

Rödl & Partner

VERGABERECHT BEI PANDEMIEN

Antworten zu häufig gestellten Fragen (FAQ – Stand: 8.11.2021)



1.	Welches Verfahren kann oberhalb der EU-Schwellenwerte eine schnelle und effiziente Beschaffung sicherstellen?	4
2.	Welches Verfahren kann unterhalb der EU-Schwellenwerte eine schnelle und effiziente Beschaffung sicherstellen?	5
3.	Können noch laufende Beschaffungsverträge ohne erneutes Vergabeverfahren ausgeweitet werden?	6
4.	Müssen die Fristen für die Abgabe von Teilnahmeanträgen und Angeboten verlängert werden?	7
5.	Können mit den Bietern wegen der Infektionsgefahr noch Verhandlungsgespräche geführt werden?	8
6.	Können die Angebote unter Wahrung des Vier-Augen-Prinzips noch geöffnet werden?	8
7.	Welche Eignungskriterien sollten bei geplanten Vergabeverfahren besonders beachtet werden?	9
8.	Dürfen Bewerber und Bieter aus Risikogebieten ausgeschlossen werden?	9
9.	Kann ein Vergabeverfahren wegen des Ausbruchs der Corona-Pandemie aufgehoben werden?	10
10.	Kann über eine zentrale Beschaffungsstelle schnell beschafft werden?	10
11.	Können im Hinblick auf die Corona-Pandemie Vertragsstrafen in den Vergabeunterlagen vorgesehen werden?	11
12.	Müssen bei der Vergabe von unterschwelligen Bauaufträgen geforderte Drittnachweise bzw. Bescheinigungen zur Eignung weiterhin vorgelegt werden?	11
13.	Kann durch den Abschluss von Open-House-Verträgen schnell beschafft werden?	12
14.	Ist es sinnvoll, die Vergabeunterlagen für öffentliche Bauaufträge um Hinweise auf die Corona-Pandemie zu ergänzen?	13
15.	Können die Bieter zur Verlängerung der Angebotsbindefrist aufgefordert werden, weil z.B. ein notwendiger kommunaler Beschluss wegen der Corona-Krise nicht gefasst werden kann?	14
16.	Welche Bundesländer haben wegen der Corona-Pandemie Rundschreiben, Erlasse, Mitteilungen o.ä. zum Vergaberecht veröffentlicht?	15
17.	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?	18
18.	Darf in der Leistungsbeschreibung, z.B. zur überschwelligen Beschaffung von dringend benötigten Waren zur Eindämmung der Corona-Pandemie, vorgeschrieben werden, dass der Bieter über Produktionskapazitäten in Deutschland verfügen muss?	19
19.	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?	20
20.	Welche Auswirkungen hat die Corona-Pandemie auf die Präqualifikation von Bauunternehmen?	20

21.	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?	21
22.	Dürfen bei der Vergabe von Bauleistungen während der Corona-Pandemie Sicherheitsleistungen gefordert werden?	22
23.	Welche Auswirkungen kann die für den 1.7.2020 bis 31.12.2020 angekündigte coronabedingte Umsatzsteuersenkung auf Vergabeverfahren haben?	23
24.	Welche Auswirkungen kann das öffentliche Preisrecht auf „Dringlichkeitsbeschaffungen“ haben?	24
25.	Rechtsprechungsübersicht „Vergaberecht bei Pandemien“	25
26.	Sollten öffentliche Auftraggeber den Bauunternehmen die Mehrkosten für Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen im räumlichen Kontext zur Baustelle erstatten, die durch die Corona-Pandemie verursacht wurden?	32
27.	Kann im Rahmen eines europaweit bekanntgemachten Verhandlungsverfahrens auf Verhandlungen mit den Bietern wegen der Corona-Pandemie verzichtet werden?	33
28.	Können die Teilnahme- und Angebotsabgabefristen für öffentliche Aufträge ab Erreichen der EU-Schwellenwerte verkürzt werden?	33
29.	Sollten öffentliche Auftraggeber Reinigungsdienstleistern die Mehrkosten für Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen erstatten, die durch die Corona-Pandemie verursacht werden?	34
30.	Bestehen vergaberelevante Bedingungen und Auflagen in Corona-Zuwendungsbescheiden?	35

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

1 Im Oberschwellenbereich kommt bei der Vergabe von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ als **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** (VoT)¹ 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.²

2 Die Infektionen mit dem Coronavirus (COVID-19) wurden von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) am 11.3.2020³ 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.⁴

2a Seitdem verläuft die Corona-Pandemie **dynamisch**. Auch über ein Jahr nach Beginn der Pandemie kann deshalb generell ein unvorhersehbar dringlicher Beschaffungsbedarf gegeben sein, vor allem in Bezug auf neu zur Verfügung stehende Instrumente oder Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. Gleichwohl führt auch die Delta-Variante ebenso wie die anderen schon bestehenden Varianten nicht zwingend zu einem neuen unvorhersehbaren Beschaffungsbedarf. So wird z.B. die Beschaffung von mobilen Luftreinigungsanlagen für Schulen schon seit längerer Zeit politisch diskutiert, weshalb das Vorliegen einer unvorhersehbaren, äußersten Dringlichkeit zur Durchführung eines VoT zweifelhaft erscheint.⁵

3 Es ist deshalb im Einzelfall genau zu prüfen, ob die einzelnen Auftraggeber nicht im Voraus wussten oder wissen konnten, dass die jeweilige Pandemielage 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 ursächlichen Zusammenhang mit der zeitnahen Bewältigung der Corona-Pandemie sicherstellen zu können, zählen insbesondere:⁶

- 4 – Medizinische Geräte (Beatmungsgeräte usw.),
- Medizinprodukte (Labordiagnostika usw.),
- Medizinische Verbrauchsmaterialien (Verbandsmaterial usw.),
- Produkte zur Desinfektion u.ä.,
- Antivirale Arzneimittel, ggf. Antibiotika, Impfstoffe, Schmerzmittel u.ä.,
- Impfsatz (Spritzen, Kanülen usw.),
- Infektionspräventive Produkte (Einmalhandschuhe, Schutzmasken/-kleidung, mobile Luftreinigungsanlagen usw.),
- Intensiv-/Krankenbetten, Matratzen, Einmalbettwäsche u.ä.,
- IT-Hard-/Software für medizinische Zwecke, zur Ermöglichung von Heimarbeit (Notebooks, Videokonferenztechnik, Fernzugriffssoftware), zwecks schulischer Unterrichtung u.ä.,

- Sicherheitsdienstleistungen (z.B. für Patientenwartebereiche) u.ä.,
- Infektionspräventive Desinfektions-/Reinigungsdienstleistungen u.ä.,
- Corona-Test-Stationen u.ä.,
- Behandlungscontainer/-zelte u.ä.
- Einbau von Trennwänden zur Separierung mehrfach belegter Büros, Umbauten und Ausstattung zur Erhöhung der Anzahl von Videokonferenzräumen u.ä.⁷

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 dürfen daher auch nicht im Rahmen eines anderen Verfahrens unter Einhaltung der jeweiligen Mindestfristen beschafft werden. Der jeweilige Beschaffungsbedarf muss unverzüglich zu decken sein.⁸ Denn gemessen an den jeweils zu beachtenden Mindestfristen stellt das offene Verfahren mit 15 (Kalender-)Tagen⁹ das zügigste Verfahren dar. Eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ darf deshalb **keinen längeren Zeitaufschub** dulden. Ob und für welche Leistungsgegenstände auch diese Mindestfrist unzureichend ist, ist letztlich von Fall zu Fall zu prüfen. Die Europäische Kommission hält es insoweit jedoch für wahrscheinlich, dass die meisten Beschaffungen, jedenfalls soweit sie den durch die ansteigende Infektionskurve erheblich erhöhten kurzfristigen Bedarf betreffen, im Rahmen der verkürzten Mindestverfahrensfristen (siehe oben) durchgeführt werden können.¹⁰

Die Umstände, welche das VoT als eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ rechtfertigen, sind im Vergabevermerk ausdrücklich zu **dokumentieren**.¹¹

In ablauforganisatorischer Hinsicht kann das VoT mit **einem** oder mehreren **Unternehmen** durchgeführt werden.¹² 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.¹³ Sind zwei oder mehr Unternehmen entsprechend leistungsbereit, ist das VoT mit diesen durchzuführen.

1 § 119 Abs. 5, Alt. 2 GWB, § 141 Abs. 2 SektVO.

2 § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A, § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO.

3 <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Abrufstand: 24.3.2020).

4 Vgl. auch Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. 19.3.2020 (Az.: 20601/000#003), Seite 2.

5 Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Rundschreiben v. 11.7.2021 (Az.: B3-1512-36.124), Seiten 2 f.

6 Die Aufzählung ist nicht abschließend.

7 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Hinweisschreiben v. 27.3.2020 („COVID-19-Pandemie“), Seite 2.

8 Europäische Kommission, COM(2015) 454 final, Seite 8;

9 § 15 Abs. 3 VgV, § 10a EU Abs. 3 VOB/A, § 14 Abs. 3 SektVO.

10 Europäische Kommission, Mitteilung v. 1.4.2020, ABl.EU C 108 I/5.

11 § 8 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 VgV, § 20 EU VOB/A, § 8 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SektVO.

12 § 119 Abs. 5 GWB.

13 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. 19.3.2020 (Az.: 20601/000#003), Seite 4; Europäische Kommission, COM(2015) 454 final, Seite 8.

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

8 Im Unterschwellenbereich kommt bei der Vergabe von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen ebenfalls eine „Dringlichkeitsbeschaffung“ als **Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb** (VVoT)¹⁴ bzw. **freihändige Vergabe**¹⁵ in Betracht. Dies gilt jedenfalls in den Bundesländern, welche die UVgO für Liefer- und Dienstleistungen bzw. die VOB/A für Bauleistungen für bestimmte Auftraggeber verpflichtend vorgegeben haben. Die Anwendungsvoraussetzungen sind ähnlich bzw. sogar schwächer ausgestaltet als im Oberschwellenbereich.

8a Hierbei sind auch die landesrechtlichen Regelungen zu beachten. In **Baden-Württemberg**, dürfen die Landesbehörden bis 31.12.2021 Bau-, Dienst- und Lieferleistungen bis 100T€ freihändig bzw. als VVoT/VVmT vergeben;¹⁶ kommunalen Auftraggebers wird empfohlen, entsprechend zu verfahren.¹⁷ **Niedersächsischen** öffentlichen Auftraggebern ist es erlaubt, Aufträge über Liefer- und Dienstleistungen bis zum EU-Schwellenwert, deren Vergabeverfahren vor dem 1.10.2021 begonnen haben, im Wege der VVoT oder Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb (VVmT) zu vergeben;¹⁸ für Vergabeverfahren, die nach dem 30.9.2021 und vor dem 1.4.2022 begonnen haben, gilt eine freie Verfahrenswahl bis 100 T/€. Bauaufträge, deren Vergabeverfahren vor dem 1.10.2021 begonnen haben, dürfen in Niedersachsen bis zum einem Netto-Auftragswert von 1 Mio. Euro freihändig vergeben werden;²⁰ Aufträge über Bauleistungen, deren Vergabeverfahren nach dem 30.9.2021 und vor dem 1.4.2022 begonnen haben, dürfen bis zu einem Netto-Auftragswert von 200 T/€ im Wege der freihändigen Vergabe vergeben werden.²¹ In **Bayern** dürfen Staatsbehörden²² und kommunale Auftraggeber²³ bis zum 31.12.2021²⁴ unterhalb des EU-Schwellenwertes alle Liefer- und Dienstleistungsaufträge mittels der VVoT, VVmT oder beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb vergeben.²⁵ In der Freien und Hansestadt **Hamburg** sind für Liefer- und Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit Beschaffungen zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung und zur Bekämpfung der Ausbreitung des Coronavirus stehen, bis zum EU-Schwellenwert Verhandlungsvergaben bis zum 31.12.2021 zulässig.²⁶ Außerdem dürfen gemäß Ziffer II.5 HmbVgRL wegen der aktuellen Corona-Situation bis zum 31.12.2021 sämtliche Beschaffungen von Liefer- und Dienstleistungen mit einem Auftragswert von unter 100 T€ im Wege der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden.²⁷ In **Sachsen-Anhalt** dürfen Bau-, Liefer- und Dienstleistungen, bis zum jeweiligen EU-Schwellenwert durch freihändige Vergabe²⁸ bis zum 31.12.2021 beschafft werden.²⁹ In **Nordrhein-Westfalen** ist für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen der Landesbehörden zur Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Epidemie und/oder zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs, die UVgO bis zum 30.6.2021 ausgesetzt.³⁰ Die Landesbehörden in Nordrhein-Westfalen können bis zum 31.12.2021 zur Beschaffung von Bauleistungen für jedes Gewerk bis zu einem vorab geschätzten Einzelauftragswert in Höhe von

75 T€/netto oder bis zu einem vorab geschätzten Gesamtauftragswert in Höhe von 125 T/€ eine freihändige Vergabe durchführen.³¹ Kommunale öffentliche Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen können Liefer- und Dienstleistungen bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert von 100 T€/netto im Wege einer VVoT und Bauleistungen freihändig für jedes Gewerk bis zu einem geschätzten Einzelauftragswert von 75 T€/netto oder bis zu einem geschätzten Gesamtauftragswert von 125 T€/netto vergeben.³² In **Rheinland-Pfalz** können is zum 31.12.2021³³ Bau-, Liefer- und Dienstleistungen bis zu 100 T€/netto ohne nähere Begründung freihändig vergeben werden.³⁴ In **Thüringen** ist bei der Vergabe von Bauleistungen, deren Vergabeverfahren im Zeitraum vom 3.4.2020 bis zum Ablauf des 31.12.2021 beginnen, eine freihändige Vergabe bis zu einem geschätzten Netto-Gesamtauftragswert von bis zu einschließlich 3 Mio. Euro zulässig.³⁵ In **Bremen** sind bis zum 31.12.2021³⁶ ohne Nachweis eines Ausnahmetatbestandes öffentliche Aufträge über Bau-, Dienst- und Lieferleistungen (außer freiberufliche Dienstleistungen) mit einem Auftragswert von bis zu 100 T€/netto freihändig bzw. als VVoT zulässig.³⁷ In **Sachsen** dürfen Bau-, Liefer- und Dienstleistungen im Wege der freihändigen Vergabe beschafft werden.³⁸

In ablauforganisatorischer Hinsicht darf bei der „Dringlichkeitsbeschaffung“ im Wege einer VVoT zudem – ohne weitere Voraussetzung – nur **ein Unternehmen** zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert werden.³⁹

14 § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO; ebenso: *Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitale Gesellschaft*, Rundschreiben v. 19.3.2020 – Az.: 3295/1-81-1, Seite 1.

15 § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VOB/A.

16 Ziffer 2 Buchst. a) und b) VwV Investitionsfördermaßnahmen öA.

17 Ziffer 4 VwV Investitionsfördermaßnahmen öA.

18 § 8 Abs. 1 Satz 1 NWertVO.

19 § 8 Abs. 1 Satz 2 NWertVO.

20 § 4 Abs. 2 Satz 1 NWertVO.

21 § 4 Abs. 2 Satz 2 NWertVO.

22 Ziffer 1.9, 2. Spstr. u. Ziffer 6.3 Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VV6A) v. 24.3.2020 – Az.: B II 2-G17/17-2, BayMBL. 2020 Nr. 155 v. 25.3.2020 i.d.F. v. 6.12.2020, BayMBL. Nr. 740 v. 16.12.2020.

23 *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Bekanntmachung v. 31.7.2018 („Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“) – Az.: B3-1512-31-19, i.d.F. v. 7.7.2020, BayMBL. Nr. 787 v. 8.12.2020, Ziffer 1.2.11, 2. Spstr.

24 Ziffer 6.3 VV6A.

25 Ziffer 1.9, 2. Spstr. VV6A.

26 *Finanzbehörde Freie und Hansestadt Hamburg*, Rundschreiben v. 17.12.2020 („Corona-Erleichterungen des Hamburgischen Vergabegesetzes“), Seite 1, und v. 20.3.2020 („Änderungen des Hamburgischen Vergaberechts“), Seite 2.

