

**Gericht:** OLG Düsseldorf Vergabesenat  
**Entscheidungsdatum:** 14.12.2022  
**Aktenzeichen:** Verg 1/22  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2022:1214.VERG1.22.00  
**Dokumenttyp:** Beschluss  
**Quelle:**



**Zitiervorschlag:** OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2022 - Verg 1/22 -, juris

---

### Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 6. Januar 2022 (VK 42/21-L) wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin werden der Antragstellerin auferlegt.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 65.000,00 Euro festgesetzt.

### Gründe

#### I.

- 1 Der Rat der Antragsgegnerin beschloss am 4. August 2021 die Beschaffung von mobilen Luftreinigungsgeräten für sämtliche Grundschulen in B. zum nächstmöglichen Zeitpunkt.
- 2 Der Beschlussfassung war die Erklärung der Landesschulministerin vom 28. Juni 2021 vorausgegangen, wonach in dem am 18. August 2021 beginnenden neuen Schuljahr der Präsenzunterricht vollumfänglich gewährleistet sein soll. Diese Erklärung hatte die Antragsgegnerin zum Anlass genommen, in Überlegungen einzutreten, ob das Lüften der Klassenräume zur Gewährleistung eines sicheren Präsenzunterrichts ausreichend sei. Zu diesem Zweck hatte sie sachverständigen Rat bei Prof. Dr. N., dem Inhaber des Lehrstuhls für Gebäude- und Klimatechnik der B., gesucht, der ihr nach einem ersten Gespräch am 19. Juli 2021 ab dem 21. Juli 2021 ein Konzept für die Ausstattung ihrer Grundschulen mit Luftreinigern erstellt hatte, das unter anderem zur Vermeidung von Zugluft und Gewährleistung einer Mindestwurfweite von fünf Metern eine Luftzufuhr über Kopf in einer Höhe von mindestens 2,1 Metern vorsah.
- 3 In Umsetzung des Ratsbeschlusses vom 4. August 2021 erstellte die Antragsgegnerin ein Leistungsverzeichnis und Vergabeunterlagen und hinterlegte diese am 6. August 2021 auf dem Vergabeportal, auf das sie zwei für geeignet beurteilten Firmen Zugriff gewährte. Innerhalb der Angebotsfrist bis zum 17. August 2021 gab lediglich die Beigeladene ein Angebot ab. Am 19. August 2021 schloss die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen einen Vertrag über die Beschaffung von 280 Luftreinigern im Gesamtwert von .... Euro.
- 4 Die Antragstellerin erhielt Ende August 2021 Kenntnis von diesem Vertragsschluss. Auf ihre Nachfrage wurde ihr am 1. September 2021 telefonisch bestätigt, dass sie nicht habe berücksichtigt werden können, weil eine Ausblashöhe über Kopfhöhe festgelegt worden sei, dass aber mit der Vergabe alles in Ordnung sei. Auf Aufforderung zur Stellung-

nahme mit Anwaltsschreiben vom 3. September 2021 teilte ihr die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13. September 2021 mit, die Ausblashöhe sei zur Vermeidung von Zuglufterscheinungen und zur Gewährleistung einer Mindestwurfreichweite von fünf Metern erforderlich. Mit Schreiben vom 20. September 2021 erklärte die Antragstellerin, am 11. September 2021 aus der Presse von der Auftragsvergabe an die Beigeladene erfahren zu haben, und äußerte die Vermutung einer Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, die sie als unzulässig rügte. Die Voraussetzungen einer Dringlichkeitsvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV hätten wegen Verzögerung um fast einen Monat nicht vorgelegen. Auch sei die Festlegung der technischen Anforderung einer Ausblashöhe über Kopfhöhe willkürlich gewesen, dem Vertragsschluss sei keine hinreichende Markterkundung vorausgegangen und die Mitwirkung von Prof. Dr. N. habe gegen die Verpflichtung zur Vermeidung von Interessenkonflikten verstoßen. Zudem sei eine EU-weite Bekanntmachung der Auftragsvergabe unterblieben. Die Antragsgegnerin wies diese Rügen mit Schreiben vom 24. September 2021 zurück. Die Voraussetzungen einer Dringlichkeitsvergabe seien erfüllt, die Bekanntmachung erfolge schnellstmöglich.

- 5 Die Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der EU erfolgte am 4. Oktober 2021. Dort heißt es zur Begründung der Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb, dass aufgrund der sich täglich verstärkenden Belastung der Gesundheitssysteme durch die Dynamik der Covid-19-Infektionen ein kurzfristiger Beschaffungsbedarf bestanden habe. Wegen der bestehenden Gefährdung der fundamentalen Rechtsgüter Leben und Gesundheit hätte der Auftrag zügig vergeben und ausgeführt werden müssen, um die Corona-Pandemie eindämmen und den Schulbetrieb aufrechterhalten zu können. Die Lieferung der ersten 20 Luftreiniger erfolgte bis zu den Herbstferien 2021, bis Weihnachten 2021 war die Lieferung der Luftreinigungsgeräte abgeschlossen.
- 6 Mit Schriftsatz vom 8. Oktober 2021 beantragte die Antragstellerin die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb hätten nicht vorgelegen, da die Dringlichkeit selbst verschuldet gewesen sei. Auch sei die EU-weite Bekanntmachung der Auftragsvergabe nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist erfolgt. Die Markterkundung sei unzureichend durchgeführt und fehlerhaft gewesen, weil durch das willkürliche Kriterium der Luftzufuhr über Kopf die Beigeladene bevorzugt worden sei. Die Beteiligung des sachverständigen Beraters Prof. Dr. N. sei insoweit aufgrund des bestehenden Interessenkonflikt unzulässig gewesen.
- 7 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 8 1. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB durch die Vergabe eines Auftrages an die U. verletzt ist;
- 9 2. festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der U. geschlossene Vertrag unwirksam ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB;
- 10 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Auftrag nach den Vorschriften des GWB auszuschreiben;
- 11 4. ihr Akteneinsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin zu gewähren;

