



Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur • Postfach 20 01 00, 53170 Bonn

- Übersendung nur per E-Mail -

GDWS, Am Propsthof 51, Bonn
Bundesanstalt für Wasserbau, Karlsruhe
Bundesanstalt für Gewässerkunde, Koblenz
Eisenbahn-Bundesamt, Bonn
Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie,
Hamburg

nachrichtlich:

Bundeseisenbahnvermögen
Fachstelle der WSV für Verkehrstechniken
Bundesrechnungshof, Bonn
Freie und Hansestadt Hamburg, Behörde für
Wirtschaft, Verkehr und Innovation, Arbeit, Amt
I - Innovations- und Strukturpolitik, Mittelstand,
Hafen
Hamburg Port Authority
Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen der
Hansestadt Bremen (Ref. 04)
bremenports GmbH & Co. KG

Betreff: Corona-Pandemie
- Vergaberechtliche Fragen

Aktenzeichen: WS 15/5256.11/0
Bezug: Erlass vom 25.03.2020 - WS 15/5256.11/0
Datum: Bonn, 30.03.2020
Seite 1 von 2

Den anliegenden, innerhalb der Bundesregierung abgestimmten Erlass des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat übersende ich mit der Bitte um Kenntnisnahme und entsprechende Anwendung bei der Abwicklung der Baumaßnahmen im Bereich der Bundeswasserstraßen. Im Interesse einer einheitlichen Handhabung empfehle

HAUSANSCHRIFT

Robert-Schuman-Platz 1
53175 Bonn

POSTANSCHRIFT

Postfach 20 01 00
53170 Bonn

TEL +49 (0)228 99-300-4251

FAX +49 (0)228 99-300-8074251

Ref-WS15@bmvi.bund.de

www.bmvi.de





Seite 2 von 2

ich, auch bei den in Ihrem Zuständigkeitsbereich durchzuführenden Baumaßnahmen danach zu verfahren.

Die im Erlass des BMI erwähnten Hinweise sind hier in einer bereits für den Wasserstraßenbau angepassten Version (Formblatt 450-B) beigelegt und in dieser Fassung den Vergabeunterlagen beizufügen.

Im Auftrag
Martina Rosenfelder

Dieses Dokument wurde elektronisch versandt und ist nur im Entwurf gezeichnet.

Anlagen: BMI-Erlass vom 27.03.2020
BMVI-Hinweise (Formblatt 450-B)



Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, 11014 Berlin

Nur per E-Mail
Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung
Fachaufsicht führende Ebenen in den Ländern

MinDir'n Christine Hammann
Abteilungsleiterin BW

HAUSANSCHRIFT
Krausenstraße 17-18
10117 Berlin

POSTANSCHRIFT
11014 Berlin

TEL +49 30 18 681-16878
FAX +49 30 18 681-516878

BWI7@bmi.bund.de
www.bmi.bund.de

Betreff: COVID-19-Pandemie
hier: Vergaberechtliche Fragen

Bezug: Erlass BW I 7 70406/21#1 vom 23.03.2020
Aktenzeichen: BW I 7 - 70406/21#1

Berlin, 27. März 2020

Seite 1 von 4

Anlage: Rundschreiben BMWi vom 19.03.2020
Hinweisblatt für den Umgang mit Bauablaufstörungen

In Ergänzung der zu Fragen des Bauvertragsrechts ergangenen Regelungen (Bezugserlass) gebe ich zum Umgang mit den durch die COVID-19-Pandemie auftretenden vergaberechtlichen Fragen die folgenden Hinweise:

I

Ausschreibungsreife Gewerke sind weiterhin zu vergeben.

Planungen sind fortzusetzen und weitere Bauvorhaben zur Ausschreibung zu führen.

II

Rückgriff auf Verhandlungsverfahren und freihändige Vergaben aufgrund besonderer Dringlichkeit

Die im Rundschreiben des BMWi vom 19.03.2020 (Anlage) gegebenen Hinweise gelten für Bauaufträge, die der Eindämmung der COVID-19-Pandemie dienen, analog. Hierfür kommen z.B. in Betracht:

- kurzfristige Schaffung zusätzlicher Kapazitäten im Krankenhausbereich,
- Umbauten und Ausstattung zur Erhöhung der Anzahl von Videokonferenzräumen,
- Einbau von Trennwänden zur Separierung mehrfach belegter Büros.

Die Aufzählung ist ausdrücklich nicht abschließend, entscheidend ist jedoch, dass die Bauaufträge der Eindämmung der Pandemie dienen.

Bei Baumaßnahmen, die nicht der Eindämmung der COVID-19-Pandemie dienen, ist das Rundschreiben des BMWi nicht anzuwenden.

III

Hinweis auf Umgang mit Bauablaufstörungen

Für neu abzuschließende Verträge ist den Ausschreibungsunterlagen das beigefügte Hinweisblatt zum Umgang mit Bauablaufstörungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beizufügen. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist das Hinweisblatt im Anlagenverzeichnis unter Buchstabe A) aufzunehmen.

Damit wird klargestellt, dass die Folgen der COVID-19-Pandemie für den einzelnen Bauvertrag weiterhin unvorhersehbar sind, der Tatbestand der höheren Gewalt also auch bei Neuverträgen ausgelöst werden kann. Neu abzuschließende Verträge sind insoweit also in gleicher Weise zu behandeln wie Bestandsverträge.

