

Bei Pandemien treten im Vergaberecht viele Fragen auf – hier einige Antworten

# Was es in Corona-Zeiten zu beachten gilt

## 1. Kann ein Vergabeverfahren wegen des Ausbruchs der Corona-Pandemie aufgehoben werden?

Auftraggeber sind im Oberschwellenbereich berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, unter anderem wenn sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat beziehungsweise die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen. Das Ereignis, das die Änderung bewirkt hat, muss also nach Beginn des Vergabeverfahrens eingetreten sein. Von der Corona-Pandemie können insoweit jedenfalls solche Vergabeverfahren erfasst sein, die vor dem 11. März 2020 eingeleitet wurden.

Eine wesentliche/grundlegende Änderung ist anzunehmen, wenn eine ganz entscheidende Abänderung der bisherigen Absicht zur Leistungserbringung erforderlich wird oder wenn die ursprünglichen Leistungsanforderungen für Auftraggeber und Bieter nicht mehr zumutbar sind – etwa ähnlich dem Wegfall der Geschäftsgrundlage – und die notwendigen Änderungen auch nicht mit den Regelungen der VOB/B beziehungsweise VOL/B aufgefangen werden können, ohne dass dadurch eine Wettbewerbsverzerrung eintritt. Das kann der Fall sein, wenn aufgrund einer behördlichen Entscheidung die zu vergebenden Leistungen nicht mehr (zum Beispiel die Cateringleistungen für eine staatlich untersagte Großveranstaltung), zumindest aber nicht mehr in der ausgeschriebenen Weise erbracht werden können.

Der Auftraggeber muss überdies sein Aufhebungsmessern ordnungsgemäß ausüben. Er hat deshalb unter anderem zu erwägen, ob als weniger einschneidende Maßnahme (als eine Aufhebung) gegebenenfalls auch eine Zurücksetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Bereitstellung der Vergabeunterlagen und zum Beispiel eine Reduzierung des auszuschreibenden Leistungsumfangs in Betracht kommen. Die Ausübung des Ermessens verlangt somit, sämtliche für und gegen eine Aufhebung der Entscheidung sprechenden Belange gegeneinander abzuwägen. Bei Vergaben im Unterschwellenbereich gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

## 2. Kann über eine zentrale Beschaffungsstelle schnell beschafft werden?

Möglicherweise ja. Im Oberschwellenbereich ist eine zentrale Beschaffungsstelle selbst ein öffentlicher Auftraggeber, der auf Dauer zentrale Beschaffungstätigkeiten für andere öffentliche Auftraggeber erbringt. Die zentrale Beschaffungsstelle kann dabei entweder selbst Waren oder Dienstleistungen beschaffen und anschließend weiterverkaufen, oder aber im Auftrag und auf Rechnung anderer öffentlicher Auftraggeber Vergabeverfahren zur Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen für diese durchführen. Zeitliche Effekte bei der Beschaffung können sich während der Corona-Pandemie vor allem dann ergeben, wenn zentrale Beschaffungsstellen zum Beispiel über Rahmenvereinbarungen benötigte Liefer- und Dienstleistungen für andere öffentliche Auftraggeber zeitnah abrufen können. Das EU-Vergaberecht ermöglicht es öffentlichen Auftraggebern im Übrigen ausdrücklich, zentrale Beschaffungsstellen mit Beschaffungstätigkeiten zu beauftragen. Im Unterschwellenbereich gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

## 3. Können im Hinblick auf die Corona-Pandemie Vertragsstrafen in den Vergabeunterlagen vorgesehen werden?

Ausnahmsweise ja. Im Baubereich dürfen angemessene Vertragsstrafen für die Überschreitung von Vertragsfristen ohnehin nur vereinbart werden, wenn die Über-



So idyllisch wie auf dieser Baustelle im Sonnenuntergang sieht es derzeit am Bau nicht überall aus.

