

KG (Vergabesenat), Beschluss vom 10.05.2022 – Verg 1/22

Titel:

Coronavirus, SARS-CoV-2, Leistungen, Beschwerde, Vergabeverfahren, Vergabekammer, Ausschreibung, Vorabentscheidung, Vergabe, Unwirksamkeit, Feststellung, Teilnahmewettbewerb, Antragsgegner, Erledigung, Feststellungsinteresse, Verhandlungsverfahren, Kosten des Verfahrens, Kosten des Beschwerdeverfahrens, sofortige Beschwerde

Rechtsgebiet:

Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Coronavirus, SARS-CoV-2, Leistungen, Beschwerde, Vergabeverfahren, Vergabekammer, Ausschreibung, Vorabentscheidung, Vergabe, Unwirksamkeit, Feststellung, Teilnahmewettbewerb, Antragsgegner, Erledigung, Feststellungsinteresse, Verhandlungsverfahren, Kosten des Verfahrens, Kosten des Beschwerdeverfahrens, sofortige Beschwerde

vorgehend:

VK Berlin, Beschluss vom 18.01.2022 - VK-B1-52/21

ECLI:

ECLI:DE:KG:2022:0510.VERG1.22.0A

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners vom 1. Februar 2022 gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 18. Januar 2022 - VK-B1-52/21 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich Ziffer 1 dieses Beschlusses erledigt hat.

Sein Antrag, die Beschlüsse der Vergabekammer vom 20. und 23. Dezember 2021 aufzuheben, wird als unzulässig verworfen. Es wird festgestellt, dass die Direktvergabe des am 25. November 2021 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen" (Dezember 2021), angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABI. 2021/S 233-614456 vom 26. November 2021, rechtswidrig gewesen ist und die Antragstellerin durch die Direktvergabe in ihren Rechten verletzt ist.

Der Antragsgegner hat die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren zu tragen; eine Kostenerstattung findet im Übrigen nicht statt.

Der Streitwert wird auf 167.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

1Die Antragstellerin wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen eine Interimsvergabe für den Betrieb von Corona-Testzentren in Berlin.

2Die interimsweise vergebenen Leistungen waren bereits Gegenstand einer europaweiten Ausschreibung des Antragsgegners vom 20. September 2021 gewesen. In diesem offenen Vergabeverfahren hatte die Antragstellerin für die in zwei Lose aufgeteilten Leistungen jeweils fristgerecht Angebote abgegeben. Gegen die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene unter Ausschluss ihrer Angebote wandte sie sich nach erfolgloser Rüge vom 3. November 2021 mit Nachprüfungsantrag vom 12. November 2021.

3Mit Verfügung vom 15. November 2021 leitete der Antragsgegner ein Verfahren über den interimsweisen Betrieb von zwölf Corona-Testzentren im Monat Dezember 2021 mit einer einmonatigen Verlängerungsoption ein. In einem Vermerk vom 16. Dezember 2021 hielt er fest, dass eine Interimsvergabe im offenen Verfahren zum Dezember 2021 zeitlich nicht möglich sei, weswegen die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu erfolgen habe. In dem mit der Ausschreibung vom 20. September 2021 durchgeföhrten offenen Verfahren habe sich von den teilnehmenden Unternehmen nur die Beigeladene als geeignet erwiesen, so dass es sachgerecht sei, lediglich von ihr ein Angebot einzuholen. Nach Eingang eines entsprechenden Angebotes erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen am 25. November 2021 den Interimsauftrag. Dies rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 7. Dezember 2021, zurückgewiesen vom Antragsgegner mit Schreiben vom 9. Dezember 2021. Am 16. Dezember 2021 übte der Antragsgegner gegenüber der Beigeladenen die Verlängerungsoption für Januar 2022 aus.

4Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 16. Dezember 2021 hat sich die Antragstellerin gegen die Interimsvergabe gewandt und Anträge nach § 169 Abs. 3 S. 1 GWB gestellt, dem Antragsgegner den weiteren Vollzug des interimsweise vergebenen Auftrags zu untersagen.

5Mit Beschluss vom 20. Dezember 2021 hat die Vergabekammer dem Antragsgegner untersagt, die in der Interimsbeauftragung vom 25. November 2021 enthaltene Verlängerungsoption zu beauftragen. Mit Beschluss vom 23. Dezember 2021 hat die Vergabekammer die Verlängerung der Interimsbeauftragung bis zur Entscheidung in der Hauptsache für unwirksam erklärt und dem Antragsgegner untersagt, die Interimsbeauftragung ab dem 1. Januar 2022 weiter durchzuführen.

6Der Antragsgegner hat die Beigeladene am 31. Dezember 2021 ohne öffentliche Ausschreibung nach Einholung von drei Angeboten für den Januar 2022 mit einer einmonatigen Verlängerungsoption in einer weiteren Interimsvergabe mit dem Betrieb der zwölf Corona-Testzentren beauftragt. Hiergegen hat sich die Antragstellerin mit einem weiteren Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer gewandt (VK-B1-04/22).

7Die Vergabekammer hat dem Antrag der Antragstellerin in dem vorliegenden Nachprüfungsverfahren mit Beschluss vom 18. Januar 2022 entsprochen und den Vertrag des Antragsgegners mit der Beigeladenen vom 25. November 2021 für unwirksam erklärt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und den Erwägungen der Vergabekammer wird auf die Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss Bezug genommen (VK Berlin, Beschluss vom 18. Januar 2022 - VK-B1-52/21 -, juris Rn. 1 bis 23).

Mit Beschluss vom selben Tag in dem Nachprüfungsverfahren zur Ausschreibung vom 20. September 2021 hat sie dieses Vergabeverfahren in den Stand der Angebotswertung zurückversetzt und den Antragsgegner verpflichtet, die Angebotswertung unter Einschluss des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen, weil der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen vergaberechtswidrig gewesen sei (VK Berlin, Beschluss vom 18. Januar 2022 - VK-B1-43/21 -, juris Rn. 58 ff.).

8Gegen den Beschluss der Vergabekammer im vorliegenden Nachprüfungsverfahren wendet sich der Antragsgegner mit seiner sofortigen Beschwerde vom 1. Februar 2022, eingegangen bei Gericht am selben Tag.

9Die Antragstellerin hat ihre von der Vergabekammer zurückgewiesenen Anträge nach § 169 Abs. 3 GWB vom 9. Dezember 2021 für erledigt erklärt. Antragsgegner und Beigeladene haben sich dieser Erledigungserklärung angeschlossen.

10Der Antragsgegner beantragt,

- 1.den Beschluss der Vergabekammer vom 18. Januar 2022 aufzuheben,
- 2.den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16. Dezember 2021 zurückzuweisen sowie den als äußerst hilfsweise mit Schriftsatz vom 17. März 2022 angekündigten Feststellungsantrag zurückzuweisen,
- 3.festzustellen, dass die Anordnung vorläufiger Maßnahmen der Vergabekammer vom 20. und 23. Dezember 2021 rechtswidrig und diese deshalb aufzuheben war,
- 4.die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für notwendig zu erklären,
- 5.der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der jeweiligen Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung seitens des Antragsgegners aufzuerlegen.

11Die Antragstellerin beantragt,

- 1.die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen und dem Antragsgegner die Tragung der Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen,
- 2.festzustellen, dass die Direktvergabe des am 25. November 2021 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen", angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABI. 2021/S. 233-614456 vom 26. November 2021, rechtswidrig gewesen ist und die Antragstellerin durch die Direktvergabe in ihren Rechten verletzt ist.

