

Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	18.08.2021
Aktenzeichen:	Verg 51/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2021:0818.VERG51.20.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 107 Abs 2 S 1 Nr 2 GWB, Art 346 Abs 1 Buchst b AEUV
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. August 2021 – Verg 51/20 –, juris

Vergabenachprüfungsverfahren: Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Verteidigungsreich ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens

Orientierungssatz

1. Die Vorschrift des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV gewährt den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Maßnahme, die sie für den Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen für erforderlich halten (vgl. u.a. EuGH, 20. März 2018, C-187/16). (Rn.27)
2. Grundsätzlich ist es Sache der EU-Mitgliedstaaten, ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen festzulegen. Ihnen kommt dabei eine weite Einschätzungsprärogative zu. Für die Festlegung wesentlicher Sicherheitsinteressen genügt die begründete Annahme einer Gefahr der äußeren oder inneren Sicherheit. (Rn.28)
3. Die Mitgliedstaaten sind in ihrer Entscheidung, einen bestimmten Beschaffungsauftrag von den Regeln des Binnenmarktes auszunehmen, nicht uneingeschränkt frei. Vielmehr muss der Mitgliedstaat, der sich auf die Ausnahme des Art. 346 AEUV berufen will, nachweisen, welche Sicherheitsinteressen betroffen sind und welcher Zusammenhang zwischen diesen Sicherheitsinteressen und der konkreten Beschaffung besteht. (Rn.28)
4. Eine pauschale oder floskelhafte Bezugnahme auf ein nicht näher spezifiziertes Sicherheitsinteresse reicht für den Nachweis nicht aus. Die Bewahrung wehrtechnischer Kernfähigkeit im Inland kann wohl grundsätzlich ein von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV gedecktes Sicherheitsinteresse darstellen. Rein wirtschaftspolitisch motivierte Maßnahmen ohne Rückwirkungen auf die Verteidigungsfähigkeit der eigenen oder der verbündeten Streitkräfte erfahren indes keine Rechtfertigung. (Rn.28)
5. Das betroffene Sicherheitsinteresse muss zudem wesentlich sein. Das Merkmal "wesentlich" beschränkt mögliche Ausnahmen auf Beschaffungen, die von höchster Wichtigkeit für die militärischen Fähigkeiten sind, insbesondere auf Verträge, die äußerst hohe Anforderungen an die Versorgungssicherheit stellen oder von besonders hoher Vertraulichkeit und Wichtigkeit für die nationale Souveränität sind. (Rn.29)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche EuGH, 20. März 2018, C-187/16

Tenor

1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragsgegnerin.
2. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf ...

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin hat sich mit ihrem mittlerweile zurückgenommenen Rechtsmittel gegen eine drohende De-facto-Vergabe eines Auftrags zur Herstellung und Lieferung von ... gewandt.
- 2 Die Antragstellerin ist ...
- 3 Die Antragsgegnerin forderte mit Schreiben vom 24. Juni 2020 und vom 31. August 2020 verschiedene in Deutschland ansässige N, nicht jedoch die Antragstellerin, zur Abgabe eines Angebots für die Herstellung und Lieferung ... auf und verzichtete unter Berufung auf § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB i.V.m. Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens. ...
- 4 Die Antragsgegnerin hat den Verzicht auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens unter Berufung auf ... damit begründet, dass "industrielle Kernfähigkeiten und strategisch relevante Entwicklungskapazitäten [...] am Standort Deutschland und der EU zu erhalten und zu fördern" seien. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf ... verwiesen.
- 5 Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 11. September 2020 die fehlende Auftragsbekanntmachung des Vergabeverfahrens als Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB i.V.m. § 18 Abs. 1 VSVgV.
- 6 Die Antragsgegnerin wies die Rüge am 22. September 2020 zurück und berief sich auf wesentliche nationale Sicherheitsinteressen.
- 7 Die Vergabekammer hat den am 6. Oktober 2020 gestellten Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 6. November 2020 (VK 2 - 87/20) als unstatthaft zurückgewiesen. Die Beschaffung der N1 unterfalle der Ausnahmegvorschrift des § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB i.V.m. Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV, so dass die Beschaffung der Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen entzogen sei.
- 8 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, dass es sich bei den ... nicht um Kriegsmaterial im Sinne der von Art. 346 AEUV in Bezug genommenen Liste des Rates der Europäischen Union aus seiner Entscheidung 255/58 vom 15. April 1958 handele. Der Verzicht auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens sei zudem unverhältnismäßig. Es sei schon zweifelhaft, ob wesentliche Sicherheitsinteressen der Antragsgegnerin beeinträchtigt seien. Jedenfalls sei nicht ersichtlich, dass der Verzicht auf ein Vergabeverfahren zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sei und aus welchen Gründen durch eine Vergabe in einem Vergabeverfahren nach der VSVgV das wesentliche Sicherheitsinteresse nicht ebenso gewahrt werden könne.
- 9 Die Antragstellerin hat beantragt,

