

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

Was es in Corona-Zeiten zu beachten gilt

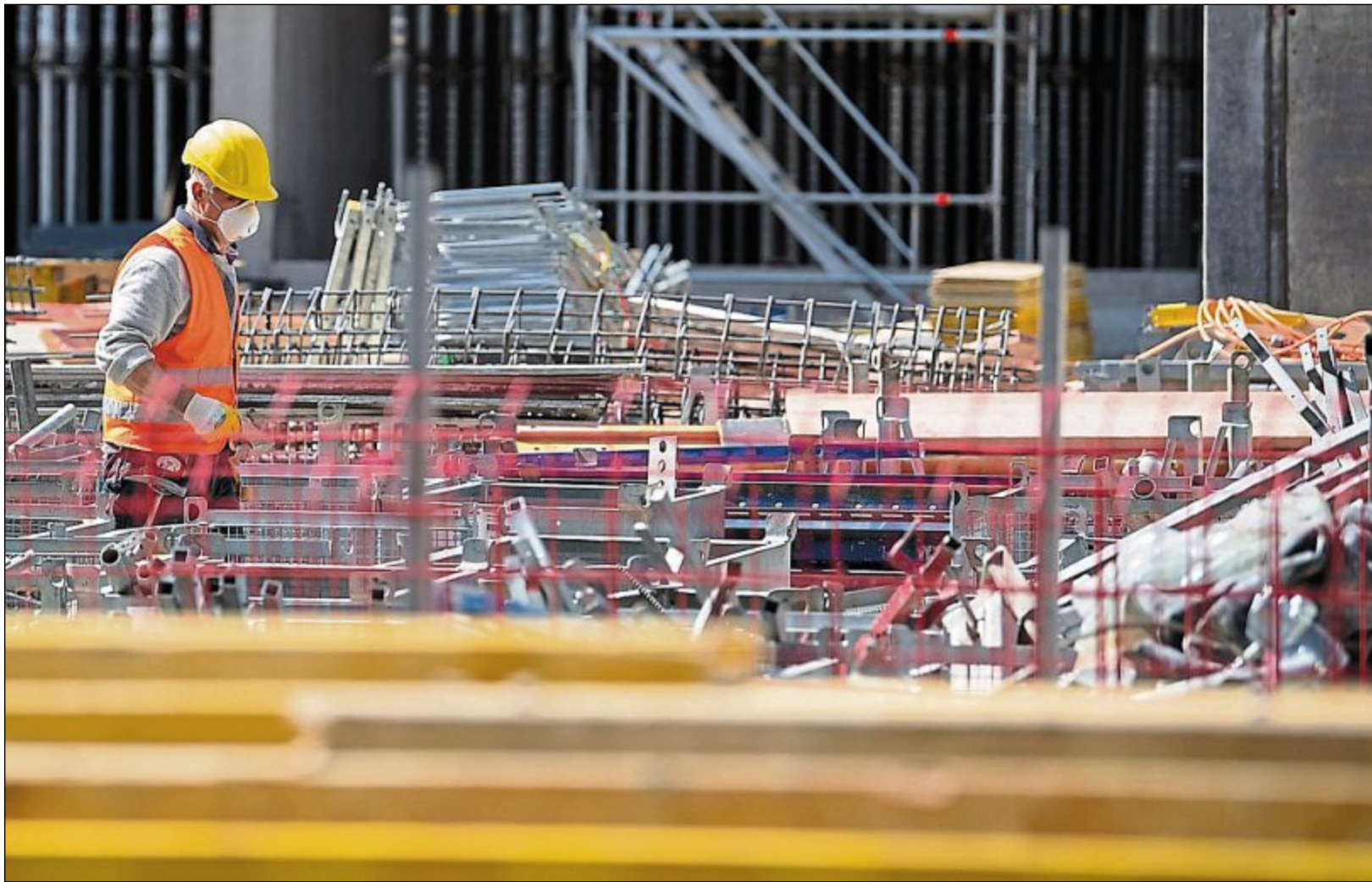
1. Muss ein Unternehmen zwingend aus einem EU-Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn es eine geforderte Unbedenklichkeitsbescheinigung der Krankenkasse nur für die Zeit bis zum Ausbruch der Corona-Pandemie vorlegen kann, weil die Sozialversicherungsbeiträge danach gestundet wurden?

