin ein Optionsrecht auf Verlängerung bis zu insgesamt 10 Jahren, jedoch erst nach Durchführung eines Vergabeverfahrens, eingeräumt wird.

3

4

Das Gebäude war bereits 1993 bis 2006 für den gleichen Zweck benutzt worden. Zur Herrichtung für den jetzt streitbefangenen Vertrag war allerdings noch eine Sanierung in bestimmtem Umfang notwendig.

Der Vertragsunterzeichnung vorausgegangen waren Gespräche zwischen dem Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen und der Antragsgegnerin, in denen die Antragsgegnerin gebeten wurde, vor dem Hintergrund steigender Asylbewerberzahlen kurzfristig, möglichst zum 01. Februar 2011, die Möglichkeit einer Eröffnung einer weiteren Erstaufnahmeeinrichtung nach § 47 AsylverfahrensG zu prüfen (s. auch Schreiben vom 07.10.2010). Nachdem die Beigeladene in einem Gespräch am 11. November 2010 erklärt hatte, sie könne die dafür erforderlichen Leistungen unter gewissen Umständen erreichen (wobei sie eine bloße Vermietung ohne Bewirtschaftung durch sie ablehnte), erklärte die Antragsgegnerin gegenüber dem Land unter dem 14. November 2010 grundsätzlich ihre Bereitschaft. Daraufhin beauftragte das Land die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 03. Dezember 2010 mit der Einleitung der dazu notwendigen Schritte. 5

Bereits unter dem 12. November 2010 und erneut am 13. Dezember 2010 bekundete die Antragstellerin ihr Interesse an einer Bewirtschaftung der Einrichtung. Unter dem 22. Dezember 2010 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, eine Ausschreibung werde voraussichtlich nicht erfolgen. 6

Nach einer Besprechung zwischen dem Land, der Antragsgegnerin und der Beigeladenen am 28. Dezember 2010 beschloss die Antragsgegnerin, den Auftrag im Wege der freihändigen Vergabe an die Beigeladene zu vergeben. 7

Mit Schreiben vom 21. Januar 2011 rügte die Antragstellerin die Vorgehensweise und bat um Mitteilung, ob bereits ein Vertrag zustande gekommen sei. Die Antragsgegnerin teilte am 28. Februar 2011 mit, sie habe am 12. Februar 2011 einen Vertrag mit der Beigeladenen geschlossen. 8

Mit Wirkung zum 01. Februar 2011 ist durch VO vom 15. Februar 2011 (GV NRW S. 168) die Einrichtung der Antragsgegnerin als Einrichtung zur vorläufigen Unterbringung von Asylbewerbern genannt worden. 9

Daraufhin reichte die Antragstellerin am 28. März 2011 einen Nachprüfungsantrag ein. Sie hat geltend gemacht, eine besondere Dringlichkeit, die ein Absehen von einer Ausschreibung nach § 3 Abs. 5 lit. g) VOL/A hätte rechtfertigen können, habe nicht vorgelegen. Bereits im November 2010 hätte mit dem Vergabeverfahren begonnen werden können. Jedenfalls hätten gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 VOL/A drei Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssen. Auch die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 lit. l) VOL/A hätten nicht vorgelegen, vielmehr sei auch sie, die Antragstellerin, in der Lage gewesen, ein den Anforderungen der Antragsgegnerin entsprechendes Gebäude anzubieten. Die Antragstellerin hat beantragt, 10

festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen abgeschlossene "Beherbergungs- und Belegungsvereinbarung zum Betrieb einer Erstaufnahmeeinrichtung für asylbegehrende Ausländer" unwirksam ist, 11

und die Antragsgegnerin für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben festhält, zu verpflichten, den Auftrag über diese Leistungen nur im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben. 12

