



Joachim Herrmann, MdL

Per E-Mail ([Michael.Piazolo@stmuk.bayern.de](mailto:Michael.Piazolo@stmuk.bayern.de))  
Bayerischen Staatsminister  
für Unterricht und Kultus  
Herrn Prof. Dr. Michael Piazolo  
Mitglied des Landtags  
Salvatorstraße 2  
80333 München

München, 11. Juli 2021  
B3-1512-36-124

**Förderprogramm für mobile Luftreinigungsanlagen u. a. in Schulen und  
Kitas;  
vergaberechtliche Aspekte**

Sehr geehrter Herr Kollege,  
lieber Herr Professor Piazolo,

in der Sitzung des Ministerrats am 6. Juli 2021 haben wir die Neuauflage der Förderung mobiler Luftreinigungsanlagen u. a. in Schulen und Kitas beschlossen. Ihrer Einladung folgend hatte hierzu am Tag zuvor unter Ihrer Leitung eine Videokonferenz mit den Präsidenten der Kommunalen Spitzenverbände stattgefunden. Die Spitzenverbände haben ihre Befürchtung zum Ausdruck gebracht, die Beschaffung der Geräte könne bis zum Ende der Sommerferien nicht abgeschlossen werden und dies auch mit dem Zeitaufwand für eine möglicherweise erforderliche europaweite Ausschreibung begründet.

Das Innenministerium hat dazu, wie in dem Gespräch mit den Spitzenverbänden zugesagt, gemeinsam mit dem Wirtschaftsministerium nochmals geprüft, ob die starke Ausbreitung der Delta-Variante des Corona-Virus es nicht rechtfertigen würde, bei den Beschaffungen, deren Wert den EU-Schwellenwert von 214.000 € (netto) erreicht oder überschreitet, wegen außerordentlicher Dringlichkeit an Stelle

eines EU-weiten Ausschreibungsverfahrens eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen.

Im Ergebnis ist aus den nachfolgend näher dargelegten Gründen festzustellen, dass in den Fällen entsprechend hoher Auftragswerte die Beschaffung von Luftfiltern im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne EU-weite Bekanntmachung mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden wäre – so auch das für Oberschwellenvergaben zuständige Wirtschaftsministerium. Sollte in einem konkreten Fall ein solches Verfahren von einem Unternehmen gerügt werden und die Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren zu dem Ergebnis kommen, dass die Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht vorliegen, so würde dies dazu führen, dass der entsprechende Liefervertrag von Anfang an unwirksam wäre (§ 135 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB).

Ein öffentlicher Auftraggeber kann Aufträge nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 der Vergabeverordnung - VgV). Dies setzt äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen voraus, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, und die 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. Bei § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV handelt es sich um eine Ausnahmenvorschrift, die eng auszulegen ist und in der Spruchpraxis der Vergabekammern und ordentlichen Gerichte auch entsprechend angewandt wird. Dringliche und zwingende Gründe kommen nur bei akuten Gefahrensituationen und höherer Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Gefahren und Schäden für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019 – Verg 18/19 m.w.N.). Die Vergabekammer Südbayern hat in einem von ihr zu entscheidenden Verfahren auch Ereignisse anerkannt, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht, etwa durch einen schweren, nicht wieder gut zu machenden Schaden (Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 21.10.2020 – 3194.Z3-3-01-20-31). Unvorhersehbar sind Ereignisse, mit denen auch bei Anlegung eines hohen objektiven

Sorgfaltsmaßstabs nicht gerechnet werden konnte (Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 60). Der Ausbruch der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 stellt zwar nach allgemeiner Ansicht ein solch unvorhersehbares Ereignis dar (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 09.12.2020 – 17 Verg 4/20; Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 62; Leitlinien der Europäischen Kommission vom 01.04.2020 (2020/C 1081/01), Ziffer 2.3.1). Der Verlauf der Pandemie unterliegt seither einer dynamischen Entwicklung und ist insbesondere im Hinblick auf die damit verbundenen Gefahren für Leib und Leben nach wie vor nicht sicher zu prognostizieren. Somit kann sich grundsätzlich auch über ein Jahr nach Beginn der Pandemie ein unvorhersehbarer dringlicher Beschaffungsbedarf ergeben, insbesondere in Bezug auf neu zur Verfügung stehende Instrumente zur Bekämpfung der Pandemie. Allerdings führt auch die Delta-Variante ebenso wie weitere seit längerem existierende Varianten nicht zwingend zu einem neuen, unvorhersehbaren Beschaffungsbedarf. Auch die Beschaffung von Luftreinigungsanlagen ist eine seit längerer Zeit politisch diskutierte Maßnahme zur Bekämpfung der Corona-Pandemie: So wurden Luftreiniger zur Eindämmung der Pandemie bereits mit der Erstauflage des Förderprogramms für mobile Luftreinigungsgeräte in Schulen und im Kita-Bereich gefördert.

