



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 57/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

[...],

- Antragstellerin zu 1) -
- Antragstellerin zu 1) -

Antragstellerin zu 1) und zu 2) vertreten durch

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- ~~Antragstellerin zu 2)~~ -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „[...]“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Frerick auf die mündliche Verhandlung vom 14. August 2020 am 28. August 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Der Antrag der Antragstellerinnen auf Erlass weiterer Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 S. 1 GWB wird zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch.
4. Die Antragstellerinnen tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen von Antragsgegnerin und Beigeladener.
5. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin sowie durch die Beigeladene war jeweils notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) hat am 15. Mai 2020 einen Vertrag mit der Beigeladenen (Bg) in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb abgeschlossen. Beschaffungsgegenstand ist laut Vergabevermerk vom 14. Mai 2020:

„Durchführung des operativen Geschäfts unterhalb des Beschaffungstabes bei der Durchführung der Verträge über die Beschaffung von Schutzausrüstung. Dies betrifft im Wesentlichen die technische Vertragsprüfung, die Qualitätssicherung, das Vertragsmanagement, die Qualitätssicherung, die Steuerung der gesamten Lieferkette und der Logistikdienstleister, die Überprüfung von Eingangsrechnungen und die Bearbeitung von Leistungsstörungen.“

Der Vergabevermerk enthält, soweit vorliegend von Bedeutung, darüber hinaus Ausführungen zu folgenden Themen:

- Beschaffungsbedarf,
- Auftragswertschätzung,
- Gründe für die Wahl der Verfahrensart,
- Eignung des Bieters und Nichtvorliegen von Ausschlussgründen,
- Prüfung der Angemessenheit des Preises,
- Gründe für die Auswahl.

Die ASt rügten mit Schreiben vom 17. Juni 2020 die Beauftragung der [...] im Wege eines Open-house-Verfahrens zwecks Beschaffung von Schutzmasken aus Anlass der Corona-Pandemie unter Bezugnahme auf einen Pressebericht vom 16. Juni 2020, in welchem „[...]“ mit der „*Bearbeitung der Rechnungsprüfung rund um das OH Verfahren*“ beauftragt worden sei.

Am 8. Juli 2020 veröffentlichte die Ag eine europaweite „*Bekanntmachung vergebener Aufträge*“ hinsichtlich des streitgegenständlichen Auftrags.

2. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Juli 2020 stellten die ASt einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer des Bundes.

a) Die ASt tragen vor, der Ag sei aufzugeben, eine Vollmacht vorzulegen, welche die Legitimation des Vertretungsberechtigten ausweise. Die von einem [...] unterzeichnete Vollmacht sei nicht durch eine nach Art. 65 Abs. 2 GG für die Ag vertretungsberechtigte Person ausgestellt. Vertretungsberechtigt für die Ag sei [...], in dessen Verhinderungsfall [...], was § 14 GO-BReg zu entnehmen sei.

aa) Zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags führen die ASt aus, dass die ASt zusammen mit ihren Kooperationspartnern über eine erheblich größere Anzahl von Berufsträgern verfügten als über die im Vergabevermerk für erforderlich gehaltenen 40 Personen, so dass einem Mittelständler das auch kurzfristige Abstellen einer größeren Anzahl von Personen kein Problem bereite. Die ASt zu 1) verfüge selbst über medizinrechtliche Expertise gerade auch im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie und sei vernetzt in der federführenden Begleitung auch von Großprojekten erfahren. Sie sei Kooperationspartner eines Netzwerks von Unternehmen, das den Handel mit China als einen seiner Schwerpunkte betreibe, weswegen die ASt zu 1) über Kooperationspartner in China verfüge. Mit diesen zusätzlichen Kapazitäten wären die ASt in der Lage gewesen, die Leistung zu einem wirtschaftlicheren und nach der VO PR Nr. 30/53 zulässigeren Preis zu erbringen und damit antragsbefugt. Die ASt hätten sich als Bietergemeinschaft der Kapazitäten anderer Unternehmen bedienen dürfen. Die ASt seien nicht verpflichtet, hypothetische Verträge für den Fall einer regelgerechten Vergabe rückwirkend einzuholen; der Unterbreitung eines hypothetischen Angebots bedürfe es nicht und dies sei in Ermangelung von Eignungsvorgaben sowie infolge Nichtvorliegens einer Leistungsbeschreibung auch nicht möglich. Ihr Interesse an der Mitwirkung habe die ASt zu 1) in Unkenntnis der bereits erfolgten Vergabe einem Abgeordneten des Deutschen Bundestages und Mitglied der Bundesregierung am 4. Juni 2020 gegenüber zum Ausdruck zu bringen versucht.

Dass die ASt, die sich als potentielle Bieter übergangen fühlten, neben eigenem wirtschaftlichen Interesse am Auftrag auch auf die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der Verwaltung unter vergaberechtlichen Aspekten hinweisen wollten, ändere nichts am Rechtsschutzinteresse. Die ASt hätten sich an einem Wettbewerb beteiligt, wie er angesichts der Vorhersehbarkeit chaotischer Verwaltungszustände beim Beginn der Beschaffung von Masken und insbesondere bei der Planung des Open-house-Verfahrens möglich gewesen wäre. Die beiden ASt hätten sich in Gemeinschaft an einem Vergabeverfahren beteiligt, wenn dieses bekannt gemacht worden wäre, was anwaltlich versichert werde. Größtes Interesse hätte aufgrund der strategischen Ausrichtung bei den ASt auf Beratung und Vertretung im Zusammenhang mit rechtlichen und wirtschaftlichen Fragen resultierend aus der Corona-Pandemie bereits geschäftspolitisch bestanden.

