

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

# Was man in Corona-Zeiten beachten muss

## 1. Welches Verfahren kann oberhalb der EU-Schwellenwerte eine schnelle und effiziente Beschaffung sicherstellen?

Im Oberschwellenbereich kommt bei der Vergabe von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (VoT) in Betracht. Dieses VoT kann durchgeführt werden, wenn ein unvorhergesehenes Ereignis zu äußerst dringlichen und zwingenden Gründen bei der Beschaffung führt, aufgrund derer die Einhaltung der Mindestfristen anderer Verfahren unmöglich ist.

Die Infektionen mit dem Coronavirus (COVID-19) wurden von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) am 11. März 2020 zur Pandemie erklärt. Spätestens seit diesem Zeitpunkt liegt auch in Deutschland ein Ereignis vor, das von den Auftraggebern in seinen umfassenden, dynamischen Auswirkungen auf nahezu sämtliche Lebens- und Wirtschaftsbereiche nicht vorhergesehen werden konnte.

Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Auftraggeber nicht im Voraus wussten oder wissen konnten, dass der exponentielle Anstieg der Infektionszahlen zu sehr dringenden und zwingenden Beschaffungsbedarfen führt, um insbesondere die vielfältigen Aufgaben der öffentlichen Hand weiterhin gewährleisten zu können. Zu den dringlichen und zwingend benötigten Leistungen, um die öffentlichen Aufgaben, vor allem im ambulanten und stationären Gesundheits- und Sozialwesen, im ur-sächlichen Zusammenhang mit der zeitnahen Bewältigung der Corona-Pandemie sicherstellen zu können, zählen insbesondere:

- Medizinische Geräte (Beatmungsgeräte und so weiter)
- Medizinprodukte (Labordiagnostika und so weiter)
- Medizinische Verbrauchsmaterialien (Verbandsmaterial und so weiter)
- Produkte zur Desinfektion und Ähnliches, Antivirale Arzneimittel, gegebenenfalls Antibiotika, Impfstoffe, Schmerzmittel und Ähnliches
- Impfsätze (Spritzen, Kanülen und so weiter)
- Infektionspräventive Produkte (Einmalhandschuhe, Schutzmasken/-kleidung und so weiter)
- Intensiv-/Krankenbetten, Matratzen, Einmalbettwäsche und Ähnliches
- IT-Hard-/Software für medizinische Zwecke, zur Ermöglichung von Heimarbeit (Notebooks, Videokonferenztechnik, Fernzugriffsoftware), zwecks schulischer Unterricht und Ähnliches
- Sicherheitsdienstleistungen (zum Beispiel für Patientenwartebereiche) und Ähnliches
- Infektionspräventive Desinfektions-/Reinigungsdienstleistungen und Ähnliches
- Corona-Teststationen und Ähnliches
- Behandlungscontainer/-zelte und Ähnliches.

Zweifelsohne muss dafür gesorgt werden, dass die Infizierten eine schnellst- und bestmögliche medizinische Behandlung erfahren. Ebenso muss dafür Sorge getragen werden, dass die öffentlichen Aufgaben weiterhin in ausreichender Qualität gewährleistet werden können. Die hierfür nötigen, oben beispielhaft beschriebenen Leistungsgegenstände können daher häufig nicht im Rahmen eines anderen Verfahrens unter Einhaltung der jeweiligen Mindestfristen beschafft werden. Der jeweilige Beschaffungsbedarf muss unverzüglich zu decken sein.

Denn gemessen an den jeweils zu beachtenden Mindestfristen stellt das offene Verfahren mit 15 (Kalender-)Tagen das zügigste Verfahren dar. Eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ darf deshalb keinen längeren Zeitaufschub dulden. Ob und für welche Leistungs-



Schutzkleidung ist derzeit sehr gefragt – nicht nur für die Drive-in-Teststationen für Menschen mit Covid-19 Verdacht. FOTO: SVEN HOPPE/DPA

gegenstände auch diese Mindestfrist unzureichend ist, ist letztlich von Fall zu Fall zu prüfen. Die Umstände, welche das VoT als eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ rechtfertigen, sind im Vergabevermerk ausdrücklich zu dokumentieren.

In ablauforganisatorischer Hinsicht kann das VoT mit einem oder mehreren Unternehmen durchgeführt werden. Ein VoT mit einem einzigen Unternehmen ist möglich, wenn nur dieses eine Unternehmen in der Lage sein wird, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten zeitlichen Zwängen zu erfüllen. Sind zwei oder mehr Unternehmen entsprechend leistungsbereit, ist das VoT mit diesen durchzuführen.

