

Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest

GWB §§ 135 I Nr. 2, 160 III, 168 II 2; VgV § 14 IV Nr. 3

1. Durfte die Vergabestelle einen Auftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und somit ohne europaweite Bekanntmachung vergeben, da ein Fall der äußersten Dringlichkeit iSd § 14 IV Nr. 3 VgV vorlag, und hat sie für einen ausreichenden Wettbewerb gesorgt, indem sie (mindestens) drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert hat, führt die bloße fehlerhafte Auswahl der Bieter nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 I Nr. 2 GWB.

2. In einem solchen Fall kann die Nachprüfungsinstanz entsprechend § 168 II 2 GWB als Minus zum Antrag auf Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags feststellen, dass der Antragsteller, der sich zulässigerweise mit einem Nachprüfungsantrag gegen den erteilten Zuschlag gewandt hat, durch die fehlerhafte Bieterauswahl in seinen Rechten verletzt ist.

BayObLG, Beschl. v. 20.1.2022 – Verg 7/21

Zum Sachverhalt:

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist der Ankauf von Antigen-Schnelltests zur Selbsttestung auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 im Februar 2021 im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb.

Der Bayerische Ministerrat beschloss am 26.11.2020, die Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenz vom 25.11.2020 umzusetzen, die unter anderem eine Antigen-Schnelltestung für Schüler vorsahen. Das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege wurde daher am 8.12.2020 vom Ministerrat beauftragt, die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen in die Wege zu leiten. Am 20.1.2021 fand eine Telefonschaltkonferenz der Gesundheitsminister statt, an der auch der Präsident des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) teilnahm. Dort wurde erörtert, dass es noch keine zugelassenen Tests für eine Selbsttestung durch Laien gebe. Es werde an einer Rechtsgrundlage hierfür gearbeitet. Der Ag. führte Ende Januar 2021 eine Markterkundung betreffend Antigenschnelltests auf das Coronavirus SARS-CoV-2 durch, an der circa 40 Unternehmen, darunter der Ast. und die Beigel.,

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

173

beteiligt wurden. Der Fragebogen war bis 2.2.2021, 14 Uhr, per E-Mail an den Ag. zurückzusenden. Der Ast. übermittelte fristgerecht dem Ag. seine Unterlagen. Das später auch zur Angebotsabgabe aufgeforderte Unternehmen, das in die Kategorie der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) fällt, wurde auch an der Markterkundung beteiligt, sendete jedoch keinen Fragebogen zurück. Stattdessen richtete es am 28.1.2021 ein Schreiben an die Staatskanzlei und wies darauf hin, dass es einen „Spucktest“ zur Selbsttestung anbiete. Dieses Schreiben wurde an das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege weitergeleitet. Mit Wirkung vom 2.2.2021 wurde durch die dritte Änderungsverordnung die Medizinprodukte-Abgabeverordnung (MPAV) dahingehend ergänzt, dass Antigen-Schnelltests an jedermann abgegeben werden dürfen, sofern eine CE-Kennzeichnung oder eine Sonderzulassung des BfArM vorliegt.

Der Ag. beschloss die Beschaffung von Antigen-Schnelltests zur Selbsttestung. Er forderte am 4.2.2021 neben der Beigel. noch zwei weitere Unternehmen zur Abgabe eines Angebots

auf, nicht aber den Ast. Es sollten 5,3 Mio. Stück monatlich für eine feste Laufzeit von drei Monaten beginnend ab 15.2.2021 – 9.5.2021 geliefert werden. Die Leistung war in drei Lose (Los 1: 2,5 Mio. Stück monatlich, Los 2 u. 3 je 1,4 Mio. Stück monatlich) aufgeteilt. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Die Beauftragung wurde ausweislich der Leistungsbeschreibung davon abhängig gemacht, dass die angebotenen Tests durch das BfArM in eine entsprechende Liste aufgenommen würden. Aus Dringlichkeitsgründen entschloss sich der Ag. zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 14 IV Nr. 3, § 17 VgV. Alle drei Unternehmen reichten fristgerecht bis zum 10.2.2021 ein Angebot für alle Lose ein. Am 11.2.2021 erteilte der Ag. der Beigel. den Zuschlag für alle Lose. Durch die Veröffentlichung im Amtsblatt am 26.2.2021 erlangte der Ast. Kenntnis von der Auftragsvergabe an die Beigel. Mit Schreiben vom 1.3.2021 reichte er einen Nachprüfungsantrag bei der VK Südbayern ein. Dadurch, dass er nicht zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren ausgewählt worden sei, sei er in seinen Rechten verletzt. Die Verfahrenswahl sei vorliegend genutzt worden, um ihn von der Teilnahme auszuschließen. Er habe ein erhebliches Interesse an dem Auftrag und sei auch in der Lage, die abgefragte Leistung zu erbringen.

Bei der Markterkundung habe er angegeben, dass die Sonderzulassung des von ihm angebotenen Schnelltests durch das BfArM beantragt worden sei und kurz vor dem Abschluss stehe. Er befürchte, dass sachfremde Erwägungen, etwa die Unternehmensgröße, zur Auftragsvergabe an die Beigel. geführt haben könnten. Es werde die fehlende Transparenz und eine Ungleichbehandlung gerügt. Der Ast. behauptet, der bei der Markterkundung von ihm angegebene Schnelltest sei am 24.2.2021 vom BfArM zur Eigenanwendung zugelassen worden, ebenso wie der Schnelltest der Beigel. Mangels Vortrags des Ag. zu den objektiven Auswahlkriterien müsse ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gem. § 97 II GWB vermutet werden. Der Ag. habe angegeben, dass er jene Bieter ausgewählt und zur Abgabe eines Angebots aufgefordert habe, bei denen eine Zulassung des Produkts durch das BfArM unmittelbar bevorgestanden habe. Dies sei entgegen der Auffassung des Ag. auch für das Produkt des Ast. der Fall gewesen. Daher sei nicht davon auszugehen, dass objektiv erkennbare Unterschiede im Stand des Zulassungsverfahrens für die beiden Produkte vorgelegen hätten, auf die der Ag. seine Entscheidung hätte stützen dürfen. Zum Zeitpunkt der Markterkundung habe kein Unternehmen guten Gewissens Angaben dazu machen können, wann es eine Sonderzulassung erhalten werde.

Der Ast. hat beantragt, die Unwirksamkeit des am 11.2.2021 geschlossenen Liefervertrags für Diagnoseausrüstung festzustellen.

Die VK Südbayern (6.5.2021 – 3194.Z3-3_01-21-9) hat festgestellt, dass der mit Zuschlagserteilung vom 11.2.2021 zustande gekommene Vertrag zwischen dem Ag. und der Beigel. von Anfang an unwirksam sei (Nr. 1) und dem Ag. die Kosten des Verfahrens auferlegt (Nr. 2). Zur Begründung hat sie im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Bei § 14 IV Nr. 3 VgV handele es sich um eine Ausnahmenvorschrift, die eng auszulegen sei. Dringliche und zwingende Gründe kämen 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 erforderten. Der Ausbruch der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 stelle nach allgemeiner Ansicht ein solch unvorhersehbares Ereignis dar. Der Beschaffungsbedarf von Antigen-Schnelltests zur Eigenanwendung falle grundsätzlich darunter.

