

STÄDTE- UND GEMEINDEBUND SACHSEN-ANHALT



SGSA, Postfach 4009, 39015 Magdeburg

Per E-Mail an

1. **kreisfreien Städte**
2. **hauptamtlich geführten Städte und Gemeinden**
3. **Verbandsgemeinden**
4. **Zweckverbände**

im Städte und Gemeindebund Sachsen-Anhalt

Städte- und Gemeindebund
Sachsen-Anhalt (SGSA)
- Landesgeschäftsstelle -
Sternstraße 3, 39104 Magdeburg

Telefon: 0391 5924-300
Telefax: 0391 5924-444

E-Mail: post@sgsa.info
Internet: www.kommunales-sachsen-anhalt.de

Stadtparkasse Magdeburg
IBAN: DE56 8105 3272 0036 0029 00
BIC/SWIFT: NOLADE21MDG

Auskunft erteilt: **Frau Thurmann**
Durchwahl: 0391 5924-390

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

Datum

60-30-44/Th

27.03.2020

Möglichkeiten für schnelle Vergaben für öffentliche Auftraggeber in der Corona-Pandemie

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Corona-Pandemie berührt mit den oft nötigen schnellen und einfachen Beschaffungen auch das Vergaberecht. Ziel muss sein, die Handlungsfähigkeit der Kommunen zu gewährleisten und kurzfristige und effiziente Beschaffungen, speziell zur Verhinderung der weiteren Ausbreitung der Corona-Pandemie, durchzuführen. Im Folgenden werden vergaberechtliche Möglichkeiten, die die Städte, Gemeinden und Verbandsgemeinden insbesondere für schnelle Vergaben nutzen können, aufgezeigt.¹

1. Neu eingeleitete Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwelle

Für öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte (Liefer- und Dienstleistungen: 214.000 Euro sowie Bauleistungen: 5.350.000 Euro, jeweils ohne Umsatzsteuer) gelten Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die dazu erlassenen Rechtsverordnungen. Diese Regeln sehen mehrere Möglichkeiten zur Beschleunigung von Vergabeverfahren vor, die gerade bei Gefahren- und Dringlichkeitslagen anwendbar sind. In der aktuellen Situation der Ausbreitung des Corona-Virus können Leistungen sehr schnell speziell über das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 119 Abs. 5 GWB i. V. m. §§ 14 Abs. 4, 17 Vergabeverordnung (VgV) sowie nach §§ 3 Nr. 3, 3 a Abs. 3 Nr. 4 EU VOB/A beschafft werden:

Das Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb kann nach §§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, 3a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A angewandt werden, wenn

¹ Die Ziffern 1. bis 3. basieren zum Teil auf einem Rundschreiben des BMWi vom 19. März 2020 (Az.: 20601/000#003), über das wir mit E-Mail-Rundschreiben vom 23.03.2020 informiert hatten. Dieses bezieht aber „nur“ Liefer- und Dienstleistungen, nicht aber Bauvergaben ein.

1. ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt,
2. es äußerst dringliche und zwingende Gründe gibt, die die Einhaltung der in den anderen Verfahren vorgegebenen Fristen nicht zulassen,
3. ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit besteht, die Fristen der anderen Vergabeverfahren einzuhalten.

Nach den Daten der WHO (Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report) ist insbesondere seit Ende Februar 2020 ein sprunghafter Anstieg der COVID-19-Infektionen außerhalb der Volksrepublik China zu verzeichnen. Dieser Anstieg führt zu einer sich täglich verstärkenden Belastung der Gesundheitssysteme auch in Deutschland. Aufgrund bestehender Gefährdungen fundamentaler Rechtsgüter (Leben und Gesundheit) müssen Aufträge schnell vergeben und ausgeführt werden. Zusätzlich wesentlich erschwert wird die Situation durch Marktverknappung und einem Mangel an verfügbaren Leistungen (Medizinisches Material etc.).

In dieser Lage sind – wie das BMWi in seinem Schreiben vom 19. März 2020 feststellt – die Voraussetzungen des §§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, aber auch des 3a Abs. 3 Nr. 4 EU VOB/A, für die Beschaffung von Leistungen in Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gegeben, wenn die Vergaben der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Pandemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dienen. Dies ist z. B. für die Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln, wie etwa Desinfektionsmittel, Einmalhandschuhe, Masken, Schutzkittel, Verbandsmaterialien, Tupfer, Bauchtücher und medizinisches Gerät wie etwa Beatmungsgeräte sowie für in diesen Krisenzeiten notwendige Leistungen (etwa mobiles IT-Gerät z. B. zur Einrichtung von Homeoffice-Arbeitsplätzen, Videokonferenztechnik und IT-Leitungskapazitäten), anzunehmen.

