

IT-Vergabe in Zeiten von Corona: Was Unternehmen jetzt wissen müssen

Monika Prell, SAMMLERUSINGER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Berlin
Live-Online-Seminar, 09. April 2020

Ihre Referentin



Rechtsanwältin Monika Prell

Fachanwältin Vergaberecht, Counsel

SammlerUsinger Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Berlin

monika.prell@sammlerusinger.com

T +49 30 263 95 09 - 197

Agenda

Möglichkeiten der beschleunigten Beschaffung

Auswirkung auf bestehende Verträge

Auswirkung auf laufende Vergabeverfahren

Herausforderungen

1

Möglichkeiten der beschleunigten Beschaffung

Direktvergabe

~~Bekanntmachung der Ausschreibung~~

Vertragsrecht

Vergabestelle/
Öffentlicher
Auftraggeber

Bieter

Direkter Zuschlag

Öffentlicher
Auftraggeber

Auftrag-
nehmer

Direktvergabe bei Dringlichkeit

- Verhandlungsverfahren/Verhandlungsvergabe **ohne** Teilnahmewettbewerb
 - Nur zulässig bei besonderer gesetzlicher Rechtfertigung
 - § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO, § 12 Abs. 1 Nr. 1b cc VSVgV, § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO
 - Unvorhersehbares Ereignis
 - Äußerst dringliche und zwingende Gründe, die die Einhaltung der Fristen nicht zulassen
 - Kausaler Zusammenhang

Rundschreiben BMWi vom 19.03.2020 zu Direktvergaben

- Kurzfristiger Beschaffungsbedarf zur Eindämmung der Corona-Epidemie begründet **Dringlichkeit**
 - *„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.“*
 - <https://www.abz-bayern.de/abz/inhalte/Aktuelles/rundschreiben-des-bmwi-zu-coronavirus.html>

Rundschreiben BMWi vom 19.03.2020 zu Direktvergaben

▪ Konsequenz

- Angebote können im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb formlos und ohne die Beachtung konkreter Fristvorgaben eingeholt werden.
- *„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 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.“*
- Für UVgO: ggf. auch insgesamt Aussetzung bestimmter Regelungen als **ultima ratio**

Leitfaden der EU-Kommission vom 01.04.2020

- **BMWi: „Sinnvolle (wenn auch späte) Ergänzung zu Rundschreiben vom 19.03.2020“**
 - *„Öffentliche Auftraggeber können direkt mit potenziellen Auftragnehmern verhandeln, und es bestehen keine Anforderungen hinsichtlich der Veröffentlichung, der Fristen oder der Mindestanzahl der zu konsultierenden Bewerber oder sonstige verfahrenstechnische Anforderungen....*
 - *In der Praxis bedeutet dies, dass die Behörden so schnell handeln können, wie es technisch/physisch möglich ist, und dass das Verfahren de facto eine Direktvergabe darstellt, die lediglich den physischen/technischen Zwängen im Zusammenhang mit der tatsächlichen Verfügbarkeit und Schnelligkeit der Lieferung unterworfen ist....*
 - *Dabei können öffentliche Auftraggeber auch in Erwägung ziehen mit potenziellen Auftragnehmern innerhalb und außerhalb der EU per Telefon, E-Mail oder persönlich Kontakt aufzunehmen.“*
 - https://ec.europa.eu/germany/news/20200401-vergabe-oefentlicher-auftraege_de

Verkürzte Fristen für „sonstige Beschaffungen“

Offenes Verfahren § 15 VgV	Kalendertage
Angebotsfrist	30
• Bei "hinreichend begründeter Dringlichkeit"	15
Nichtoffenes Verfahren/Verhandlungsverfahren § 16, 17 VgV	
Teilnahmefrist	30
• Bei "hinreichend begründeter Dringlichkeit"	15
Angebotsfrist	25
• Bei "hinreichend begründeter Dringlichkeit"	10

Erlasse/Rundschreiben in den Bundesländern

- Übernahme der Vorgaben des BMWi vom 19.03.2020 für EU-weite Oberschwellenvergaben
- Nationaler Bereich in Nuancen unterschiedliche Regelungen
 - Reduzierung der Vergabeunterlagen (Eignung, Referenzen) auf das „notwendige Maß“ (zB NRW/Bremen/Rheinland-Pfalz)
 - Aussetzung der verpflichtenden E-Vergabe (zB Berlin/Bayern – Angebote auch per Mail!)
 - Aussetzung der UVgO (zB NRW bis 30.06.2020, Hamburg bis 31.12.2020)
 - Zusammenstellung:
 - <https://www.sammlerusinger.com/news/vergaberecht.html> (Stand 03.04.2020)