Unabhängig davon, dass die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB vorliegend nicht gelte, so wäre ihr aber auch mit der Rügeerhebung vom 17. Juni 2020 entsprochen worden. Diese Rüge habe dem damaligen Informationsstand entsprochen und habe eindeutig die Leistung als diejenige konkretisiert, die sich aus dem Beschaffungsbericht des [...] vom 26. Juni 2020 ergeben habe. In der Rüge sei zwar die [...] anstelle der Bg bezeichnet worden, doch es sei eindeutig gewesen, auch durch eine konkretisierende Bezugnahme auf den Beschaffungsbericht vom 26. Juni 2020 sowie auf eine Pressepublikation vom 11. Juli 2020, dass es um laufende Bearbeitungen gehe. Im Zeitpunkt der Rüge sei unklar gewesen, welches Verbundunternehmen der [...] beauftragt worden war. Die ASt seien erkennbar irrig davon ausgegangen, dass die streitige Vergabe den Verfahrensbevollmächtigten der Bg gegenüber erfolgt sei. Mehr als dass der Auftrag an ein Unternehmen der [...] vergeben worden sei, sei im Zeitpunkt der Rügeerhebung nicht bekannt und nicht publiziert gewesen.

bb) Die Ag habe Schutzmasken im Wege eines Open-house-Verfahrens beschafft, dessen Lieferfrist zunächst am 30. April 2020 geendet habe. Der Ag sei bei Einleitung und Durchführung dieses Verfahrens bekannt gewesen, dass sie mit vielen 1000 Vertragsabschlüssen mit millionenfacher Lieferung und daher mit erheblichem Dienstleistungsbedarf zu rechnen haben würde. Das Anerbieten von Lieferungen aus unterschiedlichen Chargen unterschiedlicher Hersteller und Lieferanten sei angesichts der Ausgestaltung des Verfahrens zur Beschaffung von Masken schlicht unvermeidlich gewesen. Wer Aufschläge auf Beschaffungskosten von hundert von Prozenten bei einem vertraglichen Zahlungsverprechen von einer Woche nach Anlieferung durch [...] angeboten bekomme, der beschaffe ohne Zwischenfinanzierung und ohne Risiko, was er auf dem chinesischen Markt zu ordern vermöge. Es sei daher nicht ver-

wunderlich gewesen, dass an Angeboten kam, was gekommen sei, auch von Branchenfremden. Der Beschaffungsbedarf sei seit Februar/März 2020 bekannt gewesen, die Ag habe es versäumt, die erforderliche Vergabe im Wettbewerb zu organisieren und dürfe sich jetzt nicht auf besondere Eilbedürftigkeit berufen. Einzelheiten des Verfahrens habe das zuständige [...] dem Ausschuss des Bundestags am 26. Juni 2020 schriftlich berichtet; dort werde der im März 2020 mit dem seit diesem Zeitpunkt erkennbaren Verwaltungsbedarf in Einzelheiten beschrieben, wie dem Bericht zu entnehmen sei, aus dem die ASt auszugsweise zitiert. Dennoch sei die freihändige Beauftragung der Bg zu einem Pauschalhonorar von [...] ohne jeden Wettbewerb erfolgt. Der Auftragsschwellenwert betrage 139.000.- €, denn die Beratungsleistungen fielen nicht unter § 130 Abs. 1 GWB und ebenfalls nicht unter § 116 Abs. 1 Nr. 1 GWB, da nicht nur Rechtsberatung, sondern auch Beratung bezüglich Rechnungsprüfung etc. nachgefragt werde. Die ASt habe zwar binnen zehn Tagen nach Erkennen des Fehlers gerügt, eine Rüge sei jedoch nach § 160 Abs. 3 S. 2 GWB ohnehin entbehrlich, weswegen auch keine Frist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB bestehe. Der Nachprüfungsantrag sei begründet, da der Auftragswert über 750.000.- € liege und die Ausnahme für ein Verhandlungsverfahren nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 GWB nicht vorliege, insbesondere keine Gründe ersichtlich seien, welche die Beschränkung auf einen Bieter rechtfertigten. Besondere Dringlichkeit liege unabhängig davon, ob die COVID-19-Pandemie ein unvorhergesehenes Ereignis gewesen sei, nicht vor. Streitgegenständlich seien Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Abwicklung eines – aus eigenem Verschulden der Ag aus dem Ruder gelaufenen – Beschaffungsvorhabens. Es läge kein unmittelbarer Zusammenhang mit der COVID-19-Krise vor, sondern Unvermögen in der Organisation der Ag.

Weil die Ag greifbar rechtswidrig vergeben habe, sei der faktische Vollzug geschlossener Verträge sofort nach § 169 Abs. 3 GWB über die Anordnung vorläufiger Maßnahmen zu stoppen. Denn trotz Nichtigkeit des Vertrags mit der Bg würde der primäre Rechtsschutz der ASt täglich unterlaufen, indem Abarbeitungen und Zahlungen erfolgten. Maßstab für eine Entscheidung über die Anordnung vorläufiger Maßnahmen sei nach § 169 Abs. 3 S. 2 GWB der Beurteilungsmaßstab des § 169 Abs. 2 S. 1 GWB, wonach die Abwägungsvorgaben von § 169 Abs. 2 – 4 GWB nicht gälten. Mit Blick auf § 97 Abs. 6 GWB stelle die Regelung eine notwendige Ergänzung gerade dann dar, wenn greifbar rechtswidrig Wettbewerb, Vorabmitteilung und daher primärer Rechtsschutz vor Zuschlag durch den Auftraggeber umgangen würden. Denkbare Verstöße der Ag außerhalb des Vergaberechts, die bei der Abwägung eine Rolle spielen könnten, seien neben den Legalitätsgeboten der BHO strafrechtliche Aspekte einer etwaigen rechtswidrigen Quasivergabe nach § 266 StGB i.V.m. dem Regelwerk der BHO und denkbare

Ordnungswidrigkeiten nach § 11 VO PR Nr. 30/53. Die Vergabekammer habe die Aufgabe, dafür Sorge zu tragen, dass Rechte eines potentiellen Bieters bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht dadurch gefährdet würden, dass vollendete Tatsachen geschaffen würden. Die Auslegung des Antrags der ASt auf vorläufigen ergänzenden Rechtsschutz müsse auf Grundlage des Gemeinschaftsrechts, das sich am Telos der praktischen Wirksamkeit von Vorschriften („effet utile“) orientiere, und unabhängig von nationalen Begrifflichkeiten erfolgen. Die Vergabekammer könne als mögliche Zwischenverfügung der Ag gegenüber das vollständige Ruhen des Verfahrens anordnen. Im Fall einer wie hier vorliegenden Quasivergabe müsse das Verbot des Vollzugs eines Vertrages erfolgen, wenn die Nichtigkeit des Vertrags nahe liege.

Die Vergabeakte sei intransparent und dokumentiere nicht hinlänglich; ein völlig unregelmäßiges Vergabeverfahren werde demonstriert, in dem keine Eignungs- und Zuschlagskriterien aufgestellt worden seien und keine Eignungsprüfung substantiiert sei. Es werde bestritten, dass der Vergabevermerk zeitnah erstellt worden sei im Sinne von § 8 VgV und unverändert geblieben sei. Es sei weiter davon auszugehen, dass Teile der Vergabeakte zum Zeitpunkt der Übermittlung des Nachprüfungsantrags noch nicht erstellt worden seien, andernfalls hätte die Ag keine Fristverlängerung für die Aktenübermittlung beantragen müssen. Eine nicht auszuschließende und daher behauptete Manipulation des Vergabevermerks würde einen schwerwiegenden Verstoß gegen § 8 VgV darstellen und eine Dienstpflichtverletzung des Handelnden. Dokumentationsmängel könnten nicht durch einen nachträglichen Vermerk oder durch schriftsätzlichen Vortrag im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden. Rechtsfolge des Dokumentationsmangels sei, dass ein Zuschlag auf dieser Basis nicht erteilt werden dürfe und das Verfahren in den Zeitpunkt vor Entstehen der Dokumentationsmängel zurückzusetzen sei.