27 *Finanzbehörde Freie und Hansestadt Hamburg*, Rundschreiben v. 17.12.2020 („Corona-Erleichterungen des Hamburgischen Vergabegesetzes“), Seite 2.

28 § 3 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A, § 3 Abs. 5 Buchst. g) VOL/A.

29 §§ 2 f. AwVO. v. 10.12.2020.

30 *Ministerium der Finanzen und Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie*, Gemeinsamer Runderlass v. 27.3.2020, MBl. NRW. 2020, 168, i.d.F. v. 7.12.2020, MBl. NRW. 2020, 880.

31 *Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen*, Runderlass v. 16.2.2021 MBl. NRW. 2021, 81 v. 17.03.2021, Ziffer 2.1.

32 *Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Runderlass v. 28.8.2018 i.d.F. v. 12.6.2020, MBl. NRW. 2020, 355 v.3.7.2020.

33 *Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz*, Rundschreiben v. 11.12.2020 – Az.: 8206 („Verlängerung des Rundschreibens v. 29.6.2020“), Seite 2

34 *Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz*, Rundschreiben v. 29.6.2020 – Az.: 8206, Seite 4.

35 Nr. 1.2.2.1 Abs. 1a Satz 1 Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge; für die Vergabe von gewerblichen Dienstleistungen und Lieferungen ist eine VVoT unterhalb des EU-Schwellenwertes im Zeitraum vom 3.4.2020 bis zum Ablauf des 31.12.2021 zulässig, vgl. Nr. 1.2.2.2 Abs. 1a Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge.

36 § 3 InvErIG.

37 § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) u. Nr. 2 Buchst. a) InvErIG.

38 *Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr*, Rundschreiben v. 19.3.2020 – Az.: StS-0450/6/47-2020/13870, Seite 1

39 § 12 Abs. 3 UVgO.

10 Für Bagatellaufträge im Zusammenhang mit pandemiebedingten Beschaffungen können auch die form- und fristfreien **Direktauftragsmöglichkeiten**⁴⁰ in Anspruch genommen werden.

10a Hierbei sind ebenfalls die landesrechtlichen Regelungen zu beachten. In **Baden-Württemberg** dürfen Landesbehörden bis 31.12.2021 Bauleistungen bis 5 T€ direkt sowie Liefer- und Dienstleistungen bis 10 T€ direkt beauftragen;⁴¹ kommunalen Auftraggebers wird empfohlen, entsprechend zu verfahren.⁴² In **Bremen** können bis zum 31.12.2021⁴³ Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen ohne weitere Einzelfallbegründung im Wege eines Direktauftrages vergeben werden, wenn die Leistungen besonders dringlich sind, weil sie zur Eindämmung der Corona-Pandemie erforderlich sind und den EU-Schwellenwert unterschreiten.⁴⁴ **Niedersächsische** Kommunen können Liefer- und Dienstleistungen, die aufgrund von Umständen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie besonders dringlich sind, bis zum 31.3.2022 unterhalb von 214 t/€ direkt beauftragen.⁴⁵ Behörden des Freistaates **Bayern** dürfen bis zum 31.12.2021 in der Corona-Krise begründete Beschaffungen⁴⁶ über Liefer- und Dienstleistungen bis zu einer Wertgrenze von 25 T€/netto durch Direktauftrag vergeben.⁴⁷ Das Gleiche gilt für kommunale Auftraggeber in Bayern.⁴⁸ **Nordrhein-westfälische** Landesbehörden können bis zum 31.12.2021 für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge bis zu einem geschätzten Auftragswert von 15 T€/netto einen Direktauftrag vergeben.⁴⁹ Kommunen in Nordrhein-Westfalen können Liefer-, Dienst- und Bauleistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 15 T€/netto direkt vergeben.⁵⁰ **Saarländische** Kommunen dürfen Liefer- oder Dienstleis-

tungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Eindämmung der Corona-Pandemie beitragen, bis zum 30.6.2021 direkt beauftragen.⁵¹ In **Mecklenburg-Vorpommern** dürfen Liefer-, Dienst- und Bauleistungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Eindämmung der Corona-Pandemie oder deren Folgen beitragen, ohne Durchführung einer Markterkundung, bis zum 31.12.2021 direkt beauftragt werden.⁵²

Für die Frage, ob Beschaffungen unterhalb des EU-Schwellenwertes durchgeführt werden können, sollte auch die Regelung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 VgV in den Blick genommen werden. Danach dürfen die Auftragswerte je **Organisationseinheit** (z. B. einzelne Schulen) gesondert beurteilt werden, soweit die einzelne Organisationseinheit selbständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist. Das kann bspw. der Fall sein, wenn eine einzelne Schule über ein eigenes Budget zur Mittelbewirtschaftung verfügt.⁵³

40 § 14 UVgO, § 3a Abs. 4 VOB/A.

41 Ziffer 2 Buchst. a) und b) VwV Investitionsfördermaßnahmen öA.

42 Ziffer 4 VwV Investitionsfördermaßnahmen öA.

43 § 3 InvErlG.

44 § 2 Abs. 2 InvErlG.

45 § 8 Abs. 2 NWertVO

46 Insbesondere medizinische Bedarfsgegenstände und Leistungen, die der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes in der Verwaltung dienen.

47 Ziffer 1.9, 1. Spstr. VV6A.

48 Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Bekanntmachung v. 31.7.2018 („Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“) – Az.: B3-1512-31-19, i.d.F. v. 7.7.2020, BayMBI. Nr. 787 v. 8.12.2020, Ziffer 1.2.11, 1. Spstr.

49 Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen, Runderlass v. 16.2.2021, MBI. NRW 2021, 81 v. 17.3.2021, Ziffer 2.1 und Ziffer 2.2.1.

50 Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung, Runderlass v. 28.8.2018 i.d.F. v. 12.6.2020, MBI. NRW. 2020, 535.

51 Ziffer 2.6 Vergabeerlass v. 7.4.2020 i.d.F. v. 2.6.2021.

52 Nr. 1.1. i.V.m. Nr. 4 Corona-Vergabeerlass – CVgE M-V v. 14.4.2020 i.d.F. v. 24.11.2020.

53 Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Rundschreiben v. 11.7.2021 (Az.: B3-1512-36.124), Seite 4.

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

11 Ja, im Oberschwellenbereich kommt hierfür vor allem die „**Notänderung**“⁵⁴ 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%**⁵⁵ des ursprünglichen Auftragswertes ausgeweitet werden, wenn der Gesamtcharakter des Auftrages gewahrt bleibt.

12 Letzteres ist **z.B.** 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,⁵⁶
- der Stundenumfang von Wach- und Sicherheitsdienstleistungen erhöht wird (z.B. zusätzliche Wachleute zur Sicherung von Patientenwartebereichen benötigt werden),
- Gebäudereinigungsdienstleistungen intensiviert werden (z.B. zweimal anstatt einmal täglich gereinigt wird),
- das Bauvolumen erhöht wird (z.B. Errichtung von 40 anstatt 20 Intensivstationen).

Die pauschale Obergrenze von 50 % gilt für **jede** „**Notänderung**“, ohne dass diese addiert werden müssten, soweit die „**Notänderungen**“ nicht mit dem Ziel der Umgehung des Vergaberechts erfolgen.⁵⁷

Die „**Notänderung**“ muss allerdings im Amtsblatt der Europäischen Union **bekannt gemacht** werden.⁵⁸

Im **Unterschwellenbereich** ist im Anwendungsbereich der UVgO bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die o.g. „**Notänderung**“ ebenfalls zulässig.⁵⁹ 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.⁶⁰

54 § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 u. Satz 2 GWB.

55 Die pauschale Obergrenze von 50% gilt nicht für Sektorenauftraggeber (§ 142 Nr. 3 GWB).

56 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. 19.3.2020 – Az.: 20601/000#003, Seite 6.

57 § 132 Abs. 2 Satz 3 GWB; die Norm gilt nicht für Sektorenauftraggeber (§ 142 Nr. 3 GWB).

58 § 132 Abs. 5 GWB.

59 § 47 Abs. 1 UVgO i.V.m. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 u. Satz 2 GWB.

60 § 22 VOB/A.

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

16 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.⁶¹ Der Vorbehalt der Angemessenheit betrifft insbesondere die Mindestfristen,⁶² die somit nicht per se und automatisch jedem Vergabeverfahren zugrunde gelegt werden können. Der Auftraggeber muss die Angemessenheit in jedem Einzelfall gesondert prüfen.⁶³

17 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/Home Office 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 18.10.2018 generell verbindlichen Einführung der **elektronischen Vergabe** kann das Vergaberecht auch pandemiebedingten Beschaffungssituationen dem Grunde nach effektiv begegnen. Wenn daher vor diesem Hintergrund z.B. ein einzelner Bieter um Verlängerung der angemessenen Angebotsabgabefrist unter pauschalem Hinweis auf die Corona-Pandemie ersucht, besteht grundsätzlich auch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁶⁴ keine Pflicht die Angebotsabgabefrist zu verlängern. Beantragen hingegen bspw. alle Bieter eine Angebotsabgabefristverlängerung, so ist der Schlusstermin für die Abgabe der Angebote unter Berücksichtigung der Termsituation der Beschaffungsmaßnahme möglichst zu verschieben.⁶⁵

Eine **Ausnahme** dürfte aber dann anzunehmen sein, wenn z.B. 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/Home Office 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 19 alle Auftraggeber gut beraten sein, zu prüfen, ob wegen der pandemiebedingten personellen Vakanzen, unterbrochenen Lieferketten, eingeschränkter Kommunikation, vorübergehenden Betriebsschließungen usw. 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 Bindefrist⁶⁶ und ggf. die Verschiebung des vertraglichen Leistungsausführungszeitraums.

Im **Unterschwellenbereich** sind Teilnahme- und Angebotsfristen grundsätzlich⁶⁷ angemessen⁶⁸ bzw. ausreichend⁶⁹ zu bestimmen, sodass die obigen Ausführungen zum Oberschwellenbereich entsprechend gelten (vgl. Rdrrn. 16 ff)

61 § 20 Abs. 1 VgV; ähnlich: § 10 EU Abs. 1 VOB/A, § 16 Abs. 1 SektVO.

62 So ausdrücklich für die Vergabe von Bauaufträgen:
§ 10 EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A.

63 So ausdrücklich für die Vergabe von Bauaufträgen:
§ 10 EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A.

64 § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB.

65 Ähnlich: *Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Hinweisschreiben v. 27.3.2020 („COVID-19-Pandemie“), Seite 3.*

66 § 10a EU Abs. 8 VOB/A, § 10 Abs. 4 VOB/A, § 13 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

67 Bei der Vergabe von Bauaufträgen ist auch bei Dringlichkeit eine ausreichende Angebotsfrist von nicht unter zehn Kalendertagen vorzusehen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 VOB/A).

68 § 13 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

69 § 10 Abs. 1 Satz 1 VOB/A.

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

21 Ja. Das Vergaberecht schreibt im Oberschwellenbereich **keine bestimmte** Form der Verhandlungen vor.

22 Verhandlungsgespräche können z.B. 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 (Teil-

nehmerzahl begrenzen, Eingangsscreening auf Risikoexposition und/oder Symptome, für eine dem Infektionsrisiko angemessene Belüftung des Veranstaltungsortes sorgen, auf enge Interaktion der Teilnehmenden verzichten, usw.) und ggf. darüber hinausgehende Schutzvorkehrungen (z.B. Einbau von Plexiglaswänden, Verteilung von persönlicher Schutzausrüstung) getroffen werden sollten.⁷⁰

Im **Unterschwellenbereich** gelten die obigen Ausführungen für Verhandlungsvergaben bzw. freihändige Vergaben entsprechend (vgl. Rdnrn. 21 f.). 23

70 Vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risiko_Grossveranstaltungen.pdf?__blob=publicationFile (Abrufstand: 24.3.2020).

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

24 Ja. Im Rahmen der **elektronischen** Vergabe kann im Oberschwellenbereich die Öffnung der Angebote von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers⁷¹ auch aus dem Heimbüro/Home Office („remote“) erfolgen, wenn entweder das im Einzelfall zum Einsatz kommende elektronische Vergabeportal über eine entsprechende Funktion verfügt oder wenn über zusätzliche Softwareprogramme (z.B. Skype for Business, TeamViewer) das Vier-Augen-Prinzip sichergestellt werden kann.

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

26 Bei der Vergabe von **Baufträgen** im Unterschwellenbereich, bei denen noch schriftliche Angebote zugelassen sind, muss⁷² ein Eröffnungstermin abgehalten werden,⁷³ bei dem Bieter und deren Bevollmächtigte anwesend sein dürfen.⁷⁴ 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 ggf. darüber hinaus gehenden Schutzvorkehrungen für alle Eröffnungsterminsteilnehmer zu treffen (vgl. entsprechend Rdnr. 22), um die Submission kontaktlos und mit ausreichend Sicherheitsabstand durchzuführen.⁷⁵

Hierbei sind auch landesrechtliche Regelungen zu beachten. So kommt in Hessen § 14a VOB/A („Eröffnungstermin bei Zulassung schriftlicher Angebote“) grundsätzlich nicht mehr zur Anwendung. Auftraggeber haben deshalb die Regelungen des § 14 VOB/A entsprechend anzuwenden (Verzicht auf Eröffnungstermin mit Bietern). Hierauf ist in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen hinzuweisen. Bei bereits eingeleiteten Vergabeverfahren, bei denen eine Submission unter Beisein der Bieter oder deren Bevollmächtigten vorgesehen ist, sind die Bieter unter Hinweis auf die Corona-Pandemie zu informieren, dass eine Teilnahme bei der Submission zurzeit ausgeschlossen werden muss. Die Submissionsergebnisse sind den Bietern auf Anfrage zu übermitteln.⁷⁶ In Niedersachsen dürfen öffentliche Auftraggeber abweichend von § 14a VOB/A Angebote in Abwesenheit der Bieter und ihrer Bevollmächtigten und ohne Verlesung nach Ablauf der Angebotsfrist öffnen, wenn durch einen Eröffnungstermin eine Gefahr für Gesundheit der Vertreterinnen oder Vertreter des Auftraggebers, der Bieter oder ihrer Bevollmächtigten einzutreten droht.⁷⁷ 26a

71 § 55 Abs. 2 Satz 1 VgV, § 14 EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A.

72 Ebenso: *Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat*, Hinweisschreiben v. 27.3.2020 („COVID-19-Pandemie“), Seiten 3 f.

73 § 14a Abs. 1 Satz 1 VOB/A.

74 § 14a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 2, Halbs. 2 VOB/A.

75 Ähnlich: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/V/vergaberecht/tb_VergabeCoronaAktuell.html?sessionid=C45F4AC96F892AF39706DC212AE0F798.delivery1-master (Abrufstand: 16.4.2020)

76 *Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen*, Gemeinsamer Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen (Vergabeerlass) v. 14.9.2020, Nr. 1.1.

77 § 3 Abs. 4 Satz 1 NWertVO v. 3.4.2020.

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

27 Im Oberschwellenbereich dürften zukünftig vor allem der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit⁷⁸ sowie der technischen Leistungsfähigkeit⁷⁹ der Bewerber/Bieter eine besondere Bedeutung zukommen. Als Beleg der erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit können insbesondere entsprechende **Bankerklärungen**⁸⁰ dienen, die z.B. Aufschluss über den aktuellen Liquiditätsstatus bieten können. Gleiches gilt für Jahresabschlüsse oder Auszügen davon,⁸¹ um z.B. 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 nichtdiskriminierende Methoden und Kriterien für die Berücksichtigung anwendet und die Methoden und Kriterien in den Vergabeunterlagen angibt.⁸²

28 Als Beleg der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit können vor allem Angaben zu **Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystemen**,⁸³ 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. Insoweit können bspw. die vorgelagerten Lieferkettenstufen der Wertschöpfung abgebildet und die Direktlieferanten und Rohstoffproduzenten dargestellt werden, Angaben zu den einzelnen Aktivitäten der Lieferkettenstufe getroffen und alternative Lieferketten mit mehreren verschiedenen Produktionsstandorten geprüft werden, um z.B. das geografische Risiko bewerten zu können.