- 10 den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben, der Antragsgegnerin zu untersagen, einen Vertrag ... ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß dem Vierten Teil des GWB abzuschließen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren gemäß dem Vierten Teil des GWB unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats durchzuführen.
- 11 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 12 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 13 Sie hat die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt.
- 14 Die Antragstellerin hat ihr Rechtsmittel wenige Tage vor dem anberaumten Verkündungstermin mit Schriftsatz vom 22. Juni 2021 zurückgenommen.

II.

- 15 Nachdem die Antragstellerin ihr Rechtsmittel zurückgenommen hat, ist gemäß § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Im Rahmen des billigen Ermessens ist auch im Falle der Rücknahme des Rechtsmittels der bisherige Sach- und Streitstand zu berücksichtigen. Dabei genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (BGH, Beschluss vom 24. Januar 2017 - KVR 10/16), wobei bei prognostizierbarem Verfahrensausgang dem voraussichtlichen Ausgang des Verfahrens maßgebende Bedeutung zukommt (Senatsbeschluss vom 2. Oktober 2020, VII-Verg 17/20).
- 16 Gemessen daran hat die Antragsgegnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Das Rechtsmittel der Antragstellerin wäre bei prognostiziertem Fortgang des Beschwerdeverfahrens aller Voraussicht nach erfolgreich gewesen und hätte zur Zurücksetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Auftragsbekanntmachung geführt. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war nach summarischer Prüfung statthaft (unten 1.), zulässig (unten 2.) und begründet (unten 3.).
- 17 1. Der Nachprüfungsantrag war unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands voraussichtlich statthaft.
- 18 Es ist ganz überwiegend wahrscheinlich, dass die verfahrensgegenständliche Vergabe den Vergabevorschriften des Vierten Teils des GWB und demnach auch den Bestimmungen der §§ 155 ff. GWB über das Nachprüfungsverfahren unterliegt. Ein Ausnahmefall im Sinne des § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB i.V.m. Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV hätte wohl nicht festgestellt werden können.
- 19 Die Vorschrift des § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB enthält eine Freistellung vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts für die Vergabe von Aufträgen, die in den Anwendungsbereich des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV fallen. Nach Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV kann jeder Mitgliedstaat die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen. Auf diese Ausnahmebestimmung hätte sich die Antragsgegnerin wohl nicht mit Erfolg berufen können.

nen. Zwar spricht viel dafür, dass es sich bei den zu beschaffenden G um Kriegsmaterial im Sinne von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV handelt (unten a.). Die Antragsgegnerin hätte jedoch aller Voraussicht nach nicht nachweisen können, dass die Inanspruchnahme der Ausnahmegesetzgebung des § 107 Abs. 2 Nr. 2 GWB i.V.m. Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV zur Wahrung ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ist (unten b.).

