


Gericht:	OLG Frankfurt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	24.11.2022
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	11 Verg 5/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2022:1124.11VERG5.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 97 Abs 1 GWB, § 97 Abs 6 GWB, § 106 GWB, § 132 Abs 1 GWB, § 132 Abs 2 S 1 Nr 1 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. November 2022 - 11 Verg 5/22 -, juris

Fortsetzungsfeststellungsantrag im Vergabenachprüfungsverfahren

Leitsatz

1. Der von der vollständig besetzten Vergabekammer zu treffende Beiladungsbeschluss kann in einer konkludenten Billigung der vom Vorsitzenden allein veranlassten Hinzuziehung als Beigeladenem in einem späteren Kammerbeschluss (hier: der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag) liegen (Festhaltung an Senat, Beschluss vom 7. Juni 2022 - 11 Verg 12/21).
2. Der vergaberechtliche Erledigungsbegriff setzt im Gegensatz zum Erledigungsbegriff des Zivilverfahrensrechts nicht voraus, dass durch das erledigende Ereignis ein bisher zulässiger und begründeter Antrag unzulässig oder unbegründet geworden ist; es reicht insoweit vielmehr aus, dass der auf Vornahme oder Unterlassung gerichtete Antrag gegenstandslos geworden ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht der Zulässigkeit des ursprünglichen, auf Primärrechtsschutz gerichteten Nachprüfungsverfahrens im Zeitpunkt der Erledigung bedürfte. Die Feststellung einer Rechtsverletzung dient der Fortsetzung des Primärrechtsschutzes. Einem Antragsteller soll kein Vorteil daraus erwachsen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag gegenstandslos geworden ist (Anschluss an OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. Mai 2014 - 15 Verg 4/13, BeckRS 2015, 8088 Rn 24 und OLG Koblenz Beschluss vom 4. Februar 2009 - 1 Verg 4/08, BeckRS 2009, 5152 Rn 25).
3. Es erscheint zweifelhaft, ob die Schriftform des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB durch elektronische Übersendung gewahrt werden kann. Eine einfache E-Mail wahrt die Schriftform des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB jedenfalls nicht.
4. Der Mangel der Schriftform kann in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer auch ohne Nachholen der Unterschrift geheilt werden, wenn sich der Antragsteller dort den zuvor nur in Textform gestellten Antrag zu eigen macht.
5. Bei Vertragsverlängerungen ist für die Frage der Schwellenwerterreichung auf den ursprünglichen Auftrag abzustellen. Solche Vertragsverlängerungen sind nur während der Laufzeit des bisherigen Vertrages möglich. Danach erfolgende "Verlängerungen" stellen sich als neue (Interims-)Aufträge dar.
6. Interimsaufträge stehen grundsätzlich selbstständig neben den Hauptverträgen und früheren Interimsaufträgen und sind in ihrer Zuordnung zum Unterschwellen- bzw. Oberschwellenbereich selbstständig zu beurteilen. Sie sind im Hinblick auf das Umgehungsverbot des § 3

Abs. 2 Satz 1, 2 VgV jedoch zu addieren, soweit der einheitliche (Interims-)Beschaffungsbedarf in der Absicht, die Anwendung des Kartellvergaberechts zu umgehen, künstlich aufgespalten wird.

7. Unvorhersehbarkeit ist im Hinblick auf die eine Vertragsverlängerung nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB oder auf einen Interimsauftrag nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV erfordernden Umstände nur anzunehmen, wenn der Auftraggeber bei der Gestaltung des ursprünglichen Vertrags alle Möglichkeiten zur Reduzierung der Ungewissheit ausgeschöpft hat und die eventuellen aus der Ungewissheit folgenden Notwendigkeiten zur Vertragsanpassung auch nicht als Option oder Überprüfungsklausel nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB abgebildet werden konnte.

8. Die Vergabestelle hat bei der Konzeption eines Vergabeverfahrens auch die Folgevergabe in den Blick zu nehmen und dabei immer mögliche Behinderungen dieses Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Vergabestelle den konkreten Grund der Verzögerung noch nicht kennt. Es genügt, dass der Ablauf eines Vergabeverfahrens vielfältigen Verzögerungen ausgesetzt sein kann.

9. Es ist daran festzuhalten, dass eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bei für die Allgemeinheit unverzichtbaren Leistungen auch dann möglich ist, wenn die Dringlichkeit auf Versäumnisse der Vergabestelle zurückzuführen ist; der Aspekt der Zurechenbarkeit und Vorhersehbarkeit tritt dann hinter der Notwendigkeit der Kontinuität der Leistungserbringung zurück (Festhaltung an Senat, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 11 Verg 15/13 "Stadtbusverkehr", juris, Rn 50; entgegen KG, Beschluss vom 10. Mai 2022 - Verg 1/22, juris, Rn. 31 und OLG Bremen, Beschluss vom 1. April 2022 - 2 Verg 1/21, NZBau 2022, 548, Rn. 110).

10. Die besondere Dringlichkeit der (Interims-)Vergabe rechtfertigt es regelmäßig nicht, dass nur ein einziger von mehreren interessierten Bietern in die Verhandlungen einbezogen wird. Hat es einen vorangehenden Wettbewerb gegeben, ist der öffentliche Auftraggeber auch in diesen Fällen gehalten, zumindest die im Wettbewerb über den Auftrag hervorgetretenen Bieter zu beteiligen. Etwas Anderes kann sich nur ausnahmsweise je nach Lage des Falles aus den Umständen der Dringlichkeit ergeben (Festhaltung an Senat, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 11 Verg 15/13 "Stadtbusverkehr", juris, Rn. 51).

11. Für die Annahme der Gestattung einer Vergabe ohne vorherige Veröffentlichung im EU-Amtsblatt gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB muss die Vergabestelle auch die für das gestattete Verfahren geltenden Regeln und Beschränkungen einhalten, wobei allein eine fehlerhafte Auswahlentscheidung noch nicht zur Unwirksamkeit des Zuschlags führt.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 25. April 2022, 69e 01.02/7-2022/1

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Festhaltung OLG Frankfurt Vergabesenat, 7. Juni 2022, 11 Verg 12/21

Festhaltung OLG Frankfurt Vergabesenat, 7. Juni 2022, 11 Verg 12/21

Festhaltung OLG Frankfurt Vergabesenat, 7. Juni 2022, 11 Verg 12/21

Festhaltung OLG Frankfurt Vergabesenat, 7. Juni 2022, 11 Verg 12/21

Festhaltung OLG Frankfurt Vergabesenat, 7. Juni 2022, 11 Verg 12/21

... mehr

Tenor

Der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 25. April 2022, 69e 01.02/7-2022/1, wird unter Zurückweisung der gegen ihn gerichteten sofortigen Beschwerde der Antragsgegnerin wie folgt neu gefasst:

I. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen, soweit er die Vertragslaufzeit bis 31.12.2021 betrifft.

II. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin durch die interimswise Beauftragung der Beigeladenen mit Wach- und Sicherheitsdienstleistungen für das Erstwohnhaus für Asylsuchende und Flüchtlinge „Straße1“ in der Stadt1 ab dem 01.01.2022 in ihren Rechten verletzt worden ist.

III. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) für das Verfahren vor der Vergabekammer hat die Antragstellerin zu 2/3, die Antragsgegnerin hat sie zu 1/3 zu tragen, wobei die Antragsgegnerin von der Zahlung der Gebühren befreit ist. Die Höhe der Gebühr wird auf 3.134,- € festgesetzt.

IV. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor der Vergabekammer notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin zu 1/3; die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor der Vergabekammer notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin zu 2/3 zu tragen. Die Beigeladene hat ihre Aufwendungen selbst zu tragen.

V. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und durch die Antragsgegnerin vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit im Beschwerdeverfahren notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu tragen. Die Beigeladene hat ihre Auslagen selbst zu tragen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 22.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die vorübergehende befristete Fortführung der Beauftragung der Beigeladenen mit Sicherheitsdiensten in einem Erstwohnhaus für Flüchtlinge durch die Antragsgegnerin.
- 2 Die Sicherheitsdienste wurden zunächst aufgrund eines - hier nicht verfahrensgegenständlichen - früheren Vergabeverfahrens seit dem 1. Dezember 2016 im Rahmen eines bis zum 30. November 2020 befristeten, drei Verlängerungsoptionen zu je zwei Jahren vorsehenden, Vertrages durch die Beigeladene erbracht. Dieser Vertrag sah in § 14 für Änderungen, Ergänzungen oder Nebenabreden die Schriftform vor, die auch für die Aufhebung dieses Formerfordernisses gelten sollte.
- 3 Die Antragsgegnerin machte von den Verlängerungsoptionen keinen Gebrauch, sondern entschloss sich zu einer am 4. August 2020 erfolgten - hier ebenfalls nicht verfahrensgegenständlichen - Neuausschreibung, in deren Verlauf zunächst die hiesige Antragstelle-

- rin den Zuschlag erhalten sollte. Die Antragsgegnerin versetzte das Verfahren dann jedoch in den Stand vor Angebotswertung zurück und teilte später mit, nunmehr solle ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten. Die Antragstellerin strengte hiergegen unter dem 19. November 2020 ein - inzwischen abgeschlossenes - erstes Nachprüfungsverfahren (69 d VK 57/2020) an. Die Antragsgegnerin beauftragte sodann die Beigeladene unter dem 25.11.2020 mit der Fortführung ihrer Dienstleistungen bis zum 28. Februar 2021 bei einmaliger Verlängerungsoption bis zum 30. April 2021.
- 4 Die Vergabekammer verlängerte die Entscheidungsfrist im ersten, erst im November 2021 abgeschlossen, Nachprüfungsverfahren mehrfach. Die Antragsgegnerin reagierte auf die Verlängerungen der Entscheidungsfrist zunächst durch Ausübung der mit der Beigeladenen vereinbarten Fortsetzungsoption mit Schreiben vom 16.02.2021 bis zum 30.04.2021, was die Beigeladene am 18.02.2021 bestätigte.
 - 5 Der Leistungen der Beigeladenen wurden auch in der Folgezeit - letztlich bis 30.06.2022 - durch diese erbracht. Im Zuge dessen wurden von der Antragsgegnerin Fortsetzungsvereinbarungen mit Verlängerungsoptionen erstellt, die - ebenso wie die diese Optionen betreffenden Ausübungsschreiben - eine Unterzeichnung durch Frau B, zunächst Stadträtin und später Bürgermeisterin der Antragsgegnerin, vorsahen. Dabei wurden jedoch die Fortsetzungsverträge und Optionsausübungsschreiben teilweise durch die Antragsgegnerin erst nach Ablauf der bisherigen Vertragslaufzeiten - oder gar nicht - unterzeichnet.
 - 6 So übersandte die Antragsgegnerin der Beigeladenen hinsichtlich des im Beschwerdeverfahren noch maßgeblichen Tätigkeitszeitraums ab 01.01.2022 nach vorheriger Abstimmung durch städtische Mitarbeiter am 10.12.2021 einen Vertragsentwurf für eine Verlängerung bis zum 31.01.2022, der eine Verlängerungsoption für die Antragsgegnerin bis zum 28.02.2022 vorsah. Die Beigeladene unterzeichnete den Vertrag am 13.12.2021; eine Unterzeichnung durch die Stadt erfolgte erst am 06.01.2022 (vgl. S. 58 ff. im Anlagenkonvolut BF4). Demgegenüber datiert das von Frau B unterzeichnete Optionsausübungsschreiben für die Verlängerung bis zum 28.02.2022 (S. 65f. im Anlagenkonvolut BF4) auf den 14.12.2021, wurde aber von der Beigeladenen erst unter dem 13.01.2022 auf dem Ausübungsschreiben bestätigt. In dem Optionsausübungsschreiben heißt es, mündliche Nebenabreden und Zusatzabreden seien nur wirksam, wenn sie von der Antragsgegnerin als Auftraggeber schriftlich bestätigt würden.
 - 7 Der eine Fortsetzung bis zum 30.04.2022 mit Verlängerungsoption bis zum 31.05.2022 vorsehende Vertrag Seite S. 73 f. im Anlagenkonvolut BF4, von dem die Antragsgegnerin geltend macht, er sei am 28.02.2022 vereinbart worden, wurde zwar von der Beigeladenen, aber nicht von der Antragsgegnerin unterzeichnet; es liegt auch kein Optionsausübungsschreiben vor; die Antragstellerin macht geltend, insoweit habe „Einigkeit“ bestanden. Auch der Vertrag über eine Fortsetzung bis 30.06.2022 (S. 78 f. im Anlagenkonvolut BF4) trägt keine Unterschrift der Antragsgegnerin, sondern nur der Beigeladenen.
 - 8 Mit einem zweiten Nachprüfungsantrag (69d VK 11/2021) vom 04.01.2021 wandte sich die hiesige Antragstellerin gegen die weitere Beauftragung der Beigeladenen. Diesen Antrag wies die Vergabekammer mit Beschluss vom 17.09.2021 als unzulässig zurück, weil die Schwellenwerte gem. § 106 II Nr. 1 GWB nicht erreicht seien; der Beschluss ist bestandskräftig.
 - 9 Mit bestandskräftigem Beschluss vom 04.11.2021 hat die Vergabekammer die Antragsgegnerin im ersten Nachprüfungsverfahren (69d VK 57/2020) verpflichtet, das Vergabe-

verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor der Bewertung der Erstangebote zurückzusetzen und es unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