Bei der Vergabe im **Unterschwellenbereich** gelten die obigen Ausführungen – auch wenn dort z.B. Bankerklärungen und Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssysteme nicht ausdrücklich Erwähnung finden – entsprechend (vgl. Rdnrn. 27 f.).⁸⁴

29

78 § 45 VgV, § 6 EU Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VOB/A.

79 § 46 VgV, § 6 EU Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 VOB/A.

80 § 45 Abs. 4 Nr. 1 VgV, § 6a EU Nr. 2 Satz 1 Buchst. a) VOB/A.

81 § 45 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 6a EU Nr. 2 Satz 1 Buchst. b) VOB/A.

82 § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VgV, § 6a EU Nr. 2 Satz 1 Buchst. b) VOB/A.

83 § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV, § 6a EU Nr. 3 Buchst. d) VOB/A.

84 § 33 Abs. 1 Satz 1 UVgO, § 6a Abs. 3 VOB/A.

8. Dürfen Bewerber und Bieter aus Risikogebieten ausgeschlossen werden?

30 Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Risikogebieten (z.B. Italien, Österreich, Frankreich) 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 Leistungsfähigkeit⁸⁵ und/oder die technische Leistungsfähigkeit ggf. näher aufzuklären⁸⁶ sein.

85 § 45 VgV, § 6 EU Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VOB/A.

86 § 15 Abs. 5 Satz 1 VgV; § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A; §§ 11 Abs. 3, 10 Abs. 3, 9 Abs. 2 UVgO, § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

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

31 Auftraggeber sind im Oberschwellenbereich berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, u.a. wenn sich die **Grundlage** des Vergabeverfahrens wesentlich **geändert** hat⁸⁷ bzw. die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen.⁸⁸ 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 11.3.2020 (vgl. Rdnr. 2) eingeleitet wurden.

32 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 bzw. VOL/B aufgefangen werden können, ohne dass dadurch eine Wettbewerbsverzerrung eintritt.⁸⁹ Das Interesse des Auftraggebers an der konkret ausgeschriebenen Leistung selbst darf somit nicht mehr bestehen.⁹⁰ Die pandemische Verbreitung des Coronavirus ab Januar 2020 ist ein dem öffentlichen Auftraggeber jedenfalls weder zurechenbares noch vorhersehbares Ereignis.⁹¹ Eine Aufhebung kann z.B. in Betracht kommen, wenn aufgrund einer **behördlichen Entscheidung** die zu vergebenden Leistungen nicht mehr (z.B. die Cateringleistungen für eine staatlich untersagte Großveranstaltung), zumindest aber nicht mehr in der ausgeschriebenen Weise erbracht werden können. Vgl. auch Rdnr. 94 ff.

Der Auftraggeber muss überdies sein **Aufhebungs-ermessen** ordnungsgemäß ausüben. Er hat deshalb u.a. zu erwägen, ob als weniger einschneidende Maßnahme (als eine Aufhebung) ggf. auch eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Bereitstellung der Vergabeunterlagen und z.B. eine Reduzierung des aus-zuschreibenden Leistungsumfanges in Betracht kommen.⁹² Die Ausübung des Ermessens verlangt somit sämtliche für und gegen eine Aufhebung der Entscheidung sprechenden Belange gegeneinander abzuwägen.⁹³

Bei Vergaben im **Unterschwellenbereich**⁹⁴ gelten die obigen Ausführungen entsprechend (vgl. Rdnrn. 31 ff.).

87 § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV.

88 § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

89 Oberlandesgericht München, Beschluss v. 4.4.2013 - Verg 4/13.

90 Vergabekammer Bund, Beschluss v. 11.12.2020 - VK 2-91/20.

91 Vergabekammer Bund, Beschluss v. 6.5.2020 - VK 1-32/20.

92 Oberlandesgericht Celle, Beschluss v. 10.3.2016 - 13 Verg 5/15.

93 Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss v. 27.9.2013 -15 Verg 3/13.

94 § 48 Abs. 1 Nr. 2 UVgO, § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

10. Kann über eine zentrale Beschaffungsstelle schnell beschafft werden?

35 Möglicherweise ja. Im Oberschwellenbereich ist eine zentrale Beschaffungsstelle⁹⁵ 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 z.B. 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 **ohne** ein Vergabeverfahren mit Beschaffungstätigkeiten zu beauftragen.⁹⁶ In ähnlicher Weise erwerben z.B. auch die EU-Unionsstaaten auf Grundlage der sog. gemeinsamen Beschaffungsvereinbarung zentral Impfstoffe, antivirale Medikamente, Beatmungsgeräte, Laborausstattung u.ä., deren Zuteilung an die EU-Mitgliedstaaten durch einen Lenkungsausschuss erfolgt.⁹⁷

Im **Unterschwellenbereich**⁹⁸ gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend (vgl. Rdnrn. 35 f.).

95 § 120 Abs. 4 GWB, § 142 GWB.

96 § 120 Abs. 4 Satz 3 GWB.

97 Europäische Kommission, Mitteilung „Kurzfristige Vorsorgemaßnahmen der EU im Gesundheitsbereich im Hinblick auf COVID-19-Ausbrüche“ v. 15.7.2020, COM(2020) 318 final, Annex.

98 § 16 UVgO.

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

38 Ausnahmsweise ja. Im Baubereich dürfen angemessene Vertragsstrafen für die Überschreitung von Vertragsfristen ohnehin nur vereinbart werden, wenn die Überschreitung **erhebliche Nachteile** verursachen kann.⁹⁹ Bei der Überschreitung von Vertragsfristen sind also nicht per se erhebliche Nachteile zu befürchten.¹⁰⁰ 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.

39 Angesichts der durch die Corona-Pandemie bestehenden Unsicherheiten im Rahmen der realen Bauabwicklung sind Vertragsstrafen nur im **Ausnahmefall** vorzusehen.¹⁰¹ So kann z.B. 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 bspw. der Umbau zur Schaffung von zusätzlichen Videokonferenzräumen zur Verbesserung bzw. Aufrechterhaltung des üblichen Betriebes 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 (Rdnr. 38 f.).¹⁰² 40

99 § 9a EU Satz 1 u. 2 VOBA; § 9a Satz 1 u. 2 VOB/A.

100 Bundesgerichtshof, Urteil v. 30.3.2006 – VII ZR 44/05.

101 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Hinweisschreiben v. 27.3.2020 („COVID-19-Pandemie“), Seite 4.

102 § 21 Abs. 3 UVgO; vgl. zur Vertragsstrafe im Allgemeinen: § 21 Abs. 2 UVgO i.V.m. § 11 VOL/B.

12. Müssen bei der Vergabe von unterschwelligen Bauaufträgen geforderte Drittnachweise bzw. Bescheinigungen zur Eignung weiterhin vorgelegt werden?

41 Grundsätzlich ja. Bauleistungen dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige, sprich geeignete Unternehmen vergeben werden.¹⁰³ Der öffentliche Auftraggeber kann dabei zwar vorsehen, dass für einzelne (Eignungs-)Angaben Eigenerklärungen ausreichend sind.¹⁰⁴ Allerdings sind Eigenerklärungen, die als vorläufiger Nachweis dienen, von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, oder von den in Frage kommenden Bewerbern durch entsprechende Bescheinigungen (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigungen) der zuständigen Stellen **zu bestätigen**.¹⁰⁵ 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.

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

- eine vor kurzem abgelaufene Bescheinigung vorlegen kann und
- 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 Diensttätigkeit vorübergehend eingestellt hat.¹⁰⁶

Hierbei sind auch landesrechtliche Regelungen zu beachten. So sind z.B. Eignungsnachweise bei Vergabeverfahren des Landes Hessen in der Regel nicht vorzulegen. Hier genügt grundsätzlich eine Eigenerklärung.¹⁰⁷ 42a

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.¹⁰⁸ 43

103 § 2 Abs. 3 VOB/A.

104 § 6b Abs. 2 Satz 2 VOB/A.

105 § 6b Abs. 2 Satz 3 VOB/A.

106 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Hinweisschreiben v. 27.3.2020 („COVID-19-Pandemie“), Seite 3; Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Rundschreiben v. 30.3.2020 – Az.: StB 14/7134.40/010/3297672, Seite 3.

107 Hessisches Ministerium der Finanzen, Rundschreiben v. 30.3.2020 – Az.: O 1082 A-101-IV 6, O 1080 A-01-IV 6/4, Seite 2.

108 § 6b Abs. 3 VOB/A

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

44 Möglicherweise ja. Strebt ein Auftraggeber im Oberschwellenbereich an, mit **allen Unternehmen** Verträge abzuschließen, welche die nachgefragten Leistungen (z.B. FFP2-Atmenschutzmasken, OP-Masken, Schutzkittel) zu den von ihm vorgegebenen Bedingungen anbieten wollen, findet das EU-Vergaberecht keine Anwendung (sog. Open-House-Verträge bzw. Zulassungssysteme).¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

45 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**¹¹¹ verlangt.¹¹²

46 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 Angebotes, das die gestellten Anforderungen an die nachgefragten Leistungsgegenstände erfüllt und die vom Auftraggeber vorgegebenen Preise sowie Vertragsbedingungen (z.B. Lieferzeitpunkt) akzeptiert. Vertragsverhandlungen werden nicht geführt. Der Beitritt zum Open-House-Vertrag bzw. der Vertragsabschluss erfolgt durch Zuschlag auf das Angebot. Nach Zuschlagserteilung kommt der Prüfung der von den einzelnen Zuschlagsempfängern gelieferten Leistungsgegenstände hinsichtlich der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit eine besondere Bedeutung zu, um bspw. keine normwidrigen bzw. gesundheitsbeeinträchtigenden Atmenschutzmasken bereitzustellen.¹¹³

Der Auftraggeber kann an die zuzulassenden Unternehmen 47 auch **Eignungsanforderungen** aufstellen, ohne dass dadurch der Charakter eines vergaberechtsfreien Open-House-Vertrages verloren geht.¹¹⁴

Im **Unterschwellenbereich** können die vorstehenden Ausführungen 48 sinngemäße Anwendung finden (Rdnr. 44 ff.).

109 *Europäischer Gerichtshof*, Urteil v. 2.6.2016 – C-410/14 („Falk Pharma“), Rdnr. 37.

110 Erw.grd. 4 Richtlinie 2014/24/EU v. 26.2.2014; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, Beschluss v. 31.10.2018 – Verg 37/18, Rdnr. 63.

111 Z.B. EU-Amtsblatt 2020/S 062/147548 v. 27.3.2020.

112 *Europäischer Gerichtshof*, Urteil v. 2.6.2016 – C-410/14 („Falk Pharma“), Rdnrn. 44 f.

113 Vgl. *Der Spiegel* v. 18.5.2020, Masken-Beschaffung – Jens Spahn überweist verspätet.

114 *Europäischer Gerichtshof*, Urteil v. 1.3.2018 – C-9/17 („Tirkkonen“), Rdnrn. 35 ff.

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

49 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.¹¹⁵ Eine entsprechende Verfahrensweise ist für andere Auftraggeber im Ober- und Unterschwellenbereich ebenfalls sinnvoll (vgl. auch Rdnr. 50a). Das ministerielle Hinweisblatt beinhaltet folgende Ausführungen:

50 „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 ggf. beweisen. Beruft sich der Unternehmer also auf höhere Gewalt, müsste er darlegen, warum er seine Leistung nicht erbringen kann. Das kann z.B. 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 zzgl. eines angemessenen Zuschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten (§ 6 Abs. 4 VOB/B).

Beruft sich der Auftragnehmer nach den o.g. 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 20.4.2017 – 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 Bundes¹¹⁶ 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 bereitgestellt.¹¹⁷

¹¹⁵ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Erlass v. 27.3.2020 – Az.: BW I 7-70406/21#1, Hinweisblatt für den Umgang mit Bauablaufstörungen v. 27.3.2020

¹¹⁶ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Erlass v. 27.3.2020 – Az.: BW I 7-70406/21#1, Hinweisblatt für den Umgang mit Bauablaufstörungen v. 27.3.2020; Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Rundschreiben v. 30.3.2020 – Az.: StB 14/7134.40/010/3297672.

¹¹⁷ Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr, Rundschreiben v. 7.4.2020 – Az.: Z5-40016-6, Seite 4.

15. Können die Bieter zur Verlängerung der Angebotsbindefrist aufgefordert werden, weil z.B. ein notwendiger kommunaler Beschluss wegen der Corona-Krise nicht gefasst werden kann?

51 Ja. Die Dauer der Bindefrist (vgl. schon Rdnr. 19) muss im Oberschwellenbereich grundsätzlich **angemessen**¹¹⁸ bzw. verhältnismäßig¹¹⁹ 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.¹²⁰ In der Regel sind dies 60 Kalendertage.¹²¹ Bieter müssen deshalb die Gelegenheit haben, nach Überschreiten eines angemessenen Zeitraums von ihrem Angebot wieder Abstand zu nehmen.¹²²

52 Reicht die ursprünglich gesetzte Bindefrist nicht aus, so kann im Einzelfall die Bindefrist verlängert werden, wenn konkrete und **objektiv nachvollziehbare** Gründe eine Verlängerung rechtfertigen. Ein solcher Grund liegt vor, wenn bspw. 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 grundsätzlich¹²³ entsprechende Anwendung finden (vgl. Rdnr. 51).

53

118 § 10a EU Abs. 8 Satz 1 VOB/A.

119 § 97 Abs.1 Satz 2 GWB.

120 § 10a EU Abs. 8 Satz 2 VOB/A.

121 § 10a EU Abs. 8 Satz 3 VOB/A.

122 Vergabekammer Schleswig-Holstein, Beschluss v. 14.3.2012 - VK-SH 02/12.

123 § 13 Abs. 1 Satz 1 UVgO: „angemessen“; nach § 10 Abs. 4 Satz 3 VOB/A beträgt die regelmäßige Bindefrist 30 Kalendertage.

16. Welche Bundesländer haben wegen der Corona-Pandemie Rundschreiben, Erlasse, Mitteilungen o.ä. zum Vergaberecht veröffentlicht?

54 Baden-Württemberg

- *Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg*, Rundschreiben v. 20.3.2020 – Az.: 64-4460.0/433.
- *Ministerium für Verkehr Baden-Württemberg*, Einführungserlass v. **24.7.2020** – Az.: 2-14/41 (für Geschäftsbereichsbehörden).
- Verwaltungsvorschrift der Landesregierung zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie (VwV Investitionsfördermaßnahmen öA) v. **20.8.2020** – Az.: 64-4460.0/433, tritt am 31.12.2021 außer Kraft.

55 Bayern

- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Vorgriffschreiben v. **26.3.2020** – Az.: B3-1512-30-98-31.
- *Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr*, Rundschreiben v. **7.4.2020** – Az.: Z5-40016-6.
- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Rundschreiben v. **8.4.2020** – Az.: B3-1512-30-106.
- Änderung der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) v. **23.6.2020** – Az.: B II 2 – G17/17-3, BayMBI. 2020 Nr. 350 v. 24.6.2020.
- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Vorgriffschreiben v. **23.6.2020** – Az.: B3-1512-30-98-31.
- Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) v. **24.3.2020** – Az.: B II 2-G17/17-2, BayMBI. 2020 Nr. 155 v. 25.3.2020 i.d.F. v. 23.6.2020, BayMBI. 2020 Nr. 350 v. 24.6.2020.
- *Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr*, Rundschreiben v. **1.7.2020** – Az.: Z5-40016-5 („Umgang mit COVID-19 bedingten Mehrkosten auf Baustellen der Bayerischen Staatsbau- und Wasserwirtschaftsverwaltung“).
- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Bekanntmachung v. 31.7.2018 („Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“) – Az.: B3-1512-31-19, i.d.F. v. **7.7.2020**, BayMBI. Nr. 422 v. 22.7.2020.
- *Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr*, Rundschreiben v. **9.7.2020** – Az.: StMB-Z5-40017-2-2-2.
- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Rundschreiben v. **14.7.2020** – Az.: B3-1512-30-98.
- *Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr*, Rundschreiben v. **29.7.2020** – Az.: StMB-Z5-40016-2-1-3 („Vergaberechtliche Erleichterungen zur Beschleunigung investiver Maßnahmen, Wertgrenzen bei Bundesmaßnahmen, Angleichung der Wertgrenzen im sog. Bestellscheinverfahren“).
- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Rundschreiben v. **24.11.2020** – Az.: B3-1512-30-106 („Kommunale Auftragsvergaben; Auftragsvergaben während der COVID19-Pandemie“).