- 20 a. Bei den zu beschaffenden ... dürfte es sich um Kriegsmaterial im Sinne von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV handeln.
- 21 Die unter Kriegsmaterial zu fassenden Gegenstände sind in der in Artikel 346 Abs. 2 AEUV in Bezug genommenen und vom Rat am 15. April 1958 (Entscheidung 255/58; auszugsweise abgedruckt in 2007/0280 (COD)) aufgestellten Liste (im Folgenden: Warenliste) aufgeführt, an deren Rechtsverbindlichkeit nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union keine Zweifel bestehen (EuGH, Urteil vom 7. Juni 2012, C-615/10, Rn. 36; EuG, Urteil vom 30. September 2003, T-26/01, Rn. 57; Karpenstein in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 346 Rn. 8: "Rechtsakt sui generis"). Demnach handelt es sich um Kriegsmaterial bei ... Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und nach Auffassung der EU-Kommission ist für die Einordnung als Kriegsmaterial maßgeblich, dass es sich bei dem zu beschaffenden Gegenstand um Material handelt, das in objektiver Hinsicht spezifisch militärische Eigenschaften aufweist (EuGH, Urteil vom 7. Juni 2012, C-615/10, Rn. 40; EU-Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Art. 296 EGV, KOM(2006) 779 endg.).
- 22 Gemessen daran dürfte es sich bei den zu beschaffenden N1 um Kriegsmaterial handeln. Sie werden von der Antragsgegnerin ausschließlich für militärische Zwecke beschafft und sind ausschließlich für den Einsatz in der Landes- und Bündnisverteidigung vorgesehen. Die N1 weisen auch objektiv einen spezifisch militärischen Charakter auf, weil sie mit einer Vielzahl von militärischen Gegenständen ausgestattet sind, insbesondere ...
- 23 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich weder aus einer Gesamtschau der Warenliste noch aus dem Wortlaut von ... ein auf L beschränkter Anwendungsbereich. ... Nichts anderes folgt aus einem Umkehrschluss aus Ziff. 6, 11, 14 und 15 der Warenliste. Für die dort genannten nicht spezifisch militärischen Waren (z.B. "Fahrzeuge", "Elektronenmaterial", "Werkzeuge") wird eine militärische Konstruktion oder Zwecksetzung zur Einordnung als Kriegsmaterial deshalb gesondert gefordert, weil diese - anders als ... - nicht schon begrifflich vorausgesetzt wird.
- 24 Für den sachlichen Anwendungsbereich der Warenliste unerheblich ist schließlich, ob es sich bei den ... um ...übereinkommens der Vereinten Nationen ... und inhaltsgleicher Normen des T handelt. Bereits nach dem eindeutigen Wortlaut von ... ist die Definition von "L1" auf den Anwendungsbereich ... beschränkt und beansprucht damit keine über ... hinausgehende Geltung. Die nach ... für die Einordnung ... maßgeblichen formalen Kriterien ... Sie taugen jedoch nicht zur Bestimmung der Reichweite des Art. 346 AEUV, weil für die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten die ... bedeutungslos sind.
- 25 Die Begrifflichkeiten interner Verwaltungsvorschriften der Antragsgegnerin, wie ... sind für die Auslegung von höherrangigem EU-Primärrecht ebenfalls unbeachtlich.

