

07. April 2020

Die zehn wichtigsten Fragen und Antworten zum Ablauf und zur Gestaltung von Vergabeverfahren in der Corona-Krise

Dieser Beitrag gibt Ihnen Antworten auf die zehn wichtigsten vergaberechtlichen Fragen, die sich derzeit aufgrund der Corona-Krise bei laufenden und geplanten Vergabeverfahren stellen können. Die Auswahl basiert auf in letzter Zeit zahlreich an uns gerichteten Anfragen von Vergabestellen, Bietervertretern oder Fachberatern.

1. Welche Möglichkeiten der beschleunigten Beschaffung von Schutzbekleidung, medizinischen Geräten, externen Laborleistungen oder sonstigen Liefer- und Dienstleistungen zur Behandlung und zum Schutz vor dem Coronavirus bestehen für öffentliche Auftraggeber?

Das Vergaberecht sieht Verfahrenserleichterungen bei äußerst dringlichen Beschaffungen vor. Bei Beschaffungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie kann es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, ein oder mehrere Unternehmen ohne förmliches Verfahren direkt zu beauftragen. Das gilt sowohl für den überschwelligen nach GWB-Vergaberecht als auch für den unterschwelligen Bereich nach dem Haushaltsrecht von Bund und Ländern.

Zu den Möglichkeiten der beschleunigten Beschaffung im Oberschwellenbereich siehe im Einzelnen unseren Beitrag im BEITEN BURKHARDT Corona-Informationscenter vom 23. März 2020: [Link](#).

Eine Übersicht der mittlerweile auf EU-, Bund- und Länderebene veröffentlichten Erlassen, Rundschreiben und Handlungsanweisungen gibt unser Beitrag im BEITEN BURKHARDT Corona-Informationscenter vom 23. März 2020: [Link](#).

2. Welche Möglichkeiten gibt es, bei geplanten „regulären“ Vergabeverfahren von den gesetzlichen Mindestfristen abzuweichen?

Bei der EU-weiten Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen besteht die Möglichkeit, die für die jeweilige Verfahrensart vorgesehenen Regelfristen im Fall einer „hinreichend begründeten Dringlichkeit“ zu verkürzen.

Siehe hierzu unseren Beitrag im BEITEN BURKHARDT Corona-Informationscenter vom 23. März 2020: [Link](#).

Im Unterschwellenbereich ist der Auftraggeber gemäß § 13 UVgO (§ 10 Abs. 1 VOL/A) daran gehalten, für den Einzelfall angemessene Fristen (d. h. ggf. auch kurze) festzulegen.

3. Was muss / sollte bei der Festlegung der Teilnahme- und Angebotsfristen angesichts absehbarer Bearbeitungsverzögerungen auf Bieterseite (Telearbeit, etc.) beachtet werden?

Die vergaberechtlichen Angebots- und Teilnahmefristen müssen stets angemessen sein. Soweit auf Bieterseite aufgrund der Corona-Krise absehbar Bearbeitungsverzögerungen entstehen, kann es im Einzelfall daher erforderlich oder geboten sein, über die gesetzlichen Mindestfristen hinaus verlängerte Fristen festzusetzen.

Das EU-Vergaberecht gibt für bestimmte Verfahrensarten und –phasen gesetzliche Mindestfristen vor. Im Liefer- und Dienstleistungsbereich beträgt die Angebotsfrist beim offenen Verfahren gemäß § 15 Abs. 2 VgV zum Beispiel 30 Tage (Fall der elektronischen Vergabe). Die Angebots- und Teilnahmefristen müssen aber darüber hinaus stets angemessen sein (§ 20 Abs. 1 VgV). Bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote und der Teilnahmeanträge ist die Komplexität der Leistung und – nicht zuletzt – die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote zu berücksichtigen.