Auch wenn jede konkrete Leistungsbeschreibung fehle, so wiesen die Vergabeakten doch aus, dass die Bg eine anscheinend mündlich unterbreitete Leistungsanforderung verfehlt habe, wie sich aus einem Schreiben der Bg an [...] vom 14. Mai 2020 ergebe. Allein deshalb hätte ein Zuschlag nicht erfolgen dürfen.

Seit dem 4. März 2020, dem Beschluss des Krisenstabs, sei klar gewesen, dass außerordentliche zusätzliche Verwaltungsleistungen auf [...] zukämen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt sei die Vergabe im Wettbewerb möglich und geboten gewesen, zumindest im Wege eines Rahmenvertrags. Die Ag habe von den hier in Rede stehenden Risiken der Pandemie in Kenntnis der WHO-Daten seit Ende Februar 2020 Kenntnis gehabt, die WHO habe die Risikolage seit dem 12. März 2020 offiziell als Pandemie bezeichnet. Seit Planung einer Open-house-Vergabe sei bekannt gewesen, dass die naheliegende Möglichkeit schwer zu durchdringender

Bearbeitungsbedarfe entstehen würde. Folgerichtig sei seit Februar 2020 ein massiv gesteigerter Bearbeitungsaufwand in der Bundesverwaltung bekannt, mit Planung des Open-house-Verfahrens sei klar gewesen, dass potentiell eine Flut von Einzelverträgen geschlossen und abgewickelt würde und am 7. April 2020 sei eine Interimsvergabe gegenüber der Bg erfolgt, die jede erforderliche besondere Eilbedürftigkeit ausgeschlossen habe. Dass die vorliegend gewählte Vorgehensweise bezogen auf die Vergabe vom 15. Mai 2020 unzulässig sei, habe die Ag auch der im Amtsblatt veröffentlichten Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation (2020/C 108I/01) zu entnehmen vermocht, deren Einhaltung zwingende Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Vergabe sei. Dem genüge das hiesige Vergabeverfahren in signifikanter Weise nicht. Im Sinne von Ziffer 2.3 der Leitlinien sei der Beschaffungsbedarf per 15. Mai 2020 spätestens mit Planung und Durchführung des Open-house-Verfahrens vorhersehbar gewesen. Allerspätestens sei die Eilbedürftigkeit mit der Interimsvergabe von mit den hiesigen Leistungen identischen Leistungen an die Bg und bezogen auf Rechtsberatung an deren Bevollmächtigte entfallen. Es sei hier nicht um eine Interimsvergabe gegangen, sondern um die finale Vergabe von Leistungen für sechs Monate mit Verlängerungsoption um weitere sechs Monate, denn der Leistungsbedarf werde in diesem Zeitraum final erledigt. Die Vergabe an einen zuvor ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer sei nach den Leitlinien nur zulässig, wenn dieser Wirtschaftsteilnehmer der einzig leistungsfähige sei. Selbst wenn man dem Mittelstand nicht zutraue, was er aber zu leisten imstande gewesen wäre, so habe die Bg eine solche Alleinstellung offensichtlich nicht inne. Die Alleinstellung der Bg werde bestritten. Die Voraussetzungen von Ziffer 2.3.1 der Leitlinien lägen nicht vor, die Fristen für ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb seien einhaltbar gewesen, dies aufgrund frühzeitiger Vorhersehbarkeit und Interimsvergabe per 7. April 2020. Angesichts des Umstandes, dass die beauftragten Leistungen offenbar nicht verhandelt worden seien, ansonsten ein Protokoll vorliegen müsste, wäre ein Verfahren nach § 119 Abs. 2 GWB bei zulässiger Fristenverkürzung auch effektiver und zugleich preisrechtlich legitimierend gewesen, weil so ein Marktpreis hätte ermittelt werden können, den es für die in Rede stehende Leistung nicht gäbe. Hätte sich nach der Interimsvergabe vom 7. April 2020 das Erfordernis einer weiteren Interimsvergabe ergeben, so hätte diese nach Ziffer 2.3.3 der Leitlinien nur so lange dauern dürfen wie eine im regelgerechten Wettbewerbsverfahren vorzunehmende Beauftragung gedauert hätte, mithin wäre eine interimistische Vergabe allenfalls bis Ende 6/2020 zulässig gewesen. Das nunmehrige Avis der Ag, die Leistungen für die Zeit ab 16. November 2020 im Wettbewerb zu vergeben, revidiere die vergaberechtlichen Fehler auch für die Zeit ab 16. November 2020 nicht.

Rechtswidrig sei die Vergabe auch deshalb, weil der Vergabevermerk keine Feststellungen zur Prüfung der Eignung und etwaiger Ausschlussgründe bezüglich der Bg treffe. Eine Eignungsprüfung sei jedoch zwingend geboten gewesen, das Unterbleiben führe ungeachtet des etwaigen Ergebnisses zur Rechtswidrigkeit. [...]. Der Ag hätte es obliegen, diese Informationen [...] beizuziehen. Dass es Ermittlungen der auch bei [...] tätigen Behörde seit 2016 auch wegen [...] gegeben habe, scheine zwingend und werde daher behauptet. Die Ag hätte sich mit dem gesetzlichen Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB befassen müssen, wobei die ASt selbstredend nicht wüssten, ob die gebotene Heranziehung von Informationen [...] zum Ausschluss hätte führen müssen. Für die Bg und deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter streite die Unschuldsvermutung.

Ein weiterer Eignungsmangel liege darin, dass ersichtlich Rechtsberatung von der Bg eingefordert worden sei, diese aber seitens der Bg weder angeboten noch mit ihr vertraglich vereinbart worden sei. Sie habe explizit Rechtsberatung, also Beratung und/oder Vertretung durch Medizinrechtsexperten bezogen auf Rechtsfragen zu erbringen verweigert, was aber ausweislich des Vortrags der Bg gefordert gewesen sei. Gleiches gelte für Forensiker. Entweder sei die Bg insoweit nicht geeignet oder sie habe zumindest die Leistungserbringung verweigert, was eine rechtmäßige Annahme des Gebots ausschließe.

