

Fundstellen: **IBR 2022, 418; VPR 2022, 105**

KG

Beschluss

vom 10.05.2022

Verg 2/22

GWB § 122 Abs. 4 Satz 2, § 168 Abs. 2 Satz 2, § 169 Abs. 1, § 178 Abs. 3; VgV § 48 Abs. 1, § 57 Abs. 1

**1. Maßgeblich für die Eignungsprüfung nach § 57 Abs. 1 VgV sind alleine die in der Auftragsbekanntmachung festgelegten Eignungskriterien und die dort für ihren Beleg geforderten Nachweise (§ 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, § 48 Abs. 1 VgV). Gefordert werden kann danach nur, was sich der Ausschreibung nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB) nach dem Empfängerhorizont der angesprochenen Unternehmen entnehmen lässt.)\***

**2. Die vergaberechtswidrige Erteilung eines Interimsauftrag über Leistungen, die Gegenstand eines Vergabeverfahrens sind, zu dem ein Vergabenachprüfungsverfahren anhängig ist, stellt einen Verstoß gegen das Zuschlagsverbot aus § 169 Abs. 1 GWB dar und kann in dem laufenden Nachprüfungsverfahren gerügt werden. Erledigt sich das Vergabeverfahren, das Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens war, ist die Verletzung des Zuschlagsverbotes durch die vergaberechtswidrige Interimsvergabe auf Antrag eines Beteiligten nach Maßgabe der § 168 Abs. 2 Satz 2, § 178 Satz 3 GWB festzustellen.)\***

KG, Beschluss vom 10.05.2022 - Verg 2/22

vorhergehend:

VK Berlin, Beschluss vom 18.01.2022 - **VK B 1-43/21**

VK Berlin, 18.01.2022 - **VK B 1-4/22**

## 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 B 1-43/21** - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich Ziffer 1 dieses Beschlusses erledigt hat.

Es wird festgestellt,

1. dass die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebotes in den Losen 1 und 2 des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt wurde,

2. dass der am ### zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden

Dienstleistungen" (für Dezember 2021), angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABI. ### vom ###, unter Missachtung des Vergaberechts zustande gekommen ist und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist,

3. dass der am ### zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen für Januar 2022", angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABI. ### vom ###, unter Missachtung des Vergaberechts zustande gekommen ist und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist,

4. dass der am ### zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen für Februar 2022", angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABI. ### vom ###, unter Missachtung des Vergaberechts zustande gekommen ist und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist.

Der Antrag der Antragstellerin auf Einsicht in die Vergabeakten wird zurückgewiesen.

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 183.000 Euro festgesetzt.

## **Gründe**

I.

In dem Vergabeverfahren, auf die sich das vorliegende Nachprüfungsverfahren bezieht, schrieb der Antragsgegner mit europaweiter Bekanntmachung vom 20. September 2021 zwei Aufträge über die Einrichtung und den Betrieb von jeweils sechs Corona-Testzentren in Berlin für den Monat Dezember 2021 mit drei jeweils einmonatigen Verlängerungsoptionen bis März 2022 aus (bekannt gemacht im EU-Abl. ### vom ###).

Die Antragstellerin gab für beide Aufträge fristgerecht Angebote ab.

Mit Schreiben vom 3. November 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihre Angebote nicht berücksichtigt werden könnten, da die von ihr vorgelegten Referenzen nicht die geforderten Voraussetzungen erfüllten, und dass der Beigeladenen für beide Aufträge der Zuschlag erteilt werden solle.

Gegen ihren Ausschluss und die beabsichtigte Vergabe der Aufträge an die Beigeladene erhob die Antragstellerin vergaberechtliche Einwendungen, denen der Antragsgegner nicht abhalf und die die Antragstellerin mit ihrem am 12. November 2021 bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsantrag weiter verfolgt.