Aber auch bei der Vergabe von Planungs-sowie von Bauleistungen, wie der kurzfristig nötigen Errichtung von Notunterkünften oder dem Umbau von Messehallen für Patienten, sind die Voraussetzungen für äußerst dringliche Beschaffungen gegeben.

Angebote können im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb formlos und ohne die Beachtung konkreter Fristvorgaben eingeholt werden. Aufgrund seines besonderen Ausnahmeharakters sind damit beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach Würdigung aller Umstände auch sehr kurze Fristen (bis hin zu 0 Tagen) denkbar. Diese Auslegung deckt sich mit der der Europäischen Kommission und deren Mitteilung vom 9.9.2015 zu den Möglichkeiten beschleunigter Vergaben in der Flüchtlingskrise [COM(2015)].

Zwar empfiehlt sich i. S. einer wirtschaftlichen Verwendung von Haushaltsmitteln nach Möglichkeit, mehrere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern. Die aktuellen Umstände erlauben es aber auch, nur ein Unternehmen direkt anzusprechen. §§ 51 Abs. 2 VgV, 3 b Abs. 3 Nr. 3 EU VOB/A, die für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die Ansprache von mindestens drei Unternehmen vorsehen, sind insoweit nicht anwendbar. So ist eine direkte Ansprache nur eines Unternehmens auch nach Mitteilung der EU-Kommission (s. oben) dann möglich, wenn nur ein Unternehmen Aufträge unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen erfüllen kann. Diese Form der Verhandlungsvergabe entspricht faktisch einer Direktvergabe.

2. Neu eingeleitet Vergabefahren unterhalb der EU-Schwelle

Bei öffentlichen Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte empfiehlt sich für schnelle Beschaffungen bei Dringlichkeit und Notfall („Besondere Dringlichkeit“) die Verhandlungs-

vergabe bei Liefer- und Dienstleistungen oder die Freihändige Vergabe bei Bauleistungen, jeweils ohne Teilnahmewettbewerb (§§ 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO und §§ 3 Nr. 3 und 3 a Abs. 3 Nr. 2 VOB/A).

Bei einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb und einer Freihändigen Vergabe soll die Kommune zwar grundsätzlich mehrere (mindestens drei Unternehmen) zur Angebotsabgabe auffordern.

Wenn aber eine Leistung im Falle von Umständen, die die Kommune nicht voraussehen konnte, besonders dringlich ist und die Gründe für die besondere Dringlichkeit nicht dem Verhalten der Kommune zuzurechnen ist, kann auch nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden (§ 12 Abs. 3 UVgO). Diese Voraussetzungen sind bei den Beschaffungen, die zur Eindämmung und Bewältigung der Corona-Epidemie kurzfristig erforderlich sind, regelmäßig gegeben.

3. Erleichterte Regelungen des Landes für Kommunen sinnvoll

Eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb kann weiter ohne Beachtung bestimmter Zulassungsvoraussetzungen angewandt werden, wenn dies durch die Ausführungsbestimmungen eines Bundes- oder Landesministeriums bis zu einem bestimmten Höchstwert zugelassen ist (s. § 8 Abs. 4 Nr. 17 UVgO). Die Wertgrenze kann durch das Land für Kommunen auch bis zur Höhe der EU-Schwellenwerte festgelegt werden.

Dem Land steht es beim Haushaltsrecht im Bereich des Unterschwellenvergaberechts (UVgO, VOB/A, 1. Abschnitt) auch frei, die Anwendung dieser Normen insgesamt auszusetzen. Dann bleiben die Beachtung des Haushaltsrechts, des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzips und die Beachtung der EU-Primärrechts-Grundsätze „Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung“. Auch können Länder im Unterschwellenbereich das Vergaberecht ändern und erleichterte Regeln für Kommunen einführt werden.

So hat die Landesregierung Rheinland-Pfalz den Kommunen im Land mit Schreiben vom 20. März 2020 im Unterschwellenbereich erlaubt, Liefer-, Dienst- und Bauleistungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Eindämmung der Corona-Pandemie beitragen, bei Beachtung der Haushaltsgrundsätze Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne ein förmliches Vergabeverfahren zu beschaffen (Direktauftrag).