Die Feststellungen des Vergabevermerks zur Preisprüfung seien intransparent und unzutreffend. Die Leistungen der Bg hätten in Bezug auf Leistungen einer [...] absoluten Ausnahmecharakter. Vergleichbare Leistungen seien seitens eines Bundesministeriums, abgesehen von der vorausgegangenen Interimsvergabe an die Bg und an ein drittes Rechtsberatungsunternehmen, niemals vergeben oder erbracht worden. Die VO PR Nr. 30/53 regle zwingend und strafbewehrt, welche Preise verlangt, gewährt, angenommen und entrichtet werden dürften. Nach § 3 VO PR Nr. 30/53 sei dies in erster Linie der individuelle Marktpreis im dort geregelten Sinne. Marktpreis im Sinne der Norm sei der betriebssubjektive Marktpreis, der voraussetze, dass sich einerseits überhaupt ein relevanter Marktpreis gebildet habe und sich der Auftragnehmer andererseits derart am Markt beteiligt habe, dass er für sich einen subjektiven Marktpreis gebildet habe. Eine Vergabe im Wettbewerb müsse durchgeführt werden, um einen Preis ohne weitere Prüfung eines subjektiven Marktpreises bezuschlagen zu dürfen. An einer Vergabe im Wettbewerb fehle es hier. Die Preisprüfung im Vergabevermerk sei fehlerhaft, weil die Ag sich unsubstantiiert auf ein anderweitiges Vergabeverfahren bezöge, bei dem die Bg den Zuschlag erhalten habe; dies wäre allenfalls zulässig gewesen, wenn der Vergabevermerk substantiiert die Vergleichbarkeit der Leistungen beschrieben hätte. Das Bedarfsmarktkonzept sei zur sachlichen Marktabgrenzung relevant, wozu aber Feststellungen im Vergabevermerk

fehlten. Hier hätte die Möglichkeit und die zwingend strafbewehrte Rechtspflicht bestanden, nach den §§ 4 ff. VO PR. Nr. 30/53 Preise nach Selbstkosten des Auftragnehmers zu definieren, was schnell und unkompliziert möglich sei. Hinzu käme, dass der kommunizierte Pauschalpreis ausweislich des Schreibens der Bg vom 14. Mai 2020 kein solcher sei, weil die Bg sich dort nachträgliche Forderungen vorbehalte, falls sie die Komplexität der zu erfüllenden Aufgabe unterschätzt hätte. Es sei die Bg gewesen, die Leistung und Preis definiert habe. Verhandlungen seien nicht durchgeführt worden, da kein Protokoll existiere; es werde daher die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb bestritten.

Die ASt beantragen:

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB, verbunden mit der unverzüglichen Information der Ag gemäß § 169 Abs. 1 GWB in Textform,
2. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB durch die Vergabe von Leistungen an die Bg, wie im [...] beschrieben, verletzt ist,
3. festzustellen, dass der zwischen der Ag und der Bg und/oder „[...]“ und/oder „andere Kanzleien“ jeweils geschlossene Vertrag unwirksam gemäß § 135 Abs. 1 Nummer 2 GWB ist und die Ag zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Auftrag nach den Vorschriften des GWB auszuschreiben,
4. unverzüglich zu beschließen, dass es der Ag untersagt wird, Leistungen der Bg und/oder „[...]“ und/oder „andere Kanzleien“ im Zusammenhang mit dem Schutzmaskenbeschaffungs-Open-House-Verfahrens, wie im [...] beschrieben, entgegenzunehmen und/oder an die Bg für derartige Leistungen Entgelte zu entrichten,
5. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB,
6. die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dem Ag aufzuerlegen.

b) Der Vortrag der Ag im Nachprüfungsverfahren ist zu hören, da die für die Ag vortragenden Rechtsanwälte rechtswirksam bevollmächtigt wurden. Die Rechtsanwälte haben eine schriftliche Vollmachtserteilung mit Datum 14. Juli 2020 vorgelegt. Diese wurde unterzeichnet vom stellvertretenden Referatsleiter Justitiariat im [...]. Der vor der Unterschrift enthaltene Zusatz „i.A.“ macht deutlich, dass der Unterzeichner der Vollmacht nicht selbst und unmittelbar vertretungsberechtigt ist, sondern im Auftrag der vertretungsberechtigten Person, letztendlich des

[...], handelt. Es gibt keinen Anlass, an der hausinternen Befugnis der unterzeichnenden Person zur Vollmachtserteilung im Auftrag [...] zu zweifeln und mit der ASt anzunehmen, der Unterzeichner der Vollmacht habe etwa eigenmächtig gehandelt. Die Erteilung einer Vollmacht an eine Anwaltskanzlei stellt eine für ein Justitiariat typischerweise anfallende Handlung dar. Zusätzlich wurde die ordnungsgemäße Bevollmächtigung in der mündlichen Verhandlung seitens der Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung anwaltlich versichert.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. den Antrag zu 4) der ASt, der Ag und der Bg einstweilen den Leistungsaustausch zu untersagen, zurückzuweisen,
3. den ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

aa) Die Ag verweist in Bezug auf den Sachverhalt zunächst auf die seit Februar 2020 bestehende außergewöhnliche Bedrohungslage für die Gesundheit der Bevölkerung infolge des Virus „SARS-CoV-2“. Die sich verdichtenden Hinweise auf eine Marktverknappung an Schutzausrüstung habe dazu geführt, dass der gemeinsame Krisenstab der Ag, bestehend aus Bundesministerium für Gesundheit und Bundesministerium des Innern, Bau und Heimat, in seiner ersten Sitzung am 28. Februar 2020 beschlossen habe, dass eine zentrale Beschaffung und Bevorratung durch den Bund erfolgen solle. In der Sitzung am 4. März 2020 habe der Krisenstab die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Gesundheit festgelegt; das Bundesministerium für Verteidigung sei um Amtshilfe ersucht worden und das diesem unterstehende Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr habe die Beschaffungen in Zusammenarbeit mit der Generalzolldirektion federführend koordiniert. Die Marktlage sei durch eine extreme Nachfrage gekennzeichnet gewesen, was insbesondere für die Volksrepublik China gegolten habe, die ca. 80 % der Weltproduktion herstelle. In einem ersten Tagesbericht des Bundesamts für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr am 10. März 2020 habe dieses mitgeteilt, dass sich der Abschluss von Verträgen zur Beschaffung von Schutzausrüstung aufgrund der extrem eingeschränkten Marktverfügbarkeit als äußerst schwierig darstelle; die