Im Ergebnis ist zweifelhaft, ob in einem Nachprüfungsverfahren für die Beschaffung der Luftfiltergeräte zum jetzigen Zeitpunkt eine unvorhersehbare, äußerste Dringlichkeit anerkannt würde. Daher dürfte die Durchführung eines offenen Verfahrens nach § 15 Abs. 3 VgV im Oberschwellenbereich das rechtlich sicherere Verfahren sein, um die rechtlichen Risiken zu begrenzen. Dabei können die Kommunen die Beschleunigungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen, die das Vergaberecht für Fälle hinreichend begründeter (aber eben nicht äußerster) Dringlichkeit vorsieht. Diese Voraussetzung kann mit Blick auf die sich rasant ausbreitende Delta-Variante und dem in der Ministerratsvorlage festgehaltenen Ziel, nach den Sommerferien weiterhin uneingeschränkter Präsenzunterricht zu ermöglichen, als erfüllt angesehen werden. Im Übrigen hat das Innenministerium mit Schreiben vom 24. November 2020 darauf hingewiesen, dass angesichts der drohenden konjunkturellen Lage befristet bis zum 31. Dezember 2021 in der Regel eine hinreichende Dringlichkeit aller investiven Maßnahmen angenommen werden kann. Somit kann die in der VgV festgelegte Mindestfrist für die Einreichung von Angeboten von 30 Tagen auf 15 Tage halbiert werden. Hinzu kommt eine in § 134

GWB festgelegte Wartefrist bis zur Erteilung des Zuschlags von weiteren 10 Tagen, die den nicht berücksichtigten Bietern die Möglichkeit einer Rüge geben soll. Insgesamt belaufen sich die Fristen in einem beschleunigten offenen Verfahren somit auf 25 Tage. Nach Einschätzung des Wirtschaftsministeriums sind die vergaberechtlich vorgegebenen Stadien des beschleunigten offenen Verfahrens oberhalb des Schwellenwerts innerhalb von bis zu fünf Wochen ab Bekanntmachung durchführbar.

Ich gehe allerdings davon aus, dass ein Großteil der Beschaffungen nicht nach den bundes- und europarechtlichen Vergabevorschriften abgewickelt werden muss, der erst ab Erreichen der Schwellenwerte verbindlich ist und auf den der Freistaat Bayern mangels Gesetzgebungskompetenz keinen Einfluss hat. Geht man von Kosten für ein Gerät in Höhe von 3.500 € netto aus, wäre der Schwellenwert erst ab 62 Geräten überschritten. In diesem Zusammenhang könnte den Kommunen eine Bestimmung in § 3 Abs. 2 Satz 2 VgV helfen, wonach bei eigenverantwortlichen Beschaffungen durch eigenständige Organisationseinheiten (z. B. einzelne Schulen) die Auftragswerte je Organisationseinheit gesondert betrachtet werden können. Voraussetzung ist, dass die einzelne Schule über ein eigenes Budget zur Mittelbewirtschaftung verfügt. Liegt eine organisatorische Verselbständigung (noch) nicht vor, könnte diese möglicherweise noch kurzfristig im Wege einer dringlichen Anordnung nach Art. 37 Abs. 3 GO geschaffen werden. Die dringliche Anordnung eines Budgets ist möglich, soweit nicht eine Sitzung des zur Entscheidung berufenen Gremiums nach der Geschäftsordnung rechtzeitig einberufen werden kann. Dies entscheidet die Kommune in eigener Verantwortung.

Unterhalb der EU-Schwellenwerte gelten die Vergabegrundsätze in der Bekanntmachung des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich, die zur Bewältigung der Corona-Pandemie bereits erhebliche Erleichterungen vorsehen. So kann (befristet bis zum 31. Dezember 2021) bis zum Schwellenwert von 214.000 € ohne weitere Begründung eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb gewählt werden, d.h. es genügt, mehrere (in der Regel mindestens drei) Vergleichsangebote einzuholen. Mindestfristen sind in den Vergabegrundsätzen nicht vorgesehen.

Zusammenfassend bin ich der Meinung, dass die vergaberechtlichen Vorschriften nicht daran hindern, eine Beschaffung der Luftfiltergeräte bis zum Ende der Sommerferien durchzuführen. Ich bitte Sie, die oben geschilderten Prüfungsergebnisse zu den vergaberechtlichen Verfahren den Präsidenten der Kommunalen Spitzenverbände so rasch wie möglich mitzuteilen, um sicherzustellen, dass unverzüglich mit den Beschaffungen begonnen werden kann. Sollten im Einzelfall noch Fragen zum Vergabeverfahren, beispielsweise zu den Voraussetzungen einer gesonderten Betrachtung der Auftragswerte einzelner Schulen, bestehen, stehen die Vergabeberatungsstellen bei den Regierungen gerne beratend zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink that reads "Herr Joachim Flewmann". The signature is written in a cursive style with a large initial 'H' and a decorative flourish at the end.