12Ihren hilfsweise zu dem Antrag zu 1. gestellten Antrag, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH zur Vorabentscheidung über die Frage vorzulegen, ob die Art. 2d lit. a) der RL 2007/66/EG vom 11. Dezember 2007 dahin auszulegen ist, dass die Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrages, welcher ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union vergeben wurde, ohne dass dies nach der RL 2004/18/EG bzw. der RL 2014/24/EU zulässig war, ungeachtet einer Erledigung durch Zeitablauf, festzustellen ist, hat die Antragstellerin nach der mündlichen Verhandlung vom 25. April 2022 mit Schriftsatz vom 26. April 2022 wieder zurückgenommen.

13Die Beigeladene stellt keine Anträge.

II.

14 Die gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthafte und auch sonst zulässige, insbesondere gemäß § 172 GWB form- und fristgerecht eingelegte, sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 18. Januar 2022 ist unbegründet. Nachdem sich der ursprünglich von der Antragstellerin gestellte Antrag, die Unwirksamkeit des zwischen Antragsgegner und Beigeladener geschlossenen Vertrages festzustellen, mit dem Vergabeverfahren in der Hauptsache erledigt hat (1), war antragsgemäß festzustellen, dass der Antragsgegner die Antragstellerin durch den Abschluss des Vertrages über den interimsweisen Betrieb von zwölf Testzentren im Dezember 2021 mit einer Verlängerungsoption für den Januar 2022 in ihren Rechten verletzt hat (2). Die von dem Antragsgegner gegen die Beschlüsse der Vergabekammer vom 20. und 23. Dezember 2021 über verfahrenssichernde Anordnungen nach § 169 Abs. 3 S. 1 GWB gerichteten Anträge sind unzulässig (3).

151. Das Nachprüfungsverfahren hat sich wegen des ursprünglichen, von der Vergabekammer stattgegebenen Antrags der Antragstellerin, gemäß § 135 Abs. 1 GWB die Unwirksamkeit des zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages festzustellen, mit Ablauf des Januar 2022 in der Hauptsache erledigt, weil die für den Zeitraum von Dezember 2021 bei Ausübung der einmonatigen Verlängerungsoption bis Januar 2022 ausgeschriebenen Leistungen zeitlich auf den genannten Zeitraum beschränkt waren und nicht nachgeholt werden können.

16a) Der Auffassung der Antragstellerin, bei einem auf die Unwirksamkeitsklärung eines Vertrages nach § 135 Abs. 1 GWB gerichteten Nachprüfungsverfahrens könne keine Erledigung des auf die Unwirksamkeitsklärung des vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrages gemäß § 135 Abs. 2 GWB eintreten, wenn sich das Vergabeverfahren im Sinne von § 168 Abs. 2 S. 2 GWB erledigt hat, folgt der Senat nicht. Für ein Nachprüfungsverfahren, das auf die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages gerichtet ist, gelten die in den §§ 160 ff. GWB geregelten allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 135 Rn. 63; Braun in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 135 GWB Rn. 103). Bei einer Erledigung des Vergabeverfahrens sind diese Zulässigkeitsvoraussetzungen in Bezug auf den Primärrechtsschutz nicht mehr erfüllt, weswegen es der Regelung in § 168 Abs. 2 S. 2 GWB und eines Übergangs auf den Feststellungsantrag bedarf, will der Antragsteller die Zurückweisung seines ursprünglichen Antrags vermeiden. Insbesondere besteht bei einem erledigten Vergabeverfahren keine Antragsbefugnis, soweit, anders als vorliegend, nicht gerade die Erledigung streitig ist, weil es an einem hierfür gemäß § 160 Abs. 2 S. 2 GWB erforderlichen drohenden Schaden fehlt. Ein solcher kann bei einem erledigten Vergabeverfahren nicht mehr eintreten, weil der Antragsteller unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt noch den Auftrag erhalten könnte. Abgesehen davon ist bei Nachprüfungsverfahren, die auf die Unwirksamkeitsklärung eines Vertrages gerichtet sind, auch ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse des Antragstellers erforderlich (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012 - VII-Verg 93/11 -, juris Rn. 29; Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 135 Rn. 65), woran es vorliegend ebenfalls fehlt. Von der Erklärung der Unwirksamkeit des Vertrages hat die Antragstellerin nichts, weil er bereits durchgeführt ist und nicht rückabgewickelt werden kann. Es genügt die nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB verfügbare Feststellung, dass der Vertragsschluss vergaberechtswidrig war und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt hat.