- 10 Mit Schriftsatz vom 20.01.2022 hat die Antragstellerin das hiesige - dritte - Nachprüfungsverfahren beantragt, mit dem sie sich erneut gegen die Vertragsverlängerungen wendet. Im März 2022 hob die Antragsgegnerin das bis dahin laufende Ausschreibungsverfahren, das Gegenstand des ersten Nachprüfungsantrags (69d VK 57/2020) gewesen war und in dem die Bindefrist der Angebote am 30.09.2021 ausgelaufen war, auf und schrieb die Leistungen neu aus. Die hiesige Antragstellerin hat sich an dieser Neuausschreibung nicht mehr beteiligt.
- 11 Die Vergabekammer, auf deren Beschluss hinsichtlich seiner Begründung Bezug genommen wird, hat auf den die Zeit ab dem 01.12.2020 betreffenden Nachprüfungsantrag festgestellt,
- 12 I. dass die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist;
- 13 II. dass der Vertragsschluss der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen vom 13. Dezember 2021 bzw. 6. Januar 2022 sowie alle darauffolgenden Vereinbarungen, anhand derer die weitere Beauftragung der Beigeladenen vereinbart wurde, gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam sind und
- 14 III. die Antragsgegnerin verpflichtet wird, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht, die interimswise Beauftragung unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer geäußerten Rechtsauffassung zu vergeben.
- 15 Sie hat weiter ausgesprochen, dass
- 16 IV. für das Verfahren vor der Vergabekammer eine in Höhe von 3.134,- € festgesetzt wird, die - allerdings von der Zahlung befreite - Antragsgegnerin zu tragen;
- 17 V. die Antragsgegnerin der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten und die Beigeladene ihre Kosten selbst zu tragen hat;
- 18 VI. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig war.
- 19 Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin, mit der diese ihren Zurückweisungsantrag weiterverfolgt. Nachdem im Zuge der Neuausschreibung der Leistungen am 20.05.2022 der Zuschlag erteilt worden ist und der neue Dienstleister die Aufgaben (nicht nur interimswise) übernommen hat, hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag im Sinne des § 178 S. 4, § 168 II 2 GWB umgestellt.
- 20 Die Antragsgegnerin beantragt nunmehr sinngemäß,
- 21 den Beschluss der Vergabekammer Hessen vom 25. April 2022 (Az. 96 e 01.02/7-2022/1) aufzuheben und den Antrag der Antragstellerin auf Feststellung einer Rechtsverletzung zurückzuweisen;

- 22 die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren und im Beschwerdeverfahren für notwendig zu erklären.
- 23 Die Antragstellerin hat die im Tenor des angefochtenen Beschlusses wiedergegebenen Anträge zu II und III für erledigt erklärt und beantragt sinngemäß,
- 24 die sofortige Beschwerde mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass in Abänderung der Nummern I. bis III. des angefochtenen Beschlusses nunmehr festgestellt wird, dass die Antragsgegnerin durch die interimswise Beauftragung der Beigeladenen mit Wach- und Sicherheitsdienstleistungen für das Erstwohnhaus für Asylsuchende und Flüchtlinge „Straße1“ in der Stadt1 ab dem 01.01.2022 in ihren Rechten verletzt worden ist.
- 25 Die Beigeladene stellt keinen Antrag.
- II.
- 26 1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 171 I, 172, 175 II, 72 Nr. 2 GWB, 130a ZPO.
- 27 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist nur die von der Beschwerde angefochtene Feststellung der Unwirksamkeit der die Zeit ab 01.01.2022 betreffenden Vertragsfortsetzungen. Soweit die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag auch die vorangehenden Fortsetzungen angefochten hatte, hat die Vergabekammer, wie die Auslegung der Entscheidung unter Heranziehung ihrer Gründe ergibt, dem Nachprüfungsbegehren nicht entsprochen, den Antrag also, was im Tenor des angefochtenen Beschlusses versehentlich nicht zum Ausdruck gekommen ist, vom Senat bei der Neufassung des Tenors aber berücksichtigt wird, zurückgewiesen. Die Antragstellerin hält in der Beschwerdeerwiderng zwar an ihrer abweichenden Auffassung fest, sie hat aber, wie sich aus den dort angekündigten Anträgen einerseits und einer fehlenden entsprechenden Erklärung andererseits ergibt, keine Anschlussbeschwerde eingelegt. Aufgrund der Bestandskraft des den Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Verlängerungen bis zum 31.12.2021 zurückweisenden Beschlusses der Vergabekammer ist für das Beschwerdeverfahren zu unterstellen, dass diese Fortsetzungen im Ergebnis rechtmäßig und die entsprechenden Vereinbarungen wirksam sind.
- 28 2. Die Beigeladene ist neben den Parteien am Beschwerdeverfahren beteiligt. Zwar enthält die Akte der Vergabekammer keinen - durch die vollständig besetzte Kammer zu treffenden (MüKoVergabeR I/Jaeger, 2. Aufl. 2018, § 162 GWB, Rn. 8) - Beiladungsbeschluss, sondern nur Benachrichtigungen der Beigeladenen durch die Kammervorsitzende (Bl. 500. d.BA.) und der Parteien durch die Geschäftsstelle (Bl. 512, 515 d.BA) über die Beiladung. Insoweit kann dahinstehen, ob der Beigeladenen die Beigeladenenstellung auch bei einer Beiladungsentscheidung nur durch den Vorsitzenden oder durch eine bloße Benachrichtigung aller Beteiligten zukommt. Jedenfalls liegt in der angefochtenen, die Beigeladene als solche bezeichnende und im Tenor berücksichtigenden Entscheidung die Bestätigung der Beiladung durch die Kammer; ein etwaiger Verfahrensmangel wurde damit - jedenfalls ex nunc - geheilt (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Juni 2022 - 11 Verg 12/21, juris, Rn. 47).

- 29 3. In der Sache hat die sofortige Beschwerde nur hinsichtlich der Verfahrenskosten teilweise Erfolg.
- 30 a) Der Feststellungsantrag ist zulässig. Die Antragstellerin konnte die Nachprüfungsanträge zulässig auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 178 S. 4, § 168 II 2 GWB umstellen.
- 31 aa) Das bisherige Nachprüfungsverfahren hat sich während des Beschwerdeverfahrens erledigt. Die ursprünglichen, auf Primärrechtsschutz gerichteten Nachprüfungsanträge sind damit gegenstandslos und mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig geworden.
- 32 Der vergaberechtliche Erledigungsbegriff setzt im Gegensatz zum Erledigungsbegriff des Zivilverfahrensrechts nicht voraus, dass durch das erledigende Ereignis ein bisher zulässiger und begründeter Antrag unzulässig oder unbegründet geworden ist; es reicht insoweit vielmehr aus, dass der auf Vornahme oder Unterlassung gerichtete Antrag gegenstandslos geworden ist (OLG Jena, NZBau 2012, 386; OLG Düsseldorf, NZBau 2011, 566 - „Krankentransportleistungen“).
- 33 Durch den Zuschlag im von der Antragsgegnerin durchgeführten, die dauerhafte Leistungserbringung betreffenden Vergabeverfahren ist der hier verfahrensgegenständliche Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin hinsichtlich der nur vorübergehenden Leistungserbringung entfallen.
- 34 bb) Bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses war das auf Primärrechtsschutz gerichtete Nachprüfungsverfahren zulässig.
- 35 (1) Daraus, dass der vergaberechtliche Erledigungsbegriff als solcher nicht Zulässigkeit und Begründetheit des bisherigen Begehrens voraussetzt, folgt nicht, dass der Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht der Zulässigkeit des ursprünglichen, auf Primärrechtsschutz gerichteten Nachprüfungsverfahrens im Zeitpunkt der Erledigung bedürfte (so aber möglicherweise Steck in Ziekow/Völlink, VergabeR, 4. Auflage, Rn. 38, der zwar „Statthaftigkeit“, aber nicht Zulässigkeit und Begründetheit des ursprünglichen Antrags verlangt). Die Feststellung einer Rechtsverletzung dient der Fortsetzung des Primärrechtsschutzes. Einem Antragsteller soll kein Vorteil daraus erwachsen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag gegenstandslos geworden ist (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 7.5.2014 - 15 Verg 4/13, BeckRS 2015, 8088 Rn. 24; OLG Koblenz Beschl. v. 4.2.2009 - 1 Verg 4/08, BeckRS 2009, 5152 Rn. 25; BeckOK VergabeR/Prell, 25. Ed. 31.1.2022, GWB § 168 Rn. 55).
- 36 (2) Der Zulässigkeit des ursprünglichen Nachprüfungsverfahrens steht zunächst nicht entgegen, dass der Nachprüfungsantrag entgegen § 161 I 1 GWB nicht schriftlich eingereicht worden ist.
- 37 Nach Bl. 2 der dem Senat als PDF-Datei vorliegenden elektronischen Akte der Vergabekammer wurde der Antrag mittels einfacher E-Mail als PDF-Datei übermittelt, da eine Übersendung via Fax wegen einer technischen Störung nicht möglich sei. Eine spätere Übersendung des bestimmenden Schriftsatzes per Telefax oder im Original ist in der Akte nicht dokumentiert. Dies gilt auch für einen - wegen der elektronischen Aktenführung nicht naheliegenden - Ausdruck der E-Mail-Anhänge durch die Vergabekammer, weshalb dahinstehen kann, ob die Schriftform durch einen solchen Ausdruck gewahrt würde (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 8. Mai 2019 - XII ZB 8/19, juris, Rn. 12 für die ZPO; Vergabe-

