

Berlin • Düsseldorf

Ausgabe 01-2020

# Newsletter



## Sonder-Newsletter

---

Vergaberecht im Ober- und  
Unterswellenbereich zur Eindämmung der  
Ausbreitung des neuartigen Coronavirus  
SARS-CoV-2 weitgehend eingeschränkt

## Vergaberecht im Ober- und Unterschwellenbereich zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 weitgehend eingeschränkt

Vergaberecht im Ober- und Unterschwellenbereich weitgehend eingeschränkt durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (19.03.2020) soweit dies Beschaffungen von Lieferungen und Leistungen betrifft, welche zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 benötigt werden

Aufgrund der aktuellen Situation hält das Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (kurz BMWi) im Ober- und Unterschwellenbereich den Einkauf von Leistungen über **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** für zulässig, wenn der Einkauf der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Epidemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dient.

### 1. Im Einzelfall bedarf es weder der Einhaltung der EU-Fristen noch der Aufforderung mehrerer Teilnehmer.

Güter und Leistungen wie zum Beispiel:

- Heil- und Hilfsmittel
  - 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

können weitgehend ohne Hürden des Vergaberechts direkt beschafft werden.

#### 1.1 Aktuelle Situation

Die zwischen der Bundesregierung und den Ländern am 16.03.2020 vereinbarten Leitlinien hinsichtlich der steigenden Anzahl der Infektionen mit dem Coronavirus (SARS-CoV-2) -Covid-19- sehen ein umfassendes Maßnahmenpaket vor, das insbesondere darauf abzielt, die Ausbreitungsgeschwindigkeit zu verlangsamen.

#### 1.2 Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Verwaltung durch Einschränkung des Vergaberechts

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.

Ziel ist eine schnelle und effiziente Durchführung von Vergabeverfahren zur Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Pandemie und zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung.

#### 1.3 Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 119 Abs. 5 GWB i.V.m. § 14 Abs. 4, 17 Vergabeverordnung (VgV)

Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 119 Abs. 5 GWB i.V.m. § 14 Abs. 4, 17 Vergabeverordnung (VgV) kann durchgeführt 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.

#### Klarstellung durch das BMWI:

*„In der aktuellen Situation der Ausbreitung des Coronavirus können Leistungen sehr schnell und verfahrenseffizient insbesondere über das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb beschafft werden. 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) anzuwenden sein; diese Aufzählung ist aber nicht abschließend.“*

Auch 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).

#### 1.4 Formlose Angebote ohne die Beachtung konkreter Fristvorgaben

Nach der Klarstellung des BMWI können Angebote im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb formlos und ohne die Beachtung konkreter Fristvorgaben eingeholt werden.

§ 17 Abs. 8 VgV, der eine Fristverkürzungsmöglichkeit auf minimal 10 Tage 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.

##### 1.4.1 Fristverkürzung bis auf 0 Tage

Das BMWI hält sogar nach Würdigung der Gesamtumstände beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auch sehr kurze Fristen (bis hin zu 0 Tagen) für darstellbar. Diese Auslegung deckt sich nach der Ansicht des BMWI mit der der Europäischen Kommission (siehe insoweit die 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).

#### 1.4.2 Aufforderung auch nur eines Unternehmens möglich

Sollten es die Umstände - wie in der jetzigen Situation - erfordern, kann nach Ansicht des BMWI auch nur ein Unternehmen angesprochen werden.

Das BMWI hält § 51 Abs. 2 VgV, der für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die Ansprache von mindestens drei Unternehmen vorsieht, in diesem Kontext für nicht anwendbar. So ist die direkte Ansprache nur eines Unternehmens auch nach den Ausführungen der Europäischen Kommission (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) 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.

#### 2. Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwelle nach der UVgO

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

##### 2.1 Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb

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.

##### 2.2 Ausnahmetatbestand der Dringlichkeit sei nunmehr grundsätzlich gegeben – Auftragsvergaben mit nur einem Bieter auch im Unterschwellenbereich möglich

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 sind, kann auch nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden (§ 12 Abs. 3 UVgO).

Nach dem BMWI dürften diese Voraussetzung im Fall von Beschaffungen, die zur Eindämmung und Bewältigung der Corona-Epidemie kurzfristig erforderlich sind, regelmäßig gegeben sein.

**Das BMWI erteilt den ausdrücklichen Hinweis an die Bundesländer, dass diese als Ultima Ratio und unbeschadet anderweitiger haushaltsrechtlicher Vorgaben grundsätzlich frei sind, die Anwendung bestimmter Regeln der UVgO durch landesspezifische Ausführungsbestimmungen auch insgesamt aussetzen.**

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).

### 3. Änderung Vertragsänderungen und -verlängerung sind nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB (Unterschwellenbereich § 47 Abs. 1 UVgO) möglich

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.

Nach dem BMWI kommen zur Bewältigung kurzfristiger Beschaffungsbedarfe insbesondere 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 kumulativ 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) liegt nach dem BMWI angesichts der aktuellen Sachlage zur Entwicklung der Corona-Pandemie vor. 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 und damit eine Änderung nicht vergaberechtlich zulässig sein, wenn z.B. anstelle einer Lieferleistung eine Dienstleistung eingekauft würde. Keine Änderung des Gesamtcharakters

liegt aber i.d.R. 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.

Bitte beachten:

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

4.

Das Rundschreiben trat mit sofortiger Wirkung in Kraft.

5.

#### Hinweis von CLP Rechtsanwälte

Die vorliegenden Einschränkungen des Vergaberechts waren abzusehen und sind aktuell unabdingbar, um krisennotwendig effektiv und schnell handeln zu können.

Beachten Sie bitte, dass diese Einschränkungen des Vergaberechts nur dann gelten, wenn eine Beschaffung von Lieferungen und Leistungen betroffen ist, welche zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 benötigt werden. Beschaffungen, die nicht unter diese Zweckbindung gefasst werden können, werden von den Einschränkungen des Vergaberechts nicht erfasst. Das Vergaberecht wird auch im Lichte der „Corona-Krise“ somit nicht grundsätzlich eingeschränkt. Die Einschränkungen sind vielmehr partiell und zweckgebunden.

Beachten Sie schließlich auch, dass im Unterschwellenbereich das Landeshaushaltsrecht abweichende vergaberechtliche Regelungen enthalten kann.

Bei Rückfragen steht Ihnen das CLP Rechtsanwälte Team - wie immer – gerne zur Verfügung.

## Ansprechpartner

### CLP Rechtsanwälte

Gith, Weißling & Partner mbB



**Jacob Scheffen**

Rechtsanwalt / Attorney-at-law  
Partner

Upper West (25. OG)  
Kurfürstendamm 11  
10719 Berlin

e-mail: [jacob.scheffen@clp-rechtsanwaelte.de](mailto:jacob.scheffen@clp-rechtsanwaelte.de)

Telefon: +49 (0) 30 54 90 872 - 0

Fax: + 49 (0) 30 54 90 872 - 99

[www.clp-rechtsanwaelte.de](http://www.clp-rechtsanwaelte.de)

[www.clp-akademie.de](http://www.clp-akademie.de)



**Carsten Schmidt, L.L. M.**

Rechtsanwalt / Attorney-at-law  
Partner

CUBUS  
Niederkasseler Lohweg 18  
40547 Düsseldorf

e-mail: [carsten.schmidt@clp-rechtsanwaelte.de](mailto:carsten.schmidt@clp-rechtsanwaelte.de)

Telefon: +49 (0)211 – 50 66 66 7-0

Fax: +49 (0)211 – 50 66 66 7-99