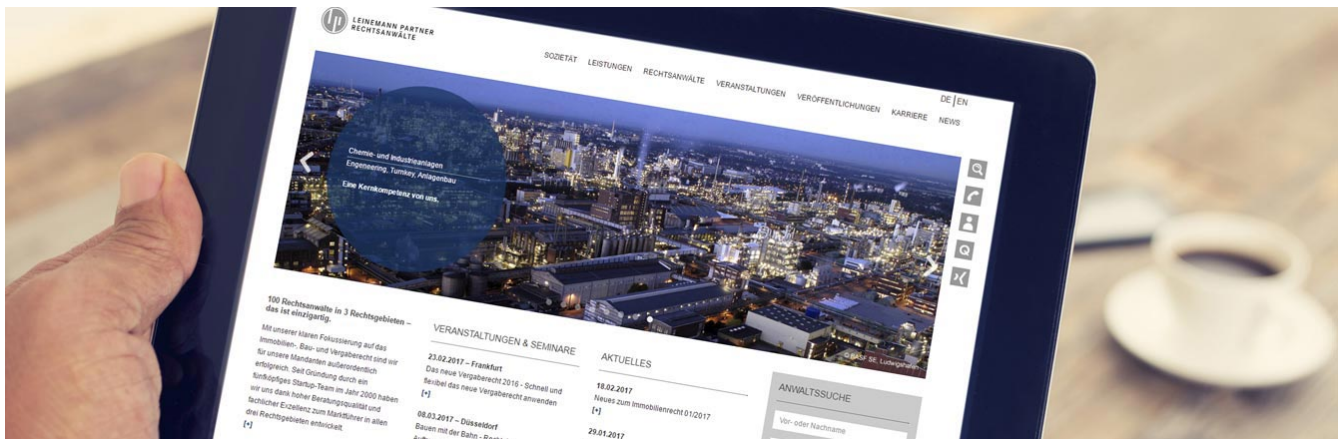




## Neues zum Vergaberecht 03/21



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres Vergaberechtsnewsletters präsentieren zu dürfen, der sich neben den neuesten und aus unserer Sicht praxisrelevantesten Entscheidungen auch mit den Vergabeerleichterungen im Zusammenhang mit den Überschwemmungen in NRW und Rheinland-Pfalz befasst.

Interessant ist hierbei nicht nur die durchaus unterschiedliche Herangehensweise der Bundesländer, sondern auch die sich aus den Verordnungen ergebenden Chancen und Risiken. Daneben dürfte die Entscheidung der VK Südbayern (**Beschluss vom 03.05.2021, Az. 3194.Z3-3\_01-21**) gerade für Bauunternehmen interessant sein, da sie das durchaus interessante „Zusammenspiel“ von Nachträgen und Vergaberecht behandelt – wenngleich der Öffentliche Auftraggeber im entschiedenen Fall einen vergleichsweise „plumpen“ Weg beschritt, um eine Direktvergabe zu rechtfertigen. Die zweite, in dieser Ausgabe besprochene Entscheidung betrifft sodann die in der Praxis äußerst wichtige Wartefrist nach Versand der Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB: Die Vergabekammer des Bundes (**Beschluss vom 28.06.2021, Az. VK 2 – 77/21**) stellt hierzu eindeutig klar, dass sich die Wartefrist nach Kalendertagen bemisst und somit auch am Wochenende oder an Feiertagen auslaufen kann.

Gerne möchten wir Sie noch auf zwei Veranstaltungen hinweisen:

### **10. Berliner Brandschutztreff, 02.11.2021**

### **Online - Diskussion: 4 Jahre neues Bauvertragsrecht - Erfahrungen aus der Praxis und Modifikationsvorschläge, 04.11.2021**

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus der derzeitigen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: [vergaberecht@leinemann-partner.de](mailto:vergaberecht@leinemann-partner.de).

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt und bleiben Sie gesund

Jonas Deppenkemper

## Themen

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

**Vergaberecht und Katastrophenhilfe: Ein Widerspruch in sich?**

Julia Thamm, Düsseldorf

**Achtung Falle! Keine Verlängerung der Bieterinformationsfrist des § 134 GWB durch Wochenenden oder Feiertage!**

Dr. Jonas Asgodom, LL.M. (Berkeley), Frankfurt am Main

**Nachträge ersetzen keine Vergabeverfahren**



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

## Vergaberecht und Katastrophenhilfe: Ein Widerspruch in sich?

### ***NRW und Rheinland-Pfalz schaffen massive Erleichterungen im Unterschwellenbereich zum Wiederaufbau in den Überschwemmungsgebieten***

Die verheerenden Unwetter Mitte Juli haben Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz schwer getroffen. Die Bilder vom Ausmaß der Zerstörung riefen deutschlandweit tiefste Betroffenheit hervor und die Frage, wie diese Schäden jemals behoben werden können, drängt sich auf.

