

Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests – Immobilien Bremen

GWB §§ 135 I Nr. 2, II Nr. 1, 160 III, 168 II, 178 S. 4; VgV § 14 IV Nr. 3

1. Das Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags nach § 135 I GWB entfällt, wenn der dem Auftrag zugrunde liegende Beschaffungsbedarf unumkehrbar in einem solchen Umfang gedeckt ist, dass eine anderweitige Vergabe nicht mehr in Betracht kommt. Auch in diesem Fall ist die Fortsetzung eines in zulässiger Weise eingeleiteten Nachprüfungs- bzw. Beschwerdeverfahrens gem. § 178 S. 4 GWB, § 168 II 2 GWB als Fortsetzungsfeststellungsantrag statthaft.

2. Zwingende, dringliche Gründe, die eine Beschaffung in regulären Vergabeverfahren nicht zulassen, kommen nicht nur bei akuten Gefahren für Leib und Leben in Betracht, sondern auch bei der Gefährdung der Erfüllung anderer dem Staat obliegenden Aufgaben. Insoweit sind die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts einerseits und die vergaberechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines wettbewerblichen und transparenten Vergabeverfahrens andererseits gegeneinander abzuwägen (Anschluss an BayObLG NZBau 2022, 172 – Antigen-Schnelltest).

3. Dem öffentlichen Auftraggeber ist die Dringlichkeit eines Beschaffungsbedarfes zurechenbar – und zugleich der Kausalzusammenhang zwischen unvorhersehbarem Ereignis und Dringlichkeit nicht mehr gegeben –, wenn der Staat unter Berücksichtigung seiner Beschaffungshoheit und Organisationshoheit bei seiner Aufgabenerfüllung einerseits und des Gebotes einer sachgerechten Bedarfsplanung andererseits die Beschaffung eines festgestellten oder offenkundig vorhersehbaren Bedarfes ohne sachlichen Grund hinauszögert.

OLG Bremen, Beschl. v. 1.4.2022 – 2 Verg 1/21

Zum Sachverhalt:

Die Ast. begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit zweier von der Ag. im Dringlichkeitsverfahren vergebenen Aufträge zur Beschaffung von Antigen-Schnelltests.

Die Ast. handelt mit Medizinprodukten. Sie ist eine der Kommanditgesellschaft vergleichbare Handelsgesellschaft in der Rechtsform einer „Komanitní společnost (ks)“ nach tschechischem Recht. Ihre Geschäfte werden von der Gesellschafterin, der S GmbH & Co. KG mit Sitz in (...) geführt; beide Gesellschaften werden von demselben Geschäftsführer, Herrn R S, vertreten.

Die Ag. bedient sich der „X“, einer Anstalt öffentlichen Rechts, als zentraler Vergabestelle ua für die Beschaffung von Hygieneartikeln, die zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie erforderlich sind. Über diese Anstalt beschaffte die Ag. mehrfach erhebliche Mengen von Antigen-Schnelltests. Im Einzelnen vergab die X am 19.3.2021 einen Auftrag zur Lieferung solcher Schnelltests für Einrichtungen des Landes B. und seiner Stadtgemeinden im Umfang von rund 1,6 Mio. EUR. Am 1.4.2021 vergab die Ag. einen weiteren Auftrag zur Lieferung von Antigen-Schnelltests für Kindertageseinrichtungen der Stadtgemeinde B. im Umfang von 800.000 EUR. Mit weiterem Lieferauftrag vom 15.4.2010 beschaffte die Ag. Schnelltests für nicht näher bezeichnete Einrichtungen des Landes und seiner Stadtgemeinden im Umfang von knapp 2.000.000 EUR. Am selben Tag vergab die Ag. einen gleichlautenden Lieferauftrag

im Umfang von rund 1,4 Mio. EUR. Schließlich vergab die Ag. am 26.5.2021 einen weiteren Auftrag zur Lieferung solcher Schnelltests an Einrichtung des Landes und der Stadtgemeinden im Umfang von rund 600.000 EUR. Nach Darstellung der Ag. diente dieser zuletzt genannte Auftrag der Beschaffung von Schnelltests für Kindertagesstätten. Sämtliche dieser Aufträge wurden im Wege der Dringlichkeitsvergabe ohne europaweite Ausschreibung vergeben.

Am 6.4.2021 beschloss der Senat der Freien Hansestadt B. mit Erlass der 24. Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (24. Coronaverordnung, BremGBI. 2021, 117) eine Änderung der bisher geltenden Regelungen zum Zugang zu Bremischen Schulen. Hierzu wurde die Vorschrift des § 17 IV der geltenden Coronaverordnung geändert und mit Wirkung des Inkrafttretens der 24. Coronaverordnung am 17.4.2021 angeordnet, dass Personen der Zutritt zum Schulgelände untersagt ist, soweit sie nicht durch ärztliche Bescheinigung oder durch negativen Schnelltest innerhalb der letzten drei Tage nachweisen, dass bei ihnen keine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht. In § 17 IV 3 der 24. Coronaverordnung wird zudem festgelegt, dass das Zutrittsverbot nur gilt, wenn in den Schulen Schnelltests in hinreichender Zahl vorliegen. Bis zum Inkrafttreten der 24. Coronaverordnung hatte die Ag. zuvor beschaffte Schnelltests den Schülern und Lehrern auf freiwilliger Basis zur Verfügung gestellt. Mit Erlass vom 7.4.2021 ordnete die Bremer Senatorin für Kinder und Bildung auf dieser Grundlage an, dass Schülerinnen und Schüler ab dem 19.4.2021 Schulen in B. und B1. nur dann betreten dürfen, wenn sie sich in regelmäßigen Abständen (alle drei Tage) auf das Virus SARS-Cov-2 testen lassen. Der Bremer Senat beschloss am 18.5.2021, den bereits im August 2020 gebildeten Budgetrahmen (sog. B.-Fonds), aus dem pandemiebedingte Bedarfe der Bedarfsträger an Masken, Desinfektionsmitteln, Luftfiltern, Schnelltests etc. zentral finanziert wurden, um rund 27,9 Mio. EUR aufzustocken. Mit Beschluss vom 28.5.2021 bewilligte der hierfür zuständige Haushalts- und Finanzausschuss der bremischen Bürgerschaft diese Aufstockung.

Nachdem die Schulen der Stadtgemeinden B. und B1. der X am 28.5.2021 eine Einschätzung über den Bedarf an Schnelltests bis zum Beginn der Schulsommerferien, der auf den 22.7.2021 fiel, mitgeteilt hatten, forderte die X mit E-Mail-Nachricht vom 2.6.2021 insgesamt neun verschiedene Unternehmen ohne vorherige Ausschreibung und Durchführung eines Teilnehmerwettbewerbs zur Abgabe von Angeboten über die Lieferung von rund 1.000.000 Antigen-Selbsttests für die Schulen der Stadtgemeinde B. und über die Lieferung weiterer 216.000 Antigen-Schnelltests für die Schulen der Stadtgemeinde B1. bis zum 4.6.2021 auf. Die Auslieferung sollte ab dem 9.6.2021 beginnen. Eine der Aufforderungen richtete die Ag. an die E-Mail-Adresse „s (...)@ (...)“. Unter Verwendung dieser und einer weiteren deutschen E-Mail-Anschrift gab auch die Ast. Angebote auf die beiden Vergabeverfahren ab. Die Ag. vergab die Aufträge am 4.6.2021 an die Beigel. Mit E-Mail vom selben Tag fragte der Geschäftsführer der Ast. nach, weshalb sich die Ag. offenbar für einen anderen Lieferanten entschieden habe. Die Ag. teilte ihm daraufhin mit E-Mail-Nachricht noch vom 4.6.2021 mit, dass sich die Schulen aufgrund des Produktes für einen anderen Anbieter entschieden hätten. Die Ast. rügte mit Schreiben vom 8.6.2021 die Durchführung von Dringlichkeitsvergaben in den hier Streitgegenständlichen Vergabeverfahren. Die Ag. übermittelte der Ast. daraufhin mit E-Mail vom selben Tag die Mitteilung, dass die Angebote der Ag. gem. § 134 GWB nicht berücksichtigt und von der Wertung ausgeschlossen worden sein und dass die Ag. beabsichtige, den Zuschlag am 4.6.2021 auf die Angebote der Beigel. zu 1 und 2 zu erteilen. Am 11.6.2021 veröffentlichte die Ag. schließlich eine Ex-Post-Bekanntmachung im Amtsblatt

über die Vergaben mit den Vergabebekanntmachungen 2021/S. 112-292499 und 2021/S. 112-292500.

Mit Schreiben vom 8.7.2021, eingegangen bei der VK am selben Tag, stellte die Ast. einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, die Unwirksamkeit der Auftragsvergaben festzustellen und der Ag. aufzugeben, die

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests –
Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

549

Aufträge zur Lieferung von Schnelltests in einem wettbewerblichen Verfahren neu zu vergeben. Sie beanstandete insbesondere die Wahl des Vergabeverfahrens im Wege der Dringlichkeitsvergabe. Die Ag. habe bereits seit Anfang April 2021 zumindest fünf weitere Dringlichkeitsvergaben für die Lieferung von Schnelltests durchgeführt, bei denen Tests im Wert von mehr als 6.000.000 EUR beschafft worden seien. Es sei aber nicht nachgewiesen, dass diese Tests bereits verbraucht gewesen seien, so dass ein dringender Bedarf Anfang Juni 2021 nicht belegt sei. Im Übrigen habe die Ag. eine etwaige Dringlichkeit der Vergaben selbst zu vertreten, weil sie trotz Erkennbarkeit des Bedarfs spätestens ab März 2021 ein Vergabeverfahren erst am 2.6.2021 begonnen habe. Bei sachgerechter Bestandsüberwachung der Schnelltests und rechtzeitiger Bedarfsabfrage hätte die Ag. einen etwaigen zum 9.6.2021 bestehenden Bedarf auch im Wege regulärer Vergabeverfahren befriedigen können. Die hier tatsächlich praktizierte kettenweise Vergabe von Lieferaufträgen sei offenkundig unzulässig.