Die Antragsgegnerin hat beantragt, 13

den Nachprüfungsantrag abzuweisen.	14
Sie hat gemeint, aufgrund von Ausnahmetatbeständen habe sie von einer Ausschreibung dürfen. Ohne die kurzfristige Zurverfügungstellung des Gebäudes in B. hätte das Land seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Unterhaltung einer Erstaufnahmeeinrichtung nicht nachkommen können. Ein weiteres geeignetes Gebäude habe nicht zur Verfügung gestanden.	15
Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt.	16
Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag stattgegeben. Sie ist davon ausgegangen, die der Antragsgegnerin zur Verfügung stehende Zeitraum habe für die Durchführung eines offenen Verfahrens ausgereicht.	17
Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Beigeladenen. Sie macht geltend, wegen der kurzen Zeit zwischen der Beauftragung der Antragsgegnerin durch das Land und der geplanten Inbetriebnahme am 01. Februar 2011 sei ein offenes Vergabeverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung der notwendigen Vorarbeiten des Auftragnehmers und des Vertragsschlusses am 12. Januar 2011 zwischen der Antragsgegnerin und ihr, der Beigeladenen, nicht möglich gewesen. Auch Verhandlungen mit Drittunternehmen gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 VOL/A seien nicht möglich gewesen, weil kein anderes Unternehmen in der Lage gewesen sei, den Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin rechtzeitig zu decken, insbesondere ein Gebäude bereit zu stellen. Die Beigeladene beantragt daher,	18
unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.	19
Die Antragstellerin beantragt,	20
die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zurückzuweisen.	21
Sie macht geltend, selbst wenn eine besondere Dringlichkeit bestanden haben sollte, wäre ein Vertrag lediglich mit einer kurzen Laufzeit gerechtfertigt gewesen. Zudem hätte nach § 3 Abs. 1 S. 3 VOL/A auch sie, die Antragstellerin, in die Verhandlungen einbezogen werden müssen; auch sie wäre in der Lage gewesen, den Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin kurzfristig zu decken. Zudem sei zu berücksichtigen, dass auch die notwendigen Sanierungsarbeiten der Beigeladenen nur kurze Zeit in Anspruch genommen hätten. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin näher dazu vorgetragen, dass bestimmte Objekte in B. vorhanden seien, auf die sie unter Zugrundelegung einer angemessenen Überlegungszeit möglicherweise als geeigneten Standort für den Betrieb einer Erstaufnahmeeinrichtung hätte zugreifen können.	22
Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass der Vertrag mit der Beigeladenen bereits am 14. Januar 2011 geschlossen worden sei; sie schießt sich dem Vorbringen der Beigeladenen an. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat sie auf die Schwierigkeiten, ein anderes geeignetes Grundstück zu finden, hingewiesen. Einen Antrag hat sie nicht gestellt.	23
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die Akte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten Bezug genommen.	24
II.	25
	26

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen hat keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig (dazu 1.) und begründet (dazu 2.).

1. 27

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig. 28

a) Der Vertrag betrifft – wie die Vergabekammer zu Recht angenommen hat und was zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig ist – eine nichtprioritäre Dienstleistung, deren Vergabe der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterliegt (s. zuletzt Senat, Beschluss vom 21.07.2010 – VII-Verg 19/10, VergabeR 2010, 955). 29

b) Die Frist des § 101b Abs. 2 S. 1 ist eingehalten. Die Antragstellerin hat, nachdem sie von der Antragsgegnerin schriftlich über den Vertragsschluss informiert worden ist (vgl. Art. 2f Abs. 1 lit. a), 2. Spiegelstrich der Richtlinie 89/665/EWG i.d.F. von Art. 1 der Richtlinie 2007/66//EG und dazu Bulla/Schneider, VergabeR 2011, 664, 671), innerhalb von 30 Tagen den Nachprüfungsantrag eingereicht. 30

c) Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie macht geltend, nicht nur die Bewirtschaftung, sondern auch die Zurverfügungstellung von Gebäuden zur Unterbringung anbieten zu können. Dazu hat sie im Termin vom 23. November 2011 näher vorgetragen. 31