Die VK hat jedoch Zweifel an der Dringlichkeit geäußert, weil der Ag. laut Vergabevermerk bereits am 8.12.2020 mit Umsetzungsmaßnahmen zur Testung von Schülern befasst worden sei. Sie hat die Frage allerdings offengelassen, da der Nachprüfungsantrag des Ast. auch bei unterstellter Dringlichkeit Erfolg habe. § 14 IV Nr. 3 VgV eröffne auf der Rechtsfolgende die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Die Wahl dieser Verfahrensart stehe jedoch ausweislich des Wortlauts der Ausnahmenvorschrift im Ermessen des Auftraggebers. Dieser sei auch in dieser Situation verpflichtet, so viel Wettbewerb wie möglich zu gewährleisten, so dass die Entscheidung, ob und in welcher Weise er Wettbewerb im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb schaffe, der eingeschränkten Überprüfbarkeit durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterliege.

Bereits die Tatsache, dass der Ag. die im Vergabevermerk dokumentierten Auswahlgründe im Laufe des Nachprüfungsverfahrens (mehrfach) revidiert habe, entspreche kaum dem Grundsatz einer transparenten Verfahrensführung. Nach den im Vergabevermerk dokumentierten Erwägungen sei die Bieterauswahl unter anderem auf Grundlage der Ergebnisse einer vorangegangenen Markterkundung unter Anbietern von Schnelltests getroffen worden, in der mehrere Anbieter von Schnelltests auch danach befragt worden seien, ob eine Möglichkeit zur Selbstanwendung bestehe. Die Entscheidung über die Auswahl der Bieter sei anhand der Unmittelbarkeit einer bevorstehenden Zulassung des Produktes durch das BfArM getroffen worden. Gemäß Schriftsatz vom 16.4.2021 sei es für den Ag. notwendig gewesen, ehestmöglich eine hinreichende Anzahl von Bietern zur Angebotsabgabe aufzufordern. Dabei sei die Herstellung bzw. der Vertrieb von Selbsttests zuvor bei den ausgewählten Bietern abgeklärt worden. Mit Schriftsatz vom 27.4.2021 habe der Ag. schließlich ausgeführt, dass die Auswahl der Bieter auf Grundlage der begründeten Erwartung erfolgt sei, dass jene Ast., deren Anträge auf Sonderzulassung beim BfArM prioritär bearbeitet worden seien, am ehesten und schnellsten zur Abdeckung des benötigten Bedarfs in der Lage sein würden. In Bezug auf das ausgewählte KMU sei eine Ausnahme gemacht worden. Dieser Anbieter sei wegen der zunächst bestehenden Aussicht auf Lieferung von „Spucktests“ einbezogen worden. Dabei sei das KMU seitens des BfArM ebenfalls als eines derjenigen Unternehmen benannt worden, die die besten Aussichten auf eine Sonderzulassung hätten. Gehe man mit den im Vergabevermerk dokumentierten Erwägungen davon aus, dass die Bieterauswahl unter anderem auf Grundlage der Ergebnisse der Markterkundung getroffen worden sei, sei diese Auswahl ermessensfehlerhaft gewesen, weil der zugrundeliegende Sachverhalt unzutreffend ermittelt worden sei.

Der Ast. habe im Rahmen der Markterkundung angegeben, dass die Zulassung seines Schnelltests zur Eigenanwendung durch das BfArM unmittelbar vor dem Abschluss gestanden habe. In der Tabelle der Markterkundungsergebnisse, welche der Ag. der VK als Teil der Vergabeakte habe zukommen lassen, sei für den Ast. in der Spalte für die erwartete Zulassung jedoch nur vermerkt gewesen, dass die Sonderzulassung beantragt sei, nicht jedoch wie bei den anderen zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen, dass diese kurz vor Abschluss stehe. Wie der Ag. zu seiner in der Tabelle der Markterkundungsergebnisse dokumentierten Einschätzung gekommen sei, lasse sich weder der Vergabedokumentation entnehmen noch habe dies im Rahmen des Termins zur Erörterung der Sach- und Rechtslage aufgeklärt werden können. Die vom Ast. und der Beigel. vertriebenen Tests seien jene gewesen, welche als erste eine Sonderzulassung durch das BfArM erhalten hätten. Indem der Ag. das am Vergabeverfahren beteiligte KMU erklärtermaßen nicht danach ausgewählt habe, dass es zu den vom BfArM prioritär bearbeiteten Zulassungsantragstellern gezählt habe, habe er gegen den

Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 II GWB verstoßen. Bei der Einbeziehung dieses Bieters wegen der zunächst bestehenden Aussicht auf Lieferung von „Spucktests“ handle es sich zudem um eine sachwidrige Erwägung, da das Vergabeverfahren mangels entsprechender Fachlose, auf die sich das KMU erfolgreich hätte bewerben können, in keiner Weise darauf ausgerichtet gewesen sei, eine Beschaffung derartiger „Spucktests“ zu gewährleisten. Für das beteiligte KMU habe auch keine Rückmeldung aus der durchgeführten Markterkundung vorgelegen. Das Unternehmen habe zum Zeitpunkt der Angebotsaufforderung noch keinen Antrag auf Sonderzulassung seines Schnelltests zur Eigenanwendung gestellt und die Sonderzulassung zum Zeitpunkt der Anfrage Ende April 2021 auch noch nicht erhalten gehabt.

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

174

Durch die ermessensfehlerhafte Auswahl der zur Angebotsaufforderung ausgewählten Unternehmen sei der Ast. in seinen Rechten nach § 97 VI GWB verletzt. Es sei nicht auszuschließen, dass er auf Basis einer ermessensfehlerfreien Entscheidung zur Angebotsabgabe aufgefordert worden wäre. Der Ag. habe aufgrund der durchgeführten Markterkundung gewusst, dass der Ast. als grundsätzlich tauglicher und zudem auch erkennbar interessierter Anbieter in Betracht gekommen sei.

Eine Rechtsverletzung des Ast. würde allenfalls dann ausscheiden, wenn der Ag. gem. § 14 IV Nr. 3 VgV, § 17 V VgV ermessensfehlerfrei weniger als drei Unternehmen zur Angebotsabgabe hätte auffordern dürfen. Dies sei in Anlehnung an § 51 II VgV nicht der Fall gewesen. Da der Ag. Kenntnis davon gehabt habe, dass mehrere Unternehmen geeignet gewesen seien, hätte er sogar mehr als drei Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern müssen, sofern dies nicht zu einer nicht mehr hinnehmbaren Verzögerung der Beschaffung geführt hätte. Weder aus dem Vergabevermerk noch aus dem schriftsätzlichen Vorbringen des Ag. hätten sich Anhaltspunkte dafür ergeben, insbesondere da die vorgegebenen Leistungsanforderungen überschaubar gewesen seien und eine reine Preiswertung stattgefunden habe. Da der Ag. nachvollziehbar nach der bevorstehenden Zulassung von Antigen-Schnelltests zur Eigenanwendung von einer sprunghaft steigenden Nachfrage ausgegangen sei und befürchtet habe, nicht genügend Schnelltests beschaffen zu können, sei nicht nachvollziehbar, warum nicht mehr als drei Anbieter zur Angebotsabgabe aufgefordert worden seien, obwohl diese die Anforderung erfüllt hätten. Stattdessen habe der Ag. aus nicht dokumentierten und nicht nachvollziehbaren Erwägungen nur drei Unternehmen aufgefordert, darunter das offensichtlich und auf absehbare Zeit nicht leistungsfähige KMU, das dann auch kein zuschlagsfähiges Angebot habe abgeben können.

Da der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags gem. § 135 I Nr. 2 GWB zulässig und begründet sei, sei die Unwirksamkeit festzustellen gewesen.

Die gegen den Beschluss der VK gerichtete sofortige Beschwerde des Ag. hatte zum überwiegenden Teil Erfolg.

