

# Öffentliche Beschaffung in Krisenzeiten: Jetzt muss sie besonders gut funktionieren

In Krisenzeiten ist schnelles Handeln gefragt, das gilt insbesondere für die Organisationen des öffentlichen Sektors. Sie müssen Gefahren abwehren und die Bevölkerung schützen. Damit geht häufig einher, dass in kurzer Zeit Produkte oder Dienstleistungen beschafft werden müssen. In der Coronapandemie waren dies unter anderem Atemschutzmasken oder medizinische Ausrüstung, die nicht in ausreichender Menge vorhanden waren. Die öffentliche Beschaffung hat dann eine ganz zentrale Rolle als Krisenmanager inne und muss schnell und flexibel agieren. Teilweise sind dafür gesetzliche Änderungen oder besondere Erlasse notwendig. Doch auch im Rahmen des bestehenden Vergaberechts stehen zahlreiche Instrumente zur Verfügung, die in Krisenzeiten die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Beschaffung sichern können. Sie werden allerdings noch nicht immer ausreichend genutzt.

## In der Krise ist schnelles und innovatives Handeln wichtig – es ist aber nicht alles erlaubt

Insbesondere während der Coronapandemie zeigte sich, worauf es bei der öffentlichen Beschaffung in der Krisensituation ankommt:

- Bedarfe müssen schnell identifiziert und priorisiert werden. (Im Fall der Coronapandemie betraf dies insbesondere medizinische Ausstattung und Ausrüstung, Lagerhaltung und Logistik.)
- Bedarfe müssen intelligent gedeckt werden: Was wird wann, wo und wie gebraucht? Bündelungsstrategien, die Nutzung bestehender (Rahmen-)Verträge sowie die Anpassung oder Änderung bestehender (Rahmen-)Verträge können dabei helfen.
- Beschaffungs- und Vergabeprozesse müssen beschleunigt werden: vereinfachte Vergabeverfahrensarten und Fristenverkürzungen als Lösung.
- Anbietermärkte sollte man im Blick behalten: Welchen Einfluss hat die Krise? Sensibilität im Umgang mit der Krisensituation ist sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite gefragt.
- Auch Beschaffung sollte „remote“ stattfinden können: Die Gewährleistung einer ausreichenden und sicheren IT- und eVergabe-Infrastruktur ist zentral, um die operative Handlungsfähigkeit sicherzustellen.

So enthielten die „Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die Covid-19-Krise verursachten Not-situation“<sup>1</sup> entsprechende Hinweise für öffentliche Beschaffungs- und Vergabestellen. Die Kommission verwies zum Beispiel auf die Möglichkeit, Fristen bei offenen oder nicht-offenen Verfahren zu verkürzen oder gegebenenfalls vom Instrument der Direktvergabe Gebrauch zu machen, sofern nur ein Anbieter in der Lage ist, die erforderlichen Lieferungen innerhalb der durch äußerste Dringlichkeit bedingten technischen und zeitlichen Zwänge durchzuführen.

Außerdem weisen die Leitlinien darauf, dass „öffentliche Auftraggeber nach dem EU-Rechtsrahmen voll und ganz befugt (sind), sich auf dem Markt zu betätigen und Vermittlungsaktivitäten zu übernehmen“. Demnach könnten sie zum Beispiel auch innovative Instrumente nutzen und Hackathons durchführen oder mit Innovationsökosystemen bzw. Unternehmensnetzwerken zusammenarbeiten.

## Der Begriff „Krise“ im Vergaberecht

Sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene besteht bereits seit 2009 ein definierter Begriff von „Krise“. Eine „Krise“ ist nach Art. 1 Nr. 10 der Richtlinie 2009/81/EG<sup>2</sup> im Kontext des Sondervergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (vgl. auch § 4 Abs. 1 VSVgV) definiert und umfasst somit „jede Situation in einem Mitgliedstaat oder einem Drittland, in der ein Schadensereignis eingetreten ist, welches deutlich über die Ausmaße von Schadensereignissen des täglichen Lebens hinausgeht und dabei Leben und Gesundheit zahlreicher Menschen erheblich gefährdet oder einschränkt, eine erhebliche Auswirkung auf Sachwerte hat oder lebensnotwendige Versorgungsmaßnahmen für die Bevölkerung erforderlich macht; eine Krise liegt auch vor, wenn das Eintreten eines solchen Schadensereignisses als unmittelbar bevorstehend angesehen wird; bewaffnete Konflikte und Kriege sind Krisen im Sinne dieser Richtlinie.“ Außerhalb des Sondervergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit existieren jedoch keine konkreten Vergabevorschriften mit „Krisen“-Begriff.