Marktverfügbarkeit werde sich voraussichtlich weiterhin verschlechtern. Die Entwicklung im Laufe des Monats März habe sich sodann als dramatisch dargestellt. Erschwerend zu der Verknappung von Schutzausrüstung auf den Weltmärkten sei hinzugekommen, dass die avisierten Mengenangaben aufgrund der Bedarfe des Gesundheitspersonals nach oben hätten korrigiert werden müssen, da etwa das Tragen von Schutzmasken auch außerhalb des unmittelbaren Patientenkontakts angeordnet worden sei. Daher habe das Bundesministerium für Gesundheit einen Beschaffungstab eingerichtet, in welchem beschlossen worden sei, dass dieses zusätzlich eigenständig beschaffen solle. Im sog. „Corona-Kabinett“ mit der Bundeskanzlerin seien am 30. März 2020 die Folgen aktueller Entwicklungen für die Liefersicherheit nach Deutschland protokolliert worden. Für die Ag sei in keiner Weise vorhersehbar gewesen, ob und inwieweit die Bedarfsdeckung erfolgreich sein könne und werde. Daher habe die Ag auf allen zugänglichen Wegen Beschaffungsvorgänge eingeleitet, darunter neben einem Rahmenvertrag mit mehreren Vertragspartnern auch ein Ende März begonnenes Open-House-Verfahren. Mehrere Hundert Verträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern und unterschiedlichen Vertragsinhalten seien geschlossen worden. Die Abwicklung insbesondere des Open-House-Verfahrens habe einen enormen Aufwand verursacht; aufgrund der nicht prognostizierbaren Vielzahl der eingegangenen Angebote sei die Angebotsfrist vom 30. April 2020 auf den 8. April 2020 verkürzt worden. 700 Verträge seien bis dahin abgeschlossen worden. Es habe sich gezeigt, dass die eigenen Ressourcen der Ag nicht ausgereicht hätten. Die Ag habe die Bg daher am 7. April 2020 mit der Dokumentation und der Analyse der Beschaffungsvorgänge beauftragt und ergänzend am 9. April 2020 mit der Unterstützung im Einkaufsprozess hinsichtlich Angebotsprüfung, der buchhalterischen Erfassung der Bestellungen sowie der Rechnungsprüfung und Zahlungsfreigabe. Mit Beginn des Monats Mai 2020 traten erhebliche Probleme bei der Auftragsabwicklung auf, weswegen die Unterstützungsleistungen der Bg sich als nicht ausreichend erwiesen hätten. Zeitgleich seien Anlieferungen aus den Direktbeschaffungen - erschwert durch eine Verwaltungsmitteilung der chinesischen Regierung vom 25. April 2020, die den Export von Schutzausrüstung nach Deutschland nur zulasse, wenn eine Bestätigung über die Einhaltung der Qualitätsstandards vorläge - abzuwickeln gewesen sowie der Rahmenvertrag mit ca. 50 Vertragspartnern. Aufgrund der chinesischen Verwaltungsmitteilung sei es zweckmäßig gewesen, Qualitätsprüfungen der Waren direkt vor Ort in China durchzuführen, wofür es des Aufbaus qualitätssichernder Strukturen in China bedurft habe. Die zur Verfügung stehenden ministeriellen Ressourcen seien im Zeitraum März bis Mai mit bis zu 70 Mitarbeitern schwerpunktmäßig für die Durchführung der Beschaffungsvorgänge eingesetzt worden, indem diese Mitarbeiter aus anderen Organisationseinheiten

abgezogen worden seien, weswegen – verschärft durch betreuungsbedingte und weitere Ausfälle von Mitarbeitern, die Risikogruppen angehörten – die eigentlichen ministeriellen Tätigkeiten auf ein Minimum reduziert werden mussten. Um die Abwicklung der Verträge und die Funktionsfähigkeit des Ministeriums für ministerielle Aufgaben wiederherzustellen, sei ein sofortiger Bedarf an weitergehender externer Unterstützung für die Bearbeitung des operativen Geschäfts bei der Durchführung der Verträge zur Beschaffung von Schutzausrüstung festgestellt worden. Dieser Bedarf betreffe insbesondere die technische Vertragsprüfung, die Qualitätssicherung, das Vertragsmanagement, die Steuerung der gesamten Lieferkette und der Logistikdienstleister, die Überprüfung von Eingangsrechnungen und die Bearbeitung von Leistungsstörungen. Daher habe die Ag die Bg am 6. Mai 2020 zur Einreichung eines Angebots aufgefordert und hierüber mit der Bg verhandelt; Vertragsschluss und Ausführungsbeginn seien am 15. Mai 2020 erfolgt. Der Vertrag habe eine Laufzeit von sechs Monaten mit einmaliger Verlängerungsoption um weitere sechs Monate, von der jedoch kein Gebrauch gemacht werde; für den Zeitraum ab 16. November 2020 werde der Bedarf über ein wettbewerbliches Verfahren befriedigt, wofür die Ag derzeit ein Vergabeverfahren vorbereite; eine entsprechende EU-weite Vorinformation sei bereits geschaltet. Dies belege, dass es zu keinem Zeitpunkt das Ansinnen der Ag gewesen sei, die Leistungen dem Wettbewerb nachhaltig zu entziehen, die Vergabe ohne Wettbewerb sei der äußersten Dringlichkeitssituation geschuldet gewesen.

bb) In rechtlicher Hinsicht sei der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig. Den ASt fehle es nämlich bereits an der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, die auch dann erforderlich sei, wenn das Fehlen eines förmlichen Vergabeverfahrens beanstandet werde. Ein echtes Auftragsinteresse setze die substantiierte Darlegung voraus, dass der Antragsteller auch über hinreichend eigene Kapazitäten verfüge, um den Auftrag auszuführen; ein bloßer Hinweis darauf, sich ggfs. mit anderen Unternehmen gemeinsam um den Auftrag zu bewerben, genüge nicht. Hier seien mindestens 40 vollzeitbeschäftigte Personen mit der Auftragsausführung voll ausgelastet, wohingegen die ASt über ein Beraterteam von nur elf Personen aus unterschiedlichen fachlichen Disziplinen verfügten, ohne konkrete Kooperationsmöglichkeiten mit anderen Unternehmen darzulegen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die ASt binnen weniger Tage die für die Auftragsausführung nötige Mitarbeiterzahl hätten gewährleisten wollen; ferner sei nicht erkennbar, wie die ASt die Qualitätssicherung vor Ort in China bewerkstelligen wollten. Im Übrigen habe sich der Verfahrensbevollmächtigte beider ASt, der zugleich der Namensgeber der ASt zu 1) sei, in einem Pressebericht dahingehend ein-

