

II

*(Mitteilungen)*MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN
DER EUROPÄISCHEN UNION

EUROPÄISCHE KOMMISSION

MITTEILUNG DER KOMMISSION

**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)

**1. Einleitung — Optionen und Flexibilitätsmöglichkeiten innerhalb des Rahmens für die Vergabe öffentlicher
Aufträge**

Die COVID-19-Pandemie ist eine Gesundheitskrise, die schnelle und intelligente Lösungen und Flexibilität erfordert, wenn es darum geht, eine explodierende Nachfrage nach ähnlichen Waren und Dienstleistungen zu bewältigen, während bestimmte Lieferketten unterbrochen sind. Die öffentlichen Auftraggeber in den Mitgliedstaaten stehen bei den meisten dieser Waren und Dienstleistungen an vorderster Front. Sie müssen sicherstellen, dass persönliche Schutzausrüstungen wie Gesichtsmasken und Schutzhandschuhe, Medizinprodukte (insbesondere Beatmungsgeräte) und andere medizinische Ausrüstung, aber auch Krankenhaus- und IT-Infrastrukturen zur Verfügung stehen, um nur einige ihrer Aufgaben zu nennen.

Auf europäischer Ebene hat die Kommission bereits gemeinsam mit den Mitgliedstaaten ihre Anstrengungen verstärkt, indem sie gemeinsame Beschaffungsmaßnahmen für verschiedene medizinische Ausrüstungen eingeleitet hat.

Zur besseren Anpassung ihrer Unterstützung an diese Notsituation erläutert die Kommission in diesen Leitlinien⁽¹⁾, welche Optionen und Flexibilitätsmöglichkeiten im Rahmen des EU-Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Beschaffung der zur Bewältigung der Krise erforderlichen Lieferungen, Dienstleistungen und Leistungen zur Verfügung stehen.

Öffentlichen Auftraggebern stehen mehrere Möglichkeiten offen:

- Erstens können sie im Fall von Dringlichkeit von der Möglichkeit Gebrauch machen, die Fristen für die Beschleunigung offener oder nichtoffener Verfahren erheblich zu verkürzen.
- Sollte diese Flexibilität nicht ausreichen, kann ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung in Betracht gezogen werden. Schließlich könnte sogar eine Direktvergabe an einen vorab ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer zulässig sein, sofern dieser als einziger in der Lage ist, die erforderlichen Lieferungen innerhalb der durch die äußerste Dringlichkeit bedingten technischen und zeitlichen Zwänge durchzuführen.
- Darüber hinaus sollten öffentliche Auftraggeber auch in Erwägung ziehen, alternative Lösungen zu prüfen und sich am Markt zu beteiligen.

⁽¹⁾ Die Leitlinien stützen sich auf die Mitteilung der Kommission zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik vom 9. September 2015, COM(2015) 454 final; in diesem Leitlinien legt die Kommission ihr Verständnis der Verträge, der Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden „Gerichtshof“) dar. Die bindende Auslegung des EU-Rechts bleibt letztlich in jedem Fall dem Gerichtshof der Europäischen Union vorbehalten. Die Leitlinien haben keine Änderung des Rechtsrahmens zur Folge.

Die Leitlinien sind schwerpunktmäßig auf die Auftragsvergabe in Fällen äußerster Dringlichkeit ausgerichtet, die es öffentlichen Stellen bei Bedarf ermöglicht, innerhalb von Tagen oder sogar Stunden Käufe zu tätigen. Gerade mit Blick auf eine Situation wie die derzeitige COVID-19-Krise, die mit einer extremen und unvorhersehbaren Dringlichkeit einhergeht, enthalten die EU-Richtlinien keine verfahrenstechnischen Beschränkungen.

