

Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

in Zusammenarbeit mit der Deutschen
Gesellschaft für Baurecht e.V.
in Verbindung mit der AG Vergaberecht
im Deutschen Anwaltverein

HERAUSGEBER

Bernhard Stolz, München

SCHRIFTFLEITUNG

Loni Goldbrunner, München

FACHBEIRAT

Univ.-Prof. Dr. Martin Burgí, München

Jochem Gröning, Berlin

Dr. Matthias Krist, Koblenz

Dr. Christine Maimann, Düsseldorf

Malte Müller-Wrede, Berlin

Dr. Annette Mutschler-Siebert, Berlin

Dr. Olaf Otting, Hanau

Dr. Norbert Reuber, Köln

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Berlin

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer



Heft 6
November 2021
Seiten 651–756
21. Jahrgang
Art.-Nr. 23888106

6

AUS DEM INHALT:

Aufsätze

Goldbrunner Vergaberechtliche Beratung durch nicht anwaltliche Beschaffungsdienstleister – Grenzen nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) • S. 651

Hofmann/Manz Aufbauhelfer Vergaberecht – Dringlichkeitsvergabe nach der Flut • S. 661

Kühl/Wollert Öffentliches Auftragswesen und Covid-19 in Frankreich – Zur Schaffung eines Regelungskataloges • S. 666

Rechtsprechung

EuGH, 17.06.2021 Vorabentscheidungsersuchen; Rahmenvereinbarung; Schätzwert, -menge; Höchstwert, -menge • S. 675

EuGH, 08.07.2021 Vorabentscheidungsersuchen; behördliche Zustimmung; Eignungsanforderung; Auftragsbedingung; Zeitpunkt der Erfüllung • S. 688

OLG Jena, 09.04.2021 Betrieb eines Kindergartens; öffentlicher Auftrag; Dienstleistungskonzession • S. 701

BayObLG, 24.06.2021 Vorlage zur Vorabentscheidung; wirtschaftliche Einheit; wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung; Gebot des Geheimwettbewerbs; Konzernprivileg • S. 706

BayObLG, 17.06.2021 Abweichung von den Vergabeunterlagen; fehlende Preisangaben; Ausschluss; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit • S. 714

OLG Düsseldorf, 19.05.2021 Bundesautobahnbau; Antragsgegner; Preisprüfung; Aufgreifschwelle; unvollständiges Preisblatt; Rüge • S. 724

OLG Celle, 17.06.2021 Angebotswertung; Bestandskraft der VK-Entscheidung; Tatbestands- und Bindungswirkung • S. 746

Werner Verlag

Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

INHALT 6 · 2021

Editorial I
Impressum V

Aufsätze

Vergaberechtliche Beratung durch nicht anwaltliche Beschaffungsdienstleister – Grenzen nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)

Loni Goldbrunner

651

Aufbauhelfer Vergaberecht – Dringlichkeitsvergabe nach der Flut

Hofmann/Manz

661

Öffentliches Auftragswesen und Covid-19 in Frankreich – Zur Schaffung eines Regelungskataloges

Kühl/Wollert

666

andere besondere Dienstleistungen; Dienstleistungsauftrag; entgeltlicher Vertrag; Dienstleistungskonzession; Betriebsrisiko; Antragsbefugnis; möglicher Schaden; Rügepflicht; Verwirkung; Rechtsweg

701

Anmerkung: Pfarr

706

BayObLG, Beschl. v. 24.06.2021 – Verg 2/21 – „Wirtschaftseinheit“

Vorlage zur Vorabentscheidung; Wirtschaftsteilnehmer; wirtschaftliche Einheit; wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung; Gebot des Geheimwettbewerbs; Konzernprivileg; berufliche Verfehlung; fakultativer Ausschlussgrund

706

Anmerkung: Probst

713

BayObLG, Beschl. v. 17.06.2021 – Verg 6/21 – „Medizinische Gase“

Abweichung von den Vergabeunterlagen; fehlende Preisangaben; Ausschluss; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Besonderheiten des Einzelfalls; Aufklärung; Amtsermittlung; Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags; Interessensabwägung; Erfolgsaussichten

714

Anmerkung: Herrmann

721

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.05.2021 – Verg 13/21 – „Brückenersatzneubau“

Bundesautobahnbau; Antragsgegner; Schwellenwert; Preisprüfung; Aufgreifschwelle; Unvollständiges Preisblatt; Ausschluss; Treu und Glauben; Verwaltungspraxis; Rüge; Erkennbarkeit

724

Anmerkung: Klein

731

Rechtsprechung

EuGH, Urt. v. 17.06.2021 – C-23/20 – „Simonsen & Weel“

Vorabentscheidungsersuchen; Rahmenvereinbarung; Schätzwert; Schätzmenge; Höchstwert; Höchstmenge; Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz; Unwirksamkeit des Vertrags

675

Anmerkung: Klein

687

EuGH, Urt. v. 08.07.2021 – C-295/20 – „Sanresa UAB“

Vorabentscheidungsersuchen; grenzüberschreitende Abfallverbringung; behördliche Zustimmung; Eignungsanforderung; Auftragsbedingung; Zeitpunkt der Erfüllung; Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Transparenz

Anmerkung: Lück

688

700

OLG Jena, Beschl. v. 09.04.2021 – Verg 2/20 –

„Kindergartenbetrieb“

Betrieb eines Kindergartens; öffentlicher Auftrag; Bereichsausnahme; soziale und

VK Bremen, Beschl. v. 10.02.2021 – 16-VK 1/21 – „OP-Masken“
De-facto-Vergabe; Antrag auf vorläufige Maßnahmen; Untersagung der Vertragsdurchführung; Zulässigkeit; laufendes Ver-
gaberverfahren

Anmerkung: Geitel

VK Südbayern, Beschl. v. 03.05.2021 – 3194.Z3-3_01-21-26 – „Baugruben-Verbau“
Vertragsänderung ohne Neuausschreibung; 15 %-Grenze; Änderung des Gesamtcharakters; Antrag auf vorläufige Maßnahmen; Untersagung der Vertragsdurchführung; Zulässigkeit

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.06.2021 – Verg 43/20 – „Schutzausrüstung“
Nachprüfungsantrag; Erledigung durch Zeitablauf; Feststellungsantrag; Feststellungsinteresse; Antragsbefugnis

