

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	I
KAPITEL 1: EINFÜHRUNG	1
KAPITEL 2: PANDEMIE UND BESCHAFFUNG.....	3
<i>1. Abschnitt Grundlagen und Ausgangslage.....</i>	<i>4</i>
A. Die Entwicklung der SARS CoV-2-Virus-Pandemie in Deutschland und Europa	4
I. Die SARS CoV-2-Virus-Pandemie.....	8
II. Pandemiekämpfung auf nationaler und europäischer Ebene	12
1. Nationale Pandemiekämpfung	12
a. Verfassungsrechtliche Ausgangslage	13
b. Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie	18
i. Epidemische Lage von nationaler Tragweite.....	18
ii. Infektionsschutzmaßnahmen nach dem IfSG	21
2. Europäische Pandemiekämpfung	29
a. Gesundheit in der GRC, der EMRK und dem AEUV	30
b. Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie	39
III. Fazit	42
B. Die persönliche medizinische Schutzausrüstung.....	42
I. Normative Vorgaben zur Beschaffenheit und Einführung von PMSA.....	43
1. Bestandteile der PMSA im Anwendungsbereich der VO 2016/425.....	46
a. Risikokategorien und Konformitätsbewertungsverfahren	46
b. Verpflichtete.....	50
c. Nationale Vorgaben im PSA-DG und ProdSG	52
d. Bedeutung der VO 2016/425 für die Bedarfsdeckung in der Pandemie.....	55
2. Bestandteile der PMSA im Anwendungsbereich der RL 93/42 bzw. der VO 745/2017.....	56
a. RL 93/42.....	58
b. VO 2017/745	63
c. Übergangsbestimmungen	69
d. Nationale Vorgaben im MPG und MPDG.....	70
e. Bedeutung der RL 93/42 bzw. der VO 2017/745 für die Bedarfsdeckung in der Pandemie	73
3. Anwendbarkeit der VO 2016/425 und der VO 2017/745 im Falle einer staatlichen Eigenproduktion von PMSA	75
a. Anwendbarkeit der VO 2016/425.....	75
b. Anwendbarkeit der VO 2017/745.....	78
c. Fazit.....	80

4.	Entwicklungen der normativen Rahmenbedingungen im Rahmen der Pandemie.....	80
a.	Reaktionen auf europäischer Ebene.....	81
b.	Reaktionen auf nationaler Ebene.....	84
c.	Zusammenfassung und Bewertung.....	89
II.	Die wichtigsten PMSA-Bestandteile in der Corona-Pandemie	91
1.	Atemschutz	91
2.	Augenschutz	96
3.	Körperschutz.....	97
C.	Die Bedeutung der normativen Vorgaben für das staatliche Leistungsbestimmungsrecht.....	99
I.	Einschränkung der Beschaffungsautonomie	100
II.	Fazit	102
2. Abschnitt	Spezifische Herausforderungen bei der Bedarfsdeckung in der Pandemie	103
A.	Fehlende Konkretisierung des Beschaffungsbedarfes	105
I.	Beschaffungsgegenstand.....	105
II.	Beschaffungsmenge	108
III.	Anforderungen an die Beschaffung.....	109
B.	Veränderte Marktstruktur	109
I.	Verknüpfung von Beschaffungstätigkeit und aktueller Angebotssituation.....	110
II.	Innovationen	111
III.	Anforderungen an die Beschaffung.....	112
C.	Zeitdruck	113
I.	Zeitdruck als Fehlerquelle.....	113
II.	Anforderungen an die Beschaffung.....	114
D.	Durchbrochene Lieferketten.....	116
I.	Pandemiebedingter Personalmangel; Betriebsschließungen	117
II.	Grenz- und Einreisebeschränkungen.....	119
III.	Exportstopps	121
IV.	Anforderungen an die Beschaffung.....	123
E.	Personalmangel bei den Beschaffungsstellen.....	125
F.	Wirtschaftlichkeit; Effektiver Rechtsschutz; Sozialverträglichkeit	128
G.	Zusammenfassung der Anforderungen an die Beschaffung	130
KAPITEL 3:	DIE BESCHAFFUNG VON PMSA IN DER CORONA-PANDEMIE	132
1. Abschnitt	Überblick	132
A.	Beschaffungsstellen für PMSA in der Pandemie.....	132
I.	Öffentliche Auftraggeber	132
1.	Gesetzliche Krankenkassen	133
2.	Kassenärztliche Vereinigungen	136
3.	Gesundheitseinrichtungen.....	137
II.	Gemeinsame Beschaffung.....	138