Grundsätzlich nein. In der Beschaffungspraxis wird häufig als Nachweis für das Nichtvorliegen des zwingenden Ausschlussgrunds wegen Nichtzahlung von Beiträgen zur Sozialversicherung eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Krankenkasse gefordert. Im Regelfall wird aber kein Ausschluss begründet sein, weil der Unternehmer seine Zahlungsverpflichtungen nicht verletzt, wenn er mit der Krankenkasse eine Beitragsstundung vereinbart hat. Denn durch die Stundung wird die Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge lediglich aufgeschoben, ohne dass das Unternehmen seine Zahlungspflichten gegenüber dem Krankenversicherungsträger verletzt. Etwaige Ausnahmefälle können überdies bei offensichtlicher Unverhältnismäßigkeit eines Ausschlusses korrigiert werden.

Ebenso dürfte ein zwingender Ausschluss wegen unvollständiger Unterlagen nicht in Betracht kommen, weil der Unternehmer mit einer Unbedenklichkeitsbescheinigung für die Zeit bis zum Ausbruch der Corona-Pandemie alles ihm Zumutbare unternommen hat, um die (nach-)geforderte Bescheinigung beizubringen.

2. Darf in der Leistungsbeschreibung, zum Beispiel zur überschwelligen Beschaffung von dringend benötigten Waren zur Eindämmung der Corona-Pandemie, vorgeschrieben werden, dass der Bieter über Produktionskapazitäten in Deutschland verfügen muss?

Ausnahmsweise ja. Grundsätzlich gilt zwar, dass in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Allerdings ist ein solcher Verweis im Ausnahmefall zulässig, wenn er durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. So koordiniert und organisiert beispielsweise das Bundesgesundheitsministerium die kurzfristige Beschaffung von Schutzausrüstung, während ein neuer Arbeitsstab Produktion beim Bundeswirtschaftsministerium die Aufgabe hat, den Aufbau nationaler wie europaweiter Produktionskapazitäten zu unterstützen. Da derzeit die sichere und nachhaltige Versorgung des deutschen Gesund-



Nicht nur die Maske ist Pflicht. Bei der Vergabe von Bauaufträgen in Corona-Zeiten ist viel zu beachten.

FOTO: DPA/SVEN HOPPE

heitssektors (beispielsweise mit dringend benötigten FFP2-Atemschutzmasken) alleine mit Auslandslieferungen aufgrund der dortigen Ausfuhrbeschränkungen, der allgemein hohen Marktnachfrage, der eingeschränkten Produktionskapazitäten und ähnliches nicht möglich ist, erscheint die Leistungsvorgabe, über inländische Produktionskapazitäten verfügen zu müssen, ausnahmsweise temporär gerechtfertigt zu sein. Dafür spricht auch, dass sich die Leistungsmerkmale zu beschaffender Gegenstände vergaberechtlich auch auf die Produktions- und Lieferkette beziehen dürfen, selbst wenn solche Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, aber in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Im Unterschwellenbereich gelten die vorstehenden Ausführungen zumindest dann, wenn der Lieferauftrag einen Binnenmarktbezug im Sinne der europäischen Rechtsprechung aufweist. Generell gilt es zu bedenken, dass selbst inländische Produktionskapazitäten häufig auf im Ausland ansässige Vorlieferanten und Unterauftragnehmer angewiesen sind und dadurch gegebenenfalls eingeschränkt sind. Dementsprechend erscheint es sinnvoll und zielfüh-

rend, vor allem die Eignung des Bieters beziehungsweise dessen technische Leistungsfähigkeit durch Angaben des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems, das dem Unternehmen – ganz gleich, ob dieses in- und/oder ausländische Produktionskapazitäten vorhält – zur Vertragserfüllung

3. Kann ein Bewerber/Bieter aus einem EU-Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, weil er einen früheren öffentlichen Auftrag aus pandemiebedingten Gründen nicht, zu spät oder unvollständig erfüllt hat?

Grundsätzlich nein. Unternehmen können ausgeschlossen werden, wenn sie eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags (oder Konzessionsvertrags) erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt haben und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Eine mangelhafte Erfüllung wird zwar regelmäßig vorliegen, wenn sie auf einem einseitigen Verschulden des Auftragnehmers gründet. Die Corona-Pandemie hingegen erfüllt aber generell den Fall der höheren Gewalt. Sie schließt daher grundsätzlich ein Verschulden des Unternehmers aus, weshalb auch keine mangelhafte Erfüllung anzunehmen ist.