- *Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr*, Rundschreiben v. **4.12.2020** Az.: StMB-Z5-40016-6-1-2 („Umgang mit Mehrkosten bei öffentlichen Aufträgen für Reinigungsdienstleistungen“)
- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Rundschreiben v. **18.12.2020** – Az.: B3-1512-30-106 („Kommunale Auftragsvergaben; Umgang mit COVID-19-bedingten Mehrkosten bei Reinigungsdienstleistungen“).
- *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Rundschreiben v. **11.7.2021** – Az.: B3-1512-36.124 („Vergaberechtliche Aspekte; Förderprogramm für mobile Luftreinigungsanlagen u.a. in Schulen und Kitas“).

Berlin

- Rundschreiben *Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe*, SenWiEnBe II D Nr. 03/2020 v. **1.4.2020**
- Rundschreiben *Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe*, SenWiEnBe II D Nr. 04/2020 v. **15.4.2020**.
- *Gemeinsames Rundschreiben Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen sowie Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe*, SenStadtWohn V M / SenWiEnBe II D Nr. 05/2020 v. **2.7.2020** („Befristete Absenkung der Umsatzsteuer“).

Brandenburg

- Elektronische Hinweise, vgl. <https://vergabe.brandenburg.de/aktuelles-im-zusammenhang-mit-der-corona-pandemie> (Abrufstand: 4.3.2021).

Bremen

- *Bremisches Gesetz zur Erleichterung von Investitionen (InvErlG)* v. **22.9.2020**, BremGBI. 2020, 960.
- *Die Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa Freie Hansestadt Bremen*, Rundschreiben 04/2020 v. **16.11.2020** („Umgang mit Corona-Pandemie“).

Hamburg

- *Finanzbehörde Freie und Hansestadt Hamburg*, Rundschreiben v. **20.3.2020** („Änderungen des Hamburgischen Vergaberechts“).
- *Finanzbehörde Freie und Hansestadt Hamburg*, Rundschreiben v. **17.12.2020** („Corona-Erleichterungen des Hamburgischen Vergaberechts“).

Hessen

- *Hessisches Ministerium der Finanzen*, Rundschreiben v. **30.3.2020** – Az.: O 1082 A-101-IV 6, O 1080 A-01-IV 6/4.
- *Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen*, Runderlass v. **14.4.2020** – Az.: III 4-A-120d03-02.
- *Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen*, Gemeinsamer Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen (Vergabeerlass) v. **10.8.2021**, StAnz. 2021, 1091.

61 Mecklenburg-Vorpommern

Erlass über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie (Corona-Vergabeerlass – CvgE M-V) v. **14.4.2020**, AmtsBl. M-V 2020, 160, i.d.F. v. **24.11.2020**, AmtsBl. M-V 2020, 587.

62 Niedersachsen

- *Niedersächsische Finanzministerium und Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung*, Rundschreiben v. **18.3.2020** – Az.: MF 17 – MW 16 (galt für vor dem 31.5.2020 begonnene Vergabeverfahren).
- *Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport*, Rundschreiben v. **19.3.2020** – Az.: 10005/Corona.
- *Niedersächsisches Finanzministerium*, Rundschreiben v. **20.3.2020** – Az.: 17 - 04001-§ 55 LHO-2020.
- Verordnung über Auftragswertgrenzen und Verfahrenserleichterungen zum Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetz (Niedersächsische Wertgrenzenverordnung – NWertVO) v. **26.3.2021**, Nds.GVBl. Nr. 13/2021 v. 31.3.2021.

63 Nordrhein-Westfalen

- *Ministerium der Finanzen und Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen*, Vorgriffschreiben v. **27.3.2020** – Az.: H 4040 -24- IVA3 81.02.13.02.
- *Ministerium der Finanzen und Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen*, Gemeinsamer Runderlass v. **27.3.2020** („Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“), MBI. NRW. 2020, 168 (für Landesbehörden).
- *Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Rundschreiben v. **14.4.2020** („Kommunales Vergaberecht: Hinweise zu aktuellen Vorgehensweisen im Zusammenhang mit Vergaben durch kommunale Auftraggeber“).
- *Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen*, Runderlass v. **27.4.2020** („Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“), MBI. NRW. 2020, 236 (für Landesbehörden).
- *Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Runderlass v. **12.6.2020** (Änderung des Runderlasses „Kommunale Vergabegrundsätze“), MBI. NRW. 2020, 355.
- *Ministerium der Finanzen und Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie*, Gemeinsamer Runderlass v. **24.6.2020**, MBI. NRW. 2020, 326 (für Landesbehörden).
- *Ministerium der Finanzen und Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie*, Gemeinsamer Runderlass v. **7.12.2020** (Änderung des Runderlasses „Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit

der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“), MBI. NRW. 2020, 880 (für Landesbehörden).

- *Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen*, Runderlass v. **7.12.2020** (Änderung des Runderlasses „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“), MBI. NRW. 2020, 880 (für Landesbehörden).
- *Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen*, Runderlass v. **16.2.2021** („Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung der Wertgrenzen für die Beschaffung von Leistungen“), MBI.NRW. 2021, 81 (für Landesbehörden).

Rheinland-Pfalz

- *Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz*, Rundschreiben v. **20.3.2020** – Az.: 8206.
- *Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz*, Rundschreiben v. **29.6.2020** – Az.: 8206 (Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz vom 24. April 2014“).
- *Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz*, Rundschreiben v. **11.12.2020** – Az.: 8206 („Verlängerung des Rundschreibens v. 29.6.2020“).

Saarland

- *Ministerium für Inneres, Bauen und Sport Saarland*, Vergabeerlass 2020 v. **7.4.2020**.
- *Ministerium für Inneres, Bauen und Sport Saarland*, Erlass zur Änderung des Vergabeerlasses 2020 v. **2.6.2021**.

Sachsen

Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, Rundschreiben v. **19.3.2020** – Az.: StS-0450/6/47-2020/13870.

Sachsen-Anhalt

- *Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitalisierung des Landes Sachsen-Anhalt*, Rundschreiben v. **30.3.2020** („Vergaberechtliche Erleichterungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Corona-Virus SARS-CoV-2“), am 30.4.2020 außer Kraft getreten.
- *Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitalisierung des Landes Sachsen-Anhalt*, Rundschreiben v. **11.5.2020** („Vergaberechtliche Erleichterungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Corona-Virus SARS-CoV-2“), gilt zunächst bis zum 31.12.2020.
- Verordnung über die Auftragswerte nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A – Ausgabe 2019 – zur Ankurbelung der Wirtschaft wegen der SARS-Cov-2-Pandemie (Auftragswerteverordnung – AwVO) v. **10.12.2020** (GVBl. LSA 2020, 724).

68 Schleswig-Holstein

Elektronische Hinweise, vgl. https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/V/vergaberecht/tb_VergabeCoronaAktuell.html (Abrufstand: 4.3.2021)

69 Thüringen

- Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitale Gesellschaft, Rundschreiben v. **19.3.2020** – Az.: 3295/1-81-1.
- Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und digitale Gesellschaft, Vierte Änderung der Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge vom **2.4.2020** – Az.: 3295/1-57-186.
- Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitale Gesellschaft, Fünfte Änderung der Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge vom **27.10.2020** – Az.: 3002/19-45-286.

70 Bund

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. **19.3.2020** (Az.: 20601/000#003).
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Bekanntmachung der Ergänzung der Leitlinie für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens von Bauunternehmen v. **19.3.2020** – BW I 7 – 70406/21#1, BAnz AT 27.03.2020 B2.
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Hinweisschreiben v. **27.3.2020** („COVID-19-Pandemie“).
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Erlass v. **27.3.2020** – Az.: BW I 7-70406/21#1, Hinweisblatt für den Umgang mit Bauablaufstörungen v. 27.3.2020.
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Rundschreiben v. **30.3.2020** – Az.: StB 14/7134.40/010/3297672 (für Oberste Straßenbaubehörden der Länder)
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Rundschreiben v. **20.4.2020** – Az.: DGI6-11033/94#3 nebst Anlage (für Geschäftsbereichsbehörden)
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Erlass v. 17.6.2020 – Az.: 70406/21#1 („Umgang mit COVID-19-Pandemie bedingten Mehrkosten auf Baustellen des Bundes“).
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Rundschreiben v. **22.6.2020** – Az.: StB 14/7134.2/005/3337578 („COVID 19-Pandemie – Erstattung von Mehrkosten“).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Verbindliche Handlungsleitlinien für die Bundesverwaltung für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung investiver Maßnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie v. **8.7.2020**.
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Erlass v. **10.7.2020** – Az.: BW I 7-70406/21#1 („Vergaberechtliche Erleichterungen zur Beschleunigung investiver Maßnahmen“).
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Erlass v. **15.7.2020** – Az.: StB 14/7134.40/010/3347720 („Erleichterungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung investiver Maßnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie“).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. **4.11.2020** – Az.: IB6-20609/014 („Rundschreiben mit erläuternden Hinweisen zum Umgang mit Mehrkosten bei Reinigungsdienstleistungen“).

Europäische Kommission

Europäische Kommission, Mitteilung v. **1.4.2020**, ABl.EU C 108 I/5.

71

17. 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?

⁷² Grundsätzlich nein. In der Beschaffungspraxis wird häufig als Nachweis für das Nichtvorliegen des zwingenden Ausschlussgrundes wegen Nichtzahlung von Beiträgen zur Sozialversicherung¹²⁴ 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.¹²⁵

Ebenso dürfte ein zwingender Ausschluss wegen unvollständiger Unterlagen¹²⁶ 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.

73

¹²⁴ § 123 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB.

¹²⁵ § 123 Abs. 5 Satz 2, Alt. 2 GWB.

¹²⁶ § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV; § 16 EU Nr. 3 VOB/A, § 16a EU Abs. 5 VOB/A

18. Darf in der Leistungsbeschreibung, z.B. zur ober-schweligen Beschaffung von dringend benötigten Waren zur Eindämmung der Corona-Pandemie, vorgeschrieben werden, dass der Bieter über Produktionskapazitäten in Deutschland verfügen muss?

74 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.¹²⁷ So koordiniert und organisiert bspw. 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.¹²⁸ Da derzeit die sichere und nachhaltige Versorgung des deutschen Gesundheitssektors (bspw. mit dringend benötigten FFP2-Atmungs- und Schutzmasken) alleine mit Auslandslieferungen aufgrund der dortigen Ausfuhrbeschränkungen, der allgemein hohen Marktnachfrage, der eingeschränkten Produktionskapazitäten u.ä. 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.¹²⁹

Im **Unterschwellenbereich** gelten die vorstehenden Ausführungen zumindest dann, wenn der Lieferauftrag einen Binnenmarktbezug im Sinne der europäischen Rechtsprechung¹³⁰ aufweist. 75

Generell gilt es zu bedenken, dass selbst inländische Produktionskapazitäten häufig auf im Ausland ansässige Vorlieferanten und Unterauftragnehmer angewiesen sind und dadurch gegebenenfalls eingeschränkt sein. Dementsprechend erscheint es sinnvoll und zielführend, vor allem die **Eignung** des Bieters bzw. dessen technische Leistungsfähigkeit durch Angaben des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems,¹³¹ das dem Unternehmen – ganz gleich, ob dieses in- und/oder ausländische Produktionskapazitäten vorhält – zur Vertragserfüllung zu Verfügung steht, besonders zu prüfen.¹³² 76

127 § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV

128 Bundesregierung, Meldung vom 9.4.2020 „Mehr Schutzausrüstung made in Germany“ (vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/arbeitsstab-produktion-1742600>; Abrufstand: 25.4.2020).

129 § 31 Abs. 3 Satz 2 VgV.

130 Z.B. *Europäischer Gerichtshof*, Urteil vom 20.3.2018 – C-187/16 „Österreichische Staatsdruckerei“.

131 § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV.

132 Vgl. auch Rdnr. 28.

19. 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?

77 Grundsätzlich nein. Unternehmen können ausgeschlossen werden, wenn sie eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrages (oder Konzessionsvertrages) erheblich oder fortdauernd **mangelhaft** erfüllt haben und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat.¹³³

78 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** (vgl. Rdnrn. 49 ff.). 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 (Rdnr. 77 ff.) entsprechend.¹³⁴

133 § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A; vgl. dazu allgemein: Oberlandesgericht Celle, Beschluss v. 9.1.2017 – 13 Verg 9/16.

134 Nach § 31 Abs. 2 Satz 5 UVgO findet § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss.

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

81 Eine Präqualifikation (PQ) von Bauunternehmen erfasst die nach § 6a EU VOB/A bzw. § 6a VOB/A geforderten auftragsunabhängigen Eignungsnachweise und Ausschlussgründe nach § 6e EU VOB/A. In dem amtlichen PQ-Verzeichnis¹³⁵ 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.¹³⁶ 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 Bauunternehmen¹³⁷ aus dem PQ-Verzeichnis entfernt.¹³⁸

82 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,¹³⁹ Sozialversicherung,¹⁴⁰ Berufsgenossenschaft¹⁴¹ und Handels-

Berufsregister¹⁴² aufgrund eingeschränkter Tätigkeit der ausgebenden Stelle trotz rechtzeitiger Beantragung durch formlose Eigenerklärungen 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 Eigenerklärung vor Ablauf des Gültigkeitsdatums bei der PQ-Stelle eingereicht wurde.¹⁴³

135 § 6b EU Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A bzw. § 6b Abs. 1 VOB/A.

136 Vgl. auch oben Rdnrn. 41 ff.

137 BAnz AT 18.09.2019 B1 (PQ-Leitlinie).

138 Nr. 8.1 Satz 3 PQ-Leitlinie.

139 § 6e EU Abs. 4 VOB/A bzw. § 6a Abs. 2 Nr. 8 VOB/A.

140 § 6e EU Abs. 4 VOB/A bzw. § 6a Abs. 2 Nr. 8 VOB/A.

141 § 6e EU Abs. 4 VOB/A bzw. § 6a Abs. 2 Nr. 8 u. 9 VOB/A.

142 § 6a EU Nr. 1 VOB/A bzw. § 6a Abs. 2 Nr. 4 VOB/A.

143 BAnz AT 27.03.2020 B2

21. Kann ein zahlungsunfähiges Unternehmen vor dem Hintergrund der Regelungen zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) aus einem EU-Vergabeverfahren ausgeschlossen werden?

83 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.¹⁴⁴

84 Zahlungsunfähig ist ein Unternehmen, wenn es nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.¹⁴⁵ In der Regel ist dies der Fall, wenn der Unternehmer seine Zahlungen eingestellt hat.¹⁴⁶ Nach dem COVInsAG¹⁴⁷ ist die Insolvenzantragspflicht (vorerst) bis zum 30.9.2020 ausgesetzt, soweit die Insolvenzreife auf den Folgen bzw. Auswirkungen der Corona-Pandemie beruht und Aussicht besteht, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Beides wird vermutet, wenn das Unternehmen am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war.¹⁴⁸ Dadurch soll es Unternehmen ermöglicht werden, z.B. staatliche Finanzhilfen zu beantragen und das Unternehmen möglichst zu sanieren. Bei der einzelfallbezogenen 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 i.S.d. 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 **Unter-** 85 **schwellerbereich** gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.¹⁴⁹

144 § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

145 § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO.