Konkret können öffentliche Auftraggeber über das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung Lieferungen und Dienstleistungen so zeitnah wie möglich erwerben. Im Rahmen dieses Verfahrens nach Artikel 32 der Richtlinie 2014/24/EU (im Folgenden die „Richtlinie“) ⁽²⁾ können öffentliche Auftraggeber 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. Auf EU-Ebene sind keine Verfahrensschritte geregelt. 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.

Der europäische Rahmen für das öffentliche Auftragswesen bietet öffentlichen Auftraggebern die nötige Flexibilität, um Waren und Dienstleistungen, die unmittelbar mit der COVID-19-Krise zusammenhängen, so schnell wie möglich zu beschaffen. Um die Auftragsvergabe zu beschleunigen, können öffentliche Auftraggeber auch in Erwägung ziehen,

- mit potenziellen Auftragnehmern innerhalb und außerhalb der EU per Telefon, E-Mail oder persönlich Kontakt aufzunehmen;
- Agenten zu beauftragen, die bessere Kontakte zu den Märkten haben;
- Vertreter direkt in die Länder zu entsenden, die über die erforderlichen Lagerbestände verfügen und deren unverzügliche Lieferung gewährleisten können;
- mit potenziellen Lieferanten Kontakt aufzunehmen, um eine Produktionssteigerung oder die Aufnahme oder Wiederaufnahme der Produktion zu vereinbaren;

Angesichts eines außergewöhnlichen Anstiegs der Nachfrage nach ähnlichen Waren, Produkten und Dienstleistungen in Kombination mit einer erheblichen Störung der Lieferkette kann es jedoch physisch/technisch unmöglich sein, selbst die schnellsten verfügbaren Verfahren zu nutzen. Zur Deckung ihres Bedarfs müssen öffentliche Auftraggeber unter Umständen nach alternativen und möglicherweise innovativen Lösungen suchen, die unter Umständen bereits auf dem Markt verfügbar sind oder (sehr) kurzfristig umgesetzt werden könnten. Öffentliche Auftraggeber müssen Lösungen ermitteln und mit potenziellen Anbietern Kontakt aufnehmen, um zu beurteilen, ob diese Alternativen ihrem Bedarf gerecht werden. ⁽³⁾ Die Interaktion mit dem Markt könnte gute Gelegenheiten bieten, auch strategische Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen, wenn Anforderungen im Zusammenhang mit dem Umweltschutz und der Innovationsförderung sowie soziale Anforderungen einschließlich der Zugänglichkeit beschaffter Dienstleistungen in den Prozess der Auftragsvergabe integriert werden.

Öffentliche Auftraggeber sind nach dem EU-Rechtsrahmen voll und ganz befugt, sich auf dem Markt zu betätigen und Vermittlungsaktivitäten zu übernehmen. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, mit dem Markt zu interagieren, um das Angebot zu stimulieren, wobei sich beim mittelfristigen Bedarf die Anwendung von Eilverfahren als verlässlicheres Mittel erweisen könnte, ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis und einen breiteren Zugang zu verfügbaren Bezugsquellen zu erzielen. Überdies bestehen folgende Möglichkeiten:

- Öffentliche Auftraggeber können innovative digitale Instrumente ⁽⁴⁾ nutzen, um breites Interesse bei den Wirtschaftsakteuren zu wecken, die alternative Lösungen anbieten können. So könnten sie beispielsweise Hackathons für neue Konzepte durchführen, die die Wiederverwendung von Schutzmasken nach der Reinigung ermöglichen, oder für Ideen für einen wirksamen Schutz des medizinischen Personals oder aber für Möglichkeiten zum Aufspüren des Virus in der Umgebung usw.
- Öffentliche Auftraggeber können auch enger mit Innovationsökosystemen oder Unternehmensnetzwerken zusammenarbeiten, die Lösungen anbieten könnten.

⁽²⁾ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65).

⁽³⁾ Leitfaden und bewährte Verfahren bei der Beschaffung innovativer Produkte und Dienstleistungen: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/innovation-procurement_de

⁽⁴⁾ Digital procurement encourages innovative approaches https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital_de

Öffentliche Auftraggeber können sich auf den EU-Rahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge stützen, der Möglichkeiten und Mittel zur Anpassung in extremen Notsituationen wie der COVID-19-Pandemie bietet.