2. 32

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet. Die Auftragserteilung an die Beigeladene ist in vergaberechtswidriger Weise erfolgt. 33

a) Als nichtprioritäre Dienstleistung war der fragliche Auftrag nach § 4 Abs. 4 VgV a.F. im Wesentlichen nach der VOL/A – 1. Abschnitt – zu vergeben. 34

b) Nach § 101 Abs. 7 S. 1 GWB, § 3 Abs. 2 S. 1 VOL/A war der Auftrag im offenen Verfahren zu vergeben. Die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren, wie es von der Antragsgegnerin gewählt worden ist, nach § 3 Abs. 5 VOL/A ohne Beteiligung der Antragstellerin lagen nicht vor. Dabei spielt die Frage, ob der Vertrag am 12. Februar 2011 oder am 12. Januar 2011 (so die Ablichtung des Originals Anlage B 4) geschlossen worden ist, keine Rolle (entgegen der Auffassung der Antragstellerin gelten allerdings die §§ 535, 288 ZPO im gemäß § 120 Abs. 2, § 70 Abs. 1 GWB vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägten Verfahren nicht, vgl. Kopp/Schenke, VwGO; 13. Aufl., § 86 Rdnr. 16). 35

aa) Die Antragsgegnerin kann sich nicht auf § 3 Abs. 5 lit. g) VOL/A berufen. Die Voraussetzungen lagen nicht vor. 36

Was die Antragsgegnerin selbst betrifft, ist sie vom Land NRW mit der kurzfristigen Einrichtung einer Erstaufnahmeeinrichtung erst beauftragt worden, nachdem sie sich dazu bereit erklärt hatte. Dementsprechend ist die VO über Zuständigkeiten im Ausländerwesen (ZustAVO) erst nachträglich durch die VO vom 15. Februar 2011 (GV NRW S. 168) hinsichtlich des Erstaufnahmelandes B. ergänzt worden. Insofern kann von Umständen, die die Antragsgegnerin nicht voraussehen konnte, von vornherein keine Rede sein. 37

Aber auch wenn man insoweit auf das Land NRW abstellen wollte, lag eine besondere Dringlichkeit nicht vor. Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass das Land auf Grund von Problemen in der Einrichtung Dortmund sowie des erwarteten Anstiegs der Zahlen kurzfristig zusätzliche Plätze für eine Ersteinrichtung suchte. Dass dies nicht vorhersehbar war, ist aber 38

nicht ersichtlich.