gelassen, dass es den ASt um eine objektive Rechtskontrolle gehe, jedoch kein wirtschaftliches Interesse am Auftragserhalt bestehe. § 160 Abs. 2 GWB setze jedoch die Wahrnehmung einer subjektiven Rechtsposition voraus. Die Ag sei dem Vorbringen der ASt zu deren Eignung sowie zum fehlenden wirtschaftlichen Interesse unter Beweisantritt entgegen getreten, die ASt hätten dem lediglich pauschal entgegen gehalten, ein wirtschaftliches Interesse zu haben und über ein nicht näher quantifiziertes und qualifiziertes Unternehmensnetzwerk zu verfügen. Bei den Nachweisen, welche die ASt für ihre Kompetenz zur Ausführung des streitgegenständlichen Auftrags anführten, handle es sich sämtlich um Rechtsdienstleistungen, die vorliegend gerade nicht nachgefragt worden seien. Die hier maßgeblichen Unterstützungsleistungen bezögen sich auf die technische Vertragsprüfung, die Qualitätssicherung, das Vertragsmanagement, die Steuerung der gesamten Lieferkette und der Logistikdienstleister, die Überprüfung von Eingangsrechnungen und die Bearbeitung von Leistungsstörungen.

cc) Hilfsweise sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet. Da der Auftrag an die Bg bereits erteilt worden sei, könne Maßstab der Entscheidung nur sein, ob i.S.v. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB der Auftrag ohne Bekanntmachung vergeben worden sei, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet gewesen sei. Für die Frage nach der gesetzlichen Gestattung käme es auf den Ausnahmetatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV an. Die Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV hätten vorgelegen, so dass eine Nichtigkeitsfeststellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht in Betracht käme. Der Beschaffungsbedarf für die streitgegenständlichen Betriebsführungsleistungen sei auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen, die ein unvorhergesehenes Ereignis dargestellt habe und dessen dynamische Entwicklung nicht prognostizierbar gewesen sei. Es habe Anfang Februar 2020 nicht damit gerechnet werden können, dass derart viele Auftragsverhältnisse im Zusammenhang mit der PSA-Beschaffung zu bewerkstelligen sein würden. Äußerst dringliche, zwingende Gründe im Sinne einer akuten Gefahrensituation, welche zur Vermeidung von Gefahren für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erforderten, hätten vorgelegen. Ausweislich des Rundschreibens vom 19. März 2020 des Bundesministeriums für Wirtschaft habe die Pandemie zu einem äußerst kurzfristigen Beschaffungsbedarf geführt. Auch nach den „*Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation, 2020/C 108/01*“ müssten die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass Schutzausrüstung zur Verfügung stehe. Qualitativ ordnungsgemäße Schutzausrüstung stelle ein wesentliches Element zur Verhinderung einer weiteren Ausbreitung der Pandemie dar, eine

Unterversorgung hätte die Gefährdung von Leib und Leben weiterer Menschen zur Folge gehabt, was insbesondere für medizinisches Personal gelte. Der Gesundheitsschutz für die Bevölkerung hätte die Einhaltung der Mindestfristen bei vorrangigen Verfahren, so eine mindestens fünfzehntägige Angebotsfrist im offenen Verfahren mit anschließendem Zeitaufwand für die Bewertung der Angebote und der Wartefrist nach § 134 GWB, nicht erlaubt. Die Ag habe sich in zeitlicher Hinsicht auf das notwendige Maß für eine interimswise Beauftragung, für die in der Rechtsprechung Zeiträume bis zu einem Jahr anerkannt seien, beschränkt.

Ferner seien die ASt nicht in der Lage und damit nicht geeignet, den Auftrag auszuführen. Die Ag hätte die ASt auf Basis der öffentlich zugänglichen Quellen auch in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wegen § 122 GWB nicht zur Angebotsabgabe auffordern dürfen, so dass es danach unmaßgeblich sei, ob die gewählte Verfahrensart statthaft sei oder nicht.

Unmaßgeblich für die Entscheidungsfindung sei, ob die Ag das Vorliegen von Ausschlussgründen geprüft habe, denn die §§ 122, 123 und 124 GWB seien im Rahmen einer etwaigen Nichtigkeitsfeststellung nicht der rechtlich erhebliche Maßstab. Die Dokumentation der Ag belege im Übrigen entgegen den Einlassungen der ASt das Vorliegen einer Eignungsprüfung. Es sei im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausreichend, wenn ein Auftraggeber sich bei der Eignungsprüfung auf eine hinreichend verlässliche Erkenntnislage beziehe, die ihm die Prognose erlaube, dass das Unternehmen über die erforderliche Eignung verfüge. Dies sei bei der Bg der Fall und die Ag habe dies im Vergabevermerk festgestellt.

Auch auf vermeintliche Dokumentationsfehler komme es für die Nichtigkeitsfeststellung nicht an. Im Übrigen datiere der Vergabevermerk vom 14. Mai 2020, so dass angesichts der am 15. Mai 2020 erfolgten Beauftragung eine zeitnahe Dokumentation erfolgt sei. Soweit die ASt andeute, die Ag habe den Vergabevermerk nachträglich geändert und dies aus dem Antrag der Ag auf Fristverlängerung für die Übersendung der Vergabeakte schließe, verfange das nicht. Denn die ASt hätten durch den weitgehend unbestimmten Nachprüfungsantrag, der sich zunächst auf Rechtsberatungsleistungen und auf die Beiladung der Rechtsberatungsgesellschaft aus der [...] bezogen habe, nicht hinreichend erkennen lassen, welcher Vergabevorgang eigentlich in Streit stehe. Die ASt hätten die Verzögerung damit selbst herbeigeführt, indem sie erst auf entsprechende Aufforderung hin am 15. Juli

2020 das Nachprüfungsbegehren auf den Auftrag für die Betriebsführung durch die Bg umgestellt hätten. Daher könne es der Ag nicht angelastet werden, dass die Dokumentation des zutreffenden Vergabeverfahrens erst verzögert an die Vergabekammer habe übermittelt werden können.

Ein Ausschlussgrund bezüglich der Bg im Hinblick auf eine angeblich nicht angebotene Rechtsberatungsdienstleistung liege schon deswegen nicht vor, weil derartige Leistungen hier nicht nachgefragt gewesen seien, im Übrigen selbst ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führen würde.