IV

Vorlage aktueller Bescheinigungen

Können Unternehmen trotz rechtzeitiger Beantragung von Dritten ausgestellte aktuelle Bescheinigungen (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigungen) nicht rechtzeitig beibringen, weil sich die Ausstellung infolge der COVID-19-Pandemie verzögert, ist an Stelle der Bescheinigung eine Eigenerklärung darüber, dass die Voraussetzungen für

die Erteilung weiterhin bestehen, zuzulassen, wenn alle der folgenden Voraussetzungen gegeben sind:

- Eine kürzlich abgelaufene Bescheinigung kann vorgelegt werden.
- Es bestehen keine begründeten Zweifel, dass das Unternehmen auch nach Ablauf der Gültigkeit seinen für die Ausstellung der Bescheinigung erforderlichen Verpflichtungen nachgekommen ist.
- Der Antrag zur Ausstellung der geforderten Bescheinigungen ist der Eigenerklärung beizufügen. Die Antragseinreichung ist entbehrlich, wenn die ausgebende Stelle offenkundig ihre Tätigkeit vorübergehend eingestellt hat.

Für die Fortführung der Präqualifizierung von Unternehmen, die wegen der COVID-19-Pandemie die Nachweise gemäß Nummern 7, 8, 11 und 12 der Anlage 1 zur Leitlinie des BMI vom 19. August 2020 nicht rechtzeitig vorlegen können, wird die Leitlinie vorübergehend ergänzt, die Ergänzung im Bundesanzeiger bekannt gemacht und der PQ-Verein über die Ergänzung der Leitlinie informiert.

V

Angebots-/Vertragsfristen

Soweit die Terminsituation der Baumaßnahme es zulässt sind zur Erhaltung des Wettbewerbes in den Vergabeunterlagen die Angebotsfristen und ggf. die Vertragsfristen (z.B. Beginn der Baumaßnahme) der aktuellen Situation angepasst zu bemessen und ist bei Eingang von darauf gerichteten Anträgen der Unternehmen der Fristablauf für alle Unternehmen in gleichem Maße möglichst zu verschieben. Gleiches gilt in Bezug auf Teilnahmeanträge und auf Gespräche in Verhandlungsverfahren.

VI

Eröffnungstermin entsprechend § 14a VOB/A

Kann wegen Zugangsbeschränkungen zu den Dienstgebäuden oder Kontaktverboten kein Eröffnungstermin stattfinden, ist zunächst zu prüfen, ob das Ausschreibungsverfahren ausschließlich elektronisch, also über die e-Vergabe-Plattform stattfinden kann.

Ist elektronische Vergabe nicht möglich, sind die Bieter über den Entfall des Eröffnungstermins zu informieren. In diesem Fall ist ein Öffnungstermin entsprechend

Berlin, 27.03.2020

Seite 4 von 4

§ 14 VOB/A durchzuführen, bei schriftlichen Angeboten ist zu prüfen, ob der Ver-
schluss unversehrt ist. In Ausschreibungsverfahren sind den Bietern die Angaben ge-
mäß § 14 Absatz 3 Buchstabe a bis d VOB/A unverzüglich im vereinbarten Kommu-
nikationsweg zur Verfügung zu stellen.

VII

Vertragsstrafen

In Anbetracht der durch die COVID-19-Pandemie hervorgerufenen Unsicherheiten
hinsichtlich der Bauabwicklung sind Vertragsstrafen nur im Ausnahmefall vorzuse-
hen.

VIII

Geltungsdauer

Die Regelungen gelten bis auf Weiteres.

Auch hier weise ich ausdrücklich darauf hin, dass der Erlass in Anpassung an die
sich dynamisch entwickelnde Situation ergänzt, ggf. auch geändert werden kann.

Im Auftrag

gez.

Hammann

Die mit Erlass des BMI BW I 7 – 70406/21#1 vom 23.03.2020 herausgegebenen Hinweise zur Handhabung von Bauablaufstörungen werden auf den abzuschließenden Vertrag entsprechend angewendet:

„II. 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 lit. 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.“

Anlage zum BMR-Erlass



per E-Mail:

Bundesressorts

Länder

Kommunale Spitzenverbände

Geschäftsbereichsbehörden des BMWi

Dr. Thomas Solbach

Ministerialrat

Referat IB6 - Öffentliche Aufträge,
Vergabeprüfstelle

TEL +49 30 18615 6297

E-MAIL buero-ib6@bmwi.bund.de

INTERNET www.bmwi.de

AZ 20601/000#003

DATUM Berlin, 19. März 2020

BETREFF **Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2**

ANLAGE **Mitteilung der Europäischen Kommission vom 9.9.2015 an das Europäische Parlament und den Rat zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik (COM(2015) 454 final)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Anzahl der Infektionen mit dem Coronavirus (SARS-CoV-2) – Covid-19-Infektionen – steigt deutschlandweit weiter an. Der weitere Verlauf der Epidemie ist derzeit nicht sicher prognostizierbar. Die zwischen der Bundesregierung und den Ländern am 16.03.2020 vereinbarten Leitlinien sehen ein umfassendes Maßnahmenpaket vor, das insbesondere darauf abzielt, die Ausbreitungsgeschwindigkeit zu verlangsamen. Damit diese Maßnahmen greifen, muss die öffentliche Verwaltung weiter handlungsfähig bleiben und insb. die Einsatzkräfte und Beschäftigten im Gesundheitsbereich auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene bestmöglich ausgerüstet werden.

