

Update Vergaberecht

Dringlichkeitsvergabe bei Versäumnissen der Vergabestelle?

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.02.2023 - Verg 9/22

Das OLG Düsseldorf hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die Vergabe eines der Daseinsvorsorge – hier der Beförderung von Kindern mit Behinderungen zur Schule – dienenden öffentlichen Auftrags bei äußerster Dringlichkeit auch dann im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgen kann, wenn – wie vorliegend – das Ereignis für den Auftraggeber vorhersehbar und die angeführten Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit ihm zuzuschreiben sind.

Das OLG tendiert dazu, diese Frage zu bejahen. Es sieht sich hierzu jedoch wegen der Formulierung in § 14 Abs. 4 Nr. 3, 2. Halbsatz VgV, der Art. 32 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt, gehindert. Danach dürfen die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dem Auftraggeber nicht zuzurechnen sein. Ausnahmen hiervon sehen beide Regelungen nicht vor. Das OLG fragt sich aber, ob die eben genannte Norm der Richtlinie in Situationen wie der streitgegenständlichen wegen der sog. Funktionsgewährleistungspflicht in Art. 14 AEUV primärrechtskonform auszulegen ist. Art. 14 AEUV stellt den besonderen Stellenwert von Leistungen der Daseinsvorsorge („*Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*“) heraus, indem er vorschreibt, dass „*die Union und die Mitgliedstaaten (...) dafür Sorge (tragen), dass die Grundsätze und Bedingungen (...) für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.*“ Das OLG hat daher dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Art. 32 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU mit Rücksicht auf Art. 14 AEUV einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass die Vergabe eines der Daseinsvorsorge dienenden öffentlichen Auftrags bei äußerster Dringlichkeit auch dann im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung erfolgen kann, wenn das Ereignis für den Auftraggeber voraussehbar und die angeführten Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit ihm zuzuschreiben sind.

Bedeutung für die Praxis

Die dem EuGH vorgelegte Frage ist ein „Dauerbrenner“ in der jüngeren Rechtsprechung, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet. Das KG Berlin verneint die Zulässigkeit einer Dringlichkeitsvergabe in derartigen Fällen unter Verweis auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut (Beschluss vom 10.05.2022 - Verg 1/22). In diese Richtung tendiert auch das OLG Bremen, konnte die Frage aber offenlassen (Beschluss vom 14.12.2021 - 2 Verg 1/21). Dagegen hält das OLG Frankfurt a.M. eine Dringlichkeitsvergabe von unverzichtbaren Leistungen der Daseinsvorsorge trotz Vorhersehbarkeit und Zurechenbarkeit der Umstände für zulässig (Beschluss vom 24.11.2022 - 11 Verg 5/22). Diese Aspekte müssten hinter die Kontinuität der Leistungserbringung zurücktreten. Indes setzt sich das OLG Frankfurt a.M. nicht mit der vom OLG Düsseldorf problematisierten Einschränkung in § 14 Abs. 4 Nr. 3, 2. Halbsatz VgV auseinander. Eine Klärung der vorgelegten Frage durch den EuGH ist daher zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung dringend erforderlich.