Dieser ermöglicht und fördert die Anwendung einer mehrstufigen Strategie durch die öffentlichen Auftraggeber. Erstens sollten sie die Flexibilität, die der Rahmen bietet, für ihren sofortigen und ihren voraussichtlichen kurzfristigen Bedarf voll ausschöpfen. Außerdem werden sie ermutigt, gemeinsame Beschaffungen vorzunehmen und sich die Initiativen der Kommission für die gemeinsame Auftragsvergabe als ergänzendes Instrument zunutze zu machen. Verfahren mit verkürzten Fristen entsprechen ihrem mittelfristigen Bedarf, da sie grundsätzlich ein verlässlicheres Mittel darstellen, ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis, einen breiteren Zugang von Unternehmen zu Geschäftsmöglichkeiten und eine breitere Palette verfügbarer Bezugsmöglichkeiten zu erreichen.

Die Kommission wird alle ihre Ressourcen mobilisieren, um den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Auftraggebern weiter mit Rat und Unterstützung zur Seite zu stehen. ^(?)

2. **Wahl der Verfahren und Fristen nach den EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe — speziell in Fällen von Dringlichkeit und äußerster Dringlichkeit**

Die Europäische Union steht derzeit aufgrund der plötzlich und flächendeckend durch COVID-19 ausgelösten Gesundheitskrise vor zahlreichen Herausforderungen. Die Leitlinien bieten einen Überblick über die Möglichkeiten für öffentliche Käufer, d. h. die öffentlichen Auftraggeber ⁽⁶⁾, dringend notwendige Lieferungen und Dienstleistungen und erforderlichenfalls auch zusätzliche Infrastruktur rasch zu erwerben.

Die europäischen Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe bieten mit der Richtlinie alle erforderlichen Instrumente, um diesen Bedarf zu decken.

2.1. **Wahl der Verfahren im Allgemeinen**

Aufträge, die in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, kann der öffentliche Auftraggeber im Wege eines offenen oder eines nichtoffenen Verfahrens vergeben (Artikel 26 Absatz 2 der Richtlinie). ^(?)

Bei offenen Verfahren, auf die die Richtlinie Anwendung findet, gilt eine Frist von 35 Tagen für die Einreichung von Angeboten. ⁽⁸⁾

Bei nichtoffenen Verfahren ist in der Richtlinie eine Frist von 30 Tagen für die Einreichung von Teilnahmeanträgen sowie eine anschließende zusätzliche Frist von 30 Tagen für die Vorlage der Angebote vorgesehen. ⁽⁹⁾ Sofern diese Möglichkeit in nationales Recht übernommen wurde, können die subzentralen öffentlichen Auftraggeber, beispielsweise Gebietskörperschaften, die letztgenannte Frist mit den Teilnehmern vereinbaren; wird keine Einigung erzielt, kann eine Frist von mindestens 10 Tagen festgesetzt werden. ⁽¹⁰⁾

Darüber hinaus können diese Fristen sowohl im offenen als auch im nichtoffenen Verfahren verkürzt werden:

- (1) Entweder im Falle einer Vorinformation, die nicht als Aufruf zum Wettbewerb verwendet wurde, die aber alle für die Vergabebekanntmachung in Anhang V Teil B Abschnitt I erforderlichen Angaben enthielt und zwischen 35 Tagen und 12 Monaten vor dem Tag der Absendung der Vergabebekanntmachung versandt wurde,
- (2) oder in vom öffentlichen Auftraggeber hinreichend begründeten dringenden Fällen, die die vorgeschriebene Frist unmöglich machen (siehe folgenden Abschnitt 2).

