

fentlichen Lieferaufträgen führen Behinderungen auf Grund höherer Gewalt unter zahlreichen zusätzlichen Einschränkungen zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen und später (nach drei Monaten) zu dem Recht, den Vertrag zu kündigen. Schon dabei stellt sich jedoch eine Fülle von Detailfragen, z.B. was im Falle nur teilweiser Unmöglichkeit gilt, ob die Behinderungsfolgen auf Grund höherer Gewalt für den Auftragnehmer „vorhersehbar“ gewesen und welche Anforderungen an die „Unterbrechung“ der Bauausführung zu stellen sind. Vor allem aber fehlt eine generelle Regelung der Frage, ob, ab wann und in welchem Umfang dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Ersatz seiner Stillstandskosten zusteht.

Der Umgang mit Corona-bedingten Verzögerungen und Mehrkosten im Rahmen der Vertragserfüllung muss deshalb möglichst von Anfang an vertraglich geregelt werden. Aus dieser Situation ergeben sich mithin neuartige Anforderungen an die Vorbereitung (nachfolgend: 3.) und an die Durchführung von Vergabeverfahren (nachfolgend: 4.) und ihr muss auch nach dem Zuschlag im Rahmen der Vertragserfüllung Rechnung getragen werden (nachfolgend: 5).

1. Spielräume zur Beschleunigung von Vergabeverfahren

Die öffentlichen Auftraggeber sollten zunächst prüfen, ob sie unter den gegebenen Umständen überhaupt ein Vergabeverfahren durchführen müssen. Das Vergaberecht lässt es zu, einen öffentlichen Auftrag direkt und ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zu vergeben, wenn die Leistung infolge von Ereignissen „äußerst dringlich ist“, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte. Das dürfte in der gegenwärtigen Situation für jeden Krankenhausausbau und jede Beschaffung von einschlägigen medizinischen Geräten und Hilfsmitteln gegeben sein. Aber es kommen noch viel mehr Auftragsgegenstände in Betracht, deren Beschaffung augenblicklich „äußerst dringlich“ ist. Man denke nur an Logistikzentren, Kommunikationsmittel oder Schutzausrüstungen.

Dienstleistungen des Katastrophenschutzes sind ohnehin unter den in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB genannten Voraussetzungen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Gleiches gilt gemäß § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB für viele Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen und gemäß Absatz 2 dieser Vorschrift für die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen. Ganz allgemein darf gemäß § 117 Nr. 1 GWB auf ein Vergabeverfahren verzichtet werden, sofern „wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland in Rede stehen, denen nicht durch „weniger einschneidende Maßnahmen“ Rechnung getragen werden kann. Hierunter fallen auch Aufträge im speziellen Bereich der nicht-militärischen Sicherheit, wie sie derzeit zur Bekämpfung der Pandemie gegeben sind.

Muss ein Vergabeverfahren durchgeführt werden, dann lohnt es, sich zunächst über die zu wählende Vergabeart Gedanken zu machen. Grundsätzlich müssen die öffentlichen Auftraggeber vorrangig die förmlichen Verfahren des Offenen bzw. Nichtoffenen Verfahrens wählen, bei denen sie nicht über das Angebot verhandeln dürfen. In der gegebenen Situation dürfte jedoch vielfach die Wahl des Verhandlungsverfahrens in Betracht kommen, weil der Auftrag auf Grund der konkreten Umstände und der damit einhergehenden Risiken nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann (vgl. z.B. § 14 abs. 3 Nr. 3 Vergabeverordnung).

Weitere wichtige Stellschrauben stellen die Fristen eines Vergabeverfahrens dar. Diese dürfen gegenüber den regelmäßig vorgesehenen 30 Tagen ganz erheblich verkürzt werden, wenn der öffentliche Auftraggeber die bestehende Dringlichkeit nur „hinreichend“ begründet.

Schließlich kann es Sinn machen, dass öffentliche Auftraggeber vermehrt über „zentrale Beschaffungsstellen“ (vgl. § 120 Abs. 4 GWB) einkaufen. In diesen Fällen muss dann nur einmal ein Vergabeverfahren durchgeführt werden und die Beauftragung der Beschaffungsstelle selbst ist vergaberechtsfrei möglich.