Die VK Bremen (17.9.2021 – 16-VK 2/21) wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Der Antrag sei zulässig, jedoch unbegründet, da die Voraussetzungen einer Dringlichkeitsvergabe gem. § 14 IV Nr. 3 VgV vorgelegen hätten. Die SARS-CoV-2-Pandemie sei als unvorhersehbares Ereignis in diesem Sinne anerkannt. Zwar habe diese Pandemie im Zeitpunkt der Beschaffung bereits so lange bestanden, dass die öffentliche Verwaltung grundsätzlich in der Lage gewesen sei, sich auf die Beschaffung von Gütern und Leistungen zu ihrer Bekämpfung einzustellen. Deren Erforderlichkeit sei für sich genommen im Juni 2021 nicht mehr unvorhersehbar gewesen. Maßgeblich sei jedoch, dass der tatsächliche Bedarf an Selbsttests im konkreten Zeitpunkt und die dem Bedarf zugrunde liegenden sachlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen Ereignisse gewesen seien, welche unvorhersehbar gewesen seien und auch die Dringlichkeit der Beschaffung verursacht hätten.

Der hier zugrunde liegende Bedarf an Selbsttests sei auch nicht schon bereits Anfang des Jahres 2021 vorhersehbar gewesen. Seinerzeit sei nicht absehbar gewesen, welches Hygienekonzept im weiteren Verlauf des Frühjahrs für den Schulbesuch von der Politik als notwendig erachtet werden würde und wie sich das Infektionsgeschehen entwickeln werde. Die erste Zulassung eines Laientests, die am 24.2.2021 erfolgt sei, sei ebenso wenig geeignet, den konkreten Bedarf aufzuzeigen. Auch der Zeitpunkt des Abschlusses eines ersten Liefervertrags über Selbsttests am 19.3.2021 sei nicht maßgeblich für eine Vorhersehbarkeit des Bedarfes, den die Ag. mit den streitgegenständlichen Vergaben gedeckt habe. Dass solche Selbsttests auch für den Schulbesuch erforderlich sein würden, sei aufgrund damaliger Rechtslage nicht vorhersehbar gewesen.

Erstmals sei ein solcher Bedarf mit Beschluss des Senats vom 6.4.2021 vorauszusehen gewesen, mit dem das Zutrittsverbot zu Schulen ohne negativen Testnachweis beschlossen worden sei. In der Folge habe die Ag. bereits Selbsttests beschafft, um den Präsenzunterricht in den folgenden Wochen zu ermöglichen. Jedoch sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht

vorhersehbar gewesen, dass Ende Mai erneut Bedarf an der Lieferung weiterer Tests bestehen werde und welche Eigenschaften diese Tests aufweisen müssten.

Auch der Umstand, dass bereits am 5.5.2021 eine Aufstockung des zur Finanzierung der Beschaffung in Anspruch genommenen „B.-Fond“ ua mit der Begründung beantragt worden sei, dass auch für einen prognostizierten Finanzbedarf für Schnelltests die Aufstockung notwendig sei, belege nicht, dass in diesem Zeitpunkt ein konkreter Beschaffungsbedarf für die bremischen Schulen ab Anfang Juni bereits vorhersehbar gewesen sei. Aus der Beschlussvorlage für den Senat vom 12.5.2021 werde deutlich, dass seinerzeit noch erhebliche Unsicherheit darüber bestanden habe, wie hoch der Bedarf an Produkten zur Eindämmung der Pandemie für die folgenden Monate sein werde. Dies zeigten nicht zuletzt die dort angeregten umfangreichen Risikoaufschläge.

Mit Blick auf den für den 28.5.2021 erwarteten Finanzierungsbeschluss des Haushalts- und Finanzausschusses sei der tatsächliche Bedarf der Schulen für die Zeit bis zum Beginn der Sommerferien mit E-Mail-Nachrichten vom 28.5.2021 bzw. vom 31.5.2021 von den Bedarfsstellen gemeldet worden. Offenbleiben könne, ob ein effizienteres Erfassungssystem es ermöglicht hätte, diesen Bedarf früher zu erkennen, da die Zweckmäßigkeit vorgelagerten Verwaltungshandelns nicht Gegenstand der vergaberechtlichen Nachprüfung sei. Es sei insbesondere nicht Sache der VK, darüber zu befinden, ob der öffentliche Auftraggeber bestimmte Formen der Bestandserfassung oder Mengenplanung vorsehe. Vielmehr liege es auch im Bereich der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers, zu bestimmen, welche Mengen er beschaffe. Ein vergaberechtlich relevantes Versäumnis könne nur dort vorliegen, wo der Auftraggeber eine Menge von Gütern oder Leistungen beschaffe, die offenkundig deutlich unter derjenigen Menge liege, für die ein festgestellter oder prognostizierter Bedarf bestehe, sodann ohne nachvollziehbaren Grund zuwarten, bis die beschaffte Menge fast verbraucht sei, um schließlich im Rahmen einer Dringlichkeitsvergabe weitere gleichartige Güter oder Leistungen zu beschaffen. Ein solches Vorgehen sei hier aber nicht erkennbar. Denn vor Einleitung der Dringlichkeitsvergabe sei für die Ag. nicht vorhersehbar gewesen, ob und wie lange das Zutrittsverbot für ungetestete Personen an Schulen gelten werde, ob nicht aufgrund hoher Inzidenz der Präsenzunterricht wieder gänzlich entfallen werde oder ob nicht in naher Zukunft speziellere Tests entwickelt werden würden, die eine bessere Erfassung von Varianten des SARS-CoV-2-Virus erlaubten bzw. für Schüler besser geeignet seien. Es griffe unzulässig in die Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers ein, wenn man ihn verpflichten wollte, trotz der vorstehenden Unwägbarkeiten einen Vorrat zu beschaffen, nur um das Risiko späterer Dringlichkeitsvergaben auszuschließen.

Eine konkrete Dringlichkeit folge daraus, dass die zu beschaffenden Selbsttests zur Sicherstellung des Präsenzunterrichts an den bremischen Schulen erforderlich gewesen seien und eine Einhaltung der Mindestfristen für das offene oder das nicht offene Verfahren bzw. das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nicht möglich gewesen sei. Denn der Bedarf für Schnelltests ab dem 9.6.2021 sei erst Ende Mai bzw. Anfang Juni festgestellt worden. Selbst wenn man aber der Auffassung sein wollte, dass ein Bedarf für weitere Schnelltests bereits früher im Mai absehbar gewesen sei, so hätte das Vergabeverfahren frühestens am Tag nach der Bewilligung der notwendigen Mittel durch den Haushalts- und Finanzausschuss am 28.5.2021 begonnen werden können, weil erst mit Bewilligung der notwendigen Mittel die Vergabereife eingetreten sei. Selbst bei Ausnutzung aller Möglichkeiten zur Fristverkürzung hätte ein wettbewerbliches Vergabeverfahren jedoch

mindestens 30 Tage in Anspruch genommen, so dass eine rechtzeitige Beschaffung auf diese Weise nicht möglich gewesen wäre. Da der Betrieb von Schulen im Präsenzunterricht ein hohes gesellschaftliches Gut darstelle, sei in dieser Konstellation auch eine Dringlichkeit iSd § 14 IV Nr. 3 VgV gegeben.

Zur Darlegung des Bedarfs am 9.6.2021 sei die Darstellung der Ag. im Übrigen ausreichend. Nicht erforderlich sei es jedenfalls, dass die Bekl. nachprüfbare, konkret bezifferte Bestände zu bestimmten Zeitpunkten belege.

Die Gründe für die Dringlichkeit seien der Ag. auch nicht zuzurechnen. Insbesondere sei nicht erkennbar, dass die Ag. ohne nachvollziehbaren Grund mit der Beschaffung zugewartet habe. Die Befassung der politischen Institutionen des Landes sei ein Erfordernis gewesen, dass nicht zur Zurechenbarkeit der Dringlichkeit führe. Ebenso wenig sei der Ag. ein vergaberechtlich relevanter Vorwurf daraus zu machen, dass sie nicht zu einem früheren Zeitpunkt einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Tests abgeschlossen habe. Denn der künftige Bedarf sei in Ansehung der häufig auch kurzfristig geänderten Konzepte zur Durchführung von Präsenzunterricht in den Bremer Schulen nicht sicher zu ermitteln gewesen.

Die sofortige Beschwerde der Ast. und Bf. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

40II. 1. Die sofortige Beschwerde der Ast. und Bf. ist zulässig.

41Die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der VK Bremen vom 17.9.2021 ist statthaft, § 171 I 1 GWB. Die Ast. ist als Beteiligte des Nachprüfungsverfahrens auch beschwerdebefugt, § 171 I 2 GWB, und durch die Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrags bereits formell beschwert. Die sofortige Beschwerde wurde zudem innerhalb der Notfrist des § 72 I GWB eingelegt und genügt den weiteren formalen Anforderungen des § 72 II, III GWB.

422. Die sofortige Beschwerde erweist sich jedoch als unbegründet.

43a) Der Nachprüfungsantrag erweist sich nur in Form eines Fortsetzungsfeststellungsantrags als zulässig.

44aa) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – öffentlicher Auftrag, Überschreitung der Schwellenwerte,

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests –
Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

550

örtliche Zuständigkeit der VK – hat die VK zu Recht als gegeben angesehen, ohne dass die sofortige Beschwerde hiergegen etwas erinnerte.

45bb) Zu Recht hat die VK auch angenommen, dass die Ast. antragsbefugt iSd § 160 II GWB ist.

46Die begehrte Unwirksamkeitsfeststellung nach § 135 I GWB kann nach dieser Vorschrift nur in einem Nachprüfungsverfahren iSd §§ 160 ff. GWB erfolgen, § 135 I, 2. Halbs. GWB. Ein solcher Antrag muss demnach – wie die VK zutreffend ausführt – die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Nachprüfungsantrags erfüllen. Voraussetzung ist gem. § 160 II GWB, dass die Ast. ein Unternehmen ist, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 VI GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht; hierbei ist darzulegen, dass dem Unternehmen ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

47Die VK ist zu Recht davon ausgegangen, dass diese Voraussetzungen vorliegend gegeben sind.

48(1) Ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag bedarf keiner näheren Darlegung, wenn es durch die Abgabe eines Angebots belegt wird (vgl. BGHZ 169, 131 = NZBau 2006, 800 (801) Rn. 18 – Polizeianzüge). So liegt es hier. Unbeachtlich ist insoweit die Frage, ob die von der Ast. abgegebenen Angebote unwirksam waren, weil die als PDF-Datei eingereichten Angebote zwar sie selbst als Verfasserin auswiesen, die E-Mail-Nachrichten, mit denen diese PDF-Dateien an die Ag. übersandt wurden, jedoch im Namen der S GmbH & Co. KG abgegeben worden waren. Mit der Übermittlung der PDF-Dateien ist das Interesse (auch) der Ast. hinreichend dokumentiert.