- bb) Des Weiteren lagen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A nicht vor. 39
- Die Antragsgegnerin sowie die Beigeladene haben geltend gemacht, allein Letzgenannte sei zur Erbringung der Leistung in der Lage gewesen. Die Leistung bestand – darauf hat die Antragsgegnerin vor der Vergabekammer zutreffend hingewiesen - nicht nur aus der Bewirtschaftung, sondern auch der Zurverfügungstellung geeigneter Gebäude. Die Beigeladene hatte nämlich eine bloße Zurverfügungstellung der Gebäude abgelehnt, und gefordert, dann die Gebäude auch bewirtschaften zu dürfen. 40
- Von einer Leistungsfähigkeit nur der Beigeladenen kann der Senat jedoch nicht ausgehen. Eine Markterkundung hat die Antragsgegnerin nicht vorgenommen. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht, auch in B. gebe es weitere grundsätzlich geeignete bebaute Grundstücke. Konkret hat sie sich auf ein Hotel in der Innenstadt, Gewerbeimmobilien sowie auf ein Sporthotel bezogen. Auch wenn man berücksichtigt, dass die Aufstellung bloßer Container nicht ausreichte und das Innenstadthotel nicht mit den von der Antragsgegnerin geforderten Einrichtungen versehen war – wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht wurde -, kann der Senat doch nicht ausschließen, dass das Sporthotel oder geeignete Gewerbeimmobilien vorhanden waren, die innerhalb angemessener Frist in eine Erstaufnahmeeinrichtung hätten umgebaut werden können. Dass die Antragstellerin die notwendige Erfahrung mit dem Betrieb einer derartigen Einrichtung aufwies, stellt keiner der Verfahrensbeteiligten in Abrede. 41
- Der Senat ist sich dabei bewusst, dass – wie er bereits in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht hat – geeignete bebaute Grundstücke aus bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Gründen sowie wegen Akzeptanzproblemen in der Nachbarschaft nicht sehr häufig anzutreffen sein dürften. Die Antragsgegnerin hat jedoch dadurch, dass sie eine öffentliche Ausschreibung nicht durchgeführt hat, Dritten von vornherein die Chance genommen, nach derartigen Grundstücken zu suchen und diese der Antragsgegnerin vorzuschlagen. 42
- c) Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht deswegen unbegründet, weil sich der Vergabefehler etwa nicht zum Nachteil der Antragstellerin ausgewirkt hat (vgl. zu diesem Problemkreis Senat, Beschluss vom 10.08.2011 – VII-Verg 36/11 unter II.1., NZBau 2011, 765 m.w.N.). Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Bieterchancen der Antragstellerin durch die Verfahrensweise der Antragsgegnerin beeinträchtigt wurden. Er kann insbesondere nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass es der Antragstellerin innerhalb einer von der Antragsgegnerin festzusetzenden Angebotsfrist nicht gelungen wäre, ein geeignetes bebautes Grundstück der Antragsgegnerin zu präsentieren. 43
- § 10 VOL/A sieht für die Angebotsfrist keine festen Fristen vor. Die Frist muss jedoch ausreichend bemessen sein. Ob dies der Fall ist, hängt von der Komplexität der Ausschreibung für die Bieter und der Dringlichkeit der Beschaffung für den Auftraggeber ab (vgl. Rechten, in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 2. Aufl., § 10 VOL/A Rdnrn. 14 ff.). Dies entspricht letztlich auch den Anforderungen für die Fristsetzung bei prioritären Dienstleistungen (§ 12 Abs. 1 S. 1 EG VOL/A, Art. 38 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG). 44
- Insbesondere die Komplexität des Auftrages sprach für eine längere Frist. § 97 Abs. 1 GWB fordert die Beschaffung im Wettbewerb. Ein Wettbewerb konnte nur dann hergestellt werden, wenn auch Dritten die realistische Chance gewährt wurde, nach geeigneten Grundstücken zu suchen, die notwendigen Verhandlungen zu führen und der Antragsgegnerin präsentieren zu 45

können.

Auch wenn man nicht erwarten konnte, dass die Antragsgegnerin eine Bebauungsplanänderung durchführte, um eine Nutzung eines bestimmten Grundstückes als Erstaufnahmeeinrichtung zu ermöglichen, hätte sie bei der Fristenbemessung im Rahmen eines offenen Verfahrens jedoch berücksichtigen müssen, dass ein Bieter geeignete bebaute Grundstücke nicht sofort "an der Hand" hat, sondern erst den Markt nach geeigneten Grundstücken sondieren und mit den Verfügungsberechtigten verhandeln, zudem Zeit dafür haben musste, die planungs- und bauordnungsrechtliche Situation zu klären. Aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung kann der Senat trotz der vorstehend unter b)bb) beschriebenen Probleme nicht ausschließen, dass es der Antragstellerin gelungen wäre, ein realisierungsfähiges Angebot innerhalb der aus den genannten Gründen großzügig zu bemessenden Frist einzureichen.

3. 47

Die Kostenentscheidung beruht auf § 120 Abs. 2 i.V.m. § 78 GWB. Auch die Antragsgegnerin ist an den Kosten zu beteiligen; sie hat zwar keinen Antrag gestellt, sich jedoch den Ausführungen der Beigeladenen angeschlossen. 48

Die Streitwertfestsetzung rechtfertigt sich aus § 50 Abs. 2 GKG. 49

Dicks	Schüttpelz	Richter am OLG Rubel ist ortsabwesend und deswegen an der Unterzeichnung verhindert Dicks	50
-------	------------	---	----