- 12 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten aufzuerlegen.
- 13 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 14 das Antragsbegehren zurückzuweisen.
- 15 Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV seien gegeben gewesen. Die Dringlichkeit sei nicht selbstverschuldet. Es habe eine große Unsicherheit über die pandemische Entwicklung an Schulen geherrscht, der mit weitgehender Aufgabe des Präsenzunterrichts begegnet worden sei. In den wärmeren Monaten gegen Ende des Schuljahres 2020/2021 habe Wechselunterricht stattgefunden. Erst unmittelbar vor den Sommerferien habe dann die Schulministerin erklärt, dass nach den Sommerferien so viel Präsenzunterricht wie möglich stattfinden solle. Damit sei die Frage eines sicheren Unterrichtsumfelds in voll besetzten Klassenräumen drängend geworden, zumal die im Juni 2021 veröffentlichten Daten des Robert-Koch-Instituts überproportional hohe Coronainfektionsraten in der Altersgruppe fünf bis neun Jahre ausgewiesen hätten. Sie habe sich daher verpflichtet gesehen, Schutzmaßnahmen zu ergreifen und sich mit der Möglichkeit einer Beschaffung mobiler Luftreiniger zur Sicherstellung der Lufthygiene befasst. Hintergrund seien Studien der Universität Stuttgart zur Luftreinigung an Schulen und des Strömungsmechanikers Kähler von der Universität der Bundeswehr in München von Anfang Juli 2021 gewesen. Es habe sich jedoch um ein hochkomplexes Thema gehandelt, bei dem Expertenmeinungen zu Luftreinigern versus einer guten Lüftungsstrategie auseinandergegangen seien. Sie habe daher sachverständigen Rat bei Professor N. von der B. gesucht. Erst dessen am 21. Juli 2021 aufgenommene sachverständige Beratung habe ihr eine Entscheidung für die Beschaffung von Luftreinigern ermöglicht. Die von diesem empfohlenen technischen Anforderungen an die Luftreiniger seien wissenschaftlich begründet. Prof. Dr. N. habe sie aber nur im Vorfeld beraten, am Vergabeverfahren selbst sei er nicht beteiligt gewesen.
- 16 Die Vergabekammer hat den auf Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags und Verpflichtung zur Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 6. Januar 2022 zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin sei zur Vergabe ohne vorherige europaweite Ausschreibung berechtigt gewesen. Die Covid-19-Pandemie und ihre Auswirkungen seien ihr nicht zuzurechnen. Sie habe mit der Beschaffung auch nicht so lange gezögert, als dass dies die Durchführung eines offenen Verfahrens verhindert hätte. Bei einer Ausschreibung am 5. August 2021 hätte der Zuschlag frühestens nach Ablauf der Wartefrist am 2. September 2021 erfolgen können und die Auslieferung der Geräte hätte sich um jeweils zwei Wochen verzögert, was unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes nicht hinzunehmen gewesen sei. Der Antragsgegnerin sei auch keine verspätete Erstellung des Leistungsverzeichnisses anzulasten. Eine rein vorsorgliche Beschaffung vor Klarstellung durch die Landesregierung, dass der Präsenzunterricht vollumfänglich zu gewährleisten sei, sei nicht angezeigt gewesen. Danach habe sich die Antragsgegnerin informiert und nach fachkundiger Beratung gesucht, die sie ab dem 21. Juli 2021 erhalten habe. Den dabei ermittelten besonderen Anforderungen auch hinsichtlich der Lautstärke hätten nur die Geräte von zwei Unternehmen und beispielsweise nicht die der Antragstellerin genügt. Eine Verkürzung dieser Zeitspanne hätte einen erheblichen Zeitdruck geschaffen und zu einer Verlagerung der Angebotsfrist in die Sommerferien geführt, wo die Gefahr nicht verwertbarer Angebote bestanden hätte. Da sich

die Dringlichkeitsvergabe als rechtmäßig erweise, sei der Zuschlag wirksam und weitere mögliche Verstöße einschließlich des gerügten Interessenkonflikts nicht zu prüfen.

- 17 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Es sei schon rechtsirrig, dass die Vergabekammer ihre Prüfungskompetenz auf die Frage der Zulässigkeit des Dringlichkeitsverfahrens nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV beschränkt habe, obwohl auch der von ihr gerügte Verstoß gegen § 6 VgV eine Nichtigkeit nach § 138 BGB begründen könne. Dessen Voraussetzungen lägen vor. So habe Herr Prof. Dr. N. maßgeblich an der Festlegung der Eignungskriterien mitgewirkt - die die Beigeladene bevorzugende Anforderung einer Höhe des Luftauslasses von 2,10 Meter stamme von ihm -, obwohl er selbst Berater der Beigeladenen und Geschäftsführer der U.1 sei, die über dieselbe Gesellschafterin wie die Beigeladene verfüge. Die Vergabekammer habe aber auch zu Unrecht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV bejaht. Eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb stelle eine absolute Ausnahme dar, die nur möglich sei, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe es nicht zuließen, die Mindestfristen einzuhalten. Dass die Anwendung der Mindestfristen den Erfolg einer Ausschreibung im offenen Verfahren in Frage stellen könnten, sei kein Kriterium. Tatsächlich hätte vorliegend eine Ausschreibung im offenen Verfahren mit Mindestfristen die Beschaffung nicht relevant verzögert, weil die zweiwöchige Differenz sowohl der Erst- als auch der Schlusslieferung in die Herbst- bzw. Weihnachtsferien gefallen wäre. Zudem habe die Antragsgegnerin das Leistungsverzeichnis zu spät erstellt. Es sei schon nicht ersichtlich, weshalb zwischen der Presserklärung der Ministerin am 28. Juni 2021 und dem Beginn der Beratung durch Prof. Dr. N. 23 Tage vergangen seien. Im Übrigen datiere die klare politische Maßgabe, dass Präsenzunterricht zu gewährleisten sei, nicht erst vom 28. Juni 2021. Präsenzunterricht sei bereits am 31. Mai 2021 wieder eingeführt worden. Gleichwohl habe sich die Antragsgegnerin seinerzeit noch nicht mit der Sinnhaftigkeit von Luftreinigern auseinandergesetzt. Auch da sei die Pandemie bereits über ein Jahr alt und damit kein unvorhersehbares Ereignis mehr gewesen. Es sei im Übrigen auch nicht richtig, dass ihre Luftfilter die Anforderungen an die Lautstärke verfehlten. Nicht berücksichtigt worden sei sie allein aufgrund des Kriteriums der Luftzufuhr über Kopf.
- 18 Die Antragstellerin beantragt,
- 19 1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 6. Januar 2022, Az. VK 42/21-L, aufzuheben;
- 20 2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist;
- 21 3. festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der U. geschlossene Vertrag unwirksam ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB;
- 22 4. der Antragsgegnerin aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
- 23 5. hilfsweise, die Vergabekammer Rheinland zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden.
- 24 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 25 1. die Anträge Nr. 1-5 der Antragstellerin zurückzuweisen;