Im Zusammenhang mit der Ausrüstung der öffentlichen Verwaltung stellen sich auch große Herausforderungen für die schnelle und effiziente Durchführung von

HAUSANSCHRIFT Scharnhorststraße 34 - 37
10115 Berlin

VERKEHRSANBINDUNG U6 Naturkundemuseum
S-Bahn Berlin Hauptbahnhof
Tram Invalidenpark

Vergabeverfahren zur Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Pandemie und zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung.

1. Öffentliche Aufträge ab Erreichen der EU-Schwellenwerte

Erreichen öffentliche Aufträge die EU-Schwellenwerte nach § 106 GWB (zurzeit für klassische Liefer- und Dienstleistungen 139.000 Euro bei obersten Bundesbehörden und 214.000 Euro für alle anderen Behörden) sind die vom EU-Vergaberecht geprägten Vorschriften des Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der hierauf erlassenen Rechtsverordnungen anwendbar.

Diese Regelungen sehen mehrere Möglichkeiten zur Beschleunigung und Vereinfachung von Vergabeverfahren vor, die in Gefahren- und Dringlichkeitslagen zur Anwendung kommen können.

In der aktuellen Situation der Ausbreitung des Coronavirus können Leistungen sehr schnell und verfahrenseffizient insbesondere über das **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** nach § 119 Abs. 5 GWB i.V.m. §§ 14 Abs. 4, 17 Vergabeverordnung (VgV) beschafft werden:

- Dieses Verfahren kann nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV angewandt werden, wenn
 - (1) ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt,
 - (2) äußerst dringliche und zwingende Gründe bestehen, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen,
 - (3) ein kausaler Zusammenhang zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit besteht, die Fristen anderer 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 VR China zu verzeichnen. Dieser in seiner Dynamik nicht erwartbare Anstieg führt zu einer sich täglich verstärkenden Belastung der Gesundheitssysteme gerade auch in der Europäischen Union, insbesondere auch in Deutschland. Diese Situation wird zunehmend zu äußerst

kurzfristigem Beschaffungsbedarf führen, bei dem aufgrund der bestehenden Gefährdungen fundamentaler Rechtsgüter (Leben und Gesundheit) Aufträge zügig vergeben und ausgeführt werden müssen. Zusätzlich wesentlich erschwert wird die Situation durch Marktverknappung und zunehmenden Mangel an verfügbaren Leistungen (primär bei medizinischem Material). In dieser Situation sind die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für den Einkauf von Leistungen über Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gegeben, die der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Epidemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dienen. Dies wird 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 sein; diese Aufzählung ist aber nicht abschließend.

- Im Bereich des Sektorenvergaberechts gelten die Ausführungen entsprechend auf der Grundlage des § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO.
- Für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge gilt im Hinblick auf die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb ebenfalls Entsprechendes. Rechtsgrundlage ist insoweit § 12 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) wegen dringlicher Gründe im Zusammenhang mit einer Krise (Unterbuchstabe aa) sowie wegen dringlicher, zwingender Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte (Unterbuchstabe bb).
- Angebote können im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb formlos und ohne die Beachtung konkreter Fristvorgaben eingeholt werden. § 17 Abs. 8 VgV, der eine Fristverkürzungsmöglichkeit von minimal 10 Tagen in Fällen hinreichend begründeter Dringlichkeit bei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorsieht, steht einer (noch) kürzeren Fristsetzung bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

nicht entgegen. Denn die Zulässigkeitsvoraussetzungen für letztgenanntes Verfahren implizieren bereits kürzere Fristsetzungen, da es nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV erst gar nicht angewandt werden darf, wenn die Leistung im Rahmen eines anderen Verfahrens unter Beachtung der regulären Fristen beschafft werden könnte. Dafür spricht auch, dass sich § 17 Abs. 8 VgV auf den Fall der hinreichend begründeten Dringlichkeit bezieht, nicht aber auf den Fall der äußerst dringlichen zwingenden Gründe, die § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nennt. Aufgrund seines besonderen Ausnahmecharakters sind damit beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach Würdigung der Gesamtumstände auch sehr kurze Fristen (bis hin zu 0 Tagen) denkbar.

Diese Auslegung deckt sich mit der der Europäischen Kommission (siehe insoweit die beigefügte Mitteilung der Kommission vom 9.9.2015, auf die sich die Kommission auch in aktuellen Erörterungen der rechtlichen Situation mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bezieht)¹.

- Zwar empfiehlt es sich im Sinne einer effizienten Verwendung von Haushaltsmitteln, nach Möglichkeit mehrere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern. Sollten es die Umstände – wie in der jetzigen Situation – aber erfordern, kann auch nur *ein* Unternehmen angesprochen werden. § 51 Abs. 2 VgV, der für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die Ansprache von mindestens drei Unternehmen vorsieht, ist in diesem Kontext nicht anwendbar. So ist die direkte Ansprache nur eines Unternehmens auch nach den Ausführungen der Europäischen Kommission (siehe Fn. 1) dann möglich, wenn nur ein Unternehmen in der Lage sein wird, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen.