OLG Celle, Beschl. v. 17.06.2021 – 13 Verg 2/21 – „Kuvertierleistungen“
Angebotswertung; Bestandskraft der VK-Entscheidung; Tatbestands- und Bindungswirkung; Antragsbefugnis; zweite Chance; Erledigung des Nachprüfungsantrags; Fortsetzungsfeststellungsantrag; Feststellungsinteresse

Anmerkung: Summa

KG, Beschl. v. 12.05.2021 – Verg 1008/20
Beschwerde gegen Kostenentscheidung; isolierte Anfechtung; Streitwert; optionale Leistungen; Verfahrensgebühr; Basisgebühr; Ermäßigung aus Gründen der Billigkeit

733

OLG Düsseldorf, Urtr. v. 22.06.2021 – 1 U 203/20
Schadensersatz; angemessene Kosten; Schadensminderungspflicht; wirtschaftlichstes Angebot; Rahmenvertrag; Preisvorgabe

735

738

743

746

752

753

754

Beilagenhinweis:

Mit dieser Ausgabe verteilen wir
Beilagen folgender Unternehmen:
id Verlags GmbH
Verlag C.H. Beck oHG
W. Kohlhammer GmbH
Wir bitten um freundliche Beachtung.

Fachbeirat: Univ.-Prof. Dr. Martin Burgi, München • Richter am BGH a.D. Jochem Gröning, Berlin • RA Dr. Matthias Krist, Koblenz • Vors. RichterIn am OLG Dr. Christine Maimann, Düsseldorf • RA Malte Müller-Wrede, Berlin • RA Annette Mutschler-Siebert, Berlin • Dr. Olaf Otting, Hanau • Dr. Norbert Reuber, Köln • RA Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Berlin, Geschäftsführer forum vergabe e.V. • Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer, Direktor Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter: RA Dr. Abel, München • RA Amelung, Frankfurt • RA Dr. Antweiler, Düsseldorf • Dipl.-Ing. Baumann, Augsburg • RA Prof. Dr. Benedict, Mannheim • RA Dr. Braun, Leipzig • RA Conrad, Berlin • RA Dr. Deckers, Köln • RAin Diercks-Oppler, Hamburg • RA Dörn, Frankfurt • RA Dr. Dobmann, Berlin • RA Donhauser, München • Referent Deutscher Städte- und Gemeindebund Düsterdiek, Bonn • MR Prof. Dr. Erdmann, Hannover • RAin Gielen, Berlin • RA Goede, München • RA Dr. Greb, Berlin • RA Dr. Gulich, Braunschweig • RA Hartung, München • RA Dr. Haug, Bremen • RA Dr. Hausmann, Berlin • RA Dr. Herrmann, München • RA Dr. Hertwig, Köln • RA

Dr. Horn, Frankfurt • RA Horstkotte, Rostock • RA Dr. Hübner, Stuttgart • RA Kafedžić, Berlin • RA Prof. Dr. Kainz, München • RA Kaiser, Mainz • RA Dr. Klein, Berlin • RA Klein, München • RA Köhler, Leipzig • RA Dr. Kus, Mönchengladbach • RA Prof. Dr. Leinemann, Berlin • RAin Lindemann, Berlin • RAin Dr. Losch, Hannover • RA Dr. Lück, Köln • RA Dr. Mädler, Leipzig • RA Dr. Mantler, München • Meißner, Köln, Referent Deutscher Städte- tag • RA Dr. Noch, München • RA Dr. Opitz, Frankfurt • RA Dr. Ortner, München • RA Pauli, Mannheim • RA Dr. Pfannkuch, Kiel • RAin Dr. Pfarr, Stuttgart • Portz, Bonn, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes • RA Poschen, Köln • RA Dr. Prieß, Berlin • RA Probst, Berlin • RA Prof. Dr. Reidt, Berlin • RA Dr. Renner, München • RAin Dr. Rosenkötter, Frankfurt • RA Dr. Schalk, Schrobenuhausen • RA Dr. Schraner, Berlin • Dr. Schwabe, Frankfurt, Vergabemanager • RA Dr. Siebler, München • RA Dr. Stickler, Leipzig • Richter am OLG a.D. Summa, Mainz • RA Dr. Ulshöfer, Stuttgart • RA Trautner, Frankfurt • RA Dr. Voppel, Köln • RA Prof. Dr. Wagner, Leipzig • RA Weihrauch, Köln • RA Dr. Willenbruch, Hamburg

Öffentliches Auftragswesen und Covid-19 in Frankreich – Zur Schaffung eines Regelungskataloges

von Dr. Christophe Kühl* und Philipp Wollert,** Köln

Die französische Gesetzgebung zum öffentlichen Auftragswesen wurde hauptsächlich durch 3 Verordnungen („ordonnances“) angepasst, um der Corona-Krise Rechnung zu tragen. Grundpfeiler ist dabei die Verordnung Nr. 2020–319 vom 25.03.2020, die durch die Verordnung Nr. 2020–460 vom 22.04.2020 aktualisiert wurde. Die Verordnung Nr. 2020–738 vom 17.06.2020 bildete den Abschluss der corona-bedingten Anpassungen des öffentlichen Auftragswesens.

Die öffentlichen Aufträge in Frankreich wurden vielfach vereinfacht und den krisenbedingten Umständen angepasst, um Unternehmen einen einfacheren Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu ermöglichen und auch die Durchführung, insbesondere längerfristiger Verfahren so einfach und praktisch wie möglich zu gestalten. Mit der Verordnung vom 25.03.2020, beruhend auf dem französischen „Covid-Gesetz“ vom 23.03.2020, werden die Vergabeverfahren und die Bedingungen für die Durchführung von öffentlichen Aufträgen angepasst und umgestellt. Von Teilen der Literatur wird sie als wirkliches „Krisen-Vergaberecht“ verstanden, das die notwendige und Sicherheit bringende rechtliche Antwort auf die Pandemie sei.¹

Ziel der französischen Regierung ist vor allem die Ankurbelung der französischen Wirtschaft² und die Unterstützung von Unternehmen, die Schwierigkeiten bei der Ausführung der Verträge haben.³ Die Verordnung wurde hauptsächlich geschaffen, um sowohl private Unternehmen zu schützen, als auch den Fiskus vor bedeutenden Konsequenzen zu bewahren.⁴ Mit der Verordnung vom 22. April wurde diejenige vom 25. März überarbeitet und ein weiterer Artikel eingefügt, wohingegen die Verordnung Nr. 2020–738 vom 17.06.2020 eigenständige Regelungen bezüglich Unternehmen im Insolvenzverfahren und der Beteiligung Kleiner und Mittlerer Unternehmen trifft.