Gleiches gelte für den vermeintlichen Preisrechtsverstoß. Selbst wenn Preise unzulässig wären, sei Rechtsfolge gerade nicht die Unwirksamkeit des Vertrags, sondern deren Ersetzung durch preisrechtlich zulässige Preise. Die ASt hätten im Übrigen nicht ansatzweise dargelegt, woraus sich die Unzulässigkeit der Preise ergeben solle. Die Ag habe die Preise auf Grundlage der zuletzt wettbewerblich ermittelten Preise validieren können.

dd) Den ASt sei die Akteneinsicht zu versagen, da der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Es handle sich bei dem Recht auf Akteneinsicht um ein akzessorisches Recht, welches ausschließlich die Durchsetzung subjektive Rechte des jeweiligen Antragstellers unterstützen solle. Hier nutzten die ASt ausweislich der in der Presse zitierten Aussagen der ASt, die bei der Antragsbefugnis relevant seien, das Nachprüfungsverfahren jedoch dafür, die Ag durch eine ungünstige Presseberichterstattung zu diskreditieren. Es müsse davon ausgegangen werden, dass Vergabeunterlagen nach Akteneinsicht seitens der ASt unmittelbar an die Presse weitergereicht würden, womit das Akteneinsichtsrecht zweckentfremdet werde.

ee) Der Antrag der ASt dahin, der Ag und der Bg einstweilen den Leistungsaustausch zu untersagen, sei zurückzuweisen. Das Vergabeverfahren sei bereits durch Zuschlag beendet. Der Gesetzgeber habe dem Vertrauensschutz in die Wirksamkeit des Vertrags bei vermeintlichen De-facto-Vergaben gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB den Vorrang eingeräumt. Die ASt hätten keine Tatsachen vorgetragen, welche die Umkehrung dieser gesetzgeberischen Entscheidung rechtfertigten.

ff) Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag sei schon aufgrund der überragenden Bedeutung des streitgegenständlichen Auftrags für die Ag und für die Allgemeinheit geboten. Hinzu komme die Beantragung vorläufiger Maßnahmen im Sinne einer vor-

läufigen Aussetzung des Vergabeverfahrens durch die ASt sowie der Aspekt der Waffen-
gleichheit mit den ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt. Die Ag verfüge nicht über in der
Forensik geschultes Personal, die äußerst kurzen Fristen im Vergabenachprüfungsverfah-
ren seien zu bedenken.

c) Mit Beschluss vom 17. Juli 2020 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

aa) Die Bg trägt zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags vor, den ASt fehle die An-
tragsbefugnis. An das Interesse am Auftrag seien zwar keine allzu hohen Anforderungen
zu stellen, notwendig sei jedoch, dass das Unternehmen als Fachunternehmen der für die
konkrete Auftragserteilung in Frage kommenden Branche angehöre. Hier dagegen seien
die ASt nicht auf die Erbringung des Auftrags eingerichtet. Für die verschiedenen Tätigkei-
ten, die im Rahmen des Betreibervertrags aus einer Hand zu leisten seien, sei ein einheit-
liches Team insbesondere aus Wirtschaftsprüfern, Prüfungsassistenten, Spezialisten im
Qualitätsmanagement, Logistikexperten, Gesundheits- und Medizinrechtsexperten, Ein-
kaufsmanagement und Beschaffung sowie Forensikern erforderlich. Ferner sei ein Netz-
werk in China notwendig. Hierüber verfügten die ASt nicht, denn die ASt zu 1) stelle nach
eigenen Angaben eine mittelständische Kanzlei dar, die auch Steuerberater beschäftige,
die ASt zu 2) ein Steuerberatungsunternehmen, welches auch Rechtsanwälte beschäftige.
Die Schaffung eines gut funktionierenden und zusammenarbeitenden Teams könne in der
Kürze der Zeit auch nicht unter Hinzuziehung von Experten gewährleistet werden. Auch
unter quantitativen Gesichtspunkten verfügten die ASt nicht über die Eignung, allein aus
dem Open-house-Verfahren ca. 700 Verträge zügig abzuarbeiten, um Lieferengpässe mit
Gefahren für Leib und Leben sowie Schadensersatzansprüche wegen Ausbleiben von Zah-
lungen zu vermeiden; hierfür seien mindestens 40 Personen notwendig. Soweit die ASt auf
ein Unternehmensnetzwerk verweise, so bestreite die Bg, dass die ASt selbst im Verbund
über die erforderlichen personellen Kapazitäten verfüge, die einschließlich der Berücksich-
tigung von Urlaub, Krankheit und pandemiebedingten Auswirkungen eine Mitarbeiteranzahl
weit über 40 Personen erfordere. Auch über das erforderliche Fachpersonal verfügten die
ASt nicht. Außerdem habe der Namensgeber der ASt zu 1) der Presse gegenüber verlaut-
bart, das er aus dem Verfahren keinen wirtschaftlichen Gewinn erzielen werde, so dass es
an einer wirtschaftlichen Benachteiligung der ASt, die für die Antragsbefugnis unabdingbar
sei, fehle. Auch die Verletzung eigener Rechte machten die ASt nicht geltend, denn es
käme ihnen ausweislich der Presseberichte darauf an, zu klären, wann die Ag rechtlich und
politisch verpflichtet sei, sich an Vergaberecht zu halten. Eine Popularklage zugunsten der
Allgemeinheit sei jedoch unzulässig. Ferner fehlten den ASt die Antragsbefugnis in Bezug

auf das Preisrecht, welches ein vom Vergaberecht losgelöstes Rechtsgebiet und kein durch § 97 Abs. 6 GWB geschütztes Rechtsgebiet darstelle; es gebe keinen vergaberechtlichen Anknüpfungspunkt.

Ferner fehle es an einer Rüge, denn die ASt hätten mit Schreiben vom 17. Juni 2020 der Ag gegenüber die Beauftragung der [...] gerügt, wohingegen sie sich mit dem Nachprüfungsantrag gegen die Beauftragung der Bg wende, was ein anderer Vertrag sei. Die Rügenotwendigkeit sei auch nicht nach § 160 Abs. 3 S. 2 GWB obsolet, denn ein Fall des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB liege nicht vor, da ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vorliegend gesetzlich erlaubt gewesen sei. Selbst bei Erfüllen der Voraussetzungen des § 160 Abs. 3 S. 2 GWB sei aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter eine Rügeobliegenheit anzunehmen, da dem Bieter, der wüsste, dass kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde, eine Rüge möglich und zumutbar gewesen wäre. So liege es hier, denn die ASt hätten gerade eine andere Vergabe, die an [...], gerügt.