Auch auf nationaler Ebene verwies das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in einem Rundschreiben auf verschiedene Möglichkeiten „zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistun-

<sup>1</sup> Mitteilung der Kommission (2020/C 108 I/01) vom 1.4.2020

<sup>2</sup> Richtlinie 2009/81/EG vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit



Eine Direktvergabe von Unterstützungsleistungen in Zusammenhang mit Verträgen über die Beschaffung von Schutzausrüstung auf Bundesebene hielt die VK Bund im August 2020 hingegen für vergaberechtskonform.<sup>5</sup>

### Anhebung von Wertgrenzen als beliebte Lösung im Krisenfall

Blickt man auf die letzten fast 15 Jahre zurück, zeigt sich, dass für den Bereich der öffentlichen Beschaffung eine Maßnahme auf gesetzgeberischer bzw. regulatorischer Ebene wiederholt in Krisensituationen angewendet wird: Die Anhebung der sogenannten Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen, Verhandlungsvergaben und Freihändige Vergaben im sogenannten Unterschwellenbereich, das heißt in dem Bereich, in dem es um Beschaffungsvorgänge und Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte geht, ab denen eine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung besteht. Durch den dann vermeintlich „einfacheren“ Einsatz dieser drei Vergabeverfahrensarten erhofft sich die Praxis eine Beschleunigung und Vereinfachung der Einkaufsprozesse.

Im Januar 2009 wurde mit dem sogenannten Konjunkturpaket II<sup>6</sup> ein Konjunkturprogramm in Deutschland beschlossen, um die Auswirkungen der internationalen Finanzkrise auf die Wirtschaft zu mildern und die Rezession im Winterhalbjahr 2008/09 zu überwinden. Das Konjunkturpaket II enthielt unter anderem einen Beschluss zur „Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachung des Vergaberechts“, mit dem vor allem eine Anhebung der Wertgrenzen<sup>7</sup> verbunden war, bis zu denen – in Abweichung vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung – als vereinfachte und vermeintlich schnellere Vergabeverfahrensarten Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben bei der Vergabe von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen zulässig waren.

Obwohl der Bundesrechnungshof dieses Vorgehen und daraus resultierende Einschränkungen bei Transparenz und Wettbewerb kritisierte,<sup>8</sup> wird das Instrument der Anhebung von Wertgrenzen weiterhin in Krisenzeiten genutzt. So auch in der Coronapandemie oder in den von Flutkatastrophen betroffenen Ländern.

5 VK Bund, 28.8.2020 – VK 2-57/20

6 Pakt für Beschäftigung und Stabilität in Deutschland zur Sicherung der Arbeitsplätze, Stärkung der Wachstumskräfte und Modernisierung des Landes

7 Bei Bauleistungen: Beschränkte Ausschreibung bis eine Million Euro, Freihändige Vergabe bis 100.000 Euro; bei Liefer- und Dienstleistungen: Beschränkte Ausschreibung und Freihändige Vergabe bis 100.000 Euro

8 Bericht über die Auswirkungen der Vergaberechtslockerungen im Rahmen des Konjunkturpakets II auf die Beschaffung von Lieferungen und Leistungen durch die Bundesverwaltung vom 11.8.2011

gen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“. Bereits bestehende Verträge könnten zum Beispiel unter bestimmten Voraussetzungen ohne neues Vergabeverfahren im Einvernehmen der Vertragsparteien verlängert und ausgeweitet werden.<sup>3</sup>

Auch im Krisenfall hat ein öffentlicher Auftraggeber jedoch nicht alle Rechte, sondern muss trotz Beschleunigung und Dringlichkeit bestimmte vergaberechtliche Voraussetzungen, insbesondere die Grundsätze des Vergaberechts, berücksichtigen.