Auf europäischer Ebene teilte die Europäische Kommission bereits am 01.04.2020 mit, dass eine Anpassung der Richtlinien nicht in Betracht komme, da diese eine flexible Anwendung des öffentlichen Vergaberechts während der Corona-Pandemie

gewährleisten.⁵ Somit war aus französischer Perspektive ein einzelstaatliches Handeln geboten.

Am 11.06.2020 erließ der damalige französische Premierminister Edouard Philippe die circulaire Nr. 6177/SG – eine Verwaltungsvorschrift in Bezug auf die Übernahme von Mehrkosten beim Bau von Gebäuden und öffentlichen Aufträgen, die in Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie stehen. Mit dieser internen Verwaltungsvorschrift werden die Behörden dazu angehalten, ein formalisiertes Verfahren ins Leben zu rufen, um gemeinsam mit den Auftragnehmern die verschiedenen Mehrkosten zu evaluieren. Dies soll der Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten dienen. Gemeinsam sollen somit schnelle und umsetzbare Lösungen gefunden werden. Diese Verwaltungsvorschrift soll letztlich auch der praktischen Umsetzung der Verordnung vom 25. März dienen.

A. Verordnung Nr. 2020–319 vom 25.03.2020

I. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich der Verordnung

Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich der Verordnung ist in ihrem Art. 1 niedergelegt, der bestimmt, dass die Verordnung auf Verträge Anwendung findet, die dem Vergaberecht unterliegen,

* Rechtsanwalt, Avocat au Barreau de Paris, QIVIVE Rechtsanwalts GmbH.

** Rechtsreferendar, QIVIVE Rechtsanwalts GmbH.

1 Vgl. Desjardins, CMP, Nr. 5, Mai 2020.

2 Lichère, AJDA 2020, S. 1105.

3 Ordonnance n° 2020–319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19- fiche technique, abrufbar unter: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/FT_Urgence_Covid_19%20commande_publicque_06-04-2020.pdf.

4 Noguellou, RDI 2020, S. 360.

5 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=FR), letzter Abruf am 01.06.2021.

sowie öffentliche Aufträge, die wiederum nicht dem Vergaberecht unterliegen.

Aufgrund dieser Formulierung wird der genaue Anwendungsbereich der Verordnung teils als problematisch eingestuft.⁶ In der Literatur wird diese Ungewissheit daher thematisiert, die herrschende Meinung⁷ geht aber von einem weiten Anwendungsbereich und davon aus, dass die Verordnung für alle Verträge, die dem Vergabegesetz (Code de la commande publique) unterliegen, gilt – was sowohl Verwaltungsverträge als auch privatrechtliche Verträge umfasst – aber eben auch für „öffentliche Aufträge, die nicht darunter fallen“. Der Begriff des öffentlichen Auftrags ist nicht legaldefiniert, was zu Rechtsunsicherheit führen kann. Unstreitig ist, dass es sich bei den öffentlichen Aufträgen um Verwaltungsverträge mit einem anderen wirtschaftlichen Gegenstand als Verträge und Konzessionen handelt.⁸ Aus den Erklärungen der Rechtsabteilung des Wirtschaftsministeriums zu dieser Verordnung ergibt sich hingegen, dass der Anwendungsbereich weit sein und alle Arten öffentlich-rechtlicher Verträge erfassen soll.⁹ Tatsächlich dürfte der Streit daher eher dogmatischer Natur sein.

In zeitlicher Hinsicht gilt die Verordnung für diejenigen Verträge, die im Zeitraum vom 12.03.2020 bis zum 23.07.2020 einschließlich ausgeführt oder geschlossen wurden. Die Verordnung wirkt in zeitlicher Hinsicht zurück und erfasst damit auch Verträge, die vor ihrem Erlass, aber nach dem 12.03.2020 geschlossen wurden. Bei laufenden Verträgen soll im Einzelfall untersucht werden, ob sie noch nach den ursprünglichen Bedingungen fortgeführt werden können oder ob Anpassungen erforderlich sind.

Die im Nachfolgenden beschriebenen Erleichterungen, die die Verordnung mit sich bringt, sind jedoch nur dann anzuwenden, wenn das allgemeine Vergaberecht nicht angewendet werden kann. Eine Regelvermutung für die Anwendung der Erleichterungen gibt es nicht, denn gemäß Art. 1 der Verordnung sollen die Vorschriften der Verordnung nur angewendet werden, soweit sie „notwendig sind, um den Folgen der Durchführung dieser Verträge, der Ausbreitung der Covid-19-Pandemie und der Maßnahmen, um die Ausbreitung zu begrenzen, zu begegnen“. Es handelt sich also um Ausnahmenvorschriften. Die Tatsache, dass die von der Verordnung geschaffenen Regelungen gemäß

ihres Art. 1 nur insoweit Anwendung finden, als sie notwendig sind, um den Besonderheiten der Covid-19-Pandemie Rechnung zu tragen, führt wiederum nicht zu einer übermäßigen Beschränkung der Anwendung. Es ist stets eine Einzelfallbetrachtung anzustellen. Für Auftragnehmer besteht somit immer ein gewisses Risiko, dass die Regelungen der Verordnung in ihrem Fall als nicht notwendig angesehen werden und sie sich nicht auf sie berufen können. Es dürfte jedoch davon auszugehen sein, dass das Tatbestandsmerkmal der „Notwendigkeit“ zum Schutz der Unternehmer weit ausgelegt wird. Andernfalls könnte dieses Merkmal bereits den Schutzzweck der Verordnung konterkarieren und ihren Anwendungsbereich wiederum zu sehr einschränken.