17 Anders als die Antragstellerin meint, folgt auch aus Art. 2d Abs. 1 lit. a) RL 2007/66/EG nicht, dass die Unwirksamkeit eines nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB geschlossenen Vertrages festgestellt werden kann, wenn sich das Vergabeverfahren erledigt hat. Nach der genannten Richtlinienbestimmung tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird oder dass sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt, falls der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies nach der RL 2004/18/EG zulässig ist. Bei der Vorschrift des Art. 2d RL 2007/66/EG handelt es sich um eine von vielen Regelungen zu dem von den Mitgliedstaaten vorzusehenden Nachprüfungsverfahren (vgl. insb. Art. 1 Abs. 1 UAbs. 3 RL 2007/66/EG). Deswegen setzt die Vorschrift, so wie es auch der deutsche Gesetzgeber in § 135 Abs. 1 GWB bestimmt hat, voraus, dass die Unwirksamkeitsklärung in einem Nachprüfungsverfahren zu erfolgen hat. Dies wiederum hat zur Folge, dass die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Nachprüfungsverfahren vorliegen müssen, wie sie auch die Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG vorsieht; nur dann und insoweit ist deswegen auch nach der Rechtsmittelrichtlinie eine Unwirksamkeitsklärung geboten. Insbesondere haben die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 3 RL 2007/66/EG lediglich sicherzustellen, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Ein Schaden in diesem Sinne kommt aber nicht (mehr) in Betracht, wenn das Unternehmen den Auftrag nicht mehr erhalten kann, weil sich das Vergabeverfahren erledigt hat. Das entspricht den Vorgaben des § 160 Abs. 2 GWB. Abgesehen davon ist es mit Art. 1 Abs. 3 RL 2007/66/EG vereinbar, die Feststellung der Unwirksamkeit von einem Feststellungsinteresse des Unternehmens abhängig zu machen. Denn das Nachprüfungsverfahren dient nicht einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern der Durchsetzung konkreter subjektiver Rechte der an einem ausgeschriebenen Auftrag interessierten Unternehmen (vgl. Art. 1 Abs. 1 UAbs. 3 RL 2007/66/EG).

18b) Nachdem die Antragstellerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung erklärt hat, ihren im Beschwerdeverfahren erneut gestellten Antrag, den Vertrag zwischen Antragsgegner und Beigeladener für unwirksam zu erklären, zurückzunehmen, muss über diesen Antrag nicht mehr entschieden werden. Eine Antragsrücknahme ist im Vergabenachprüfungsverfahren auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung ohne Zustimmung der anderen Beteiligten bis zu einer formell bestandskräftigen Entscheidung wirksam möglich (BGH, Beschluss vom 24. März 2009 - X ZB 29/08 -, juris Rn. 12). Hinsichtlich der von dem Antragsgegner mit seiner sofortigen Beschwerde angegriffenen stattgebenden Entscheidung über den von der Antragstellerin ursprünglich gestellten Antrag auf Erklärung der Unwirksamkeit des Vertrages ist die Antragsrücknahme als Erledigungserklärung zu werten, weil die Antragstellerin ausdrücklich ihren Feststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB weiter verfolgt. Klarstellend war deswegen festzuhalten, dass sich der von dem Antragsgegner angefochtene Beschluss der Vergabekammer in der unter Ziffer 1 tenorisierten Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages über den interimisweisen Betrieb der Testzentren erledigt hat.