1.	Nationale Ebene.....	138
2.	Europäische Ebene	143
III.	Fazit	144
B.	Mögliche Wege der Bedarfsdeckung und Ziel der Analyse	145
2. Abschnitt	<i>Imperative Wege der Bedarfsdeckung</i>	147
A.	Darstellung der möglichen Maßnahmen.....	148
B.	Mögliche Rechtsgrundlagen.....	150
I.	Verordnungsermächtigung nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. c-e, g IfSG	151
II.	Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG	153
III.	Fazit	155
C.	Betroffene Grundrechte.....	155
I.	Berufsfreiheit	155
1.	Anwendungsbereich	156
2.	Art der Beeinträchtigung	157
II.	Eigentumsfreiheit.....	158
1.	Anwendungsbereich; Vorliegen einer Beeinträchtigung	158
2.	Art der Beeinträchtigung	159
a.	Enteignung und Inhalts – oder Schrankenbestimmung.....	159
b.	Übertragung auf die möglichen Maßnahmen	162
III.	Sozialisierung, Überführung in Gemeineigentum.....	164
IV.	Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz.....	166
D.	Rechtfertigung der Beeinträchtigungen.....	167
I.	Grundrechtliche Besonderheiten	168
II.	Verhältnismäßigkeit.....	171
III.	Fazit	174
E.	Bewertung	174
I.	Flexibilität und Schnelligkeit	175
II.	Lieferkettenstabilität	175
III.	Digitalität und Innovation	176
IV.	Wirtschaftlichkeit.....	176
1.	Eingesetzte Mittel	177
2.	Erlangerter Nutzen.....	179
3.	Fazit	179
V.	Effektiver Rechtsschutz	180
VI.	Rechtspolitische Überlegungen.....	181
1.	Sozialverträglichkeit.....	181
2.	Verwaltungsaufwand; Personalaufwand.....	182
F.	Ergebnis	184
3. Abschnitt	<i>Beschaffung von PMSA im Anwendungsbereich des Vergaberechts</i>	185
A.	Vergabeverfahren.....	185
I.	Vertragsänderung, -verlängerung und/oder -ausweitung	186
1.	Durchführung	186

a.	Nicht vorhersehbare Umstände	186
i.	Nicht vorhersehbare Umstände	187
ii.	Keine Änderung des Gesamtcharakters	189
iii.	Keine Erhöhung des ursprünglichen Auftragswertes.....	190
iv.	Fazit.....	191
b.	De-minimis-Regelung nach § 132 Abs. 3 GWB bzw. § 47 UVgO.....	191
2.	Bewertung.....	192
a.	Flexibilität und Schnelligkeit	192
b.	Lieferkettenstabilität.....	193
c.	Digitalität, Personaleffizienz und Innovation	194
d.	Wirtschaftlichkeit	194
e.	Effektiver Rechtsschutz.....	195
i.	Kartellvergaberecht	195
(1)	Unwirksamkeitsfeststellung nach § 135 Abs. 1 Hs. 1 Nr. 2 GWB	196
(2)	Fazit	206
ii.	Haushaltsvergaberecht.....	206
f.	Rechtspolitische Überlegungen	210
i.	Sozialverträglichkeit.....	210
ii.	Verwaltungsaufwand; Personalaufwand.....	211
3.	Ergebnis.....	212
II.	Regelverfahren.....	212
1.	Verfahrensdurchführung unter Anwendung verkürzter Fristen	213
a.	Offenes Verfahren und nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb.....	213
b.	Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb.....	219
2.	Bewertung.....	221
a.	Flexibilität und Schnelligkeit	221
b.	Lieferkettenstabilität.....	223
i.	Aktuelle Rechtslage zur Berücksichtigung eines standortbezogenen Lieferkettenkriteriums.....	225
ii.	(Fiktive) Rechtsgrundlage zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung durch die Anwendung eines Lieferkettenkriteriums?.....	227
(1)	Verstoß der Einführung eines Lieferkettenkriteriums gegen die VRL	227
(2)	Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines Lieferkettenkriteriums	234
(3)	Fazit	238
iii.	Berücksichtigung von lieferkettenrelevanten Faktoren im Vergabeverfahren nach aktueller Rechtslage.....	239