Aus den Gründen:

44B. Die zulässige sofortige Beschwerde des Ag. ist zum überwiegenden Teil begründet. Der Beschluss der VK ist aufzuheben, soweit er die Unwirksamkeit des Vertrags feststellt, da Unwirksamkeitsgründe nicht gegeben sind. Die Voraussetzungen für ein Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 14 IV Nr. 3 VgV lagen vor und es ist auch nicht zu beanstanden, dass nur drei Interessenten zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden. Nicht

nachvollzogen werden kann die nur unzureichend dokumentierte Auswahl der drei Unternehmen, was allerdings nicht zur Unwirksamkeit der Auftragsvergabe gem. § 135 I Nr. 2 WB führt, sondern nur zur Feststellung einer Verletzung der Rechte des Ast.

45I. Die Beschwerde ist gem. § 171 I GWB statthaft und auch im Übrigen zulässig.

46 Insbesondere die ordnungsgemäße Vertretung des Ag. ist dargetan. Das gem. § 2 III Nr. 1 VertrV aF grundsätzlich zuständige Staatsministerium der Finanzen hat für das vorliegende Verfahren gem. § 15 II VertrV aF die Prozessvertretung auf das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege übertragen.

47 Die Zwei-Wochen-Frist gem. § 172 I GWB ist gewahrt. Die Beschwerdebegründung genügt auch den Anforderungen des § 172 II GWB.

48II. Die sofortige Beschwerde ist zum überwiegenden Teil begründet.

491. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

50a) Die nach § 135 II 1 GWB maßgebliche 30-tägige Frist für die Geltendmachung der Unwirksamkeit seit Information über den Abschluss des Vertrags ist eingehalten.

51b) Die Antragsbefugnis des Ast. ist gegeben, da dieser sein Interesse am Auftrag und eine Verletzung bieterschützender Vorschriften dargelegt hat, § 160 II 1 GWB. Bieterschützend ist § 14 IV Nr. 3 VgV (vgl. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO/Dieckmann, 3. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn. 92) iVm § 97 VI GWB. Die Rechtsverletzung muss ursächlich zurückgehen auf die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften. Letztendlich hat ein Ast. darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder dass jedenfalls die Gefahr eines Schadenseintritts besteht (Beck VergabeR/Horn/Hofmann, 3. Aufl. 2017, GWB § 160 Rn. 24).

52aa) Der Ast. hat sein Interesse an dem Auftrag durch Teilnahme an der Markterkundung belegt. Er hat zudem eine Verletzung seiner Rechte nach § 97 VI GWB iVm § 14 IV Nr. 3 VgV behauptet, indem er beanstandet, zu Unrecht nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden zu sein (vgl. OLG Rostock NZBau 2022, 50 f. Rn. 16 u. 24 – Luca App II; Immenga/Mestmäcker, WettbR/Kling, 6. Aufl. 2021, GWB § 135 Rn. 45).

53bb) Der Ast. hat einen auf Vergaberechtsverstöße zurückgehenden möglichen Schaden dargelegt, § 160 II 2 GWB. Hierzu genügt, dass er bei einem Verstoß iSd § 135 I Nr. 2 GWB in vergaberechtswidriger Weise nicht am Verfahren beteiligt wurde. Dies stellt eine Verschlechterung der Zuschlagsaussichten und damit einen potenziellen Schaden dar (BVerfGK 3, 355 = NZBau 2004, 564 – Uni-Dachabdichtung; noch zum alten Recht; vgl. Immenga/Mestmäcker, WettbR/Kling, GWB § 135 Rn. 52). An die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens werden keine sehr hohen Anforderungen gestellt (vgl. BVerfGK 3, 355 = NZBau 2004, 564 mwN – Uni-Dachabdichtung).

54 Für die Antragsbefugnis und die Möglichkeit eines Schadenseintritts ist nicht erforderlich, dass der Ast. den Zuschlag auch tatsächlich erhalten hätte, wenn der behauptete Vergabefehler nicht vorgelegen hätte. Ausreichend ist vielmehr, dass die Zuschlagserteilung an diesen Bieter jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. Beck VergabeR/Horn/Hofmann, GWB § 160 Rn. 39).

55 Der Ast. hat dargelegt, dass ein Antrag auf Sonderzulassung des von ihm vertriebenen Produkts (jedenfalls von der T GmbH) gestellt worden sei, er also Selbsttests hätte anbieten können, bei denen Aussicht auf baldige Zulassung bestanden habe. Es genügt, dass das angebotene Produkt die Chance hatte, eine Zulassung zu erhalten.

56c) Die Rügen des Ast. sind nicht gem. § 160 III 1 GWB präkludiert. § 135 I Nr. 2 GWB fordert für den Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des erteilten Auftrags keine Rüge. Eine entsprechende ausdrückliche Ausnahme von der Rügeobliegenheit statuiert § 160 III 2 GWB (vgl. auch Immenga/Mestmäcker, WettbR/Kling, GWB § 135 Rn. 52).

572. Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet, soweit er darauf gerichtet ist, die Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 I Nr. 2 GWB festzustellen. Der Beschluss der VK ist insoweit aufzuheben, da es keiner europaweiten Ausschreibung bedurfte.

58Der Ag. durfte den streitgegenständlichen Auftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und somit ohne europaweite Bekanntmachung vergeben, da ein Fall der äußersten Dringlichkeit iSd § 14 IV Nr. 3 VgV vorlag. Dahinstehen kann, ob trotzdem ein Auftrag gem. § 135 I Nr. 2 GWB unwirksam sein kann, wenn zu Unrecht völlig auf Wettbewerb verzichtet wurde. Hier hat ein ausreichender Wettbewerb stattgefunden. Die fehlerhafte Auswahl der Bieter führt dagegen nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 I Nr. 2 GWB.

59a) Die Voraussetzungen des § 14 IV Nr. 3 VgV lagen vor.

60Zur Erfüllung der Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestandes müssen drei Tatbestandsmerkmale kumulativ gegeben sein: Zum einen müssen äußerst dringliche, zwingende Gründe vorliegen, diese dürfen zum anderen für den Auftraggeber nicht voraussehbar gewesen sein, und die die äußerste Dringlichkeit begründenden Umstände dürfen schließlich dem Auftraggeber nicht zuzurechnen sein.

61Beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb kann Wettbewerb von vornherein nur zwischen den

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

175

Unternehmen stattfinden, die der öffentliche Auftraggeber direkt anspricht. Deshalb handelt es sich bei § 14 IV Nr. 3 VgV um eine Ausnahmegesetz, deren Tatbestandsvoraussetzungen eng auszulegen sind (OLG München NZBau 2021, 493 (495) Rn. 34 mwN – Blindeninstitut RÜD1; Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV/Kulartz, 2. Aufl. 2022, § 14 Rn. 35; Back, Beck VergabeR/Dörn, VgV § 14 Rn. 47; Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 29; Ziekow/Völlink, VergabeR/Antweiler, 4. Aufl. 2020, GWB § 119 Rn. 24; Roth/Landwehr NZBau 2021, 441 (442); OLG Düsseldorf 20.10.2008 – VII Verg 46/08, BeckRS 2009, 4981, zum vergleichbaren Problem bei § 3a Nr. 2 VOL/A).