- 26 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin für das Nachprüfungsverfahren für notwendig zu erklären;
- 27 3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.
- 28 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Die starken Unsicherheiten über die weitere pandemische Entwicklung habe zunächst zu Unterricht im Distanzunterricht geführt. Dies sei jedoch nicht ohne Folgen für Lernerfolg und persönliche Entwicklung der Kinder geblieben, weshalb entschieden worden sei, nach den Sommerferien so viel Präsenzunterricht wie möglich stattfinden zu lassen. Damit sei die Frage des Schutzes für sie umso drängender geworden. Ob dem durch Luftreinigungsanlagen Rechnung getragen werden könne, sei ein hochkomplexer technischer Vorgang, viele Experten hätten auf eine gute Lüftungsstrategie verwiesen. Erst im Juli 2021 seien Studien zu Luftreinigern an Schulen veröffentlicht worden. Die überarbeiteten Empfehlungen des Umweltbundesamtes zur Innenraumlufthygiene datierten vom 9. Juli 2021. Ab dem 19. Juli 2021 habe sie daher Beratungsgespräche mit Prof. Dr. N. geführt. Erst dies hätten ihr dann den Beschaffungsbedarf verdeutlicht. Dabei diene die Vorgabe einer Luftauslassöffnung in 2,1 Meter Höhe der nur so zu realisierenden Mindestwurfweite von fünf Metern und der Vermeidung von Zuglufterscheinungen.
- 29 Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin auf Nachfrage geschildert, im Frühjahr 2021 die Fenster aller Klassenräume kontrolliert und so eingestellt zu haben, dass sie nicht nur gekippt, sondern geöffnet werden können. Dies habe sie seinerzeit für ausreichend erachtet. Am 5. Juli 2021 sei dann die Studie der Universität Stuttgart und ebenfalls im Juli 2021 auch die Studie des Strömungsmechanikers Kähler veröffentlicht worden. Daraufhin habe sie sachverständigen Rat bei Prof. Dr. N. gesucht, auf den sie durch einen Artikel vom 11. Juli 2021 aufmerksam geworden sei.

## II.

- 30 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.
- 31 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat.
- 32 2. Die Beschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, soweit sich die Antragstellerin gegen das Unterbleiben einer EU-weiten Ausschreibung wendet. Er ist jedoch unbegründet. Eine Unwirksamkeit des der Beigeladenen erteilten Auftrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist nicht gegeben.
- 33 a) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig. Der bereits erfolgte Vertragsschluss mit der Beigeladenen steht dem Nachprüfungsantrag nicht entgegen. Einer vorherigen Rüge hätte es nicht bedurft.
- 34 aa) Zwar ist ein Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 1 GWB grundsätzlich nur so lange der statthafte Rechtsbehelf, wie ein Vergabeverfahren noch nicht durch einen wirksamen Zuschlag abgeschlossen ist. Das ergibt sich aus der Gesetzessystematik. Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz hat nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB das Ziel, eine Rechts-

verletzung im noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren zu beseitigen. Ist es - infolge eines wirksamen Zuschlags - zu einer definitiven Rechtsverletzung im Vergabeverfahren gekommen, so sind gemäß § 13 GVG für die sich daraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten unmittelbar die ordentlichen Gerichte zuständig (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492 f.). Ist der Zuschlag einmal wirksam erteilt, ohne dass zuvor ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer eingeleitet worden ist, kann eine Zuständigkeit der Vergabekammern nicht mehr begründet werden. Das zeigt auch § 168 Abs. 2 GWB, insbesondere sein Satz 2, wonach aus Gründen der Prozessökonomie nur dann eine Zuständigkeit der Vergabekammer (fort)besteht, eine Rechtsverletzung trotz Zuschlags festzustellen, wenn das Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt des Zuschlags bereits eingeleitet war (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492 f; Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 18).

- 35 Allerdings gilt eine Ausnahme von diesem Grundsatz in den beiden in § 135 Abs. 1 GWB genannten Fällen. In diesen führt der Zuschlag zunächst nur zu einem schwebend wirksamen Vertrag. Binnen der in § 135 Abs. 2 GWB genannten Fristen kann deshalb noch vor der Vergabekammer ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden mit dem Ziel, dass einer der beiden im Gesetz genannten Vergaberechtsverstöße festgestellt wird. In dem Fall, dass ein Verstoß festgestellt wird, ist der mit dem Zuschlag zunächst schwebend wirksame Vertrag von Anfang an unwirksam. § 135 GWB regelt damit den Spezialfall der Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags trotz eines bereits erteilten Zuschlags (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 19).
- 36 Für die Frage der Statthaftigkeit des auf § 160 Abs. 1 i.V.m. § 135 GWB gestützten Nachprüfungsantrags kommt es nicht darauf an, ob einer der in § 135 Abs. 1 GWB aufgeführten Vergaberechtsverstöße im Ergebnis zu bejahen ist. Die Frage eines Verstoßes gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB betrifft sowohl die Statthaftigkeit als auch die Begründetheit des Nachprüfungsantrags (sog. doppelrelevante Tatsache). In solchen Fällen ist eine rechtliche Argumentation, nach der ein Verstoß gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB zu bejahen ist, nicht schon im Rahmen der Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs, sondern erst im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 19; OLG Celle, Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535 Rn. 17). Dementsprechend ist vom Vortrag der Antragstellerin auszugehen, die sich auf einen Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB beruft und dafür geltend macht, dass die Antragsgegnerin den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben habe, obwohl der maßgebliche Schwellenwert überschritten sei.
- 37 bb) Der Nachprüfungsantrag ist fristgerecht eingereicht. Die in § 135 Abs. 2 GWB vorgesehene Frist für die Geltendmachung der Unwirksamkeit ist gewahrt. Nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB muss die Unwirksamkeit innerhalb von 30 Kalendertagen ab Information des betroffenen Bieters durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages geltend gemacht werden. Die gleiche Frist gilt nach § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB ab der Bekanntgabe des Vertragsschlusses im Amtsblatt der Europäischen Union.
- 38 Vorliegend hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin zwar auf Nachfrage am 1. September 2021 telefonisch dahingehend unterrichtet, dass sie nicht habe berücksichtigt werden können, weil eine Ausblashöhe über Kopfhöhe festgelegt worden sei, dass aber mit der Vergabe alles in Ordnung wäre. Diese Unterrichtung genügte jedoch den an eine Information nach § 135 Abs. 2 Satz GWB zu stellenden Anforderungen nicht, zu dessen

Auslegung Art. 2 f Abs. 1 lit. a zweiter Spiegelstrich der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG heranzuziehen ist, der durch § 135 GWB umgesetzt werden sollte (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22. Februar 2019, 15 Verg 9/18, NZBau 2019, 748 Rn. 26 u, Verw. a. Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/6281).