146 § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO.

147 Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz - COVInsAG) v. 27.3.2020 (BGBl. I S. 569).

148 § 1 Satz 3 COVInsAG.

149 § 31 Abs. 1 UVgO i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

22. Dürfen bei der Vergabe von Bauleistungen während der Corona-Pandemie Sicherheitsleistungen gefordert werden?

86 Die Vereinbarung einer Sicherheitsleistung¹⁵⁰ ist **u.U.** möglich. Allgemein ist hierbei zu beachten, dass Sicherheiten auf Unternehmerseite liquiditätsbeschränkend und auf Auftraggeberseite kostentreibend wirken können. Auf Sicherheitsleistung soll daher ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich ohnehin nicht eintreten.¹⁵¹ Unterschreitet die Auftragssumme 250.000 Euro/netto, ist auf Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung und in der Regel auf Sicherheitsleistung für die Mängelansprüche zu verzichten.¹⁵² Bei EU-weiten Verhandlungsverfahren und bei nationalen freihändigen Vergaben sollen Sicherheitsleistungen in der Regel ebenfalls nicht verlangt werden.¹⁵³

87 Unabhängig von der Corona-Pandemie und dem gewählten Vergabeverfahren ist bei kleineren Bauaufträgen von **weniger als 250.000 Euro/netto** ohnehin zwingend auf Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung zu verzichten. Eine Ausnahme hiervon ist nicht möglich. Hinsichtlich der Vertragserfüllungssicherheit kann der Bauunternehmer somit einen Anspruch auf Verzicht geltend machen.¹⁵⁴ Eine Sicherheitsleistung für Mängelansprüche wird insoweit wegen des regelmäßigen Verzichts hierauf auch nur bei typischerweise sehr mängelanfälligen Gewerken verlangt werden dürfen.¹⁵⁵ Ein auftraggeberseitiger Verzicht auf eine z.B. Mängelansprüchebürgschaft entlastet die Bauunternehmen während der Pandemiezeit jedenfalls finanziell.

Vergibt der öffentliche Auftraggeber aus Dringlichkeitsgründen (vgl. Rdrrn. 1 ff.) **freihändig** bzw. führt ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durch, wird während der Corona-Pandemie im Einzelfall abzuwägen sein, ob das Sicherungsbedürfnis eine von der Regel abweichende Forderung nach Sicherheitsleistungen (z.B. Vertragserfüllungs- und/oder Mängelansprüchebürgschaft) wegen der bei Dringlichkeit ggf. schwer zu beurteilenden Bieterreignung (insbes. finanzielle Leistungsfähigkeit) ausnahmsweise rechtfertigen kann oder wegen ihrer liquiditätsbeschränkenden Wirkung ausscheiden muss.

88

150 Zu den Arten von Sicherheitsleistungen vgl. § 17 VOB/B.

151 § 9c EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A, § 9c Abs. 1 Satz 1 VOB/A.

152 § 9c EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A, § 9c Abs. 1 Satz 2 VOB/A.

153 § 9c EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A, § 9c Abs. 1 Satz 3 VOB/A.

154 Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 7. Aufl. 2020, § 9c VOB/A Rdnr. 4; a. A.: Weifenbach, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 14. Aufl. 2018, § 9c VOB/A Rdnr. 9; Franke/Klein, VOB Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 9c EU VOB/A Rdnr. 4.

155 Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 7. Aufl. 2020, § 9c VOB/A Rdnr. 4.

23. Welche Auswirkungen kann die für den 1.7.2020 bis 31.12.2020 angekündigte coronabedingte Umsatzsteuersenkung auf Vergabeverfahren haben?

89 Die Bundesregierung plant im Rahmen des Zweiten Corona-Steuerhilfegesetzes¹⁵⁶ zum 1.7.2020 eine **Senkung** des Umsatzsteuersatzes von 19% auf 16% und des ermäßigten Steuersatzes von 7% auf 5%. Dies soll befristet bis zum 31.12.2020 gelten. Umsatzsteuerlich ist entscheidend, wann die Leistungen erbracht werden. Für die Anwendung der neuen gesenkten Steuersätze ist der Zeitpunkt maßgeblich, in dem der jeweilige Umsatz ausgeführt wird (vgl. Abschnitt 12.1 Abs. 2 Satz 2 UStAE¹⁵⁷). Bei der Erbringung einer Teilleistung kommt es für den gesenkten Steuersatz im Übrigen nicht auf den Zeitpunkt der Gesamtleistung, sondern darauf an, wann die einzelnen Teilleistungen ausgeführt werden.¹⁵⁸ In vergaberechtlicher Hinsicht könnte z.B. problematisch werden, dass Bieter bei Vergabeverfahren im vorgenannten Zeitraum den gesenkten Steuersatz offerieren, obgleich die Leistungen möglicherweise erst im Jahr 2021 erbracht werden, um dadurch einen Preisvorteil im Rahmen der Angebotswertung zu erzielen.

90 Öffentliche Auftraggeber fordern für die Angebotswertung wegen ihrer regelmäßig fehlenden Vorsteuerabzugsberechtigung den Preis zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer, mithin den Bruttobetrag.¹⁵⁹ Ist es sicher, dass die ausgeschriebenen Leistungen im Zeitraum vom 1.7. bis 31.12.2020 erbracht werden, dann hat der nicht vorsteuerabzugsberechtigte Auftraggeber den Bruttobetrag von den Bietern abzufragen und zu werten. Bietet ein Unternehmen den Umsatzsteuersatz dennoch offensichtlich falsch an, dann darf der Steuersatz ergänzt bzw. ähnlich einem Rechenfehler **korrigiert** werden.¹⁶⁰

Steht zum Zeitpunkt der Ausschreibung und Angebotsabgabe der für die gesenkten Steuersätze maßgebliche Leistungszeitpunkt hingegen noch nicht fest, scheint auch für einen nicht vorsteuerabzugsberechtigten Auftraggeber ausnahmsweise die Abfrage und Wertung des **Nettopreises** im Rahmen seines nur auf Vertretbarkeit zu kontrollierenden Festlegungsspielraumes möglich zu sein,¹⁶¹ soweit eine Ungleichbehandlung der Bieter aufgrund von etwaigen Steuerprivilegien (z.B. Steuerbefreiung/-ermäßigung) ausgeschlossen werden kann.

In diesem Zusammenhang sind auch die landesrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Das Land **Berlin** weist z.B. darauf hin, dass im Falle der Angabe unterschiedlicher Umsatzsteuersätze bei der Angebotsabgabe eine Gleichstellung der Angebote für die Wertung vorzunehmen ist. Soweit sich durch die Gleichstellung von Umsatzsteuersätzen eine Verschiebung der Bieterreihenfolge ergibt, ist dem Bieter, der dadurch vom ersten auf einen nachfolgenden Rang zurückfällt, mit dem Absageschreiben eine Erläuterung zu geben.¹⁶²

156 https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/2020-06-12-Zweites-Corona-Steuerhilfegesetz/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Abrufstand: 13.6.2020).

157 Umsatzsteuer-Anwendungserlass vom 1.10.2010, zuletzt geändert am 24.3.2020.

158 § 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) Sätze 2 u. 3 UStG.

159 Vgl. zur Bedeutung des Bruttobetrages: *Oberlandesgericht Düsseldorf*, Beschluss v. 12.12.2012 – Verg 38/12

160 *Vergabekammer Sachsen*, Beschluss v. 1.8.2019 – 1/SVK/021-19; *Vergabekammer Nordbayern*, Beschluss v. 29.10.2013 – 21.VK-3194-42/13.

161 So entsprechend das *Oberlandesgericht Düsseldorf*, Beschluss v. 14.9.2016 – Verg 14/16, zur Beförderung von Schülern mit Behinderung.

162 Gemeinsames Rundschreiben Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen sowie Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe, *SenStadtWohn V M / SenWiEnBe II D Nr. 05/2020 v. 2.7.2020*, Seiten 4 f.

24. Welche Auswirkungen kann das öffentliche Preisrecht auf „Dringlichkeitsbeschaffungen“ haben?

92 Das öffentliche Preisrecht (insbes. § 2 PreisG¹⁶³, VO PR Nr. 30/53¹⁶⁴, LSP¹⁶⁵) steht neben dem Vergaberecht. Es greift in die freie Preisbildung durch Angebot und Nachfrage bei öffentlichen Aufträgen ein. Das öffentliche Preisrecht dient der Wahrung des sog. Preisstandes.¹⁶⁶ Marktwirtschaftliche Preise haben Vorrang vor Preisen auf Selbstkostenbasis. Der preisrechtlich höchstzulässige Preis darf nicht überschritten werden. Die Preisprüfung/-überwachung bezweckt damit vor allem öffentliche Auftraggeber vor **überteuerten** Beschaffungen zu schützen. Die Preisbehörden der Bundesländer überwachen die Einhaltung der Bestimmungen der VO PR Nr. 30/53.

93 Insbesondere bei „Dringlichkeitsbeschaffungen“ im Wege von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb oder freihändigen Vergaben bzw. Verhandlungsvergaben

ohne Teilnahmewettbewerb kann u.U. eine **Preisprüfung** überlegenswert sein. Denn Verstöße gegen Preisvorschriften können zur Nichtigkeit der Preisvereinbarung und zu Rückforderungen führen. An die Stelle des nichtigen Preises tritt dann der preisrechtlich zulässige Preis. Bei den vorgenannten Vergabearten dürfte entweder ein sogenannter betriebssubjektiver Marktpreis¹⁶⁷ (bei marktgängigen Leistungen) oder ein Selbstkostenpreis (bei individuellen Leistungen) vorliegen.

163 Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz).

164 Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR Nr. 30/53).

165 Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (Anlage zur VO PR Nr. 30/53).

166 Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 12.11.1958 – 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57.

167 Vgl. zum Begriff Bundesverwaltungsgericht, Urteil v. 13.4.2016 – 8 C 2.15

25. Rechtsprechungsübersicht „Vergaberecht bei Pandemien“

94 **Vergabekammer Bund** (Beschl. v. 6.5.2020 – VK 1-32/20): *Corona-Pandemie als Aufhebungsgrund.*

Ein öffentlicher Auftraggeber hat mit europaweiter Auftragsbekanntmachung vom **17.1.2020** ein offenes Verfahren zur Vergabe „Durchführung der Maßnahmenkombination eines individuellen Förderzentrums nach § 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 Abs. 1 Sätze 1, 2 und 5 SGB V“ eingeleitet. Die ausgeschriebene Durchführung von Präsenzmaßnahmen für Bezieher von Arbeitslosengeld II-Leistungen unter 25 Jahren war zum 4.5.2020 geplant. Mit Schreiben vom 13.3.2020 informierte die Vergabestelle den Bestbieter darüber, dass nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens sein Angebot angenommen werden solle. Infolge der pandemischen Entwicklung des neuartigen Coronavirus hob der öffentliche Auftraggeber das offene Verfahren jedoch am 23.3.2020 auf. Noch am selben Tage informierte er alle Bieter gemäß § 63 Abs. 2 VgV i.V.m. § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV, dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden musste, weil sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert habe. Die Ausbreitung des Coronavirus und die damit verbundene Epidemie sei ein nicht vorhersehbares Ereignis, das die Bedingungen am Arbeitsmarkt erheblich verändern würde. Der bestbietende Unternehmer rügte die Aufhebung als verfahrensfehlerhaft und beantragte nach erfolgter Nichtabhilfe die Nachprüfung. Ohne Erfolg.

95 Die Vergabekammer Bund wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Ein sachlicher Grund für die Aufhebung liegt hier vor. Dieser besteht in der vom öffentlichen Auftraggeber angeführten Corona-Pandemie, die sich auf den Arbeitsmarkt generell und im Besonderen auf das wirtschaftliche Umfeld von Ausbildungsmaßnahmen für junge Menschen mit Defiziten erheblich auswirkt. Die Vergabestelle hat sich daher zu Recht auf den **Aufhebungsgrund** des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV berufen. Vorliegend sind sowohl die akute pandemische Ausbreitung des Coronavirus und auch die damit einhergehenden wirtschaftlichen Folgen durch Betriebsschließungen erst nach der europaweiten Auftragsbekanntmachung am 17.1.2020 eingetreten. So hat sich vor allem auch noch nach dem 13.3.2020 eine rapide Veränderung der Einschätzung und öffentlichen Diskussion der Situation in Deutschland in der weiteren Folge des Vergabeverfahrens manifestiert. Die Entwicklung ist schließlich in dem Beschluss eines „harten“ Lockdowns des öffentlichen Lebens in den Bundesländern ab dem 23.3.2020 umgesetzt worden, so die Bonner Nachprüfungsbehörde.

96 Schließlich liegt auch eine **wesentliche Änderung** der Grundlage des Vergabeverfahrens in sachliche Hinsicht vor, die vom öffentlichen Auftraggeber nicht vorhersehbar war und ihm somit auch nicht im Sinne einer von ihm selbst verschuldeten Aufhebung zugerechnet werden kann. Die pandemische Verbreitung des neuartigen Coronavirus ab Januar 2020 ist ein dem öffentlichen Auftraggeber weder zurechenbares noch vorhersehbares Ereignis. Die hier ausgeschriebene Maßnahmenkombination eines

individuellen Förderzentrums mit Präsenzveranstaltungen ist angesichts der coronabedingten Entwicklungen auf dem Arbeits- und Ausbildungsmarkt derzeit wenig erfolgversprechend. Aufgrund der eingetretenen Veränderungen des Bedarfs an arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen (z.B. aufgrund des starken Anstiegs neuer arbeitssuchender Menschen) muss zunächst eine neue Bestandsaufnahme des öffentlichen Auftraggebers erfolgen, um ggf. die angepassten Leistungen neu auszuschreiben.

Vergabekammer Niedersachsen (Beschl. v. 18.5.2020 – VgK-07/2020): *Covid-19-Pandemie zwingt selbst bei Insolvenz in vorläufiger Eigenverwaltung nicht automatisch zur Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit.* 96a

Ein öffentlicher Auftraggeber hat die Erneuerung des Deckwerks an einem Hauptdeich europaweit im nichtoffenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb europaweit nach der VOB/A-EU ausgeschrieben. Das bestbietende Angebot einer Bietergemeinschaft sollte frühestens am 20.3.2020 den Zuschlag erhalten. Über das Vermögen eines Mitglieds der Bietergemeinschaft wurde am Tag des Versands der Vorabinformationsschreiben am 10.3.2020 ein Insolvenzverfahren in **vorläufiger Eigenverwaltung** gemäß § 270a InsO eröffnet. Der das Nachprüfungsverfahren betreibende Konkurrent der Bietergemeinschaft monierte u.a., dass die Vergabedokumentation nicht erkennen lasse, inwieweit der öffentliche Auftraggeber kritische Fragen zu den Entwicklungen wegen des Coronavirus gestellt habe, insbesondere wie die Bietergemeinschaft mit etwaigen Verschärfungen ihrer Probleme aufgrund der Covid-19-Pandemie umzugehen beabsichtigt und wie sie etwaige Leistungsausfälle, Bauzeitenverzögerungen und Lieferengpässe während der Bauphase kompensieren könne, ohne ihre finanzielle Leistungsfähigkeit vollständig zu verlieren.