¹ vgl. Anlage: Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 9.9.2015 zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik (COM(2015) 454 final)

2. Öffentliche Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

Bei öffentlichen Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte bietet sich für eine schnelle und effiziente Beschaffung in Dringlichkeits- und Notfallsituationen die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) an:

- Bei einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen unmittelbar zur Angebotsabgabe auf. Dabei sind angemessene Fristen zu setzen, die in Anbetracht der Gesamtumstände aber sehr kurz ausfallen können.
- Wenn eine Leistung im Falle von Umständen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, besonders dringlich ist und die Gründe für die besondere Dringlichkeit nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen ist, kann auch nur *ein* Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden (§ 12 Abs. 3 UVgO). Diese Voraussetzung dürfte im Fall von Beschaffungen, die zur Eindämmung und Bewältigung der Corona-Epidemie kurzfristig erforderlich sind, regelmäßig gegeben sein.
- Eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb kann darüber hinaus auch ohne Beachtung bestimmter Zulassungsvoraussetzungen angewandt werden, wenn dies durch Ausführungsbestimmungen eines Bundes- oder Landesministeriums bis zu einem bestimmten Höchstwert zugelassen ist. Diese Wertgrenze kann grds. auch bis zur Höhe der EU-Schwellenwerte festgelegt werden (zurzeit für Liefer- und Dienstleistungen 139.000 Euro bei obersten Bundesbehörden und 214.000 Euro für alle anderen Behörden).
- Den Ländern steht es darüber hinaus – als Ultima Ratio und unbeschadet anderweitiger haushaltsrechtlicher Vorgaben – auch grundsätzlich frei, etwa die Anwendung bestimmter Regeln der UVgO in bestimmten Bereichen insgesamt auszusetzen.

3. Ausweitung bestehender Verträge

- Nach § 132 Abs. 2 GWB besteht zudem die Möglichkeit, bereits bestehende Verträge im Einvernehmen der Vertragsparteien zu verlängern und wertmäßig auszuweiten, 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.
- Es müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:
 - (1) Änderung/Ausweitung 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 -ausweitung,
 - (3) der Preis darf nicht um mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden.
- Die Voraussetzung (1) 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 (Voraussetzung (2)) 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 Liefermengen der 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.

- Die Vertragsänderungen sind bei Verträgen, die nach Oberschwellen-Vergaberecht vergeben wurden, zu gegebener Zeit im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen (§ 132 Abs. 5 GWB).

Dieses Rundschreiben tritt mit sofortiger Wirkung in Kraft.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Thomas Solbach



Brüssel, den 9.9.2015
COM(2015) 454 final

**MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND
DEN RAT**

**zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der
aktuellen Flüchtlingsproblematik**

MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT

zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik

Der plötzlich stark angestiegene Zustrom von Asylsuchenden stellt die Europäische Union derzeit vor große Herausforderungen. Nicht zuletzt müssen die Mitgliedstaaten die unmittelbaren Bedürfnisse der Asylsuchenden (Wohnraum, Lieferungen von Waren und Dienstleistungen) angemessen und zügig sicherstellen.

Diese Mitteilung gibt öffentlichen Beschaffern, den öffentlichen Auftraggebern¹, einen Überblick über die Möglichkeiten, Infrastruktur (Wohnraum), Lieferungen von Waren und Dienstleistungen für den dringenden Bedarf schnell zu beschaffen.

Die europäischen Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe bieten mit der derzeit geltenden Richtlinie 2004/18/EG² (im Folgenden „Richtlinie“) sowie der neuen Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe³ alle erforderlichen Instrumente, mit denen diesen Bedürfnissen entsprochen werden kann. Diese neue Richtlinie muss bis zum 18. April 2016 umgesetzt werden und gilt zurzeit nur in den Mitgliedstaaten, in denen Maßnahmen zur Umsetzung bereits in Kraft getreten sind.

Diese Mitteilung bezieht sich auf die Richtlinie 2004/18/EG, doch die Besonderheiten der Richtlinie 2014/24/EU werden ebenfalls angegeben, sofern sie unter den aktuellen Umständen von Bedeutung sind.⁴

Mit dieser Mitteilung werden keine neuen Rechtsvorschriften geschaffen. Die Kommission legt vielmehr ihr Verständnis der Verträge, der Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen

¹ Der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

² Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114).

³ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65).

⁴ Dies betrifft vor allem die weitreichenden Änderungen der Vorschriften für Dienstleistungen (siehe Nummer 1.3) und die Einführung eines beschleunigten offenen Verfahrens (siehe Nummer 3).

Union (im Folgenden „Gerichtshof“) dar. Anzumerken ist, dass die bindende Auslegung des Unionsrechts in jedem Falle letztlich dem Gerichtshof vorbehalten bleibt.

1. GELTUNGSBEREICH DER VORSCHRIFTEN DER UNION FÜR DIE ÖFFENTLICHE AUFTRAGSVERGABE

1.1. Infrastruktur – Bauleistungen

Infrastruktur (d. h. Wohnraum) kann entweder durch das Anmieten vorhandener Gebäude, in denen keine umfangreichen Herrichtungsarbeiten (also Bauleistungen) erforderlich sind, durch den Bau neuer Gebäude oder durch die Renovierung vorhandener Gebäude verfügbar gemacht werden.