Sinnvoll wäre es weiter, dass das Land Abweichungen von der zumindest bei der Zulassung schriftlicher VOB/A-Angebote von den Kommunen zu gewährleistenden Möglichkeit für die Bieter, dass diese im Eröffnungstermin (Submission) physisch anwesend sein dürfen (s. § 14 a Abs. 1 S. 1 VOB/A) zulassen. Solange das nicht erfolgt ist, sollten Kommunen die Bieter bitten, auf ihre ja freiwillige Teilnahme am Submissionstermin zu verzichten und sie anderweitig zu informieren. Kommunen sollten für die Zukunft – wie im Bereich der UVgO ja geregelt – selbst diese „Probleme“ dadurch vermeiden, dass sie rein digitale Vergaben durchführen. Ein Submissionstermin mit Sicherheitsabstand und Schranke zum Bieter wäre zwar heute möglich, aber die schlechtere Lösung. Auch bei der nach §§ 14 Abs. 1 S. 1 VOB/A, 40 Abs. 2 UVgO vorgegebenen Beteiligung von „mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin“ bei der Öffnung der Angebote sollten Kommunen digitale Möglichkeiten nutzen bzw. nötige Sicherheitsvorkehrungen einhalten.

Ob das Land Sachsen-Anhalt entsprechende Erleichterungen festlegt, ist aktuell noch nicht bekannt.

4. Ausweitung bestehender Verträge ohne Vergabeverfahren

Nach § 132 Abs. 2 GWB können bereits bestehende Verträge im Einvernehmen der Vertragsparteien verlängert und ausgeweitet werden, ohne dass hierfür ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Zur Bewältigung kurzfristiger Beschaffungsbedarfe kommt insbesondere eine Vertragsänderung, -verlängerung und/oder -ausweitung nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB in Betracht. Über § 47 Abs. 1 UVgO gilt diese Vorschrift auch für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte. Als gesetzliche Norm ist § 132 GWB auch auf die VOB/A, 1. Abschnitt anwendbar.

Es müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Änderung/Ausweitung ist erforderlich aufgrund des Vorliegens von Umständen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten nicht vorhersehen konnte.
2. Keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags aufgrund der Vertragsänderung, -verlängerung und/oder Vertragsausweitung.
3. Der Preis darf nicht um mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden.

Die erste Voraussetzung ist angesichts der aktuellen Sachlage zur Entwicklung der Corona-Pandemie gegeben: Weder die dynamische Entwicklung der Ausbreitung des COVID-19-Erregers noch die daraus resultierenden konkreten Bedarfe konnten in ihrem Umfang und der Kurzfristigkeit ihrer Erforderlichkeit auch bei Beachtung aller Sorgfaltspflichten vorhergesehen werden.

Der Gesamtcharakter (zweite Voraussetzung) des Vertrags würde dann geändert, wenn z. B. anstelle einer Lieferleistung eine Dienstleistung eingekauft würde. Keine Änderung des Gesamtcharakters liegt z. B. vor, wenn lediglich die Liefermengender vereinbarten Leistung erhöht werden oder ein bestehender Liefervertrag über bestimmte medizinische Hilfsmittel um weitere Gegenstände ergänzt wird, die dem gleichen oder einem ähnlichen Zweck gelten.

5. Laufende Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist

Bei laufenden Vergabeverfahren bestehen angesichts z. T. geschlossener Rathäuser und Verwaltungen sowie von Personalausdünnungen und der Homeoffice-Regelungen Herausforderungen sowohl bei Kommunen als auch bei Bieterinnen wegen begrenzter Möglichkeiten zur umfassenden Arbeit sowie zur Kommunikation untereinander. Daher kann sich eine Verschiebung der Angebotsfrist empfehlen. Die Bewerber und Bieter sind hierüber von den Städten und Gemeinden zu informieren. Bei einer vorab erfolgten Auftragsbekanntmachung ist diese zu ändern. Soweit eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht möglich ist, ist auch eine Zulässigkeit einer Aufhebung (§§ 63 VgV, 48 UVgO, 17 (EU) VOB/A) und eine anschließende Vergabe im Verhandlungsverfahren, der Verhandlungsvergabe bzw. der Freihändigen Vergabe zu prüfen.

6. Laufende Vergabeverfahren vor Ablauf der Bindefrist

In laufenden Vergabeverfahren kann auch noch in der Wertungsphase infolge der Corona-Pandemie der Beschaffungsbedarf entfallen sein oder sich zumindest erheblich verändern. Auch dann ist eine Aufhebung des Vergabeverfahrens zu prüfen. Ebenso kann es Sinn machen, den von der Kommunen festgesetzten Leistungsbeginn deutlich zu verschieben.