62Nach der Zielsetzung des Vergaberechts ist der Regelfall die transparente Vergabe, die Eröffnung und der Schutz des Wettbewerbs, nicht dessen Einschränkung (OLG München NZBau 2021, 493 (495) Rn. 34 – Blindeninstitut RÜD1). An das Erfordernis der äußerst dringlichen und zwingenden Gründe werden hohe Anforderungen gestellt (Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 58; Beck VergabeR/Dörn, VgV § 14 Rn. 47; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO/Dieckmann, VgV § 14 Rn. 71). Vorausgesetzt ist eine drohende gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung für den Fall, dass ein reguläres Vergabeverfahren durchgeführt würde (Beck VergabeR/Dörn, VgV § 14 Rn. 47; Pünder/Schellenberg, VergabeR/Pünder, 3. Aufl. 2019, VgV § 14 Rn. 71; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO/Dieckmann, VgV § 14 Rn. 72). Insoweit sind die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts einerseits und die vergaberechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines wettbewerblichen und transparenten Vergabeverfahrens andererseits gegeneinander abzuwägen.

63aa) Die Corona-Pandemie stellt nach allgemeiner Ansicht ein solch unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis dar, das zu kurzfristigem Beschaffungsbedarf führen kann (OLG Rostock NZBau 2021, 484 (487) Rn. 50 – Corona-Tests; Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 62; Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation 1.4.2020 – 2020/C 108 I/01). Aufträge zur Deckung des Bedarfs im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie betreffen oftmals Ereignisse, die der öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen konnte und für die eine zwingende Dringlichkeit ohne die Möglichkeit zur Einhaltung der allgemeinen Fristen bestehen kann, wobei stets der Einzelfall konkret zu prüfen ist.

64bb) Äußerste Dringlichkeit hat im Streitfall vorgelegen. Sie ist regelmäßig bei unaufschiebbaren, nicht durch den Auftraggeber verursachten Ereignissen anzunehmen, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht, etwa durch einen schweren, nicht wiedergutzumachenden Schaden. Als dringliche und zwingende Gründe kommen akute Gefahrensituationen und höhere Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Schäden der Allgemeinheit ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern (OLG Celle NZBau 2010, 194 – Hansestadt Lüneburg; Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV/Voppel, § 14 Rn. 35).

65Der Beschaffungsbedarf hat hier auf äußerst dringlichen, zwingenden Gründen im Zusammenhang mit Ereignissen basiert, die vom Ag. nicht vorausgesehen werden konnten und die es nicht zugelassen haben, die in anderen Verfahrensarten geltenden Mindestfristen einzuhalten.

66(1) Das Merkmal der äußersten Dringlichkeit wird ausgefüllt durch den Verweis auf die Mindestfristen, die in Verfahren mit einer EU-Auftragsbekanntmachung vorgeschrieben sind. Der Grad der Dringlichkeit muss demgemäß so hoch sein, dass selbst die auf ein zulässiges Maß verkürzten Teilnahme- und Angebotsfristen zu lang sind, um den Beschaffungsbedarf rechtzeitig zu decken.

67Die VK hat die Frage, ob eine äußerste Dringlichkeit vorgelegen habe, offengelassen, jedoch gewisse Zweifel daran geäußert, da am 8.12.2020 der Ministerrat das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege damit beauftragt habe, die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen zur Durchführung der notwendigen Testungen mittels Antigen-Schnelltests in die Wege zu leiten.

68Der Senat teilt diese Überlegungen nicht. Auch wenn bereits im Dezember 2020 das Offenhalten der Schulen – begleitet von Sicherheitsmaßnahmen – angestrebt worden war, standen zu diesem Zeitpunkt noch keine Schnelltests zur Selbsttestung zur Verfügung. Erst im Laufe des Januar 2021 konkretisierte sich die Möglichkeit, solche Selbsttests einzusetzen.

69Es kann dahinstehen, ob mit dem Ag. auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der dritten Änderungsverordnung zur Medizinprodukte-Abgabeverordnung am 2.2.2021 oder ob entsprechend dem Vorbringen des Ast. bereits auf den Regierungsentwurf vom 22.1.2021 abzustellen ist.

70Jedenfalls ist von einem Beschaffungsbedarf für Schnelltests zur Selbsttestung nicht vor dem 22.1.2021 auszugehen, da vor diesem Zeitpunkt die rechtlichen Anforderungen an solche Tests noch nicht hinreichend sicher absehbar waren.

71Folgt man insoweit dem Vortrag des Ast., ist der Ag. in nicht zu beanstandender Weise bei Zugrundelegung der abgekürzten Mindestfristen bei einem offenen Verfahren von einem

Zeitraum von etwa sechs Wochen bis zur Zuschlagserteilung ausgegangen. Es ist im Vergabevermerk dargelegt, dass eine verkürzte Angebots-Mindestfrist bei besonderer Dringlichkeit von mindestens fünfzehn Tagen möglich gewesen wäre (§ 15 III VgV). Hinzu käme der für die Ausschreibung über das Portal e-Vergabe notwendige Zeitrahmen von circa zehn Tagen sowie die vorherige Erstellung der notwendigen Unterlagen (Vergabevermerk, Bedarfsprüfung, Prüfung/Bereitstellung der Haushaltsmittel, Leistungsbeschreibung sowie Vertragserstellung).

72Ausgehend davon, dass der Beschaffungsbedarf ab 22.1.2021 bestand, hätte bei einem förmlichen EU-weiten Vergabeverfahren frühestens am 5.3.2021 der Zuschlag erteilt werden können. Da der Bedarf bereits ab 15.2.2021 gedeckt werden sollte, wäre das offene Verfahren daher nicht rechtzeitig durchführbar gewesen. Dasselbe gilt für das nicht offene Verfahren gem. § 16 VgV und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, da auch hier gem. § 16 III VgV und § 17 III VgV Mindestfristen von 15 Tagen vorgesehen sind.

73Der Ag. ging nachvollziehbar davon aus, dass mit Inkrafttreten der dritten Änderungsverordnung zur Medizinprodukte-Abgabeverordnung der Bedarf an Schnelltests zur Selbsttestung schlagartig ansteigen würde und leitete die Beschaffung von solchen Schnelltests unverzüglich ein. Ein weiteres Zuwarten hätte die durch die dritte Änderungsverordnung eröffnete Möglichkeit des Einsatzes von Selbsttests ernsthaft gefährdet. Darüber hinaus ging er davon aus, dass aufgrund unvorhersehbar steigender Infektionszahlen weitere Ansteckungen zu befürchten seien. Bei der Durchführung eines regulären Vergabeverfahrens mit den entsprechenden Fristen hätte wegen der Ausweitung der Pandemie, der der Einsatz der Tests entgegenwirken sollte, eine Gefahr der Beeinträchtigung der Rechtsgüter Leib und Leben bestanden.

74(2) Ohne Erfolg beruft sich der Ast. darauf, dass das Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausschließlich dann zulässig sei, wenn nur ein Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein werde, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwänge zu erfüllen. Eine derartige Beschränkung kann insbesondere § 14 IV Nr. 3 VgV nicht entnommen werden, wie schon der Vergleich mit der – auf die Leistungsfähigkeit eines einzigen

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

176

Unternehmens abstellenden – Regelung des § 14 IV Nr. 2 VgV zeigt.

75b) Die Vergabestelle hat ausreichenden Wettbewerb durchgeführt, indem sie drei Bieter zur Abgabe eines Angebots aufgefordert hat. Diese Begrenzung ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden und hat den Ast. daher nicht in seinen Rechten verletzt. Schon deshalb lässt sich damit eine Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags gem. § 135 I Nr. 2 GBW nicht begründen.

76aa) Es kann dahinstehen, ob trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 14 IV Nr. 3 VgV eine Vergabe gem. § 135 I Nr. 2 GBW unwirksam sein kann, wenn zu Unrecht völlig auf Wettbewerb verzichtet wird.