2. Notwendige gesetzgeberische Maßnahmen zur Beschleunigung von Vergabeverfahren.

a. Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers

Der deutsche Gesetzgeber kann nur unterhalb der europäischen Schwellenwerte nach dem deutschen Haushaltsrecht und der Unterschwellenvergabeordnung Vergabeverfahren regeln. Dabei handelt es sich allerdings um die ganz überwiegende Mehrheit aller Vergabeverfahren.

Diese Vergaben wurden bereits während der Finanzkrise insbesondere durch das Konjunkturpaket II wesentlich dadurch vereinfacht, dass freihändige Vergaben bis zu Auftragswerten von 100.000 EUR und beschränkte Ausschreibungen bis zu Auftragswerten von 1 Mio. EUR zugelassen wurden. An diese Erleichterungen könnte und sollte der deutsche Haushaltsgesetzgeber angesichts der Corona-Krise wieder anknüpfen und die Wertgrenzen ggf. noch weiter erhöhen.

Außerordentlich hilfreich wäre es zudem, die Zahlungen aus laufenden Aufträgen zu beschleunigen und die Unternehmen auch dadurch mit Liquidität auszustatten, dass vermehrt Vorauszahlungen zugelassen werden.

b. Maßnahmen des europäischen Gesetzgebers

Eine Erleichterung der europaweiten Vergaben liegt allein in der Kompetenz des Europäischen Richtliniengebers. Hier könnte man sich vorstellen, die Normierung von Auftragsvergaben befristet auf das unbedingt nötige Maß zu reduzieren. Das könnte sehr rasch und wirksam dadurch erreicht werden, dass man vorübergehend das für Konzessionen geltende Verfahren auf alle Auftragsvergaben anwendet. Nach der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe haben die öffentlichen Auftraggeber lediglich ihre Absicht, eine Konzession zu vergeben, europaweit bekannt zu machen und sie müssen die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung beachten. Im Übrigen dürfe sie aber das Verfahren zur Vergabe einer Konzession frei gestalten.

Außerdem sollte auf europäischer Ebene klargestellt werden, dass derzeit das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss eines Vergabeverfahrens regelmäßig das Rechtsschutzinteresse eines Bieters überwiegt. Auf diese Weise könnten die Vergabekammern, die über den Nachprüfungsantrag eines übergangenen Bieters zu entscheiden haben, unter erleichterten Bedingungen gestatten, dass vorab, also noch während der laufenden Überprüfung der Auswahlentscheidung, der Zuschlag ergehen kann. Auf diese Weise würden mehrmonatige Blockaden von Auftragsvergaben durch Nachprüfungsverfahren vermieden. Das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers sollte augenblicklich nur in den Fällen überwiegen, in denen sein Antrag „offensichtlich“ erfolgreich sein wird.

3. Vorbereitung der Vergabe

Wenn gegenwärtig Vergabeverfahren eröffnet werden, dann sollte den öffentlichen Auftraggebern klar sein, dass vertraglich vereinbarte Ausführungsfristen unter den gegebenen Umständen gegebenenfalls verlängert werden müssen und den Auftragnehmern Mehrkosten durch Corona-bedingte Stillstände entstehen können. Sollen Angebote überhaupt eingehen, dann müssen die öffentlichen Auftraggeber hierfür in den Vergabeunterlagen Regelungen vorsehen, denn sogar die Behinderungsregeln des Baurechts sehen keine Vergütung für Stillstandskosten vor. § 6 Nr. 5 VOB/B lässt nur die Abrechnung von Kosten zu, die bis zum Beginn der Unterbrechung entstanden sind. Den Auftragnehmern müssen aber die Kosten für den Corona-bedingten Stillstand von Maschinen und Personal ersetzt werden.

4. Laufende Vergabeverfahren

In laufenden Vergabeverfahren muss danach unterschieden werden, ob die Angebote bereits abgegeben wurden oder ob die Angebotsfristen noch laufen.