Rundschreiben BMWi vom 19.03.2020 zu Direktvergaben

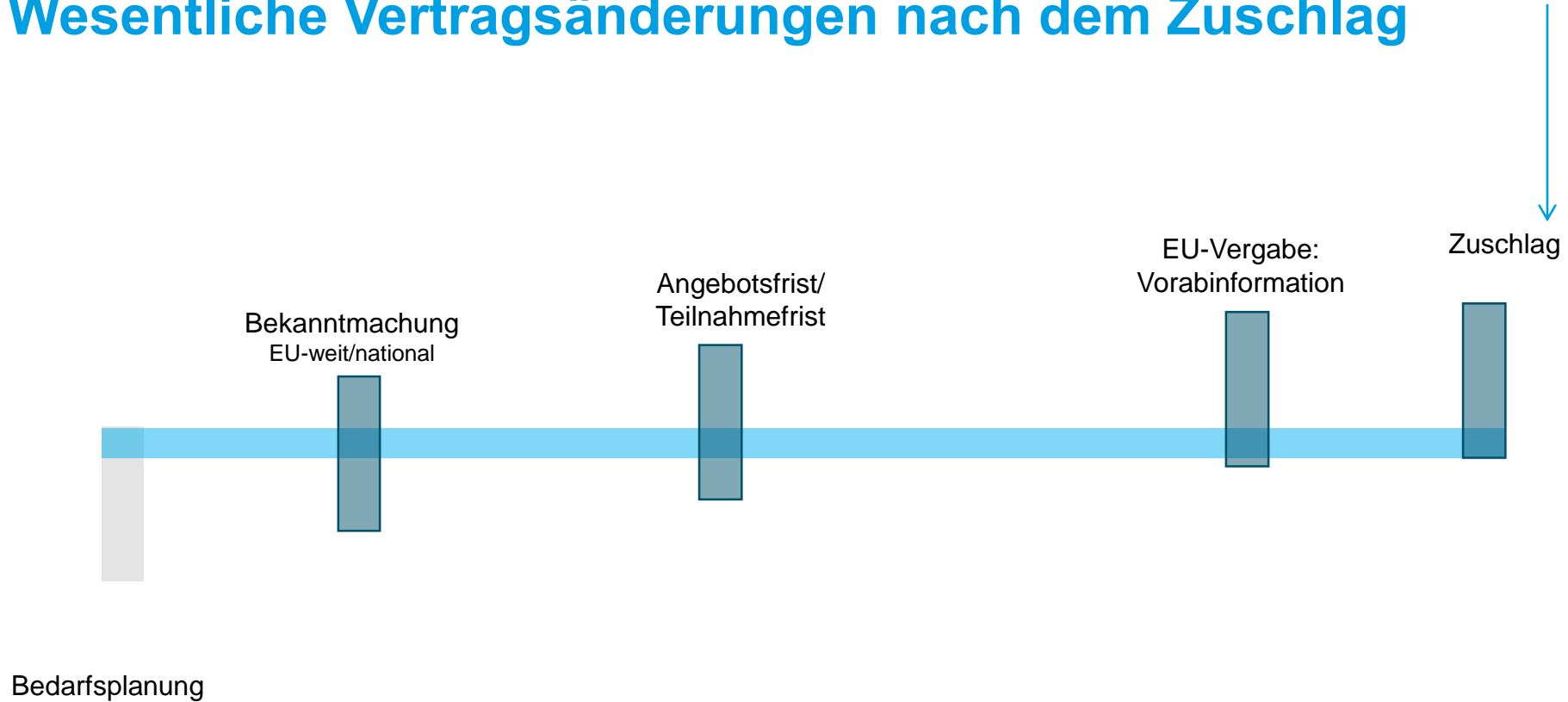
▪ Offene Fragen

- Mehr als ein Unternehmen leistungsbereit?
- Abgrenzung von „äußerster Dringlichkeit“ zu „hinreichend begründeter Dringlichkeit“?
- Aussetzung welcher Regelungen der UVgO?
- Geltungsdauer?

2

Anpassung bestehender Verträge

Wesentliche Vertragsänderungen nach dem Zuschlag



Die Regelung in § 132 GWB, § 47 UVgO

Unwesentliche Auftragsänderung (nicht > 10% + unterhalb Schwellenwert)?

Wesentliche Auftragsänderung?

Besondere Ausnahmetatbestände (§ 132 Abs. 2 GWB)?

Änderung im
ursprünglichen Vertrag
vereinbart?

Zusätzliche Leistung
erforderlich, Wechsel
unwirtschaftlich,
< 50% ursprünglicher
Auftragswert?

**Unvorhersehbare
Änderung, < 50%
ursprünglicher
Auftragswert?**

Wechsel des
Auftragnehmers
(Umstrukturierung/
Insolvenz)?

