

Verhandlungsverfahren turbo!

Das Bundeskabinett hat am 15.7.2020 im Kontext einer Gesetzesänderung zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (ArchLG) auch **wichtige Klarstellungen zur Durchführung von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** beschlossen. Regelungskern ist die Neuschaffung eines Absatzes 15 in § 17 VgV, wonach das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV (äußerste Dringlichkeit) von bestimmten Formvorgaben für die öffentlichen Auftraggeber befreit werden soll. Dies gilt namentlich für die Vorschriften zur elektronischen Vergabe, insbesondere der Entgegennahme von Angeboten, der Bieterkommunikation und der Zuschlagserteilung. In der SektVO und der VSVgV werden diese Regelungen – soweit einschlägig – nachvollzogen. Der Gesetzentwurf geht jetzt in den Bundesrat und Bundestag. Nimmt man die Bundesregierung allerdings beim Wort und sieht in den Änderungen in den Vergabeverordnungen lediglich Klarstellungen, könnten Auftraggeber bereits vor dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens von den aufgezeigten Spielräumen Gebrauch machen.

Hintergrund:

In seinem Urteil vom 4.7.2019 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden, dass die verbindlichen **Mindest- und Höchstonorarsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)** europarechtswidrig sind. Mit Verkündung des Urteils besteht für Deutschland die Pflicht, der Entscheidung nachzukommen und die nationale Rechtsordnung an die Vorgaben des Urteils anzupassen. Dies betrifft in erster Linie das ArchLG und die HOAI selbst.

Das Artikelgesetz zur Änderung des ArchLG nutzt die Bundesregierung, um unter dessen Dach einige **Klarstellungen in den vergaberechtlichen Verordnungen für Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bei äußerster, zwingender Dringlichkeit** zu treffen. Zwar hatte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) bereits in einem Rundschreiben vom 19.3.2020 vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie die Verfahrensregeln bei diesem Vergabeverfahren erläutert, jedoch erscheint der Bundesregierung aufgrund der Diskussionen zum Ablauf der Vergabeverfahren während der Pandemie eine Klarstellung unmittelbar in den vergaberechtlichen Rechtsverordnungen geboten. Der Gesetzentwurf rekurriert dabei auf die Europäische Kommission, die in ihrer Mitteilung vom 1.4.2020 (2020/C 108 I/01) bestätigt habe, dass bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb „keine Anforderungen hinsichtlich der Veröffentlichung, der Fristen oder der Mindestanzahl der zu konsultierenden Bewerber oder sonstige verfahrenstechnische Anforderungen“ bestehen.

Im Einzelnen geht es jetzt um folgende Regelungen:

In der **VgV** wird zunächst klargestellt, dass die in § 17 Abs. 6 geregelte **Mindestfrist für die Einreichung von Angeboten** nur für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gilt. Für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gilt diese Mindestfrist also nicht. Die Fristsetzung ist dort vielmehr lediglich am Maßstab des § 20 Abs. 1 VgV zu messen. In der Verordnungsbegründung weist die Bundesregierung allerdings darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber die Fristsetzung bereits aus Eigeninteresse angemessen ansetzen werde, um ein valides Angebot zu erhalten. Die Gesetzesbegründung führt weiter aus, dass aufgrund seines besonderen Ausnahmecharakters damit beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach Würdigung der Gesamtumstände grundsätzlich auch sehr kurze Fristen denkbar seien, die insbesondere beim Vorliegen äußerst dringlicher, zwingender Gründe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV auch bis zu 0 Tage betragen könnten.

Der neu angefügte § 17 Abs. 15 VgV stellt klar, dass der öffentliche Auftraggeber bei der **Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wegen äußerster Dringlichkeit** nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV von nachfolgenden Formanforderungen der VgV befreit ist:

- §§ 9 bis 13 VgV Vorgaben zur (elektronischen) Kommunikation
- § 53 Abs. 1 VgV Übermittlung von Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angeboten in elektronischer Form
- § 54 VgV Aufbewahrung ungeöffneter Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote
- § 55 VgV Öffnung der Interessenbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote

Aus Sicht der Bundesregierung ist ein **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV unter größtem zeitlichem Druck** durchzuführen, bei dem Verzögerungen durch die Anwendung bestimmter Formvorschriften nicht in Kauf genommen werden müssten. Die Bundesregierung weist allerdings darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber lediglich von den durch die Vorschriften normierten Verpflichtungen befreit sei. Er könne sie aber – sofern er dies möchte – weiterhin anwenden und beispielsweise trotz Vorliegens der besonders dringlichen, zwingenden Umstände die Abgabe von elektronischen Angeboten verlangen. Die Gesetzesbegründung macht zudem deutlich, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten, die im Rahmen des Vergabeverfahrens ausgetauscht werden, durch diese Erleichterung nicht berührt werden.

Die öffentlichen Auftraggeber bleiben ungeachtet der Wahl der Verfahrensart verpflichtet, für einen datenschutzkonformen Umgang mit personenbezogenen Daten zu sorgen.

Obwohl es sich aus Sicht der Bundesregierung bei den jetzigen Änderungen nur um Klarstellungen handeln soll, stellt sich schon die Frage, warum die weitgehende Befreiung von Formvorschriften nur für Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bei äußerster Dringlichkeit gelten soll. So darf der öffentliche Auftraggeber in solchen Fällen künftig auf eine elektronische Vergabe mittels Online-Plattform verzichten und stattdessen E-Mail-Angebote einholen, obwohl er möglicherweise mehrere Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordert. Bei anderen Ausnahmetatbeständen des § 14 Abs. 4 VgV, bei denen sogar nur ein einziges Unternehmen zur Angebotsabgabe in Betracht kommt (z.B. § 14 Abs. 4 Nr. 2, Nr. 5 oder Nr. 7 VgV), gibt es die Möglichkeit der Angebotseinreichung per E-Mail hingegen nach wie vor nicht. Ganz stimmig ist die jetzige Klarstellung also nicht.

Die weiteren **Änderungen in §§ 73 und 76 VgV** stehen demgegenüber im Zusammenhang mit der Änderung der Honorarvorgaben für Architekten- und Ingenieurleistungen als Ausfluss des eingangs erwähnten EuGH-Urteils.

Mit dem neuen **Absatz 3 in § 12 VSVgV** wird die Klarstellung in der VgV mit Blick auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auch für solche Verfahren nachvollzogen, die auf der Grundlage der VSVgV durchgeführt werden. Konkret handelt es sich um die Verpflichtungen nach § 30 Abs. 1 und 2 VSVgV zur **Aufbewahrung und Öffnung von Angeboten**. Auch hier gilt aber, dass der Auftraggeber lediglich von den gesetzlichen Verpflichtungen befreit ist, er sie aber weiterhin anwenden kann.

Mit der Einfügung des neuen **Absatz 3 in § 9 SektVO** werden die Klarstellungen in der VgV auch auf Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach der SektVO übertragen. Dies betrifft konkret die **Verpflichtungen zu den Anforderungen und zur Nutzung elektronischer Mittel bei der Kommunikation**. Dies schließt die Übermittlung der Angebote mithilfe elektronischer Mittel mit ein, da § 9 SektVO insoweit Grundlage für die Regelung des § 43 Abs. 1 SektVO ist, wonach Angebote grundsätzlich mithilfe elektronischer Mittel zu übermitteln sind. Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten, die im Rahmen des Vergabeverfahrens ausgetauscht werden, werden auch hier durch diese Erleichterung nicht berührt.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass das Artikelgesetz auch eine Änderung des § 114 Abs. 1 GWB enthält. Für die dort normierte **Berichtspflicht der obersten Bundesbehörden und der Länder an das BMWi** wird das bisherige feste Berichtsdatum (15.2.) gestrichen. Stattdessen wird das jeweils verbindliche Fälligkeitsdatum für die Berichte zukünftig

ausschließlich den zur jeweiligen Bestimmung des Umfangs der Berichtspflicht ohnehin ergehenden Anforderungsschreiben des BMWi zu entnehmen sein. **Zu berichten ist regelmäßig über die jeweils zurückliegenden drei Jahre.**

Verfasser: Rudolf Ley

Anlagen

- [Link zum Gesetzentwurf](#)