- 26 b. Die Antragsgegnerin hätte sich jedoch deshalb nicht mit Erfolg auf den Ausnahmetatbestand von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV berufen können, weil ihr bei prognostiziertem Verfahrensfortgang aller Voraussicht nach der Nachweis nicht gelungen wäre, dass die Beschaffung ... wesentliche Sicherheitsinteressen der Antragsgegnerin berührt.
- 27 Die Vorschrift des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV gewährt den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Maßnahme, die sie für den Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen für erforderlich halten (EuGH, Urteil vom 20. März 2018, C-187/16 - juris, Rn. 78; EuG, Urteil vom 30. September 2003, T-26/01, Rn. 58: besonders weites Ermessen). Sie dient jedoch nicht als Ermächtigung, durch bloße Berufung auf diese Interessen von den Bestimmungen des AEUV abzuweichen. Der öffentliche Auftraggeber, der sich auf diese Ausnahme beruft, muss vielmehr im Einzelfall nachweisen, dass der Verzicht auf ein Vergabeverfahren zur Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ist, insbesondere eine Ausschreibung dem Erfordernis des Schutzes solcher Interessen nicht hätte gerecht werden können (EuGH, Urteile vom 20. März 2018, C-187/16 - juris, Rn. 78; vom 7. Juni 2012, C-615/10, Rn. 35, und vom 8. April 2008, C-337/05, Rn. 44; Senatsbeschluss vom 1. Oktober 2020, VII-Verg 32/20).
- 28 Grundsätzlich ist es Sache der EU-Mitgliedstaaten, ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen festzulegen (EuGH, Urteil vom 20. März 2018, C-187/16 - juris, Rn. 75). Ihnen kommt dabei eine weite Einschätzungsprärogative zu (Kokott in Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 346 Rn. 4). Dies drückt sich im Wortlaut des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV aus, wonach jeder Mitgliedstaat die Maßnahmen ergreifen kann, die "seines Erachtens" für die Wahrung seiner Sicherheitsinteressen erforderlich sind. Für die Festlegung wesentlicher Sicherheitsinteressen genügt deshalb die begründete Annahme einer Gefahr der äußeren oder inneren Sicherheit (Wegener in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 346 Rn. 4; Jaeckel in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 71. EL 2020, Art. 346 Rn. 14). Die Mitgliedstaaten sind in ihrer Entscheidung, einen bestimmten Beschaffungsauftrag von den Regeln des Binnenmarktes auszunehmen, jedoch nicht uneingeschränkt frei. Vielmehr muss der Mitgliedstaat, der sich auf die Ausnahme des Art. 346 AEUV berufen will, nachweisen, welche Sicherheitsinteressen betroffen sind und welcher Zusammenhang zwischen diesem Sicherheitsinteressen und der konkreten Beschaffung besteht. Eine pauschale oder floskelhafte Bezugnahme auf ein nicht näher spezifiziertes Sicherheitsinteresse reicht für den Nachweis nicht aus. Die Bewahrung wehrtechnischer Kernfähigkeit im Inland kann wohl grundsätzlich ein von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV gedecktes Sicherheitsinteresse darstellen. Rein wirtschaftspolitisch motivierte Maßnahmen ohne Rückwirkungen auf die Verteidigungsfähigkeit der eigenen oder der verbündeten Streitkräfte erfahren indes keine Rechtfertigung (Kokott in Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 346 Rn. 4; Jaeckel in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 71. EL 2020, Art. 346 Rn. 15; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 107 Rn. 58; Renner/Rubach/Larsen/Sterner, NZBau 2007, 407; André, EuZW 2012, 631, 634 f.).
- 29 Das betroffene Sicherheitsinteresse muss zudem wesentlich sein. Diese Präzisierung im Wortlaut des Art. 346 AEUV unterstreicht den Ausnahmecharakter der Bestimmung und stellt klar, dass die besondere militärische Natur der auf der Warenliste enthaltenen Gegenstände allein nicht ausreicht, um den Verzicht auf die Anwendung europäischer Vergaberegeln zu rechtfertigen. Das Merkmal "wesentlich" beschränkt vielmehr mögliche Ausnahmen auf Beschaffungen, die von höchster Wichtigkeit für die militärischen Fähigkeiten sind (KOM(2006) 779 endg., S. 8), insbesondere auf Verträge, die äußerst ho-

he Anforderungen an die Versorgungssicherheit stellen oder von besonders hoher Vertraulichkeit und Wichtigkeit für die nationale Souveränität sind (Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2009/81/EG).