## 2. Welches Verfahren kann unterhalb der EU-Schwellenwerte eine schnelle und effiziente Beschaffung sicherstellen?

Im Unterschwellenbereich kommt bei der Vergabe von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen ebenfalls eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (VVoT) beziehungsweise freihändige Vergabe in Betracht. Dies gilt jedenfalls in den Bundesländern, welche die UVgO für Liefer- und Dienstleistungen beziehungsweise die VOB/A für Bauleistungen für bestimmte Auftraggeber verpflichtend vorgegeben haben. Die Anwendungsvoraussetzungen sind ähnlich beziehungsweise sogar schwächer ausgestaltet als im Oberschwellenbereich. Hierbei sind auch die landesrechtlichen Regelungen zu beachten, die zum Beispiel niedersächsischen öffentlichen Auftraggebern empfehlen, generell Aufträge über Liefer- und Dienstleistungen, deren Vergabeverfahren vor dem 31. Mai 2020 begonnen haben, im Wege der VVoT oder Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben.

## INFO Einfachere Auftragsvergabe

Zur Bewältigung der Corona-Krise ist es derzeit häufig erforderlich, eine Vielzahl von Beschaffungen besonders schnell und effizient durchzuführen. Das gilt insbesondere für Material, das im Gesundheitsbereich oder für Einsatzkräfte sowie zur Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung benötigt wird.

Die Bayerische Staatsregierung hat deshalb beschlossen, dass in der Corona-Krise begründete Beschaffungen (insbesondere medizinische Bedarfsgegenstände und Leistungen, die der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs in der Verwaltung dienen) durch staatliche Auftraggeber bis zu einer Wertgrenze von 25 000 Euro netto ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durch Direktauftrag beschafft werden können. Diese Regelung ist bis 30. Juni 2020 befristet.

Zur Stützung der Konjunktur in Bayern und zum Abbau der Bürokratie erhöht die Bayerische Staatsregierung für staatliche Auftraggeber darüber hinaus dauerhaft die Wertgrenzen der sogenannten Unterschwellenvergabe für die Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen. Die Vergabeverfahren sollen somit erleichtert, beschleunigt und entbürokratisiert werden. Die Erhöhung der Wertgrenzen betrifft den Direktauftrag, die Verhandlungsvergabe als auch die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb.

In ablauforganisatorischer Hinsicht darf bei der „Dringlichkeitsbeschaffung“ im Wege einer VVoT zudem – ohne weitere Voraussetzung – nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefördert werden.

Für Bagatellaufträge im Zusammenhang mit pandemiebedingten Beschaffungen können auch die form- und fristfreien Direktauftragsmöglichkeiten in Anspruch genommen werden. Hierbei sind ebenfalls die landesrechtlichen Regelungen zu beachten. So können zum Beispiel niedersächsische Kommunen die Wertgrenze für Direktaufträge bis auf Weiteres in eigener Zuständigkeit und Verantwortung festlegen. In Rheinland-Pfalz können bis zum 30. Juni 2020 Liefer-, Dienst- und Bauleistungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Eindämmung der Corona-Pandemie beitragen oder die der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs in der öffentlichen Verwaltung dienen, direkt vergeben werden.

## 3. Können noch laufende Beschaffungsverträge ohne erneutes Vergabeverfahren ausgeweitet werden?

Ja, im Oberschwellenbereich kommt hierfür vor allem die „Notänderung“ in Betracht. Danach darf ein bestehender Auftrag von einem sorgfältig planenden Auftraggeber wegen nicht vorhersehbarer Umstände (vgl. entsprechend Rdnrn. 2 f.) um bis zu 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts ausgeweitet werden, wenn der Gesamtcharakter des Auftrags gewahrt bleibt. Letzteres ist zum Beispiel der Fall, wenn

- die Stückzahlen der ursprünglichen Lieferleistung erhöht werden,
- ein Liefervertrag über bestimmte medizinische Hilfsmittel um weitere Gegenstände ergänzt wird, die dem gleichen oder ähnlichen Zweck dienen,
- der Stundenumfang von Wach-

und Sicherheitsdienstleistungen erhöht wird (wenn zum Beispiel zusätzliche Wacheleute zur Sicherung von Patientenwartebereichen benötigt werden),

- Gebäudereinigungsdienstleistungen intensiviert werden (zum Beispiel zweimal anstatt einmal täglich gereinigt wird),
- das Bauvolumen erhöht wird (zum Beispiel Errichtung von 40 anstatt 20 Intensivstationen).