So war nach einer Entscheidung des OLG Rostock aus dem November 2021 das Vorgehen des Landes Mecklenburg-Vorpommern bei der Direktvergabe (ohne Wettbewerb) der „Luca-App“ vergaberechtswidrig und der geschlossene Vertrag daher unwirksam: „Auch in den Fällen der so genannten Notvergabe gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV hat der öffentliche Auftraggeber so viel Wettbewerb wie jeweils möglich sicherzustellen; [...] Der solchermaßen ermessensfehlerhaft ohne jeden Wettbewerb dem einzig angesprochenen Bieter erteilte Direktauftrag ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam.“<sup>4</sup>

3 Nach § 132 Abs. 2 GWB; 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 auch für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte

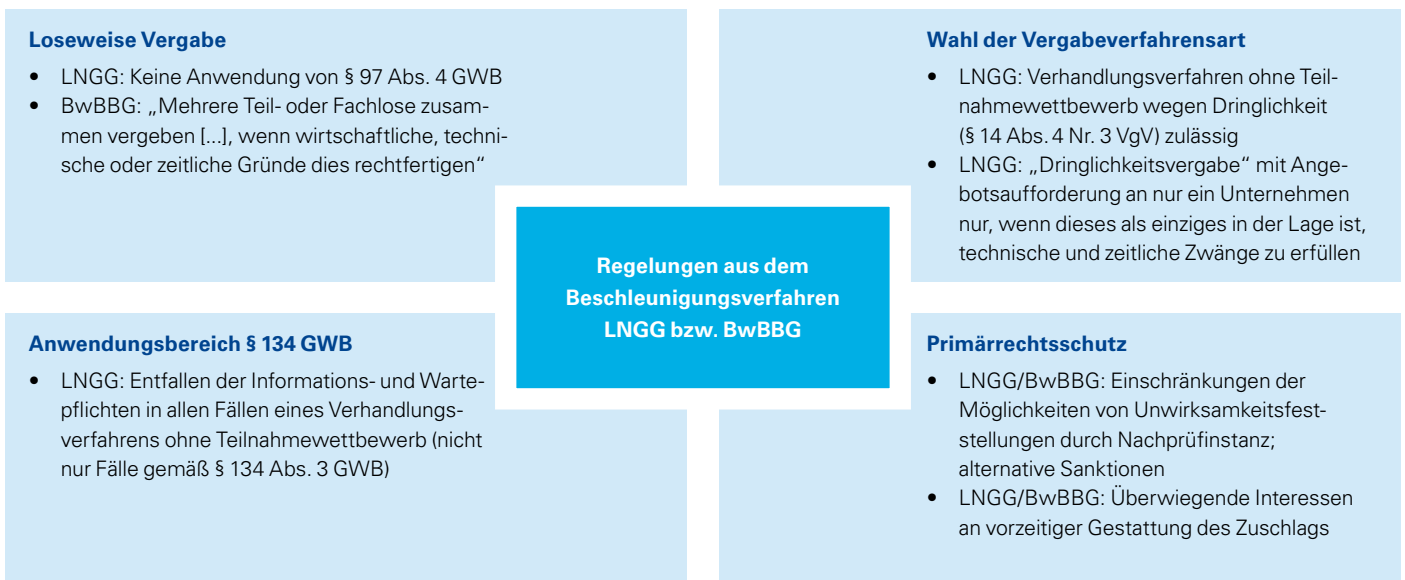
4 OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021 – 17 Verg 4/21

## Ein Flickenteppich der Wertgrenzen

Wertgrenzenanhebungen unterscheiden sich vielfach von Bundesland zu Bundesland, teilweise sogar zwischen Landes- und kommunaler Ebene, aber auch zwischen verschiedenen Selbstverwaltungskörperschaften auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene, jedenfalls nach Auftragsarten (Bauftrag oder Liefer-/Dienstleistungsauftrag). Für die Anbieter, die sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, entsteht dadurch ein – auch durch die verschiedenen „krisenbedingten“ Wertgrenzenanhebungen der letzten fast 15 Jahre und deren unterschiedliche Laufzeiten(verlängerungen) – „Flickenteppich“ der Wertgrenzen.