192. Es war gemäß § 178 S. 3 GWB auf Antrag der Antragstellerin festzustellen, dass der Antragsgegner sie durch den Abschluss des Vertrages vom 25. November 2021 über den

interimsweisen Betrieb von zwölf Testzentren in Berlin im Dezember 2021 und optional Januar 2022 in ihren Rechten verletzt hat.

20a) Der Antrag ist nach § 178 S. 3 GWB statthaft und auch sonst zulässig.

21aa) Nach dieser Vorschrift stellt das Beschwerdegericht auf Antrag fest, ob das Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt hat, durch den Auftraggeber in seinen Rechten verletzt ist. Da nach § 178 S. 4 GWB die Vorschriften in § 168 Abs. 2 GWB entsprechend anwendbar sind, ist zur Statthaftigkeit erforderlich, dass sich das Nachprüfungsverfahren nach Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens erledigt haben muss, weil nur dann das erforderliche Feststellungsinteresse vorliegen kann und nicht erkennbar ist, dass für den Antragsteller im Beschwerdeverfahren weitergehender Rechtsschutz als im Verfahren vor der Vergabekammer bestehen sollte (OLG Schleswig, Beschluss vom 15. März 2013 - 1 Verg 4/12 -, juris Rn. 53; Steck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 178 GWB Rn. 16; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juli 2009 - VII-Verg 18/09 -, juris Rn. 28).

22bb) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Das Vergabeverfahren hat sich nach Eingang des Nachprüfungsantrags vom 16. Dezember 2021 bei der Vergabekammer erst mit Ablauf des Januar 2022 erledigt. Das erforderliche Feststellungsinteresse folgt daraus, dass Schadensersatzansprüche der Antragstellerin gegen den Antragsgegner in Betracht kommen, wenn der Antragsgegner bei der durchgeföhrten Interimsvergabe Rechte der Antragstellerin verletzt hat. Insbesondere hat die Antragstellerin klargestellt, dass sie, wie sie auch schon in ihrer Rüge der Direktvergabe vom 7. Dezember 2021 deutlich gemacht hatte, ein Interesse gehabt hätte, auch für die interimsweise ausgeschriebenen Leistungen den Zuschlag zu erhalten, so dass auch an ihrer Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB keine Zweifel bestehen.

23b) Der Feststellungsantrag ist auch begründet.

24aa) Die ohne öffentliche Ausschreibung und Einholung von Angeboten anderer Interessenten erfolgte interimsweise Beauftragung der Beigeladenen mit dem Betrieb von zwölf Testzentren im Dezember 2021 und optional Januar 2022 durch den Antragsgegner vom 25. November 2021 war bereits deswegen vergaberechtswidrig, weil der Antragsgegner entgegen § 17 Abs. 5 VgV keine Vergleichsangebote eingeholt hatte und nur die Beigeladene zur Abgabe eines Angebots aufgefordert hat. Es kann insoweit auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss verwiesen werden (Beschluss vom 18. Januar 2022 - VK-B1-52/21 -, juris Rn. 32 bis 35). Auch im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb muss ein Mindestmaß an Wettbewerb gewährleistet sein und müssen zumindest drei Angebote eingeholt werden (BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022 - Verg 7/21 -, juris Rn. 89). Dies wäre hier ohne weiteres möglich gewesen, wie schon die nachfolgenden Interimsvergaben zeigen, bei denen der Antragsgegner jedenfalls dieses Erfordernis eingehalten hat. Die aus den Vergabeakten ersichtliche Erwägung, es habe bei der ursprünglichen Ausschreibung im offenen Verfahren vom 20. September 2021 keine geeigneten Bewerber gegeben, hat den Antragsgegner in keiner Weise davon entbunden, sich zumindest deutschlandweit bei der Vielzahl der am Markt tätigen Anbieter um Vergleichsangebote zu bemühen. Abgesehen davon hätte dem Antragsgegner auch das von der Antragstellerin betriebene Nachprüfungsverfahren und die dort vorgebrachten Argumente Anlass geben können, seine letztlich nicht haltbare Rechtsauffassung, die Antragstellerin sei nach seinen eigenen Vorgaben nicht geeignet, sorgfältig zu überprüfen. Auch hierfür ist weder aus den Vergabeakten noch sonst etwas ersichtlich.