- 39 Die Information muss einer der in Art. 2 f Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2007/66/EG vorgesehenen Tatbestandsvarianten genügen (Senatsbeschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 15/12, NZBau 2012, 791, 792). Nach Art. 2 f Abs. 1 lit. a zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 2007/66/EG kann ein nationaler Gesetzgeber nämlich die Geltendmachung der Unwirksamkeit durch einen Bieter in einem Nachprüfungsverfahren lediglich dadurch einschränken, dass die Feststellung innerhalb von mindestens 30 Kalendertagen zu beantragen ist, wenn der Beginn der Frist mit dem Tag beginnt, der dem folgt, an dem der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe mit der Begründung der Entscheidung, von einer vorherigen Veröffentlichung abzusehen, veröffentlicht oder an dem der öffentliche Auftraggeber den nicht berücksichtigte Bieter über den Abschluss des Vertrags informiert und die Information eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art. 41 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG enthält, also den Namen des Zuschlagempfängers und die Gründe, warum dem Angebot dieses Unternehmens den Vorzug vor den übrigen Angeboten oder Bewerbungen zu geben war (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22. Februar 2019, 15 Verg 9/18, NZBau 2019, 748 Rn. 26).
- 40 Diesen Anforderungen genügte die Mitteilung vom 1. September 2021 schon deswegen nicht, weil der Antragstellerin die Zuschlagempfängerin nicht mitgeteilt worden ist. Fristauslösend kann daher frühestens das Schreiben der Antragsgegnerin vom 24. September 2021 gewesen sein, in der sie die gewählte Verfahrensart und die technische Anforderung der Ausblashöhe begründet. Zwar fehlt auch diesem Schreiben die Nennung der Beigeladenen als Zuschlagempfängerin. Sie kann allerdings möglicherweise konkludent hineingelesen werden, weil die Antragsgegnerin dem entsprechenden Vorhalt der Antragstellerin nicht entgegengetreten ist. Ob dieses Schreiben oder erst die öffentliche Bekanntmachung am 4. Oktober 2021 fristauslösend war, kann jedoch letztendlich dahinstehen, weil die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag am 8. Oktober 2021 und damit in jedem Fall innerhalb der 30-Tages-Frist gestellt hat.
- 41 cc) Die Antragstellerin hat die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb an die Beigeladene mit Schreiben vom 20. September 2021 gerügt. Einer solchen Rüge hätte es allerdings gar nicht bedurft. Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB gilt die Rügeobliegenheit nach Satz 1 nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines ohne die gebotene Ausschreibung vergebenen Vertrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.
- 42 dd) Die von § 160 Abs. 2 GWB geforderten Antragsbefugnis liegt vor. Danach sind nur solche Unternehmen antragsbefugt, denen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Da das Nachprüfungsverfahren kein abstraktes Instrument zur Fehlerkontrolle ist, sondern dem Individualrechtsschutz dient, kann ein Nachprüfungsantrag eines am Auftrag interessierten Marktteilnehmers nur dann erfolgreich sein, wenn Vergabefehler eine Beeinträchtigung seiner Bieterrechte nach sich ziehen (OLG Thüringen, Beschluss vom 12. April 2012, 2 Verg 2/12, Rn. 116; OLG München, Beschluss vom 11. April 2013, Verg 3/13, BeckRS 2013, 7174).

- 43 Ein Schaden droht, wenn der Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32), wenn also die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565; Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26). Das ist regelmäßig der Fall, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf, und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32). An die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens sind deshalb keine sehr hohen Anforderungen zu stellen (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26, und vom 30. September 2020, VII-Verg 15/20).
- 44 Erst wenn eine Verschlechterung der Zuschlagschancen durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß offensichtlich ausgeschlossen ist, ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26, und vom 30. September 2020, VII-Verg 15/20). So kann der Umstand, dass die Absicht der Vergabe des Auftrags nicht europaweit, sondern nur national ausgeschrieben wurde, dann unbeachtlich sein, wenn der Antragsteller sich am Verfahren beteiligen konnte (OLG München, Beschluss vom 11. April 2013, Verg 3/13, BeckRS 2013, 7174) und sein Angebot gegenüber dem der Beigeladenen schon aus anderen Gründen chancenlos war, weil seine Auftragschancen durch den gerügten Vergabeverstoß dann nicht geschmälert wurden (Senatsbeschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12, BeckRS 2012, 18205).
- 45 Eine solche Ausnahme ist vorliegend nicht gegeben. Die Antragstellerin konnte sich am Vergabeverfahren schon mangels Gewährung eines Zugriffs auf die Vergabeunterlagen nicht beteiligen. In einem solchen Fall reicht es aus, wenn das Interesse am Auftrag durch den Nachprüfungsantrag dokumentiert wird (Senatsbeschluss vom 29. Februar 2012, VII-Verg 75/11, BeckRS 2012, 8570). Ihr Angebot war nach ihrem, für die Frage der Zulässigkeit maßgeblichen Vortrag auch nicht chancenlos. Die Antragstellerin macht geltend, dass sie sich bei ordnungsgemäßem Vergabeverfahren mit ihren Luftfiltergeräten an der Ausschreibung beteiligt hätte und zwar mit Aussicht auf Erfolg, weil ihre Geräte die Anforderungen mit Ausnahme der technischen Anforderung einer Ausblashöhe über Kopfhöhe erfüllten, die willkürlich und nur auf Veranlassung des wegen eines Interessenkonflikts auszuschließenden sachverständigen Beraters Prof. Dr. N. festgelegt worden sei. Dies hätte sie bei einer Vergabe im offenen Verfahren vorab rügen können.
- 46 b) Der somit zulässige Nachprüfungsantrag ist nicht begründet. Der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag ist nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam.
- 47 Zwar sieht die Vorschrift grundsätzlich die Unwirksamkeit von ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergebenen Aufträgen vor. Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 Halbsatz 2 GWB sind hiervon jedoch die Fälle ausgenommen, in denen dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. Ein solche gesetzliche Gestattung regelt § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben kann, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen ein-



zuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind. Dabei dürfen die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein. Diese Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe waren vorliegend bei Vergabe des Auftrags an die Beigeladene erfüllt.