77(1) Nach dem Wortlaut des § 135 I Nr. 2 GBW kann im Fall einer unmittelbaren Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt die Unwirksamkeit des von dem Auftraggeber abgeschlossenen Vertrags nicht festgestellt werden, wenn die Direktvergabe gesetzlich gestattet gewesen ist. Die Feststellung der Unwirksamkeit eines ohne vorherigen öffentlichen Wettbewerb geschlossenen Vertrags auf Grundlage von § 135 I Nr. 2 GBW scheidet mithin immer dann aus, wenn die in Rede stehende Vergabe im Rahmen

eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb ausnahmsweise zulässig ist (BeckOK VergabeR/Wirner, 22. Ed., Stand: 31.1.2021, § 135 GWB Rn. 36).

78(2) In Rechtsprechung und Literatur wird vertreten, dass trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 14 IV Nr. 3 VgV die Einschränkung des Wettbewerbs verhältnismäßig, insbesondere erforderlich sein müsse und daher ein gänzliches Abstehen vom Wettbewerbsprinzip ermessensfehlerhaft sein könne (OLG Rostock – NZBau 2021, 484 (488) Rn. 56 – Corona-Tests; BeckOK VergabeR/Wirner, § 135 GWB Rn. 38 f.; Ziekow/Völlink, VergabeR/Braun, GWB § 135 Rn. 53: „Alle Defacto-Vergaben sind erfasst.“). Ein solches Abweichen vom Gebot europaweiter Ausschreibung führe zur Unwirksamkeit des Vertrags gem. § 135 I Nr. 2 GWB (OLG Rostock NZBau 2021, 484 (488) Rn. 56 – Corona-Tests). Bezugspunkt des vergaberechtlichen Vorwurfs wäre die unterbliebene Veröffentlichung bereits dann, wenn sie nicht so weit wie gesetzlich vorgesehen kompensiert werde, der Transparenz- und der Wettbewerbsgrundsatz also über das notwendige (u. zugelassene) Maß hinaus eingeschränkt werde (OLG Rostock NZBau 2021, 484 (488) Rn. 57 – Corona-Tests). Andernfalls könnten grösste Verstöße gegen das Vergaberecht nie sanktioniert werden (Ziekow/Völlink, Vergaberecht/Braun, GWB § 135 Rn. 52). Der Regelungszweck des § 135 I Nr. 2 GWB bestehe darin, den stärksten Verstoß gegen das europäische Vergaberecht zu sanktionieren.

79(3) Nach anderer Ansicht (Roth/Landwehr NZBau 2021, 441 (444 ff.) mwN; MüKoWettbR/Fett, 2. Aufl. 2018, GWB § 135 Rn. 38) spricht gegen dieses Verständnis von § 135 I Nr. 2 GWB, dass nach der Vorschrift des § 168 I Nr. 2 GWB ein einmal erteilter Zuschlag grundsätzlich nicht aufgehoben werden könne, sofern nicht die gesetzlich definierten Unwirksamkeitsgründe vorlägen.

80(4) Diese Frage bedarf keiner Klärung, da – aus den unter bb) dargelegten Gründen – ein ausreichender Wettbewerb stattgefunden hat.

81bb) Abweichend von der VK sieht der Senat keinen Anlass, die Begrenzung der Anzahl der Bieter auf drei Unternehmen vergaberechtlich zu beanstanden, § 14 IV Nr. 3 VgV, § 17 V VgV.

82(1) Die VK hat in ihrer Entscheidung zutreffend ausgeführt, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, ein Mindestmaß an Wettbewerb durch Aufforderung mehrerer geeigneter Unternehmen zu gewährleisten, § 17 V VgV. Im Hinblick auf den Wettbewerbsgrundsatz müssen daher auch im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb regelmäßig mehrere Bieter beteiligt werden (Ziekow/Völlink, VergabeR/Antweiler, GWB § 119 Rn. 24; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 31). Ein Mindestmaß an Wettbewerb ist allerdings gewahrt, wenn in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zumindest drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden (vgl. BGHZ 188, 200 = NZBau 2011, 175 (184) Rn. 72 – Abellio Rail; OLG Karlsruhe NZBau 2021, 200 (203) Rn. 38 – Buslinienverkehr Enzkreis; Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 18; Ziekow/Völlink, VergabeR/Goldbrunner, VgV § 51 Rn. 10; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO/Dieckmann, VgV § 14 Rn. 75; Pünder/Schellenberg, VergabeR/Pünder/Klafki, VgV § 17 Rn. 19).

Nach § 51 II VgV darf die Mindestzahl der aufzufordernden Bewerber beim nicht offenen Verfahren nicht unter fünf und bei allen anderen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb nicht unter drei liegen (Ziekow/Völlink, VergabeR/Goldbrunner, VgV § 51 Rn. 10). § 17 IV VgV, der auf § 51 VgV verweist, gilt zwar nur für Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.

83Für Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb können aber keine höheren Anforderungen gelten (vgl. auch Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO/Dieckmann, VgV § 51 Rn. 8). Die äußerste Dringlichkeit, die Voraussetzung für die Zulässigkeit dieses Verfahrens ist, rechtfertigt es erst recht, dass nicht alle in Betracht kommenden Unternehmen beteiligt werden.

84(2) Unzutreffend geht die VK allerdings davon aus, der Ag. habe sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Beteiligung weiterer Unternehmen angesichts der bestehenden Dringlichkeit auch tatsächlich zu einer nicht mehr hinnehmbaren Verzögerung der Beschaffung führen würde. Damit überspannt sie die Anforderungen vor dem Hintergrund der Dringlichkeit der Vergabe. Auch das in diesem Zusammenhang von der VK zitierte OLG Rostock fordert zwar einen möglichst großen Wettbewerb, folgert daraus aber nur, dass in der Regel mehrere Angebote einzuholen seien. Dementsprechend betont es, dass ein völliger Verzicht auf Wettbewerb nur als Ultima ratio in Betracht komme (OLG Rostock NZBau 2021, 484 (488) Rn. 56 – Corona-Tests). In diesem Kontext ist die Formulierung „so viel Wettbewerb wie möglich“ dahingehend zu verstehen, dass ein angemessenes Maß an Wettbewerb erforderlich ist. Das OLG Rostock stellt nicht die Forderung auf, bei dringlichen Vergaben so viele Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern wie möglich.

85(3) Im Nachprüfungsverfahren ist daher lediglich zu überprüfen, ob unter den gegebenen Umständen ein ausreichender Wettbewerb stattgefunden hat. Die Aufforderung von drei Anbietern genügt im vorliegenden Fall, um einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten.

86c) Zwar erweist sich die Auswahl der Bieter aus nachfolgenden Gründen (s. unter 3) als fehlerhaft. Dies führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags gem. § 135 I Nr. 2 GWB.

87aa) Ein Verstoß iSd § 135 I Nr. 2 GWB hat die anfängliche Unwirksamkeit des Vertrags zur Rechtsfolge. Vor-

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

177

ausgesetzt wird ein besonders schwerwiegender Verfahrensverstoß gegen das Vergaberecht, der in der rechtswidrigen Vergabe eines Auftrags ohne die gebotene vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt liegt (vgl. Beck Vergaberecht/Dreher/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 10). Ein solcher Verstoß liegt hier nicht vor, da die Voraussetzungen des § 14 IV Nr. 3 VgV gegeben sind (s. o. unter a).