Das Anmieten **vorhandener Gebäude** unterliegt nicht den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe (vgl. Artikel 16 Buchstabe a der Richtlinie⁵). Sofern vorhanden, kann Wohnraum ohne öffentliche Vergabeverfahren zur Verfügung gestellt werden, indem vorhandene Gebäude auf dem Immobilienmarkt angemietet werden oder bestehende öffentliche Infrastruktur (Kasernen, Schulen, Sportstätten usw.) diesem Verwendungszweck zugeführt wird. Wenn Neubauten, Renovierungsmaßnahmen oder andere Herrichtungsarbeiten bei vorhandenen Gebäuden notwendig sind, gelten unter Umständen die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe.⁶

Die Richtlinie ist anwendbar, wenn der geschätzte Auftragswert des betreffenden Bau-, Renovierungs- oder Herrichtungsvorhabens den derzeit geltenden Schwellenwert von 5 168 000 EUR⁷ erreicht oder überschreitet. Dies gilt für jedes funktional unabhängige Vorhaben. Eine Stadt oder Gemeinde, die mehrere Wohnbauvorhaben plant, errechnet im Allgemeinen den Auftragswert jedes Vorhabens separat, um festzustellen, ob der Schwellenwert erreicht ist. Es ist jedoch nicht zulässig, ein einzelnes Bauvorhaben aufzuteilen, um es so der Anwendung der Richtlinie zu entziehen (Artikel 9 Absatz 3 der Richtlinie).

Unterhalb dieses Schwellenwertes gilt nationales Recht. Die Grundprinzipien des Unionsrechts in diesem Bereich – Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit sowie Gleichbehandlung und Transparenz – gelten jedoch, wenn ein bestimmtes Vorhaben von gewissem grenzüberschreitendem Interesse ist.⁸

⁵ Vgl. auch Artikel 10 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU.

⁶ Siehe Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie und Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU zur Definition eines öffentlichen Bauauftrags.

⁷ Alle zwei Jahre werden die Schwellenwerte und ihre Entsprechung in den Landeswährungen der Mitgliedstaaten, die nicht dem Euro-Währungsgebiet angehören, anhand eines rein mathematischen Verfahrens, das unmittelbar in den Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe selbst festgelegt ist, neu festgesetzt. Die nächste Neufestsetzung wird ab dem 1. Januar 2016 wirksam.

⁸ Ob eine bestimmte Beschaffung von „gewissem grenzüberschreitendem Interesse“ ist, muss von Fall zu Fall anhand verschiedener Kriterien entschieden werden (siehe die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge

1.2. Lieferungen von Waren

Die Ankunft zahlreicher Asylsuchender macht auch dringend benötigte Lieferungen von Waren erforderlich (z. B. Zelte, Container, Kleidung, Decken, Betten, Nahrungsmittel).

Die Richtlinie gilt bei allen **Lieferaufträgen**, die von einem öffentlichen Auftraggeber vergeben werden⁹, sofern der geschätzte Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert erreicht oder überschreitet; dieser liegt je nach Art des öffentlichen Auftraggebers¹⁰ entweder bei 134 000 EUR oder bei 207 000 EUR¹¹.

Unterhalb dieser Schwellenwerte gilt nationales Recht. Die oben im Hinblick auf Bauaufträge genannten Grundprinzipien des Unionsrechts gelten ebenso für Lieferungen von Waren.

1.3. Dienstleistungen

Außerdem müssen im Zusammenhang mit dem Zustrom der Asylsuchenden Dienstleistungsaufträge vergeben werden (z. B. Reinigungs-, Gesundheits-, Verpflegungs- und Sicherheitsdienste).

Die Vorschriften für Dienstleistungsaufträge werden mit der Richtlinie 2014/24/EU gegenüber der derzeit geltenden Richtlinie grundlegend geändert.

Der Richtlinie 2004/18/EG unterliegen Dienstleistungen nur dann vollständig, wenn sie in einer dort enthaltenen erschöpfenden Auflistung¹² aufgeführt sind. Im Hinblick auf Asylsuchende sind hier besonders Bustransporte und Reinigungsdienste relevant. Für alle sonstigen Dienstleistungen, die nicht in der erschöpfenden Auflistung enthalten sind, sind

gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. C 179 vom 1.8.2006, S. 2-7). Diese Auslegungsfragen wurden in der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union weiter vertieft (siehe beispielsweise Randnummer 46 des Urteils des Gerichtshofs vom 11. Dezember 2014 in der Rechtssache C-113/13 und die Urteile, auf die dort verwiesen wird).

⁹ In besonderen Fällen sind Ausnahmen möglich, die in der Richtlinie festgelegt sind.

¹⁰ Der niedrigere Schwellenwert gilt für Lieferaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden gemäß der Auflistung in Anhang IV der Richtlinie (z. B. Ministerien) vergeben werden; der höhere Schwellenwert gilt für Lieferaufträge sonstiger öffentlicher Auftraggeber, insbesondere von Gebietskörperschaften.

¹¹ Siehe Fußnote 7.