Insbesondere wird die Pandemie im Rahmen der Verordnung auch nicht als höhere Gewalt qualifiziert.¹⁰ Auch das Covid-Gesetz vom 23. März hat keine solche Qualifikation vorgenommen. Zur Feststellung höherer Gewalt bedürfte es deshalb stets der Einzelfallprüfung, in deren Rahmen die Beteiligten darlegen müssen, dass das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten und der Vertrag nicht unter normalen Bedingungen ausgeführt werden könne.¹¹ Andere sehen hingegen die Qualifikation der Pandemie als höhere Gewalt durch den Wirtschafts- und Finanzminister als ausreichend an.¹² Die fehlende Qualifikation der Pandemie als Fall höherer Gewalt ist insoweit unschädlich, als eine derartige Einstufung ohnehin dem Gericht in der jeweiligen Einzelfallentscheidung obliegt und kei-

6 Clamour, CMP, Nr. 5, Mai 2020.

7 Pastor, Dalloz actualité 31 mars 2020.

8 Noguellou, RDI 2020, S. 360.

9 Ordonnance n° 2020–319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19- fiche technique.

10 Revue Lamy de la concurrence, n° 94, 1^{er} mai 2020: Covid-19: le point sur l'aménagement des règles de passation et d'exécution des contrats publics.

11 Ordonnance n° 2020–319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19- fiche technique.

12 <https://www.vie-publique.fr/discours/273763-bruno-le-maire-28022020-coronavirus>, letzter Abruf am 01.06.2021; Brenot/Feroldi, Crise sanitaire et commande publique, Fiche pratique, Droit administratif, Nr. 5, Mai 2020 und wohl auch Adaptation de la commande publique la crise sanitaire, CMP, Nr. 5, Mai 2020.

ne pauschale Feststellung getroffen werden kann, ob die Corona-Pandemie grundsätzlich einen Fall höherer Gewalt darstellt.¹³

II. Inhaltlicher Regelungsgehalt

Inhaltlich trifft die Verordnung Regelungen zu zahlreichen Schlüsselpunkten im öffentlichen Auftragswesen, hinsichtlich derer eine Anpassung aufgrund der Pandemie für geboten erschien. Insbesondere betreffen sie das Beschaffungsverfahren sowie die Ausführungsmodalitäten öffentlicher Verträge.

1. Anpassungen der Beschaffungsverfahren

a) Verlängerung der Fristen für den Eingang von Anträgen und Angeboten

Art. 2 der Verordnung vom 25. März sieht die Möglichkeit einer Verlängerung der Fristen für den Eingang von Angeboten für Aufträge vor, die dem französischen Gesetz über das öffentliche Auftragswesen unterliegen (Code des marchés publics). Es ist also Sache des Auftraggebers, diese Fristen „so zu bemessen, dass sie den Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit geben, ihre Bewerbungen oder Angebote einzureichen“ und so für mehr Flexibilität zu sorgen.¹⁴

Die Fristen müssen gemäß Art. 2 „von ausreichender Dauer sein“, wobei sich diese primär nach der Komplexität der einzureichenden Unterlagen bemessen. Wenn die Ausschreibung jedoch keinen Aufschub duldet, kann der Auftraggeber auch beschließen, keine zusätzliche Frist zu gewähren.¹⁵

b) Anpassung des Ausschreibungsverfahrens

In Art. 3 bestimmt die Verordnung, dass die Wettbewerbsbedingungen, die in Anwendung des Vergabegesetzes in den Unterlagen zur Beratung der Unternehmen vorgesehen sind und vom Auftraggeber nicht eingehalten werden können, während des Verfahrens unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bewerber angepasst werden können.

Nach dieser Norm können etwa Treffen zu Vertragsverhandlungen durch Videokonferenzen ersetzt und Ortsbesichtigungen verschoben oder abgesagt werden. Die vertragschließende Behörde muss sich hierfür aber im Vorhinein vergewissern, dass diese neuen Modalitäten nicht dazu beitragen,

die Gleichbehandlung der Bewerber zu beeinträchtigen. Sämtliche Bewerber müssen über die neuen Modalitäten informiert und es muss sichergestellt werden, dass alle von ihnen in der Lage sind, dem Verfahren in der neuen Form zu folgen.¹⁶

Diese Regelung hat durch das Gesetz vom 07.12.2020 auch dauerhaft Einzug in den Artikel L. 2711–3 des Code de la commande publique gefunden. Auch nach der Corona-Pandemie sind die Auftraggeber somit in der Lage, die Wettbewerbsbedingungen nachträglich anzupassen, wenn sie von ihnen nicht eingehalten werden können. Insoweit sorgt die Corona-Pandemie also nicht nur für Übergangsregelungen, sondern auch für eine weitere Rechtsfortbildung.

c) Verlängerung der Laufzeit von Verträgen

Art. 4 der Verordnung erlaubt die Verlängerung von Verträgen, die während des Zeitraums vom 12.03.2020 bis zum 23.07.2020 ausgelaufen sind. Der Vertrag darf über den 23.07.20 hinaus maximal um den Zeitraum verlängert werden, der für die Wiedereröffnung des Ausschreibungsverfahrens erforderlich ist.

Entweder wird ein neues Ausschreibungsverfahren durchgeführt, oder – soweit dies nicht möglich ist – der ursprüngliche Vertrag verlängert. In letzterem Fall ist dann gemäß Art. 4 der Abschluss eines Änderungsvertrages notwendig.

Bei Rahmenverträgen kann die Verlängerung über die in Artikel L. 2125–1 und L. 2325–1 des Gesetzes über die öffentliche Ordnung genannten Laufzeiten (4 Jahre für öffentliche Auftraggeber und 8 Jahre für Auftraggeber bzw. 7 Jahre für Verteidigungs- und Sicherheitsaufträge) hinausgehen.

Auch diese Regelung hat mit Artikel L. 2711–5 dauerhaften Einzug in das Gesetz gefunden. Eine Verlängerung von Verträgen ist nach der gesetz-

13 So auch: Hoepffner, CMP, Nr. 8–9, August-September 2020.

14 Eckert, CMP, Nr. 6, Juni 2020; Noguellou, RDI 2020, S. 360; Pastor, Dalloz actualité 31 mars 2020.

15 Ordonnance n° 2020–319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19- fiche technique.

16 Ordonnance n° 2020–319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19- fiche technique.

lichen Vorschrift fortan bei Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ möglich. Der Begriff der „außergewöhnlichen Umstände“ ist zwar nicht völlig neu im Code de la commande publique, existiert dort aber auch erst seit einem Dekret vom 03.12.2018.

Die Verlängerung von Konzessionsverträgen (Verträge über die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung einer Dienstleistung mit einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die ein Recht zur Bewirtschaftung erhalten oder hierfür bezahlt werden, auf die aber auch die mit dem Betrieb des Bauwerks oder der Dienstleistung verbundenen Risiken übertragen werden) über die in Artikel L. 3114–8 des Gesetzes über die öffentliche Ordnung vorgesehene Laufzeit (20 Jahre) hinaus bedarf in diesem Zeitraum keiner weiteren Prüfung durch die zuständige staatliche Behörde.

d) Änderungen der Bedingungen für die Zahlung von Vorschüssen

Gemäß Art. 5 der Verordnung vom 25. März hat der Käufer die Möglichkeit, die Bedingungen für die Zahlung des Vorschusses durch einen Nachtrag zu ändern. Gemäß Artikel R. 2191–8 des Code de la commande publique beläuft sich der Vorschuss in der Regel auf 5 bis maximal 30 % des Ausgangswerts. Der Vorschuss kann nunmehr auf einen Betrag erhöht werden, der 60 % des Auftrags- oder Bestellwerts übersteigt. Darüber hinaus ist der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet, für Vorschüsse, die 30 % der Auftragssumme übersteigen, eine Sicherheitsleistung auf erstes Anfordern zu verlangen.

Einem Auftragnehmer, der ursprünglich die Zahlung eines Vorschusses abgelehnt hat, kann – wenn er diesen zwischenzeitlich für notwendig erachtet – auf einfachen Antrag ein Vorschuss bewilligt werden.¹⁷

2. Anpassung der Ausführungsbedingungen öffentlicher Aufträge und Verträge

Neben dem Beschaffungsverfahren wurden auch die Ausführungsbedingungen der Verträge angepasst. Der Art. 6 der Verordnung enthält zahlreiche Regelungen zur Unterstützung und zum Schutz von Unternehmen, die sich insbesondere in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden. Die in Art. 6 enthaltenen Regelungen finden jedoch nur

dann Anwendung, wenn sich in dem Vertrag selbst keine für den Auftragnehmer günstigeren Vereinbarungen vorfinden.

a) Art. 6 Abs. 1: Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Frist

Unter anderem sieht Art. 6 Abs. 1 vor, dass die Frist zur Ausführung des Auftrags auf Antrag des Auftragnehmers um einen Zeitraum verlängert wird, der mindestens dem Zeitraum des Art. 1 (12.03–23.07.2020, also knapp über 4 Monate) entspricht, sofern der Auftragnehmer die Frist für die Erfüllung einer oder mehrerer Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht einhalten kann oder die rechtzeitige Erfüllung eine offensichtlich übermäßige Belastung für ihn bedeuten würde.

Der Begriff der offensichtlich übermäßigen Belastung ist gesetzlich bislang nicht definiert. In der Verordnung wird die Pandemie – wie bereits oben gesehen – nicht als ein Fall höherer Gewalt eingestuft. Dies hat zur Folge, dass die einzelnen, den Unternehmern zugutekommenden Erleichterungen, nicht an den strengen Voraussetzungen für das Vorliegen der höheren Gewalt zu messen sind. Diese Regelungen werden daher als besonders unternehmerfreundlich hervorgehoben. Die Voraussetzung des „nicht in der Lage sein“ (impossibilité) aus Art. 6 Abs. 2 nimmt zwar Bezug auf die höhere Gewalt, die beispielhafte Aufzählung fehlender ausreichender Mittel sowie die offensichtlich übermäßige Belastung stellen jedoch eine Erleichterung für die Anwendung der Vorschrift dar.¹⁸ Der Code de la commande publique enthält generell zwei Bestimmungen zur höheren Gewalt, wonach einerseits der Käufer gemäß Artikel L. 2195–2 den Vertrag im Falle von höherer Gewalt kündigen kann und andererseits die Konzession erteilende Behörde den Konzessionsvertrag im Falle höherer Gewalt ebenfalls kündigen kann (Art. L. 3136–2).

Art. 6 Abs. 1 der Verordnung knüpft indes an die offensichtlich übermäßige Belastung an. Dieser Beurteilungsmaßstab wird in der Literatur aufgrund

¹⁷ Ordonnance n° 2020–319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19- fiche technique.

¹⁸ Lichère, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 407.

einer fehlenden Definition und der damit verbundenen Subjektivität kritisiert.¹⁹ Unserer Ansicht nach dürfte die Regelung in der Verordnung den ausführenden Unternehmen aber zugutekommen, denn sie müssen gerade nicht einen Fall höherer Gewalt darlegen und beweisen, also ein von außen kommendes, für sie unvorhersehbares und unüberwindbares Ereignis, das es ihnen vorübergehend oder endgültig unmöglich macht, ihre Verpflichtungen zu erfüllen. An das Vorliegen einer offensichtlich übermäßigen Belastung dürften geringere Anforderungen zu stellen sein als an die höhere Gewalt, die sowohl durch die Rechtsprechung als auch durch Gesetze inhaltlich weit differenzierter ist. Die Begrifflichkeit der „offensichtlich übermäßigen Belastung“ ist im Vertragsrecht bislang wenig gebräuchlich und man muss sie wohl im Lichte der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen auslegen. Letztlich könne die Effektivität der in der Verordnung getroffenen Maßnahmen ohnehin erst in der Zukunft beurteilt werden.²⁰ Auch hier ist anzumerken, dass allein dieser unbestimmte Rechtsbegriff nicht zu unüberwindbaren Problemen im Rahmen einer effektiven Anwendung der Verordnung führen kann und aufgrund der generell weiten Auslegung eher von Vorteil sein dürfte. Möglicherweise dient aber auch gerade die mit der Verordnung geschaffene Flexibilität und die Tatsache, dass eben nicht allein ein Fall höherer Gewalt vorliegen muss, sondern auch eine offensichtlich übermäßige Belastung ausreichend sein kann, dem Zweck, für den die Verordnung geschaffen wurde: dem Schutz der Auftragnehmer. Nicht zuletzt wird dies auch durch die Verwaltungsvorschrift vom 09.06.2020 deutlich, wonach die Kosten für die coronabedingten Unterbrechungen von Baustellen und öffentlichen Aufträgen von der Verwaltung getragen werden können und zwar unabhängig davon, ob die Unterbrechung auf den Auftragnehmer oder die Verwaltung zurückgeht. Zügig sollen hiernach die Zahlungen abgewickelt werden. An die Kostenübernahme durch den Staat werden dabei keine besonderen Anforderungen gestellt. Einzig eine Übernahme der Kosten für höhere Preise des Materials, der Energie und für den Transport soll nicht in Erwägung zu ziehen sein. Ebenso wenig soll ein etwaiger Minderertrag ausgeglichen werden.

b) Art. 6 Abs. 2: Unmöglichkeit der Ausführung des Vertrages

Gem. Art. 6 Abs. 2 Buchst. a) gilt, dass – sofern der Auftragnehmer nicht in der Lage ist, eine Be-

stellung oder einen Vertrag ganz oder teilweise auszuführen, insbesondere wenn er nachweist, dass er nicht über ausreichende Mittel verfügt oder dass deren Mobilisierung eine offensichtlich übermäßige Belastung bedeuten würde, er wie folgt geschützt wird:

- gegen ihn darf keine Sanktion ausgesprochen werden,
- es kann keine Vertragsstrafe ausgesprochen werden,
- er kann nicht vertraglich haften.