88bb) Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, dass der Bieter dann die Wirksamkeit des Vertrags hinnehmen muss, er also keine Chance mehr auf den Auftrag habe (vgl. Roth/Landwehr NZBau 2021, 441 (444 ff. mwN); MüKoWettbR/Fett, GWB § 135 Rn. 38). Teilweise wird vertreten, § 135 I Nr. 2 GWB sei dahingehend auszulegen, dass die vergaberechtliche Zulässigkeit nicht nur den Verzicht auf die Bekanntmachung, sondern „die Vergabe“ und damit das gewählte Verfahren bis zur Auftragserteilung als Ganzes betreffe. Eine Ausnahme, die „dies aufgrund Gesetzes gestatte“, sei mithin nur dann gegeben, wenn der Auftraggeber das Verfahren, welches das Gesetz anstelle der Bekanntmachung vorsehe, auch eingehalten habe (Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 31; vgl. OLG Rostock NZBau 2021, 484 (488 f.) Rn. 60 – Corona-Tests). Das wird indes nur im Zusammenhang mit einer Direktvergabe erörtert.

89cc) Bislang nicht entschieden ist dagegen der Fall, dass zwar die Voraussetzungen des § 14 IV Nr. 3 VgV vorliegen und ein Wettbewerb stattgefunden hat, aber die Auswahl der in ausreichender Zahl zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Bieter fehlerhaft erfolgt ist.

90Für diese Konstellation sieht es der Senat nicht als gerechtfertigt an, über den Gesetzeswortlaut hinausgehend die Unwirksamkeit des Vertrags anzunehmen. § 135 I Nr. 2 GWB iVm § 14 IV VgV entsprechen insoweit Art. 2 d I Buchst. a RL 2007/66/EG iVm Art. 32 II Buchst. c RL 2014/24/EU. Da § 135 I Nr. 2 GWB eine Ausnahme von § 168 II 1 GWB ist, ist die Vorschrift eng auszulegen. Sie stellt lediglich darauf ab, dass die Vergabe ohne europaweite Bekanntmachung erfolgt ist, obwohl dies nicht aufgrund Gesetzes gestattet war. Danach führt nicht jeder nachfolgende Fehler im berechtigt gewählten Verfahren ohne europaweite Bekanntmachung zur Unwirksamkeit, auch wenn er zur Folge hatte, dass der Ast. keine Chance an einer Teilnahme am Wettbewerb hatte. Ist dem Wettbewerbsgrundsatz durch eine Beteiligung einer ausreichenden Anzahl von Unternehmen Genüge getan, besteht kein Anlass für die schwerwiegende Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Auftrags. In diesem Fall bleibt lediglich eine Feststellung der Rechtswidrigkeit (s. unten unter 3).

913. Der Ast. ist durch die Auswahl der am Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb beteiligten Bieter in seinen Rechten verletzt. Dieser Verstoß führt nicht zu einer Unwirksamkeit nach § 135 I Nr. 2 GWB, kann jedoch Gegenstand einer gesonderten Feststellung einer Rechtsverletzung sein.

92a) Der Antrag auf Feststellung der Rechtsverletzung (im Folgenden nur: Feststellungsantrag) ist in entsprechender Anwendung des § 168 II 2 GWB iVm § 178 S. 4 GWB zulässig.

93aa) Allerdings kommt ein Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht in Betracht, da der Zuschlag bereits erteilt wurde. Dieser setzt in unmittelbarer Anwendung des § 168 II 2 GWB iVm § 178 S. 4 GWB voraus, dass sich das Nachprüfungsverfahren nach dessen Einleitung erledigt hat (BGHZ 146, 202 = NZBau 2001, 151 = NJW 2001, 1492, noch zu § 114 II 2 GWB aF; OLG München 30.1.2020 – Verg 28/19, BeckRS 2020, 5806).

94bb) Der zunächst als Zwischenfeststellungsantrag bezeichnete Antrag ist als Feststellungsantrag jedoch in entsprechender Anwendung des § 168 II 2 GWB zulässig.

95Zwar war der Zuschlag auch im Streitfall bereits vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erteilt, allerdings ist ein Nachprüfungsverfahren mit dem Ziel der Feststellung der Unwirksamkeit des Auftrags bei strittigen Defacto-Vergaben gem. § 135 I Nr. 2 GWB in Abweichung zu § 168 II GWB zulässig. Als doppelrelevante Tatsache entscheidet die Nachprüfungsinstanz über die Wirksamkeit des Zuschlags im Rahmen der Begründetheit (OLG Düsseldorf 19.4.2017 – VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 23, noch zu § 101 b I GWB aF; Ziekow/Völlink, VergabeR/Braun, GWB § 135 Rn. 103 b). § 135 I Nr. 2 GWB erfordert ausdrücklich, dass der zur Unwirksamkeit des Auftrags führende Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wird; einem Ast. kann es deshalb nicht zum Nachteil gereichen, dass er dieses Verfahren eben wegen des Verstoßes erst nach vollzogener Vergabe einleiten kann (vgl. BGHZ 154, 32 = NZBau 2003, 293, zum Fall der ebenfalls erst nachträglich angreifbaren Aufhebung der Ausschreibung).

96Der Normzweck des § 168 II 2 GWB besteht darin, den Ast. nicht um den Ertrag der Früchte seiner bisherigen Verfahrensführung zu bringen, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Beendigung des Vergabeverfahrens erledigt hat; zudem soll eine unökonomische nochmalige Überprüfung derselben Sach- und Rechtslage in einem nachfolgenden Schadensersatzprozess vermieden werden (vgl. BGHZ 146, 202 = NZBau 2001, 151 = NJW 2001, 1491; BayObLGZ 1999, 318 Rn. 14; OLG Düsseldorf 28.4.2004 – VII-Verg 8/04, BeckRS 2016, 8682). Diese Gesichtspunkte gebieten in den Fällen, in denen der Antragsteller zunächst einen zulässigen Antrag auf Primärrechtsschutz nach § 135 I Nr. 2

GWB gestellt hat, sich aber im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ergibt, dass zwar keine Unwirksamkeit vorliegt, die Rechte des Antragstellers aber gleichwohl verletzt sein können, eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 168 II 2 GWB.

97Der BGH hat eine solche Antragstellung in einem Verfahren gebilligt, in denen sich der Bieter gegen die „Aufhebung der Aufhebung“ gewandt hat (vgl. BGH NZBau 2014, 310 (312 f.) Rn. 21 – Autobahnkreuz Heidelberg, noch zu § 114 II 2 GWB aF), obwohl § 168 II 2 GWB seinem Wortlaut nach nicht einschlägig ist, wenn das Vergabeverfahren aufgehoben worden ist, bevor der Nachprüfungsantrag gestellt worden ist.

98Im vorliegenden Fall kann nichts anderes gelten. Der Ast. hatte im Nachprüfungsverfahren die Feststellung der Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung beantragt. Da der Zuschlag jedoch nicht nach § 135 I Nr. 2 GWB unwirksam ist (so unter 2), wurde dieser wirksam erteilt, bevor der Nachprüfungsantrag gestellt wurde. Gleichwohl sind im Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf die Unwirksamkeit des Auftrags nach § 135 I Nr. 2 GWB bereits Feststellungen zu treffen. Gerade der Aspekt der Prozesswirtschaftlichkeit spricht hier dafür, dass diese bereits erarbeiteten Ergebnisse erhalten bleiben. Auch hier muss in entsprechender Anwendung des § 168 II 2 GWB die Umstellung von einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des am 11.2.2021 geschlossenen Liefervertrags, der sich nunmehr als aussichtslos herausgestellt hat, auf einen Feststellungsantrag zulässig sein.