(1) Eignungskriterien.....	239
(2) Zuschlagskriterien	240
(3) Leistungsbeschreibung	242
(4) Zwischenfazit	244
iv. Fazit.....	245
c. Digitalität und Innovation.....	245
d. Wirtschaftlichkeit	245
e. Rechtsschutz.....	245
f. Rechtspolitische Überlegungen	246
i. Sozialverträglichkeit.....	246
ii. Verwaltungsaufwand; Personalaufwand.....	246
3. Ergebnis.....	247
III. Das Verhandlungsverfahren/die Verhandlungsvergabe	247
1. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Oberschwellenbereich	248
a. Interimsvergabe	249
b. Dringlichkeitsvergabe	253
i. Verfahrensablauf und Fristen	253
ii. Tatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV	256
(1) Zwingende und dringliche Gründe	257
(2) Fehlende Vorhersehbarkeit und fehlende Zurechenbarkeit der Ereignisse	266
(3) Unmöglichkeit der Einhaltung von Mindestfristen	268
(4) Kausalität	269
(5) Verhältnismäßigkeit.....	269
iii. Handhabung des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV durch die Rechtsprechung iRd Pandemie	271
(1) Apps zur Kontaktnachverfolgung	271
(2) Antigen-Schnelltests.....	273
(3) Durchführung anlassloser Tests in Alten- und Pflegeheimen.....	275
(4) Beschaffung von mobilen Luftreinigungsgeräten	276
(5) Auswertung.....	279
c. Fazit.....	280
2. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb im Unterschwellenbereich	280
a. Abgrenzung Direktauftrag	281
b. Erhöhte Wertgrenzen nach § 8 Abs. 4 Nr. 17 UVgO	281
c. Dringlichkeitsvergabe nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO	283
d. Zwischenfazit	284
3. Bewertung.....	285
a. Flexibilität und Schnelligkeit	285
b. Lieferkettenstabilität.....	286