Der öffentliche Auftraggeber muss daher bei seiner Fristengestaltung die aktuellen, durch die Corona-Krise verursachten Umstände in seine Überlegungen einbeziehen und die Angemessenheit im Einzelfall prüfen. Je nach Marktsituation und Bieterstruktur kann es daher geboten sein, die Mindestfristen zugunsten der Bieter zu verlängern. Dies gilt insbesondere dann, wenn konkrete Verzögerungen in den Betriebsabläufen der Bieter absehbar sind, die sich auf die ordnungsgemäße Erstellung der Teilnahmeanträge oder Angebote auswirken können. In derartigen Fällen ist den verzögerten Betriebs- und Kommunikationsabläufen bei der Fristsetzung hinreichend Rechnung zu tragen. Ein Beispiel ist, dass die Bieter vermehrt Telearbeit / Homeoffice einsetzen oder einsetzen müssen und dadurch Kommunikations- und insbesondere auch Mitzeichnungswege länger und schwieriger werden. Erst recht gilt dies in Fällen vorübergehender Personalknappheit aus gesundheitlichen Gründen oder aufgrund angeordneter Quarantäne.

Oftmals liegt es aber auch im ureigenen Interesse der Auftraggeber, die Fristen in der aktuellen Krise etwas länger als gesetzlich zwingend erforderlich zu setzen: Denn durch das zeitliche Entgegenkommen kann sich die Anzahl der Angebote und deren inhaltliche Qualität maßgeblich erhöhen. So kann der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch in Krisenzeiten bestmöglich erreicht werden.

Für nationale Verfahren gilt Ähnliches: Auch dort müssen bei der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen nach § 13 UVgO bzw. § 10 VOL/A stets angemessene Teilnahme- und

Angebotsfristen festgelegt werden.

4. Was müssen Auftraggeber und Bieter bei bereits laufenden Vergabeverfahren beachten? Kommt bei krisenbedingten Änderungen am Leistungsgegenstand oder den Auftragsbedingungen eine Aufhebung in Betracht?

In bereits laufenden Vergabeverfahren müssen Auftraggeber prüfen, ob die festgesetzten Angebots- und Teilnahmefristen und der weitere Zeitplan im Verfahren noch angemessen sind. Dabei sollten sie auch die vertraglichen Ausführungsfristen und –termine auf Realisierbarkeit prüfen. Etwaige Vereinfachungen des Verfahrensablaufs sollten in den Blick genommen werden. In bestimmten Einzelfällen können auch eine Aufhebung und ein Neustart der Vergabe in Betracht kommen.

Viele Auftraggeber erreichen derzeit auch in laufenden Verfahren, die keinen unmittelbaren „Corona-Bezug“ haben, Fragen nach Fristverlängerungen oder der Streckung / Anpassung von Verfahrensphasen (z. B. von Bieterverhandlungen).

In bereits laufenden Vergabeverfahren müssen Auftraggeber prüfen, ob aufgrund der besonderen Umstände der Corona-Krise im Einzelfall Anpassungen am geplanten Verfahrensablauf erforderlich oder geboten sind. Denkbar könnte es sein, die Angebots- oder Teilnahmefristen angemessen zu verlängern (siehe Frage 3). Zu empfehlen ist auch, ggf. verfahrenstechnische Vereinfachungen vorzunehmen (zum Beispiel Ersetzung von geforderten Erklärungen Dritter durch Eigenerklärungen). Sollten Anpassungen am Verfahrensablauf oder der Verfahrensgestaltung vorgenommen werden, sind die Bieter darüber transparent zu informieren und – soweit erforderlich – die Auftragsbekanntmachung zu berichtigen.

Zudem sollten Auftraggeber anlassbezogen prüfen, ob die vorhandene IT-Infrastruktur (im Homeoffice) eine zuverlässige und rechtssichere Abwicklung des Vergabeverfahrens gewährleistet. Aufgrund veränderter Wartungs- und Pflegeroutinen kann auch dies gelegentlich zu Verfahrenshindernissen führen. Den Auftraggeber kann bei technischen Problemen in seinem Verantwortungsbereich ein Organisationsverschulden treffen (vgl. VK Westfalen, Beschl. v. 20.02.2019 – VK 1-40/18).