EU-weite Bekanntmachung der Änderung

Rundschreiben BMWi zur „Ausweitung bestehender Verträge“

▪ Voraussetzungen

- Änderung/Ausweitung erforderlich aufgrund des Vorliegens von Umständen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten nicht vorhersehen konnte
- Keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags aufgrund der Vertragsänderung, -verlängerung und/oder –ausweitung
 - Änderung: Anstelle Lieferleistung Dienstleistung
 - Keine Änderung: Erhöhung der Liefermengen der vereinbarten Leistung, bestehender Liefervertrag wird um weitere Gegenstände ergänzt wird, die dem gleichen oder einem ähnlichen Zweck gelten
- Preis darf nicht um mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden

Rundschreiben BMWi zur „Ausweitung bestehender Verträge“

▪ Offene Fragen

- Obergrenze bei Rahmenvereinbarungen?
- Vorgehen bei > 50% oder Änderung des Gesamtcharakters?
- Auslaufende Verträge: umfasst § 132 GWB auch nicht vorgesehene Vertragsverlängerungen?
 - Interimsvergabe?
 - Dauer?

3

Auswirkung auf laufende Vergabeverfahren

Fristverlängerungen

- Auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Angebotsfristen
 - Anspruch auf Verlängerung bei Auswirkung der Corona Epidemie
 - Abhängig von zu erbringender Leistung
- Entsprechende Verlängerung der Bieterfragenfristen
- Verlängerung der Bindefristen
 - Wie lange sinnvoll?
 - Durchreichen an Nachunternehmer möglich?

Aufhebung

- Aufhebungsgründe, § 63 VgV, wenn
 - kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht,
 - **Grundlage des Vergabeverfahrens sich wesentlich geändert hat,**
 - kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder
 - **andere schwerwiegende Gründe bestehen.**
- Corona Epidemie rechtfertigt aktuell grundsätzlich Aufhebung
- Sinnvoll oder neuer Weg „Aussetzung“?

E-Vergabe: Durchführung von Verhandlungsverfahren

- Aktuell persönliche Teilnahme ggf. mit Reisetätigkeit schwer durchführbar
- Kurze Begründung und Aufzeigen alternativer Wege
- Anpassung in Zeiten der E-Vergabe
 - Möglichkeiten per Skype/Webex etc.
 - Nicht vorhanden: dringliche Beschaffung

Aufnahme einer „Corona-Klausel“

- Bei laufenden Ausschreibungen ist aktuell die Corona Pandemie bekannt
 - Grundsätzlich Berufung auf höhere Gewalt nach Angebotsabgabe nicht möglich
- Sofern kein entsprechender Vorbehalt oder passende Vertragsklausel in Vergabeunterlagen
 - Bei Angebotsabgabe in Kenntnis der Situation nach Vertragsschluss kein Anspruch auf Anpassung
- Klärung mit Bieterfrage
 - Berufung auf sich täglich ändernde aktuelle Situation
 - Keine Kalkulationsmöglichkeit für Bieter in Bezug auf Liefer-/Leistungszeit und Preise
 - Auch entstehende Mehraufwände nicht absehbar

Hinweis des BMI für laufende Bauvergaben vom 27.03.2020

- Folgen der COVID-19-Pandemie auch bei laufenden und neuen Bauvergabeverfahren des Bundes weiterhin unvorhersehbar
- Berufung der Unternehmen auf höhere Gewalt **auch bei noch abzuschließenden Neuverträgen** wie bei den Bestandsverträgen, auch wenn keine „Corona-Klausel“ enthalten ist
- Nachweispflicht des Auftragnehmers im Einzelfall, dass die Leistungsstörung auf den Auswirkungen der Corona-Pandemie beruht
- <https://www.sammlerusinger.com/aktuelles/auswirkungen-der-corona-virus-krise-h%C3%B6here-gewalt-bei-laufenden-bauvergabeverfahren.html>
- Anregung der entsprechenden Übernahme für IT Ausschreibungen im Rahmen der EVB-IT bzw. der VOL/B

4 Herausforderungen

Aktuelle Situation

- Häufig Diskussion auf „kleiner Ebene“ (zB formale Abwicklung der Vergabeverfahren)
- Immer noch große Unsicherheit auf „beiden“ Seiten
- Fast wöchentlich neue Erlasse/Hinweise, jeweils Durchsicht im jeweiligen Bundesland bzw. Geltungsbereich
- Teilweise immer noch keine Anpassung der Vergabeunterlagen auch bei neuen Ausschreibungen

Lösungen?

- Kein Stillstand der Beschaffung
- Keine Aufhebung laufender Vergabeverfahren
- Sinnvolles Miteinander
- Umdenken „alter Wege“ auf beiden Seiten
- Produktive Bieter – Aufzeigen von (digitalen) Lösungen
- Rügen/Nachprüfungsverfahren aktuell sinnvoll?
- Inwieweit nützt/behindert Vergaberecht die Beschaffung?

Bleiben Sie gesund!