kammer Niedersachsen, Beschluss vom 11. März 2021 - VgK-08/2021, juris, Rn. 75; s.a. BGH, Beschluss vom 12.05.2022 - 5 StR 398/21, juris, Rn. 24) sowie ob dies eine eigenhändige Unterschrift auf dem (eingescannten) Original voraussetzt und ein solches Erfordernis vorliegend gewahrt wäre. Dahinstehen kann auch, ob eine die Voraussetzungen des § 3a VwVfG wahrende Mail das Schriftformerfordernis erfüllt (bejahend: Horn/Hofmann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 161 GWB, Rn. 8; Nowak in Pünder/Schellenberg, VergabeR, 3. Aufl., § 161 GWB Rn. 6; unentschlossen Dreher in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, 6. Aufl., § 161 GWB. Rn. 3 „denkbar“ und MüKo-WettbewerbsR/Jaeger, 4. Aufl., § 161 GWB Rn. 2 „kommt in Betracht“). Der Rückgriff auf § 3a VwVfG ist nicht unbedenklich, weil das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes nicht anwendbar ist und die bundesrechtliche Formvorschrift des § 161 I 1 GWB nicht zur Disposition des Landesgesetzgebers steht; allenfalls könnte ein in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder zum Ausdruck kommende allgemeiner - neuer - Rechtsgrundsatz angenommen werden. Jedenfalls setzt § 3a II HessVwVfG ebenso wie § 3a Bundes-VwVfG aber eine qualifizierte elektronische Signatur oder ein sog. sicheres Verfahren voraus, woran es fehlt.

- 38 Eine fehlende Wahrung der Schriftform durch den zumindest in Textform übermittelten Antrag steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens jedoch vorliegend nicht (mehr) im Wege. Denn der Antragstellervertreter hat im Termin vor der Vergabekammer am 23.03.2022 (Bl. 810 d. BA.) unter Bezugnahme auf den Nachprüfungsantrag verhandelt, so dass außer Frage steht, dass er den von seiner Kollegin verfassten Antrag verantworten wollte. Die Unterschrift kann während des gesamten Verfahrens vor der Vergabekammer nachgeholt werden (OLG Dresden, ZfBR 2002, 298, 299; Nowak a.a.O. Rn. 5; Dreher a.a.O. Rn. 4; Jaeger a.a.O. Rn 2) und wird als sinnentleerte Förmel (mit Wirkung ex nunc) entbehrlich, wenn sich aus anderen Umständen zweifelsfrei ergibt, dass der Antragsteller den Schriftsatz verantworten will. Zum Verhandlungstermin vor der Vergabekammer am 23.03.2022 war auch die an den Abschluss des Verlängerungsvertrags vom 13.12.2021/06.01.2022 anknüpfende Sechsmonatsfrist des § 135 II 1 GWB für den vor der Vergabekammer gestellten Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit noch nicht abgelaufen.
- 39 (3) Der gem. § 106 I, II Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (nachfolgend Vergaberichtlinie genannt) maßgebliche Schwellenwert ist erreicht.
- 40 Insoweit kommt es noch nicht darauf an, ob sich die Vertragsfortsetzungen als auftragsändernde Verlängerungen des ursprünglichen Vertragsverhältnisses im Sinne des § 132 GWB darstellen, oder ob es sich um vom ursprünglichen Vertragsverhältnis unabhängige, selbständig zu beurteilende Interimsvergaben handelt. Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob die ausgeschriebenen Leistungen, wie die Vergabekammer angenommen hat, Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten (einschl. Bewachungs- und Überwachungsdiensten) im Sinne des Anhangs XIV der vorgenannten Richtlinie sind und der Schwellenwert daher gem. Art. 4 lit. d der Richtlinie bei 750.000 Euro liegt oder ob der niedrigere Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge subzentraler Auftraggeber von 207.000 Euro gem. Art. 4 lit. c der Richtlinie maßgeblich ist. Denn der maßgebliche Schwellenwert ist in jedem Fall erreicht.
- 41 (a) Sollten sich die Vertragsfortsetzungen als Verlängerungen des ursprünglichen Auftrags darstellen, wären die Schwellenwerte im Sinne des § 106 II Nr. 1 GWB, Art. 4 Ver-

gaberichtlinie bei auf ihre Zulässigkeit zu prüfenden Änderungen des Auftrags, zu denen eine Verlängerung der Laufzeit ebenso gehören kann, wie ein Wechsel des Auftragnehmers (vgl. insoweit § 132 II Nr. 4 GWB) nicht nur dann erreicht, wenn die Auftragsänderung den Schwellenwert erreicht; vielmehr genügt das Erreichen des Schwellenwerts durch den ursprünglichen, von der Änderung betroffenen Auftrag. Dies folgt aus der de-minimis-Regelung des § 132 III GWB bzw. des Art. 72 Abs. 2 Unterabs. 1 der Vergaberichtlinie. Denn die Anwendbarkeit der de-minimis-Regelung setzt nicht nur das Nichtübersteigen der Schwellenwerte hinsichtlich des neu zu vergebenden Auftrags (lit. a bzw. Nr. i), sondern außerdem das Nichtüberschreiten eines bestimmten Prozentsatzes des ursprünglichen Auftragswertes (lit. b bzw. Nr. ii) voraus. Daraus ergibt sich, dass auch Auftragsänderungen der Kontrolle im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zugänglich sein sollen, die für sich betrachtet den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreichen (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Juni 2022 - 11 Verg 12/21, juris, Rn. 59). Aus der von der Vergabekammer im zweiten Nachprüfungsverfahren (69d VK - 11/2021, Anlage MBK8) herangezogenen Entscheidung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 26.11.2009, NZBau 2010, 102, folgt nichts Anderes. Die in einem Revisionsverfahren ergangene Entscheidung verhält sich nicht zu § 106 GWB und damit der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts.