FOTO: DPA/SVEN HOPPE

schreitung erhebliche Nachteile verursachen kann. Bei der Überschreitung von Vertragsfristen sind also nicht per se erhebliche Nachteile zu befürchten. Entscheidend für die insoweit nötige Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers ist daher, ob die denkbaren Folgen überschrittener Ausführungsfristen und die dadurch bedingte Verzögerung der zu erbringenden Bauleistungen für den öffentlichen Auftraggeber ein nicht mehr in Kauf zu nehmendes Risiko begründen, das mittels Vertragsstrafe angemessen reduziert wird.

Angesichts der durch die Corona-Pandemie bestehenden Unsicherheiten im Rahmen der realen Bauabwicklung sind Vertragsstrafen nur im Ausnahmefall vorzusehen. So kann zum Beispiel die kurzfristige Schaffung zusätzlicher räumlicher Intensivkapazitäten im Krankenhausbereich zur akuten Beseitigung pandemiebedingter medizinischer Behandlungs-/Versorgungsengpässe aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses am Lebens- und Gesundheitsschutz eine angemessene Vertragsstrafenregelung ausnahmsweise rechtfertigen. Hingegen wird beispielsweise der Umbau zur Schaffung von zusätzlichen Videokonferenzräumen zur Verbesserung beziehungsweise Aufrechterhaltung des üblichen Betriebs von Dienststellen ohne unmittelbare lebens- und gesundheitserhaltende (oder damit vergleichbare) Funktionen regelmäßig keinen Ausnahmefall rechtfertigen können. Bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

## 4. Müssen bei der Vergabe von unterschwelligen Bauaufträgen geforderte Drittnachweise beziehungsweise Bescheinigungen zur Eignung weiterhin vorgelegt werden?

Grundsätzlich ja. Bauleistungen dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige, sprich geeignete Unternehmen vergeben werden. Der öffentliche Auftraggeber kann dabei zwar vorsehen, dass für einzelne (Eignungs-)Angaben Eigenerklärungen ausreichend sind. Allerdings sind Eigenerklärungen, die als vorläufiger Nachweis dienen, von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, oder von den infrage kommenden Bewerbern durch entsprechende Bescheinigungen (zum Beispiel Unbedenklichkeitsbescheinigungen) der zuständigen Stellen zu bestätigen. Die Beibringung solcher aktueller Bescheinigungen kann den Unternehmen trotz rechtzeitiger Beantragung bei den zuständigen Stellen aber unverschuldete Probleme bereiten, wenn sich die Ausstellung der Drittnachweise

wegen der Corona-Pandemie verzögert.

In einem solchen ohne Verschulden des Unternehmens eingetretenen Ausnahmefall ist anstatt des Drittnachweises beziehungsweise der Bescheinigung eine Eigenerklärung ausreichend, wenn (a-c) der Bewerber oder Bieter

a) eine vor Kurzem abgelaufene Bescheinigung vorlegen kann und b) keine begründeten Zweifel daran bestehen, dass der Bewerber oder Bieter auch nach Ablauf der Gültigkeit seinen für die Ausstellung der Bescheinigung erforderlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und c) den Antrag zur Ausstellung der geforderten Bescheinigung der Eigenerklärung beifügt, es sei denn, dass die bescheinigende Stelle offenkundig ihre Dienststätigkeit vorübergehend eingestellt hat.

Hierbei sind auch landesrechtliche Regelungen zu beachten. So sind zum Beispiel Eignungsnachweise bei Vergabeverfahren des Landes Hessen in der Regel nicht vorzulegen. Hier genügt grundsätzlich eine Eigenerklärung. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der öffentliche Auftraggeber sogar auf die Vorlage von Eignungsnachweisen verzichten muss, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz dieser Nachweise ist.

## 5. Kann durch den Abschluss von Open-House-Verträgen schnell beschafft werden?

Möglicherweise ja. Strebt ein Auftraggeber im Oberschwellenbereich an, mit allen Unternehmen Verträge abzuschließen, welche die nachgefragten Leistungen (zum Beispiel FFP2-Atmungsmasken, OP-Masken, Schutzkitel) zu den von ihm vorgegebenen Bedingungen anbieten wollen, findet das EU-Vergaberecht keine Anwendung (sogenannte Open-House-Verträge beziehungsweise Zulassungssysteme). Der Grund liegt in der fehlenden Auswahl eines Unternehmens, an das ausschließlich der Auftrag vergeben wird. Ein öffentlicher Auftrag im vergaberechtlichen Sinne liegt deshalb nicht vor. Besteht an den zu beschaffenden Leistungen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse, gelten aber insbesondere die (primärrechtlichen) Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, das eine angemessene Bekanntmachung verlangt.