Zudem dürfte ein Ausschluss in einem solchen Fall unverhältnismäßig sein, soweit in Zukunft eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzestreue Auftragsdurchführung zu erwarten ist. Ein Ausschluss kann im Einzelfall ausnahmsweise möglich sein, wenn dem Bewerber/Bieter ein (Mit-)Verschulden anzulasten ist, etwa dann, wenn er zumutbare Hygiene- und Gesundheitsvorkehrungen für seine nicht unter Quarantäne stehenden Arbeitnehmer unterlassen hat und deshalb eine mangelhafte Erfüllung eingetreten ist. Bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

4. Welche Auswirkungen hat die Corona-Pandemie auf die Präqualifikation von Bauunternehmen?

Eine Präqualifikation (PQ) von Bauunternehmen erfasst die nach § 6a EU VOB/A beziehungsweise § 6a VOB/A geforderten auftragsunabhängigen Eignungsnachweise und Ausschlussgründe nach § 6e EU VOB/A. In dem amtlichen PQ-Verzeichnis werden die so präqualifizierten Bauunternehmen geführt. Wegen der Corona-Pandemie kann es Bauunternehmen aber unverschuldet unmöglich sein, die für die Aufrechterhaltung ihrer PQ vorzulegenden

Nachweise rechtzeitig beizubringen. Liegen die für die Aufrechterhaltung der PQ erforderlichen Unterlagen nicht vor Ablauf der Gültigkeit eines oder mehrerer Nachweise vor, so würde das Bauunternehmen nach der Leitlinie für die Durchführung eines PQ-Verfahrens von Bauunternehmen aus dem PQ-Verzeichnis entfernt.

Um solche Streichungen zu vermeiden, wurde die PQ-Leitlinie für einen Übergangszeitraum von zunächst sechs Monaten dahingehend ergänzt, dass nicht vorliegende (verlängernde) Nachweise betreffend Steuern/Abgaben, Sozialversicherung, Berufsgenossenschaft und Handels-/Berufsregister aufgrund eingeschränkter Tätigkeit der ausübenden Stelle trotz rechtzeitiger Beantragung durch formlose Eigenenerklärungen des präqualifizierten Bauunternehmens zusammen mit dem Antrag auf Ausstellung der Bescheinigung ersetzt werden können. In diesem Fall wird das Bauunternehmen bis zur Vorlage der Bescheinigung/en – längstens aber für drei Monate – nicht aus dem PQ-Verzeichnis gestrichen, wenn der Antrag unverzüglich nach Information der PQ-Stelle gestellt wurde und zusammen mit der Eigenenerklärung vor Ablauf des Gültigkeitsdatums bei der PQ-Stelle eingereicht wurde.

5. Kann ein zahlungsunfähiges Unternehmen vor dem Hintergrund der Regelungen zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem Covid-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz (COVInsAG) aus einem EU-Vergabeverfahren ausgeschlossen werden?

Grundsätzlich nein. Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens ausschließen, wenn das Unternehmen zahlungsunfähig ist, über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist, die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation befindet oder seine Tätigkeit eingestellt hat.

Zahlungsunfähig ist ein Unternehmen, wenn es nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. In der Regel ist dies der Fall, wenn der Unternehmer seine Zahlungen eingestellt hat. Nach dem COVInsAG129 ist die Insolvenzantragspflicht (vorerst) bis zum 30. September 2020 ausgesetzt, soweit die Insolvenzreife auf den Folgen beziehungsweise Auswirkungen der Corona-Pandemie beruht und Aussicht besteht, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Beides wird vermutet, wenn das Unternehmen am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war.

Dadurch soll es Unternehmen ermöglicht werden, zum Beispiel staatliche Finanzhilfen zu beantragen und das Unternehmen möglichst zu sanieren. Bei der einfallbezogenen Eignungsprognose, insbesondere der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens, besteht daher keine Regelvermutung dafür, dass bei coronabedingter Zahlungsunfähigkeit ein Bieter finanziell nicht leistungsfähig ist. Die Ziel- und Zwecksetzung des COVInsAG sprechen grundsätzlich gegen einen fakultativen Ausschluss, wenn das Unternehmen entsprechende Sanierungsbestrebungen im Sinne der COVInsAG glaubhaft machen kann. In einem solchen Fall dürfte daher ein Ausschluss regelmäßig ermessensfehlerhaft, zumindest aber unverhältnismäßig sein. Bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

> HOLGER SCHRÖDER

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

Ausschreibungen für Bayern

**Auftrag online finden:
Einfach. Schnell. Effizient.**

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter www.bsz.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf