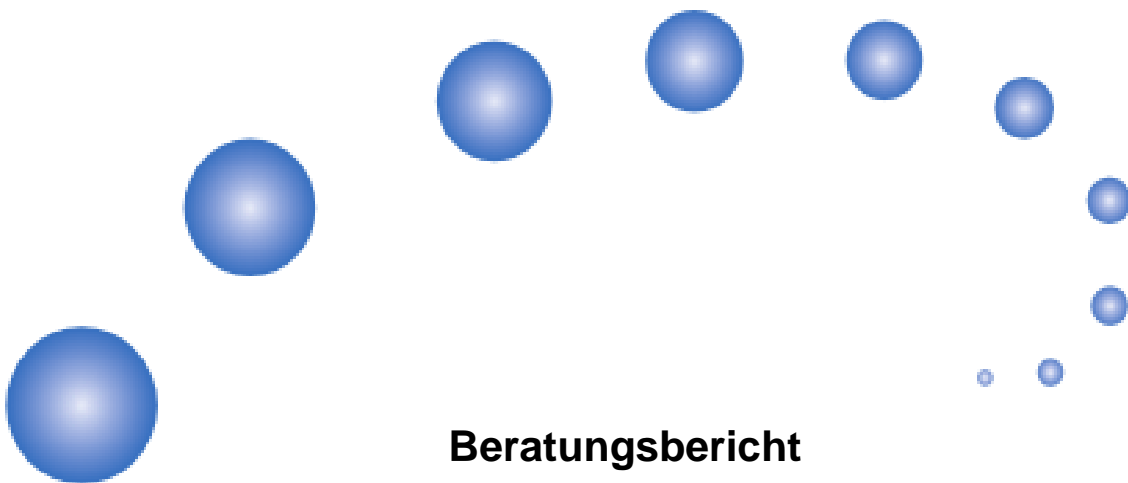




Landesrechnungshof Nordrhein-Westfalen



**Beratungsbericht
gemäß § 88 Abs. 2 Landeshaushaltsordnung**

**zu vergaberechtlichen Maßnahmen
während der Corona-Pandemie**

KuP - 172/0010 - 2021/00115

Düsseldorf, 27.04.2021

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkung	3
2	Vergabeerleichterungen	4
2.1	Beschaffungen mit Bezug zur Corona-Pandemie	5
2.1.1	Erleichterungen im Vergabeverfahren befristet bis zum 31.12.2020	5
2.1.2	Verlängerung der Aussetzung der Unterschwellenvergabeordnung bis zum 31.12.2020	7
2.1.3	Erneute Verlängerung der Aussetzung der Unterschwellenvergabeordnung bis zum 30.06.2021	7
2.2	Beschaffung von Bauleistungen und anderen Leistungen	9
2.2.1	Erhöhung von vergaberechtlichen Wertgrenzen zur Beschaffung von Bauleistungen befristet bis zum 31.12.2020	9
2.2.2	Verlängerung der Erhöhung von vergaberechtlichen Wertgrenzen zur Beschaffung von Bauleistungen bis zum 31.12.2021	10
2.3	Erhöhung der vergaberechtlichen Wertgrenzen zur Beschaffung von Leistungen	11
3	Bewertungen und Empfehlungen	14
3.1	Bedeutung des Vergaberechts	14
3.2	Befristung und Monitoring	16

1 Vorbemerkung

Das Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen (FM) hat eine Vielzahl von Maßnahmen zur Eindämmung der Folgen der Corona-Pandemie getroffen. Davon hat ein bedeutender Teil vergaberechtliche Erleichterungen zum Inhalt.

Zum Ersten hat das FM mit dem Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (MWIDE) den gemeinsamen Runderlass „Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“ vom 27.03.2020¹ veröffentlicht. Weiter hat es den Runderlass „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“ vom 27.04.2020² in Kraft gesetzt. Zuletzt hat das FM den Runderlass „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Leistungen“ vom 16.02.2021³ veröffentlicht und damit u. a. die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen auf weitere Leistungen erweitert.

Zu den verschiedenen Runderlassen wurde der Landesrechnungshof Nordrhein-Westfalen (LRH) gemäß § 103 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung (LHO) vor ihrer Veröffentlichung angehört. Der LRH hat jeweils umfassend Stellung zu den beabsichtigten vergaberechtlichen Erleichterungen genommen und Änderungen angemahnt. Insbesondere sah der LRH durch die Vielzahl der entsprechenden Runderlasse in ihrem Zusammenwirken eine stetig zunehmende Aufweichung der vergaberechtlichen Vorschriften, wobei zu befürchten ist, dass diese Regelungen nach den Vorstellungen der Landesregierung auch über die Pandemielage hinaus Gültigkeit behalten sollen.

Die betroffenen Ministerien haben nur auf die formalen Empfehlungen des LRH reagiert, die Runderlasse im Übrigen aber ohne inhaltliche Anpassungen bekannt gegeben. Dies

¹ Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (MBI. NRW.) 2020 S. 168, zuletzt geändert durch Runderlass vom 07.12.2020 (MBI. NRW. 2020 S. 880).

² MBI. NRW. 2020 S. 236, geändert durch Runderlass vom 07.12.2020 (MBI. NRW. 2020 S. 880), aufgehoben und ersetzt durch Runderlass „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Leistungen“ vom 16.02.2021 (MBI. NRW. 2021 S. 81).

³ MBI. NRW. 2021 S. 81.

hat den LRH dazu veranlasst, den Landtag gemäß § 88 Abs. 2 LHO über den Sachstand zu unterrichten, da die verschiedenen Erlasse die im Vergaberecht festgelegten Ziele, möglichst vielen Anbietern den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu eröffnen (Wettbewerbsgebot) und gleichzeitig bessere Angebote für die öffentliche Hand (Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) zu sichern, in ihrem Gesamtgefüge beschneiden. Dabei möchte er auch mögliche Ansätze zur kritischen Beobachtung und Begleitung dieser Regelungen durch den Landtag aufzeigen.

2 Vergabeerleichterungen

Vor dem Hintergrund der zwischen der Bundesregierung und den Ländern Mitte März 2020 vereinbarten Leitlinien, die darauf abzielten, die Ausbreitungsgeschwindigkeit des Coronavirus (SARS-CoV-2) zu verlangsamen, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) am 19.03.2020 mit einem Rundschreiben an die Bundesressorts, Länder, Kommunale Spitzenverbände und Geschäftsbereichsbehörden des BMWi Ausführungen zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Virus gemacht.⁴ Das BMWi verweist insbesondere auf die gesetzlichen Ausnahmetatbestände, die Optionen und Flexibilitätsmöglichkeiten bei öffentlichen Aufträgen zur Beschleunigung und Vereinfachung von Vergabeverfahren zur Verfügung stellen. So empfiehlt das BMWi u. a. bei öffentlichen Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte für eine schnelle und effiziente Beschaffung in Dringlichkeits- und Notfallsituationen ausdrücklich die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (Ziffer 2 des Rundschreibens). Dabei fordert der Auftraggeber regelmäßig mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen unmittelbar zur Angebotsabgabe auf (siehe § 8 Abs. 4 Nr. 9 der Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte – Unterschwellenvergabeordnung, UVgO). Hierzu führt das BMWi weiter aus, dass bei einer besonders dringlichen Leistung ausnahmsweise auch nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden kann, sofern die besondere Dringlichkeit nicht vom

⁴ Rundschreiben des BMWi vom 19.03.2020, Az. 20601/000#003 (veröffentlicht unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rundschreiben-anwendung-vergaberecht.html>; Stand: 26.04.2021).

Auftraggeber vorausgesehen werden konnte und/oder sofern die Gründe für die besondere Dringlichkeit nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen sind (siehe § 12 Abs. 3 UVgO). Das BMWi stellt hierzu fest, dass diese Voraussetzung im Fall von Beschaffungen, die zur Eindämmung der Corona-Epidemie kurzfristig erforderlich sind, regelmäßig gegeben sei.

In Nordrhein-Westfalen sind in der Folgezeit ebenfalls verschiedene Regelungen zur Anwendung des Vergaberechts während der Corona-Pandemie geschaffen worden, die über die vom BMWi aufgezeigten Ausnahmeregelungen deutlich hinausgehen. Im Einzelnen:

2.1 Beschaffungen mit Bezug zur Corona-Pandemie

2.1.1 Erleichterungen im Vergabeverfahren befristet bis zum 31.12.2020

Erstmals mit Schreiben vom 25.03.2020 übersandte das FM dem LRH zur Anhörung den Entwurf eines gemeinsamen Runderlasses des FM und des MWIDE „Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“.

Ausweislich der Ziffer 1 des Erlasses sollte – zunächst befristet bis zum 31.12.2020 – sichergestellt werden, dass die öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen zur Eindämmung der Epidemie handlungsfähig bleibt und Beschaffungen, insbesondere zum Zwecke des Gesundheitsschutzes und zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes, schnell und effizient abgewickelt werden können. Unter anderem war vorgesehen

- für den Einkauf von Waren und Dienstleistungen, die der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Epidemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs dienen, unterhalb der EU-Schwellenwerte die Anwendung der UVgO bis zum 30.06.2020 auszusetzen und
- bei entsprechenden Maßnahmen, die den EU-Schwellenwert (214.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge) erreichen oder überschreiten, bis zum 31.12.2020 Leistungen über das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 119 Abs. 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

(GWB) i. V. m. §§ 14 Abs. 4, 17 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) beschaffen zu können.

Mit seiner Entscheidung vom 26.03.2020 nahm der LRH Stellung zu dem Entwurf des Runderlasses. Dabei begrüßte er die grundsätzliche Zielrichtung des Erlasses, Erleichterungen im Rahmen der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen zu ermöglichen, die im Zusammenhang mit der Eindämmung der Corona-Pandemie stehen. Er äußerte aber hinsichtlich der beabsichtigten Aussetzung der UVgO Bedenken, da damit alle vergaberechtlichen Vorschriften bei Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte für Vergabeverfahren, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz und der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes zur Eindämmung der Pandemie stehen, außer Kraft gesetzt würden. Dies betreffe die Grundpfeiler des Vergaberechts, wie das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot, die Korruptionsprävention und die Dokumentationspflichten. Das Eingehen von Verträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte unterläge nach dem Erlass nur noch dem Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgebot.

Die Regelungen in Ziffer 2 des Rundschreibens des BMWi vom 19.03.2020 seien ausreichend, angemessen und praktikabel. Sie schafften für die Vergabestellen umfassende Erleichterungen, Vergaben bis zum Erreichen des Schwellenwertes von 214.000 € im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen und falls erforderlich nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe gemäß § 12 Abs. 3 UVgO aufzufordern. Insofern seien diese Erleichterungen geeignet, die beabsichtigten Ziele einer schnellen und effizienten Beschaffung zu erreichen.

Der LRH empfahl daher, von einer Aussetzung der UVgO abzusehen und sich an den Regelungen des Rundschreibens des BMWi vom 19.03.2020 zu orientieren.

Der gemeinsame Runderlass des FM und des MWIDE „Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“ datiert vom 27.03.2020 und trat am

04.04.2020 in Kraft.⁵ Im Vergleich zum Erlassentwurf waren keine wesentlichen Änderungen nach den Empfehlungen des LRH vorgenommen worden.

2.1.2 Verlängerung der Aussetzung der Unterschwellenvergabeordnung bis zum 31.12.2020

Durch den gemeinsamen Runderlass des FM und des MWIDE vom 24.06.2020⁶ wurde die in dem genannten Runderlass vom 27.03.2020 enthaltene Befristung der Aussetzung der Anwendung der UVgO für bestimmte Fälle bis zum 30.06.2020 gestrichen. Damit wurde die Aussetzung bis zum vorgesehenen Außerkrafttreten des Ausgangserlasses am 31.12.2020 verlängert.

Der LRH hatte zu diesem Vorhaben mit Entscheidung vom 18.06.2020 Stellung genommen und die bereits mit Entscheidung vom 26.03.2020 geäußerten Bedenken zur Aussetzung der UVgO – unterhalb der EU-Schwellenwerte – aufrechterhalten. Er lehnte die beabsichtigte Aussetzung der Befristung ab. Es fehle an einer substantiierten Begründung der Aussetzung. Lieferengpässe seien gegenwärtig nicht zu verzeichnen. Auch sei davon auszugehen, dass in allen Bereichen ausreichende Mengen, etwa an Hygienemitteln oder sonstigen Waren, entweder schon beschafft oder beauftragt worden seien. Vor allem habe sich mittlerweile die Zahl der Neuinfektionen auf einem niedrigen Niveau stabilisiert. Dies habe dazu geführt, dass in weiten Bereichen erhebliche Lockerungen vollzogen worden seien und weitere in Aussicht gestellt würden. Insgesamt könnte daher von einer Entwicklung in Richtung auf den Normalzustand gesprochen werden. Aus diesen Gründen erschließe sich dem LRH nicht, warum parallel dazu nicht auch die Rückkehr zum vergaberechtlichen Normalzustand angetreten werden könne.

2.1.3 Erneute Verlängerung der Aussetzung der Unterschwellenvergabeordnung bis zum 30.06.2021

Mit Schreiben vom 21.10.2020 übersandte das FM dem LRH einen Entwurf zu einer weiteren Änderung des gemeinsamen Runderlasses des FM und des MWIDE vom

⁵ MBI. NRW. 2020 S. 168.

⁶ MBI. NRW. 2020 S. 326.

27.03.2020 zur Kenntnisnahme und Anhörung. Hiermit sollte dessen Geltungsdauer bis zum 30.06.2021 verlängert werden.

Der LRH äußerte sich hierzu mit Entscheidung vom 19.11.2020. Er begrüße die Zielrichtung des Erlasses, Erleichterungen im Rahmen der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen zu ermöglichen, die im Zusammenhang mit der Eindämmung der fortdauernden Corona-Pandemie stehen, grundsätzlich weiterhin. In der fortdauernden Pandemiesituation könne eine Ausnahmesituation, auch wegen der dynamischen Entwicklung, nicht ausgeschlossen werden. Ungeachtet dessen hielt der LRH an seinen bereits mit Entscheidungen vom 26.03.2020 und 18.06.2020 geäußerten – inhaltlichen – Bedenken fest. Die Aussetzung der UVgO setze alle vergaberechtlichen Vorschriften für die Unterschwellenvergabe von Liefer- und Dienstleistungen außer Kraft und somit auch wesentliche Bestimmungen, wie das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot, die Korruptionsprävention und die Dokumentationspflichten. Es verbleibe nur noch das Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgebot. Indes reichten die getroffenen Regelungen in Ziffer 2 des Rundschreibens des BMWi vom 19.03.2020 aus, um wesentliche Erleichterungen von Vergaben im Unterschwellenbereich zu erreichen.

Zusätzlich regte der LRH mit Blick auf die Regelungen bei Maßnahmen, die den EU-Schwellenwert erreichen oder überschreiten, an, das Vorliegen einer Ausnahmesituation im Besonderen zukünftig nachvollziehbar zu dokumentieren, um den Anwendungsbereich der Ausnahmetatbestände zu begrenzen.

Mit Erlass vom 07.12.2020⁷ wurde die Geltung des gemeinsamen Runderlasses des FM und des MWIDE vom 27.03.2020 bis zum 30.06.2021 verlängert. Die vom LRH geäußerten Bedenken und Anregungen blieben – mit Ausnahme formaler Anpassungen – unberücksichtigt.

⁷ MBl. NRW. 2020 S. 880.

2.2 Beschaffung von Bauleistungen und anderen Leistungen

2.2.1 Erhöhung von vergaberechtlichen Wertgrenzen zur Beschaffung von Bauleistungen befristet bis zum 31.12.2020

Mit Schreiben vom 07.04.2020 übersandte das FM dem LRH zur Anhörung den Entwurf eines Runderlasses „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“. Damit sollten vergaberechtliche Wertgrenzen für Bauleistungen bei den verschiedenen Vergabearten deutlich angehoben werden. So sollte u. a. die Möglichkeit eröffnet werden, bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert i. H. v. 10.000 € ohne Umsatzsteuer einen Direktauftrag, bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert i. H. v. 100.000 € ohne Umsatzsteuer eine Freihändige Vergabe und bis zu einem geschätzten Auftragswert i. H. v. 1 Mio. € ohne Umsatzsteuer eine sogenannte Beschränkte Ausschreibung ohne vorherigen öffentlichen Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Gleichzeitig kündigte das FM an, am Ende des Geltungszeitraums eine Evaluation zur Wirkungsweise der Maßnahme durchzuführen.

Mit Entscheidung vom 16.04.2020 nahm der LRH hierzu Stellung. Er betrachtete die Erhöhung der Wertgrenzen und den Ausschluss des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs kritisch. Insoweit sah er die Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs, der Transparenz sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit infrage gestellt. Daran dürfte auch der allgemeine Hinweis in Nr. 4 des Erlassentwurfs, wonach entsprechende Grundsätze unberührt bleiben sollen, nicht sehr viel ändern.

Zwar begrüßte der LRH die Befristung zum 31.12.2020; er kritisierte jedoch die fehlende inhaltliche Begrenzung durch einen eindeutigen Bezug auf die Corona-Krise. Vielmehr deuteten die Parallelen zu vergleichbaren Regelungen in anderen Bundesländern und bei den Kommunen wie auch die Absicht der Evaluierung der Wirkungsweise des Erlasses nach Ablauf des Geltungszeitraums darauf hin, dass daran gedacht sein könnte, die ins Auge gefassten Bestimmungen des Erlassentwurfs über das Jahresende, also dessen Geltungsdauer hinaus, zu verlängern. Für einen solchen Automatismus sähe der LRH keinen Grund.

Ferner regte der LRH an, dass bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe gemäß § 3b Abs. 3 der Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A,⁸ unter den Unternehmen möglichst gewechselt werden sollte. Eine solche Bestimmung wirke korruptionspräventiv und würde einem „Haus- und Hoflieferantentum“ ein Stück weit entgegenwirken.

Das FM erließ am 27.04.2020 den Runderlass „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“ ohne wesentliche Änderungen.⁹ Hierbei fand ausschließlich der o. g. Hinweis auf einen Wechsel der beauftragten Unternehmen Aufnahme in den Erlass.

2.2.2 Verlängerung der Erhöhung von vergaberechtlichen Wertgrenzen zur Beschaffung von Bauleistungen bis zum 31.12.2021

Mit Schreiben vom 22.10.2020 übersandte das FM einen Entwurf zur Änderung des o. g. Runderlasses vom 27.04.2020 an den LRH zur Kenntnisnahme und Anhörung. Hiermit sollte die Befristung des Runderlasses bis zum 31.12.2021 verlängert werden.

In seiner Entscheidung vom 19.11.2020 nahm der LRH Stellung zu der Verlängerung. Hierbei hielt er an den Ausführungen in seiner Stellungnahme vom 16.04.2020 fest. Er betrachte die Erhöhung der Wertgrenzen und den Ausschluss des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs weiterhin kritisch. Die Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs, der Transparenz sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit würden infrage gestellt. Daran dürfte auch der allgemeine Hinweis in Nr. 2.4 des Runderlasses, wonach die entsprechenden Grundsätze unberührt bleiben sollen, nicht viel ändern.

Der LRH wandte sich ausdrücklich gegen die Verlängerung des Runderlasses um ein Jahr. Damit seien die von ihm geäußerten Befürchtungen, die Bestimmungen des Erlasses könnten über das Jahresende hinaus verlängert werden, eingetreten. Andererseits sei heute erst absehbar, dass die Corona-Pandemie das Land auch noch im nächsten

⁸ Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2016 – vom 22.06.2016, BAnz AT 01.07.2016, B4.

⁹ MBl. NRW. 2020 S. 236.

Jahr (2021) stark fordern werde. Es fehle im Erlass jedoch weiterhin eine eindeutige inhaltliche Begrenzung durch einen unmittelbaren Bezug auf die Corona-Pandemie. So sei vom FM gegenüber dem LRH als Grund für die Verlängerung zwar die Stärkung der Wirtschaft „mit Blick auf die aktuelle Situation und der weiterhin bestehenden Folgen der Pandemie“ angeführt worden, ohne jedoch Eingang in den Runderlass zu finden. Der LRH regte daher noch einmal an, in den Erlass einen konkreten inhaltlichen Bezug zur Corona-Pandemie aufzunehmen.

Der Änderungserlass erging am 07.12.2020¹⁰ und verlängerte die Wirkung des Runderlasses vom 27.04.2020 bis zum 31.12.2021. Die seitens des LRH geäußerten Bedenken blieben unberücksichtigt.

2.3 Erhöhung der vergaberechtlichen Wertgrenzen zur Beschaffung von Leistungen

Mit Schreiben vom 08.01.2021 übersandte das FM den Entwurf eines Runderlasses des FM „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Leistungen“ an den LRH zur Anhörung.

Der Runderlass sollte den o. g. Runderlass „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“ vom 27.04.2020 aufheben und ersetzen. In Angleichung an den Runderlass „Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 26 der Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen“ (Kommunale Vergabegrundsätze) vom 28.08.2018¹¹ sollten die vergaberechtlichen Wertgrenzen für die Beschaffung von Lieferungen, Dienst- und Bauleistungen nochmals generell und bedingungslos deutlich angehoben und an die Kommunalen Vergabegrundsätze angepasst werden.