Am ### hat der Antragsgegner die Beigeladene ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung für den Monat Dezember 2021 mit einer einmonatigen Verlängerungsoption mit dem Betrieb von jeweils zwölf Corona-Testzentren beauftragt. Die Verlängerungsoption hat der Antragsgegner am 16. Dezember 2021 ausgeübt. Gegen diese vom Antragsgegner als Interimsvergabe angesehene Auftragserteilung hat sich die Antragstellerin mit einem gesonderten Nachprüfungsantrag gewandt.

Die Vergabekammer hat dem Antragsgegner in diesem Nachprüfungsverfahren (**VK-B1-52/21**) mit Beschluss vom 23. Dezember 2021 untersagt, die vergebenen Aufträge über den 31. Dezember 2021 hinaus auszuführen. Der Antragsgegner hat die Beigeladene ohne öffentliche Ausschreibung nach Einholung von drei Angeboten am ### für den Januar 2022 mit einer einmonatigen Verlängerungsoption mit dem Betrieb der Corona-Testzentren beauftragt. Hiergegen hat sich die Antragstellerin mit einem weiteren Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer gewandt (**VK B 1-4/22**).

Die Vergabekammer hat den Anträgen der Antragstellerin in dem vorliegenden Nachprüfungsverfahren mit Beschluss vom 18. Januar 2022 entsprochen und das Verfahren in den Stand der Angebotswertung zurückversetzt verbunden mit der Verpflichtung des Antragsgegners, die Angebotswertung unter Einschluss des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen. 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 B 1-43/21** -). In dem zu der Interimsvergabe vom ### geführten Vergabeverfahren hat die Vergabekammer mit Beschluss vom selben Tag festgestellt, dass die insoweit erteilten Aufträge unwirksam seien (VK Berlin, Beschluss vom 18. Januar 2022 - **VK-B 1-52/21** -).

Am ### hat der Antragsgegner die Beigeladene ohne öffentliche Ausschreibung nach Einholung von drei Angeboten mit dem Betrieb der zwölf Corona-Testzentren für den Monat Februar 2022 mit einer einmonatigen Verlängerungsoption beauftragt.

Gegen 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; gegen die Entscheidung der Vergabekammer zur Interimsvergabe vom ### ist das Beschwerdeverfahren **Verg 1/22** beim Senat anhängig.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 25. April 2022 hat die Antragstellerin ihre auf die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens gerichteten Anträge sowie ihre auf die Sicherung des Verfahrens gerichteten Anträge vom 8. Dezember 2021 und 9. März 2022 gegen die Interimsvergaben nach § 169 Abs. 3 GWB in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Antragsgegner und die Beigeladene haben sich diesen Erledigungserklärungen angeschlossen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer vom 18. Januar 2022 aufzuheben,
2. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 12. November 2021 mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 17. März 2022 angekündigten Feststellungsanträge zurückgewiesen werden,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für notwendig zu erklären,
4. 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.

Die 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. ihr umfassend Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren, insbesondere in die Eignungs- und Angebotsprüfung der Antragstellerin und Beigeladenen,
3. festzustellen, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebotes in den Losen 1 und 2 des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt wurde,
4. festzustellen, dass der am #### zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen", angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABl. #### vom ####, unter Missachtung des Vergaberechts zustande gekommen ist und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist,
5. festzustellen, dass der am #### zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen für Januar 2022", angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABl. #### vom ####, unter Missachtung des Vergaberechts zustande gekommen ist und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist,
6. festzustellen, dass der #### zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag "Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen für Februar 2022", angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABl. #### vom ####, unter Missachtung des Vergaberechts zustande gekommen ist und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist.

Weitere Anträge festzustellen, dass die ihrem Angebot beigefügten Referenzen den bekannt gemachten Eignungsvorgaben entsprachen und dass sie durch die rechtsfehlerhafte Eignungsprüfung der Beigeladenen in ihren Rechten verletzt worden sei (Anträge zu 1. und 3. aus ihrem Schriftsatz vom 9. Februar 2022) hat die Antragstellerin ebenso zurückgenommen wie die zunächst zu den Anträgen 4. bis 6. gestellten Hauptanträge, die dort genannten Verträge für unwirksam zu erklären (Hauptanträge zu 3. bis 6. aus dem Schriftsatz vom 17. März 2022).

Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt.

II.

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, soweit nach Erledigung des Vergabeverfahrens über sie in Gestalt der im Beschwerdeverfahren von der Antragstellerin gestellten Feststellungsanträge noch zu entscheiden war. Denn die im Nachprüfungsverfahren nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB von der Antragstellerin weiter verfolgten Feststellungsanträge sind zulässig und begründet. Das gilt sowohl für den auf die Vergaberechtswidrigkeit ihres Ausschlusses im Vergabeverfahren gerichteten Antrag zu 3. (1) wie auch für die auf die Verletzung ihrer Rechte durch die vergaberechtswidrige Vergabe von Interimsaufträgen gerichteten Anträge zu 4. bis 6. (2).

1. Es war festzustellen, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebotes in den Losen

1 und 2 des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt worden ist.

a) Der Antrag zu 3. ist nach § 179 S. 3 und 4 GWB in Verbindung mit § 168 Abs. 2 GWB statthaft und auch sonst zulässig.

aa) Nach § 179 S. 3 GWB 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 -; Steck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 178 GWB Rn. 16; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juli 2009 - Verg 18/09 -).

bb) Nach diesen Vorgaben ist der auf die ursprüngliche Ausschreibung bezogene Antrag zu 3. nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB statthaft. Das Vergabeverfahren hat sich nach Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens am 12. November 2021 mit Ablauf des März 2022 durch Zeitablauf erledigt. Die ausgeschriebenen Aufträge zum Betrieb von jeweils sechs Testzentren im Dezember 2021 und optional den Monaten Januar bis März 2022 können wegen Zeitablaufs nicht mehr vergeben werden. Das erforderliche Feststellungsinteresse der Antragstellerin folgt jedenfalls daraus, dass Schadensersatzansprüche denkbar erscheinen, wenn die mit dem ursprünglichen Nachprüfungsantrag gerügten vergaberechtlichen Verstöße vorliegen sollten. Soweit feststellbar sein sollte, dass der Antragsgegner sie um den Zuschlag gebracht haben sollte, käme ein Ersatz des positiven Interesses in Betracht; jedenfalls sind Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses, nämlich insbesondere auf Ersatz ihres gegebenenfalls nutzlosen Aufwandes für die Teilnahme am Vergabeverfahren, denkbar (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 - XIII ZR 19/19 -, Rn. 22, 26).

b) Der Feststellungsantrag zu 3. ist auch begründet. Der Antragsgegner hat, wie bereits die Vergabekammer zutreffend erkannt hat, die Antragstellerin durch den Ausschluss ihrer Angebote zu den Losen 1 und 2 der Ausschreibung vom 20. September 2021 in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt, weil für einen Ausschluss entgegen der Auffassung des Antragsgegners die Voraussetzungen aus § 57 Abs. 1 VgV nicht vorlagen.

aa) Nach § 57 Abs. 1 VgV werden von der Wertung Angebote von Unternehmen ausgeschlossen, die die Eignungskriterien nicht erfüllen, insbesondere auch solche, die die geforderten Nachweise nicht enthalten (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV). Maßgeblich sind insoweit allein die in der Auftragsbekanntmachung festgelegten Eignungskriterien und Nachweise. Das folgt für die Eignungskriterien aus § 122 Abs. 4 S. 2 GWB und für die Nachweise aus § 48 Abs. 1 VgV. Gefordert werden kann danach allein, was sich der Ausschreibung nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB) aus Sicht der angesprochenen Unternehmen entnehmen lässt.

bb) Anders als der Antragsgegner meint, hat die Antragstellerin nach diesen Vorgaben vorliegend die von ihm aufgestellten Eignungskriterien bezüglich der für die eine vorhergehende Beauftragung beizubringenden Referenzen erfüllt, so dass der auf die angeblich fehlende Eignung der Antragstellerin gestützte Ausschluss ihrer Angebote vergaberechtswidrig war. In der Auftragsbekanntmachung waren "Referenzen gemäß Vordruck über 2 vergleichbare Aufträge" gefordert. Selbst wenn man die Angaben in dem Vordruck zu den zwei vergleichbaren Referenzen berücksichtigt, was an sich unzulässig ist, weil diese Vorgaben eben nicht in der Auftragsbekanntmachung enthalten sind, hat die Antragstellerin die danach bestehenden Anforderungen erfüllt. Allein streitig sind insoweit die Anforderungen nach Nr. 1 des Vordrucks.