Unabhängig von Wertgrenzenanhebungen lassen die geltenden Vergabevorschriften im Unterschwellenbereich<sup>9</sup> die

Abbildung: **Ansätze aus den Beschleunigungsgesetzen**



Quelle: KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH (2023)

Beschränkte Ausschreibung, Verhandlungsvergabe oder Freihändige Vergabe als Vergabeverfahrensart aber auch aus anderen Gründen (teilweise sogar bei Überschreitung der jeweils geltenden Wertgrenzen) zu. Will ein öffentlicher Auftraggeber auf diese Möglichkeit zurückgreifen – zum Beispiel auch aufgrund einer Krisensituation –, muss er hierzu jeweils die einschlägigen Tatbestände der Vorschriften prüfen und bewerten.

## Auch gesetzliche Anpassungen können erforderlich sein

Manchmal können Krisenzeiten sogar zu Anpassungen des geltenden Vergaberechts auf gesetzlicher Ebene führen. Zwei aktuelle Beispiele: das LNG-Beschleunigungsgesetz – LNGG (betreffend die notwendige Infrastruktur für den Einsatz von Flüssigerdgas) in der Energiekrise und das Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz – BwBBG (betreffend die Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit der Bundeswehr) anlässlich des Kriegs in der Ukraine.

In jeweils abschließend und eng definierten Anwendungsbereichen schaffen die beiden Gesetze Ausnahmen oder Konkretisierungen zu geltenden vergaberechtlichen Vorschriften (vgl. Abbildung). Das LNGG ist gemäß § 2 Abs. 2 LNGG auf die in der Anlage zum Gesetz bezeichneten Vorhaben sowie für Vorhaben nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 und 5 LNGG beschränkt und dient der Sicherung der nationalen Energieversorgung durch die zügige Einbindung verflüssigten Erdgases in das bestehende Fernleitungsnetz (§ 1 Abs. 1 LNGG). Das BwBBG dient dem zeitnahen Erreichen eines breiten, modernen und innovationsorientierten Fähigkeitsspektrums der Bundeswehr und damit der Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit (§ 1 Abs. 1 BwBBG) und ist in § 2 BwBBG auch hinsichtlich seines sachlichen Anwendungsbereichs beschränkt.

## Gesetzesänderungen sind nicht immer notwendig: vorhandene Instrumente richtig nutzen

Für Spezialbereiche wie Flüssigerdgas-Infrastruktur und Bundeswehrbeschaffung mögen gesetzgeberische „Spezialmaßnahmen“ grundsätzlich sinnvoll und geboten sein. In der Breite der öffentlichen Beschaffung kann jedoch mit den heute bereits bestehenden vergaberechtlichen Instrumenten und Methoden die Funktions- und Leistungsfähigkeit der öffentlichen Beschaffung auch in Krisensituationen sichergestellt werden. Man muss diese nur richtig nutzen:

## Den Markt erkunden und in Vergabeverfahren kommunizieren:

Die EU-Kommission hatte in ihren Leitlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe in der Coronakrise bereits die besondere Bedeutung der Kommunikation und Interaktion öffentlicher Auftraggeber mit Marktteilnehmern betont. Das geltende Vergaberecht lässt hier schon heute viel Handlungsspielraum zu, der jedoch oftmals nicht genutzt wird: So sind zum Beispiel verschiedene Markterkundungs- und

<sup>9</sup> § 3a VOB/A Abschnitt 1 für Bauleistungen, § 8 UVgO für Liefer- und Dienstleistungen

Marktdialog-Formate zur Vorbereitung von Beschaffungs- und Vergabevorgängen ausdrücklich zulässig (vgl. § 20 UVgO, § 28 VgV, § 26 SektVO, § 2 EU Abs. 7 Satz 1 VOB/A). Auch Kommunikationsformate vor Angebotsabgabe (zum Beispiel sogenannte Bieterkolloquien) können bei entsprechender Gestaltung erfahrungsgemäß erheblich zur Beseitigung von Unklarheiten und Missverständnissen und damit zur Qualität der Angebote und des Wettbewerbsergebnisses beitragen.

**Das richtige Verfahren wählen und von Möglichkeiten zur Fristverkürzung Gebrauch machen:** Die Erfahrungen aus den letzten Krisensituationen zeigen, dass die bestehenden Fristenverkürzungsmöglichkeiten von der Praxis teilweise erheblich unterschätzt oder gar übersehen werden. So wurde teilweise erheblicher (zeitlicher) Aufwand betrieben, eine besondere Dringlichkeit für Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu rechtfertigen, obwohl in derselben oder einer noch viel kürzeren Zeit ein offenes Verfahren wegen Dringlichkeit mit einer Angebotsfrist von nur 15 Tagen hätte durchgeführt werden können (vgl. § 15 Abs. 3 VgV).