2.2. **In Fällen von Dringlichkeit — verkürzte Fristen**

Für dringende Fälle ist in der Richtlinie eine erhebliche Kürzung der allgemeinen Fristen vorgesehen: im offenen Verfahren kann die Frist für die Einreichung von Angeboten in Fällen einer hinreichend begründeten Dringlichkeit auf 15 Tage verkürzt werden; ⁽¹¹⁾ im nichtoffenen Verfahren kann die Frist für die Einreichung eines Teilnahmeantrags auf 15 Tage ⁽¹²⁾ und für die Einreichung eines Angebots auf 10 Tage verkürzt werden ⁽¹³⁾. Der Auftrag kann auf diese Weise rasch vergeben werden.

^(?) In der EU gibt es mehr als 250 000 öffentliche Auftraggeber, weshalb die Kommission bereits über ein spezielles WIKI-Online-Tool mit benannten nationalen Kontaktstellen der Mitgliedstaaten kommuniziert.

⁽⁶⁾ Der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

^(?) Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung oder wettbewerbliche Dialoge kämen in diesem Kontext wahrscheinlich nicht infrage, da in den vorliegenden Leitlinien von Umständen ausgegangen wird, unter denen die Bedingungen für die Anwendung dieser Verfahren nicht erfüllt wären.

⁽⁸⁾ Artikel 27 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽⁹⁾ Artikel 28 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹⁰⁾ Artikel 28 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹¹⁾ Artikel 27 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹²⁾ Artikel 27 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹³⁾ Artikel 28 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU.

Die Anwendung eines „beschleunigten“ offenen oder nichtoffenen Verfahrens steht im Einklang mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz und gewährleistet den Wettbewerb auch im Fällen von Dringlichkeit. In Fällen von Dringlichkeit, die die Anwendung der unter normalen Umständen geltenden Fristen unmöglich machen, können die öffentlichen Auftraggeber die Fristen, die für ein offenes oder nichtoffenes öffentliches Vergabeverfahren gelten, im Einklang mit der Richtlinie verkürzen.

Verfahren	Reguläre Mindestfristen	Verkürzte Mindestfristen
Offenes Verfahren	35 Tage ⁽¹⁴⁾	15 Tage
Nichtoffenes Verfahren (Schritt 1: Teilnahmeantrag)	30 Tage ⁽¹⁵⁾	15 Tage ⁽¹⁶⁾
Nichtoffenes Verfahren (Schritt 2: Einreichung des Angebots)	30 Tage ⁽¹⁷⁾	10 Tage ⁽¹⁸⁾

2.3. In Fällen von äußerster Dringlichkeit — Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung

Im Unionsrecht ist mit dem „Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung“ eine zusätzliche Möglichkeit gegeben, Aufträge zur Deckung des Bedarfs im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie rascher zu vergeben.

Die öffentlichen Auftraggeber können Aufträge im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung vergeben, soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten, es nicht zulassen, die Fristen einzuhalten, die für die offenen, die nichtoffenen Verfahren oder für die Vergabeverfahren mit Verhandlung vorgeschrieben sind. Die angeführten Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein. (Artikel 32 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie).

Da die öffentlichen Auftraggeber in diesen Fällen vom Transparenzgrundsatz des Vertrags abweichen, fordert der Gerichtshof der Europäischen Union, dass dieses Verfahren weiterhin nur in Ausnahmefällen angewendet wird. Sämtliche Bedingungen müssen erfüllt sein und sind eng auszulegen (siehe z. B. die Rechtssachen C-275/08 Kommission gegen Deutschland und C-352/12 Consiglio Nazionale degli Ingegneri). Beim „Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung“ können öffentliche Auftraggeber direkt mit potenziellen Auftragnehmern verhandeln; eine direkte Vergabe des Auftrags an einen vorab ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer ist jedoch ausschließlich 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.