49(2) Die Ast. macht auch die Verletzung einer bieterschützenden vergaberechtlichen Vorschrift geltend, indem sie eine Verletzung von § 14 IV Nr. 3 VgV rügt, die in der unzulässigen Wahl der Dringlichkeitsvergabe liege.

50Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist die schlüssige Behauptung erforderlich und regelmäßig ausreichend, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlaufe des Vergabeverfahrens missachtet worden sein sollen (vgl. BGHZ 159, 186 = NZBau 2004, 457 – Rudower Höhe; BGHZ 169, 131 = NZBau 2006, 800 (801) Rn. 20 – Polizeianzüge). Die Behauptung, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens durch die Ag. vergaberechtswidrig sei, stellt eine hinreichende Darlegung der Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte iSd § 97 VI GWB dar (vgl. BGHZ 183, 95 = NZBau 2010, 124 (126) Rn. 27 – Endoskopiesysteme).

51(3) Die Ast. hat auch die Möglichkeit eines Schadenseintritts hinreichend dargelegt.

52Ein drohender Schaden iSv § 160 II 2 GWB ist bereits dargetan, wenn der Vortrag des Ast. ergibt, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. Ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können. Es genügt deshalb, wenn es nach dem Vorbringen des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Bieters möglich erscheint, dass er ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß den Bedarf, dessentwegen die Ausschreibung erfolgt ist, gegen Entgelt befriedigen kann. Das ist regelmäßig auch der Fall, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf, und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt. Dass im Voraus nicht abzusehen ist, ob die darin liegende Chance eine realistische Aussicht darstellt, den Auftrag zu erhalten, und sich eine solche Chance keinesfalls zwangsläufig für den betreffenden Bieter auftun muss, ist unerheblich. Denn für eine Antragsbefugnis reicht schon die Möglichkeit einer Verschlechterung der Aussichten des den Nachprüfungsantrag stellenden Bieters infolge der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften aus (vgl. BGHZ 183, 95 = NZBau 2010, 124 (126) Rn. 32 – Endoskopiesysteme).

53Eine solche Möglichkeit der Verschlechterung der Aussichten der Ast., die auf der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorausgehenden Bieterwettbewerb einschließlich der sehr kurzen Angebotsfristen beruht, hat die VK mit zutreffenden Erwägungen angenommen.

54cc) Die Ast. ist mit der Rüge der Wahl einer unzulässigen Vergabe im Dringlichkeitsverfahren auch nicht gem. § 160 III GWB präkludiert.

55Zwar ist der Nachprüfungsantrag gem. § 160 III 1 Nr. 2, Nr. 3 GWB unzulässig, wenn der Verstoß gegen Vergabevorschriften aufgrund der Bekanntmachung oder den

Vergabeunterlagen erkennbar ist und der Antragsteller diesen Verstoß nicht gegenüber dem Auftraggeber innerhalb der Frist zur Bewerbung bzw. der Frist zur Abgabe von Angeboten gerügt hat. Jedoch regelt § 160 III 2 GWB, dass die vorstehenden Rügepflichten nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 I Nr. 2 GWB gelten.

56Offenbleiben kann, ob die VK zu Recht davon ausgegangen ist, dass diese Vorschrift auch im vorliegenden Fall eine Rügepflicht ausschließt. In der vergaberechtlichen Rechtsprechung wird demgegenüber allerdings die Auffassung vertreten, dass die Rügepflicht entgegen des Wortlautes des § 160 III 2 GWB auch bei Verfahren gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Auftragsvergabe wegen fehlender europaweiter Ausschreibung gem. § 135 I Nr. 2 GWB dann nicht entfalle, soweit der betreffende Antragsteller tatsächlich an dem Vergabeverfahren beteiligt worden (vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2011, 23533 = VergabeR 2012, 110; OLG Rostock 20.11.2013 – 17 Verg 7/13, BeckRS 2014, 7125; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 3. Aufl. 2017, GWB § 135 Rn. 34) oder ihm die geplante Vergabe ohne Ausschreibung durch Weitergabe der Vergabeunterlagen bekannt geworden sei (vgl. OLG Düsseldorf 11.1.2012 – VII-Verg 67/11, BeckRS 2012, 6486; so auch BeckOK VergabeR/Gabriel/Mertens, 23. Ed., Stand: 31.1.2021, GWB § 160 Rn. 209). Nach anderer Auffassung sei eine solche teleologische Einschränkung der Befreiung von der Rügepflicht nicht zulässig. Eine solche Gesetzesauslegung gegen dessen Wortlaut erschwere nicht nur in unverhältnismäßiger Weise den Zugang zu einem gesetzlich eröffnetem Rechtsschutzverfahren. Es fehle auch an einer unbeabsichtigten Regelungslücke und damit an den allgemeinen Voraussetzungen für eine zulässige Analogie (vgl. OLG Karlsruhe NZBau 2014, 378 – Polizeieinsatzleitsystem).

57Selbst wenn man aber der strengeren Auffassung folgen und annehmen wollte, dass eine Rügepflicht bei tatsächlicher Teilnahme des Beschwerdeführers an dem Dringlichkeitsverfahren fortbestehe, so setzte eine Rügepflicht jedoch im Übrigen voraus, dass der Verstoß gegen Vergabevorschriften aufgrund der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar ist. Daran fehlt es vorliegend.

58Erkennbar sind Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften, die bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen von einem Bieter erkannt werden können (vgl. BeckOK VergabeR/Gabriel/Mertens, GWB § 160 Rn. 159). Auch wenn § 14 IV Nr. 3 VgV eine Dringlichkeitsvergabe nur in

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests – Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

551

Ausnahmefällen gestattet, ist der Vergabeverstoß, der in der Wahl dieser Verfahrensart liegen soll, dem Bieter nur dann erkennbar, wenn er bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen hätte erkennen können, dass die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe tatsächlich nicht vorliegen. Vorliegend ist dies aber auch aus den Vergabeunterlagen nicht erkennbar. Die Ag. hat in den Vergabeunterlagen die Verfahrenswahl nicht begründet. Entsprechend hat die Ast. ihre Rüge der Dringlichkeitsvergabe vom 8.6.2021 nicht auf Umstände, die aus den Vergabeunterlagen ersichtlich gewesen wären, sondern nur darauf, dass die Ausschreibung unterblieben sei und dass bei Auswertung der europaweiten Bekanntmachungen auf der Plattform „TED“ erkennbar sei, dass es kurz zuvor bereits diverse Beschaffungen von Schnelltests im Wege weiterer Dringlichkeitsvergaben gegeben habe. Soweit sich eine Unzulässigkeit der Wahl eines Dringlichkeitsverfahrens auch daraus ergeben mag, dass ersichtlich keiner der

gesetzlich geregelten Ausnahmefälle vorliegen könne (vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2011, 23533 = VergabeR 2012, 110), so greift dies vorliegend nicht. Dies war schon deshalb nicht offensichtlich, weil anerkannt ist, dass Beschaffungen zur Bekämpfung der SARS-CoV2-Pandemie Dringlichkeitsvergaben rechtfertigen können.

59dd) Zu Recht geht die VK außerdem davon aus, dass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig gestellt worden ist.

60Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags gem. § 135 I GWB in einem Nachprüfungsverfahren ist gem. § 135 II 1 GWB innerhalb von 30 Kalendertagen zu stellen, nachdem der öffentliche Auftraggeber den betroffenen Bieter über den Abschluss des Vertrags informiert hat. Dass in der E-Mail-Nachricht der Ag. vom 4.6.2021 jedoch keine solche Information über den Abschluss des Vertrags liegt, hat die VK zutreffend angenommen.

61Dabei kann auch die Frage offenbleiben, ob die Auffassung der VK zutrifft, dass nur eine solche Information den Lauf der Frist des § 135 II 1 GWB auslöse, die inhaltlich einer Vorabinformation iSd § 134 GWB entspreche. Dem Gesetzeswortlaut des § 135 II 1 GWB ist solch eine Vorgabe für Form oder ergänzenden Inhalt der den Fristenlauf auslösenden Mitteilung unmittelbar allerdings nicht zu entnehmen. Danach bedarf es nur der Information durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags. Ob es darüber hinaus der Wahrung der Anforderungen, wie § 134 GWB sie stellt, bedarf, ist dagegen umstritten (dafür Ziekow/Völlink, VergabeR/Braun, 4. Aufl. 2020, GWB § 135 Rn. 76f.; dagegen Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 62).

62Allerdings verlangt eine europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift, dass dem unterlegenen Bieter zumindest eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe mitgeteilt wird (vgl. BeckOK VergabeR/Wirner, GWB § 135 Rn. 71; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 61; Ziekow/Völlink, VergabeR/Braun, GWB § 135 Rn. 84). Denn aus Art. 2 f I der hier einschlägigen RL 89/665/EWG (RL des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- u. Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. 1989 L 395 vom 30.12.1989, 33, zul. geänd. durch die RL 2014/23/EU, ABl. 2014 L 94 vom 28.3.2014, 1) folgt, dass die Mitgliedstaaten vorsehen dürfen, dass ein Nachprüfungsantrag iSd Art. 2 d I (Unwirksamkeitsantrag) innerhalb einer Frist von 30 Kalendertagen gestellt werden muss. Aus Art. 2 f I Buchst. b RL 89/665/EWG folgt aber, dass als fristauslösendes Ereignis eine Information des öffentlichen Auftraggebers in Betracht kommt, sofern diese Information eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gem. Art. 55 II RL 2014/24/EU enthält. Dort, in Art. 55 II RL 2014/24/EU wird in Buchst. b festgelegt, dass jeder nicht erfolgreiche Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots zu informieren ist.

63An einer solchen Mitteilung der Gründe für die Ablehnung des Angebots der Ast. fehlt es vorliegend. Der Hinweis, dass nicht näher benannte Eigenschaften des Produktes Grund für die Entscheidung sei, genügt insoweit jedenfalls nicht.