25bb) Zudem lagen die für eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 VgV bestehenden Voraussetzungen nicht vor.

26(1) Erwägenswert war allein eine Zulässigkeit nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. Danach kann der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind, wobei die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit nicht dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen sein dürfen. Letzteres ist anzunehmen, wenn die Verzögerungen voraussehbar waren (Hirsch/Kaelble in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 1. Auflage 2017, § 14 VgV Rn. 211 m.w.N.).

27(2) Hier waren die Umstände, mit denen der Antragsgegner die äußerste Dringlichkeit begründet hat, ihm selbst zuzurechnen. So liegt es, wenn die Interimsvergabe Folge eines fehlerhaft betriebenen Vergabeverfahrens ist (vgl. Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020. § 14 VgV Rn. 61 m.w.N.), was hier der Fall war, weil der Antragsgegner die Antragstellerin zu Unrecht von dem mit der Ausschreibung vom 20. September 2021 eingeleiteten Vergabeverfahren ausgeschlossen hat. Es kann insoweit auf die Ausführungen des Senats in seinem Beschluss in dem Parallelverfahren Verg 2/22 verwiesen werden.

28Zudem ist dem Antragsgegner vorzuhalten, dass er das offene Vergabeverfahren über den Betrieb der Testzentren erst am 20. September 2022 eingeleitet hat. Denn es war bereits zuvor absehbar, dass im Fall eines Nachprüfungsverfahrens nach Auslaufen der bisherigen Verträge über den Betrieb der Testzentren im November 2021 eine Interimsvergabe notwendig werden könnte und dass dann Anfang bis Mitte November 2021 nicht genügend Zeit für eine interimsweise Ausschreibung der Leistungen im offenen Verfahren bis Dezember 2021 bleiben würde. Mit einer Verzögerung durch Nachprüfungsverfahren muss der öffentliche Auftraggeber stets rechnen und sie bei seiner Planung berücksichtigen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. März 2015 - 15 Verg 9/14 -, juris Rn. 24; Hirsch/Kaelble, a.a.O., § 14 VgV Rn. 213 m.w.N.). Es wäre daher geboten gewesen, das Vergabeverfahren über den Betrieb der Testzentren ab Dezember 2021 mindestens einen Monat früher einzuleiten.

29Abgesehen davon wäre es nach Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens ab dem 12. November 2021 wegen des absehbaren möglichen Zeitaufwandes für das Verfahren möglich gewesen, jedenfalls die interimsweise Vergabe der optional vorgesehenen Leistungen ab Januar 2022 zum Gegenstand eines regulären Vergabeverfahrens zu machen. Dafür genügt ein Zeitraum von etwa sechs Wochen (BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022 - Verg 7/21 -, juris Rn. 78).

30cc) Zu keinem anderen Ergebnis führt die Auffassung, eine Dringlichkeitsvergabe könne bei Beschaffungen im Bereich der Daseinsvorsorge, worum es sich vorliegend zweifellos handelt, auch dann rechtmäßig sein, wenn Umstände, die zur äußerten Dringlichkeit geführt haben, dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen sind (so etwa OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 11 Verg 15/13 -, juris Rn. 50; OLG Rostock, Beschluss vom 9. Dezember 2020 - 17 Verg 4/20 -, juris Rn. 84; Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 14 VgV Rn. 64 m.w.N.).