Auf Nachfrage teilte das FM dem LRH am 21.01.2021 per E-Mail mit, der Runderlass zur „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wert-

¹⁰ MBI. NRW. 2020 S. 880.

¹¹ MBI. NRW. 2018 S. 497, zuletzt geändert durch Runderlass vom 12.06.2020 (MBI. NRW. 2020 S. 355, berichtigt S. 450).

grenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“ sei bis zum 31.12.2021 verlängert worden. Er solle durch den nunmehr vorgelegten Erlassentwurf ersetzt werden. Eine Evaluation zur Beurteilung der Wirkungsweise für eine ständige Anwendung der Wertgrenzen sei beim Auslaufen der Beschleunigungsmaßnahmen vorgesehen.

Mit Entscheidung vom 04.02.2021 nahm der LRH zu dem neuen Entwurf Stellung. Er betrachtete die weitere Erhöhung der Wertgrenzen und den Ausschluss des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs sowie die erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs des bisherigen Erlasses kritisch. Hierdurch würde die Beachtung der Grundsätze eines fairen Wettbewerbs, der Transparenz sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit infrage gestellt. Daran dürfte auch der allgemeine Hinweis in Abschnitt 1 Ziffer 3 des Erlassentwurfs, wonach die entsprechenden Grundsätze unberührt bleiben sollen, nicht viel ändern. Es würden wesentliche Grundsätze des Vergaberechts ausgesetzt, wenn regelmäßig erforderliche Verfahrensschritte für Vergaben unterhalb der Wertgrenzen nicht durchzuführen seien. Der LRH hielt an seiner mehrfach geäußerten Auffassung fest, dass die in Ziffer 2 des Rundschreibens des BMWi vom 19.03.2020 getroffenen Regelungen für die Beschaffungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie grundsätzlich ausreichten, um wesentliche Erleichterungen von Vergaben im Unterschwellenbereich zu erreichen.

Ferner wies der LRH darauf hin, dass in dem vorgelegten Entwurf vom 08.01.2021 zwar allgemein auf die „wirtschaftlichen Folgen“ durch die bestehende Pandemie verwiesen würde, ohne jedoch eine inhaltliche Begrenzung vorzunehmen. Dem LRH fehle eine ausreichende Begründung, aus der sich die Notwendigkeit einer weiteren Liberalisierung des Vergaberechts ergebe. Für die Vergabe von Bauleistungen habe er dies bereits in seiner Entscheidung vom 19.11.2020 beanstandet. Für die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Erlasses gelte nichts Anderes: Auch hier sei nicht dargelegt, ob und ggf. in welchem Umfang die nun einbezogenen weiteren Wirtschaftsbereiche so von den Folgen der Pandemie betroffen wären, dass eine Förderung durch die Erhöhung der vergaberechtlichen Wertgrenzen gerechtfertigt sein könnte. Der LRH regte daher weiterhin die Aufnahme eines konkreten inhaltlichen Bezuges zur Corona-Pandemie an.

Ergänzend merkte der LRH an, dass für die Wirtschaftsförderung die speziell dafür vorgesehenen Maßnahmen und Mittel herangezogen werden sollten (NRW-Soforthilfe etc.).

Das Vergaberecht eigne sich zur Wirtschaftsförderung schon deshalb nicht, weil es eigene Zwecke verfolge. Mit dem Vergaberecht sollte möglichst vielen Anbietern der Zugang zu öffentlichen Aufträgen eröffnet werden, was den Wettbewerb am Markt fördere und damit zeitgleich zu besseren Angeboten für die öffentliche Hand führe. Der wirtschaftliche Umgang mit öffentlichen Mitteln und die Prävention von Korruption würden gestützt.

Mit seiner Entscheidung wies der LRH zudem nochmals nachdrücklich darauf hin, dass es sich bei der Erhöhung der vergaberechtlichen Wertgrenzen um eine befristete Maßnahme handeln solle. Unter Bezugnahme auf seine Entscheidungen vom 19.11.2020 stellte er heraus, dass eine Verlängerung stets kritisch neu zu betrachten sei. Es sollte jeder Eindruck vermieden werden, dass die vorgesehene Anhebung der Wertgrenzen dauerhaft erfolgen könne. Der LRH beanstandete vor diesem Hintergrund insbesondere, dass auch jetzt keine substantiierte Begründung für die angestrebte Regelung erkennbar sei. Das FM habe bis heute keine Evaluation durchgeführt. Es sei daher unklar, ob und inwieweit die bisherige Regelung die gewünschte Wirkung erzielt habe. Auch insoweit fehle daher weiterhin eine ausreichende Begründung für die Erhöhung der Wertgrenzen bis zum Jahresende. Erst recht kritisierte der LRH die vom FM in Aussicht genommene dauerhafte Anhebung der Wertgrenzen.