64ee) Die in der Hauptsache gestellten Nachprüfungsanträge zu Nr. 1 und 2 sind, soweit sie auf die Feststellung der Unwirksamkeit der beiden streitgegenständlichen Auftragsvergaben gerichtet sind, jedoch durch Eintritt einer Erledigung nach Entscheidung der VK unzulässig geworden.

65(1) Allerdings folgt dies nicht aus dem Umstand, dass die Ag. den Zuschlag bereits erteilt hat, noch bevor die Ast. den Nachprüfungsantrag gestellt hat. Zwar ist ein

Nachprüfungsantrag gem. § 160 I GWB grundsätzlich nur solange der statthafte Rechtsbehelf, wie ein Vergabeverfahren noch nicht durch einen wirksamen Zuschlag abgeschlossen ist (vgl. BGHZ 146, 202 = NZBau 2001, 151 – Divergenzvorlage). Das Nachprüfungsverfahren dient nur dazu, einem Bieter Rechtsschutz in einem laufenden Vergabeverfahren zu gewähren (OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 24305 = VergabeR 2009, 905; OLG Celle NZBau 2002, 53). Sobald der Zuschlag aber wirksam erteilt ist und eine damit verbundene Rechtsverletzung des Bieters nicht mehr verhindert werden kann, können die Vergabekammern nicht mehr in zulässiger Weise angerufen werden. Die Entscheidung über etwaige Schadensersatzansprüche des Bieters obliegt dann allein den hierfür zuständigen Zivilgerichten (vgl. BGHZ 146, 202 = NZBau 2001, 151 – Divergenzvorlage). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch in den beiden § 135 I GWB (nF) genannten Fällen. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 135 I GWB folgt, dass der Bieter einen der beiden dort genannten Vergaberechtsverstöße mit dem Ziel der Feststellung der Unwirksamkeit eines – notwendig bereits erteilten – öffentlichen Auftrags in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen kann. § 135 I GWB regelt damit den Spezialfall der Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags trotz eines bereits erteilten Zuschlags (vgl. OLG Düsseldorf ZfBR 2017, 727 (Ls.) = BeckRS 2017, 116312).

66(2) Das Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags nach § 135 I GWB entfällt aber auch dann, wenn der dem Auftrag zugrunde liegende Beschaffungsbedarf unumkehrbar (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2018, 628 (629) Rn. 21 – Soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge), wenn auch nicht vollständig, so doch in einem solchen Umfang gedeckt ist, dass eine anderweitige Vergabe nicht mehr in Betracht kommt (vgl. VK Bund 24.7.2007 – VK 2-69/07, BeckRS 2007, 142189). Denn auch in einem solchen Fall kann das Ziel, das § 135 I GWB als Primärrechtsschutz bieten will, nicht mehr erreicht werden. Gesetzlich geregelte Rechtsfolge der Feststellung eines Verstoßes iSd § 135 I GWB ist, dass der mit dem zunächst erfolgreichen Bieter geschlossene Vertrag von Anfang an unwirksam ist. Dieser Vertrag ist rückabzuwickeln, ohne dass dies im Belieben des Auftraggebers stünde (vgl. Ziekow/Völlink, VergabeR/Braun, GWB § 135 Rn. 122). Der obsiegende Antragsteller hat zudem einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber bei Fortbestehen der Absicht der Beschaffung

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests – Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

552

der in Rede stehenden Leistungen zur Auftragserteilung ein (neues) Vergabeverfahren nach §§ 97, 119 GWB unter Beachtung der Rechtsansichten der Vergabekammer oder des Vergabesenats durchführt (vgl. OLG Düsseldorf ZfBR 2016, 728 (Ls.) = BeckRS 2016, 2949; OLG Karlsruhe NZBau 2019, 748 (751) Rn. 34 – JVA Ravensburg; Ziekow/Völlink, VergabeR/Braun, GWB § 135 Rn. 127). Eine solche Verpflichtung zur erneuten Ausschreibung setzt aber voraus, dass der Beschaffungsbedarf noch nicht unumkehrbar befriedigt ist (vgl. auch OLG Brandenburg 29.1.2013 – Verg W 8/12, BeckRS 2013, 3142, wengleich dort auf § 91a ZPO abgestellt wird). Wenn also der Auftraggeber die Leistung erhalten hat und sie auch nicht mehr herausgeben kann, sondern allenfalls Wertersatz schuldet, der Beschaffungsbedarf deshalb unumkehrbar erfüllt ist, so ist ein primärer Rechtsschutz, der aus Sicht des unterlegenen Bieters vor allem auf die erneute Ausschreibung gerichtet ist, nicht mehr erreichbar, so dass sich der ursprüngliche Nachprüfungsantrag in sonstiger Weise iSd § 168 II 2 GWB erledigt hat (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2018, 628 (629) Rn. 21 – Soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge; ZfBR 2022, 85; OLG Hamburg NZBau 2019, 398 (400)).

Rn. 115 – GWG mbH; VK Bund BeckRS 2007, 142189; MüKoWettbR/Fett, 2. Aufl. 2018, GWB § 168 Rn. 60; Ziekow/Völlink, VergabeR/Steck, GWB § 168 Rn. 34).

67ff) Auch in diesem Fall ist jedoch die Fortsetzung des Verfahrens gem. § 178 S. 4 GWB, § 168 II 2 GWB als Feststellungsantrag statthaft (vgl. vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2018, 628 (629) Rn. 21 – Soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge; ZfBR 2022, 85; OLG Hamburg NZBau 2019, 398 Rn. 119 – GWG mbH). Diese Vorschrift billigt dem Bieter für den Fall, dass der Zuschlag erst nach Erhebung des Nachprüfungsantrags erteilt wird oder sich das Vergabeverfahren – wie hier – auf andere Weise erledigt, die Möglichkeit der Fortsetzung eines ursprünglich statthaften Nachprüfungsverfahrens zu, so dass etwaige im Nachprüfungsverfahren bereits erarbeitete Ergebnisse erhalten bleiben (vgl. BGHZ 146, 202 = NZBau 2001, 151 – Divergenzvorlage).

68(1) Der ursprünglich gestellte Nachprüfungsantrag war – wie bereits dargelegt – statthaft. Offenbleiben kann insoweit, ob ein Nachprüfungsantrag gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags dann von vornherein unstatthaft ist, wenn der dem Auftrag zugrunde liegende Beschaffungsbedarf bereits vor Stellung des Nachprüfungsantrags unumkehrbar befriedigt ist. Dafür sprächen dieselben Erwägungen, die den BGH zu der Annahme veranlasst hat, dass ein nach Zuschlagserteilung erhobener Nachprüfungsantrag unzulässig ist. Allerdings hat die Ag. hier nicht hinreichend dargelegt, dass der Beschaffungsbedarf bereits bei Einlegung des Nachprüfungsantrags unumkehrbar erfüllt gewesen sei. Dies ist bei Lieferungen von Verbrauchsgütern selbst dann noch nicht der Fall, wenn der Auftragnehmer die Lieferverträge vollständig erfüllt hat, die Güter also an den öffentlichen Auftraggeber ausgeliefert worden sind. Solange bei Feststellung der Unwirksamkeit des Auftrags die gebotene Rückabwicklung des Liefervertrags zum Wiederaufleben des Beschaffungsbedarfes führen kann, ist der Nachprüfungsantrag, mit dem die unterbliebene europaweite Ausschreibung in einem Regelverfahren durch unrechtmäßige Wahl der Dringlichkeitsvergabe gerügt wird, noch nicht von vornherein unzulässig. Allenfalls ein Verbrauch der gelieferten Waren durch den öffentlichen Auftraggeber hätte zur Folge, dass eine unumkehrbare Erfüllung eingetreten wäre. Dass die Schnelltests am Tag der Einlegung des Nachprüfungsantrags, am 8.7.2021, bei der Ag. vollständig – oder aber in einem ganz überwiegenden Umfang – verbraucht gewesen seien, hat die Ag. aber nicht dargelegt.

69(2) Ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag ist im Übrigen das Vorliegen eines Feststellungsinteresses (vgl. OLG München NZBau 2012, 658 (659 f.) – Einkaufsgenossenschaft C-eG; Ziekow/Völlink, VergabeR/Steck, GWB § 168 Rn. 39). Nach wohl überwiegenden Auffassung gilt dies auch für den Fall einer Erledigung eines auf § 135 I GWB gestützten Hauptantrags (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2018, 628 (629 f.) Rn. 24 – Soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge; ZfBR 2022, 85; OLG Hamburg NZBau 2019, 398 Rn. 121 – GWG mbH). Nach anderer Auffassung bedarf ein Unwirksamkeitsfeststellungsantrag auch bei fehlendem Anspruch auf erneute Ausschreibung wegen unumkehrbaren Wegfalls des Bedarfes keines besonderen Feststellungsinteresses. Der Antragsteller müsse nur nach allgemeinen Grundsätzen antragsbefugt sein; hierfür reiche es aber aus, wenn der Antragsteller Rechtsschutz in Vorbereitung sekundären Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten vorbereite, zumal aus § 135 I Nr. 2 GWB die Unwirksamkeit die Geltendmachung in einem Nachprüfungsverfahren verlange, der Antragsteller also gezwungen sei, ein solches Nachprüfungsverfahren durchzuführen (vgl. OLG Rostock NZBau 2021, 484 (486) Rn. 40 – Corona-Tests).

70Die zuletzt genannte Auffassung vermag aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil der unterlegene Bieter keineswegs gezwungen ist, einen Verstoß iSd § 135 I GWB in einem Nachprüfungsverfahren geltend zu machen (vgl. BeckOK VergabeR/Wirner, GWB § 179 Rn. 25). Außerhalb der Bindungswirkung des § 179 GWB sind die Zivilgerichte vielmehr selbst dafür zuständig, Rechtsverstöße gegen das Vergaberecht als Grundlage für einen Amtshaftungsanspruch festzustellen; nur wenn ein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden hat, entsteht die Bindungswirkung. Selbst wenn der Bieter einen erkannten Vergaberechtsverstoß nicht innerhalb der Fristen des § 160 III GWB geltend macht und deshalb mit einem Nachprüfungsantrag ausgeschlossen ist, hindert dies die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor den Zivilgerichten nicht (vgl. BGH NZBau 2019, 661 (663) Rn. 29 ff. – ZVBBau; NZBau 2019, 798 (799) Rn. 16 f. – Lärmschutzwände). Im Gegenteil wäre es mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz unvereinbar, Schadensersatzklagen von der vorherigen Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes in einem Nachprüfungsverfahren – und damit auch von der Einhaltung der dort geltenden Fristen – abhängig zu machen (vgl. EuGH ECLI:EU:C:2015:779 = NZBau 2016, 182 (183) Rn. 35 ff. – MedEval; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 89).