c.	Digitalität und Innovation.....	286
d.	Wirtschaftlichkeit	287
e.	Rechtsschutz.....	288
i.	Auslegung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB im Hinblick auf seine Einschlägigkeit bei der Missachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes iRd Dringlichkeitsvergabe.....	289
ii.	Fazit.....	291
f.	Rechtspolitische Überlegungen	292
4.	Ergebnis.....	293
B.	Besondere vergaberechtliche Instrumente und Auftragsausgestaltungen	295
I.	Dynamische Beschaffungssysteme	295
1.	Oberschwellenbereich.....	295
a.	Abgrenzung zur Einzelbeschaffung im offenen Verfahren und zur Rahmenvereinbarung	297
b.	PMSA als marktübliche Leistung bzw. Lieferung.....	298
2.	Unterschwellenbereich	300
II.	Rahmenvereinbarungen	300
III.	Bewertung.....	303
1.	Flexibilität und Schnelligkeit.....	304
2.	Lieferkettenstabilität.....	305
3.	Digitalität und Innovation.....	305
4.	Wirtschaftlichkeit	306
5.	Rechtsschutz.....	307
6.	Rechtspolitische Überlegungen	307
IV.	Fazit	309
C.	Ergebnis	311
4. Abschnitt	<i>Das Open-House-Verfahren</i>	313
A.	Entwicklung des Open-House-Verfahrens	313
I.	Rechtsprechungsentwicklung.....	316
1.	Der Fall Dr. Falk Pharma.....	317
2.	Der Fall Maria Tirkkonen	321
3.	Weitere Entwicklung der nationalen Rechtsprechung	322
II.	Beurteilung der Entwicklung der Rechtsprechung	324
B.	Voraussetzungen des Open-House-Verfahrens	325
I.	Fehlende Auswahlentscheidung.....	325
1.	Keine Exklusivität und Selektivität	325
2.	Beachtung der AEUV-Grundsätze.....	326
a.	Binnenmarktrelevanz.....	326
b.	Europaweite Bekanntmachung	327
c.	Beitrittsmöglichkeit für alle geeigneten Unternehmer zu nichtdiskriminierende Beitrittsbedingungen, Transparenzgebot	327
II.	Fazit	328

C. Besonderheiten bei der Verfahrensdurchführung bei der Beschaffung von PMSA	329
I. Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand.....	329
1. Eigenschaften des Ausschreibungsgegenstandes.....	329
2. Einzelauftrag; Vorteile der Rahmenvereinbarung.....	330
3. Festlegung des Preises	331
II. Bestimmung der Laufzeit des Open-House-Verfahrens.....	333
III. Vertragsgestaltung	334
1. Beschränkung der Abnahmeverpflichtung.....	334
2. Beschränkung der Leistungszeit; Mängelrechte	336
IV. Fazit	337
D. Bewertung	337
I. Flexibilität und Schnelligkeit.....	338
II. Lieferkettenstabilität	339
III. Digitalität und Innovation	340
IV. Wirtschaftlichkeit.....	340
V. Rechtsschutz	341
1. Feststellung des Nichtvorliegens eines vergaberechtsfreien Open-House-Verfahrens	341
2. Ordnungsgemäße Durchführung des vergaberechtsfreien Open-House-Verfahrens	345
a. Rechtswegeröffnung und Zulässigkeit	345
i. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	345
(1) Übertragung der Rechtsprechung zum Rechtsweg bei der öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich.....	346
(2) Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit	348
ii. Klageart; Eilrechtsschutz.....	348
iii. Klage- bzw. Antragsbefugnis	350
(1) Subjektive öffentliche Rechte aus dem Haushaltsrecht	351
(2) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG durch die Verfahrenswahl	351
(3) Art. 3 Abs. 1 GG iVm den Voraussetzungen des Open-House-Verfahrens.....	351
b. Ergebnis	355
3. Fazit	356
VI. Rechtspolitische Überlegungen.....	356
1. Sozialverträglichkeit.....	356
2. Verwaltungsaufwand; Personalaufwand.....	357
E. Ergebnis	358
KAPITEL 4: SCHLUSSFAZIT UND ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE.....	360
A. Schlussfazit	360
B. Zusammenfassung der Ergebnisse	362

I.	Allgemeine Erkenntnisse und Erkenntnisse zum Beschaffungsgegenstand PMSA.....	362
II.	Imperative Bedarfsdeckung	363
III.	Bedarfsdeckung im vergaberechtlichen Anwendungsbereich.....	364
1.	Auftragsänderung	364
2.	Regelverfahren.....	364
3.	Verhandlungsverfahren/Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb	365
4.	Dynamisches Beschaffungssystem und Rahmenvereinbarung	365
5.	Gesamtergebnis zur Beschaffung im Anwendungsbereich des Vergaberechts.....	366
IV.	Open-House-Verfahren.....	366
LITERATURVERZEICHNIS.....		IX
ABKÜRZUNGS- UND DEFINITIONSVERZEICHNIS		XIX