Der Runderlass „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Leistungen“ datiert vom 16.02.2021 und ist am 20.03.2021 in Kraft getreten¹² und hat damit den Runderlass „Beschleunigung von Investitionen durch die Erhöhung vergaberechtlicher Wertgrenzen für die Beschaffung von Bauleistungen“ vom 27.04.2020¹³ aufgehoben und ersetzt. Die Bedenken des LRH blieben unberücksichtigt, der Runderlass wurde ohne weitere Änderungen veröffentlicht.

¹² MBI. NRW. 2021 S. 81.

¹³ MBI. NRW. 2020 S. 236, geändert durch Runderlass vom 07.12.2020 (MBI. NRW. 2020 S. 880).

3 Bewertungen und Empfehlungen

Auch in Ansehung der Besonderheiten der aktuellen Pandemiesituation sieht der LRH die mehrfache undifferenzierte Verlängerung der Regelungen zur Aufweichung des Vergaberechts weiterhin kritisch. Erst recht gilt dies für eine mögliche dauerhafte Erhöhung der vergaberechtlichen Wertgrenzen. Der LRH sieht daher Veranlassung, auf die Bedeutung des Vergaberechts nochmals ausdrücklich hinzuweisen.

3.1 Bedeutung des Vergaberechts

Das Vergaberecht verfolgt das Ziel, möglichst vielen Anbietern den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu eröffnen und eine ökonomische Verwendung der Haushaltsmittel zu sichern. So sollen der Wettbewerb am Markt gefördert (Wettbewerbsgebot) und gleichzeitig bessere Angebote für die öffentliche Hand (Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) erzielt werden. Dies gilt sowohl im Bereich ab Erreichen der EU-Schwellenwerte, also im Anwendungsbereich des GWB (vgl. dort § 97), als auch im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte, also im Anwendungsbereich der UVgO (vgl. dort § 2 UVgO).

Der sowohl in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB als auch in § 2 Abs. 1 Satz 1 UVgO verankerte Wettbewerbsgrundsatz nützt nicht nur dem öffentlichen Auftraggeber, sondern auch den Bietern bzw. Bewerbern, indem der öffentliche Auftraggeber im Oberschwellenbereich nach § 14 Abs. 2 VgV grundsätzlich verpflichtet wird, den Auftrag im Wettbewerb unter konkurrierenden Unternehmen im offenen oder nicht offenen Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, zu vergeben. Dementsprechend sieht § 55 LHO im Unterschwellenbereich grundsätzlich eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vor. Mit der Umsetzung des Wettbewerbsgrundsatzes werden nicht nur Haushaltsmittel sparsam und wirtschaftlich für notwendige Beschaffungen verwendet; zugleich verschafft die konsequente Umsetzung des Wettbewerbsgrundsatzes konkurrierenden Unternehmen in einem fairen Verfahren Zugang

zu öffentlichen Aufträgen.¹⁴ Dieser Gleichbehandlungsaspekt beansprucht gerade auch in Zeiten der Pandemie Geltung. Einschränkungen des Vergaberechts sind kein Instrument der Wirtschaftsförderung. Vorschriften, die den Wettbewerb einschränken, sollten dementsprechend die Ausnahme sein und bleiben.

Der LRH hält daran fest, dass das Wettbewerbsgebot durch die Erhöhung der Wertgrenzen und den Ausschluss des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs unmittelbar eingeschränkt bzw. ausgesetzt wird. Der Grundsatz des gleichen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen ist eingeschränkt, wenn vom öffentlichen Teilnahmewettbewerb vermehrt abgesehen werden kann. Auch im Unterschwellenbereich können öffentliche Aufträge für Unternehmen eine große Bedeutung erlangen, sodass ein einzelner Auftrag für ein kleineres Unternehmen von größter Wichtigkeit sein kann.