71Letztlich muss diese Frage aber nicht abschließend entschieden werden, denn der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Ast. erweist sich auch dann als zulässig, wenn man ein gesondertes Feststellungsinteresse verlangte.

72Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falls anzuerkennenden 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 Düsseldorf BeckRS 2009, 24305 = VergabeR 2009, 905; ZfBR 2022, 85; OLG München NZBau 2012, 658 (659 f.) –

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests –
Immobilien Bremen (NZBau 2022, 548)

553

Einkaufsgenossenschaft C-eG; Ziekow/Völlink, VergabeR/Steck, GWB § 168 Rn. 39). Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere dann gegeben sein, wenn der Feststellungsantrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 24305 = VergabeR 2009, 905; ZfBR 2022, 85; OLG München NZBau 2012, 658 (659 f.) – Einkaufsgenossenschaft C-eG; Ziekow/Völlink, VergabeR/Steck, GWB § 168 Rn. 39; BeckOK VergabeR/Prell, GWB § 168 Rn. 53). Eine beabsichtigte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen begründet ein Feststellungsinteresse allerdings dann nicht, wenn ein Schadensersatzverlangen erkennbar aussichtslos ist (vgl. OLG Celle NZBau 2006, 197; OLG Düsseldorf ZfBR 2022, 85).

73Ausgehend hiervon wird es zwar angezweifelt, ob ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse mit der Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs der Ast. gerechtfertigt werden, der auf den Ersatz des positiven Interesses zielt. Denn ein solcher Anspruch setzte voraus, dass der Ast. den Nachweis führen kann, dass er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Auftrag erlangt hätte (vgl. Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 89). Der Nachweis eines solchen Schadens im Zivilprozess erscheint aber keineswegs als von vornherein aussichtslos, wenn der Bieter – wie hier die Ast. zumindest hinsichtlich eines der beiden Aufträge – tatsächlich das niedrigste Angebot abgegeben hat und den Auftraggeber im Zivilverfahren möglicherweise auch sekundäre Darlegungslasten treffen könnten. Im Übrigen gebietet der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes insoweit

Zurückhaltung, zumal es nicht Aufgabe der Vergabekammern und der nachgeordneten Vergabesenate ist, über das Vorliegen von Schadensersatzansprüchen zu entscheiden und der unterlegene Bieter auch nicht gehalten ist, einen Schadensersatzanspruch im Nachprüfungsverfahren schlüssig darzulegen.

74Jedenfalls ist ein Schadensersatzanspruch der Ast. nach § 181 GWB nicht von vornherein ausgeschlossen. Es mag unsicher sein, ob es der Ast. insoweit gelingen kann, darzulegen, dass der geltend gemachte Vergabeverstoß dazu geführt hat, dass der Ast. eine echte Chance auf Erlangung des Zuschlages genommen wurde, weil der von der Ast. angebotene Schnelltest nach Auffassung der Ag. für den vorgesehenen Einsatz an Schulen mangels Zulassung für Kinder jünger als sieben Jahren nicht geeignet gewesen sei und weil der angebotene Test unter Mithilfe eines Erwachsenen durchzuführen sei. Die Ag. hat diese Eigenschaften aber nicht als Kriterium formuliert, so dass zumindest zweifelhaft erscheint, ob mit diesem Argument die offenkundige Aussichtslosigkeit des Schadensersatzbegehrens festgestellt werden könnte.

75Hinzu kommt schließlich, dass auch ein Anspruch aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo in Betracht kommt; man mag bezweifeln, ob ein solcher Anspruch dort in Rede stehen kann, wo ein Bieter eigeninitiativ in einem Verhandlungsverfahren ein Angebot abgegeben hat, da es insoweit an einem vorvertraglichen Schuldverhältnis fehlen könnte. Ob aber die Ast. sich durch die Aufforderung der Ag., die an den Geschäftsführer der Ast. gerichtet war, zur Angebotsabgabe aufgefordert fühlen durfte, zumal wenn die Wahl des Verhandlungsverfahrens rechtswidrig gewesen sein sollte, dürfte von den Zivilgerichten zu entscheiden sein.

76b) Der Nachprüfungsantrag in der Fassung des hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrags erweist sich jedoch als unbegründet.

77Gemäß § 135 I Nr. 2 GWB ist ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftrag ohne vorherige europaweite Ausschreibung vergeben wurde, ohne dass dies gesetzlich gestattet ist. Eine solche gesetzliche Grundlage für eine Auftragsvergabe ohne vorherige Ausschreibung findet sich in § 14 IV Nr. 3 VgV.

78aa) Ausgehend von dem Gesetzeswortlaut müssen äußerst dringliche, zwingende Gründe vorliegen, die es nicht zulassen, die Mindestfristen der regulären Vergabeverfahren einzuhalten.

79(1) Bereits die Wortwahl der Vorschrift lässt erkennen, dass insoweit hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 58; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO/Dieckmann, 3. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn. 71). Wegen der den Wettbewerb zwischen den Bietern einschränkenden Wirkungen handelt es sich bei § 14 IV Nr. 3 VgV um eine Ausnahmenvorschrift, deren Tatbestandsvoraussetzungen eng auszulegen sind (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 4981 = VergabeR 2009, 173; BayObLG NZBau 2022, 172 (174 f.) Rn. 61 – Antigen-Schnelltest).

80Als zwingende und äußerst dringliche Gründe kommen Situationen in Betracht, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht für den Fall, dass ein reguläres Vergabeverfahren durchgeführt wird. 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 (vgl. OLG Celle NZBau 2010, 194 – Hansestadt Lüneburg; BayObLG NZBau 2022, 172 Rn. 64 – Antigen-Schnelltest). Dabei kommen allerdings nicht

nur akute Gefahren für Leib und Leben in Betracht (vgl. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO/Dieckmann, VgV § 14 Rn. 71; Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 62). Insoweit sind die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts einerseits und die vergaberechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines wettbewerblichen und transparenten Vergabeverfahrens andererseits gegeneinander abzuwägen (vgl. BayObLG NZBau 2022, 172 (175) Rn. 62 – Antigen-Schnelltest; Beck VergabeR/Dörn, VgV § 14 Rn. 47). Das Merkmal der äußersten Dringlichkeit wird ausgefüllt durch den Verweis auf die Mindestfristen, die in Verfahren mit einer europaweiten 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 (vgl. BayObLG NZBau 2022, 172 (175) Rn. 66 – Antigen-Schnelltest; Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 63).

81(2) Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben. Bei Beginn der Ausschreibung, am 2.6.2021, lagen zwingende, dringliche Gründe vor, die eine Vergabe der Aufträge zur Beschaffung der Laien-Schnelltests im Rahmen regulärer Vergabeverfahren auch bei verkürzten Fristen nicht zuließen.

82 Zu diesem Zeitpunkt drohte nach Darstellung der Ag., dass die bisher beschafften Schnelltests, die für Laien zugelassen sind und daher an den bremischen Schulen zum Einsatz kamen, binnen einer Woche ausgehen würden. Folge wäre gewesen, dass ein Präsenzunterricht bis zum Ende des Schuljahres am 28.7.2021 nicht, zumindest nicht uneingeschränkt hätte aufrechterhalten werden können, da dieser nach Maßgabe der 24. bremischen Corona-Verordnung voraussetzte, dass Schüler und Lehrkräfte alle drei Tage durch einen Selbsttest sicherstellen, dass eine Infektion nicht vorliegt. Selbst wenn man berücksichtigt, dass das Betretensverbot aus § 17 IV der 24. Corona-Verordnung der Freien

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests –
Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

554

Hansestadt B. nur griff, wenn ausreichende Schnelltests vorhanden sind, drohte zumindest im Ergebnis eine Einschränkung des Präsenzunterrichtes. Denn soweit die notwendige Anzahl an Schnelltests nicht zur Verfügung gestanden hätte, um die Anforderungen aus § 17 IV der 24. Corona-Verordnung erfüllen zu können, wäre zwar das Betretensverbot nicht durchzusetzen gewesen, aber die Senatorin für Bildung und Kinder hätte sich gehalten gesehen, die fortbestehende Infektionsgefahr auf andere Weise abzuwenden. Dies hätte aber die ernstliche Gefahr begründet, dass der Präsenzunterricht hätte eingeschränkt werden müssen.

83Eine solche Beeinträchtigung des Bildungsauftrags des Staates rechtfertigt die Durchführung einer Dringlichkeitsvergabe. Die staatliche Schulpflicht und der begleitende Anspruch der Schüler auf Schulbildung ist ein hohes Gut, dessen Schutz die Einschränkung des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge tragen kann. Die Schulbildung in einem Distanzunterricht ist entgegen der Auffassung der Ast. auch nicht annähernd so gleichwertig, dass der Beschaffungsbedarf nicht dringlich gewesen wäre. Berücksichtigt man, dass der Präsenzunterricht bereits im Jahr 2020 in erheblichem Umfang eingeschränkt werden musste und dies erhebliche nachteilige Folgen für die Schüler sowohl mit Blick auf ihre Bildung als auch im sozialen Bereich nach sich zog, konnte das von der Ag. im Jahr 2021 verfolgte Ziel, einen Präsenzunterricht mit allen erdenklichen Mitteln aufrechtzuerhalten, ohne Weiteres herangezogen werden, um Dringlichkeitsvergaben auch mit ihren nachteiligen Wirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Bietern und den einhergehenden Beschränkungen der

Möglichkeit für interessierte Unternehmen, sich an einem solchen Vergabeverfahren zu beteiligen, zu rechtfertigen. Die auf Gleichbehandlung ausgerichteten, aber letztlich wirtschaftlichen Interessen der Bieter und das haushalterische Interesse an einer möglichst kostengünstigen Beschaffung sind gegenüber dem Interesse der Schüler, Schulunterricht in unbeeinträchtigter Form zu erhalten, nachrangig.