a. Vor Ablauf der Angebotsfrist

Steht die Angebotsabgabe noch aus, dann müssen die Bieter die Aufnahme entsprechender Stillstandsregelungen zur Verlängerung der Ausführungsfristen und zum Kostenersatz anregen. Andernfalls geraten sie in die Diskussion darüber, ob der konkrete Behinderungstatbestand „vorhersehbar“ gewesen ist oder nicht: die Corona-Krise selbst ist bereits da, konkrete Auswirkungen können sich allerdings erst noch nachträglich einstellen und sind deshalb nicht vorhersehbar. Weigert sich der öffentliche Auftraggeber, hierzu Regelungen vorzusehen, dann dürfte hierin ein Vergabeverstoß zu sehen sein, der gerügt werden muss und die Erhebung eines Nachprüfungsantrages rechtfertigt, denn den Bietern würde ein nicht kalkulierbares Wagnis auferlegt werden. Die eingehenden Angebote wären nicht vergleichbar, weil einer Spekulation mit diesem Risiko Tür und Tor geöffnet wäre. Die aufzunehmenden Regelungen sollten deshalb auch nicht wertungsrelevant sein, sondern allen Bietern – wertungsneutral - einen Kostenersatz für Stillstandszeiten von Personal und Maschinen gewähren, die auf die Corona-Krise zurückgeführt werden können.

b. Nach Ablauf der Angebotsfrist

Diese Konstellation wirft sicherlich gegenwärtig die größten Probleme auf. Wurden die Angebote bereits abgegeben, dann sind sie bis zum Ende des Vergabeverfahrens bindend und können – abgesehen von der Situation in Verhandlungsverfahren – nicht mehr ergänzt oder modifiziert werden. Verhandlungen über das Angebot sind unzulässig. In dieser Situation wird man einem Bieter, der den Zuschlag erhält, nur schwerlich vorhalten können, er habe die Auswirkungen der Corona-Krise „vorhersehen“ müssen. Das geltende Recht sieht jedoch ohne eine dahingehende Vereinbarung – wie bereits dargelegt – nur wenig Spielräume für deren Berücksichtigung vor: Ausführungsfristen können dadurch verlängert werden (vgl. § 6 Nr. 2 VOB/B) und nach 3 Monaten Stillstand ist der Vertrag wieder kündbar (§ 6 Nr. 7 VOB/B, § 5 Nr. 2 abs. 2 VOL/B). Um eine Kündigung zu rechtfertigen, muss jedoch ein nahezu vollständiger Stillstand eingetreten sein. Ein gestörter Bauablauf, der z.B. darin besteht, dass statt 3 Kolonnen nur noch 1

Kolonne arbeiten kann, würde die Kündigung nicht rechtfertigen. Für Stillstandskosten innerhalb dieser 3 Monate gibt das Gesetz keine Anspruchsgrundlage. Das bedeutet, dass sich Bieter, die in laufenden Vergabeverfahren bereits bindende Angebote abgegeben haben, Gedanken darüber machen sollten, wie sie aus ihrer Bindung an das Angebot wieder herauskommen. Sie können z.B. Nachfragen der öffentlichen Auftraggeber nicht fristgerecht beantworten oder in bestimmten Fällen ihr Angebot als Willenserklärung unter Berufung auf eine „Änderung der Geschäftsgrundlage“ anfechten.

3. Nach Zuschlagserteilung

Mit Erteilung des Zuschlags in einem Vergabeverfahren kommt der Vertrag mit dem erfolgreichen Bieter zustande. Dieser ist sodann vertraglich gebunden. Kann er nun den Vertrag auf Grund von Umständen nicht einhalten, die durch das Corona-Virus hervorgerufen werden, kann er sich wiederum nur im Einzelfall auf „Behinderung“ oder „Änderung der Geschäftsgrundlage“ berufen. Auch hier könnte der Vertrag nachträglich um Regelungen zum Umgang mit Corona-bedingten Behinderungen und Stillstandskosten ergänzt werden. Einer solchen Vertragsergänzung stünde nicht § 132 GWB entgegen, welcher bestimmt, dass „wesentliche Änderungen“ des bestehenden Vertrages ein neues Vergabeverfahren erforderlich machen. Die Anpassung des Vertrages an die Corona-Krise erfüllt nämlich alle Voraussetzungen der Ausnahmeregelung in § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Danach ist eine Änderung des bestehenden Vertrages ohne neues Vergabeverfahren zulässig, wenn die Änderung auf Grund von Umständen erforderlich wird, die der öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen konnte und welche den Gesamtcharakter des Vertrages nicht verändern.

Sollte sich der öffentliche Auftraggeber einer derartigen Vertragsergänzung verschließen, muss der Auftragnehmer die Kündigungsregelungen aus Behinderung oder Änderung der Geschäftsgrundlage in den Blick nehmen.

Berlin, den 22. März 2020