- 42 Der Ursprungsvertrag betraf den Zeitraum vom 01.12.2016 bis zum 30.11.2020 und hatte damit eine Laufzeit von 4 Jahren mit Verlängerungsoptionen über insgesamt 6 Jahre; mithin erstreckte er sich auf 10 Jahre bzw. 120 Monaten und hatte einen Nettoauftragswert von 6.591.502,80 Euro.
- 43 (b) Sollten sich die Vertragsfortsetzungen demgegenüber nicht als auftragsändernde Vertragsverlängerungen, sondern als selbständige Interimsaufträge darstellen, die nach Beendigung des bisherigen Vertrages vergeben wurden, um die Zeit bis zur Neuvergabe zu überbrücken, wäre der maßgebliche Schwellenwert ebenfalls erreicht. Solche Interimsaufträge stehen zwar grundsätzlich selbständig neben den Hauptverträgen und sind in ihrer Zuordnung zum Unterschwellen- bzw. Oberschwellenbereich selbständig zu beurteilen (OLG Koblenz, Beschluss vom 24.03.2015 - Verg 1/15 „Interimsauftrag“, juris, Rn. 15). Sie sind im Hinblick auf das im Rahmen der Schätzung des Auftragswertes nach § 3 VgV zu beachtende Umgehungsverbot des § 3 II 1, 2 VgV jedoch zu addieren, soweit der einheitliche (Interims-) Beschaffungsbedarf in der Absicht, die Anwendung des Kartellvergaberechts zu umgehen, künstlich aufgespalten wird, sei es durch mehrere Interimsaufträge, sei es durch eine Kombination aus Vertragsverlängerungen und (neuen) Interimsaufträgen. Das ist hier durch die zahlreichen Einzelverträge der Fall, die alle dem gleichen Beschaffungsbedarf dienen, nämlich der Sicherstellung der Leistung bis zur Neuvergabe, der sachgerecht und naheliegend durch eine auf diesen Zeitpunkt abstellende Vertragsverlängerung oder einen hierauf abstellenden Interimsvertrag zu decken gewesen wäre. Die Umgehung der kartellvergaberechtlichen Kontrolle war zur Überzeugung des Senats von der Antragsgegnerin auch beabsichtigt; eine andere plausible Erklärung, als dass die Antragsgegnerin durch die Kurzzeitverträge die Notwendigkeit, den bisherigen Dienstleister ohne jeden Wettbewerb zu beauftragen, (scheinbar) belegen und die Schwellenwerterreichung vermeiden wollte, ist nicht ersichtlich.
- 44 Insoweit greifen die Ausführungen der Vergabekammer (VKB8ff), wonach der Schwellenwert von 750.000 Euro erreicht ist, weil der - auch im Beschwerdeverfahren nicht in Zweifel gezogene - monatliche Netto-Auftragswert der Leistungen bei 54.929,19 Euro

liegt und die Gesamtlaufzeit der Verlängerungen allein bis zur Stellung des Nachprüfungsantrags 13 Monate und 20 Tage beträgt.

- 45 (c) Wegen des Umgehungsverbots wäre auf dieser Grundlage auch dann von einer Schwellenwerterreichung auszugehen, wenn sich einzelne Fortsetzungen als selbständige Interimsvergaben, andere aber als Verlängerungen, möglicherweise nur eines selbständigen Interimsvertrags, darstellen sollten.
- 46 (4) Die Vergabekammer hat auch zu Recht die Antragsbefugnis der Antragstellerin gem. § 160 II BGB bejaht.
- 47 Mit der Rüge, die angegriffenen Verlängerungen bzw. Interimsvergaben widersprechen den Bestimmungen des GWB über das Vergabeverfahren, macht die Antragstellerin eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 VI GWB geltend. Damit ist auch ein drohender Schaden dargelegt, denn die Antragstellerin hätte bei einem Verfahren mit, auch begrenztem, Wettbewerb bessere Zuschlagschancen gehabt, als bei dem von der Antragsgegnerin gewählten, die Antragstellerin von vornherein nicht einbeziehenden Vorgehen.
- 48 Dagegen kann entgegen der Auffassung der Beschwerde nicht argumentiert werden, die Antragsgegnerin wäre gegebenenfalls in der Auswahl der am „Miniwettbewerb“ zu beteiligenden Unternehmen frei gewesen und hätte die Antragstellerin nicht beteiligt. Zum einen ist letzteres angesichts des Umstands, dass die Antragstellerin im Rahmen der Neuausschreibung 2020 ursprünglich den Zuschlag erhalten sollte, bei einem am Zweck des Vergabeverfahrens und nicht an der Vereinfachung der Auswahlentscheidung orientierten Vorgehen nicht naheliegend. Zum anderen ist die Antragstellerin bei der Auswahl der zu beteiligenden Unternehmen nach der Rechtsprechung des Senats nicht frei (vgl. Senat, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 11 Verg 15/13 „Stadtbusverkehr“, juris, Rn. 51 m.w.N. sowie die weiteren hiesigen Ausführungen). Vor allem aber kann der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht mit der Begründung verwehrt werden, das Angebot des Antragstellers sei aus anderen als mit dem Nachprüfungsantrag zur Überprüfung gestellten Gründen auszuschneiden gewesen, weshalb dem Antragsteller wegen der von ihm behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden erwachsen sei oder drohe (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 - X ZB 7/04, „Mischkalkulationen“, juris, Rn. 21 = BGHZ 159, 186).
- 49 Unerheblich ist auch, dass sich die Antragstellerin, wie die Beschwerde geltend macht, bei der erneuten Neuvergabe 2022 nicht nochmals beworben hat. Maßgeblich ist ihr Interesse an dem 2020 ausgeschriebenen Auftrag und den Vertragsfortsetzungen.
- 50 cc) Das für den Fortsetzungsfeststellungsantrag erforderliche, vom Antragsteller explizit zu benennende (OLG Düsseldorf, ZfBR 2022, 85) Feststellungsinteresse ist gegeben. Die Antragstellerin hat sich insoweit im Senatstermin u.a. auf eine Wiederholungsfahr sowie auf zivilrechtliche, auch auf das positive Interesse gerichtete, Schadensersatzansprüche berufen. Letztere könnten das Feststellungsinteresse nur dann nicht begründen, wenn sie für den Senat erkennbar offensichtlich aussichtslos wären (OLG Koblenz Beschl. v. 4.2.2009 - 1 Verg 4/08, BeckRS 2009, 5152 Rn. 18; MüKoEuWettbR/Fett, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 66). Dies ist zu verneinen, weil keine Erkenntnisse über die Zahl der sich an einem etwaigen Interimsverfahren beteiligenden Bewerber und die zu erwartenden Angebotsunterschiede vorliegen. Allein eine für die Antragstellerin schwierige Beweislage genügt insoweit nicht. Die Prüfung derartiger Ansprüche obliegt - abgesehen von einer dem Grunde nach eintretenden Bindungswirkung an die Vergabenachprüfungsent-

scheidung - dem mit einer Schadensersatzklage befassten ordentlichen Gericht (OLG Düsseldorf, EuGH-Vorlage vom 2. Oktober 2008 - VII-Verg 25/08, juris, Rn. 37).