Danach waren mindestens zwei vergleichbare Referenzen für den gleichzeitigen Betrieb von mindestens sechs stationären Teststationen mit einer Kapazität von täglich mindestens 500 Tests einzureichen. Dass die Antragstellerin mit den von ihr benannten Referenzen die quantitativen Vorgaben erfüllt hat, ist unstrittig. Sie hat zu den in den beiden Losen ausgeschriebenen Aufträgen jeweils mehr als zwei Referenzen für den Betrieb von mindestens sechs Teststellen mit einer Kapazität von täglich mindestens 500 Tests vorgewiesen. Die von den Beteiligten und der Vergabekammer erörterte Frage, ob die Referenzen den Anforderungen von Eignungsnachweisen nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV nach entspricht, ist unerheblich, weil sich weder der allein maßgeblichen Auftragsbekanntmachung noch dem Vordruck besondere Anforderungen an die Referenzen ergaben. Deswegen war es ausreichend, dass die Antragstellerin sich auf die Zulassung für den Betrieb von Teststellen durch die Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung des Antragsgegners bezogen hat. Weder dem Begriff der Referenz noch sonstigen in der Auftragsbekanntmachung und dem Vordruck genannten Vorgaben lässt sich entnehmen, dass die in der Referenz aufgeführten Leistungen Gegenstand eines zivilrechtlichen Vertrags hätten sein müssen und dass nicht eine untechnische Beauftragung mit der Erbringung entsprechender Leistungen wie sie hier durch die Zertifizierung als Teststelle erfolgt ist genügen würde. Die Tätigkeit der Antragstellerin im Rahmen der ihr von dem Antragsgegner erteilten Zertifikate ist auch ohne weiteres vergleichbar mit der ausgeschriebenen Tätigkeit. Der alleinige, aber für die Eignung zur Erbringung der Leistung unerhebliche Unterschied ist die rechtliche Konstruktion für die Tätigkeit. Dass die Antragstellerin auch bei dem Betrieb der Teststellen einer Vielzahl von rechtlichen Bindungen gegenüber dem Antragsgegner ausgesetzt war und in einem untechnischen Sinn nach eigenen Schreiben der Antragsgegners mit dem Betrieb der Teststellen "beauftragt" war, hat die Vergabekammer zutreffend und eingehend in dem angefochtenen Beschluss (Seiten 9 f. der Beschlussabschrift) ausgeführt, worauf der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen verweist.