#### Falls möglich, Dringlichkeitsvergaben durchführen:

Besondere Aufmerksamkeit und Sensibilität erfordern stets jegliche Formen von Dringlichkeitsvergaben. Dies gilt insbesondere für Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb aufgrund äußerster Dringlichkeit (vgl. z. B. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV). Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen dieser äußersten Dringlichkeit vorliegen (insbesondere „unvorhersehbares Ereignis“ und keine „Zurechenbarkeit der Dringlichkeitsumstände an den Auftraggeber“), kann sogar eine „Direktvergabe“ (ohne Wettbewerb) nach Verhandlung mit nur einem Unternehmen zulässig sein (vgl. zum Ganzen Vergabeblog.de vom 22.2.2021, Nr. 46434; Vergabeblog.de vom 26.9.2022, Nr. 50932). Auftraggeber müssen solche Wege nicht nur schnell, sondern im Einzelfall auch überzeugend begründen können; dies schon allein aufgrund der sehr diversen Rechtsprechung (vgl. KG, Beschluss vom 10.5.2022 – Verg 1/22; OLG Rostock, Beschluss vom 9.12.2020 – 17 Verg 4/20). Es gilt, im Einzelfall mutige Entscheidungen zu treffen, um im Interesse höchster Schutzgüter (zum Beispiel Leib und Leben von Menschen) handlungs- und funktionsfähig zu bleiben.

**Vereinfachte Bewertungssystematiken sowohl für Teilnahmeanträge als auch Angebote nutzen:** In der Praxis vielfach unterschätzt wird der Aufwand und die Zeit für die Aufstellung und Anwendung (zu) komplizierter Bewertungssystematik für die Auswahl von Teilnahmeanträgen und Angeboten. Wenn und soweit möglich, können beispielsweise binäre Bewertungssystematiken Verfahren vereinfachen und beschleunigen (zum Beispiel Abfrage der Erfüllung von Anforderungen durch Ja/Nein-Fragen).

**Zeit bei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb einsparen:** Mit der Verwendung von vereinfachten Bewertungssystematiken im vorstehenden Sinne, kombiniert mit der Möglichkeit, sich als Auftraggeber die Zuschlagerteilung auf das Erstangebot vorzubehalten (§ 17 Abs. 11 VgV)



und eine kurze Angebotsfrist im gegenseitigen Einvernehmen mit den Bietern festzulegen (§ 17 Abs. 7 VgV), lässt sich sogar die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb erheblich beschleunigen.

#### Zusammenfassung und Fazit

Fast 15 Jahre „Krisenerfahrung“ in der öffentlichen Beschaffung zeigen zwar einerseits, welche Komplexität in der öffentlichen Beschaffung während einer Krise steckt, andererseits aber auch, dass es unter den bestehenden und geltenden (insbesondere vergaberechtlichen) Rahmenbedingungen Instrumente und Methoden gibt, um den Ansprüchen und Anforderungen an eine funktionierende öffentliche Beschaffung in Krisensituationen gerecht zu werden.

Die öffentliche Beschaffungspraxis hat trotz mehrjähriger Krisenerfahrung noch nicht das volle Potenzial der bestehenden und geltenden (insbesondere vergaberechtlichen) Rahmenbedingungen gehoben, das in Krisensituationen und darüber hinaus bereitsteht. Eine stärkere Fokussierung auf ein auch strategisches Vorgehen in der öffentlichen Beschaffung kann hier zu einer zielgerichteten Weiterentwicklung beitragen.

Schließlich trägt insbesondere eine strategisch aufgestellte und ausgerichtete öffentliche Beschaffung zur bestmöglichen Krisenbewältigung bei. Instrumente wie Rahmenvereinbarungen, dynamische Beschaffungssysteme, Open-House-Modelle (richtig angewendet) und Qualifizierungssysteme (im Bereich des Sektorenvergaberechts) bieten Potenzial zur Bündelung von Bedarfen, rechtzeitigen Findung und Bindung von Anbietern und zur Vereinfachung von Einzelbeschaffungen und -aufträgen, auch bei unvorhergesehenen oder Ad-hoc-Bedarfen. |

*Henrik-Christian Baumann, Karl Karbe*