84Soweit die Ast. in Abrede stellt, dass zum 9.6.2021 eine Einschränkung der Versorgung der Schulen drohte und sich die VK insoweit mit der pauschalen Behauptung der Ag. zufriedengegeben hat, dass die Schulen diesen zeitlichen Rahmen so genannt hätten, erscheint dies allerdings nicht ganz frei von Zweifeln. Auch auf Nachfrage des Senats konnte die Ag. keine konkreteren Angaben dazu machen, welche Schulen wann angekündigt haben, dass ihre Vorräte an Schnelltests zur Neige gingen. Sie hat auch nichts dazu vorgetragen, welche Abrufkontingente aus den vorangegangenen Beschaffungen unmittelbar vor dem Beginn des Dringlichkeitsverfahrens bei den bisherigen Lieferanten noch bestanden haben. Allerdings hat die Ag. dargelegt, dass sie die beschafften Tests nicht selbst in Empfang nehme, inventarisiere und an die verschiedenen Stellen herausgebe, sondern dass sie die diversen Bezugsstellen im Land ermächtige, selbstständig Tests von den Lieferanten abzurufen. Ein solches Vorgehen bringt es mit sich, dass sich die Ag. durch ihre zentrale Beschaffungsstelle nicht ohne Weiteres einen tagesaktuellen Überblick über den noch vorhandenen Bestand an verfügbaren Schnelltests verschaffen kann; dies erschwert es der Ag. auch, im Nachprüfungsverfahren konkrete Angaben zum damals vorhandenen Bestand zu machen, vor allem, wenn sie, wie hier geschehen, den Bestand nicht selbst bei den einzelnen Schulen ermittelt, sondern von den Schulbehörden (insoweit zentral) erfragt. Berücksichtigt man, dass die Schulen angewiesen worden sind, Vorräte allenfalls für einen Zeitraum von zwei Wochen anzulegen und dass die Schulen bereits am 9.6.2021 begonnen haben, Schnelltests aus den neu beschafften Kontingenten abzurufen, ist die Feststellung gerechtfertigt, dass im Zeitpunkt der Ausschreibung am 4.6.2021 jedenfalls ein erheblicher Mangel an Schnelltests gedroht hätte, wenn die Ag. zu diesem Zeitpunkt in ein reguläres Vergabeverfahren eingetreten wäre. Insoweit bleibt zu berücksichtigen, dass die Durchführung eines offenen Vergabeverfahrens selbst bei Abkürzung der Angebotsfristen im Rahmen der gesetzlich zulässigen Grenzen üblicherweise einen Zeitraum von rund sechs Wochen benötigt (vgl. BayObLG NZBau 2022, 172 (175) Rn. 71 – Antigen-Schnelltest). In Ansehung des Umstandes, dass die bremischen Schulen am 31.5.2021 ihren Bedarf nur für die kommenden knapp zwei Monate bis zum Beginn der Sommerferien am 22.7.2021 auf rund 1.216.000 Schnelltest beziffert haben, liegt auch auf der Hand, dass bei Durchführung eines regulären Vergabeverfahrens, das erst etwa am 16.7.2021 hätte abgeschlossen werden können, der Schulbetrieb bis dahin in Präsenzunterricht mit regelmäßigen Schnelltests nicht hätte aufrechterhalten werden können.

85bb) Hinzu kommen muss ferner, dass die Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen steht, die der öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen konnte. Zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen muss zudem ein Kausalzusammenhang bestehen (vgl. EuGH ECLI:EU:C:1996:149 = NVwZ 1997, 373 Rn. 14). Schließlich folgt aus § 14 IV Nr. 3 VgV, dass die Umstände, aus denen sich die besondere Dringlichkeit ergibt, dem Auftraggeber nicht zurechenbar sein dürfen.

86(1) Unvorhersehbar sind Ereignisse, mit denen bei objektiver Betrachtung nicht gerechnet werden konnte, der künftige Beschaffungsbedarf aus objektiver Sichtweise also nicht frühzeitig erkennbar war (vgl. Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 60).

87Dies ist hier der Fall. Die Dringlichkeit steht in Zusammenhang und wurde hervorgerufen durch die Corona-Pandemie sowie durch die Entwicklung neuer Instrumente zu deren Eindämmung.

88Die Corona-Pandemie für sich genommen stellt nach allgemeiner Ansicht ein unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis dar, das zu kurzfristigen Beschaffungsbedarfen führen kann (vgl. OLG Rostock NZBau 2021, 484 (488) Rn. 57 – Corona-Tests; BayObLG NZBau 2022, 172 (175) Rn. 63 – Antigen-Schnelltest; 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, ABl. Nr. C 108 vom 1.4.2020, 1). 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 jedoch stets der Einzelfall konkret zu prüfen ist (vgl. BayObLG NZBau 2022, 172 (175) Rn. 63 – Antigen-Schnelltest).

89Die VK hat aus zutreffenden Gründen angenommen, dass auch im vorliegenden Fall ein unvorhersehbares Ereignis die Dringlichkeit begründet hat. Dabei hat die VK zu Recht darauf hingewiesen, dass auch wenn die Pandemie bereits ein Jahr zuvor entstanden war, im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beschaffungen bzw. im Zeitpunkt des Beschlusses des Senats der Freien Hansestadt B. am 6.4.2021 der weitere Verlauf der Pandemie nicht vorhersehbar war. Die Entwicklung der Inzidenzzahlen war seinerzeit keineswegs sicher vorauszusehen. Ihre Erfassung litt von Anfang an unter der Schwierigkeit, dass sie von einem Zeitverzug geprägt ist und dadurch die Gefahr entsteht, dass der Beginn eines exponentiellen Anstiegs der Infektionszahlen zu spät erkannt wird. Die Höhe der Inzidenzzahlen wurde nicht zuletzt vom Verhalten der Bevölkerung beeinflusst – wie etwa einer Reisetätigkeit während der Schulferien –, das als solches nur in Grenzen vorhersehbar ist. Auch das – von vornherein auch befürchtete – Auftreten von Mutationen des Virus sorgte dafür, dass der Verlauf der Pandemie unvorhersehbar blieb.

90Hinzu kommt für den vorliegenden Fall, dass auch die wissenschaftlichen Erkenntnisse zu den Möglichkeiten der Eindämmung der Pandemie sich stetig wandelten. Insoweit entstand zu Beginn des Jahres 2021 erstmals – und als solches ebenfalls unvorhersehbar – die Möglichkeit, die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV2-Virus anhand von Laienschnelltests zu beobachten und so das Infektionsgeschehen besser beherrschbar zu machen. Nach Entwicklung von Schnelltests begann die Entwicklung von Laien-

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests –
Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

555

tests, deren Zulassung den Behörden ein vollständig neues Instrument zur Beobachtung des Pandemiegeschehens gab und als solches weitergehende Öffnungsschritte erwägenswert werden ließ. Auch wenn man davon ausgeht, dass sich die Verfügbarkeit solcher Laienschnelltests bereits Ende Januar 2021 abgezeichnet haben sollte (vgl. BayObLG NZBau 2022, 172 (175) Rn. 68 – Antigen-Schnelltest), so erfolgte eine Zulassung solcher Schnelltests zur Anwendung durch Laien erstmals Ende Februar 2021. Erst mit dieser

Zulassung stand fest, dass ein neues Instrument zur Verfügung stand, um die Verbreitung von Infektionen zumindest in gewissen Grenzen zeitnah erfassen zu können.

91 Diese Entwicklung neuer Instrumente zur Eindämmung des Infektionsgeschehens begründet wiederum ein unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis, auf dem die Dringlichkeit beruht.

92(2) Der notwendige Kausalzusammenhang zwischen unvorhersehbarem Ereignis und Dringlichkeit besteht auch für die am 2.6.2021 in Angriff genommene Vergabe der beiden streitgegenständlichen Lieferaufträge. Die in diesem Zeitpunkt bestehende Dringlichkeit war der Ag. auch nicht zuzurechnen.

93a) Die Frage, wann die Dringlichkeit dem Auftraggeber zuzurechnen ist (was zugleich auch den vom EuGH geforderten Kausalzusammenhang entfallen lassen dürfte), ist mit Blick auf den Zweck der Vorschrift und mit Rücksicht auf den Einzelfall zu entscheiden.

94 Die Einschränkungen des § 14 IV Nr. 3 VgV verfolgen den Zweck, zu vermeiden, dass ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Verzögerung bei der Einleitung des Vergabeverfahrens die Anwendbarkeit der wenig wettbewerblichen freihändigen Vergabe selbst herbeiführen kann (vgl. VK Niedersachsen 3.2.2012 – VgK-01/2012, BeckRS 2012, 211554 Rn. 42, zu dem seinerzeit geltenden, weitgehend gleichlautenden § 3 V Buchst. g VOL/A; ähnlich HK-VergabeR, VgV § 14 Rn. 74), ohne dass es hierbei auf ein Verschulden ankäme (vgl. OLG Frankfurt a. M. NZBau 2014, 386 (389) – Stadtverkehr L.). Bei der Beurteilung der insoweit maßgeblichen Frage, ob der öffentliche Auftraggeber die Dringlichkeit selbst verursacht hat und deshalb eine Einschränkung der wettbewerblichen Auftragsvergabe nicht mehr gerechtfertigt ist, ist aber auch der Beschaffungshoheit des Staates hinreichend Rechnung zu tragen. Der öffentliche Auftraggeber ist bei der Frage, welche Güter er zu welchem Zweck beschafft, vergaberechtlichen Bindungen nicht unterworfen (vgl. OLG München NZBau 2008, 794 Ls. = BeckRS 2008, 17225; OLG Düsseldorf NZBau 2012, 785 – MoWaS). Die Wahl unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2012, 785 – MoWaS; OLG Karlsruhe 4.12.2013 – 15 Verg 9/13, BeckRS 2014, 7327). Entsprechend haben die Bieter zwar einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 VII GWB), aber nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt (vgl. BGH NZBau 2014, 310 (312) Rn. 20 – Autobahnkreuz Heidelberg). Diese Grundsätze sind auch bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen, ob der Auftraggeber die Dringlichkeit einer Beschaffung selbst verursacht hat. Der Auftraggeber ist einerseits frei darin, darüber zu entscheiden, wann er eine bestimmte Leistung am Markt erwerben will, er ist aber nicht frei in der Entscheidung, ob er dies im Wege der Dringlichkeitsentscheidung vornimmt. Diesem Spannungsverhältnis wird der von der VK angelegte Maßstab gerecht, wonach erst ein Hinauszögern eines festgestellten oder offenkundigen Bedarfes ohne sachlichen Grund die Erforderlichkeit einer Dringlichkeitsvergabe beseitigt.