¹² Anhang II Teil A der Richtlinie: Instandhaltung und Reparatur; Landverkehr; Flugverkehr; Postbeförderung; Fernmeldewesen; finanzielle Dienstleistungen; Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten; Forschung und Entwicklung; Buchführung, -haltung und -prüfung; Markt- und Meinungsforschung; Unternehmensberatung; Architektur sowie technische Beratung und Planung; Werbung; Gebäudereinigung und Hausverwaltung; Verlegen und Drucken; Abfall und Abwasserbeseitigung (durch die jeweiligen CPV-Referenznummern genau angegeben).

gemäß der Richtlinie¹³ lediglich Transparenz ex post¹⁴ und die Anwendung der Bestimmungen zu technischen Spezifikationen erforderlich.

Dienstleistungsaufträge unterliegen der Richtlinie ab denselben Schwellenwerten wie Aufträge über die Lieferung von Waren. Außerdem gelten die Grundprinzipien des Unionsrechts für Dienstleistungsaufträge, die von „gewissem grenzüberschreitendem Interesse“ sind, genauso wie für Bauaufträge.¹⁵

Die Richtlinie 2014/24/EU ist im Prinzip vollständig bei allen Dienstleistungen anwendbar. Bei „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“¹⁶ gelten jedoch besondere Vorschriften für die Auftragsvergabe, die „Sonderregelung“¹⁷. Diese Sonderregelung könnte im Hinblick auf Dienstleistungen für Asylsuchende beispielsweise bei Verpflegungsdienstleistungen sowie bei Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens relevant sein. Bei einigen Dienstleistungen ist die Richtlinie 2014/24/EU überhaupt nicht anwendbar. Dies betrifft den Einsatz von Krankenwagen und andere Rettungsdienste unter bestimmten Voraussetzungen.¹⁸

Im Allgemeinen gelten nach der Richtlinie 2014/24/EU die gleichen Schwellenwerte wie nach der vorherigen Richtlinie.¹⁹ Für die Dienstleistungen, für die die „Sonderregelung“ gilt, ist der Schwellenwert auf 750 000 EUR²⁰ festgesetzt worden.

¹³ Im nicht erschöpfenden Teil B des Anhangs II der Richtlinie aufgeführt, dessen Kategorie „Sonstige Dienstleistungen“ alles nicht Aufgeführte abdeckt.

¹⁴ D. h. durch eine an das *Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union* zu übermittelnde Bekanntmachung zur Information oder Veröffentlichung, sobald der Auftrag vergeben worden ist.

¹⁵ Für die in Anhang II Teil A in der erschöpfenden Liste aufgeführten Dienstleistungen unterhalb des jeweiligen Schwellenwerts, für alle sonstigen Dienstleistungen sowohl über als auch unter den Schwellenwerten.

¹⁶ Artikel 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24/EU; diese Dienstleistungen sind in Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU in einer erschöpfenden Auflistung genannt: Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen; administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich; Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung; Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen; sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen; Dienstleistungen von religiösen Vereinigungen; Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe; Dienstleistungen im juristischen Bereich; sonstige Dienstleistungen der Verwaltung und für die öffentliche Verwaltung; kommunale Dienstleistungen; Dienstleistungen für Haftanstalten, Dienstleistungen im Bereich öffentliche Sicherheit und Rettungsdienste; Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten; internationale Dienstleistungen; Postdienste (durch die jeweiligen CPV-Referenznummern genau angegeben).

¹⁷ Erwägungsgrund 28 der Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁸ Artikel 10 Buchstabe h der Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁹ Der niedrigere Schwellenwert gilt für Dienstleistungsaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden; der höhere Schwellenwert gilt für Dienstleistungsaufträge sonstiger öffentlicher Auftraggeber, insbesondere regionaler und lokaler Behörden.

²⁰ Dieser Schwellenwert bleibt auch nach dem 1. Januar 2016 unverändert, da er im Gegensatz zu den anderen Schwellenwerten nicht neu festgesetzt wird.

Die Sonderregelung verpflichtet öffentliche Auftraggeber zu Bekanntmachungen auf EU-Ebene sowohl vor als auch nach der Auftragsvergabe und zur Einhaltung einiger grundlegender Verfahrensanforderungen (insbesondere Berücksichtigung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung). Die Verfahren für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen dieser Art unterliegen nationalem Recht. Die allgemeinen Prinzipien des Unionsrechts gelten bei diesen Dienstleistungen auch unterhalb des Schwellenwerts, sofern sie von gewissem grenzüberschreitendem Interesse²¹ sind.

2. WAHL DER VERFAHREN UND FRISTEN NACH DEN EU-VORSCHRIFTEN FÜR DIE ÖFFENTLICHE AUFTRAGSVERGABE

2.1. Allgemeine Bemerkungen

Aufträge, die in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, kann der öffentliche Auftraggeber im Wege eines **offenen** oder eines **nichtoffenen** Verfahrens vergeben (Artikel 28 der Richtlinie).²² Die Mindestfrist für die Einreichung der Angebote bei einem offenen Verfahren beträgt 52 Tage, kann aber auf 40 Tage verkürzt werden, wenn es elektronisch abgewickelt wird (Artikel 38 der Richtlinie). Bei einem nichtoffenen Verfahren betragen die allgemeinen Fristen 37 Tage für die Einreichung der Teilnahmeanträge und weitere 40 Tage für die Einreichung der Angebote, nachdem der öffentliche Auftraggeber die Teilnehmer ausgewählt hat, die ein Angebot abgeben dürfen (Artikel 38 Absatz 3 der Richtlinie; diese Fristen können auf 30 bzw. 35 Tage festgesetzt werden, wenn elektronische Mittel zum Einsatz kommen²³).