Soweit die Besonderheiten der Pandemiesituation Ausnahmen von den vergaberechtlichen Regelungen erfordern, weil ein effektives und schnelles Handeln gewährleistet sein muss, werden derartige Umstände schon im Vergaberecht selbst berücksichtigt. Dieses stellt Auftraggebern ein am Grad der Dringlichkeit gestuftes System von Erleichterungen zur Seite. Hierauf hat auch das BMWi in seinem o. g. Rundschreiben vom 19.03.2020 abgestellt.

So eröffnet § 119 Abs. 5 GWB i. V. m. §§ 14 Abs. 4, 17 VgV für öffentliche Aufträge ab Erreichen der EU-Schwellenwerte in besonderen Fällen unter engen tatbestandlichen Voraussetzungen die Möglichkeit, von einer Vergabe nach den o. g. wettbewerblichen Grundsätzen des § 97 GWB abzusehen. Gleiches gilt nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO für öffentliche Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte. Unter strengen Voraussetzungen und in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens kann ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit denkbar kurzen Fristen durchgeführt werden. Dabei hat der öffentliche Auftraggeber auch in den Fällen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV (Dringlichkeit) bzw. § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO (Notwendigkeit) sein Ermessen auszuüben und regelmäßig

¹⁴ Bundestagsdrucksache 18/6281, S. 67; *Schneevogel* in: Heiermann/Zeiss/Summa, juris-PK-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 36.

zumindest mehrere Angebote einzuholen. Die Direktvergabe an einen von vornherein allein angesprochenen Marktteilnehmer kann nur als Ultima Ratio infrage kommen.¹⁵

Zur Wahrung der Grundsätze des Vergaberechts empfiehlt der LRH daher die Orientierung an dem o. g. Rundschreiben des BMWi vom 19.03.2020. Weitergehender Maßnahmen bedarf es nicht.

3.2 Befristung und Monitoring

Mit Blick auf eine mögliche dauerhafte Erhöhung der vergaberechtlichen Wertgrenzen erinnert der LRH daran, dass jede Abweichung von den vergaberechtlichen Regelungen befristet sein sollte und jede Verlängerung einer solchen Frist einer substantiellen Begründung bedürfte. Eine solche hat der LRH in der Vergangenheit nicht erkennen können. Gleiches gilt für die zuletzt erfolgte Erweiterung des Anwendungsbereichs der Ausnahmenvorschriften. Für eine dauerhafte Erhöhung der Wertgrenzen sieht der LRH erst recht keine Rechtfertigung.

Die vom FM vorgesehene nachgelagerte Evaluation der Wirkungsweise der Wertgrenzenerhöhung kann nicht Grundlage einer Beurteilung für deren ständige Anwendung sein. Der aktuellen Regelung liegt eine besondere Ausnahmesituation zugrunde, die von der Corona-Pandemie und deren Folgen geprägt ist. Die dauerhafte Anwendung der Wertgrenzen sollte aber im Normalbetrieb – losgelöst von der Pandemiesituation – allein auf der gesetzlichen Grundlage des § 55 LHO bewertet werden.

Im Übrigen sollte während der Geltungsdauer der aktuellen Regelung zumindest ein Monitoring durchgeführt und sollten die Vergabeerleichterungen laufend und nicht erst nach ihrem Abschluss analysiert werden. Nur mithilfe eines solchen Monitorings könnte geklärt werden, ob die Maßnahmen die betroffenen Wirtschaftszweige erreichen und die gewünschten Effekte tatsächlich eintreten.

¹⁵ Oberlandesgericht Rostock, Beschluss vom 09.12.2020 – 17 Verg 4/20; so auch: Vergabekammer München, Beschluss vom 12.10.2020 – 3194.Z3-3 01-20-31 (Quelle: juris).

Nach alledem empfiehlt der LRH, dass der Landtag die Landesregierung auffordern sollte, einen Zwischenbericht zur Wirkungsweise der Maßnahmen zu erstellen und die Notwendigkeit des Fortbestandes der Regelungen kritisch zu überprüfen. Hierüber sollte die Landesregierung dem Landtag jeweils berichten.

Herr Vizepräsident Kisseler ist an der Unterschriftsleistung verhindert.

gez.

Prof. Dr. Mandt
Präsidentin

Herr Direktor b. LRH Dr. Hähnlein ist an der Unterschriftsleistung verhindert.

gez.

Prof. Dr. Mandt
Präsidentin

gez.

Prof. Dr. Mandt
Präsidentin

gez.

Dr. Lascho
Direktor b. LRH

gez.

Zelljahn
Direktor b. LRH