- 30 Unter Anwendung dieser Maßstäbe hätte die Antragsgegnerin aller Voraussicht nach nicht hinreichend darlegen können, dass die Beschaffung der ... außerhalb der Regelungen des EU-Vergaberechts der Wahrung ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen dient. Sie hat geltend gemacht, dass ... (S. 6 der Beschwerdeerwiderung, Bl. 109 d.GA.). Ohne die Stärkung der eigenen industriellen Basis drohe der Verlust des für ... erforderlichen technischen Know-hows (S. 8 der Beschwerdeerwiderung, Bl. 111 d.GA.). Einmal aufgegeben Fähigkeiten und Technologie wären, wenn überhaupt, nur unter großem finanziellen und zeitlichen Aufwand wiederzuerlangen (S. 28 der Beschwerdeerwiderung, Bl. 131 d.GA.). Da die anderen EU-Mitgliedstaaten ihre nationalen Beschaffungsmärkte für Verteidigungsgüter ... nicht zugunsten von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten geöffnet hätten, sondern eine "größtenteils" national ausgerichtete Beschaffungspolitik betrieben, sei zum Schutz der Wettbewerbsfähigkeit ... und zu deren Erhalt ebenfalls eine rein nationale Vergabe von Rüstungsaufträgen ... erforderlich (S. 24 f. der Beschwerdeerwiderung, Bl. 127 f. d.GA.). Hinzukomme, dass ... zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen um Rüstungsaufträge konkurrierten.
- 31 Auf der Grundlage dieses Vortrags wäre die rein nationale Beschaffung ... nicht gerechtfertigt gewesen. Dem Vorbringen der Antragsgegnerin lässt sich nicht entnehmen, dass die Beschaffung ... für den Erhalt nationaler Kernkapazitäten ... erforderlich ist und damit wesentliche Sicherheitsinteressen berührt. Selbst wenn, so wie die Antragsgegnerin vorgetragen hat, ... würden, ergibt sich daraus nicht, dass gerade die Vergabe dieses Auftrags zur Herstellung ... für den Erhalt des N2 notwendig ist. Dem Vorbringen der Antragsgegnerin konnte schon nicht entnommen werden, dass der Bestand ... in seiner Wettbewerbsfähigkeit oder gar Existenz überhaupt akut bedroht ist. Die Antragsgegnerin hat sich für ihre Behauptung ausschließlich auf Medienberichte und allgemeine Verbandsäußerungen berufen. Auf den substantiierten und mit Beispielen unterlegten Vortrag der Antragstellerin, dass ... profitabel arbeitet und aus diesem Grund ein Verlust inländischen Know-hows nicht zu besorgen ist (Beschwerdeschrift, S. 24, Bl. 24 d.GA.), ist die Antragsgegnerin nicht eingegangen.
- 32 Soweit geltend gemacht worden ist, dass die industriellen Kapazitäten im N2 in Deutschland aufgrund ungleicher Wettbewerbsbedingungen um Rüstungsaufträge mit EU-ausländischen T1 bedroht seien, wäre auch dieser Vortrag wohl nicht belastbar gewesen. Die Behauptungen waren ohne Substanz und durch keine Tatsachen belegt.
- 33 bb. Die Antragsgegnerin hätte sich zur Rechtfertigung der beabsichtigten Direktvergabe mit hoher Wahrscheinlichkeit auch nicht auf das Regelbeispiel des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB berufen können, weil der Beschaffungsvorgang keine verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologie betrifft (unten (1)) und der Rückgriff auf diese nationale Bestimmung nicht die von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV geforderte einzelfallbezogene Begründung für die Inanspruchnahme der Ausnahme vom Vergaberecht ersetzt (unten (2)).
- 34 (1) Das Regelbeispiel des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB ist nicht einschlägig.

- 35 Wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV können demnach berührt sein, wenn der öffentliche Auftrag verteidigungsindustrielle Schlüsselindustrien betrifft.
- 36 Dies hätte hier schon deshalb verneint werden müssen, weil die Antragsgegnerin nicht vorgetragen hat, dass die Beschaffung der ... eine Technologie mit hohem Innovationspotential und einem über den Verteidigungssektor hinausgehenden Anwendungsbereich betrifft.
- 37 (2) Der Verweis auf § 107 Abs. 2 S. 2 GWB ist zur Rechtfertigung der Außerachtlassung des Vergaberechts auch deshalb ungeeignet, weil der nationale Gesetzgeber keine über Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV hinausgehende Ausnahmebestimmung von unionsrechtlichen Vorgaben schaffen kann. Folgerichtig will der Gesetzgeber die Vorschrift lediglich als "Auslegungshinweis" verstanden wissen (vgl. Gesetzesbegründung der BReg., BR-Drucks. 583/19, S. 55). Dass nach seiner Vorstellung wesentliche Sicherheitsinteressen berührt sein können, wenn der öffentliche Auftrag verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologien betrifft, die durch einen Beschluss der Bundesregierung als solche eingestuft wurden (Gesetzesbegründung der BReg., BR-Drucks. 583/19, S. 55 f.), stellt eine von den Vorgaben des Art. 346 AEUV nicht gedeckte abstrakte Vorabfestlegung dar, die die Antragsgegnerin von der notwendigen einzelfallbezogenen Begründung nicht entbindet.
- 38 2. Der voraussichtlich statthafte Nachprüfungsantrag war nach Einschätzung des Senats auch im Übrigen zulässig. Die Antragstellerin war antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB, denn sie hat ein Interesse am Auftrag dargelegt. Dem steht nicht entgegen, dass ...
- 39 3. Der Nachprüfungsantrag wäre, seine Statthaftigkeit und Zulässigkeit unterstellte, ohne das erledigende Ereignis auch begründet, weil die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union durchführt, ohne dass dies nach dem GWB oder nach § 146 S. 2 GWB i.V.m. § 12 VSVgV gestattet ist.

III.

- 40 Die Entscheidung über den Wert für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG, wobei der von der Antragsgegnerin geschätzte Auftragswert zugrunde gelegt wurde (vgl. Ziff. 2 des Vergabevermerks).