Die von dem Antragsgegner hiergegen nochmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 25. April 2022 vorgebrachten Argumente gehen fehl. Unzutreffend ist die Annahme, § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV und die ihm zugrunde liegende Bestimmung in der Richtlinie 2014/24/EU (dort Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2 sowie Anhang XII Ziffer II a)) enthalte eine Legaldefinition des Begriffs der Referenzen. Dies ist nicht der Fall. Vielmehr wird der Begriff in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV vorausgesetzt und auf bestimmte Inhalte bezogen, nämlich auf "früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge", und werden formale Vorgaben gemacht, nämlich die, dass die Liefer- und Dienstleistungsaufträge "in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Dienstleistungen mit Angabe des Wertes, des Liefer- beziehungsweise Erbringungszeitpunktes sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers" darzulegen sind. Ohne die einschränkenden Vorgaben des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, die im Übrigen in der umgesetzten Regelung in Anhang XII Ziffer II a) der Richtlinie 2014/24/EU gerade nicht enthalten sind, kann eine Referenz aber auch auf einen bestimmten Leistungsgegenstand und den Umstand, dass bestimmte Leistungen nachweislich erbracht worden sind, bezogen sein. Dass der Antragsgegner die in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV vorgenommene Ausrichtung der Referenzen auf "Liefer- und Dienstleistungsaufträge" im Sinne dieser Vorschrift verengen wollte, hat weder in der Auftragsbekanntmachung noch in dem mit ihr in Bezug genommenen Vordruck Ausdruck gefunden. Dass für den Antragsgegner klar gewesen sein mag, was gemeint war, bedeutet nicht, dass es für die an der Ausschreibung sich beteiligenden Unternehmen klar gewesen sein muss. Maßgeblich ist der Empfängerhorizont der an dem ausgeschriebenen Auftrag potentiell interessierten Unternehmen (§§ 133, 157 BGB), und insoweit kann nicht erwartet werden, dass bestimmte einer Vergabestelle geläufige vermeintlich feststehende vergaberechtliche Begrifflichkeiten von den beteiligten Unternehmen auch so verstanden werden. Die von dem Antragsgegner unter Ziffer III. vorgenommene stichwortartige Umschreibung von Eignungskriterien nimmt jedenfalls nicht Bezug auf die Norm des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV und auf dessen Inhalt nur insoweit, als in der Ausschreibung von Referenzen über "Aufträge" die Rede ist. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners lässt aber auch dies nicht erkennen, dass die erbrachten Leistungen im Rahmen von "Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen"

erbracht sein müssten. Vielmehr entsteht in Verbindung mit dem in Bezug genommenen Vordruck, wie bereits ausgeführt, der Eindruck, dass es maßgeblich auf die tatsächliche Erbringung der in dem Vordruck genannten Leistungen ankommen soll. Dies ist auch naheliegend, weil entgegen dem Vorbringen des Antragsgegners die vermeintlichen Unterschiede in der Eignung, die sich daraus ergeben sollen, ob die im Vordruck unter Ziffer 1 genannten Testleistungen im Rahmen eines "Liefer- und Dienstleistungsauftrages" im Sinne des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV oder im Rahmen eines von dem Antragsgegner zertifizierten Betriebs von Teststellen erbracht worden sind, nicht nachvollziehbar sind. Unerörtert kann danach die Frage bleiben, ob der Antragsgegner mit dem Abstellen auf Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im förmlichen Sinn ohnehin den Wettbewerb in nicht mehr vergabekonformer Weise eingeschränkt hat, indem er Unternehmen wie das der Antragstellerin, die ihre Fähigkeit zur Erbringung von Testleistungen durch den Betrieb zahlreicher Teststellen mit der geforderten Anzahl von Testungen belegt haben, in sachwidriger Weise, also ohne dass es vom Auftragsgegenstand her gerechtfertigt gewesen wäre (vgl. § 122 Abs. 4 S. 1 GWB), vom Wettbewerb ausgeschlossen hätte. Soweit der Antragsgegner unterstützt von der Beigeladenen schließlich eingewandt hat, die von ihm nach der Ausschreibung allein geforderten Referenzen hätten ihm nicht ermöglicht, die Eignung der Unternehmen hinreichend zu prüfen, wäre dies zum einen unerheblich, weil er weitergehende Anforderungen in der Ausschreibung nicht genügend klar zum Ausdruck gebracht hätte und insbesondere auch nur Eigenerklärungen gefordert hatte. Zum anderen ist es aber auch in der Sache unzutreffend, weil die Angaben zum Betrieb der Teststellen von ihm selbst als zertifizierender Stelle, aber auch durch Anfragen bei der Kassenärztlichen Vereinigung, gegenüber denen die Leistungen der Teststellen abzurechnen waren, verifiziert werden konnten, zumal die Kassenärztliche Vereinigung stichprobenartig gezielte vertiefte Prüfungen der ordnungsgemäßen Durchführung und Abrechnung der Testungen durchzuführen hat, § 7a Abs. 2 Satz 1 der Coronavirus-Testverordnung - TestV in der hier maßgeblichen Fassung vom 21. September 2021. In jedem Fall konnte er sich die Angaben der Unternehmen gemäß § 48 Abs. 7 VgV erläutern lassen und war nach § 56 Abs. 1 GWB berechtigt, die Angaben auf Vollständigkeit und Richtigkeit zu prüfen.