Die Lüneburger Nachprüfungsbehörde hielt es nicht für erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der bestbietenden, in vorläufiger Eigenverwaltung befindlichen Bietergemeinschaft näher eruiert. Die Thematik sei **nicht entscheidungsrelevant**, weil die deutsche Baubranche bislang kaum von der Pandemie betroffen ist und die Zukunft insoweit insgesamt ungewiss ist. Weder der öffentliche Auftraggeber noch die Bietergemeinschaft noch die Vergabekammer können diesbezüglich „in die Glaskugel schauen“, so die niedersächsische Vergabekammer. 96b

Vergabekammer Bund (Beschl. v. 28.8.2020 – VK 2-57/20): *Corona rechtfertigt Dringlichkeitsvergabe auch von Beratungsleistungen.* 96c

Die Bundesrepublik Deutschland (kurz: Bund) hat Beratungsleistungen für die im Wege von Open-House-Verfahren erfolgte Schutzmasken-Beschaffung im **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** vergeben. Am 7.4.2020 wurde ein Dienstleister mit der Dokumentation und der Analyse der Beschaffungsvorgänge beauftragt und zwei Tage später ergänzend mit der Unterstützung im Einkaufsprozess hinsichtlich Angebotsprüfung, der

buchhalterischen Erfassung der Bestellungen sowie der Rechnungsprüfung und Zahlungsfreigabe. Die Angebotsfrist im Open-House-Beschaffungsverfahren wurde hierbei vom 30.4.2020 auf den 8.4.2020 verkürzt, wodurch bis dahin rund 700 Open-House-Verträge geschlossen wurden. Gegen die erfolgte Beauftragung wandten sich zwei andere Beschaffungsdienstleister mit einem Nachprüfungsverfahren. Ohne Erfolg.

96d Die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß **§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV** lagen vor. Äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, welche die Einhaltung der Mindestfristen für vorrangige Vergabeverfahrensarten nicht zuließen, waren gegeben. Die Corona-Krise ist, was keiner näheren Darlegung bedarf und unstreitig ist, ein solches Ereignis. Daraus resultierte der akute und extrem dringliche Bedarf an Schutzausrüstung. Diese, der Daseinsvorsorge zuzurechnende Aufgabe hat der Bund, zu dessen Aufgaben der Gesundheitsschutz der Bevölkerung zählt, wahrgenommen. Der Bund hat den Bedarf an Schutzausrüstung gedeckt, indem er in einem ersten Schritt auf verschiedenen, vom Bund im Einzelnen dargelegten Wegen Verträge zur Beschaffung von Schutzausrüstung abgeschlossen hat. Mit dem Abschluss von Kaufverträgen allein konnten die Schutzmasken die Empfänger noch nicht erreichen. Erforderlich war darüber hinaus die tatsächliche Abwicklung der Verträge. Es greift also zu kurz, die Dringlichkeit der Schutzmaskenbeschaffung auf den Abschluss der reinen Kaufverträge zu beschränken. Die Dringlichkeit erstreckt sich auch auf die Aufgabe der konkreten Abwicklung dieser Verträge als einem zweiten Schritt nach dem Kauf. Der rechtliche Abschluss von Kaufverträgen und die darauf folgende konkrete Abwicklung dieser Verträge waren als eine Gesamtaufgabe notwendig, um die Versorgung von medizinischem Personal sowie Gesamtbevölkerung erreichen zu können.

96e Ebenso war hier die Einhaltung verkürzter vergaberechtlicher Mindestfristen nicht möglich. Hätte der Bund Anfang Mai 2020 ein Vergabeverfahren mit verkürzten Fristen durchgeführt, hätte sich eine Auslieferung der Schutzmasken um einen nicht hinnehmbaren Zeitraum verzögert. Liegt nur eine „hinreichend begründete Dringlichkeit“ vor, so ist ein öffentlicher Auftraggeber nach § 15 Abs. 3 u. 4 VgV befugt, die Angebotsfrist auf zehn Tage zu verkürzen. Hinzu kommt, dass unterlegene Bieter nach § 134 GWB hätten vorab informiert werden müssen mit einer sich anschließenden Wartefrist von erneut zehn Tagen. Mithin hätten sich in einem Vergabeverfahren mit verkürzten Frist allein schon die Wartezeiten auf **20 Tage** addiert, wobei Zeiten für die Durchführung der Angebotswertung noch nicht berücksichtigt sind. Das medizinische Personal, das besonders ansteckungsgefährdet ist, musste schnellstmöglich in die Lage versetzt werden, Erkrankten ohne Gefahr für die eigene Gesundheit und das eigene Leben medizinische Hilfe leisten zu können. Es galt, eine weitere Ausbreitung des Corona-Virus soweit wie möglich einzudämmen. Die Schwelle zur äußersten Dringlichkeit

war angesichts des katastrophalen Notstandes mit der Versorgung mit Schutzausrüstung definitiv überschritten, die Beauftragung mit Beratungsleistungen wär äußerst dringlich im Sinne des Schutzes von Leib und Leben. Verkürzte Fristen mit den verbundenen Wartezeiten stellten keine vernünftige Alternative dar.

Der Bund konnte im zeitlichen Zusammenhang mit der Initiierung des Open-House-Verfahrens auch nicht absehen, dass eine externe Beauftragung im Zuge der Vertragsabwicklung erforderlich werden würde, und schon zu diesem Zeitpunkt ein Vergabeverfahren hätte begonnen werden müssen. Schließlich musste der Bund auch keine Angebote von anderen Auftragsinteressenten einholen, weil bei äußerster Dringlichkeit die Direktbeauftragung eines **einzelnen** Unternehmens erfolgen dar, wenn technische oder zeitliche Zwänge dies gebieten

Vergabekammer Bund (Beschl. v. 13.8.2020 - VK 1-54/20): 96g
Corona rechtfertigt Dringlichkeitsvergabe.

Ein öffentlicher Auftraggeber hat mit einem am 12.5.2020 zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen einen Vertrag über die „Erprobung der digitalen Identifizierungsmöglichkeit via Selfie Ident-Verfahren“ am **15.6.2020** ohne vorherige Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens abgeschlossen. Das Unternehmen sollte hierbei eine Software bereitstellen, mit der sich ein „Kunde“ des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen seiner Antragstellung auf Gewährung von [...] erstmals nicht nur wie in [...] vorgesehen persönlich in den Dienststellen des öffentlichen Auftraggebers vor Ort, sondern stattdessen elektronisch („online“) identifizieren kann. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne europaweite Bekanntmachung wurde wie folgt begründet: *„Derzeit ist aufgrund der Corona-Krise in den Dienststellen vor Ort keine Ausweissichtprüfung der Kunden/innen zur Verifizierung der Identität möglich. Diese ist bei Beantragung von gesetzlichen Geldleistungen zwingend erforderlich. Daher soll der Einsatz eines neuen digitalen Selfie Identverfahrens im Rahmen eines Proof of Concept (PoC) erprobt werden. Für welche Anwendungsszenarien das auf Dauer geeignet ist, ist Inhalt dieser Erprobung [...]. Die Beschaffung dient der Eindämmung der Pandemie und der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung. Daher kommt auf Grundlage des Rundschreibens des BMWi vom 19. März 2020 ein beschleunigtes Vergabeverfahren, hier im Besonderen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV in Betracht.“* Der vergebene Auftrag wurde im Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht. Ein Konkurrent leitete daraufhin ein Nachprüfungsverfahren ein. Ohne Erfolg.

Die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach **§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV** waren nach Einschätzung der Vergabekammer gegeben. Mit der Corona-Pandemie und der hieraus bedingten epidemischen Lage von nationaler Tragweite lag ein für den öffentlichen Auftraggeber unvorhersehbares Ereignis vor. Die Einschätzung der Vergabestelle, dass im Zusammenhang

mit diesem unvorhersehbaren Ereignis äußerst dringliche, zwingende Gründe vorlagen, die es nicht zuließen, die vorgeschriebenen Mindestfristen für andere Verfahrensarten als ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb einzuhalten, erscheint nachvollziehbar. Zunächst ist davon auszugehen, dass jede andere Verfahrensart aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben mindestens 25 Tage länger gedauert hätte als das durchgeführte Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (offenes Verfahren: mindestens 15 Tage Angebotsfrist plus 10 Tage Wartefrist; nichtoffenes Verfahren: mindestens 15 Tage Teilnahmefrist plus 10 Tage Angebotsfrist plus 10 Tage Wartefrist; Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb: 15 Tage Teilnahmefrist plus mindestens 10 Tage Angebotsfrist plus 10 Tage Wartefrist). Realistischerweise sind zusätzlich weitere Tage für die Beantwortung von Bieterfragen, die Prüfung der Teilnahmeanträge und/oder Angebote sowie für etwaige Aufklärungsmaßnahmen hinzuzurechnen. Gerade weil der öffentliche Auftraggeber ein digitales Identifizierungsverfahren zunächst nur für einen Probebetrieb beschafft hat, spricht viel dafür, dass ihm ein solches zeitliches Zuwarten nicht möglich war, so die Vergabekammer. Er wollte anlässlich der aktuellen pandemischen Lage vorübergehend ein alternatives Verfahren testen, um festzustellen, ob dieses generell für seine Anforderungen in solchen Krisensituationen geeignet ist. Da der Fortgang der Pandemie und die in diesem Zusammenhang von dem öffentlichen Auftraggeber zur Fortführung seiner gesetzlichen Aufgaben zu ergreifenden Maßnahmen immer noch nicht eingeschätzt werden kann, erscheint die damalige Einschätzung des öffentlichen Auftraggeber umso zutreffender, dass er sich dringend mit Alternativen zum persönlichen Erscheinen eines Leistungsberechtigten in einer seiner Dienststellen auseinandersetzen musste, um insbesondere für den nicht absehbaren Fortgang der Pandemie gerüstet zu sein. Um die Praxistauglichkeit solcher alternativen Lösungen beurteilen zu können, ist auch zu prüfen, ob und inwieweit eine solche Lösung von den „Kunden“ in der Praxis überhaupt angenommen wird. Da so ein Verfahren beim öffentlichen Auftraggeber und seinen „Kunden“ noch nicht angewendet wurde, kann diese Frage am ehesten unter realen Bedingungen beantwortet werden, wenn das Aufsuchen der Dienststellen vor Ort tatsächlich nicht möglich ist und daneben die Dienstfähigkeit hausintern eingeschränkt ist, weil zahlreiche Mitarbeiter sich im „Homeoffice“ befinden und die IT-Systeme des öffentlichen Auftraggebers allein schon deswegen anders ausgelastet sind als im Normalbetrieb.

96i Vor diesem Hintergrund erscheint es auch gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber an diesem Verfahren **nur ein** Unternehmen beteiligt hat. Denn eine umfangreichere Marktrecherche zur Frage, ob auch andere Anbieter in Frage kommen, standen dem hier eng gesteckten Zeithorizont ebenso entgegen wie die Durchführung eines offenen bzw. nichtoffenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb. Dies gilt auch für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit mehreren Bietern. In einem solchen Fall wären weitere

Verzögerungen zu erwarten gewesen, weil der öffentliche Auftraggeber deren Fragen aus Gleichbehandlungs- und Transparenzgründen ebenso wie die des ausgewählten Unternehmens hätte beantworten und nicht nur dessen Angebot, sondern mehrere hätte bewerten müssen. Zugunsten des öffentlichen Auftraggebers ist auch zu berücksichtigen, dass er in diesem nicht-wettbewerblichen Vergabeverfahren nur das beschafft hat, was er in dieser Krisensituation benötigte, d.h. den Probebetrieb eines Online-Identifizierungsverfahrens auf hoher Sicherheitsstufe für höchstens acht plus vier Monate. Die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit waren dem öffentlichen Auftraggeber auch nicht zuzurechnen. Der Zeitraum zwischen der Angebotsaufforderung am 12.5.2020 und der Zuschlagserteilung am 15.6.2020 erscheint nicht vorwerfbar lang. Der öffentliche Auftraggeber musste mehrere Bieterfragen des Unternehmens beantworten und komplexe Fragen im Zusammenhang mit der erstmaligen Einführung eines automatischen Identifizierungssystems klären, insbesondere datenschutzrechtlicher und IT-sicherheitsrechtlicher Natur.

Vergabekammer Südbayern (Beschl. v. 21.10.2020 – 3194. 96j Z3-3-01-20-31): *Dringlichkeitsbeschaffung nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV mit einem Bieter möglich.*

Am 13.3.2020 erkundete der Freistaat Bayern bei sechs Unternehmen die Möglichkeiten zu internetgestützten Kommunikationswerkzeugen („Videokonferenzwerkzeug 2020“). Am **20.4.2020** wurde ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert, weil es allein sowohl hinsichtlich der technischen Funktionsfähigkeit und Skalierbarkeit für die Bereiche Videokonferenz, kollaborative Dokumentenbearbeitung und Cloudspeicher, die Integration von Office-Anwendungen, die Vorteile einer bereits etablierten Produktfamilie, Datensparsamkeit, ausreichend Schulungsmaterial als auch wegen bereits erbrachter Vorarbeiten zu einer passenden Konfiguration in Betracht kam. Am 15.5.2020 wurde die Beauftragung des Unternehmens europaweit veröffentlicht. Daraufhin rügte am 22.5.2020 ein nicht an der Markterkundung beteiligter Wettbewerber die Auftragserteilung, weil die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nicht vorlägen, da einerseits nicht allein der Zuschlagsempfänger in der Lage sei, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen und andererseits bei einer zeitnahen Umsetzung nach Erkennen des Bedarfs ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb hätte durchgeführt werden können. Das beantragte Nachprüfungsverfahren blieb ohne Erfolg.

Nach Ansicht der südbayerischen Vergabekammer waren die für eine Vergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV notwendigen äußerst dringlichen, zwingenden Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, welche die Einhaltung der Mindestfristen für vorrangige Vergabeverfahren nicht zuließen, gegeben. Dass die Ausbreitung des **Corona-Virus** im Rahmen einer weltweiten Pandemie dazu führen würde, dass sich der Freistaat Bayern dazu gezwungen sah, als Eindämmungsmaßnahme sämtliche Schulen über längere Zeit zu schließen,

96k war Mitte März 2020, als der Freistaat Bayern mit der streitgegenständlichen Beschaffung begann, nicht vorherzusehen und als höhere Gewalt anzusehen. Auch am 20.4.2020 herrschte eine noch niemals dagewesene bayern- und bundesweite Krisenlage aufgrund der Corona-Pandemie. Zu diesem Zeitpunkt war der Katastrophenfall seit mehr als einem Monat ausgerufen und der Unterricht an Schulen eingestellt worden. Die mit der Corona-Pandemie verbundene Krisensituation und die daraus notwendigen dringlichen Beschaffungen beschränken sich nicht nur auf Heil- und Hilfsmittel, sondern erfassen auch die notwendigen Beschaffungen für die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes der öffentlichen Verwaltung und den Bereich der Daseinsvorsorge. Die Beschaffung eines cloud-basierten Kommunikationswerkzeuges für alle bayerischen weiterführenden Schulen war damit notwendig, um die flächendeckende Einrichtung von Distanzunterricht als Ersatz für den während der Pandemie nicht oder nur eingeschränkt durchführbaren Präsenzunterricht zu ermöglichen.

96l Die vorgeschriebenen **Mindestfristen** für andere Verfahrensarten als ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb hätten nicht eingehalten werden können, so die Vergabekammer Südbayern. Jede andere Verfahrensart hätte aufgrund der vergaberechtlichen Vorschriften auch mit verkürzten Fristen mindestens 25 Tage länger gedauert. Zusätzlich wären bei den anderen Verfahrensarten realistischerweise weitere Tage für die Beantwortung von Bieterfragen, die Prüfung von Teilnahmeanträgen und Angeboten mehrerer Bieter sowie für etwaige notwendige Aufklärungsmaßnahmen hinzurechnen gewesen. Insbesondere wegen der anstehenden Abschlussprüfungen und des bereits erfolgten mehrwöchigen Ausfalls des Präsenzunterrichts vor den Osterferien war es für den Freistaat Bayern nicht hinnehmbar, weitere zeitliche Verzögerungen in Kauf zu nehmen bis die nötige Software für einen flächendeckenden und umfassenden Distanzunterricht zur Verfügung gestanden hätte. Auch kann dem Freistaat Bayern kein Vorwurf gemacht werden, dass er nicht sofort mit der Verkündung der Schulschließungen am 13.3.2020 ein Vergabeverfahren begonnen hat. Längere Schulschließungen, die über das Ende der Osterferien hinausgingen, waren zu diesem Zeitpunkt nicht absehbar.

