

Wettbewerbe und Ausschreibungen in Zeiten der Pandemie



Die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie erfasst weiterhin alle Lebensbereiche und damit auch die Vorbereitung und Durchführung von Wettbewerben und Ausschreibungen.

Die nachfolgenden Ausführungen versuchen zu den wichtigsten Fragen Stellung zu nehmen. Es ist zu betonen, dass eine derartige Epidemie beispiellos ist, weshalb auch daraus folgende rechtliche Probleme bislang in Gerichtsentscheidungen und Kommentaren nicht konkret behandelt werden.

1. An welchen Stellen muss ein Wettbewerb bzw. eine Ausschreibung abweichend gestaltet werden?

Die Kommunikation sowie die Termine müssen den behördlichen Vorgaben entsprechend angelegt werden. Sie können auch nachträglich neu festgelegt werden, solange im Sinne der Transparenz alle Beteiligten informiert werden. Wenn es Aspekte betrifft, die sich gegenüber der Bekanntmachung ändern, müsste auch eine geänderte Bekanntmachung erfolgen.

Hinsichtlich der Kommunikation aller Beteiligten samt Eingabe der Wettbewerbsbeiträge bzw. Angebote ist der digitale Weg (per Vergabeplattform bzw. E-Mail) für die Beteiligten unproblematisch möglich (in Vergabeverfahren ohnehin verpflichtend, wogegen die eVergabe für Wettbewerbe nicht vorgeschrieben ist, vgl. Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, VgV § 69, Rn. 2). Die in Wettbewerben übliche Übermittlung von Planrollen und Modellen ist derzeit nur für spätere erfolgreiche Ausstellungen sinnvoll. Für die Preisgerichtssitzung müssen digitale Pläne und Fotos der Modelle bzw. Renderings ausreichen.

Gremiensitzungen mit persönlicher Anwesenheit, wie sie etwa bei Preisgerichtssitzungen gebräuchlich sind, sollten entfallen (hier ist insbesondere auch auf die landesrechtlichen Regelungen jeweils zu achten). Die Regelungen in den Wettbewerbsrichtlinien wie den RPW 2013 sehen keine ausdrückliche und zwingende persönliche Anwesenheit vor. Das „schriftliche“ Festhalten von Bewertungen kann in Textform, d. h. auch digital stattfinden, weil die Wettbewerbsrichtlinien wie die RPW 2013 kein gesetzliches Schriftformerfordernis bilden und es in Wettbewerben nicht unmittelbar um ein Rechtsgeschäft geht. Deshalb gilt die Abweichungsmöglichkeit auch für die Genehmigung des Protokolls. Die Sitzungen sind ohnehin nichtöffentlich. Damit wäre die Durchführung von Preisgerichtssitzungen per Videokonferenz rechtlich möglich.

Auf die Durchführung von Videokonferenzen für Gremiensitzungen müsste in der (nachträglichen) Bekanntmachung hingewiesen werden. Die technischen Voraussetzungen wären bei allen Gremienmitgliedern zuvor zu schaffen. Wichtig ist, das Funktionieren der Videokonferenz auch vor der eigentlichen Sitzung zu testen.

2. Darf man bei laufenden Wettbewerben bzw. Ausschreibungen die Bindefrist verlängern?

In laufenden Wettbewerben sind Fristverlängerungen rechtlich unproblematisch, denn es steht nicht die unmittelbare Anbahnung eines Vertrags in Frage und die Wettbewerbsteilnehmer müssen keine Ressourcen binden. Gleichwohl sollte die Fristverlängerung mit Augenmaß erfolgen (siehe dazu bereits unser Positionsblatt zu Abgabeterminen in Wettbewerben).

Dagegen geht es in Vergabeverfahren bei finalen Angeboten um den möglichen Vertragsschluss auf eine der verbindlichen Willenserklärungen (= Angebote). Insofern bedarf es einer sachlichen Begründung für eine Bindefristverlängerung (vgl. BayObLG, NZBau 2000, 49). Ein schlichter Verweis auf die Coronavirus SARS-CoV-2 -Krise dürfte nicht ausreichen. Vielmehr wäre konkret zu begründen, in wie weit dieser Umstand eine Verlängerung der Bindefrist erzwingt, z. B. weil ein Gremium wie der Gemeinderat nicht zusammentreten konnte. Eine mehrfache Verlängerung der Bindefrist ist bei Vorliegen eines sachgerechten Umstands zum jeweiligen Zeitpunkt möglich.

Die Bieter können aber nicht zu einer Verlängerung gezwungen werden. Es ist also möglich, dass einige, vielleicht alle Angebote bei der avisierten Bindefristverlängerung wegfallen. Selbst nach Ablauf der Bindefrist kann allerdings ein Vertrag mit dem Bestbieter geschlossen werden, wenn er sich wieder ausdrücklich an sein ursprüngliches Angebot bindet (vgl. Kaiser, VergabeR 2009, 949).

3. Ist die Coronavirus SARS-CoV-2-Krise ein Aufhebungsgrund für Wettbewerbe bzw. Ausschreibungen?

Für Wettbewerbe gibt es keine normierten Aufhebungsregeln in den Wettbewerbsrichtlinien. Allerdings bestehen durch eine Auslobung zivilrechtlich relevante Rücksichtnahmepflichten des Auslobers gegenüber den Beteiligten (vgl. BGH, NZBau 2011, 498). Insofern bedarf es zumindest eines sachgerechten Grundes für eine Aufhebung. Ähnliches gilt für Ausschreibungen (vgl. § 63 VgV).