- 51 Aber auch eine Wiederholungsgefahr ist zu bejahen. Die Antragsgegnerin hält ihr Vorgehen für rechtmäßig, so dass nicht auszuschließen ist, dass sie bei Auslaufen des nunmehr abgeschlossenen Folgevertrags oder hinsichtlich entsprechender Leistungen an anderen Objekten erneut so vorgehen würde.
- 52 b) Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist auch begründet.
- 53 Die Vergabekammer hat hinsichtlich der Zeit ab 01.01.2022 zu Recht angenommen, dass die Fortsetzungsvereinbarungen die Rechte der Antragstellerin verletzt haben. Darauf, ob aus der Rechtsverletzung auch die Unwirksamkeit der Fortsetzungsvereinbarungen folgt, kommt es für den nunmehr nur noch zu bescheidenden Antrag nicht an.
- 54 Die Antragsgegnerin hat durch die mit der Beigeladenen abgeschlossenen, die Zeit ab 01.01.2022 betreffenden Fortsetzungsvereinbarungen gegen die Pflicht des § 97 I GWB, öffentliche Aufträge in einem transparenten, gesetzlich geregelten Verfahren zu vergeben, verstoßen und damit den Anspruch der Antragstellerin auf Einhaltung des Vergabeverfahrens aus § 97 VI GWB verletzt.
- 55 aa) Keine der diesen Zeitraum betreffenden Fortsetzungsvereinbarungen kann nach den Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit betreffenden Regelungen des § 132 GWB gerechtfertigt werden.
- 56 § 132 GWB betrifft ausdrücklich nur Änderungen während der Vertragslaufzeit. Nach den unter I. dieses Beschlusses genannten Daten ist hinsichtlich keiner der die Zeit ab 01.01.2022 betreffenden Fortsetzungsvereinbarungen feststellbar, dass sie noch vor Ablauf des vorangegangenen, ggfls. durch Optionsausübung verlängerten Vertrages rechtsverbindlich abgeschlossen wurden. Deshalb kommt es auf die Frage, ob die Optionsausübungen fristgerecht erfolgt sind, nicht an. Dies geht zu Lasten der Antragsgegnerin, die das Vergabeverfahren transparent zu führen und zu dokumentieren hat (arg. e. § 97 I GWB, vgl. Ziekow in ders./Völlink, a.a.O. § 97 Rn. 54). Die auf den 14.12.2021 datierte Optionsausübung zur Verlängerung des von der Beigeladenen am 13.12.2021, von der Antragsgegnerin aber erst unter dem 06.01.2022 unterzeichneten Vertrages kommt als verbindliche auf den Vertragsschluss gerichtete Erklärung der Stadt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Zeitpunkt der Absendung des Schreibens oder der Zugangs dieser Erklärung bei der Beigeladenen in den Vergabeakten nicht dokumentiert sind. Sie sind auch auf die Nachfrage des Senats mit Verfügung des Vorsitzenden vom 11.08.2022, Bl. 116 d.A., nicht benannt worden.
- 57 Der Vortrag der Antragsgegnerin, die Vertragsfortsetzungen seien zwischen den zuständigen Mitarbeitern der Antragsgegnerin und der Beigeladenen telefonisch oder per E-Mail abgesprochen worden, bevor die Antragsgegnerin dann den noch nicht unterzeichneten Fortsetzungsvertrag an die Beigeladene übermittelt habe, ist unbehelflich. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der rechtsverbindlichen Erklärungen. Dass die handelnden Mitarbeiter zu solchen Erklärungen bevollmächtigt gewesen wären, ist nicht ersichtlich. Vielmehr macht die Antragsgegnerin unter Vorlage ihrer Allgemeinen Geschäftsanweisung und in Übereinstimmung mit deren Pkt. 6.6.4 Abs. 3 (S. 110 der Anlage BF5) geltend, die Zeichnungsberechtigung habe bei Frau B als Bürgermeisterin gelegen. Deshalb kommt auch keine Aufhebung des ursprünglichen Formerfordernisses aus dem Ur-

sprungsvertrag durch die Mitarbeiter in Betracht; im Übrigen verneint die Optionsausübung vom 14.12.2021 mündliche Absprachen und bestätigt damit den Willen der Stadt, sich nur durch schriftliche Erklärungen zu binden. Außerdem lässt der Vermerk der Sachgebietsleitung vom 14.12.2021, S. 9 des Anlagenkonvoluts BF4, zur Vertragsverlängerung bis 31.01.2022 nicht erkennen, dass der zuständige Mitarbeiter von einem von ihm bereits verbindlich geschlossenen Vertrag ausgegangen wäre. Vielmehr enthält die darauf angebrachte Vorlageverfügung an die Bürgermeisterin den Hinweis auf eine Unterschrift bis 31.12.2021.

- 58 Etwas Anderes folgt auch nicht daraus, dass die Fortsetzungsvereinbarungen im Sinne eines rückwirkenden Inkrafttretens auszulegen sein dürften. § 132 GWB knüpft an ein bereits bestehendes (abänderungsbedürftiges) Auftragsverhältnis an, wohingegen die verspäteten Fortsetzungsvereinbarungen jeweils neue Vertragsverhältnisse begründen, die rückwirkend unmittelbar nach Ablauf des bisherigen Vertrags beginnen sollen.
- 59 bb) Die die Zeit ab 01.01.2022 betreffenden Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen sind auch nicht als gegenüber dem Ausgangsvertrag selbständige Beauftragungen kartellvergaberechtlich zulässig.
- 60 (1) Zunächst war die Antragsgegnerin nicht gem. § 14 IV Nr. 3 VgV berechtigt, ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Dies scheidet schon daran, dass die der Wahrung der Mindestfristen entgegenstehenden dringlichkeitsbegründenden Umstände nach § 14 IV Nr. 3 VgV nicht voraussehbar sein und nicht dem Auftraggeber zuzurechnen sein dürfen. Vorliegend hätte bereits im Zuge der Vergabe der ab 2016 vergebenen Leistungen eine Regelung vorgesehen werden können. Insoweit gilt, sofern es um einen an einen ausgelaufenen Vertrag anknüpfenden Leistungsbezug geht, letztlich nichts Anderes als im Rahmen des § 132 II Nr. 3 GWB.
- 61 Dort ist der Begriffs der Unvorhersehbarkeit am 109. Erwägungsgrund der Vergaberichtlinie auszurichten und bezeichnet er solche Umstände, die auch bei einer nach vernünftigen Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber unter Berücksichtigung der diesem zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Projekts, der bewährten Praxis im betreffenden Bereich und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können (MüKoEuWettbR/Jaeger, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 43). Unvorhersehbarkeit ist danach nur dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber bei der Vertragsgestaltung alle Möglichkeiten zur Reduzierung der Ungewissheit ausgeschöpft hat und die eventuellen aus der Ungewissheit folgenden Notwendigkeiten zur Vertragsanpassung auch nicht als Option oder Überprüfungsklausel nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB abgebildet werden konnten (Ziekow/Völlink/Ziekow, 4. Aufl. 2020, GWB § 132 Rn. 53; Beck VergabeR/Hüttinger, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 54; s.a. EuGH, Urteil vom 7. September 2016 - C-549/14 „Frogne“, juris, Rn. 36).
- 62 Der Senat teilt die Auffassung der Vergabekammer (VKB 12ff), wonach die Antragsgegnerin bereits bei der vorangegangenen Ausschreibung für die ab 2016 vergebenen Leistungen denkbare Verzögerungen des folgenden Vergabeverfahrens voraussehen konnte. Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass eine Vergabestelle bei der Konzeption eines Vergabeverfahrens auch die Folgevergabe in den Blick zu nehmen hat und dabei immer mögliche Behinderungen dieses Vergabeverfahrens berücksichtigt (ebenso KG, NZBau

2022, 544, 546 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. März 2015 - 15 Verg 9/14, juris, Rn. 24; Hirsch/Kaelble in Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 14 VgV. Rn. 213).