96m Zwar ist auch bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach Ansicht der südbayerischen Vergabekammer ein Mindestmaß an Wettbewerb durch Aufforderung mehrerer geeigneter Unternehmen zu gewährleisten. Allerdings hat die vom Freistaat Bayern durchgeführte Markterkundung gezeigt, dass der gewünschte Funktionsumfang bei den dort sechs angefragten Unternehmen nur von einem **einzigen** Unternehmen vollständig angeboten wurde. Zu einer weitergehenden Markterkundung dahingehend, welche Unternehmen die Leistung ggf. im Rahmen von Bietergemeinschaften oder durch Modifikation oder Erweiterung ihrer bestehenden Leistungen hätten erbringen können, war der Freistaat Bayern nicht verpflichtet. Angesichts der zeitlichen Zwänge, die Leistung kurzfristig bereitzustellen,

durfte sich der Freistaat Bayern bei seiner Markterkundung auf bereits etablierte Bieter beschränken. Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass der Freistaat Bayern nicht nur rechtskonform ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt hat, sondern ebenso, dass er an diesem Verfahren nur ein einziges Unternehmen beteiligt hat. Im Rahmen einer IT-Beschaffung also, die unter § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV fällt, kann sich der öffentliche Auftraggeber regelmäßig auf Anbieter beschränken, welche die geforderte Leistung bereits fertig entwickelt und marktreif anbieten.

Vergabekammer Bund (Beschl. v. 11.12.2020 – VK 2-91/20): *96n Corona-Pandemie als Aufhebungsgrund, aber nur, wenn sich Änderungen am Beschaffungsbedarf ergeben.* Eine Vergabestelle hat Instandhaltungsarbeiten an einem Versorgungsschiff des Marinearsenals im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb europaweit ausgeschrieben. Am **12.10.2020** hob der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren auf, weil sich die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich geändert hätten. Grund für die Aufhebung seien „die Wahrung wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen und die Sicherstellung des Erhalts nationale Marineschiffbau- und Marineinstandsetzungskapazitäten aus Gründen der Versorgungssicherheit.“ Ein polnischer Bieter rügte die Aufhebung als rechtsfehlerhaft und beantragte nach erfolgter Nichtabhilfe ein Nachprüfungsverfahren.

Die zuständige Vergabekammer Bund gab dem Antragsteller recht. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist nicht gerechtfertigt, weil sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens nicht wesentlich geändert haben. Es trifft zwar zu, dass es wesentliche Änderungen gab, die sich als konkrete Auswirkungen der Pandemie auf die wirtschaftliche Lage der Werften erst nach Beginn des Vergabeverfahrens Mitte März ergeben haben bzw. erkennbar wurden. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die deutsche Werftenindustrie in Verbindung mit dem Strategiepapier der Bundesregierung vom 13.2.2020, welches den Marineschiffbau als zu stärkende sicherheits- und verteidigungsindustrielle nationale Schlüsseltechnologie ausweist, als vergaberechtlich relevanter Faktor bei Ausschreibungen bzw. dem Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren berücksichtigt werden können. Bezugspunkt der wesentlichen Änderungen im Aufhebungstatbestand sind jedoch nicht sämtliche ggf. vergaberechtlich relevante Änderungen, sondern ausdrücklich nur die „Grundlage des Vergabeverfahrens“, sodass es für eine Aufhebung erforderlich ist, dass sich der Beschaffungsbedarf entweder geändert hat, die Vergabeunterlagen diesem geänderten Bedarf mithin anzupassen sind, oder aber dass der Beschaffungsbedarf gänzlich entfallen ist. Das heißt, dass das Interesse des Auftraggebers an der konkret ausgeschrieben Leistung selbst nicht mehr besteht. Auswirkungen der Corona-Pandemie sind zwar durchaus geeignet, eine Aufhebungsentscheidung zu legitimieren, aber nur unter der Voraussetzung, dass sich **Änderungen am Beschaffungsbedarf** ergeben. Nach

Überzeugung der Vergabekammer Bund ist dies vorliegend gerade nicht der Fall, weil das Versorgungsschiff nach wie vor und inhaltlich unverändert instandgesetzt werden soll. Es gibt keine Änderungen an der Grundlage des Vergabeverfahrens. Hier ist die Stützung der deutschen Werften nur ein Nebenzweck. Das ursprünglich, unmittelbare Interesse des Marinearsenals, gerichtet auf die Instandsetzung des Schiffes, lässt sich auch bei unterstellter Vergabe des Auftrages an das antragstellende Unternehmen erreichen.

96p **Oberlandesgericht Rostock** (Beschl. v. 9.12.2020 – 17 Verg 4/20): *Dringlichkeitsbeschaffung nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV erfordert grundsätzlich Wettbewerb light.*

Das Bundesland Mecklenburg-Vorpommern hat mit Vertrag vom **7.5.2020** einen Dienstleister ohne Durchführung eines Vergabewettbewerbs direkt beauftragt, in der Zeit vom 8.5. bis zum 31.7.2020 anlasslose Massentestungen von Bewohnern und Mitarbeitern in Alten- und Pflegeheimen durchzuführen. Bereits am 24.4.2020 hat ein konkurrierendes labormedizinisches Versorgungszentrum das Bundesland darüber informiert, über ausreichende Test-Kapazitäten mit PCR-Technologie zu verfügen. Von dem Vertrag mit ihrem Konkurrenten hat das labormedizinische Versorgungszentrum erst aus der Tagespresse erfahren und hat deshalb ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Die Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern wies den Nachprüfungsantrag zurück, wogegen das labormedizinische Versorgungszentrum sofortige Beschwerde erhob. Mit Erfolg.

96r Das Oberlandesgericht Rostock stellte fest, dass der am 7.5.2020 geschlossene Vertrag über die Durchführung von Corona-Tests **unwirksam** ist. Denn eine Direktvergabe ohne jeden Wettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV durfte nicht erfolgen. Das Bundesland hätte vielmehr im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung zumindest Wettbewerb „light“ ermöglichen und wenigstens noch ein Angebot des labormedizinischen Versorgungszentrums einholen müssen. Zwar liegt eine äußerste Dringlichkeit vor, weil kurzfristige Beschaffungsbedarfe im Kontext der Corona-Pandemie bzw. konkret der Pandemiesituation im Frühjahr 2020 einen Anwendungsfall des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV darstellen können, auch wenn wegen des Ausnahmeharakters mit der Annahme äußerster Dringlichkeit generell Zurückhaltung geboten ist. Ebenso war ein reguläres Vergabeverfahren nach § 119 Abs. 2 Satz 1 GWB i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 1 unter Einschluss der notwendigen Zeitspanne für die Vorbereitung der Ausschreibung und Wertung sowie der Wartefrist nach § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB selbst bei maximaler Abkürzung der Fristen weder als offenes Verfahren noch als nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb noch als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb möglich gewesen.

96s Das hier erfolgte gänzliche Absehen vom Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 2 Satz 1 GWB) war jedoch ermessensfehlerhaft. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV eröffnet auf der Rechtsfolgenseite zwar die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Die Einschränkung des Wettbewerbs muss aber verhältnismäßig sein, insbesondere er-

forderlich sein. Grundsätzlich ist deshalb auch im Rahmen der §§ 14 Abs. 4 Nr. 3, 17 Abs. 5 VgV **so viel Wettbewerb wie möglich** zu eröffnen. In der Regel sind daher mehrere Angebote einzuholen und darf sich die Direktansprache nicht auf nur einen Anbieter beschränken. Ein völliger Verzicht auf Wettbewerb kommt nur als ultima ratio in Betracht. Ein solcher Extremfall lag hier aber nicht vor. Zum einen wusste das Bundesland spätestens seit dem 24.4.2020, dass auch das labormedizinische Versorgungszentrum als tauglicher und interessierter Anbieter in Betracht gekommen ist. Zum anderen begegnet die Erklärung des Bundeslandes, das in seinem Wirtschaftsministerium eingesetzte Personal sei aufgrund der vielfältigen Aufgaben zu einer Bewältigung des zusätzlichen Aufwandes für die Einholung weiterer Angebote nicht in der Lage gewesen, erheblichen rechtlichen Bedenken, weil die Wahrung vergaberechtlicher Vorgaben von der jeweiligen Personalausstattung der Vergabestelle abhängig zu machen.

Oberlandesgericht Karlsruhe (Beschl. v. 16.12.2020 – 15 Verg 4/20): *Mündliche Verhandlung darf nicht grundsätzlich wegen der Corona-Pandemie entfallen.*

Im Rahmen eines europaweiten Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb informierte ein Auftraggeber im März 2020 ein Bieterunternehmen vorab über seine Nichtberücksichtigung. Dieses beantragte sodann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag am **26.5.2020** ohne mündliche Verhandlung zurück.

Durch die Entscheidung **ohne mündliche Verhandlung** entgegen § 166 Abs. 1 Satz 1 GWB beging die Vergabekammer einen Verfahrensfehler. Es bestand nach Ansicht des baden-württembergischen Vergabesenats kein Grund, von der mündlichen Verhandlung abzusehen. Denn bis Mitte/Ende Mai hatte die Vergabekammer ausreichend Zeit, Vorkehrungen dafür zu treffen, dass sich die Verhandlungsteilnehmer nicht der Gefahr aussetzten, mit dem COVID-19-Virus infiziert zu werden. Allerdings führt dieser Verfahrensfehler nicht dazu, dass die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und zur erneuten Entscheidung nach mündlicher Verhandlung an die Vergabekammer zurückzugeben ist. Denn die Gewährung rechtlichen Gehörs ist durch die – erforderliche – mündliche Verhandlung vor dem Vergabesenat gewährleistet worden.

Vergabekammer Niedersachsen (Beschl. v. 5.2.2021 – VgK-50/2020 u. Beschl. v. 11.2.2021 – VgK 53/2020): *Mündliche Verhandlung kann im Konsens digital durchgeführt werden.*

Die Vergabekammer kann im Konsens der Verfahrensbeteiligten analog zu § 128a ZPO, § 102a VwGO die mündliche Verhandlung gemäß § 166 GWB auch in **digitaler Form** durchführen. Die mündliche Verhandlung als essentieller Bestandteil des Nachprüfungsverfahrens darf daher auch in Corona-Zeiten nicht entfallen, sondern ist vielmehr unter Nutzung der inzwischen vorhandenen technischen Möglichkeiten umzusetzen.

96w **Oberlandesgericht Düsseldorf** (Beschl. v. 10.2.2021 – Verg 22/20): *Aufhebung möglich, wenn wegen Corona-Pandemie Leistungen nicht mehr benötigt werden.*¹⁶⁸

Eine Vergabestelle hat mit Bekanntmachung vom 21.1.2020 Arbeitsmarktmaßnahmen nach dem SGB II europaweit ausgeschrieben. Mit Schreiben vom 12.3.2020 wurde der Bestbieter darüber informiert, ihm den Zuschlag erteilen zu wollen. Am **23.3.2020** wurde das bestbietende Unternehmen über die Aufhebung des Vergabeverfahrens unterrichtet, weil die Ausbreitung des Corona-Virus und die damit verbundene Epidemie ein nicht vorhersehbares Ereignis gewesen war, was die Bedingungen am Arbeitsmarkt erheblich verändern wird. Ob die ausgeschrieben Leistungen überhaupt noch benötigt werden, so die ausschreibende Stelle, war damals nicht planbar. Den gegen die Aufhebungsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag wies die Vergabekammer zurück. Die dagegen erhobene sofortige Beschwerde beim nordrhein-westfälischen Vergabesenat blieb ebenfalls ohne Erfolg.

96x Die Aufhebung des Vergabeverfahrens war materiell rechtmäßig, weil die Vergabestelle gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV zur Aufhebung berechtigt war. Denn die pandemische Verbreitung des neuartigen Corona-Virus hat die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert. Dem öffentlichen Auftraggeber war es **nicht zuzumuten**, sehenden Auges Ausbildungs- und Eingliederungsmaßnahmen durchzuführen, wenn sich für deren Teilnehmer infolge der Corona-Pandemie aller Voraussicht nach keine Umschulungsmöglichkeiten ergeben werden. Unschädlich dabei ist, dass der Wegfall des Beschaffungsbedarfs auf einer prognostischen Entscheidung gründete. Die Folgen der Pandemie für den Arbeitsmarkt und die Durchführbarkeit der ausgeschrieben Maßnahmen standen im Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung noch nicht im Einzelnen fest. Aufgrund der damals bekannten Informationen muss der öffentliche Auftraggeber davon ausgehen, dass die Corona-Pandemie angesichts der rapiden und flächendeckenden Zunahme der Zahl nachweislich infizierter Personen eine ernstzunehmende Gefahrensituation für das Wirtschaftsleben darstellt und eine vollständige veränderte Maßnahmenplanung erforderte.

96y Ebenso war die Pandemie und ihre Auswirkungen im maßgeblichen Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens **nicht vorhersehbar**. Dass die Gründe für die Vergabestelle im Zeitpunkt der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung und ihrer Mitteilung am 12.3.2020 vorhersehbar gewesen sein mögen, weil die Weltgesundheitsorganisation (WHO) das Corona-Virus schon am 11.3.2020 zur Pandemie erklärt hat (vgl. dazu Rdnr. 2) und laut des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie in seinem Rundschreiben vom 19.3.2020 (vgl. Rdnr. 70) bereits seit Februar 2020 ein sprunghafter Anstieg der Covid-19-Infektionen außerhalb Chinas zu verzeichnen war, ist unbeachtlich.

Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschl. v. 30.6.2021 – Verg 43/20): *Wiederholungsgefahr wegen Corona-Pandemie nicht zwingend.*

Im März 2020, als sich das Coronavirus in Deutschland immer weiter ausbreitete, übernahm das Bundesministerium für Gesundheit die Aufgabe, für die Deckung des Bedarfs an Schutzausrüstung für den deutschen Gesundheitssektor zu sorgen. Zu den mit Abstand meisten Vertragsabschlüssen kam es im Rahmen eines Open-House-Verfahrens (vgl. dazu auch Rdnrn. 44 ff.), das am 8.4.2020 endete. Das Bundesgesundheitsministerium hat deshalb am **6.5.2020** einen Dienstleister zur Abgabe eines Angebotes zur Erbringung von Unterstützungsleistungen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Schutzausrüstung aufgefordert. Dazu zählten u.a. die technische Vertragsprüfung, die Qualitätssicherung, das Vertragsmanagement, die Steuerung der gesamten Lieferkette, auch vor Ort in China, die Rechnungsprüfung und die Bearbeitung von Leitungsstörungen. Am 15.5.2020 erhielt der Dienstleister den Auftrag zu einem Pauschalpreis von rund 9,5 Mio. Euro/netto in einem Zeitraum von zunächst sechs Monaten. Am 11.7.2020 beantragte ein Wettbewerber ein Nachprüfungsverfahren, allerdings ohne Erfolg. Mit der hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde begehrte der Wettbewerber – hauptsächlich wegen einer Wiederholungsgefahr – die Feststellung einer Rechtsverletzung durch die erfolgte Direktvergabe. Die sofortige Beschwerde wurde vom nordrhein-westfälischen Vergabesenat als unzulässig verworfen.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf besteht aufgrund der Besonderheiten des o.g. Sachverhaltes **keine Wiederholungsgefahr**. Dass sich die im Bundesministerium für Gesundheit im April und Mai 2020 herrschenden Zustände mit der Folge eines entsprechend kurzfristigen Bedarfs an zu beschaffenden externen Unterstützungsleistungen in absehbarer Zeit wiederholen könnten, ist nicht ersichtlich. Dagegen sprechen die seitherige Entwicklung der Coronavirus-Pandemie, die Entspannung auf dem Markt für Schutzkleidung und die Folgeauschreibung, an der sich der Wettbewerber nicht beteiligt hat. An dieser Bewertung würde sich auch nichts ändern, wenn, wie vom Wettbewerber behauptet, es entgegen der offiziellen Verlautbarungen vorrangige vertragliche Aufgäbe des Dienstleisters gewesen sein sollte, Forderungen gegen Deutschland aus den über 700 Vertragsabschlüssen im Open-House-Verfahren abzuwehren. Es ist nicht zu erkennen, dass ein vergleichbarer Beschaffungsvorgang nochmals initiiert werden wird.