Zum Teil wird Abs. 2 auch als spezielle Kündigungsregelung bei unverschuldeter Nichterfüllung angesehen.²¹ Das Verbot der Verhängung einer Vertragsstrafe sei allerdings keine durch die Corona-Krise hervorgebrachte Neuerung, denn die Verwaltung sei in Krisen generell gehalten, jede übermäßige Entscheidung zu vermeiden, die Unternehmen schaden könnte. Sie habe eine wohlwollende Haltung einzunehmen. Durch die Verordnung erfährt dieser Grundsatz aber nun rechtliche Verbindlichkeit.²²

Um die Nichtleistung des Auftragnehmers zu kompensieren, kann der öffentliche Auftraggeber gem. Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) die unaufschiebbaren Leistungen allerdings durch einen Dritten erbringen lassen, auch wenn im ursprünglichen Vertrag eine Ausschließlichkeitsklausel enthalten ist. Bei Vorliegen einer Dringlichkeit der Erbringung der Dienstleistungen kann der Vertrag mit dem Dritten ohne Veröffentlichung und Ausschreibung geschlossen werden. Der ursprüngliche Auftragnehmer trägt weder die Kosten, noch das Risiko, die durch die Beauftragung des Dritten entstehen. Die Rechtsprechung hierzu ermöglicht generell aber eine Übertragung der Kosten auf den ursprünglichen Auftragnehmer.²³

In Art. 6 ist nicht ausdrücklich die Aussetzung des Vertrages vorgesehen. Sie soll aber notwendigerweise in der Regelung des Art. 6 Abs. 2 enthalten und auch im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 möglich

19 Lichère, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 407; vgl. hierzu auch Desjardins, CMP, Nr. 5, Mai 2020.

20 Nicinski, AJDA 2020, S. 1717.

21 Nicinski, AJDA 2020, S. 1717.

22 Desjardins, CMP, Nr. 5, Mai 2020.

23 Conseil d'État, 20.01.1988, Nr. 56503, Société d'étude et de réalisation des applications du froid.

sein.²⁴ Gesetzlich wurden Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 a) und b) mit Gesetz vom 07.12.2020 in die Artikel L. 2711–7 und L. 2711–8 des Code de la commande publique aufgenommen.

c) Art. 6 Abs. 3: Stornierung der Bestellung und Kündigung des Vertrages durch den Auftraggeber

Im Falle der Stornierung einer Bestellung oder der Kündigung des Vertrags durch den Auftraggeber infolge von Maßnahmen der zuständigen Verwaltungsbehörden im Rahmen eines gesundheitlichen Notstands kann der Auftragnehmer nach Art. 6 Abs. 3 der Verordnung vom Auftraggeber für die Kosten entschädigt werden, die als unmittelbare Folge der Ausführung einer stornierten Bestellung oder eines gekündigten Vertrags entstanden sind. Besonders ist diese Regelung insoweit, als der Auftragnehmer im Falle der Stornierung einer Bestellung oder der Kündigung des Vertrags durch Art. 6 Abs. 3 der Verordnung für sämtliche mit der der Ausführung des Auftrags in Verbindung stehende Kosten entschädigt werden kann. In der Regel wird der Auftragnehmer im Falle der Kündigung aus Gründen des öffentlichen Interesses jedoch nur für den entgangenen Gewinn entschädigt.²⁵

d) Art. 6 Abs. 4: Aussetzung von Verträgen mit pauschaler Vergütung

Wird hingegen ein Vertrag mit einer pauschalen Vergütung ausgesetzt, bleibt der Auftraggeber zur Zahlung der vereinbarten Raten gemäß den Vertragsbedingungen verpflichtet. Nach Beendigung dieser Aussetzung wird die Leistungserbringung durch das Unternehmen wieder aufgenommen. Die finanziellen Folgen werden unter Berücksichtigung der Änderungen durch Nachtrag festgelegt. Diese Vertragsaussetzung stellt eine Ausnahme vom dem Prinzip der Zahlung nach der Erbringung der Leistung dar. Ihr wird im Rahmen der gesamten corona-bedingten Regelungen jedoch nur geringe Bedeutung beigemessen, was darauf zurückzuführen ist, dass sie nur auf Pauschalverträge Anwendung findet, alle anderen Verträge sind von der Regelung nicht betroffen. Die Formulierung, wonach die Änderungen in einem Nachtrag festgelegt werden, wiederhole zudem nur die bestehende gesetzliche Lage, wonach ein Vertrag immer durch Nachtrag unter der Bedingung geändert werden kann, dass die Vorschriften zur Änderung des öffentlichen Auftrags, die aus der Umsetzung der

Richtlinien vom 26.02.2014 hervorgegangen sind, eingehalten werden.²⁶ Fraglich ist aber, ob die Aussetzung allein im Ermessen des Auftraggebers liegt, oder ob auch der Auftragnehmer die Aussetzung verlangen kann, wenn ihm die weitere Ausführung unmöglich wird.²⁷

e) Art. 6 Abs. 5 und 6: Aussetzung eines Konzessionsvertrages

Bei Aussetzung eines Konzessionsvertrags wird die Zahlung der vom Konzessionär an die konzessionsgebende Behörde geschuldeten Beträge ausgesetzt, wenn die Situation des Wirtschaftsteilnehmers dies rechtfertigt. Ein Vorschuss auf die dem Konzessionär zustehenden Beträge kann an den Konzessionär gezahlt werden (Art. 6 Abs. 5). Durch die Verordnung vom 22.04.2020 wurde dieser fünfte Absatz ergänzt, um seine Anwendung auch für den Fall zu ermöglichen, dass die Erfüllung des Konzessionsvertrags infolge einer verwaltungspolizeilichen Maßnahme ausgesetzt wird, und nicht nur im Falle einer ausdrücklichen Aussetzung des Konzessionsvertrags durch die konzessionserteilende Behörde. Nach Wiederaufnahme der Tätigkeit kann ein Nachtrag „die notwendig erscheinenden Änderungen des Vertrages“ festlegen. Anders als die anderen Absätze der Norm knüpft Abs. 5 die bevorzugte Behandlung des Konzessionsnehmers an seine wirtschaftliche Situation an. Sollte es dem Unternehmen also wirtschaftlich gut gehen, profitiert es nicht von der Aussetzung des Konzessionsvertrages.²⁸