- 63 Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Vergabestelle den konkreten Grund der Verzögerung noch nicht kennt. Es genügt, dass der Ablauf eines Vergabeverfahrens vielfältigen Verzögerungen ausgesetzt sein kann. Dazu gehören selbst entdeckte Fehler bei der ursprünglichen Ausschreibung, Neudefinitionen des Bedarfs während des Verfahrens, Nachprüfungsanträge von Bietern, gegen die Vergabestelle ausfallende Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen, etc. Keinesfalls darf die Vergabestelle bei ihrer Planung die rechtsstaatlichen Gewährleistungen ausblenden. Sie hat die Zuschlagsbedingungen daher soweit nötig so zu gestalten, dass derartigen Verzögerungen durch die Laufzeit des Vertrags Rechnung getragen wird (vgl. auch die von der Vergabekammer zu Recht herangezogene Entscheidung OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. März 2015 - 15 Verg 9/14, juris, Rn. 24), insbesondere kann sie Optionsrechte vorsehen, oder den Vertrag nach einer Mindestlaufzeit als erst im Zuge des Zuschlags im Folgeverfahren oder einer daran anknüpfenden Kündigung endend konzipieren.
- 64 Aber auch wenn man nur die Situation nach Ablauf des ursprünglichen Vertrages betrachtet, hatte die Antragstellerin bezogen auf den hier zu prüfenden Zeitraum ab 01.01.2022 seit Ende 2020 hinreichend Zeit, die Interimsleistungen zu vergeben, insbesondere indem sie - worauf im Rahmen des § 14 IV Nr. 3 VgV abzustellen ist - die interimsweise Leistungserbringung bis zum neuen Zuschlag ausgeschrieben hätte.
- 65 (2) Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Direktvergabe ist für die Zeit ab 01.01.2022 auch nicht unabhängig von der Verantwortung für die dringlichkeitsbegründenden Umstände gerechtfertigt.
- 66 Zwar ist eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bei für die Allgemeinheit unverzichtbaren Leistungen auch dann möglich, wenn die Dringlichkeit auf Versäumnisse der Vergabestelle zurückzuführen ist; der Aspekt der Zurechenbarkeit und Vorhersehbarkeit tritt dann hinter die Notwendigkeit der Kontinuität der Leistungserbringung zurück (Senat, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 11 Verg 15/13 „Stadtbusverkehr“, juris, Rn. 50). Dies ist in jüngerer Zeit in Abrede gestellt (KG, Beschluss vom 10.05.2022 - Verg 1/22, juris, Rn. 31, nicht tragend) oder bezweifelt (OLG Bremen, NZBau 2022, 548, Rn. 110) worden, jedoch zu bestätigen. In der wert- und insbesondere grundrechtsgebundenen Ordnung des Grundgesetzes und der Unionsverträge muss der Staat immer und unabhängig von früheren Versäumnissen in rechtmäßiger Weise in der Lage sein, auf Notlagen zu reagieren oder sie abzuwenden, mithin unverzichtbare Leistungen zu erbringen. Dies betrifft insbesondere Leistungen zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einschließlich der Daseinsvorsorge.
- 67 Nach der Rechtsprechung des Senats rechtfertigt die besondere Dringlichkeit der (Interims-)Vergabe es aber auch in diesen Fällen nicht ohne weiteres, dass der Wettbewerb vollständig und auf längere Dauer eingeschränkt wird, indem nur ein einziger von mehreren interessierten Bietern in die Verhandlungen einbezogen wird. Hat es einen vorangehenden Wettbewerb gegeben, ist der öffentliche Auftraggeber, selbst wenn die Voraussetzungen einer besonderen Dringlichkeit vorliegen, gehalten, zumindest die im Wettbewerb über den Auftrag hervorgetretenen Bieter zu beteiligen. Etwas Anderes kann sich nur ausnahmsweise je nach Lage des Falles aus den Umständen der Dringlichkeit ergeben (Senat, Beschluss vom 30. Januar 2014 a.a.O. Rn. 51 m.w.N.) und ist hier

nicht ersichtlich. Nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben im Termin hatten sich am aufgehobenen Vergabeverfahren nur 5 Bieter beteiligt.

- 68 Danach hätte die Antragsgegnerin die Leistungen ab 01.01.2022 nicht ohne Einbeziehung der anderen Bieter des aufgehobenen Vergabeverfahrens nochmals vergeben dürfen. Sie hätte die Beigeladene allenfalls im Zuge dieser Beteiligung ein letztes Mal für kurze Zeit beauftragen dürfen, um die Leistungserbringung während der für die Beteiligung notwendigen Zeit zu gewährleisten. So hat die Antragsgegnerin das Verfahren aber nicht gestaltet.
- 69 Entgegen der Auffassung der Beschwerde (BB4 ff.) wird die abermalige Vergabe an die Beigeladene ohne jede Beteiligung von Mitbewerbern nicht dadurch gerechtfertigt, dass um den Jahreswechsel 2021/2022 zahlreiche Mitarbeiter „in Quarantäne, krank oder im Urlaub“ waren und in der Folgezeit das Personal mit der Unterbringung von Flüchtlingen aus der Ukraine ausgelastet gewesen wäre. Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht darauf berufen, sie sei bei Beauftragung für Januar bzw. Februar 2022 oder die Folgezeit davon ausgegangen, dass sich ein Anbieterwechsel nicht mehr lohne, weil sowohl der Wettbewerb, als auch die Einarbeitung des neuen Dienstleisters mit Blick auf das zu erwartende Vertragsende zu viel Zeit in Anspruch genommen hätte,
- 70 Der Argumentation der Antragsgegnerin ist für die Zeit ab 01.01.2022 insoweit schon deshalb nicht zu folgen, weil die Antragsgegnerin schon während des laufenden Nachprüfungsverfahrens hätte beachten und sie sich hierfür hätte rüsten müssen, dass die Bindefrist der Angebote zum 30.09.2021 ablief. Bei sachgerechter Verfahrensgestaltung hätte die Antragsgegnerin schon vor Ablauf der Bindefrist der Angebote eine Übergangsregelung herbeiführen können, die auch das Jahr 2022, soweit erforderlich, abgedeckt hätte. Dazu wäre eine wirksame Auftragsverlängerung bis zum Zuschlag und damit gegebenenfalls über das Jahresende 2021 hinaus oder eine Interimsvergabe in Betracht gekommen, die Mitbewerber wie geboten einbezieht.
- 71 Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, wieso die Interimsvergabe nicht durch im Homeoffice befindliche, unter Quarantäne stehende, aber nicht arbeitsunfähige Mitarbeiter hat durchgeführt werden können. Der Senat erinnert auch daran, dass die Antragsgegnerin die städtische Verwaltung so mit Personal auszustatten hat, dass die gesetzlichen Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt werden können. Schließlich hätte die Antragsgegnerin ihre - vorgebliche - Auffassung, es bedürfe nur ein- oder zweimonatiger Übergangsregelungen, schon deshalb nicht nochmals zugrunde legen dürfen, weil sie im Laufe des Verfahrens schon mehrfach widerlegt worden war. Woraus sich die Annahme gespeist haben soll, das Vergabeverfahren werde auf einmal, anders als bisher, problemlos ablaufen, erschließt sich nicht.
- 72 Auch soweit die Antragsgegnerin geltend macht, den Bewohnern sei ein mehrfacher Wechsel des Personals nicht zuzumuten, ist ihr nicht zu folgen. Es ist Sache der Antragsgegnerin, die sich dagegen entschieden hat, die Aufgaben mit eigenem Personal zu erfüllen, einen kompetenten Dienstleister auszuwählen, die Grundsätze der Aufgabenerfüllung festzulegen sowie den Dienstleister zu überwachen und so die Interessen der Bewohner durch die gleichbleibende Erfüllung der gebotenen Standards, unabhängig vom jeweiligen Dienstleister und den konkret eingesetzten Mitarbeitern, zu schützen.
- 73 c) Allerdings ist die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und über die dortigen notwendigen Aufwendungen zu korrigieren; die Vergabe-