2. Auch die auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Interimsvergaben des Antragsgegners vom ###, ### und ### gerichteten Anträge zu 3., 4. und 6. haben Erfolg.

a) Diese Feststellungsanträge sind gemäß § 179 S. 3 GWB in Verbindung mit § 168 Abs. 2 S. 2 GWB statthaft und auch im Übrigen zulässig.

aa) Nach § 179 S. 3 GWB stellt das Beschwerdegericht auf Antrag fest, ob das Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt hat, durch den Auftraggeber in seinen Rechten verletzt ist. Wie bereits ausgeführt (II. 1. a) aa)), setzt dies nach der gemäß § 178 S. 4 GWB entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB voraus, dass sich das Nachprüfungsverfahren wie hier nach Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens erledigt hat, dass eine Verletzung von Rechten des antragstellenden Unternehmens in dem erledigten Vergabeverfahren behauptet ist und dass ein Feststellungsinteresse besteht.

bb) Die danach bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Feststellungsanträge der Antragstellerin sind vorliegend erfüllt.

(1) Die Antragstellerin macht die Verletzung von Rechten in den erledigten Vergabeverfahren geltend. Sie beanstandet, dass der Antragsgegner wiederholt vergaberechtswidrig Interimsaufträge über Leistungen erteilt habe, die Gegenstand der zu den Losen 1 und 2 am 20. September 2021 ausgeschriebenen Aufträge hätten sein sollen. Darin läge ein Verstoß gegen das Zuschlagsverbot aus § 169 Abs. 1 GWB während des laufenden Nachprüfungsverfahrens und zugleich eine, bezogen auf die ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen, nach § 135 Abs. 1 GWB unzulässige Direktvergabe dieser Leistungen (vgl. Herrmann in:

Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § **169** GWB Rn. 6). Anders als bei den ursprünglich von der Antragstellerin zu ihren Anträgen zu 4. bis 6. gestellten Hauptanträgen, die auf die Ungültigerklärung der Aufträge in den Interimsvergaben zielten, beziehen sich die Feststellungsanträge, verständlich ausgelegt, auf die von der Antragstellerin im vorliegenden Nachprüfungsverfahren und im ursprünglichen Vergabeverfahren über als Lose 1 und 2 ausgeschriebenen Aufträge. Deswegen ist der Verstoß gegen das Zuschlagsverbot als eine Rechtsverletzung in dem hiesigen Nachprüfungsverfahren, nicht aber in einem allein die Interimsvergabe beanstandenden Verfahren geltend zu machen.

(2) Auch das notwendige Feststellungsinteresse liegt vor. Die Frage, ob der Antragsgegner durch die Interimsvergaben gegen das Zuschlagsverbot aus § **169** Abs. 1 GWB verstoßen hat, kann Bedeutung für das Bestehen etwaiger Schadensersatzansprüche haben. Solche kommen, wie bereits ausgeführt (oben II. 1. a) bb)), vorliegend in Betracht. Der Antragsgegner könnte insoweit zur Abwehr etwaiger Schadensersatzansprüche beispielsweise ausführen, die Interimsvergaben seien rechtmäßig erfolgt. Im Übrigen kann ein Feststellungsinteresse auch dann bestehen, wenn die Feststellung zur Rehabilitation eines an der Ausschreibung teilnehmenden Unternehmens erforderlich ist, weil der angegriffenen Verfahrensweise ein diskriminierender Charakter zukommt (Steck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § **168** GWB Rn. 41a). Dies wäre hier jedenfalls für die Vergaben vom ### und ### anzunehmen, weil der Antragsgegner trotz entsprechender Entscheidungen der Vergabekammer, wonach der Ausschluss der Antragstellerin in dem ursprünglichen Vergabeverfahren ebenso vergaberechtswidrig war wie die Interimsvergabe vom ###, sein vergaberechtswidriges Verhalten fortgesetzt hätte, anstatt die interimswise zu vergebenden Leistungen nochmals ordnungsgemäß öffentlich auszuschreiben.