95β) Ausgehend hiervon ist auch die am 2.6.2021 bestehende Dringlichkeit der Ag. nicht zurechenbar, da ein sachwidriges Hinauszögern der Beschaffungsentscheidung nicht ersichtlich ist.

96 Zutreffend ist die VK zunächst davon ausgegangen, dass der Bedarf zur Beschaffung von Schnelltests zum flächendeckenden zwingenden Einsatz in Schulen dem Grunde nach erst am 6.4.2021 feststand. Auch wenn sich die Zulassung von Laienschnelltests bereits zu

Beginn des Jahres 2021 abgezeichnet haben sollte, bedurfte es nach der Zulassung solcher Tests der Entscheidung des hierzu verfassungsmäßig berufenen Senats der Freien Hansestadt B., in welcher Weise die sich eröffnende Möglichkeit des Einsatzes von Laienschnelltests für Hygienekonzepte genutzt werden kann und soll. Die Frage, ob ein Instrument wie die regelmäßige und verpflichtende Nutzung von Laienschnelltests im Schulbetrieb eine hinreichende Wirksamkeit für das Beherrschen der Corona-Pandemie verspricht, ob diese Wirksamkeit in Ansehung der aktuellen Inzidenzzahlen, der Impfquote, der Hospitalisierungsrate und -gefahr und der bei einer Infektion drohenden Gesundheitsgefahren für Schüler, Lehrer und in der Folge weiterer Kontaktpersonen es als vertretbar erscheinen lässt, den Präsenzunterricht aufrechtzuerhalten, obwohl dieser eine erhebliche Verbreitungsquelle darstellt, stellt eine komplexe Abwägungsentscheidung dar, die die hierzu verfassungsmäßig berufenen Organe des Staates zu treffen haben. Diesen steht es insoweit auch frei, festzulegen, aufgrund welcher Informationsgrundlage und welcher Beratungstiefe die Entscheidung getroffen wird. Die Frage, ob der Staat diese den Bedarf definierende Entscheidung rechtzeitig oder schnell genug getroffen hat, entzieht sich daher der vergaberechtlichen Beurteilung. Soweit die Freie Hansestadt B. vorliegend in weniger als zwei Monaten nach erster Zulassung der Schnelltests die Entscheidung getroffen hatte, diese Schnelltests in ihrem Schulhygienekonzept auf breiter Ebene einzusetzen, ist ein Hinauszögern ohnehin nicht im Ansatz erkennbar.

97Auch der Umstand, dass die Ag. nicht sogleich, in der Folge des 6.4.2021, eine Beschaffung von Schnelltests in einem regulären, abgekürzten Vergabeverfahren durch Vergabe eines Rahmenauftrags vornahm, um den Bedarf der Schulen bis zum Beginn der Sommerferien abzudecken, steht der Annahme der Dringlichkeit bzw. einer fehlenden Zurechenbarkeit der Dringlichkeit – wie auch die VK zutreffend festgestellt hat – nicht entgegen.

98Allerdings kann der Umstand, dass der Auftraggeber mit der Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens mehrere Monate zuwartet, der Annahme einer Dringlichkeit der Auftragsvergabe entgegenstehen (vgl. auch etwa EuGH ECLI:EU:C:2009:632 = NZBau 2010, 63 (67) Rn. 65 ff. – Kraftfahrzeugzulassungssoftware). Ebenso kann eine planerische Vorhersehbarkeit und die Notwendigkeit einer vorausschauenden Lagerhaltung ein – insbesondere wiederholtes – Berufen auf Dringlichkeitsvergaben auch im Zusammenhang mit der SARS-CoV2-Pandemie hindern (vgl. MüKoEuWettbR/Fett, VgV § 14 Rn. 101).

99Der Vortrag der Ast., die Ag. hätte den Bedarf der Schulen an Schnelltests bis zum Beginn der Schulsommerferien bereits viel früher ermitteln und in ein Vergabeverfahren in regulärer Form überführen können, ist demgemäß nicht von vornherein unerheblich. Denn träfe es zu, dass der mit den Auftragsvergaben vom 4.6.2021 befriedigte Bedarf bereits rund zwei Monate zuvor, am 6.4.2021 hinreichend sicher absehbar gewesen wäre und bei sachgerechter Bedarfsplanung und Aufgabenerfüllung auch bereits zu diesem Zeitpunkt mit der Beschaffung hätte begonnen werden müssen, hätte die Beschaffung auch bei Berücksichtigung einer notwendigen Vorbereitungszeit bei Abkürzung der Angebotsfristen und unter Einberechnung einer gewissen Zeit zur Angebotswertung und der notwendigen Stillhaltefristen rund sechs Wochen später, mithin bis zum 20.5.2021 abgeschlossen werden können. Soweit die Ag. ohne sachlichen Grund eine solche rechtzeitige Beschaffung unterlassen haben sollte, könnte sie sich daher nicht mehr auf die dann von ihr selbst herbeigeführte Dringlichkeit berufen.

100Die VK hat aber aus zutreffenden – vielschichtigen – Gründen ein solches die Zurechenbarkeit der Dringlichkeit begründendes Hinauszögern ohne sachlichen Grund verneint.

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests – Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

556

101Zunächst kann bereits nicht festgestellt werden, dass der konkrete Bedarf, der sich aus der Entscheidung des Senats vom 6.4.2021 ergab, der Höhe nach seinerzeit bereits hinreichend sicher bezifferbar gewesen ist. Zwar ist davon auszugehen, dass die Ag. ab dem 6.4.2021 absehen konnte, dass es Bedarf für Schnelltests in einem Umfang geben würde, um eine Testung aller Schüler und Lehrkräfte zwei Mal pro Woche zu ermöglichen. Nachdem am 6.4.2021 die 24. Corona-Verordnung des Landes B. eine mittelbare Testpflicht für Schulen einführt und die bremische Senatorin für Kinder und Bildung am 7.4.2021 festlegte, dass nach Ende der Osterferien der Schulbetrieb ab dem 19.4.2021 in Präsenzunterricht mit verpflichtenden Selbsttest fortgesetzt werden sollte, stand das Schulhygienekonzept in seinen Grundzügen fest, welches den hier in Rede stehenden Beschaffungsbedarf begründete. Jedoch hätte eine Veränderung der Inzidenzwerte, die nicht sicher vorauszusehen war, durchaus kurzfristige Maßnahmen wie Schulschließungen erforderlich machen können, was den Bedarf an Schnelltests beseitigt hätte. Aber auch der Umfang von notwendigen Quarantänemaßnahmen in der betreffenden Zeit mit Blick auf einzelne Schüler, Klassen oder Kohorten war unsicher, so dass der Bedarf der Schulen auch bei Aufrechterhaltung des Präsenzbetriebs in einer weiterhin volatilen Situation Schwankungen unterlag.

102Ermittelbar war in dieser Situation allenfalls das Höchstmaß der von den Schulen benötigten Tests. Zu Recht ist die VK aber davon ausgegangen, dass es in der konkreten Situation nicht geboten gewesen ist, bereits im April 2021 den gesamten Höchstbedarf bis zum Beginn der Sommerferien sogleich zu decken. Denn die Ag. durfte konzedieren, dass sich auch die Zulassung der Schnelltests in der Entwicklung befand. Insbesondere die Zulassung von Tests mit anderen Abstrichtechniken, die für den Einsatz bei jungen Schülern von erheblicher Relevanz sind, war zu erwarten, so dass sich der öffentliche Auftraggeber durchaus die Möglichkeit offenhalten durfte, neu zugelassene Produkte rasch beschaffen und einsetzen zu können. Der Umstand, dass ein solches Vorgehen neue Dringlichkeitsbeschaffungen absehbar werden ließ, steht dem keineswegs von vornherein entgegen. In Ansehung des Gewichtes der zu erfüllenden Aufgabe in einer sich stetig wandelnden Pandemiesituation und des Bestehens von Sachgründen für dieses Vorgehen ist die damit einhergehende Einschränkung der wettbewerblichen Vergabe bei Abwägung der widerstreitenden Belange zumindest vertretbar. Zutreffend weist die VK darauf hin, dass es keinesfalls gerechtfertigt wäre, den Handlungsspielraum des Staates in der weiterhin volatilen Pandemiesituation einzuschränken und ihm zu verwehren, sich die Möglichkeit offen zu halten, auf künftige neue Entwicklungen rasch zu reagieren, nur um einen weitergehenden Wettbewerb bei der Vergabe der in Rede stehenden öffentlichen Aufträge zu sichern.

103Dasselbe gilt, soweit seinerzeit nicht sicher absehbar war, ob die zu beschaffenden Tests auch geeignet wären, künftige Mutationen des SARS-CoV2-Virus mit ausreichender Sensitivität zu entdecken. Auch dieser Umstand ließ ein Vorgehen im Wege der sukzessiven Beschaffung kleinerer Teilmengen als vertretbar erscheinen, selbst wenn hierdurch die künftige Notwendigkeit weiterer Dringlichkeitsvergaben begründet wird.

104Auch der Umstand, dass der Ag. wegen fehlender Logistik und Inventarisierung der Schnelltests eine zuverlässige Bedarfsermittlung zu einem früheren Zeitpunkt zumindest erschwert war, ist nach der zutreffenden Auffassung der VK nicht geeignet, um der Ag. das Berufen auf die Dringlichkeit am 2.6.2021 zu versagen. Die Frage der Zweckmäßigkeit der staatlichen Aufgabenerfüllung ist durch das Vergabeverfahrensrecht nicht vorgegeben. Es obliegt vielmehr der Entscheidung des Staates, auf welche Weise er die Erfüllung seiner Aufgaben organisiert. Zwar können Defizite in der Organisation des Ablaufs der Aufgabenerfüllung, die eine längerfristige Planung hindern und deshalb die Dringlichkeit auch mehrmals eintreten lassen, durchaus Umstände sein, die dem Auftraggeber zurechenbar sind und es ihm gem. § 14 IV Nr. 3 VgV verwehren können, sich auf eine Dringlichkeit zu berufen (vgl. MüKoEuWettbR/Fett, VgV § 14 Rn. 101). Auch wenn die Zweckmäßigkeit der Art und Weise der staatlichen Aufgabenerfüllung nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein mag, so kann es dem Staat durchaus verwehrt sein, sich auf eine Dringlichkeit zu berufen, wenn er diese sehenden Auges und ohne Not entstehen lässt, obwohl sie durch sachgerechte Planung abwendbar wäre. Auch hier ist aber die Beschaffungshoheit und die Organisationshoheit des Staates zu berücksichtigen. Vergaberechtliche Erheblichkeit kann ein etwaiges Planungsdefizit wiederum nur dort erreichen, wo die konkrete Ausgestaltung der Auftragserfüllung mit ihren erkennbaren Auswirkungen auf Vergabeverfahren nicht mehr durch Sachgründe gerechtfertigt werden kann oder wo sie gar missbräuchlich erfolgte, um die Entstehung von Dringlichkeiten bewusst mit dem Ziel in Kauf zu nehmen, um sich den Bindungen in regulären Vergabeverfahren zu entziehen.