- 48 aa) Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb hat Ausnahmecharakter, weshalb die entsprechenden Vorschriften als Ausnahme von den Vorschriften, die die Wirksamkeit der im Gemeinschaftsrecht anerkannten Rechte im Bereich des öffentlichen Auftragswesens gewährleisten sollen, eng auszulegen sind (EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, C-275/08, NZBau 2010, 63 Rn. 54, 55). Wegen des Gefahrenpotenzials für Wettbewerb, Gleichbehandlung der Bieter und Transparenz in Vergabeverfahren kommt das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, bei dem nach § 134 Abs. 3 Satz 1 GWB auch die Bieterinformation entfällt, nur in eng zu begrenzenden Ausnahmefällen in Betracht (Senatsbeschluss vom 10. Juni 2015, VII-Verg 39/14, NZBau 2015, 572 Rn. 18).
- 49 Für die Dringlichkeitsvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, der Art. 32 Abs. 2 lit. c der Vergaberichtlinie 2014/24/EU umsetzt, müssen drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, C-275/08, NZBau 2010, 63 Rn. 68). Es müssen ein unvorhersehbares Ereignis, dringliche und zwingende Gründe, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen gegeben sein (EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, C-275/08, NZBau 2010, 63 Rn. 69). Der öffentliche Auftraggeber darf die bestehende Dringlichkeitssituation folglich nicht durch Nachlässigkeit selbst herbeigeführt haben. Die Auffassung, ein Auftraggeber könne sich auf die Dringlichkeit auch dann berufen, wenn er sie verursacht habe, ist abzulehnen (Senatsbeschlüsse vom 29. Februar 2012, VII-Verg 75/11, BeckRS 2012, 8570, und vom 10. Juni 2015, VII-Verg 39/14 (NZBau 2015, 572 Rn. 18 - Feldlager Mazar-e-Sharif); sie steht nicht im Einklang mit § 14 Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 VgV und Art. 32 Abs. 2 lit. c. Satz 2 der Vergaberichtlinie, wonach die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein dürfen. Ob für Vergaben im Bereich der Daseinsvorsorge vor dem Hintergrund Funktionsgewährleistungspflicht nach Art. 14 AEUV anderes zu gelten hat, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.
- 50 An das Erfordernis der äußerst dringlichen und zwingenden Gründe werden hohe Anforderungen gestellt (BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022, Verg 7/21 NZBau 2022, 172 Rn. 62; OLG Celle, Beschluss vom 24. September 2014, 13 Verg 9/14, NZBau 2014, 784 Rn. 34; Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 58). Vorausgesetzt ist eine drohende gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung für den Fall, dass ein reguläres Vergabeverfahren durchgeführt würde (BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022, Verg 7/21 NZBau 2022, 172 Rn. 62). Hierzu gehören akute Gefahrensituationen und Fälle höherer Gewalt, die zur Vermeidung von Schäden für Leib und Leben der Allgemeinheit ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern (OLG Celle, Beschluss vom 24. September 2014, 13 Verg 9/14, NZBau 2014, 784 Rn. 55; Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 62). Dabei trägt der öffentliche Auftraggeber nach dem Grundsatz, dass derjenige, der sich auf eine Ausnahme berufen will, die Feststellungslast dafür, dass die die Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstän-

de tatsächlich vorliegen (EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, C-275/08, NZBau 2010, 63 Rn. 56). Bei der Feststellung der Eilbedürftigkeit der Beschaffung ist ihm allerdings ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, dessen Ausübung nach allgemeinen Grundsätzen von den Vergabenachprüfungsinstanzen lediglich darauf zu überprüfen ist, ob er die Entscheidung auf der Grundlage eines zutreffend ermittelten Sachverhalts getroffen und diese nicht mit sachfremden Erwägungen, sondern willkürfrei sowie in Übereinstimmung mit hergebrachten Beurteilungsgrundsätzen begründet hat. Doch müssen die für eine Dringlichkeit herangezogenen Gründe objektiv nachvollziehbar gegeben sein (Senatsbeschluss vom 10. Juni 2015, VII-Verg 39/14, NZBau 2015, 572 Rn. 18).

- 51 bb) Diese Voraussetzungen waren vorliegend erfüllt. Ein unvorhersehbares Ereignis, dringliche und zwingende Gründe, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und ein Kausalzusammenhang zwischen Ereignis und Gründen waren gegeben.
- 52 (1) Zwar war die im Frühjahr 2020 aufgetretene Corona-Pandemie Mitte 2021 als solche kein unvorhergesehenes Ereignis mehr. Insoweit greift der in der Bekanntmachung vom 4. Oktober 2021 wiedergegebene Vergabevermerk zu kurz. Die Antragsgegnerin hat ihre Begründung jedoch im Vergabeverfahren dahingehend ergänzt, zunächst habe eine große Unsicherheit über die pandemische Entwicklung an Schulen geherrscht, der mit weitgehender Aufgabe des Präsenzunterrichts begegnet worden sei. In den wärmeren Monaten gegen Ende des Schuljahres 2020/2021 habe Wechselunterricht stattgefunden. Erst unmittelbar vor den Sommerferien habe dann die Schulministerin erklärt, dass nach den Sommerferien so viel Präsenzunterricht wie möglich stattfinden solle. Damit sei die Frage eines sicheren Unterrichtsumfelds in voll besetzten Klassenräumen drängend geworden, zumal die im Juni 2021 veröffentlichten Daten des Robert-Koch-Instituts überproportional hohe Coronainfektionsraten in der Altersgruppe fünf bis neun Jahre ausgewiesen hätten.
- 53 Diese ergänzenden Ausführungen zu ihren Überlegungen zur Begründung der Dringlichkeit sind zu berücksichtigen. Zwar sind die Erwägungen der Vergabestelle nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VgV im Vergabevermerk zu dokumentieren. Insoweit reicht es jedoch aus, die wesentlichen Aspekte niederzulegen. Die Vergabestelle muss nicht jedes Detail ihrer Überlegungen festhalten, eine solche Anforderung würde den zumutbaren Rahmen eines Vergabeverfahrens sprengen (OLG München Beschluss vom 11. April 2013, Verg 3/13, BeckRS 2013, 7174). Verbleibende Dokumentationsmängel sind heilbar und können durch nachgeschobenen Vortrag der Antragsgegnerin im Verfahren geheilt werden (Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, BeckRS 2015, 18210 Rn. 175). Es kann der Vergabestelle nicht unter dem Gesichtspunkt fehlender Dokumentation verwehrt werden, weitere Umstände oder Gesichtspunkte vorzutragen, mit denen die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung außerdem nachträglich verteidigt werden soll (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, NZBau 2011, 175 Rn. 73 - Abellio Rail).
- 54 Die Ankündigung der Landesschulministerin vom 28. Juni 2021, in das neue Schuljahr mit voller Präsenz zu starten und alles dafür zu tun, dass so viel Präsenzunterricht wie möglich stattfindet, stellte im Zusammenhang mit der Pandemie ein unvorhersehbares Ereignis dar. Erst mit dieser Ankündigung entstand für die Antragsgegnerin als Schulträgerin die Notwendigkeit, einen sicheren Präsenzbetrieb unter Coronabedingungen auch in vollbesetzten Klassen zu gewährleisten, da damit die Alternativen, eine Unterrichtung

im Distanzunterricht oder eine Gewährleistung hinreichender Abstände im Klassenraum bei Wechselunterricht, entfielen.