Bei offenen Verfahren, auf die die Richtlinie 2014/24/EU Anwendung findet, wird eine Frist von 35 Tagen für die Einreichung von Angeboten gelten.²⁴ Bei nichtoffenen Verfahren ist in der Richtlinie 2014/24/EU eine Frist von 30 Tagen für die Einreichung von Teilnahmeanträgen sowie eine anschließende zusätzliche Frist von 30 Tagen für die Vorlage der Angebote vorgesehen.²⁵ Sofern diese Möglichkeit in nationales Recht übernommen wurde, können die subzentralen öffentlichen Auftraggeber, beispielsweise regionale und lokale Behörden, die letztgenannte Frist mit den Teilnehmern vereinbaren; wird keine Einigung erzielt, kann eine Frist von mindestens 10 Tagen festgesetzt werden.²⁶

²¹ In den Erwägungsgründen 114 bis 117 der Richtlinie 2014/24/EU wird dieser Begriff im besonderen Kontext der „Sonderregelung“ erläutert.

²² Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung oder wettbewerbliche Dialoge kämen in diesem Kontext wahrscheinlich nicht in Frage, da in der vorliegenden Mitteilung von einer Situation ausgegangen wird, in der die Bedingungen für die Anwendung dieser Verfahren nicht erfüllt wären.

²³ Artikel 38 Absätze 5 und 6 der Richtlinie.

²⁴ Artikel 27 der Richtlinie 2014/24/EU.

²⁵ Artikel 28 der Richtlinie 2014/24/EU.

²⁶ Artikel 28 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU.

2.2. Dringlichkeit

Für dringende Fälle ist in der Richtlinie eine erhebliche Kürzung der allgemeinen Fristen vorgesehen. Dann können öffentliche Auftraggeber ein „beschleunigtes nichtoffenes Verfahren“ wählen, in dem die Fristen für die Einreichung von Teilnahmeanträgen 15 Tage und für die Einreichung von Angeboten 10 Tage betragen.²⁷ Der Auftrag kann auf diese Weise rasch vergeben werden.

In der Richtlinie 2014/24/EU wird dieses Verfahren beibehalten²⁸ und zusätzlich ein „beschleunigtes offenes Verfahren“ eingerichtet, denn die Frist für die Einreichung von Angeboten kann in Fällen einer hinreichend begründeten Dringlichkeit auf 15 Tage verkürzt werden²⁹.

Wird ein „beschleunigtes nichtoffenes Verfahren“ angewendet, sind Mindeststandards für die Gleichbehandlung und Transparenz einzuhalten, damit gewährleistet wird, dass selbst in dringenden Fällen ein gewisser Wettbewerb herrscht. In vielen Fällen könnten die erforderlichen Aufträge wohl im Wege solcher „beschleunigten nichtoffenen Verfahren“ (oder nach der Richtlinie 2014/24/EU „beschleunigter offener Verfahren“) vergeben werden.

3. VERHANDLUNGSVERFAHREN OHNE BEKANNTMACHUNG IM FALLE ZWINGENDER DRINGLICHKEIT

Im Unionsrecht ist mit dem „Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung“ eine zusätzliche Möglichkeit gegeben, auch in den dringendsten Fällen Aufträge zur Deckung des Bedarfs von Asylsuchenden zu vergeben.

Die öffentlichen Auftraggeber können Aufträge ohne vorherige Veröffentlichung vergeben, *soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten, es nicht zulassen, die Fristen einzuhalten, die für die offenen, die nichtoffenen oder die ... Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung vorgeschrieben sind. Die angeführten Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall den öffentlichen Auftraggebern zuzuschreiben sein.*“ (Artikel 31 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie³⁰).

Da die öffentlichen Auftraggeber in diesen Fällen vom Transparenzgrundsatz des Vertrags abweichen, fordert der Gerichtshof der Europäischen Union, dass dieses Verfahren weiterhin nur in Ausnahmefällen angewendet wird. Sämtliche Bedingungen

²⁷ Artikel 38 Absatz 8 der Richtlinie.

²⁸ Artikel 28 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU.

²⁹ Artikel 27 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU.

³⁰ Die Richtlinie 2014/24/EU enthält in Artikel 32 Absatz 2 Buchstabe c eine Bestimmung, die im Wesentlichen identisch ist.

müssen erfüllt sein und sind eng auszulegen (siehe z. B. die Rechtssachen C-275/08 Kommission gegen Deutschland und C-352/12 Consiglio Nazionale degli Ingegneri). Beim „Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung“ können öffentliche Auftraggeber direkt mit möglichen Auftragnehmern verhandeln; eine direkte Vergabe des Auftrags an einen vorab ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer ist jedoch ausschließlich dann möglich, wenn nur ein Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein wird, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen.