Die pauschale Obergrenze von 50 Prozent gilt für jede „Notänderung“, ohne dass diese addiert werden müssten, soweit die „Notänderungen“ nicht mit dem Ziel der Umgehung des Vergaberechts erfolgen. Die „Notänderung“ muss allerdings im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht werden. Im Unterschwellenbereich ist im Anwendungsbereich der UVgO bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die oben genannte „Notänderung“ ebenfalls zulässig. Bei Bauvergaben erfordern Vertragsänderungen nach den Bestimmungen der VOB/B kein neues Vergabeverfahren, ausgenommen davon sind Vertragsänderungen nach § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B.24.

## 4. Müssen die Fristen für die Abgabe von Teilnahmeanträgen und Angeboten verlängert werden?

Grundsätzlich nein. Im Oberschwellenbereich besteht keine Pflicht zur Verlängerung von Teilnahme- und Angebotsfristen, soweit bei der Fristsetzung die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen berücksichtigt wurden. Der Vorbehalt der Angemessenheit betrifft insbesondere die Mindestfristen, die somit nicht per se und automatisch jedem Vergabeverfahren zugrunde gelegt werden können. Der Auftraggeber muss die Angemessenheit in jedem Einzelfall gesondert prüfen.

Die Corona-Pandemie führt zu erschwerten und für zahlreiche Erwerbstätige zu teils neuen Arbeitsbedingungen, sowohl auf Seiten der Bieter als auch der Auftraggeber. Die Ausübung der beruflichen Tätigkeit kann häufig aus dem Heimbüro/Homeoffice mittels elektronischer Fernzugriffsmöglichkeiten und/oder – solange und soweit keine staatlich angeordneten, absoluten Ausgangssperren bestehen und/oder die Bewegungsfreiheit zur Ausübung der Berufsausübung nicht staatlicherseits eingeschränkt ist – auch am Arbeitsplatz selbst sichergestellt werden. Mit der spätestens seit 18. Oktober 2018 generell verbindlichen Einführung der elektronischen Vergabe kann das Vergaberecht auch pandemiebedingten Beschaffungssituationen dem Grunde nach effektiv begegnen. Wenn daher vor diesem Hintergrund zum Beispiel ein einzelner Bieter um Verlängerung der angemessenen Angebotsabgabefrist unter pauschalem Hinweis auf die Corona-

Pandemie ersucht, besteht grundsätzlich auch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keine Pflicht, die Angebotsabgabefrist zu verlängern.

Eine Ausnahme dürfte aber dann anzunehmen sein, wenn zum Beispiel für die in einem Vergabeverfahren elektronisch registrierten Bieter und deren Mitarbeiter/-innen eine staatlich angeordnete, absolute Ausgangssperre besteht und/oder die Bewegungsfreiheit zur Ausübung der Berufsausübung staatlicherseits eingeschränkt ist, sodass diese ihren Arbeitsplatz nicht mehr aufsuchen dürfen, und alle diese Bieter glaubhaft machen können, dass keiner der für die Angebotsbearbeitung nötigen Mitarbeiter/-innen aus dem Heimbüro/Homeoffice mittels elektronischer Fernzugriffsmöglichkeiten Angebote erstellen und auf dem auftraggeberseitigen elektronischen Vergabeportal einreichen kann. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wird in einem solchen Fall eine Verlängerung der Angebotsabgabefrist erforderlich sein.

Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen dürften alle Auftraggeber gut beraten sein, zu prüfen, ob wegen der pandemiebedingten personellen Vakanzen, unterbrochenen Lieferketten, eingeschränkter Kommunikation, vorübergehenden Betriebsschließungen und so weiter eine (freiwillige) Verlängerung von Teilnahme- und Angebotsfristen in Betracht kommt, um weiterhin möglichst attraktive Teilnahmeanträge und Angebote zu erhalten. Damit korrespondiert die (einvernehmliche) Verlängerung der Bindefrist und gegebenenfalls die Verschiebung des vertraglichen Leistungsausführungszeitraums.

Im Unterschwellenbereich sind Teilnahme- und Angebotsfristen grundsätzlich angemessen beziehungsweise ausreichend zu bestimmen, sodass die obigen Ausführungen zum Oberschwellenbereich entsprechend gelten (vgl. Rdnrn. 16 ff.).