105Ein solch missbräuchliches Vorgehen ist nicht ersichtlich. Die Organisation der Verwaltung der Bestände der Schnelltests weist auch keine solchen Defizite auf, die durch Sachgründe nicht mehr gerechtfertigt werden könnten.

106Die Ag. hat die – auch bereits zuvor in erheblicher Zahl – beschafften Schnelltests, die sowohl in Schulen (seinerzeit zunächst auf freiwilliger Basis) als auch in anderen Behörden zum Einsatz kamen, zunächst nicht zentral inventarisiert und verteilt, sondern die Behörden und mit ihnen die Schulen zum direkten Abruf der Tests bei den Lieferanten ermächtigt, verbunden mit der Vorgabe, Vorräte nur für einen Zeitraum von höchstens zwei Wochen anzulegen. Diese Organisation brachte es zwangsläufig mit sich, dass sich die Ag. keinen durchgängigen unmittelbaren Überblick verschaffen konnte, binnen welcher Zeit die Gesamtzahl der zum Abruf berechtigten Stellen die beschafften Schnelltests aufbrauchen und wann erneute Einkäufe erforderlich werden. Diese gewählte Organisation war aber nach Darstellung der Bekl. darauf gerichtet, sicherzustellen, dass die beschafften Schnelltests den einzelnen Behörden möglichst rasch und ohne aufwendigen Verwaltungsvorlauf zur Verfügung gestellt werden konnten. Zudem erscheint es jedenfalls in der damaligen Situation, in der alle mit der Pandemiebekämpfung befassten Behörden in hohem Maße ausgelastet waren, zumindest sachlich vertretbar, den mit dem Aufbau einer zentralen Logistik verbundenen Aufwand zunächst zurückzustellen, um die Sicherung der primären Aufgabenerfüllung in den Vordergrund zu stellen. Dies gilt auch, soweit hierdurch die Entstehung der Notwendigkeit erneuter Dringlichkeitsbeschaffungen bei zur Neige gehenden Vorräten begünstigt worden sein sollte. Die gewählte Organisation, den Behörden die Aufgabe zu übertragen, Schnelltests nach eigenem Bedarf abzurufen, war jedenfalls zu Beginn des Einsatzes dieser Tests in der fortbestehenden Pandemiesituation von Sachgründen getragen.

107Insgesamt stellt sich daher das Vorgehen der Ag., Schnelltests trotz ihrer wichtigen Funktion bei der Aufrechterhaltung des Schulbetriebs – und auch zahlreicher anderer öffentlicher Aufgaben – zunächst nur sukzessive und „auf Sicht“ bei zur Neige gehenden Vorräten und dann notgedrungen in Dringlichkeitsvergaben zu beschaffen, zumindest in dem hier gegebenen Umfang als von Sachgründen getragen dar, so dass kein vergaberechtlich relevantes Hinauszögern einer Beschaffungsentscheidung vorliegt, das es der Ag. verwehrte, sich auf die am 2.6.2021 entstandene Dringlichkeit zu berufen.

108Angesichts dessen kommt dem Vorwurf der „Kettendringlichkeitsvergabe“ auch keine weitergehende Bedeutung zu.

109(3) Soweit die Ast. daneben anführt, dass sich aus den Antragsunterlagen zur Erhöhung des Budgetrahmens ergebe, dass die Ag. den konkreten Bedarf an Schnelltests entgegen ihrer Darstellung bereits Anfang Mai tatsächlich gekannt habe, ist dieses Vorbringen nicht von Belang. Denn der benannte Antrag stützt sich auf die bloße Hochrechnung bisheriger finanzieller Aufwendungen. Eine solche Begründung eines beantragten Finanzierungsrahmens lässt keine weitergehende Kenntnis konkreter Bedarfe erkennen.

110(4) Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob die Dringlichkeitsvergaben wegen des mit ihnen verfolgten Zwecks selbst im Fall einer etwaigen Zurechenbarkeit der die Dringlichkeit begründenden Umstände zulässig sein könnte. Insoweit erscheint es aus Sicht des Senats nicht frei von Zweifeln, ob der insoweit in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung in jeder Hinsicht gefolgt werden kann, wonach Dringlichkeitsvergaben zur Abwendung einer unmittelbaren Gefährdung bedeutender Rechtsgüter, wie etwa Leib und Leben und hohe Vermögenswerte, selbst dann gerechtfertigt sein können, wenn die Gründe für die besondere Dringlichkeit dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen sind (vgl. Ziekow/Völlink, VergabeR/Völlink, VgV § 14 Rn. 64 mwN). Zwar spricht einiges dafür, dass auch in einem solchen Fall der Schutz der Rechtsgüter, die mit der Beschaffung bewahrt werden sollen, der Gewährung von Primärrechtsschutz in Form der Feststellung der Unwirksamkeit der vergebenen öffentlichen Aufträge entgegenstehen kann. Dies schließt es aber keineswegs von vornherein aus, dem unterlegenen Bieter Schadensersatzansprüche zuzubilligen.

OLG Bremen: Dringlichkeitsvergaben von Corona-Schnelltests –
Immobilien Bremen(NZBau 2022, 548)

557

111c) Die sofortige Beschwerde erweist sich auch als unbegründet, soweit sie sich gegen die Entscheidung der VK wendet, wonach die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Ag. erforderlich gewesen ist.

112aa) Gemäß § 182 IV 4 GWB iVm § 80 II, III 2 VwVfG bestimmt die VK auch, ob die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig war, mit der Folge, dass die entsprechenden Aufwendungen im Rahmen der Kostenerstattung vom Kostenschuldner zu ersetzen sind, § 182 IV 1 GWB.

113Über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden. Hierfür können neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände in der Person des Bet. bestimmend sein (vgl. BGHZ 169, 131 = NZBau 2006, 800 (807) Rn. 61 – Polizeianzüge).

114Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den öffentlichen Auftraggeber ist jedenfalls in einfach gelagerten Fällen nicht notwendig (vgl. OLG Schleswig ZfBR 2004, 92). Dabei sind

tatsächliche auftragsbezogene Fragen aus Sicht des Auftraggebers eher als einfach anzusehen (vgl. OLG Schleswig ZfBR 2004, 92). Gegen eine Erforderlichkeit kann auch sprechen, dass lediglich auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen auf Grundlage geklärt Rechtsgrundsätze in Rede stehen, deren Beantwortung genuine Aufgabe einer jeden Vergabestelle ist (vgl. OLG München ZfBR 2008, 724 Rn. 13; OLG Celle NZBau 2019, 462 (471) Rn. 97 – Postzustellung Niedersachsen II; OLG Düsseldorf 16.3.2020 – VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 40). Das Hinzutreten weiterer, nicht nur einfach gelagerter Rechtsfragen spricht dagegen eher für die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts auch durch den öffentlichen Auftraggeber, wobei auch der typische Zeitdruck in Nachprüfungsverfahren und zumindest ergänzend der Gesichtspunkt einer prozessualen Waffengleichheit eine Hinzuziehung als gerechtfertigt erscheinen lassen können (vgl. OLG München ZfBR 2008, 724 Rn. 13). Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass schon die Wahrnehmung der Interessen des öffentlichen Auftraggebers im gerichtsähnlich ausgestalteten Nachprüfungsverfahren, das enge Fristen und teils komplexe rechtliche Vorgaben – wenn auch zumeist für den die Nachprüfung begehrenden Bieter – vorsieht und der VK die Aufgabe zumisst, ohne an Anträge gebunden zu sein auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinzuwirken, im Einzelfall erhebliche Anforderungen stellen kann, die eine Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als erforderlich erscheinen lassen können (vgl. OLG Schleswig ZfBR 2004, 92).

115 Gemessen hieran ist es nicht zu beanstanden, dass die VK hier die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts angenommen hat. Es geht zwar mit der Wahl des Vergabeverfahrens um eine in jedem Vergabeverfahren zu fällende Entscheidung. Zudem hat die Ag. auch nicht vorgetragen, dass die von ihr herangezogene Vergabestelle nicht über die notwendige personelle Ausstattung verfüge, um sich in einem Nachprüfungsverfahren selbst zu verteidigen. Jedoch stehen im vorliegenden Fall nicht lediglich einfach gelagerte und in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärte, sondern komplexe Rechtsfragen sowohl in Bezug auf die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens als auch mit Blick auf die Grenzen einer Dringlichkeitsvergabe in Rede, die die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Vergabestelle als erforderlich erscheinen lassen.

1163. Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 II GWB, § 78 S. 2, S. 1 GWB. Den Beigel. im Beschwerdeverfahren gegebenenfalls entstandene Kosten hat die Ast. dagegen nicht zu tragen. Eine anderslautende Entscheidung entspräche nicht der Billigkeit, da die Beigel. sich am Beschwerdeverfahren nicht mehr aktiv beteiligt haben (vgl. dazu OLG Düsseldorf 20.5.2019 – VII-Verg 60/18, BeckRS 2019, 44976).

117 Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 50 II GKG.

Anm. d. Red.:

S. hierzu auch die vorstehend unter Nr. 9 abgedruckte Entscheidung des KG NZBau 2022, 544. – Die engen Grenzen von Dringlichkeitsvergaben beleuchten Butzert NZBau 2021, 720 und Roth/Landwehr NZBau 2021, 441. S. zur Unwirksamkeit eines Vertrags ohne Wettbewerb OLG Rostock NZBau 2022, 50 – Luca App II. Vgl. schließlich zu Laufzeitbeschränkungen bei Dringlichkeitsvergaben OLG Karlsruhe NZBau 2021, 200 – Buslinienverkehr Enzkreis.