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

178

99cc) Dass der Ast. den Antrag ursprünglich als Zwischenfeststellungsantrag bezeichnet hat, der nicht an ein erledigendes Ereignis gebunden sei und auch im Beschwerdeverfahren noch gestellt werden könne, um eine Bindungswirkung für einen späteren Schadenersatzprozess zu erreichen, steht der Zulässigkeit des Feststellungsantrags nicht entgegen. Dabei ist der Ast. zunächst davon ausgegangen, dass die Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung weiterhin festzustellen sei. Anträge sind auszulegen und auch eine Falschbezeichnung schadet nicht, soweit das Rechtsschutzbegehren erkennbar ist. Der Senat hatte in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass er nach vorläufiger Auffassung abweichend von der VK nicht von der Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung gem. § 135 I Nr. 2 GWB ausgehe. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass der Senat die Möglichkeit der Geltendmachung weiterer Fehler im Rahmen eines Feststellungsantrags nach § 168 II GWB analog zur Wahrung eines effektiven Rechtsschutzes für zulässig erachtet.

100Der Feststellungsantrag ist daher als Minus des ursprünglichen Antrags auszulegen. Letztlich verfolgt der Ast. damit lediglich mit anderen Worten einen Teil seines ursprünglichen Rechtsschutzbegehrens weiter, mit dem er vor der VK Erfolg gehabt hat (vgl. auch BGH NJW 2015, 3576 (3578) Rn. 28 – Green-IT).

101dd) Ein Feststellungsinteresse ist gegeben, da nicht auszuschließen ist, dass der Ast. eine Chance auf Auftragserteilung gehabt hätte.

102Ausreichend ist insoweit jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falls anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Ast. in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (vgl. OLG München NZBau 2012, 658 – Einkaufsgenossenschaft C-eG; OLG Düsseldorf 4.5.2009 – VII-Verg 68/08, BeckRS 2009, 24305, jew. noch zu § 114 II 1 GWB aF; Ziekow/Völlink, VergabeR/Steck, GWB § 168 Rn. 40; Immenga/Mestmäcker, WettbR/Dreher, GWB § 168 Rn. 54).

103Ein derartiges Interesse kann sich aus der nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs des Bieters gegen den öffentlichen Auftraggeber im Falle des Vorliegens eines Vergaberechtsverstößes ergeben, es sei denn, ein Schadensersatzanspruch ist offensichtlich nicht gegeben und eine auf seine Durchsetzung gerichtete Klage aussichtslos (vgl. OLG München NZBau 2012, 658 – Einkaufsgenossenschaft C-eG). Zur Substanziierung des Feststellungsinteresses wegen möglicher Schadensersatzansprüche sind diese in aller Regel zwar näher zu begründen, auch kann verlangt werden, dass der Ast. darlegt, dass er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag erhalten hätte (OLG Düsseldorf NZBau 2020, 190 (191 f.) Rn. 17 u. 20 – Dachverband kommunaler IT-Dienstleister (KDN), unter Hinweis auf BGH NZBau 2013, 180 Rn. 16 – Friedhofserweiterung; Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB/Blöcker, 5. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 97; Ziekow/Völlink, VergabeR/Steck, GWB § 168 Rn. 40). Ist der Auftrag indes nicht ausgeschrieben worden und liegen deshalb keine Vergabeunterlagen mit den einzelnen Bedingungen der Auftragsvergabe vor, ist es einem am Auftrag interessierten potenziellen Bieter nicht möglich, konkrete Angaben dazu zu machen, aus welchen Gründen er den Zuschlag erhalten hätte. Die Anforderungen an die Darlegung eines Schadensersatzbegehrens dürfen in einem solchen Fall nicht überspannt werden (OLG Düsseldorf NZBau 2020, 190 (191 f.) Rn. 17 u. 20 – Dachverband kommunaler IT-Dienstleister (KDN)).

104Dies trifft auch hier zu. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass der Ast. keine Chance auf die Erteilung des Auftrags gehabt hätte und daher ein Schadensersatzanspruch von vornherein ausgeschlossen wäre. Für das von ihm vertriebene Produkt war seitens der T GmbH ein Antrag auf Zulassung gestellt worden und der Ast. hatte vorgetragen, auch in der Lage zu sein, die abgefragte Leistung zu erbringen.

105b) Der Feststellungsantrag ist begründet. Denn der Ag. hat seinen Ermessensspielraum bei der Auswahl der drei zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Unternehmen nicht ordnungsgemäß ausgeübt.

106aa) Bei der Auswahl der Bieter dürfen keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung einfließen, die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte müssen angemessen und vertretbar gewichtet und der gesetzliche bzw. ein selbst von der Vergabestelle vorgegebener Rahmen bzw. Maßstab muss beachtet werden (vgl. OLG München NZBau 2018, 427 (429) Rn. 39 – Wiederverwertung von Straßenaufbruch; OLG München NZBau 2011, 439 – BAB 8; OLG Düsseldorf 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, BeckRS 2010, 6143).

107Grundsätzlich bietet im Vergabeverfahren die Dokumentation die Informationsgrundlage dafür, ob diese Vorgaben eingehalten wurden (§ 8 VgV, OLG München NZBau 2018, 427 (429 f.) Rn. 40 – Wiederverwertung von Straßenaufbruch). Der Auftraggeber ist allerdings nicht generell daran gehindert, die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung nachträglich zu verteidigen und seine Erwägungen, auch wenn sie im Vergabevermerk nicht zeitnah niedergelegt worden sind, im Nachprüfungsverfahren ergänzend darzulegen und zu belegen (vgl. BGHZ 188, 200 = NZBau 2011, 175 (184) Rn. 73 – Abellio Rail; OLG München NZBau 2018, 427 (430) Rn. 43 – Wiederverwertung von Straßenaufbruch).

108bb) Vorliegend enthält die vorgelegte Vergabeakte keinerlei Dokumentation dazu, aufgrund welcher Erwägungen und unter Berücksichtigung welcher Aspekte sich der Ag. für die drei zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Unternehmen entschieden hat.

109Der Vortrag des Ag. zu den maßgeblichen Kriterien für die Auswahl der Bieter, die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, hat im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens mehrfach gewechselt. Zuletzt hat der Ag. in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass diejenigen Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, bei denen am ehesten mit einer Sonderzulassung der Schnelltests zur Selbsttestung zu rechnen war.

110Selbst wenn der Senat zugunsten des Ag. davon ausgeht, dass dies das maßgebliche Kriterium gewesen sei, kann nicht nachvollzogen werden, dass dieses hier auch durchgängig angewandt wurde

111(1) Die Dokumentation enthält auch hierzu keine Informationen. Es existieren auch keine später erstellten Vermerke.

112Im Vergabevermerk ist lediglich ausgeführt, dass eine Markterkundung durchgeführt worden sei und die Auswahl der Unternehmen „auch auf Grundlage der hier gewonnenen Erkenntnisse“ erfolgt sei. Später lässt sich der Ag. dahin-

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

179

gehend ein, dass die Rückäußerungen auf die Markterkundung nicht, „schon gar nicht ausschließlich alleine“ ausschlaggebend gewesen seien. In einem weiteren Schriftsatz hat er ausgeführt, die Auswahl der Bieter sei auf Grundlage der begründeten Erwartung erfolgt, dass jene Unternehmen, deren Anträge auf Sonderzulassung beim BfArM prioritär bearbeitet würden, am ehesten und schnellsten zur Abdeckung des benötigten Bedarfs in der Lage sein würden. In Bezug auf das ausgewählte KMU sei eine Ausnahme gemacht worden. Dieser Anbieter sei wegen der zunächst bestehenden Aussicht auf Lieferung von „Spucktests“ einbezogen worden. Dabei sei das KMU seitens des Präsidenten des BfArM in der Telefonkonferenz am 20.1.2021 ebenfalls als eines derjenigen Unternehmen benannt worden, das die besten Aussichten auf eine Sonderzulassung hätte.

