



Bundesministerium für Wirtschaft und Energie • 11019 Berlin

per **E-Mail** an:

Bundesressorts

Länder

**nachgeordneten Behörden des
BMW**

im Hause: LB2, LB4, EA5, IC4, ZA1, ZA2, ZA3, ZB6-AF, ZR

Dr. Thomas Solbach

Ministerialrat
Leiter des Referats Öffentliche Aufträge,
Immobilienwirtschaft

TEL +49 30 18615 6297

FAX +49 30 18615 5473

E-MAIL thomas.solbach@bmwi.bund.de

INTERNET www.bmwi.de

AZ IB6 – 270100/14 u. 270100/15

DATUM Berlin, 09. Januar 2015

BETREFF **Öffentliches Auftragswesen**

HIER Rundschreiben zur Anwendung von § 3 EG Abs. 4 Buchstabe d VOL/A, § 3 Abs. 4 Buchstabe c VOF und § 6 Abs. 2 Nr. 4 SektVO – Vergabe ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb/Dringlichkeit

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat mit der Europäischen Kommission (KOM) in einem konkreten EU-Pilotverfahren¹ intensiv die Voraussetzungen der EU-weiten Bekanntmachung von Vergabeverfahren erörtert. In diesem Zusammenhang hat die KOM besonders deutlich hervorgehoben, dass Ausnahmen von den Vorschriften der EU-Vergaberichtlinien, die die Wirksamkeit der durch die Europäischen Verträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes eng auszulegen sind. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die diese Ausnahme rechtfertigen, vorliegen, obliegt dem öffentlichen Auftraggeber, der sich auf diese Ausnahme berufen will. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Pilot- und Vertragsverletzungsverfahren, die von der KOM von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden Dritter eingeleitet werden können.

¹ Der „EU-Pilot“ ist ein dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV vorhergehendes informelles Verfahren.

HAUSANSCHRIFT Scharnhorststraße 34 - 37
10115 Berlin

VERKEHRSANBINDUNG U6 Naturkundemuseum
S-Bahn Berlin Hauptbahnhof

Im Kern wurde von der KOM insbesondere die Frage aufgeworfen, ob die Regelungen, die eine Ausnahme von der EU-weiten Bekanntmachungspflicht eröffnen, möglicherweise in der deutschen Vergabepaxis zu großzügig angewendet werden.

Vor diesem Hintergrund möchte ich nochmals auf den sehr engen Anwendungsbereich der Ausnahmevorschriften hinweisen, die aus äußerst dringlichen zwingenden Gründen Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ermöglichen (§ 3 EG Abs. 4 Buchstabe d VOL/A, § 3 Abs. 4 Buchstabe c VOF in Umsetzung von Art. 31 Nr. 1 Buchstabe c Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 6 Abs. 2 Nr. 4 SektVO in Umsetzung von Art. 40 Abs. 3 Buchstabe d Richtlinie 2004/17/EG). Um den sehr engen Anwendungsbereich sicherzustellen, können zudem organisatorische Maßnahmen erforderlich sein (vgl. Ziff. III dieses Rundschreibens).

I. Zur rechtlichen Anwendbarkeit

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müssen drei kumulative Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung der jeweiligen Ausnahmetatbestände erfüllt sein. Ein Verzicht auf die EU-weite Bekanntmachung ist nur zulässig, wenn

1. ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt,
2. dringliche und zwingende Gründe vorliegen, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und
3. ein kausaler Zusammenhang besteht zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit, die vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.

Als Ausnahmen von der allgemeinen Verpflichtung zur Ausschreibung sind die o.g. Vorschriften eng auszulegen. Sie dürfen insbesondere nicht dazu genutzt werden, eine sonst bestehende Ausschreibungsverpflichtung zu umgehen. Entscheidend sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalls.

zu 1. Unvorhersehbarkeit:

Unvorhersehbar sind Ereignisse, die nichts mit dem üblichen wirtschaftlichen oder sozialen Leben zu tun haben. Maßstab für die Existenz eines unvorhersehbaren Ereignisses ist der objektive Maßstab der Sorgfaltspflicht. Nur Umstände, mit denen bei der Planung unter Berücksichtigung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nicht gerechnet werden konnte, sind erfasst. Dies ist nicht der Fall, wenn zum Beispiel unter Rückgriff auf bestehende Statistiken ein zukünftiger Beschaffungsbedarf aus

objektiver Sichtweise frühzeitig erkennbar ist. Ebenfalls nicht unter den Tatbestand fallen regelmäßig Konstellationen, in denen der Beschaffungsbedarf die Folge einer Nicht- oder Schlechtleistung eines Vertragspartners ist, und dem durch rechtzeitige Aufnahme von Vertragsstrafen oder Streitschlichtungsmechanismen hätte begegnet werden können. Diese Regelbeispiele sind nicht abschließend.

zu 2. Äußerste Dringlichkeit:

Äußerste Dringlichkeit ist regelmäßig nur bei unaufschiebbaren, nicht durch den Auftraggeber verursachten Ereignissen anzunehmen, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht, etwa durch einen schweren, nicht wieder gutzumachenden Schaden. Durch den Verzicht auf eine europaweite Ausschreibung bzw. den Verzicht auf einen voranzustellenden Teilnahmewettbewerb muss der Bedarf sehr zeitnah gedeckt werden können. Wenn selbst bei Einhaltung der Bekanntmachungsfristen die Durchführung der Maßnahme sich nur gering verzögern würde – absolut oder relativ im Verhältnis zum Abschluss der Gesamtmaßnahme gesehen –, wird i.d.R. keine „gravierende Beeinträchtigung“ durch Voranstellen eines Teilnahmewettbewerbs anzunehmen sein. Die Beurteilung hängt jeweils im konkreten Einzelfall auch von der Bedeutung des betroffenen Rechtsguts ab. In den Abwägungsprozess ist insbesondere auch einzubeziehen, ob bei maximal zulässiger Fristverkürzung die Gefahr der Verletzung des Rechtsgutes wesentlich erhöht würde. Solche beschleunigten Vergabeverfahren sind in jedem Fall vorrangig zu prüfen. Außerdem darf der Auftraggeber die äußerste Dringlichkeit nicht durch eigenes Verhalten herbeigeführt haben. Entscheidend hierfür ist eine objektive Betrachtung der Sachlage. Wenn der Auftraggeber bei sorgfältiger Beobachtung des relevanten Marktes und zu erwartender Entwicklungen seinen Beschaffungsbedarf frühzeitig hätte erkennen können, ist demnach die äußerste Dringlichkeit zu verneinen.

Herauszustellen ist, dass eine äußerste Dringlichkeit regelmäßig nicht mit bloßen wirtschaftlichen Erwägungen begründet werden kann. Die Einhaltung des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes rechtfertigt demnach nicht einen Verzicht auf die Bekanntmachung und den Teilnahmewettbewerb aus Gründen der äußersten Dringlichkeit. Ausnahmen hiervon sind allerdings bei wirtschaftlichen

Notlagen wie einer Finanzkrise denkbar, wenn eine Auftragsunterbrechung gravierende Folgen für die Allgemeinheit (Versorgungssicherheit) hat.

Wenn die Voraussetzung einer äußersten Dringlichkeit erfüllt ist, muss der betreffende Vertrag kurzfristig vergeben und zeitnah ausgeführt werden können. Das heißt, dass ein Absehen vom Teilnahmewettbewerb für komplexe öffentliche Aufträge regelmäßig nicht geeignet erscheint.

zu 3. Kausalzusammenhang:

Zuletzt muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und der Unmöglichkeit, die vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.

Ich bitte Sie, die in Ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich tätigen öffentlichen Auftraggeber und Sektorenauftraggeber über dieses Rundschreiben zu unterrichten und darauf hinzuwirken, dass von den Regelungen, die eine Ausnahme von der EU-weiten Bekanntmachungspflicht ermöglichen, nur unter den o.g. engen Voraussetzungen Gebrauch gemacht wird. Ich bitte Sie auch, darauf zu achten, dass eine ausführliche Dokumentation im Vergabevermerk erfolgt.

II. Risiken

Mit der engen Auslegung der Dringlichkeit geht ein hohes Risiko einher, dass der Verzicht auf einen Teilnahmewettbewerb rechtlich angegriffen wird. Die Vergabe kann zum einen Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein, zum anderen kommen Vertragsverletzungsverfahren durch die KOM in Betracht.

Vertragsverletzungsverfahren können von der KOM von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden eingeleitet werden. Die Beschwerde gegenüber der KOM kann von jedermann erfolgen, ohne dass ein besonderes Interesse dargelegt werden muss. Dem Nachprüfungsantrag gem. §§ 107 und 108 GWB vergleichbare Anforderungen bestehen für die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die KOM nicht. In der Folge eines Vertragsverletzungsverfahrens kann es erforderlich werden, laufende Verträge vorzeitig zu beenden. Wenn ein bestehender Europarechtsverstoß nicht abgestellt wird, kann in letzter Konsequenz zudem die Festlegung finanzieller Sanktionen durch den Europäischen Gerichtshof stehen. Gem. Art. 104a GG i.V.m. § 1 LastG werden die finanziellen Sanktionen im Verhältnis zwischen Bund und Ländern

von der staatlichen Ebene getragen, in deren innerstaatlichen Zuständigkeit die lastenbegründende Pflichtverletzung erfolgt ist.

III. Organisatorische Anpassungen

Erwägt eine Vergabestelle, trotz der sehr engen rechtlichen Voraussetzungen, auf den Teilnahmewettbewerb zu verzichten, empfiehlt es sich, vor der endgültigen Entscheidung zum weiteren Verfahren eine nicht mit der konkreten Vergabe unmittelbar befasste Dienststelle, die über vergaberechtliche Expertise verfügt (etwa das Justizariat, das Rechtsreferat oder die Rechtsaufsichtsbehörde), mit der vergaberechtlichen Gegenprüfung zu befassen (Vier-Augen-Prinzip). Die Berufung auf „äußerste Dringlichkeit“ sollte nicht dazu führen, dass von einer solchen Vorab-Kontrolle abgesehen wird. Den Ländern wird geraten, dieses Prüfungsverfahren in Rechts- und/oder Verwaltungsvorschriften, etwa Vergabeanweisungen, genauer und verpflichtend zu regeln.

Diese Prüfung sollte auch dokumentiert werden.

Dieses Rundschreiben ersetzt das Rundschreiben vom 16. August 2013.

Mit freundlichen Grüßen
im Auftrag



Dr. Thomas Solbach