Besteht der Beschaffungsbedarf aber fort, kann sich sowohl bei den Eignungskriterien und der Eignungsprüfung als auch bei den Zuschlagskriterien und der Wertung der Angebote bedingt durch die Corona-Pandemie auch das jeweilige Anforderungsprofil an die Unternehmen und damit der jeweilige Prüfungsmaßstab verlagern. Auch können zusätzliche Prüfungen und neue Gewichtungen nötig werden. Hier bietet sich eine Rückversetzung des Verfahrens durch die Kommune mit einer ggf. neuen Gewichtung sowohl bei den Eignungs- als auch bei den Zuschlagskriterien an.

7. Beteiligung der Vertretung

In Städten, Gemeinden und Verbandsgemeinden kann zudem großer Zeitdruck dadurch entstehen, dass vor der Zuschlagserteilung und dem Vertragsschluss mit dem Unternehmen noch eine Beschlussfassung durch zuständige Gremien, speziell einem wie immer bezeichneten „Vergabeausschuss“ oder dem Gemeinderat eingeholt werden muss, deren Sitzungen aber „Corona-bedingt“ verschoben werden müssen.

In diesem Zusammenhang verweisen wir auf den RdErl. des MI vom 23.03.2020 zu Sitzungen unter Berücksichtigung der Pandemielage und einem vereinfachten schriftlichen Beschlussverfahren (s. E-Mail-Rundschreiben vom 23.03.2020).

8. Entfall der Informationspflicht gemäß § 134 Abs. 3 GWB

Liegt ein Vergabebeschluss der Kommune vor und steht bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte nur noch die durch die öffentlichen Auftraggeber zwingend erforderliche Information der Bieter nach § 134 Abs. 1 und 2 GWB mit der grundsätzlichen Informationspflicht sowie der Wartepflicht von 10 Kalendertagen vor dem Vertragsschluss aus, kommt für Städte und Gemeinden die Anwendung des § 134 Abs. 3 GWB in Betracht. Danach kann diese Informations- und Wartepflicht im Ausnahmefall wegen „besonderer Dringlichkeit“ entfallen. Da es sich jedoch um eine Ausnahmeregelung handelt und eine unzulässig unterbliebene Information weitreichende Rechtsfolgen bis zur Unwirksamkeit des Vertrages (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB) zur Folge und Schadenersatzansprüche auslösen kann, sollten Kommunen von dieser Möglichkeit nur bei „besonderer Dringlichkeit“ Gebrauch machen.

9. Verlängerte Nachprüfungsverfahren: § 132 GWB nutzen

Das im Nachprüfungsverfahren für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte geltende Beschleunigungsgebot ist gerade in Corona-Zeiten kaum einhaltbar. Schon in normalen Zeiten“ haben Vergabekammern nicht selten von der Verlängerungsmöglichkeit Gebrauch gemacht: Während der Corona-Pandemie ist zu vermuten, dass die Vergabekammern die 5-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB oft nicht einhalten können und von der Verlängerungsmöglichkeit des § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB Gebrauch machen. Für das Verfahren der Sofortigen Beschwerde gilt die Notfrist des § 172 Abs. 1 Satz 1 GWB von zwei Wochen.

Die zu erwartende längere Dauer von Nachprüfungsverfahren wird vermutlich Übergangslösungen erforderlich machen. Eine Folge können für Kommunen die vergaberechtsfreie Durchführung von Vertragsverlängerungen mit dem „alten Auftragnehmer“ gem. § 132 GWB oder Interimsvergaben (Freihändige Vergaben, Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb) sein.

10. Empfehlung: Vergabeverfahren früh vorbereiten

Bei notwendigen und längerfristig geplanten Ausschreibungen sollte während der Corona-Pandemie soweit wie es möglich ist, der Start der Vorbereitungen und auch einer Bekanntmachung vorgezogen werden. Gerade weil die Dauer der Pandemie aktuell nicht absehbar ist, kommen Kommunen sonst oft in Zeitnot. Auch müssen Städte, Gemeinden und Verbandsgemeinden gerade in der aktuellen Situation damit rechnen, dass Verfahren wegen Personalausfällen etc. deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen. Eine vorausschauende Vorbereitung dieser Verfahren ist daher schon heute sinnvoll und empfehlenswert.

Mit freundlichen Grüßen



Heiko Liebenehm
Erster Beigeordneter