Sofern Fristverlängerungen oder sonstige Maßnahmen der Verfahrensgestaltung nicht in Betracht kommen, sind in bestimmten Fällen auch eine Aufhebung und ein Neustart des Vergabeverfahrens denkbar. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn sich aufgrund der Corona-Krise Änderungen am Leistungsgegenstand, an den Terminen und Frist oder auch an den sonstigen Vertragsbedingungen ergeben. Hierbei sind die Aufhebungsgründe gemäß § 63 Abs. 1 VgV / § 48 Abs. 1 UVgO zu prüfen und etwaige Schadensersatzrisiken zu berücksichtigen. Krisenbedingte Aufhebungen können insbesondere durch wesentliche

Änderungen der Grundlagen des Vergabeverfahrens oder andere schwerwiegende Gründe (§ 63 Abs. 1 Nr. 2 und 4 VgV / § 48 Abs. 1 Nr. 2 und 4 UVgO) gerechtfertigt sein.

Auf Bieterseite kann die Corona-Krise dazu führen, dass Bieter an eingereichten Angeboten oder Bewerbungen nicht mehr festhalten wollen. Soweit die Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr zurückgezogen werden können, sind die Bieter zivilrechtlich bis zum Ablauf der vorgegebenen Bindefrist an ihre Willenserklärung gebunden (§ 145 BGB). In diesem Fall ist Bieter eine sehr sorgfältige Prüfung der Möglichkeiten und Voraussetzungen anzuraten, um Schadensersatzpflichten zu vermeiden.

Auftraggeber wiederum sollten diese Umstände und die Kalkulationsschwierigkeiten, die auf Bieterseite damit verbunden sind, bei der Festlegung der Bindefristen und bei – oft nur formularhaften – Bitten um Bindefristverlängerungen unbedingt berücksichtigen.

5. Können Bieterverhandlungen, Präsentationen oder Aufklärungsgespräche auch telefonisch oder per Web-Konferenz stattfinden? Was muss bei diesen Kommunikationsformen beachtet werden?

Ja. Auch die üblicherweise in Präsenzform durchgeführten Bieterverhandlungen oder Präsentations- und Aufklärungstermine können grundsätzlich elektronisch abgewickelt werden. Die eingesetzte IT muss aber die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der übertragenen Daten gewährleisten.

Das Gesetz legt in den §§ 9 bis 11 VgV jedoch bestimmte Anforderungen an die Verwendung von elektronischen Kommunikationsmitteln in Vergabeverfahren fest. U. a. sind ein Authentifizierungsvorgang sowie eine Verschlüsselung erforderlich. Die elektronischen Mittel müssen für alle Bieter gleichermaßen zur Verfügung stehen und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen kompatibel sein. Es dürfen lediglich solche technischen Kommunikationsmittel verwendet werden, welche die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Der Auftraggeber muss also vor dem Einsatz einer bei ihm vorhandenen Videokonferenztechnik oder ähnlichem im Einzelfall prüfen, ob diese Technik die gesetzlichen Anforderungen erfüllt.

Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang auch die hinreichende Dokumentation der Verhandlungen und Gesprächstermine (u. a. durch Zeitstempel). Bei Aufzeichnungen sind auch die datenschutzrechtlichen Anforderungen zu beachten.

Zur derzeit in der Rechtsprechung umstrittenen Frage der Zulässigkeit von Präsentationswertungen im Allgemeinen siehe unseren Newsletter vom Februar 2020 [Link](#).

6. Ist es zulässig, Bieter aus COVID-19-Risikogebieten von einem Vergabeverfahren auszuschließen?

***Nein.** Auch in Zeiten der Corona-Krise gilt im Vergabeverfahren der Grundsatz der Nichtdiskriminierung aller Bewerber und Bieter (§ 97 Abs. 2 GWB). Ein vorheriger und grundsätzlicher Ausschluss von Bietern aus COVID-19-Risikogebieten ist daher unzulässig.*

Jedoch sind Fälle denkbar, in denen die Leistungsfähigkeit der Bieter bei bestehenden Ein- oder Ausreiseverboten und Ausgangssperren im Hinblick auf die Auftragsdurchführung zweifelhaft erscheinen könnte. In derartigen Situationen muss stets im Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit die Eignung des Bieters für den konkreten Auftrag tangiert ist. Wir raten insoweit zur direkten Kommunikation mit dem betroffenen Bieter im Wege der Aufklärung, um die bestehenden Zweifel und etwaige Maßnahmen des Bieters zur Aufrechterhaltung seiner Leistungsfähigkeit zu besprechen. Ein Ausschluss kommt insoweit nur als ultima ratio in Betracht.