Jeder öffentliche Auftraggeber hat zu prüfen, ob die Bedingungen für die Anwendung eines solchen „Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung“ erfüllt sind. Die Wahl eines solchen Verfahrens ist in einem Vergabevermerk ⁽¹⁹⁾ zu begründen. Bei der Einzelprüfung jedes Falls müssen die folgenden, kumulativ zu berücksichtigenden Kriterien erfüllt sein:

2.3.1. „Ereignisse, die die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten“

Die Zahl der COVID-19-Patienten, die eine medizinische Behandlung benötigen, steigt täglich und wird in den meisten Mitgliedstaaten voraussichtlich weiter steigen, bis der Höchststand erreicht ist.

Diese Ereignisse und insbesondere ihre spezifische Entwicklung sind für jeden öffentlichen Auftraggeber als unvorhersehbar anzusehen. Der spezifische Bedarf von Krankenhäusern und anderen Gesundheitseinrichtungen zur Durchführung von Behandlungen, sowie an persönlichen Schutzausrüstungen, Beatmungsgeräten, zusätzlichen Betten und ferner an zusätzlicher Intensivpflege- und Krankenhausinfrastruktur, einschließlich der gesamten technischen Ausrüstung, könnte sicherlich nicht im Voraus vorhergesehen und geplant werden und stellt somit ein nicht voraussehbares Ereignis für die öffentlichen Auftraggeber dar.

2.3.2. Zwingende Dringlichkeit, die eine Einhaltung der allgemeinen Fristen nicht zulässt

Zweifelsohne sollte dafür gesorgt werden, dass der unmittelbare Bedarf der Krankenhäuser und Gesundheitseinrichtungen (Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen) möglichst schnell gedeckt werden kann.

⁽¹⁴⁾ Artikel 27 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹⁵⁾ Artikel 28 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹⁶⁾ Artikel 28 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹⁷⁾ Artikel 28 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹⁸⁾ Artikel 28 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁽¹⁹⁾ Artikel 84 Absatz 1 Buchstabe f der Richtlinie 2014/24/EU.

Ob es unter diesen Umständen möglich ist, die — zwar schon sehr kurzen — Fristen des beschleunigten offenen oder nichtoffenen Verfahrens (15 bzw. 10 Tage für die Einreichung der Angebote) einzuhalten, ist von Fall zu Fall zu prüfen, für die meisten Fälle gilt es jedoch als wahrscheinlich, zumindest was den durch die ansteigende Infektionskurve erheblich erhöhten kurzfristigen Bedarf betrifft.

Wie der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung ⁽²⁰⁾ klargestellt hat, ist der Beschaffungsbedarf bei Berufung auf zwingende Dringlichkeit unverzüglich zu decken. Dieser Ausnahmefall kann nicht geltend gemacht werden, wenn die Auftragsvergabe mehr Zeit in Anspruch nimmt als ein transparentes (offenes oder nichtoffenes) Verfahren, einschließlich beschleunigter (offener oder nichtoffener) Verfahren, in Anspruch genommen hätte.

2.3.3. *Kausalzusammenhang zwischen dem nicht voraussehbaren Ereignis und der zwingenden Dringlichkeit*

Wenn es um die Erfüllung des unmittelbaren Bedarfs der Krankenhäuser und Gesundheitseinrichtungen innerhalb sehr kurzer Zeit geht, können keine begründeten Zweifel am Kausalzusammenhang mit der COVID-19-Pandemie bestehen.

2.3.4. *Maßnahmen lediglich zur Überbrückung bis langfristige Lösungen verfügbar sind*

Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung können eine Möglichkeit darstellen, unmittelbaren Bedarf angemessen zu decken. Sie dienen zur Überbrückung bis langfristige Lösungen gefunden sind, beispielsweise Rahmenverträge für Lieferungen von Waren und Bereitstellung von Dienstleistungen, die über reguläre Verfahren (dazu zählen auch beschleunigte Verfahren) vergeben werden.

⁽²⁰⁾ Siehe Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-352/12 vom 20. Juni 2013, Rn. 50-52.