kammer hat das Teilunterliegen der Antragstellerin hinsichtlich des Zeitraums vom 01.12.2020 bis zum 31.12.2021 (13 Monate) nicht berücksichtigt.

- 74 Die vom Senat zu korrigierende Kostenentscheidung beruht insoweit auf § 182 III 1, IV 1 GWB, § 80 I, III 2 HessVwVfG.
- 75 aa) Soweit die Antragstellerin und die Antragsgegnerin jeweils unterlegen sind, haben sie die Kosten für die Amtshandlungen der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) gem. § 182 III 1 GWB und die zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Gegenseite gem. § 182 IV 1 GWB zu tragen, wobei die Antragsgegnerin, wie von der Vergabekammer zutreffend ausgeführt, von den Gebühren befreit ist. Dabei steht dem Obiegen der Antragstellerin für 6 Monate eine Erfolglosigkeit des Nachprüfungsantrags für den Zeitraum von 13 Monaten gegenüber.
- 76 Dabei berücksichtigt der Senat, dass die sofortige Beschwerde ohne das erledigende Ereignis auch hinsichtlich des ursprünglichen Antrags auf Feststellung der Unwirksamkeit und der Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Durchführung eines Vergabeverfahrens Erfolg gehabt hätte. Insbesondere lagen die Voraussetzungen des § 135 I Nr. 2 GWB vor. Denn die Vergabe ohne vorherige Veröffentlichung war nicht aufgrund Gesetzes gestattet.
- 77 Für die Annahme einer solchen Gestattung genügt es im Hinblick auf die Gesetzgebungsgeschichte und zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes der potentiellen Bieter nicht, dass das Gesetz für den beabsichtigten Beschaffungsvorgang eine Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung ermöglicht. Vielmehr muss die Vergabestelle auch die für dieses Verfahren geltenden Regeln und Beschränkungen einhalten. Andernfalls würde z.B. die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 IV VgV die Möglichkeit zu willkürlichen, im Gesetz nicht vorgesehenen Direktvergaben eröffnen und der Schutz der Bieter ausgehöhlt. Die Ausnahme setzt voraus, dass die Vergabestelle gerade in der gewählten Form vom Gebot europaweiter Ausschreibung abweichen durfte; gestattet sein muss die konkrete Vergabe und nicht nur eine Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung (OLG Rostock, Beschluss vom 9. Dezember 2020 - 17 Verg 4/20, juris, Rn. 89; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 4. Aufl. 2022, GWB § 135 Rn. 33; MüKoEuWettbR/Fett, 4. Aufl. 2022, GWB § 135 Rn. 33; a.A. Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, GWB § 135 Rn. 61), wobei allein eine fehlerhafte Auswahlentscheidung im Rahmen eines unter Wettbewerb durchgeführten, grundsätzlich zulässigen Vergabeverfahrens nicht zur Unwirksamkeit des Zuschlags führt (BayObLG, Beschluss vom 20.01.2022 - Verg 7/21 „Schnelltests“, juris Rn. 94 ff, insb. Rn. 96). Die so verstandenen Anforderungen an eine Gestattung sind, wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, nicht erfüllt.
- 78 bb) Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ist, wie im angefochtenen Beschluss erfolgt, gem. § 182 IV 4 GWB, § 80 III 2 HessVwVfG für notwendig zu erklären.
- 79 cc) Dis gilt auch für die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin vor der Vergabekammer.
- 80 Zwar ist ein öffentlicher Auftraggeber gesetzlich zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet und kann von ihm grundsätzlich erwartet werden, dass er über hinreichende Kenntnisse der auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen und des Vergaberechts ver-

fügt. Soweit sich das Nachprüfungsverfahren auf solche Fragen beschränkt, besteht für Auftraggeber von der Größe der Antragsgegnerin daher in der Regel keine Notwendigkeit der anwaltlichen Beratung (vgl. Krohn in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 182 Rn. 64). Vorliegend weist der Fall aufgrund der mehrfachen Verlängerungen der Entscheidungsfrist durch die Vergabekammer im ersten Nachprüfungsverfahren jedoch prozessuale Besonderheiten auf, die die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten im hiesigen Verfahren rechtfertigen.

- 81 dd) Der Beigeladenen sind neben der Antragsgegnerin aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung keine Kosten aufzuerlegen und Aufwendungen für das Verfahren vor der Vergabekammer nicht zu erstatten, so dass insoweit auch keine Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten veranlasst ist.
- 82 d) Die Höhe der festgesetzten Gebühr greift die Beschwerde nicht an.
- 83 4. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 II, 71 GWB.
- 84 Die sofortige Beschwerde im Wesentlichen erfolgreich ist, entspricht es unter Berücksichtigung des § 72 S. 2 GWB billigem Ermessen, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen. Hinsichtlich der Kosten der Beigeladenen, die an den sonstigen Verfahrenskosten nicht zu beteiligen ist (Bechtold/Bosch in dies., GWB, 10. Aufl. 2021, § 71 Rn. 9), entspricht es billigem Ermessen, dass diese von der Beigeladenen selbst getragen werden.
- 85 Unter „Kosten“ des Verfahrens im Sinne des § 71 GWB sind dabei sowohl die Gerichtskosten als auch die außergerichtlichen Kosten zu verstehen (Bechtold/Bosch a.a.O., § 71 Rn. 2), einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten bedarf es insoweit nicht (Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 175 Rn. 14).
- 86 5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 II GKG.
- 87 6. Der von der Beschwerdegegnerin mitgeteilte außergerichtliche Vergleich vom 12./16.11.2022 steht der Verkündung der Entscheidung nicht entgegen; die dort vereinbarte Rücknahme der Beschwerde ist nicht erklärt worden.