

## HINWEISE DER ARCHITEKTENKAMMER BERLIN ZU WETTBEWERBEN UND VERGABEVERFAHREN IN ZEITEN DER CORONAKRISE

Stand: 27. April 2020

Die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie erfasst 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.

### **Alle tangierten Abläufe bedenken**

Die gegenwärtigen Kontakt- und Reisebeschränkungen sind nicht nur von den Auslobern einzuhalten, sondern von allen Verfahrensbeteiligten in sämtlichen Arbeitsschritten zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass Preisgerichtssitzungen, Kolloquien, Werkstatttermine, Ausstellungen von Wettbewerbsarbeiten vorübergehend nicht ohne Einhaltung der aktuell geltenden Regelungen zum Gesundheitsschutz sowie nur unter Beachtung der gegebenenfalls zusätzlich entstehenden Zeitbedarfe durchgeführt werden können.

### **Die Regeln und Standards gelten weiterhin**

Die Regelwerke und Standards im Wettbewerbs- und Vergabewesen werden durch die Pandemie nicht außer Kraft gesetzt. Dies gilt selbstverständlich auch für die Verfahren nach VgV und RPW. Die Grundsätze dieser Verfahrensregeln (z.B. Transparenz, Gleichbehandlung, Anonymität, kompetentes Preisgerichte, Vorrang der Qualität etc.) müssen gewahrt werden.

### **Fallbezogene Beratung durch die Architektenkammer Berlin**

Die Architektenkammer Berlin berät fallbezogen laufende und neue Verfahren bezüglich möglicher Änderungen, die durch die Auswirkungen der Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie erforderlich sind, um faire und partnerschaftliche Verfahren auch in dieser Ausnahmesituation sicherzustellen.

### **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 Vergabepattform bzw. E-Mail) für die Beteiligten unter Beibehaltung der Anonymität 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). Unabhängig davon kann die Übermittlung von Plänen, Modellen und Datenträgern wie bisher erfolgen.

Gremiensitzungen mit persönlicher Anwesenheit, wie sie etwa bei Preisgerichtssitzungen gebräuchlich sind, sind derzeit nur unter den jeweils geltenden Einschränkungen möglich. Die Regelungen in den Wettbewerbsrichtlinien wie den RPW 2013 sehen persönliche Anwesenheit vor. Die Architektenkammer Berlin ermöglicht jedoch fallbezogen Ausnahmen von der Anwesenheitspflicht vor dem Hintergrund der Auswirkungen der Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie. Es sollten für alle Beteiligten jeweils klare, dem Verfahren angemessene und transparent kommunizierbare Regelungen vereinbart werden.

Beispielsweise kann das „schriftliche“ Festhalten von Bewertungen 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 würde die Abweichungsmöglichkeit auch für die Genehmigung des Protokolls gelten.

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. Die Qualität der Präsentation der eingereichten Arbeiten muss gewährleistet sein. Um die Vertraulichkeit des Preisgerichts sicherzustellen, sind Mitschnitte verboten.

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

In laufenden Wettbewerben sind Fristverlängerungen rechtlich vertretbar, 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.

Dagegen geht es in Vergabeverfahren bei finalen Angeboten um den möglichen Vertragsabschluss 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 Entscheidungsgremium 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 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 sollte man erwägen, das Wettbewerbs- oder Ausschreibungsverfahren für eine bestimmte Zeit auszusetzen, statt sie aufzuheben. Sollte der Beschaffungsbedarf wegen der Coronavirus-SARS-CoV-2-Krise gänzlich weggefallen sein, wäre ein Aufhebungsgrund gegeben.

## **4. Besteht die Gefahr von Schadensersatzansprüchen nach einer Aufhebung?**

Sowohl in Wettbewerben als auch bei Vergabeverfahren haben Wettbewerbsteilnehmer bzw. Bieter dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch, wenn die Aufhebung rechtswidrig war (vgl. BGH, NJW 1998, 3640).

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](#), 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 Ausnahmenvorschrift 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 normale Architektenleistungen wegen der Coronavirus SARS-CoV-2 -Krise kaum darstellbar. Nur die offenbar teilweise von der öffentlichen Hand avisierte Blitz-Errichtung von Krankenhäusern bildet dabei eine Ausnahme. Eine schnellere Beschaffung von üblichen Architektenleistungen wegen der Coronavirus SARS-CoV-2 - Krise ist dem hingegen schwerlich begründbar.

Die Architektenkammer Berlin übernimmt keine Haftung und Gewähr für die Angaben und die unter den Links aufgeführten Angaben.

### **Kontakt:**

Architektenkammer Berlin  
Körperschaft des öffentlichen Rechts  
Alte Jakobstraße 149  
10969 Berlin  
Telefon +49302933070  
E-Mail [kammer@ak-berlin.de](mailto:kammer@ak-berlin.de)