In ablauforganisatorischer Hinsicht kann ein Antrag, dem Open-House-Verfahren beitreten zu wollen, von jedem Unternehmen während der gesamten Laufzeit des Zulassungssystems gestellt werden. Dies erfolgt durch Abgabe eines Angebots, das die gestellten Anforderungen an die nachgefragten Leistungsgegen-

stände erfüllt und die vom Auftraggeber vorgegebenen Preise sowie Vertragsbedingungen (zum Beispiel Lieferzeitpunkt) akzeptiert. Vertragsverhandlungen werden nicht geführt. Der Beitritt zum Open-House-Vertrag beziehungsweise der Vertragsabschluss erfolgt durch Zuschlag auf das Angebot. Der Auftraggeber kann an die zuzulassenden Unternehmen auch Eignungsanforderungen aufstellen, ohne dass dadurch der Charakter eines vergaberechtsfreien Open-House-Vertrags verlorengeht. Im Unterschwellenbereich können die vorstehenden Ausführungen sinngemäße Anwendung finden.

## 6. Ist es sinnvoll, die Vergabeunterlagen für öffentliche Bauaufträge um Hinweise auf die Corona-Pandemie zu ergänzen?

Ja. Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat hat für seinen Geschäftsbereich angeordnet, ein Hinweisblatt zum Umgang mit Bauablaufstörungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie beizufügen. Eine entsprechende Verfahrensweise ist für andere Auftraggeber im Ober- und Unterschwellenbereich ebenfalls sinnvoll. Das ministerielle Hinweisblatt beinhaltet folgende Ausführungen: Handhabung von Bauablaufstörungen: Die sich ausbreitende Corona-Pandemie kann Auswirkungen auf die Bauabläufe haben. Zum vertragsrechtlichen Umgang mit Bauablaufstörungen gebe ich folgende Hinweise: Die Corona-Pandemie ist grundsätzlich geeignet, den Tatbestand der höheren Gewalt im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c VOB/B auszulösen. Höhere Gewalt ist ein unvorhersehbares, von außen einwirkendes Ereignis, das auch durch äußerste, nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt wirtschaftlich vertretbar nicht abgewendet werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit hinzunehmen ist. Das Vorliegen dieser strengen Voraussetzungen kann auch in der jetzigen Ausnahmesituation nicht pauschal angenommen werden, sondern muss im Einzelfall

geprüft werden. Grundsätzlich muss derjenige, der sich darauf beruft, die die höhere Gewalt begründenden Umstände darlegen und gegebenenfalls beweisen. Beruft sich der Unternehmer also auf höhere Gewalt, müsste er darlegen, warum er seine Leistung nicht erbringen kann. Das kann zum Beispiel der Fall sein, weil – ein Großteil der Beschäftigten behördenseitig unter Quarantäne gestellt ist und er auf dem Arbeitsmarkt oder durch Nachunternehmer keinen Ersatz finden kann, – seine Beschäftigten aufgrund von Reisebeschränkungen die Baustelle nicht erreichen können und kein Ersatz möglich ist, – er kein Baumaterial beschaffen kann.

Kostensteigerungen sind dabei nicht grundsätzlich unzumutbar. Die Darlegungen des Auftragnehmers müssen das Vorliegen höherer Gewalt als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen, ohne dass sämtliche Zweifel ausgeräumt sein müssen. Auf Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Bescheinigungen und Nachweisen ist mit Blick auf die Überlastung von Behörden und die stark reduzierte Geschäftstätigkeit der Privatwirtschaft Rücksicht zu nehmen. Dies bedeutet, die vom Auftragnehmer geforderten Darlegungen im Einzelfall mit Augenmaß, Pragmatismus und mit Blick auf die Gesamtsituation zu handhaben.