Reflexartig geriet – wie auch zu Beginn der Coronapandemie – das Vergaberecht in den Fokus der Politik, das vorgeblich einer der Hauptgründe sei, weshalb die Öffentliche Hand sich in Krisenzeiten schwertue, angemessen und zügig zu reagieren. Mit „rasender Geschwindigkeit“, nämlich binnen vier Tagen, setzte etwa das Land Rheinland-Pfalz das Unterschwellenvergaberecht für Beschaffungen zur Krisenbewältigung faktisch außer Kraft, indem nun Liefer- und Dienstleistungen bis zu einem Auftragswert von EUR 214.000,00 und Bauleistungen bis zu einem Gesamtwert von EUR 5,35 Mio. direkt und ohne förmliches Verfahren vergeben werden können. Problematisch, wengleich für Öffentliche Auftraggeber interessant, ist, dass in Rheinland-Pfalz auch Beschaffungen die nur „mittelbar zur Bewältigung der Flutkatastrophe beitragen“ vom Vergaberecht befreit sind.

Während eine befristete Aussetzung des Vergaberechts für unmittelbare Bewältigungsmaßnahmen gerechtfertigt erscheint und möglicherweise erhöhte Angebotspreise an dieser Stelle hinzunehmen sind, um das Nötigste, insbesondere kritische Infrastrukturen, zügig wiederherzustellen, bleibt somit die Frage, welche Maßnahmen der „mittelbaren“ Bewältigung zuzurechnen sind. Denn mit entsprechend „kreativen“ Begründungen ließe sich der Anwendungsbereich dieser Formulierung erheblich ausdehnen.

Das Land Nordrhein-Westfalen hat sich an dieser Stelle etwas mehr Zeit gelassen und mit Runderlass vom 04.08.2021 eine deutlich differenziertere Erleichterung geschaffen. Durch die Formulierung eines konkreten Ziels – im Wesentlichen die Wiederherstellung der Infrastruktur – sollen nur solche Vergaben erleichtert werden, die diesem Zweck dienen. Naturgemäß lässt auch der Runderlass aus NRW einen gewissen Auslegungsspielraum dahingehend, welche Vergaben dies konkret sein können; der Ansatz erscheint jedoch selektiver, was zu begrüßen ist.

Denn es steht einerseits völlig außer Frage, dass die betroffenen Regionen pragmatisch, schnell und unbürokratisch wiederaufgebaut werden müssen. Dies erfordert zuallererst eine funktionierende Infrastruktur, also Straßen, Schienen und Brücken, aber auch eine intakte Strom-, Gas- und Trinkwasserversorgung. Wenn jedoch in den Medien zu lesen ist, dass Vergabeverfahren „jahrelang“

dauern, kann man sich als Praktiker nur wundern.

Ohne Zweifel gibt es hochkomplexe Verfahren, die mitunter länger dauern, aber gerade Bauvergaben werden zu einem Großteil in Offenen Verfahren mit einer reinen Preiswertung vergeben. In Fällen besonderer Dringlichkeit, die im Falle der aktuellen Ereignisse offensichtlich gegeben ist, kann ein Verfahren auch nach geltendem Recht in drei bis vier Wochen abgewickelt werden.

Dennoch erscheinen angesichts der besonderen Notlage, in der auch ein Verfahren von wenigen Wochen „zu lang“ sein kann, temporäre Erleichterungen in der Tat unumgänglich.

**Für die Praxis bedeuten die Erleichterungen insbesondere Folgendes:**

Einerseits werden regional etablierte Unternehmen voraussichtlich eine Vielzahl von Aufträgen im Wege der Direktvergabe akquirieren können, da die Direktvergaben vorrangig nach dem Prinzip „bekannt und bewährt“ erfolgen dürften. Andererseits werden ortsfremde Unternehmen, die an Aufträgen zum Wiederaufbau interessiert sind, binnen kürzester Zeit viele „Türklinken putzen“ müssen, um auf sich aufmerksam zu machen und überhaupt berücksichtigt zu werden.

Für Öffentliche Auftraggeber schafft die faktische Aussetzung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich erhebliche Möglichkeiten: Einerseits können Aufträge zum Wiederaufbau ohne jede Frist vergeben werden. Aufgrund der unbestimmten Formulierungen dürften sich durch kreative Begründungen zudem auch eine Vielzahl von „mittelbaren“ Aufträgen vergaberechtsfrei vergeben lassen.