b) Die Feststellungsanträge zu 4., 5. und 6. sind auch begründet. Denn der Antragsgegner hat durch die Vergabe der Aufträge vom ###, ### und ### gegen das in dem vorliegenden Nachprüfungsverfahren nach § **169** Abs. 1 GWB bestehende Zuschlagsverbot verstoßen. Denn mit diesen Interimsvergaben hat der Antragsgegner sukzessiv die Leistungen vergeben, die Gegenstand der mit der Ausschreibung vom ### eingeleiteten Vergabeverfahrens waren, ohne dass dies in den von ihm durchgeführten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergaberechtlich zulässig gewesen wäre.

aa) Der öffentliche Auftraggeber kann Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § **14** Abs. 4 VgV und unter Einhaltung der nach § **17** VgV hierfür weiter bestehenden Vorgaben vergeben. Nach dem vorliegend allein in Betracht kommenden Tatbestand des § **14** Abs. 4 Nr. 3 VgV ist eine solche Vergabe zulässig, 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. Ist eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb danach grundsätzlich zulässig, erfolgt gemäß § **17** Abs. 5 VgV keine öffentliche Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, sondern unmittelbar eine Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten an die vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Unternehmen. Dies erfordert auch unter Berücksichtigung der im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § **51** Abs. 2 S. 1 VgV für den Zuschlag erforderlichen Mindestanzahl von Angeboten die Einholung von zumindest drei Angeboten (BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022 - Verg 7/21 m.w.N.).

bb) Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Vergabekammer in dem die erste Interimsvergabe vom ### betreffenden Nachprüfungsverfahren (= paralleles Beschwerdeverfahren Verg 1/22) mit zutreffenden Gründen schon deshalb verneint, weil der

Antragsgegner nur die Beigeladene und keine weiteren Interessenten zu den Verhandlungen über die Vergabe des Auftrags zuließ (Beschluss vom 18. Januar 2022 - **VK B 1-52/21** -). Dass keine weiteren Interessenten auffindbar gewesen seien, ist schon deswegen nicht nachvollziehbar, weil der Antragsgegner bei den beiden nachfolgenden Interimsvergaben in der Lage war, die erforderliche Mindestanzahl von Angeboten einzuholen. Im Übrigen ist sein Sachvortrag, es hätten sich keine anderen Interessenten finden lassen, auch gänzlich unsubstantiiert, weil er nicht darlegt, welche Anstrengungen er hier unternommen haben will.

Darüber hinaus lagen aber weder bei der Interimsvergabe vom ### noch bei den beiden anderen die weiteren Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vor. Den öffentlichen Auftraggeber trifft insoweit die Darlegungs- und Beweislast (Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020. § 14 VgV Rn. 58 m.w.N.). So waren insbesondere die Umstände, mit denen der Antragsgegner die äußerste Dringlichkeit begründen wollte, ihm selbst zuzurechnen. Das ist der Fall, wenn ihn an den Verzögerungen ein Verschulden trifft. 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, wie oben dargelegt (unter II. 1.), der Fall ist. Abgesehen davon wäre es nach Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens ab dem 12. November 2021 wegen des absehbaren möglichen Zeitaufwandes für das Verfahren möglich gewesen, jedenfalls die interimswise Vergabe der Leistungen ab Januar 2022 (das betrifft die beiden Interimsvergaben vom ### und ###) zum Gegenstand eines regulären Vergabeverfahrens zu machen. Dafür genügt ein Zeitraum von etwa sechs Wochen (BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022 - **Verg 7/21** -).