- 55 Die Notwendigkeit, einen sicheren Präsenzbetrieb unter Coronabedingungen auch in vollbesetzten Klassen zu gewährleisten, war für die Antragsgegnerin auch nicht vorhersehbar. Zuvor war steigenden Infektionszahlen mit einem Übergang zum Distanzunterricht begegnet worden. Eine Maßnahme, die zu Beginn der Pandemie wiederholt angewandt worden ist. Aus rein epidemiologischer Sicht sind Schulschließungen auch jeder anderen Maßnahme überlegen; insoweit gilt gleiches wie für die Schließung anderer Einrichtungen oder von Firmen. Im Schuljahr 2020/2021 hat sich jedoch gezeigt, dass diese Maßnahme massive Nebenwirkungen für das Lernverhalten und die psychische Gesundheit der Schüler hat, weshalb die für die Antragsgegnerin nicht zu prognostizierende politische Entscheidung getroffen worden ist, auf das Mittel der Schulschließung zur Pandemiebekämpfung in Zukunft soweit irgend möglich zu verzichten. Eine Entscheidung, die im Übrigen auch in ihrer Brisanz für das Pandemiegeschehen für die Antragsgegnerin zuvor nicht vorhersehbar gewesen war. So war lange wissenschaftlich streitig, ob jüngere Kinder einen relevanten Beitrag zur pandemischen Entwicklung leisten. Erst mit den im Juni 2021 veröffentlichten Daten des Robert-Koch-Instituts zu überproportional hohen Coronainfektionsraten in der Altersgruppe fünf bis neun Jahre war erkennbar, dass Schulen einen möglicherweise entscheidenden Beitrag zum Pandemiegeschehen leisten.
- 56 (2) Dringliche und zwingende Gründe haben im Zeitpunkt der Einleitung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb am 6. August 2021 die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zugelassen.
- 57 Der mit dem Einsatz der Luftreinigungsgeräte erstrebte schnellstmögliche Schutz der Schulkinder ist ein dringlicher und zwingender Grund, da hierdurch nicht nur eine Gefahr für Leib und Leben der Schulkinder, sondern auch für deren in erheblichen Teilen zu Risikogruppen gehörenden Angehörigen signifikant vermindert werden kann.
- 58 Die Wahl eines anderen Vergabeverfahrens hätte zu einer nicht hinzunehmenden Verzögerung der Beschaffung der Luftreiniger geführt. Zwar gestattet § 15 Abs. 3 VgV für das offene Verfahren im Falle der Dringlichkeit eine Verkürzung der Angebotsfrist auf 15 Tage, gerechnet von der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Bei Absendung am 6. August 2021, an dem das streitgegenständliche Verhandlungsverfahren begonnen hat und der daher auch für Alternativbetrachtungen maßgeblich ist (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Juni 2015, VII Verg 39/14, juris Rn. 27), hätte die Angebotsfrist bereits rechnerisch nicht vor dem 21. August 2021 geendet. Da dies ein Samstag war, wäre nach § 82 VgV i.V.m. Art. 3 Abs. 4 der Verordnung (EWG/Euratom) Nr. 1182/71 Fristende am Montag, dem 23. August 2021, gewesen. Sodann hätten die Angebote geprüft und eines ausgewählt werden müssen, so dass eine Mitteilung nach § 134 GWB an die unterlegenen Bieter wohl nicht vor dem 25. August 2021 hätte erfolgen können. Die Wartefrist von zehn Tagen nach § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB hätte dann rechnerisch am 4. September 2021 geendet, der wiederum ein Samstag war. Damit hätte frühestens am 6. September 2021 der Zuschlag erfolgen können. Damit wäre es gegenüber der Auftragsvergabe am 19. August 2021 zu einer Verzögerung um wenigstens zweieinhalb Wochen gekommen, was in Anbetracht des betroffenen überragend wichtigen Rechtsgut Leben und Gesundheit nicht hinzunehmen war. Daran ändert auch der Umstand, dass ein Teil der zeitlichen Verzögerung bei der folgenden Auslieferung der Geräte in die Herbst- und die Weihnachtsferien gefallen wäre, nichts. Dies betrifft nur die erste und die letzte Teillie-

ferung, bei den dazwischen liegenden Teillieferungen wäre es zu Verzögerungen in der Schulzeit gekommen. Dort zählte aber jeder Tag.