## 5. Können mit den Bietern wegen der Infektionsgefahr noch Verhandlungsgespräche geführt werden?

Ja. Das Vergaberecht schreibt im Oberschwellenbereich keine bestimmte Form der Verhandlungen vor. Verhandlungsgespräche können zum Beispiel auch mittels Video- oder Telefonkonferenzen geführt werden. Verhandlungen bei zeitgleicher, physischer Anwesenheit der Gesprächsteilnehmer sollten aber im Sinne einer effektiven Eindämmung der Corona-Pandemie vorrangig vermieden werden. Solange und soweit keine staatlich angeordneten, absoluten Ausgangssperren bestehen und/oder die Bewegungsfreiheit zur Ausübung der Berufsausübung nicht staatlicherseits eingeschränkt ist, können Verhandlungsgespräche unter Einhaltung der entsprechenden staatlichen Anordnungen auch noch vor Ort durchgeführt werden, wobei zudem den Handlungsempfehlungen des Robert-Koch-Instituts (oder ähnlicher Behörden) zur Durchführung von Veranstaltungen Folge geleistet werden sollte (Teilnehmerzahl begrenzen, Eingangsscreening auf Risikoeexposition und/oder Symptome, für eine dem Infektionsrisiko angemessene Belüftung des Veranstaltungsorts sorgen, auf enge Interaktion der Teilnehmenden verzichten, und so weiter) und gegebenenfalls darüber hinausgehende Schutzvorkehrungen (zum Beispiel Einbau von Plexiglaswänden, Verteilung von persönlicher Schutzausrüstung) getroffen werden sollten.

Im Unterschwellenbereich gelten die obigen Ausführungen für Verhandlungsvergaben beziehungsweise freihändige Vergaben entsprechend (vgl. Rdnrn. 21 f.).

## 6. Können die Angebote unter Wahrung des Vier-Augen-Prinzips noch geöffnet werden?

Ja. Im Rahmen der elektronischen Vergabe kann im Oberschwellenbereich die Öffnung der

Angebote von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers auch aus dem Heimbüro/Homeoffice („remote“) erfolgen, wenn entweder das im Einzelfall zum Einsatz kommende elektronische Vergabeportal über eine entsprechende Funktion verfügt, oder wenn über zusätzliche Softwareprogramme (zum Beispiel Skype for Business, TeamViewer) das Vier-Augen-Prinzip sichergestellt werden kann.

Bei Vergaben im Unterschwellenbereich, die ausschließlich elektronisch durchgeführt werden, gelten die obigen Ausführungen entsprechend (vgl. Rdnr. 24).

Bei der Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich, bei denen noch schriftliche Angebote zugelassen sind, muss ein Eröffnungstermin abgehalten werden, bei dem Bieter und deren Bevollmächtigte anwesend sein dürfen. Wird der Eröffnungstermin zeitlich nicht verschoben, so muss Bietern und deren Bevollmächtigten der Zugang zum Submissionstermin ermöglicht werden und darf nicht mit bloßem Hinweis auf die Corona-Pandemie verweigert werden. Für diesen Fall sind vom öffentlichen Auftraggeber die staatlich angeordneten, behördlich empfohlenen und gegebenenfalls darüber hinausgehenden Schutzvorkehrungen für alle Eröffnungstermineinnehmer zu treffen (vgl. entsprechend Rdnr. 22).

## 7. Welche Eignungskriterien sollten bei geplanten Vergabeverfahren besonders beachtet werden?

Im Oberschwellenbereich dürfen zukünftig vor allem der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit<sup>38</sup> der Bewerber/Bieter eine besondere Bedeutung zukommen. Als Beleg der erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit können insbesondere entsprechende Bankerklärungen dienen, die zum Beispiel Aufschluss über den aktuellen Liquiditätsstatus bieten können. Gleiches gilt für Jahresabschlüsse oder Auszüge davon, um zum Beispiel das zur Verfügung stehende Eigenkapital und die kurz-/mittelfristigen Verbindlichkeiten des Unternehmens zu erfahren. Hierbei kann das Verhältnis zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, wenn der Auftraggeber transparente, objektive und nicht-diskriminierende Methoden und Kriterien für die Berücksichtigung anwendet und die Methoden und Kriterien in den Vergabeunterlagen angibt. Als Beleg der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit können vor allem Angaben zu Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystemen, die dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung stehen, an Bedeutung gewinnen. Dies gilt vor allem für Waren, bei denen die Liefersicherheit eine hohe Priorität genießt. Bei der Vergabe im Unterschwellenbereich gelten die obigen Ausführungen – auch wenn dort zum Beispiel Bankerklärungen und Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssysteme nicht ausdrücklich Erwähnung finden – entsprechend (vgl. Rdnrn. 27 f.).

## 8. Dürfen Bewerber und Bieter aus Risikogebieten ausgeschlossen werden?

Wirtschaftsteilnehmer aus Risikogebieten (zum Beispiel Italien, Bundesland Tirol, Region Grand Est) dürfen nicht aufgrund ihrer Herkunft automatisch von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss wäre grundsätzlich als vergaberechtswidrige Diskriminierung zu werten. Bei solchen Bewerbern und Bietern kann im Einzelfall aber die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und/oder die technische Leistungsfähigkeit ggf. näher aufzuklären sein.

> HOLGER SCHRÖDER

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