31(1) Dies ist nicht nur mit den klaren und eindeutigen Wortlaut des § 14 Abs. 4 Nr. 3 Hbs. 2 VgV nicht vereinbar, sondern es verstößt auch gegen die dieser Regelung zugrunde

liegende Vorschrift in Art. 31 Abs. 2 lit. c) S. 2 RL 2014/24/EU ("Die angeführten Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein."). Der zur Rechtfertigung herangezogene Umstand, in derartigen Fällen trete der Aspekt der Zurechenbarkeit und Vorhersehbarkeit hinter die Notwendigkeit der Kontinuität der Versorgungsleistung zurück, erlaubt nicht die Feststellung, dass die ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV erfolgte Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergaberechtmäßig sei (kritisch auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. März 2015 - 15 Verg 9/14 -, juris Rn. 25). Vielmehr erscheint allenfalls vertretbar, auf der Rechtsfolgenseite § 135 Abs. 1 GWB dahin einschränkend auszulegen, dass bei einer unmittelbaren Gefährdung der Versorgungssicherheit im Bereich der Daseinsvorsorge, trotz der nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV bestehenden Vergaberechtswidrigkeit der Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zur Gewährleistung der Kontinuität der Versorgungsleistung von der Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages abgesehen wird. Auch wenn insoweit dann die Unwirksamkeit des Vertrages nicht festzustellen ist, hindert dies nicht die Feststellung, dass der Vertrag vergaberechtswidrig unter Verstoß gegen § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV zustande gekommen ist.

32 Die Rechtslage ähnelt insoweit strukturell der bei der Aufhebung von Vergabeverfahren nach § 63 VgV, wo ebenfalls zwischen der rechtswidrigen, aber wirksamen und der unwirksamen Aufhebung zu unterscheiden ist (vgl. dazu Herrmann in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 63 VgV Rn. 24 ff.). Hier wie dort ist allerdings zweifelhaft, ob die Vergaberechtswidrigkeit entsprechend § 168 Abs. 2 S. 2 GWB festgestellt werden kann, wenn sich das Vergabeverfahren bereits vor Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens erledigt hatte (so BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022 - Verg 7/21 -, juris Rn. 100 ff.).

33(2) Die Frage kann indes vorliegend letztlich dahingestellt bleiben. Denn auch bei einer Nichtanwendung des § 14 Abs. 4 Nr. 3 Hbs. 2 VgV bei Dringlichkeitsvergaben im Bereich der Daseinsvorsorge, die der öffentliche Auftraggeber zu vertreten hat, ist jedenfalls erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber ein Mindestmaß an Wettbewerb nach Maßgabe des § 17 Abs. 5 VgV im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt hat, indem er zumindest drei Vergleichsangebote einholt (OLG Rostock, Beschluss vom 9. Dezember 2020 - 17 Verg 4/20 -, juris Rn. 85; BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022 - Verg 7/21 -, juris Rn. 89, 96). Daran fehlt es hier aber. Im Übrigen besteht keine Dringlichkeitslage im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV und ist die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auch im Bereich der Daseinsvorsorge unstreitig vergaberechtswidrig, wenn und soweit eine Einhaltung der Mindestfristen für eine öffentliche Ausschreibung einzuhalten gewesen wäre, was hier jedenfalls für den Zeitraum ab Januar 2022 der Fall gewesen ist.

343. Die von dem Antragsgegner gegen die Beschlüsse der Vergabekammer vom 20. und 23. Dezember 2021 über verfahrenssichernde Anordnungen nach § 169 Abs. 3 S. 1 GWB gerichteten Anträge waren als unzulässig zu verwerfen. Für eine Aufhebung der Beschlüsse fehlt dem Antragsgegner das erforderliche allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, weil sich die von der Vergabekammer mit ihren Beschlüssen vom 20. und 23. Dezember 2021 angeordneten Maßnahmen (keine Ausführung der Interimsvergabe im Januar 2022) durch Zeitablauf erledigt haben.