Bei wesentlichen Änderungen eines Konzessionsvertrags und bei fehlender Aussetzung hat der Konzessionär nach Art. 6 Abs. 6 der Verordnung allerdings immer noch Anspruch auf eine Entschädigung für die Mehrkosten, die sich aus der – auch teilweisen – Ausführung der Dienstleistung oder der Arbeiten ergeben.

f) Art. 6 Abs. 7: Verträge über die Nutzung des öffentlichen Grundes

Durch die Verordnung vom 22.04.2020 wurde ein Abs. 7 in Art. 6 eingeführt: Bei Verträgen zur

24 Lichère, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 407.

25 Nicinski, AJDA 2020, S. 1717.

26 Lichère, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 407.

27 Rees, CMP. Nr. 5, 05.05.2020.

28 Lichère, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 407.

Nutzung öffentlichen Grundes wird die Pflicht zur Zahlung der Nutzungsgebühr für einen Zeitraum ausgesetzt, der die Zeitspanne vom 12.03.2020 bis zum 23.07.2020 nicht überschreiten darf, wenn sich die Bewirtschaftungsbedingungen der Tätigkeit des Nutzers in exzessiver Weise im Hinblick auf seine finanzielle Situation verschlechtern haben.

Es wird vertreten, dass es sich hierbei um eine gesetzlich eingeführte Einrede des nicht erfüllten Vertrages handelt, durch die der Vertragspartner berechtigt ist, temporär seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachzukommen. Ausgesetzt wird lediglich die Zahlungspflicht, nicht aber der Vertrag selbst. Diese Vorschrift schaffe weder das Recht, den öffentlichen Grund in der Corona-Krise kostenfrei in Anspruch nehmen zu können, noch führt dies zu einem dauerhaften Erlöschen des Anspruchs. Die Beweislast dafür, dass sich die Bedingungen verschlechtert haben, liegt beim Nutzer, der hierfür auch das Zeugnis derjenigen, die von seinen Diensten profitieren, einholen kann.²⁹

Es herrscht jedoch Unklarheit über die bei Stellung des Aussetzungsantrags zu beachtenden Formalitäten. Bei einem Ereignis höherer Gewalt bspw. bestehen keine besonderen Anforderungen an die Formalitäten, andere Klauseln können dies aber vorsehen, wie in Art. 49 der allgemeinen Verwaltungsbestimmungen für Auftragsausschreibungen. Zum anderen stellt sich die Frage, wer die Kosten für die Aussetzung des Vertrags zu übernehmen hat, wenn diese von dem Auftragnehmer begehrt wird oder sich aufgrund verwaltpolizeilicher Maßnahmen aufdrängt und die Initiative hierzu nicht von der öffentlichen Hand ausgeht. Praktiker raten daher, entsprechende Klauseln in künftige Verträge und Nachträge aufzunehmen.³⁰

Unklarheiten bestehen auch hinsichtlich der Pachten und weiterer nicht aufgeführter Zahlungsverpflichtungen. Erfasst sind von dieser Vorschrift zudem nur vertraglich vereinbarte Nutzungen, nicht aber einseitig festgelegte. Erfasst werden darüber hinaus auch nur solche Nutzer, die den öffentlichen Raum auf kommerzielle Art und Weise nutzen, nicht aber solche, die ihn bewohnen und keinen wirtschaftlichen Vorteil daraus ziehen. Diese können nicht von Zahlungsbefreiungen profitieren.³¹

B. Verordnung Nr. 2020–460 vom 22.04.2020

Mit dieser Verordnung wurde – wie eingangs erwähnt – ein Art. 6–1 hinzugefügt, wonach Änderungsentwürfe zu Verträgen über die Übertragung öffentlicher Dienstleistungen und zu öffentlichen Aufträgen, die eine Erhöhung des Gesamtbetrags um mehr als 5 % beinhalten, von der vorherigen Stellungnahme der in Artikel L. 1411–5 des Code général des collectivités territoriales (Allgemeines Gesetz über die Gebietskörperschaften) genannten Kommission bzw. der Ausschreibungskommission ausgenommen sind.

C. Gesetz Nr. 2020–734 vom 17.06.2020 und Verordnung Nr. 2020–738 vom 17.06.2020- Regelungen für Unternehmen im Insolvenzverfahren

Neben der Verordnung vom 17. Juni komplettiert das Gesetz Nr. 2020–734 den Regelungskatalog in Bezug auf das öffentliche Auftragswesen und Unternehmen im Insolvenzverfahren. Die Verordnung findet Anwendung auf Verträge im öffentlichen Auftragswesen sowie Konzessionen.³²

I. Aussetzung der einseitigen Kündigungsmöglichkeit durch den Auftraggeber

Um Unternehmen zu unterstützen, die aufgrund der Covid-19-Epidemie in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, sieht die Regierung durch Art. 38 des Gesetzes Nr. 2020–734 vom 17.06.2020 eine Ausnahmeregelung zu Artikel L. 2195–4 des Gesetzes über die öffentliche Ordnung vor. Die darin enthaltene Möglichkeit des Auftraggebers, den öffentlichen Auftrag einseitig zu kündigen, weil über das Vermögen des Auftragnehmers ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, wird vorübergehend ausgesetzt.

Weitere Maßnahmen hinsichtlich im Insolvenzverfahren befindlicher Unternehmen sind in der Verordnung Nr. 738 vom 17.06.2020 enthalten.