Nicht außer Acht zu lassen ist zudem die Möglichkeit der betroffenen Bieter, sich für den Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu berufen (Eignungsleihe, § 47 VgV). Dies steht dem Bieter offen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden. Dieser Nachweis kann beispielsweise durch Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung dieser anderen Unternehmen (in der Regel Unterauftragnehmer oder Konzerngesellschaften) erbracht werden.

7. Muss ein Bieter bei krisenbedingten Leistungsverzögerungen (z. B. in Folge von Betriebsschließungen) den Ausschluss von zukünftigen Vergaben gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB fürchten?

***Nein.** Der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB greift nur bei einer mangelhaften Erfüllung eines früheren Auftrags. Leistungsverzögerungen aufgrund der COVID-19-Pandemie fallen in der Regel unter den Begriff der höheren Gewalt, so dass kein Verschulden des Auftragnehmers und daher von vornherein keine „mangelhafte Erfüllung“ vorliegen.*

Der fakultative Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB greift ein, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Eine mangelhafte Erfüllung liegt dann vor, wenn ein Fall der Nicht-

oder Schlechtleistung gegeben ist. Relevante Mängel sind insoweit auch der Lieferungs- oder Leistungsausfall.

Die mangelhafte Erfüllung einer Vertragspflicht setzt jedoch stets ein Vertretenmüssen des Auftragnehmers (vorsätzlich oder fahrlässiges Verschulden) voraus. Das Vorliegen höherer Gewalt schließt jegliches Verschulden hingegen grundsätzlich aus, sofern den Auftragnehmer kein (Mit-)Verschulden an der Situation trifft, beispielsweise, weil der Auftragnehmer erkrankte Mitarbeiter nicht beurlaubt oder keine hinreichende Hygiene am Arbeitsplatz sicherstellt. In der Regel enthalten die abgeschlossenen Verträge Bestimmungen für den Fall höherer Gewalt, mitunter durch Einbeziehung von § 5 Nr. 2 Abs. 1 VOL/B bzw. § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B.

Die COVID-19-Pandemie ist grundsätzlich geeignet, den Tatbestand der höheren Gewalt im Sinne 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 Voraussetzungen ist im Einzelfall zu prüfen. Wenn aber beispielsweise ein Großteil der Beschäftigten des Auftragnehmers behördenseitig unter Quarantäne gestellt ist und er auf dem Arbeitsmarkt oder durch Nachunternehmer keinen Ersatz finden kann, die Beschäftigten aufgrund von Reisebeschränkungen den Leistungsort nicht erreichen können und kein Ersatz möglich ist oder der Auftragnehmer kein (Bau-)Material beschaffen kann, dürfte im Regelfall höhere Gewalt vorliegen und auch nachweisbar sein. Siehe hierzu auch den Erlass BW I 7 - 70406/21#1 des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) vom 23.03.2020 zu bauvertragliche Fragen der Corona-Pandemie [Link](#).

8. Wie wirken sich die geplanten Krisenregelungen zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht auf den Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB aus? Muss ein zahlungsunfähiges Unternehmen trotzdem den Ausschluss von öffentlichen Vergaben fürchten?

Nein. Im Rahmen der Ermessensausübung über den fakultativen Ausschlussgrund des § 123 Abs. 1 Nr. 2 GWB dürfte für Auftraggeber in der Regel kein Anlass bestehen, aufgrund der Corona-Krise angeschlagene Unternehmen von dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Ein Unternehmen kann nach § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, 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. Es handelt sich hierbei um einen fakultativen Ausschlussgrund, bei dem der Auftraggeber einen (gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren) Ermessensspielraum hat.