Der bloße Hinweis auf die Corona-Pandemie und eine rein vorsorgliche Arbeitseinstellung erfüllt den Tatbestand der höheren Gewalt aber nicht. Ebenso bitte ich um besonderes Augenmerk, falls der Auftragnehmer schon bei der bisherigen Leistungserbringung Schwierigkeiten hatte und sich nun auf die Corona-Pandemie beruft. Höhere Gewalt kann auch auf Seiten des Auftraggebers eintreten, beispielsweise weil die Projektleitung unter Quarantäne gestellt wird. Dabei wäre dann – entsprechend der an die Auftragnehmer gestellten Anforderungen und nach denselben Maßstäben –

zu dokumentieren, dass und warum die Projektleitung nicht aus dem Homeoffice erfolgen kann, oder dass und warum keine Vertretung organisiert werden kann. Falls das Vorliegen höherer Gewalt im Einzelfall angenommen werden kann, verlängern sich Ausführungsfristen automatisch um die Dauer der Behinderung zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten (§ 6 Abs. 4 VOB/B). Beruft sich der Auftragnehmer nach den oben genannten Maßstäben zu Recht auf höhere Gewalt, entstehen gegen ihn keine Schadens- oder Entschädigungsansprüche. Bei höherer Gewalt gerät auch der Auftraggeber nicht in Annahmeverzug; die Voraussetzungen des § 642 BGB liegen nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 – VII ZR 194/13; die dortigen Ausführungen zu außergewöhnlich ungünstigen Witterungsverhältnissen sind nach hiesiger Ansicht – erst recht – auf eine Pandemie übertragbar). Das gilt insbesondere auch für Fallkonstellationen, in denen ein Vorgewerk aufgrund höherer Gewalt nicht rechtzeitig erbracht werden kann und nun das nachfolgende Gewerk deswegen Ansprüche wegen Behinderung gegen den Auftraggeber erhebt.

Die bayerische Staatsbauverwaltung hat die verschiedenen Hinweise des Bunds für ihren Geschäftsbereich in eine einheitliche Fassung gebracht. Die entsprechenden Hinweisblätter für die Vergabe von Bauleistungen und für Liefer- und gewerbliche Dienstleistungen sowie für freiberufliche Dienstleistungen sind auf der Vergabeplattform [www.vergabe.bayern.de](http://www.vergabe.bayern.de) bereitgestellt.

## 7. Können die Bieter zur Verlängerung der Angebotsbindenfrist aufgefordert werden, weil zum Beispiel ein notwendiger kommunaler Beschluss wegen der Corona-Krise nicht gefasst werden kann?

Ja. Die Dauer der Bindefrist muss im Oberschwellenbereich grundsätzlich angemessen beziehungsweise verhältnismäßig sein. Bei der Vergabe von Bauaufträgen soll sie so kurz wie möglich und nicht länger bemessen werden, als der öffentliche Auftraggeber für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote benötigt. In der Regel sind dies 60 Kalendertage. Bieter müssen deshalb die Gelegenheit haben, nach Überschreiten eines angemessenen Zeitraums von ihrem Angebot wieder Abstand zu nehmen.

Reicht die ursprünglich gesetzte Bindefrist nicht aus, so kann im Einzelfall die Bindefrist verlängert werden, wenn konkrete und objektive nachvollziehbare Gründe eine Verlängerung rechtfertigen. Ein solcher Grund liegt vor, wenn beispielsweise ein kommunaler Gremiumsbeschluss für ein Beschaffungsvorhaben nicht herbeigeführt werden kann, weil das Gremium wegen der Corona-Pandemie tatsächlich an einer Beschlussfassung verhindert ist. Im Unterschwellenbereich können die vorstehenden Ausführungen grundsätzlich entsprechende Anwendung finden.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

### Durchführung von Vergabeverfahren für Architekten-, Ingenieur- und Projektsteuerleistungen nach VgV 2016

- rechtssicher
- kompetent
- schnell
- kostengünstig

Rechtsanwälte Prof. Dr. Rauch & Partner mbB  
Hoppestraße 7, 93049 Regensburg  
[www.prof-rauch-baurecht.de](http://www.prof-rauch-baurecht.de)