Jeder öffentliche Auftraggeber hat zu prüfen, ob die Bedingungen für die Anwendung eines solchen „Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung“ erfüllt sind. Die Wahl eines solchen Verfahrens ist in einem Vergabevermerk zu begründen.³¹ Bei der Einzelprüfung jedes Falls müssen die folgenden, kumulativ zu berücksichtigenden Kriterien erfüllt sein:

3.1. „Ereignisse, die die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten“

In vielen Mitgliedstaaten ist die Zahl der Asylsuchenden in einem relativ kurzen Zeitraum erheblich angestiegen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die einzelnen öffentlichen Auftraggeber nicht im Voraus wussten oder wissen konnten, wie viele Asylsuchende sie zu versorgen haben würden. Der konkrete Bedarf einzelner Gemeinden an Wohnraum, Lieferungen von Waren oder an Dienstleistungen für Asylsuchende konnte daher nicht im Voraus geplant werden und würde deshalb als ein von der betreffenden Gemeinde nicht voraussehbares Ereignis gelten.

3.2. Zwingende Dringlichkeit, die eine Einhaltung der allgemeinen Fristen nicht zulässt

Zweifelsohne sollte dafür gesorgt werden, dass die unmittelbaren Bedürfnisse der Asylsuchenden in den Mitgliedstaaten (Wohnraum, Lieferungen von Waren, Dienstleistungen) möglichst schnell erfüllt werden können.

Ob es unter diesen Umständen möglich ist, die – zwar schon sehr kurzen – Fristen des beschleunigten nichtoffenen Verfahrens (oder des beschleunigten offenen Verfahrens nach Richtlinie 2014/24/EU) einzuhalten, ist von Fall zu Fall zu prüfen.

Wie der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung klargestellt hat³², ist der Beschaffungsbedarf bei Berufung auf zwingende Dringlichkeit unverzüglich zu decken. Dieser Ausnahmefall kann nicht geltend gemacht werden, wenn die Auftragsvergabe mehr Zeit in Anspruch nimmt als ein transparentes (offenes oder nichtoffenes)

³¹ Artikel 43 Buchstabe f der Richtlinie 2004/18/EC und Artikel 84 Absatz 1 Buchstabe f der Richtlinie 2014/24/EU.

³² Siehe Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-352/12 vom 20. Juni 2013, S. 50-52.

Verfahren, einschließlich beschleunigter (nichtoffener) Verfahren, in Anspruch genommen hätte.

3.3. Kausalzusammenhang zwischen dem nicht voraussehbaren Ereignis und der zwingenden Dringlichkeit

Wenn es um die Erfüllung der unmittelbaren Bedürfnisse der Asylsuchenden innerhalb kürzester Zeit geht, können keine begründeten Zweifel am Kausalzusammenhang zwischen dem Anstieg der Asylsuchendenzahlen und der Notwendigkeit, deren Bedürfnisse zu erfüllen, bestehen.

3.4. „Soweit dies unbedingt erforderlich ist“

Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung können eine Möglichkeit darstellen, unmittelbaren Bedarf angemessen zu decken. Sie dienen lediglich zur Überbrückung bis langfristige Lösungen gefunden sind, beispielsweise Rahmenverträge für Lieferungen von Waren und für Dienstleistungen, die über reguläre Verfahren (dazu zählen auch beschleunigte Verfahren) vergeben werden.

4. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Die öffentlichen Auftraggeber müssen von Fall zu Fall entscheiden, welches Verfahren sie für die Vergabe von Aufträgen in Anspruch nehmen, die der Erfüllung unmittelbarer Bedürfnisse der Asylsuchenden (Wohnraum, Lieferungen von Waren, Dienstleistungen) dienen sollen.

Bei einzelnen Projekten, deren Wert über den entsprechenden Schwellenwerten für die Anwendung der Vergaberichtlinien der Union liegt und bei denen der betreffende Bedarf durch eine Neubeschaffung³³ gedeckt werden muss, ziehen die öffentlichen Auftraggeber zunächst in Betracht, von allen Möglichkeiten zur erheblichen Verkürzung der Fristen durch Anwendung eines beschleunigten (nichtoffenen oder nach der Richtlinie 2014/24/EU offenen) Verfahrens Gebrauch zu machen.

Können Wohnraum, Waren und Dienstleistungen dadurch nicht schnell genug zur Verfügung gestellt werden, kann ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung ins Auge gefasst werden.

In den Vorschriften der Union für die Auftragsvergabe sind angemessene Regelungen vorgesehen, um unter den derzeitigen außergewöhnlichen Umständen die unmittelbaren Bedürfnisse der Asylsuchenden zu erfüllen.

³³ Im Gegensatz zur Deckung durch eigene Ressourcen (z. B. durch eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit oder die Nutzung bestehender Verträge).

Hinweise zur Handhabung von Bauablaufstörungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie

Die sich ausbreitende Corona-Pandemie kann Auswirkungen auf die Bauabläufe haben. Folgende Hinweise zum vertragsrechtlichen Umgang mit Bauablaufstörungen sind zu berücksichtigen:

Die Corona-Pandemie ist grundsätzlich geeignet, den Tatbestand der höheren Gewalt im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. 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 ihm 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. Dies gilt insbesondere, 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.