Julia Thamm, Düsseldorf

## Achtung Falle! Keine Verlängerung der Bieterinformationsfrist des § 134 GWB durch Wochenenden oder Feiertage!

**VK Bund, Beschluss vom 28.06.2021 – VK 2 – 77/21**

### Einführung

Die Vergabekammer des Bundes hat entschieden: Ein Zuschlag darf direkt nach Ablauf der in § 134 Abs. 2 GWB genannten 15 bzw. 10 Kalendertage erteilt werden – und zwar auch dann, wenn das Ende dieser Wartefrist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt. § 193 BGB findet insoweit keine Anwendung.

### Sachverhalt

Nach Angebotsauswertung in einer EU-weiten Ausschreibung teilte ein öffentlicher Auftraggeber den Bietern mit Informationsschreiben vom 10.06.2021 gem. § 134 GWB mit, dass er beabsichtige, „den Zuschlag nach Ablauf der in § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB genannten Frist (10 Kalendertage) auf das Angebot“ des Mindestbietenden zu erteilen. Das Ende der Wartefrist nach § 134 GWB (20.06.2021) lag auf einem Sonntag. Der Auftraggeber kündigte die Zuschlagserteilung für den 21.06.2021 (Montag) an und setzte die Bezuschlagung entsprechend auch so um.

Ein unterlegener Bieter leitete ebenfalls am 21.06.2021 – allerdings zeitlich nach der Zuschlagserteilung – bei der VK Bund ein Nachprüfungsverfahren ein. Er ist unter anderem der Auffassung, dass der Auftraggeber den Zuschlag frühestens am Dienstag, den 22.06.2021 hätte erteilen dürfen. Da die Wartefrist des § 134 GWB an einem Sonntag ablief, sei hier die Regel des § 193 BGB einschlägig, wonach eine Frist erst am nächsten Werktag abläuft, wenn das eigentliche Fristende auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt.

### Entscheidung

Die VK Bund teilte die Auffassung der Antragstellerin nicht und verwarf den Nachprüfungsantrag als verspätet. Der für Willensklärungen geltende § 193 BGB sei auf den § 134 Abs. 2 GWB nicht anwendbar. Denn bei der in § 134 Abs. 2 GWB genannten Frist handele es sich um eine sogenannte Warte- bzw. Stillhaltefrist für den öffentlichen Auftraggeber, nicht aber um eine Frist, binnen der eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken sei, wie es aber § 193 BGB vorsieht.

Die Frist verschiebe sich auch nicht auf Grundlage des Art. 3 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1182/71 zur Festlegung der Regeln für Fristen, Daten und Termine. Aus dieser Regelung folge, im Gegenteil,

sogar ausdrücklich, dass eine Verschiebung eines auf einen Sonntag fallenden Fristendes auf den nächstfolgenden Arbeitstag nicht für Fristen gelte, die von einem bestimmten Datum oder einem bestimmten Ereignis an rückwirkend berechnet werden. Bei § 134 Abs. 2 GWB handele es sich eben um eine solche, rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Wegfalls des Zuschlagsverbots zu berechnende Frist.

### **Auswirkungen für die Praxis**

Die Entscheidung mag zwar nicht sehr bieterfreundlich sein, ist aber juristisch konsequent. Den teilnehmenden Bietern muss ohnehin ganz grundsätzlich geraten werden, während laufender Vergabeverfahren ein zuverlässiges Fristenmanagement zu führen und auf Posteingänge der Vergabestelle zu achten. Bekanntlich kommt es auch für den Beginn der Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB nicht auf den Zugang der Information beim Bieter, sondern nur auf deren Versand an. Nicht selten gehen solche Schreiben schlichtweg unter, weil sie außerhalb der Geschäftszeiten eingehen oder zu spät zur Kenntnis genommen werden. Kommen dann noch, wie im vorliegenden Fall, Wochenendzeiten hinzu, können Reaktionsfristen schnell vorbei sein und den Bietern allein deshalb Rechtsschutzmöglichkeiten entgehen!



Dr. Jonas Asgodom, LL.M. (Berkeley), Frankfurt am Main

## Nachträge ersetzen keine Vergabeverfahren

Vergabeverfahren enden mit dem Vertragsschluss. So weit, so klar. Aber was ist eigentlich mit vergaberechtswidrig geschlossenen Verträgen, die der Vergabekammer (VK) zur Überprüfung vorliegen? Kann deren Vollzug vorläufig von der VK ausgesetzt werden? Hierzu und dazu, dass ein neuer Bauauftrag an einer anderen Baustelle nicht als Nachtrag zu einem bestehenden Bauauftrag getarnt werden kann, hat sich die VK Südbayern mit Beschluss vom 03.05.2021 ([3194.Z3-3\\_01-21](#)) geäußert.