- 59 (3) Auch der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen war gegeben; die Antragsgegnerin hatte die am 6. August 2021 bestehende Dringlichkeitssituation nicht durch Nachlässigkeit selbst herbeigeführt.
- 60 Am 28. Juni 2021 bestand noch keine Klarheit über die Notwendigkeit der Beschaffung von Luftreinigungsgeräten. Über deren Nutzen in Bezug auf die Verringerung des Infektionsrisiko bestand zu diesem Zeitpunkt in der Wissenschaft keine Einigkeit. So hat das Bundesumweltamt noch bis Juli 2021 den Einsatz von zusätzlichen Luftreinigungsgeräten nur für nicht lüftbare Räume empfohlen. Selbst eine eingeschränkte Empfehlung ist erst am 9. Juli 2021 erfolgt. Zu einer eindeutigen Empfehlung der Beschaffung von Luftfiltergeräten ist es sodann erst im September 2021 gekommen, wie der Senat aus anderen, vergleichbaren Verfahren weiß. Vor diesem Hintergrund bestand für die Antragsgegnerin am 28. Juni 2021 keine Veranlassung, eine Beschaffung einzuleiten, nachdem sie im Frühjahr die uneingeschränkte Belüftbarkeit aller Klassenräume hergestellt hatte.
- 61 Erst mit der am 5. Juli 2021 erschienen Studie der Universität Stuttgart zur Luftreinigung an Schulen und der ebenfalls im Juli 2021 veröffentlichten Ergebnisse des Strömungsmechanikers Kähler von der Universität der Bundeswehr in München gab es gewichtige wissenschaftliche Stimmen für einen erheblichen zusätzlichen Nutzenwert von Luftreinigern auch in lüftbaren Klassenräumen. Es handelte sich aber immer noch um ein hochkomplexes Thema, bei dem Expertenmeinungen zu Luftreinigern versus einer guten Lüftungsstrategie auseinandergingen; wie bereits ausgeführt, ist eine eindeutige Empfehlung seitens des Bundesumweltamts erst im September 2021 erfolgt.
- 62 Vor diesem Hintergrund war es nicht sachwidrig, dass die Antragsgegnerin zunächst Überlegungen zum weiteren Vorgehen angestellt, weitere Veröffentlichungen wie den am 11. Juli 2021 erschienen Artikel von Professor Dr. N. von der B. gesichtet und sodann dessen sachverständigen Rat gesucht hat. Dabei lag der Zeitraum zwischen dem 11. Juli 2021 und dem ersten Besprechungstermin am 19. Juli 2021 noch im Rahmen einer zügigen Entscheidungsfindung. Ab dem 21. Juli 2021 hat Prof. Dr. N. dann für die Antragsgegnerin ein Luftreinigungskonzept entwickelt, dass Grundlage der Entscheidung für eine Beschaffung von Luftreinigungsgeräten war, die dann im Ratsbeschlusses vom 4. August 2021 vom Gemeinderat gebilligt worden ist. Daraufhin ist dann am 5. August 2021 das Leistungsverzeichnis erstellt und am 6. August 2021 das Verhandlungsverfahren eingeleitet worden. Auch insoweit ist eine sachwidrige Verzögerung nicht zu erkennen. Es handelte sich um einen Beschaffungsvorgang, dessen konzeptionelle Planung nicht zu den Routinen eines Schulträgers gehört, weshalb der Antragsgegnerin eine gewisse Erkundigungs- und Überlegungsfrist zuzubilligen war.
- 63 3. Soweit die Antragstellerin vor der Vergabekammer eine verspätete EU-weite Bekanntmachung der Auftragsvergabe, eine unzureichende und fehlerhafte Markterkundung und eine willkürliche technische Anforderung in Gestalt einer Ausblashöhe von 2,1 Metern beanstandet hat, hat sie dies in ihrer Beschwerdebeurteilung nicht mehr aufgegriffen. Insoweit war ihr Nachprüfungsantrag allerdings auch bereits mangels Statthaftigkeit unzulässig, da der Berücksichtigung dieser Beanstandungen die Zuschlagserteilung an die Beigeladene entgegensteht.

- 64 Das in §§ 97ff. GWB geregelte Vergabeverfahren soll sicherstellen, dass Aufträge öffentlicher Auftraggeber nur in einem förmlichen, transparenten Verfahren einem Bieter erteilt werden. Während des Vergabeverfahrens haben die sich hieran beteiligenden Unternehmen deshalb Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 6 GWB). Dieser Anspruch kann während des Vergabeverfahrens vor den gemäß § 155 GWB eingerichteten Vergabekammern und den ihnen im Instanzenzug gemäß § 171 GWB nachfolgenden Senaten (Vergabesenate) verfolgt werden, deren Aufgabe es gemäß § 168 Abs. 1 GWB ist, auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken und insbesondere die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um eine bei der Nachprüfung festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen und die Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Das förmliche Vergabeverfahren ist beendet, wenn im Wege des Zugangs des Zuschlags des öffentlichen Auftraggebers einem Bieter der Auftrag wirksam erteilt ist (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492/93).
- 65 Nach § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB bleibt der durch Angebot und Annahme geschlossene Vertrag auch dann wirksam, wenn das Vergabeverfahren rechtswidrig war. Den Konflikt zwischen dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit und dem Grundsatz der Rechtssicherheit, löst der Gesetzgeber damit in letzter Konsequenz zu Gunsten der Rechtssicherheit auf (Dreher in Immenga/ Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, GWB § 168 Rn. 37). Die Vorschrift grenzt die Entscheidungskompetenzen der Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren einerseits von denen der für die Entscheidung über Schadensersatzklagen zuständigen Zivilgerichte andererseits ab (Antweiler in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 49). Vor der wirksamen Auftragserteilung begangene Verstöße gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren können daher - von den in § 135 Abs. 1 GWB geregelten Ausnahmen abgesehen - in dem gemäß §§ 155, 160 GWB eröffneten Nachprüfungsverfahren nicht mehr beseitigt werden. Diese Fragen sind nach § 13 GVG den ordentlichen Gerichten zugewiesen (§ 13 GVG). Nach einer das Vergabeverfahren abschließenden wirksamen Auftragserteilung haben die Zivilgerichte die nur durch § 179 Abs. 1 GWB eingeschränkte Kompetenz, über die Frage der Einhaltung der bis zur wirksamen Auftragserteilung zu beachtenden Vergaberegeln zu befinden (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492, 1493).
- 66 4. Soweit die Antragstellerin weiterhin eine Nichtigkeit des mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrages nach § 138 Abs. 1 BGB wegen einer gegen § 6 VgV verstoßende Mitwirkung des sachverständigen Beraters Prof. Dr. N. geltend macht, bleibt ihrem Antrag jedenfalls in der Sache der Erfolg versagt.
- 67 Zwar lässt § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB die Nichtigkeitsfolgen unberührt, die sich aus der Anwendung von Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB ergeben (Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, GWB § 168 Rn. 39). Da das Vergabeverfahren nur bei wirksamer Zuschlagserteilung einer Nachprüfung entzogen ist, hindert die Zuschlagserteilung die Prüfung und Entscheidung der Vergabekammer beziehungsweise des Vergabesenats dann nicht, wenn der Vertrag nach § 134 oder § 138 BGB nichtig ist (Antweiler in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 50). So ist das Nachprüfungsverfahren dann nicht durch einen der Beigeladenen erteilten Zuschlag erledigt, wenn dieser etwa wegen Verstoßes gegen das Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB gemäß § 134 BGB nichtig ist (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 21). Entsprechendes gilt bei

einem wegen Verstoßes gegen das für notifizierungspflichtige Beihilfen geltende Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV gemäß § 134 BGB nichtigen Vertrag (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19, NZBau 2020, 179 Rn. 36).