Die Coronavirus SARS-CoV-2-Krise könnte ein solcher Aufhebungsgrund sein, wenn in diesem Zusammenhang etwa die Wettbewerbsbearbeitung nicht mehr gelingt, weil Mitarbeiter auf Ausloberseite wegen Krankheit ausfallen. Die Aufhebungsentscheidung ist eine Ermessensentscheidung und darf nur ultima ratio sein, d.h. der Auftraggeber muss u.a. ein milderes Mittel prüfen (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2019, 195). Insofern kann man erwägen, das Wettbewerbs- oder Ausschreibungsverfahren für eine bestimmte Zeit auszusetzen, statt es aufzuheben. Sollte der Beschaffungsbedarf wegen der Coronavirus SARS-CoV-2 - Krise gänzlich weggefallen sein, besteht naturgemäß ein absoluter Aufhebungsgrund.

4. Besteht die Gefahr von Schadensersatzansprüchen nach einer Aufhebung?

Sowohl in Wettbewerben wie in Ausschreibungen haben Wettbewerbsteilnehmer bzw. Bieter dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch, wenn die Aufhebung rechtswidrig war (vgl. BGH, NJW 1998, 3640). Die Aufhebung ist nicht rechtswidrig, wenn sie aus sachgerechten Gründen erfolgt ist (siehe dazu den vorherigen Abschnitt).

Der Umfang des Schadensersatzanspruchs ist grundsätzlich begrenzt auf die Kosten für die Erstellung der Wettbewerbsbeiträge bzw. Angebote (vgl. BGH, ZfBR 2017, 612). Der Ersatz des sog. positiven Interesses, mit anderen Worten des Gewinns, ist nur denkbar, wenn dem Anspruchsteller der (unwahrscheinliche) Nachweis gelingt, dass er den Auftrag erhalten hätte, falls nicht aufgehoben worden wäre (vgl. BGH, NZBau 2013, 319).

5. Ermöglicht die Coronavirus SARS CoV-2-Krise Direktvergaben oder zumindest schnellere Beschaffungen?

Eine Direktvergabe ist möglich bei einer konkreten Dringlichkeit (nachfolgend das Zitat von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV [https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/_14.html]), unter der EU-Schwelle gilt im Prinzip dasselbe):

„wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein.“

Die Gerichte prüfen immer den Einzelfall dahingehend, ob die Beschaffungssituation nicht doch unter Berücksichtigung der Fristen einer Ausschreibung hätte gelöst werden können (z. B. Schutzanzüge für das THW: kritisch das KG, BauR 2000, 1579). Zudem gilt die Ausnahmvorschrift nur für den Zeitraum der akuten Katastrophe und deren unmittelbare Bekämpfung samt akuter Folgenbeseitigung; somit würde ein langfristiger Vertrag aus einer punktuellen Engpasslage ohne vorherige Bekanntmachung an zumeist lokale Anbieter den Ausnahmetatbestand der Vorschrift sprengen (vgl. VK Rheinland-Pfalz, B. v. 22.10.2010, VK 2- 34/10, zitiert nach landesrecht.rlp). Im Rahmen der Flüchtlingskrise 2015/2016 wurde in der Rechtsprechung festgestellt, dass stets vor einer Direktvergabe wegen Dringlichkeit zu prüfen ist, ob nicht ein beschleunigtes offenes oder nicht offenes Verfahren mit einer Verkürzung der Mindestfristen möglich wäre (vgl. OLG Düsseldorf, VPR 2015, 191; VK Südbayern, VPR 2016, 2132). Wenn die Rechtsprechung die Dringlichkeit samt Direktvergabe anerkennt, geht es meist um die Bewältigung akuter Katastrophenlagen samt Sicherung der Daseinsvorsorge (vgl. zur Beschaffung von kugelsicheren Westen nach den Terrorangriffen in Paris das OLG Dresden, BeckRS 2016, 118858).

Angesichts dieser hohen Voraussetzungen ist eine Direktvergabe für Architektenleistungen wegen der Coronavirus SARS-CoV-2 -Krise kaum darstellbar (zur nach wie vor engen Auslegung von Direktvergaben die jüngsten Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation, 2020/C 108 I/01, vom 01.04.2020). Anders läge dies z. B. für Schutzanzüge oder Beatmungsgeräte (vgl. [Rundschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums](#)¹⁾ zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 vom 19.03.2020). Die offenbar teilweise von der öffentlichen Hand avisierte Blitz-Errichtung von Krankenhäusern würde vermutlich als zusammengefügte Bau- und Planungsleistung vergeben. Eine schnellere Beschaffung von Architektenleistungen ausschließlich wegen der Coronavirus SARS-CoV-2 - Krise ist ebenfalls aktuell schwerlich begründbar.

1) <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>

Impressum:

Die Architektenkammer übernimmt keine Haftung und Gewähr für den Inhalt und die Angaben sowie die unter den Links aufgeführten Inhalte und Angaben. Die Ausführungen können keine individuelle Rechtsberatung mit einem Rechtsanwalt ersetzen. Bitte beachten Sie, dass sich die Ausführungen z. B. durch Änderungen des Gesetzgebers ändern können.

3. Auflage (durch die AKBW gesehen am 9. Juli 2021)

Architektenkammer Baden-Württemberg KdöR
Danneckerstraße 54
70182 Stuttgart

Telefon: 0711-21 96-0
E-Mail: recht@akbw.de

Im Auftrag der Architektenkammer verfasst von:
RA Dr. Klaus Greb
Fachanwalt für Vergaberecht
avocado rechtsanwälte, Berlin