### Sachverhalt

Nachdem der Antragsteller (ASt) erfolgreich gegen den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren der Auftraggeberin (AG) vorgegangen war, erhielt er den Zuschlag für einen Bauauftrag im Münchener Stadtteil A. Es kam zu Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien, weshalb die AG dem ASt kündigte. Anschließend beauftragte sie das Unternehmen F mit der Ausführung der restlichen Arbeiten im Stadtteil A. F war bereits in einem ähnlichen Auftrag im Münchener Stadtteil S für die AG tätig. Der Wert des „Nachtrags“ lag unterhalb von 15 % des ursprünglichen Auftragswerts. Also deklarierte sie den neuen Bauauftrag als Nachtrag zum bestehenden Auftrag. Vor der VK ging es um zwei Fragen: Erstens sollte sie klären, ob VKn den Vollzug möglicherweise vergaberechtswidrig geschlossener Verträge stoppen können. Zweitens hatte sie zu beantworten, woran man einen neuen Bauauftrag im Gegensatz zu einem Nachtrag erkennt.

### Die Entscheidung

Die VK findet die folgenden Antworten:

**Erstens:** Keine Aussetzung geschlossener Verträge durch die VK!

Die VK sieht keine Möglichkeit für sich, den Vollzug eines geschlossenen Vertrags zu stoppen. Denn § 169 Abs. 3 GWB, die Norm über den einstweiligen Rechtsschutz, erlaube einer VK nur, „in das Vergabeverfahren“ einzugreifen. Durch Vertragsschluss ende das Vergabeverfahren aber, sodass ein Eingriff **in** das Vergabeverfahren mit vorläufigen Maßnahmen nicht mehr möglich sei. Damit seien der VK vom Wortlaut der Vorschrift die Hände gebunden. Um aber den verfassungsrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz zu wahren, könne der Vertragsvollzug von einem Zivilgericht per einstweiligem Rechtsschutz verfügt werden. Die Verantwortung für diesen unbefriedigenden Zustand sieht die VK beim Gesetzgeber, der das europäische Recht unzureichend umgesetzt habe.

**Zweitens:** Andere Baustelle, anderer Auftrag!

Die VK stellt klar, dass es sich bei dem „Nachtrag“ tatsächlich um einen neuen Bauauftrag gehandelt habe. Der Versuch der AG, über den geringen Auftragswert zu Gunsten einer unwesentlichen Auftragsänderung nach § 132 GWB zu argumentieren, ist gescheitert. Entscheidend sei, dass sich der Gesamtcharakter des Auftrags ändere. Zwar sei es zutreffend, dass es sich um gleichartige Bauarbeiten gehandelt habe, aber es seien gleichzeitig auch zwei völlig unterschiedliche Baustellen ohne Verbindung zueinander. Es bestehe gerade bei größeren AG die Gefahr, dass diese das Vergaberecht umgehen, wenn man eine am Auftragswert orientierte Nachtragspraxis zulasse.

### **Praxishinweis**

Die Entscheidung hat Licht und Schatten.

Schatten wirft die Entscheidung auf den einstweiligen Rechtsschutz im GWB-Vergaberecht. Sie bringt für die Praxis unnötig weitere Unsicherheit in diesen Themenkomplex. In der obergerichtlichen Rechtsprechung gab es bereits einen Pfad in Richtung Vollzugsstopp vergaberechtswidrig geschlossener Verträge (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.11.2016 – VII-Verg 40/16). Es bleibt das Geheimnis der VK, warum sie diesen Pfad nicht weiter ausgetreten hat. Stattdessen sollen in dieser einen Situation die Zivilgerichte um Rechtsschutz ersucht werden, obwohl der Rechtsschutz im Oberschwellenvergaberecht systematisch nach den §§ 156, 159 GWB doch den Vergabekammern zugeordnet ist. Hier hätte auch ohne umfassende Ausführungen zur unzureichenden Umsetzung des Europarechts durch den GWB-Gesetzgeber gut ein sachgemäßeres Ergebnis gefunden werden können.

Licht hingegen bringen die Ausführungen zum Gesamtcharakter des Auftrags. Auch wenn die Kombination aus Nachträgen und § 132 GWB attraktiv für ausschreibungsunwillige Auftraggeber sein mag, sollten sie im Zweifel ausschreiben. Nachträge ersetzen nun mal keine Vergabeverfahren. Für die Baupraxis steckt die Entscheidung einige Merkmale ab, nach denen sich gut beurteilen lässt, ob noch ein einheitlicher oder ein neuer Auftrag vorliegt. Wesentlich dürfte sein, ob der Auftragnehmer schon auf der Baustelle arbeitet oder nicht. Wenn der „Nachtrag“ erfordert, dass ein Auftragnehmer die Baustelle erst noch kennenlernen muss, ist dies ein recht eindeutiger Indikator für einen ausschreibungsbedürftigen Auftrag.