### III.

Das Verfahren war entgegen der in der mündlichen Verhandlung von dem Antragsgegner vertretenen Auffassung weder nach § 179 Abs. 2 S. 1 GWB dem Bundesgerichtshof noch nach Art. 267 AEUV dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Die Voraussetzungen beider Vorschriften (dazu eingehend Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -) liegen offenkundig nicht vor. Weder weicht der Senat von Rechtssätzen des Bundesgerichtshofs oder eines anderen Oberlandesgerichts ab, was eine Vorlage an den Bundesgerichtshof erfordern würde, noch hat er eine unionsrechtlich nicht geklärte rechtliche Fragestellung zu beantworten. Das hat der Antragsgegner auch nicht konkret aufgezeigt, sondern allgemein sein Unverständnis gegenüber der vom Senat geäußerten, ihm ungünstigen Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht. Insoweit verkennt der Antragsgegner, dass den Beteiligten mit den Vorlageverfahren nach § 179 Abs. 2 S. 1 GWB, Art. 267 AEUV keine weitere Instanz zur Verfolgung ihrer Rechtsansichten zur Verfügung gestellt wird, sondern eine Vorlage nur den genannten Zwecken dient. Liegen die Voraussetzungen für die Vorlage nicht vor, ist sie nicht nur unzulässig, sondern würde auch die anderen Verfahrensbeteiligten im Hinblick auf den mit diesen Verfahren verbundenen Kosten- und Zeitaufwand in ihrem Recht auf einen effektiven vergaberechtlichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) beeinträchtigen (vgl. Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** m.w.N.).

### IV.

1. 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.

Eine Beteiligung der Antragstellerin an den Kosten entsprach vorliegend auch insoweit nicht billigem Ermessen, als sie einen Teil ihrer Feststellungsanträge zurückgenommen hat. Mit diesen Anträgen wäre sie zwar voraussichtlich mangels des erforderlichen Feststellungsinteresses (Anträge zu 1. und 3. aus ihrem Schriftsatz vom 17. März 2022) oder, weil sie unstatthaft waren (Hauptanträge zu 4. bis 6. aus ihrem Schriftsatz vom 17. März 2022), unterlegen gewesen. Sie hat sich indes mit den in diesen Anträgen formulierten Rechtsschutzbegehren jeweils durch die übrigen Feststellungsanträge der Sache nach durchgesetzt und die Anträge auf entsprechenden Hinweis auch dazu, dass ihr Rechtsschutzziel bereits durch die anderen Anträge gedeckt sei zurückgenommen, so dass eine Streitige Entscheidung nicht mehr erforderlich war; auch dies lässt es angemessen erscheinen, sie an den ohnehin durch die Anträge nicht erhöhten Kosten nicht zu beteiligen (vgl. § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

Die Beigeladene hat sich nur am Rande wegen des dann auch erledigten Antrags nach § 169 Abs. 3 GWB am Beschwerdeverfahren beteiligt und in der Hauptsache auch keine Anträge gestellt, weswegen sie als passive Beteiligte weder zu ihren Gunsten noch zu ihrem Nachteil an den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu beteiligten war (vgl. nur Mockel in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 175 Rn. 76 ff. m.w.N.).

2. 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.

3. Der Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin war zurückzuweisen. Das Akteneinsichtsrecht nach § 165 GWB ist durch das Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten und die Geheimschutzinteressen der übrigen Verfahrensbeteiligten begrenzt. Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht nur insoweit, als die Akteneinsicht der Wahrung der Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB im Nachprüfungsverfahren dient. Für die Wahrung der von der Antragstellerin hier geltend gemachten Rechte bedurfte es keiner weiteren Einsicht in die Vergabeakten. Soweit sie hier Rechte geltend gemacht hat, war ihr dies in vollem Umfang durch die ihr vorliegenden Unterlagen und Informationen möglich.

4. Der Streitwert beläuft sich auf 183.000 Euro. Anzusetzen sind nach § 50 Abs. 2 GKG fünf Prozent des Bruttoauftragswertes, wobei das Angebot des Antragstellers maßgeblich ist. Hierbei hat der Senat auch den auf die Optionen für die Monate Januar bis März 2022 entfallenden Auftragswert voll berücksichtigt, weil der Antragsgegner in diesem Zeitraum tatsächlich die ausgeschriebenen Testzentren über interimswise erteilte Aufträge betrieben hat, also die Optionen bei Auftragserteilung voraussichtlich ausgeübt hätte.