Am 27. März 2020 ist das COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz (COVInsAG) im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Die Regelung gilt rückwirkend ab dem 1. März 2020 und sieht eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis zum 30.09.2020 vor. Auf diesem Wege soll den Unternehmen Zeit gegeben werden, die notwendig ist, um staatliche Hilfen zu beantragen und Sanierungsbemühungen voranzutreiben: Aus organisatorischen und administrativen Gründen kann nicht immer sichergestellt werden, dass Liquiditätshilfen innerhalb der gesetzlich festgelegten dreiwöchigen Insolvenzantragspflicht (vgl. § 15a InsO) bei den Unternehmen ankommen. Voraussetzung für die Aussetzung der Insolvenzantragsfrist ist, dass der Insolvenzgrund auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und dass aufgrund einer Beantragung öffentlicher Hilfen oder Finanzierungs- oder Sanierungsverhandlungen begründete Aussichten auf Sanierung bestehen. Soweit der Schuldner nicht bereits am 31. Dezember 2019 zahlungsunfähig war, greift zu seinen Gunsten eine gesetzliche Vermutung, dass diese Voraussetzungen vorliegen.

Angesichts der Zielsetzung erscheint es nur konsequent, betroffene Unternehmen auch im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht zu sanktionieren. Sofern Unternehmen die Einleitung derartiger Sanierungsmaßnahmen glaubhaft darlegen können, dürfte für Auftraggeber im Rahmen ihrer Ermessensausübung in der Regel kein Anlass bestehen, aufgrund der Corona-Krise angeschlagene Unternehmen von dem Vergabeverfahren auszuschließen.

9. Sollten öffentliche Aufträge wegen der Pandemie zu einem späteren Zeitpunkt ausgeschrieben werden, weil befürchtet wird, dass wegen der aktuellen Lage weniger Angebote eingereicht werden könnten?

Nein. Ausschreibungsreife Vorhaben sollen grundsätzlich vergeben und die entsprechenden Planungen weitergeführt werden.

Die Bundesregierung und mit ihr auch verschiedene Landesregierungen haben deutlich kommuniziert, dass ausschreibungsreife Vorhaben zu vergeben und entsprechende Planungen weiterzuführen sind, soweit dies möglich ist (siehe Erlass BW I 7 - 70406/21#1 des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) vom 27.03.2020 zu vergaberechtlichen Fragen der Corona-Pandemie: [Link](#)). Maßgebliches Ziel der verschiedentlichen Maßnahmen zur vereinfachten Vergabe in Krisenzeiten ist es, die Beschaffung von Leistungen durch öffentliche Auftraggeber aufrecht zu erhalten und so die Deckung der bestehenden Bedarfe sicherzustellen. Ausbleibende Aufträge würden sowohl den öffentlichen Auftraggebern als auch der Wirtschaft erhebliche Probleme bereiten.

Etwaigen Befürchtungen kann und sollte der Auftraggeber vornehmlich durch eine die Bieterinteressen umfassend berücksichtigende Verfahrens- und Vertragsgestaltung entgegenreten, zum Beispiel, indem er längere Teilnahme- und Angebotsfristen setzt (siehe Frage 3), vermehrt elektronische Kommunikationsmöglichkeiten nutzt und zu jeder Zeit transparent mit den Bietern kommuniziert (siehe Frage 4), aber auch die vertraglichen Ausführungsfristen und –termine überdenkt und ggf. realistisch anpasst.

10. Welche Auswirkungen hat die Corona-Krise auf vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren?

Die Einhaltung der auf dem Beschleunigungsgebot beruhenden kurzen Entscheidungs- und Rechtsmittelfristen kann aktuell Schwierigkeiten bereiten. Es ist aktuell festzustellen, dass die Vergabekammern von der Verlängerungsmöglichkeit gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB Gebrauch machen werden. Angesichts der daraus resultierenden längeren Verfahrensdauer ist zu erwarten, dass vermehrt Interimsvergaben als Übergangslösungen erforderlich sind und in Einzelfällen – zum Beispiel im Bereich der Daseinsvorsorge – auch eine Zuschlags-gestattung nach § 169 Abs. 2 GWB in Betracht kommen kann.

Bei Rückfragen schreiben Sie uns gerne eine Nachricht an Lars.Hettich@bblaw.com, Sascha.Opheys@bblaw.com oder Christopher.Theis@bblaw.com.

Für weitere Informationen zu rechtlichen Auswirkungen der Corona-Krise steht Ihnen auch auf der Website von BEITEN BURKHARDT das Corona-Informationscenter zur Verfügung: [Link](#)

[Dr. Lars Hettich](#)

[Sascha Opheys](#)

[Christopher Theis](#)