113(2) In der mündlichen Verhandlung konnten die anwesenden Mitarbeiter des Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege lediglich berichten, dass telefonisch vom BfArM mitgeteilt worden sei, bei den später ausgewählten drei Unternehmen (darunter dem KMU) sei prioritär mit einer Zulassung zu rechnen. Die Angaben bezüglich der zu erwartenden Sonderzulassung hätten sich zum Teil aus den Informationen in der Telefonschaltkonferenz vom 20.1.2021 ergeben. Der Präsident des BfArM habe dort angegeben, welche Unternehmen am nächsten vor der Sonderzulassung stünden. Es habe sich insoweit um prognostische Aussagen gehandelt.

114Es sei entscheidend auf die voraussichtliche Zulassung der Schnelltests zur Selbsttestung angekommen. Die Informationen hierzu seien im Wesentlichen mündlich erholt worden. Es habe größtenteils keine Verschriftung und damit auch keine Dokumentation der mündlich erhaltenen Informationen stattgefunden. Aus den eingeholten Informationen habe sich allerdings ergeben, bei welchen Unternehmen am ehesten mit einer baldigen Zulassung zu rechnen gewesen sei. Diese Einholung von Informationen habe nicht auf Fachebene stattgefunden, sondern durch die „Hauspitze“ des Ministeriums und auf der Ebene politischer Gremien, zum Beispiel Gesundheitsministerkonferenzen. Diese Informationen seien von der „Hauspitze“ dann mündlich an die Fachreferate weitergegeben worden.

115Für die Auswahlentscheidung sei ausschlaggebend gewesen, bei welchen Produkten zuerst mit einer Zulassung zu rechnen war. Es sei den Mitarbeitern von der „Hauspitze“ dann mitgeteilt worden, wer die „heißesten Kandidaten“ gewesen seien.

116(3) Diese Darstellung ist nicht plausibel. Denn aufgrund der Mitteilung des BfArM vom 26.4.2021 steht fest, dass das KMU erst am 8.3.2021 eine Zulassung beantragt hatte; welchen Anlass das BfArM gehabt haben könnte, gerade für dieses KMU gleichwohl eine günstige Zulassungsprognose zu geben, erschließt sich nicht. Das Protokoll der Telefonschaltkonferenz vom 20.1.2021 enthält hierzu keinen Anhaltspunkt. Es war in der mündlichen Verhandlung kein Mitarbeiter des Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege anwesend, der an dieser Telefonschaltkonferenz oder anderen Besprechungen teilgenommen hätte und über deren Inhalt aufgrund eigener Wahrnehmung hätte berichten konnte.

117 Da letztlich nicht nachvollzogen werden kann, warum die drei tatsächlich zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Bieter ausgewählt wurden, kann der Senat nicht von der Rechtmäßigkeit der Auswahl ausgehen.

118cc) Weitere Fehler des Ag. im Verfahren sind entgegen der Auffassung der VK allerdings nicht ersichtlich.

119(1) Die VK stellt darauf ab, wann welches Unternehmen einen Antrag auf Sonderzulassung gestellt und eine solche erhalten hat. Sie kommt sodann zu dem Ergebnis, dem Ag. habe klar gewesen sein müssen, dass das KMU, welches auch zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurde, keine Aussicht auf den Zuschlag gehabt habe. Gemäß einer Rückfrage am 20.4.2021 habe es noch keine Sonderzulassung erhalten, während die vom Ast. und der Beigel. vertriebenen Schnelltests jene gewesen seien, die als erste eine Sonderzulassung durch das BfArM erhalten hätten.

120 Damit verkennt die VK, dass grundsätzlich darauf abzustellen ist, wie sich die Situation zum Zeitpunkt der Aufforderung der Unternehmen zur Abgabe eines Angebots, also am 4.2.2021, dargestellt hat. Es kommt nicht darauf an, wie sich die Situation nach Aufforderung zur Abgabe eines Angebots im weiteren Verfahren entwickelt hat. Dies kann allenfalls im Rahmen der Plausibilität des Beteiligtenvortrags herangezogen werden (s. o. unter bb 3).

121(2) Es stellt für sich genommen keine sachfremde Erwägung dar, dass das KMU trotz fehlender Antwort auf die Markterkundung zur Angebotsabgabe aufgefordert worden ist, denn das Unternehmen hat, wie die anderen Unternehmen, durch sein Schreiben vom 28.1.2021 sein Interesse an der Abgabe eines Angebots von Schnelltests zur Selbsttestung deutlich gemacht.

122(3) Keine sachfremde Erwägung ist darin zu sehen, dass auch „Spucktests“ herangezogen worden sind. Die Ausführungen der VK, dass das Vergabeverfahren schon mangels entsprechender Fachlose fehlerhaft gewesen sei, auf die sich das KMU erfolgreich hätte bewerben können, ist ebenso unzutreffend wie die Ausführungen, dass die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots nicht darauf ausgerichtet gewesen sei, eine Beschaffung derartiger „Spucktests“ zu gewährleisten. Da der „Spucktest“ auch als zur Selbsttestung geeignet angegeben wurde, erfüllte er das vom Ag. vorgegebene entsprechende Kriterium.

123c) Die Frage, ob der Ast. tatsächlich zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden wäre oder hätte werden müssen und ob er dann auch den Zuschlag erhalten hätte, bedarf im hiesigen Verfahren keiner Klärung. Anders als die VK kann der Senat nicht feststellen, dass sich aufgedrängt hätte, gerade den Ast. neben zwei weiteren Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern, zumal auch die T GmbH im Rahmen der Markterkundung geantwortet und sie – anders als der Ast. – eine Sonderzulassung für Schnelltests zur Selbsttestung beim BfArM beantragt hatte. Letztlich muss es der Prüfung und Beurteilung des Zivilgerichts in einem etwaigen Schadensersatzprozess vorbehalten bleiben, ob es dem

Ast. gelingt, einen konkreten Schaden infolge des vom Senat festgestellten Vergaberechtsverstoßes nachzuweisen.

124C. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 175 II GWB iVm § 71 S. 1 GWB, da die Beschwerde des Ag. zum größeren Teil erfolgreich ist.

125Die Entscheidung hinsichtlich der Kosten des Verfahrens vor der VK beruht auf § 182 III 1 und IV 1 GWB. Angesichts der tatsächlich und rechtlich schwierigen Fragen war auf Antrag des Ag. im Verfahren vor der VK festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten in dem Verfahren vor der VK zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich war (§ 182 IV GWB).

126Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 50 II GKG. Ausgehend von den Angaben des Ast. und der bestellten Menge von monat-

BayObLG: Vorliegen äußerster Dringlichkeit – Antigen-Schnelltest(NZBau 2022, 172)

180

lich 5,3 Mio. Schnelltests für drei Monate, mithin 15,9 Mio. Schnelltests, war der Streitwert auf 5% der Bruttoauftragssumme festzusetzen.

127Eine Vorlage an den BGH ist nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 179 II 1 GWB nicht vorliegen, insbesondere der Senat nicht von den tragenden Gründen der Entscheidung des OLG Rostock (OLG Rostock NZBau 2021, 484 – Corona-Tests) abweicht.

Anm. d. Red.:

S. zur Vorschrift des § 14 IV Nr. 3 VgV und zum Vorliegen äußerster Dringlichkeit auch VK Bund MMR 2020, 840, sowie OLG Rostock NZBau 2021, 750 – Luca App. Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2020 beleuchten Byok/Csaki NJW 2021, 2249.