- 68 Vorliegend fehlt es bereits an einem auf die Feststellung der Nichtigkeit nach § 138 BGB gerichteten Antrag. Die Antragstellerin begehrt allein die Feststellung der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Zwar sind auch Prozesshandlungen auslegungsfähig und -bedürftig (Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., Vor § 128 Rn. 25). Bei verfahrenseinleitenden Anträgen ist davon auszugehen, dass die Partei das anstrebt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der Partei entspricht (BGH, NJW-RR 1995, 1183). Ob danach eine erweiternde Auslegung des Feststellungsantrags veranlasst ist, kann allerdings offenbleiben. Die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit nach § 138 BGB i.V.m. § 6 VgV liegen nicht vor.
- 69 Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Dabei sind nicht nur der objektive Inhalt des Geschäfts, sondern auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, und die von den Parteien verfolgten Absichten und Beweggründe im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, wobei es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt oder sich dieser Kenntnis grob fahrlässig verschließt, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1997, V ZR 74/96, NJW-RR 1998, 590, 591). Hierfür reicht ein schlichter Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht aus. Aus dem Verstoß gegen Vorschriften, die allein für das Vergabeverfahren relevant sind, ergibt sich grundsätzlich keine Vertragsnichtigkeit (OLG Celle, Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535 Rn. 60; Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 28). Ansonsten liefe die in § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB zum Ausdruck gekommene Wertentscheidung des Gesetzgebers, im Interesse der Rechtssicherheit den geschlossenen Vertrag auch dann wirksam zu lassen, wenn das Vergabeverfahren rechtswidrig war, das zum Zuschlag geführt hat, ebenso leer, wie die Regelung der Feststellung der Unwirksamkeit nach § 135 GWB. Vielmehr bedarf es bei Rechtsgeschäften, bei denen nicht der Vertragspartner benachteiligt, sondern die eine Vertragspartei mit der anderen zum Nachteil eines Dritten abschließt, für die Annahme einer Nichtigkeit einem entsprechenden Bewusstsein bei beiden Vertragspartnern (vgl. zur Gläubigerbenachteiligung: BGH, Urteil vom 23. April 2002, XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359, 1361/62). Dementsprechend kann etwa ein Vertrag sittenwidrig und damit nichtig sein, wenn er ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben wird und der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt, also entweder weiß, dass der betreffende Auftrag dem Vergaberecht unterfällt oder sich einer solchen Kenntnis mutwillig verschließt, auch kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammenarbeitet (OLG Celle, Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535 Rn. 60; OLG Saarbrücken, Urteil vom 17. August 2016, 1 U 159/14, BeckRS 2016, 16273 Rn. 57).
- 70 Es kann vorliegend dahinstehen, ob auch jenseits eines kollusiven Zusammenwirkens eine Vertragsnichtigkeit anzunehmen ist, wenn die Vergabe mehrere Verstöße gegen Grundwerte und -prinzipien des Vergaberechts von erheblichem Gewicht mit Auswirkungen auf Dritte sowie die Allgemeinheit aufweist (so OLG Brandenburg, Urteil vom 16. Dezember 2015, NZBau 2016, 184 Rn. 34), da vorliegend weder ein kollusives Zusammenwirken der Beigeladenen mit der Antragsgegnerin noch eine Mehrzahl gewichtiger Ver-

stöße gegen Grundwerte und -prinzipien des Vergaberechts festzustellen ist. In Rede steht allein ein Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 6 VgV.

- 71 Aber selbst ein solcher Verstoß kann vorliegend nicht festgestellt werden. Der sachverständige Berater der Antragsgegnerin Prof. Dr. N., der nach dem Vortrag der Antragstellerin neben seiner Tätigkeit als Geschäftsführer einer mit der Beigeladenen auf Gesellschafterebene verbundenen Gesellschaft diese auch berät, hat nicht am Vergabeverfahren selbst, sondern nur an dessen Vorbereitung mitgewirkt, indem er die Antragsgegnerin über die nach seiner wissenschaftlichen Auffassung gebotenen technischen Anforderungen an die Luftfiltergeräte beraten hat.
- 72 Dies unterfällt nicht dem Mitwirkungsverbot des § 6 VgV. Personen, die vor der Einleitung des förmlichen Vergabeverfahrens den öffentlichen Auftraggeber beraten und die Durchführung der Ausschreibung vorbereiten, etwa indem sie die Leistungsbeschreibung ausarbeiten, werden gemeinhin als Projektanten bezeichnet (Dreher/Hoffmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 6 Rn. 55). Für diese Personen enthält § 7 VgV die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme vorbefasster Unternehmen nicht verzerrt wird. Indem die Projektanten-Problematik damit im Gegensatz zur früheren Rechtslage eine eigenständige, abschließende Regelung erfahren hat, tritt § 6 VgV dem lex specialis-Grundsatz folgend hinter § 7 VgV zurück. Auf vorbefasste Personen oder Unternehmen i. S. d. § 7 VgV ist das Mitwirkungsverbot mithin nicht anwendbar (Dreher/Hoffmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 6 Rn. 57). Würde es in den Fällen der Vorbefassung im Sinne von § 7 VgV bei einer uneingeschränkten Anwendung von § 6 VgV bleiben, wäre es (künftigen) Bewerbern und Bietern untersagt, als Projektanten bei der Vorbereitung des (formellen) Vergabeverfahrens mitzuwirken. Mithin käme § 7 VgV grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn gegen das Mitwirkungsverbot von § 6 VgV verstoßen wurde. Das entspräche weder dem Sinn und Zweck von § 7 VgV noch dem Willen des europäischen und deutschen Gesetzgebers (Dreher/Hoffmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 6 Rn. 57).

### III.

- 73 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 2 GWB. Die Antragstellerin hat die durch ihr unbegründetes Rechtsmittel verursachten Kosten zu tragen, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen. Eine Entscheidung über die notwendigen Auslagen der Beigeladenen war hingegen in Ermangelung einer Beteiligung am Beschwerdeverfahren nicht veranlasst.
- 74 Einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten bedarf es nicht. Die Erforderlichkeit der Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter im Beschwerdeverfahren ergibt sich bereits unmittelbar aus § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB (OLG Rostock Beschluss vom 2. Oktober 2019, 17 Verg 3/19, BeckRS 2019, 24720 Rn. 61). Daran ändert die Regelung des § 175 Abs. 1 Satz 2 GWB nichts, wonach sich Personen des öffentlichen Rechts durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen können. Eine Selbstvertretung ist damit nicht intendiert, "können" ist nicht gleichbedeutend mit "sollen". Aus dem Fehlen einer Verweisung auf eine die Hinzuziehung von ihrer Notwendigkeit abhängig machenden Norm wie auf § 80 VwVfG in § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB kann nur geschlossen werden, dass entsprechend der Regelung

in § 91 Abs. 2 ZPO die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts des Ob-siegenden im Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht stets zu erstatten sind.

- 75 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauf-tragswerts.