35 Soweit der Antragsgegner die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Beschlüsse beantragt, ist ein solcher Antrag unstatthaft. Auch aus § 169 Abs. 3 S. 3 GWB, wonach

Anordnungen der Vergabekammer nach § 169 Abs. 3 S. 1 GWB nicht selbständige angefochten werden können, folgt nicht etwa im Umkehrschluss, dass sie stets mit der Hauptsacheentscheidung angefochten werden könnten, sondern nach allgemeinen Grundsätzen nur, soweit überhaupt noch eine Beschwer bestehet, woran es vorliegend fehlt. Als Rechtsgrundlage für die beantragte Feststellung käme allein § 168 Abs. 2 S. 2 GWB in Betracht, der sich aber nur auf die Rechtswidrigkeit von Maßnahmen des öffentlichen Auftraggebers bezieht und nicht auf Maßnahmen der Vergabekammer; für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift besteht weder ein Bedürfnis noch liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung vor.

III.

361. Dem Antragsgegner waren gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 S. 2 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, weil er mit seiner sofortigen Beschwerde unterlegen war. Auch soweit sich das Vergabeverfahren und insoweit auch das Nachprüfungsverfahren mit den ursprünglichen Anträgen der Antragstellerin erledigt hat, entsprach es dem insoweit gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 S. 1 GWB maßgeblichen billigen Ermessen, dem Antragsgegner mit den Kosten zu belasten, weil er auch insoweit wie bereits vor der Vergabekammer unterlegen gewesen wäre.

37Eine Beteiligung der Antragstellerin an den Kosten des Beschwerdeverfahrens entsprach vorliegend auch insoweit nicht billigem Ermessen als sie einen Teil ihrer Anträge zurückgenommen hat. Der ohnehin erledigte Antrag, den Vertrag über die Interimsvergabe für unwirksam zu erklären, ging in dem Antrag auf Zurückweisung der sofortigen Beschwerde auf, weil die Vergabekammer die Unwirksamkeit des Vertrages festgestellt hatte. Die von der Antragstellerin zuletzt nicht mehr weiter verfolgte Vorlage des Verfahrens an den EuGH war von dem Senat als nach Art. 267 AEUV gegebenenfalls zur Vorlage verpflichteter letzter Instanz des Vergabenachprüfungsverfahrens ohnehin von Amts wegen zu prüfen, so dass es sich insoweit nur um eine bloße Anregung gehandelt hat.

38Die Beigeladene hat sich am Beschwerdeverfahren weder schriftsätzlich noch mit Anträgen beteiligt, weswegen sie als passive Beteiligte weder zu ihren Gunsten noch zu ihrem Nachteil an den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu beteiligen war (vgl. nur Mockel in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 175 Rn. 76 ff. m.w.N.).

392. Der Antrag des Antragsgegners auf Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes im Nachprüfungsverfahren geht ins Leere und bedurfte keiner Bescheidung, da dem Antragsgegner keine Kosten zu erstatten sind.

403. Der Streitwert beläuft sich auf 167.000 Euro. Anzusetzen sind nach § 50 Abs. 2 GKG fünf Prozent des Bruttoauftragswertes, wobei grundsätzlich das Angebot des Antragstellers maßgeblich ist. Da ein solches hier nicht vorliegt, ist auf den von dem öffentlichen Auftraggeber geschätzten Auftragswert von 3.345.237,56 Euro einschließlich der Verlängerungsoption für Januar 2022 abzustellen. Der auf die Option entfallende Auftragswert war voll zu berücksichtigen, weil der Antragsgegner in diesem Zeitraum tatsächlich die Testzentren über einen weiteren interimsweise erteilten Auftrag betrieben hat, also die Option voraussichtlich ausgeübt hätte, wenn ihm die Vergabekammer dies nicht in dem vorliegenden Vergabeverfahren mit Beschluss vom 23. Dezember 2021 untersagt hätte.

Zitievorschlag:

KG Beschl. v. 10.5.2022 – Verg 1/22, BeckRS 2022, 10127