168 Ähnlich Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss v. 10.2.2021 – Verg /23/20.

97ab **Oberlandesgericht Rostock** (Beschl. v. 1.9.2021 – 17 Verg 2/21): Es ist nicht *sachwidrig, eine weitgehende Automatisierung der Kontaktnachverfolgung anzustreben und hierzu eine Schnittstelle zu SORMAS zu fordern.* Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens war die mit Vertrag vom **8.3.2021** erfolgte Beschaffung der sog. Luca-App durch das Land Mecklenburg-Vorpommern im Wege einer Direktvergabe. Das Land begründete dies u.a. damit, dass nur das Produkt der Luca-App über eine Schnittstelle zu dem von den Gesundheitsämtern genutzten Programm SORMAS (Surveillance, Outbreak Response Management and Analysis Programm) verfüge.

97ac Der mecklenburgische-vorpommersche Vergabesenat bestätigte die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe. Dem Auftraggeber steht das **Bestimmungsrecht** zu, ob und welchen Gegenstand er beschaffen will. Solange er dabei die Grenzen beachtet und nicht – offen oder versteckt – ein bestimmtes Produkt bevorzugt und andere Anbieter diskriminiert, ist er bei dieser Bestimmung im Grundsatz weitgehend frei. Er bestimmt über die an die zu beschaffenden Gegenstände zu stellenden technischen Anforderungen. Die Leistungsbestimmung muss aber objektiv auftrags- und sachbezogen sein. Des weiteren muss die Begründung nachvollziehbar sein. Ob Leistungsanforderungen hingegen erforderlich oder zweckmäßig sind, ist ohne Belang.

Nach diesen Maßstäben hält sich die getroffene Leistungsbestimmung in den gesetzten Grenzen. Es ist – erst recht nach den Erfahrungen mit der manuellen Übermittlung und Auswertung von Kontaktdaten – nicht sachwidrig, eine weitgehende Automatisierung der Kontaktnachverfolgung anzustreben und hierzu eine Schnittstelle zu **SORMAS** zu fordern. Es war auch nicht notwendig, dass SORMAS flächendeckend im Einsatz sein müsste. Die Leistungsanforderung erscheint bereits dann nicht sachwidrig, wenn bei der Vergabeentscheidung zu erwarten ist, dass zumindest einzelne Gesundheitsämter im Leistungszeitraum die Technik nutzen werden und deren Zahl nicht von derart untergeordneter Bedeutung ist, dass von keinem nachhaltigen Effekt auszugehen ist: Im vorliegenden Fall waren bereits bei Zuschlag sieben der acht Gesundheitsämter in Mecklenburg-Vorpommern an SORMAS angeschlossen, inzwischen alle. Außerdem war nicht festzustellen, dass die SORMAS-Anforderung auf einer einseitigen Ausrichtung an den Funktionalitäten der Luca-App beruht hätte. Insoweit handelt es sich bei SORMAS um eine Open-Source-Software.

26. Sollten öffentliche Auftraggeber den Bauunternehmen die Mehrkosten für Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen im räumlichen Kontext zur Baustelle erstatten, die durch die Corona-Pandemie verursacht wurden?

97 Die Corona-Pandemie führt auch auf Seiten der Auftragnehmer zu Mehrkosten, etwa wegen getrennter Anfahrten zur Baustelle oder der pandemiebedingten Anpassung von Sozialbereichen. Der Bund legt deshalb für seinen Geschäftsbereich **§ 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B** dahingehend aus, „dass die den Auftragnehmer treffenden pandemiebedingten zusätzlichen Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen, die im räumlichen Zusammenhang zur Baustelle stehen, dem Bundesinteresse nach Sicherstellung eines ungestörten Bauablaufs dienen und damit kostenmäßig als Maßnahme im Sinne von § 4 Absatz 1 Nummer 1 VOB/B anzusehen sind.“¹⁶⁹

98 Zur Handhabung bei **künftigen** Ausschreibungen weist der Bund auf Folgendes hin:¹⁷⁰

„Bei Bauverträgen, die aufgrund zukünftig eingeleiteter Vergabeverfahren abgeschlossen werden, sind auf Nachweis die tatsächlich erforderlichen Kosten für die in dem neuen Formblatt „COVID-19 bedingte Mehrkosten“ [...] abschließend aufgezählten Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen zu erstatten. Kosten werden nur erstattet, soweit sie sich im marktüblichen Rahmen halten. Die Bieter sollen daher zusätzliche Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen nicht über die BGK einkalkulieren bzw. Pauschalpreise ohne diese Mehrkosten kalkulieren. Die Kosten der zusätzlichen Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen werden gemäß Vorstehendem bewusst nicht dem Wettbewerb unterstellt. Diese Vorgehensweise stellt die Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe sicher. Sie verhindert, dass Unternehmen Kosten für Zeiträume einkalkulieren, die nur durch die Vertragslaufzeit, nicht aber durch den tatsächlichen Bedarf begrenzt sind, oder Kosten über Risikozuschläge einkalkulieren, um befürchtete weitere Infektionswellen abzufedern. Dadurch würden dem Auftraggeber über die BGK bei langfristig laufenden Bauverträgen auch über die tatsächliche Bedarfszeit hinaus Kosten für derartige Hygienemaßnahmen berechnet. Zur Erstattung der Mehrkosten ist den Ver-

gabeunterlagen das neue Formblatt „COVID-19 bedingte Mehrkosten“ [...] beizufügen. Dieses ist in die Aufforderung zur Angebotsabgabe und das Formblatt „Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen“ aufzunehmen. Der Nachweis erfolgt vorzugsweise durch Vorlage von Rechnungen. Zur Erläuterung der Kausalität zwischen Mehrkosten und COVID-19-Pandemie und des Bezugs der entstandenen Mehrkosten zur konkreten Baustelle genügt im Zweifel eine Eigenerklärung des Auftragnehmers. Eine Plausibilitätsprüfung, z.B. anhand von Bautagebüchern oder Bautagesberichten zu den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern, sollte erfolgen. Die in Rechnung gestellten Hygieneartikel sind in jedem Fall auf der Baustelle zu verwenden. Dem Auftragnehmer sind auch die Kosten zu erstatten, die ein Nachunternehmen unter denselben Voraussetzungen gegen ihn geltend macht. In Abgrenzung zum Erlass BW II vom 7. April 2020 gilt dieser Erlass für sämtliche Auftragnehmer, wohingegen der vorgenannte Erlass sich auf die dem gemäß § 4 BaustellV vom Bauherren beauftragten Sicherheits- und Gesundheitskoordinator entstehenden Zusatzkosten beschränkt.“

Das neue Formblatt „COVID-19 bedingte Mehrkosten“ ist im Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB Bund) unter der **Formblattnummer 217** zu finden. Es listet u.a. unmittelbare persönliche Hygienemaßnahmen (z.B. lokale Desinfektionsvorrichtungen) und hygieneunterstützende Maßnahmen (bspw. Hinweis- und Warntafeln) auf, die auf Nachweis erstattet werden.

Der **Freistaat Bayern** verfährt für seine Landesbaumaßnahmen entsprechend den Bundeshinweisen zum Umgang mit COVID-19 bedingten Mehrkosten im Zusammenhang mit Baustellen.¹⁷¹ In diesem Zusammenhang wurde ebenfalls ein neues Formblatt 217 VHB Bayern („COVID-19 bedingte Mehrkosten“) erstellt.

169 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Erlass v. 17.6.2020 – 70406/21#1, Seiten 1 f.

170 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Erlass v. 17.6.2020 – 70406/21#1, Seiten 2 f.

171 Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr, Rundschreiben v. 1.7.2020 – Z5-40016-5, Seiten 1 ff.

27. Kann im Rahmen eines europaweit bekanntgemachten Verhandlungsverfahrens auf Verhandlungen mit den Bietern wegen der Corona-Pandemie verzichtet werden?

¹⁰¹ Grundsätzlich **nein**. Bei einem Verhandlungsverfahren dürfen Unternehmen generell auf die Durchführung von Verhandlungen ihrer eingereichten Angebote und auf die Möglichkeit zu deren (bspw. pandemiebedingten) Überarbeitung zwecks endgültiger Angebotsabgabe vertrauen. Die COVID-19-Pandemie ändert hieran regelmäßig nichts, zumal Verhandlungsgespräche z.B. auch mittels Videokonferenzen durchgeführt werden können (vgl. Rdnr. 22). Gleichwohl sollten öffentliche Auftraggeber die

vergaberechtliche Möglichkeit¹⁷² nutzen, sich in der Auftragsbekanntmachung ausdrücklich vorzubehalten, den Auftrag bereits auf der Grundlage der Erstangebote zu vergeben, ohne in Verhandlungen mit den Bietern einzutreten. Dadurch kann auch im Hinblick auf die Corona-Pandemie eine Verfahrensflexibilität erzielt werden.

172 § 17 Abs. 11 VgV.

28. Können die Teilnahme- und Angebotsabgabefristen für öffentliche Aufträge ab Erreichen der EU-Schwellenwerte verkürzt werden?

¹⁰² Angesichts der drohenden konjunkturellen Lage geht der Freistaat Bayern¹⁷³ von der **Dringlichkeit** investiver Maßnahmen der öffentlichen Hand aus. „Daher kann bei der Berechnung von Teilnahme- und Angebotsfristen für die jeweiligen Vergabeverfahren in der Regel von den Verkürzungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden, die das Vergaberecht bei hinreichend begründeter Dringlichkeit vorsieht. Die Fristen müssen im Einzelfall ausreichend

bemessen sein“ (vgl. auch Rdnr. 5). „Bei der auf den Einzelfall bezogenen Bewertung ist vorübergehend ein weniger strenger Maßstab an die Begründung der Dringlichkeit anzulegen. In die Vergabevermerke ist ein Hinweis auf die Dringlichkeit und die Auskömmlichkeit der festgesetzten Fristen aufzunehmen.“

173 Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Rundschreiben v. 24.11.2020 – Az.: B3-1512-30-106, Seite 3.

29. Sollten öffentliche Auftraggeber Reinigungsdienstleistern die Mehrkosten für Hygiene- und Gesundheitschutzmaßnahmen erstatten, die durch die Corona-Pandemie verursacht werden?

103 Die Auswirkungen der Corona-Pandemie wirken sich auch im Rahmen von öffentlichen Reinigungsdienstleistungsaufträgen aus. Da das Reinigungsgewerbe als systemrelevant gilt, legt der Bund deshalb für seinen Geschäftsbereich **§ 2 VOL/B** dahingehend aus, dass bei bestehenden Verträgen, „die den Auftragnehmer zusätzlich treffenden pandemiebedingten Hygiene- und Gesundheitsschutzmaßnahmen, die im unmittelbaren Zusammenhang einer vertragsgemäßen Erfüllung stehen, [...] regelmäßig kostenmäßig nach § 2 Nr. 3 VOL/B“ zu bewerten. „Die hieraus folgende kostenmäßige Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers trägt gleichzeitig dem Allgemeininteresse an einem ungestörten Fortgang der Reinigungsdienstleistungen öffentlicher Einrichtungen Rechnung.“¹⁷⁴

104 Zur Handhabung **zukünftiger** Vergabeverfahren weist der Bund auf Folgendes hin:¹⁷⁵
„Die kalkulatorische Berücksichtigung pandemiebedingter Kosten im Rahmen der Angebote sollte grundsätzlich über eine Vorgabe in den Vergabeunterlagen erfolgen. Nur wenn pandemiebedingte Mehrkosten nicht laut Vergabeunterlagen in den Angeboten zu kalkulieren sind, dürfen diese Kosten aus dem Preiswettbewerb des Vergabeverfahrens ausgenommen werden. Die auf Nachweis tatsächlich erforderlichen pandemiebedingten Kosten können dann entsprechend dem beigefügten Formblatt (s. Anlage) durch den öffentlichen Auftraggeber erstattet werden. Das Formblatt ist den Vergabeunterlagen beizufügen. Die Kosten müssen angemessen sein. Auf die Geltung der Verordnung

Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, insbesondere auf die Kalkulationsvorschriften, die Leitsätze für die Ermittlung von Preisen aufgrund von Selbstkosten (LSP), wird hingewiesen. Der auftragsbezogene Nachweis soll durch die Vorlage von Rechnungen erfolgen. Zur Erläuterung der Kausalität zwischen auftragsbezogenen Mehrkosten und der COVID-19-Pandemie ist im Zweifel eine Eigenerklärung des Auftragnehmers ausreichend. Die Vorgehensweise gilt auch in Bezug auf Kosten, die ein Nachunternehmer gegenüber dem Auftragnehmer geltend macht.“

Wenn ein Reinigungsdienstleister **Überbrückungshilfen** zur Bewältigung der Corona-Pandemie erhalten oder beantragt hat, „kommt eine vertragliche Erstattung der pandemiebedingten Kosten nach den o.a. Erläuterungen nur in Betracht, soweit keine Doppelkompensation stattfindet. Einen diesbezüglichen Nachweis erbringt das Unternehmen durch eine Eigenerklärung nach bestem Wissen und Gewissen.“¹⁷⁶ 105

174 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. 4.11.2020 – Az.: IB6-20609/014, Seite 2.

175 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. 4.11.2020 – Az.: IB6-20609/014, Seiten 2 f.

176 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben v. 4.11.2020 – Az.: IB6-20609/014, Seiten 3 f.

30. Bestehen vergaberelevante Bedingungen und Auflagen in Corona-Zuwendungsbescheiden?

¹⁰⁶ In **Nordrhein-Westfalen** sieht Nr. 3 „Vergabe von Aufträgen“ der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung im Zusammenhang mit der Bewältigung der Corona-Krise (ANBest-P-Corona)¹⁷⁷ vor:

„3.1 Beträgt die Zuwendung oder bei Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100 000 Euro muss für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge kein Vergabeverfahren durchgeführt werden. Aufträge sind nur nach wettbewerblichen Gesichtspunkten zu wirtschaftlichen Bedingungen zu vergeben. Soweit möglich, sind dazu mindestens drei Angebote einzuholen. Verfahren und Ergebnisse sind zu dokumentieren. Für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 5 000 Euro ohne Umsatzsteuer kann auf allgemein, zum Beispiel im Internet, zugängliche Angebote zurückgegriffen werden. Zum Nachweis der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Direktauftrags ist zumindest die Ermittlung von Vergleichspreisen zu erfassen (formlose Preisermittlung). Ist dies nicht möglich oder unzweckmäßig, ist die Wirtschaftlichkeit der Beschaffungsmaßnahme in anderer geeigneter Weise darzulegen.“

3.2 Gelten für die Zuwendungsempfängerin oder den Zuwendungsempfänger (Hochschule, Forschungseinrichtung, sonstige Einrichtung) spezielle vergaberechtliche Vorgaben, so sind bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks die nach dem jeweiligen speziellen Vergaberecht anzuwendenden Vergabegrundsätze in der zum Zeitpunkt der Vergabe gültigen Fassung zu beachten.

3.3 Verpflichtungen der Zuwendungsempfängerin oder des Zuwendungsempfängers als Auftraggeber/-in gemäß Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die verpflichtende Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVGG NRW) bleiben unberührt.“

177 Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen, Runderlass v. 1.1.2021 – Az.: I C 2 - 0044-1.1.7, Ziffer 5.2. i.V.m. Nr. 3 ANBest-P-Corona.

Die vorstehenden Antworten zu häufig gestellten Fragen stellen nur eine zusammenfassende, cursorische, nicht abschließende und unverbindliche Darstellung der möglichen vergaberechtlichen Auswirkungen und Bewertungen dar. Sie können keine Beratung im Einzelfall ersetzen.

Sofern eine individuelle Beratung zu vergaberechtlichen Auswirkungen, Bewertungen und Risiken gewünscht wird, hilft unser Vergabeteam jederzeit gerne weiter.

Kontakt:

Holger Schröder,
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Vergaberecht

0911 9193 3556
holger.schroeder@roedl.com