29 Dreyfus, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 253.

30 Lichère, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 407.

31 Dreyfus, AJ Collectivités Territoriales 2020, S. 253.

32 Noguellou, RDI 2020, S. 360.

II. Maßnahmen zur Erleichterung des Zugangs zu öffentlichen Aufträgen

1. Ausnahme vom Ausschluss der Teilnahme am Vergabeverfahren

Art. 1 der Verordnung Nr. 2020–738 vom 17.06.2020 über verschiedene Maßnahmen im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe erlaubt es Unternehmen, die sich in einem Insolvenzverfahren oder einem gleichwertigen Verfahren nach ausländischem Recht befinden, sich um öffentliche Aufträge zu bewerben. Grundsätzlich sind derartige Unternehmen gemäß Artikel L. 2141–3 Nr. 3 des Code de la commande publique vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Hiernach dürften auch ausländische Unternehmen, die sich in einem Insolvenzverfahren befinden, von der Regelung profitieren und dennoch am Vergabeverfahren in Frankreich teilnehmen. Diese Vorschrift ist gemäß Art. 4 II. bis zum 10.07.2021 gültig.

2. Sicherung des Zugangs von KMUs zu globalen Verträgen

Neben der Unterstützung von im Insolvenzverfahren befindlichen Unternehmen, berücksichtigt die Verordnung zudem explizit Kleine und Mittlere Unternehmen (KMU). Gemäß Art. 2 sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, bei der Vergabe des Gesamtauftrags den Anteil der Auftragsausführung zu berücksichtigen, zu dem sich der Bieter verpflichtet, KMU oder Handwerker unterzubeauftragen. Der für KMU und Handwerker reservierte Anteil wird durch denselben Artikel auf 10 % des geschätzten Auftragswerts festgelegt, sofern es der wirtschaftliche Sektor im Gebiet des Auftrages zulässt. Dieses Kriterium wird damit zu einem zwingenden Kriterium für die Auswahl von Auftragnehmern und soll kleine und mittlere Unternehmen unterstützen.

3. Keine Berücksichtigung des Umsatzrückgangs

Eine dritte Maßnahme sieht schließlich Art. 3 der Verordnung vor, wonach Auftraggeber bei der Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit von Bewerbern um öffentliche Aufträge den Umsatzrückgang in dem/den Geschäftsjahr(en), auf den/die die Folgen der Gesundheitskrise zurückgeführt werden, nicht berücksichtigen dürfen (Art. 3 des Erlasses).

Diese Maßnahme wird bis zum 31.12.2023 gelten.

D. Fazit

In Frankreich hat man im Gegensatz zu Deutschland ein sehr umfassendes Regelwerk für die öffentliche Auftragsvergabe in Corona-Zeiten geschaffen, um die Unternehmen bestmöglich vor wirtschaftlichen Schäden zu bewahren. Während in Frankreich gleich drei Verordnungen auf den Weg gebracht worden sind, wurden in Deutschland nur Handlungsempfehlungen für die Verwaltung erlassen. Bereits am 19.03.2020 brachte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ein „Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“ in Umlauf. Hierin ging es vor allem um die Beschleunigung und Vereinfachung von Vergabeverfahren, wie zum Beispiel das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 119 Abs. 5 GWB i.V.m. §§ 14 Abs. 4. 17 VgV für öffentliche Aufträge ab Erreichen der EU-Schwellenwerte. Die zügige Vergabe und Ausführung von Aufträgen stand dabei im Vordergrund, insbesondere in Hinblick auf die Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln wie Desinfektionsmittel, Handschuhe, Masken und Schutzzittel sowie Beatmungsgeräte und IT-Gerät zur Einrichtung von Homeoffice-Arbeitsplätzen. Diese Aufzählung wurde als nicht abschließend betrachtet.

Am 06.07.2020 wurden darüber hinaus Handlungsrichtlinien aufgestellt, die am 14.07.2020 in Kraft traten und bis zum 31.12.2021 gelten. Diese enthalten unter anderem eine Abweichung von § 14 UVgO, nach der Direktaufträge bis zu einem Auftragswert von 3.000 € ohne Umsatzsteuer vergeben werden können, anstatt wie gewöhnlich lediglich i.H.v. 1.000 €. Weiterhin treffen die Richtlinien Änderungen für Bauaufträge. Diese können in dem Zeitraum bis zu einem geschätzten Auftragswert von 1.000.000 € ohne Umsatzsteuer abweichend von § 3a Abs. 1 Satz 2 VOB/A ohne Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben werden. Freihändige Vergaben können bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 € durchgeführt werden. Ab Erreichen der Schwellenwerte gem. § 106 GWB kann die Vergabestelle bei der Berechnung von Teilnahme- und Angebotsfristen in der Regel von den jeweils vorgesehenen Verkürzungsmöglichkeiten bei hinreichend begründeter Dringlichkeit Gebrauch machen, den aufgrund der drohenden

konjunkturellen Lage sei von der Dringlichkeit investiver Maßnahmen der öffentlichen Hand auszugehen.³³

In Deutschland steht somit weniger der Schutz von Unternehmern sowie des Fiskus im Vordergrund als vielmehr die Aufrechterhaltung der staatlichen Funktionen und die Gewährleistung ihrer Versorgung. Es soll auch weiterhin „sichergestellt sein, dass der Einkauf des Bundes zu wirtschaftlichen Preisen erfolgt und keine Steuergelder verschwendet werden“.³⁴

Frankreich für seinen Teil ist zumindest für künftige Krisen gewappnet und die Tatsache, dass es bislang keinerlei Rechtsprechung zu der Thematik gibt, zeigt, dass die Verordnungen nicht für die Probleme gesorgt haben, die teils von der Literatur befürchtet wurden. Die französischen Regelungen haben ihren Schwerpunkt in der Unterstützung der Unternehmer und weniger in öffentlich-rechtlichen

Belangen wie der Aufrechterhaltung öffentlicher Verträge oder der Sicherstellung der Versorgung mit bestimmten Gütern. Sie sind von ihrer Konzeption her durch und durch unternehmerfreundlich und können als sehr pragmatisch angesehen werden. Die Kodifizierung einiger Regelungen und die dadurch bedingte Rechtsfortbildung könnte dazu führen, dass das französische Vergaberecht bei einer erneuten Krise mehr Rechtssicherheit bietet als das deutsche Recht, das keine gesetzlichen Anpassungen erfahren hat.

33 Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rundschreiben-anwendung-vergaberecht.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

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