Entgegen § 161 Abs. 1 S. 2 GWB sei das Nachprüfungsbegehren nicht hinreichend bestimmt, da der ursprünglich Antrag dahingehend gelautet habe, den mit der [...] geschlossenen Vertrag für unwirksam zu erklären und sich auf Rechtsanwaltsdienstleistungen bezogen habe. Mit Schriftsatz vom 15. Juli 2020 sei dieses Begehren umgestellt worden auf einen Betriebsführungsvertrag mit der „[...] sowie [...] u.a. Kanzleien“, was ein anderes Begehren als im ursprünglichen Nachprüfungsantrag sei.

bb) Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Die Ag habe zulässigerweise die Ausnahmebestimmung des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV genutzt, deren Voraussetzungen vorlägen. Die Voraussetzungen der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe von Aufträgen in der Covid-19-Krise (Mitteilung der Kommission 2020/C 108 I/01) seien ebenfalls erfüllt.

- Denn die Gesundheitskrise mit dem spezifischen Bedarf an Schutzausrüstung sei durch die Ag unzweifelhaft nicht vorauszusehen gewesen. Gleiches gälte für die vorliegend streitgegenständliche Dienstleistung, deren Notwendigkeit ebenso wenig voraussehbar gewesen sei. Die Ag hätte in großem Umfang auf verschiedensten Wegen gegen die dramatische Verknappung der Güter für die persönliche Schutzausrüstung auf dem Weltmarkt zu kämpfen gehabt und u.a. ein Open-house-Verfahren durchgeführt, das allein zu mehr als 700 Verträgen geführt habe. Hinzu getreten seien weitere Verfahren (Tender-Verfahren mit mehr als 35 Verträgen; Direktbeschaffungen mit mehr

als 70 Verträgen; Abschluss von mehr als 100 Verträgen durch die Beschaffungsämter des Bundes). Es habe sich herausgestellt, dass die Bearbeitung der Vielzahl von Verträgen für medizinisch notwendige Beschaffungen zu diversen weitergehenden, nicht vorhersehbaren Problemen bei der Abwicklung geführt habe: Unvorhersehbarkeit der Vielzahl an Angeboten im Rahmen der Open-house-Beschaffung; logistischer und qualitätsprüferischer Mehraufwand infolge von Teillieferungen, die z.T. von verschiedenen Herstellern innerhalb einer Lieferung stammten; Nichtabnahme infolge von Qualitätsmängeln, so bzgl. 500 Lieferungen; Notwendigkeit, eine Vielzahl von Beschaffungsvorgängen einheitlich und innerhalb von Zahlungs- und Ausschlussfristen abwickeln zu können; Bedarf der Beschaffung zusätzlicher Lagerkapazitäten infolge der großen Menge an Anlieferungen mit entsprechendem Koordinierungsbedarf bei der Anlieferung und Zuteilung zu den verschiedenen Lagerkapazitäten. Hinzu gekommen sei das am 27. April 2020 veröffentlichte Announcement des chinesischen Handelsministeriums, wonach die qualitätssichernde Prüfung bereits in China erfolgen müsse; da Teil des Betriebsführungsvertrags die von der Ag gewünschte Koordination und Überwachung der Qualitätssicherung gewesen sei, sei das weite Netzwerk der Bg in China erforderlich gewesen. Es greife zu kurz, wenn die ASt für die Vorhersehbarkeit nur auf das Erkennen und das Vorliegen der Corona-Pandemie sowie der Durchführung des Open-house-Verfahrens abstellten. Im Übrigen habe nicht nur das Open-house-Verfahren, sondern auch die anderen von der Ag beschrittenen Beschaffungswege erhöhten Bearbeitungsaufwand verursacht.

- Äußerste Dringlichkeit liege damit nicht nur in Bezug auf die Beschaffung der Waren, sondern auch in Bezug auf die Koordination, Qualitätssicherung und Überwachung des gesamten Beschaffungsvorgangs vor, bis die Waren vom Produktionsstandort (weitgehend in China) bis zum Bestimmungsort gelangt seien. Eine Einhaltung regulärer vergaberechtlicher Fristen hätte zu nicht vertretbaren weiteren Verzögerungen bei der Verteilung an den Bestimmungsort und damit letztendlich zu Gefahren für Leib und Leben geführt. Für die Ware aus dem Open-house-Verfahren, die bis zum 30. April 2020 angeliefert werden sollte, hätten nahezu alle Lieferanten dieses Lieferdatum avisiert; zur Vermeidung überlanger Wartezeiten und zwecks Gewährung eines reibungslosen Ablaufs hätten aufgrund der enormen Mengen nach dem 30. April 2020 liegende Anlieferlots verteilt werden müssen, und zwar bis zum 8. Mai 2020. Die personelle Expertise der Ag und deren personelle Ausstattung hätten insoweit nicht ausgereicht, um diese Prozesse zu stabilisieren. Dies sei spätestens am 6. Mai 2020, dem Tag der

Anfrage der Ag bei der ASt, offensichtlich geworden. Die Bg habe noch am Tag des Vertragsschlusses, dem 15. Mai 2020, die Betriebsführung aufgenommen. Es sei erforderlich gewesen, insbesondere die Logistik als Teil der Betriebsführung sofort sicherzustellen, um eine Unterversorgung der Bedarfsträger mit Schutzausrüstung und damit letztendlich Gefahren für Leib und Leben zu verhindern, zumindest zu verringern.

- Der Kausalzusammenhang zwischen dem nicht vorhersehbaren Ereignis und der zwingenden Dringlichkeit sei gegeben.
- Nach Ziffer 2.3.4 der Mitteilung der Kommission könnten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eine Möglichkeit darstellen, unmittelbaren Bedarf angemessen zu decken. Dabei müsse sich die Vertragsdauer auf einen Zeitraum beschränken, der für die Erhaltung der Kontinuität der Leistungserbringung während der Vorbereitung und Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens erforderlich sei. Die Vertragsdauer müsse angemessen, aber möglichst kurz sein und dürfe ein Jahr nicht überschreiten. Die Laufzeit betrage hier sechs Monate mit Verlängerungsoption um weitere sechs Monate und orientiere sich an den laufenden Verpflichtungen des Beschaffungsstabs bezüglich der Lieferung von Schutzausrüstung, auf welche der Betriebsführungsvertrag notwendigerweise bezogen sei.
- Ziffer 2.3 der Leitlinien der Kommission erlaube eine direkte Vergabe an einen vorab ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer, wenn nur ein Unternehmen in der Lage sein werde, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen. Eines grundsätzlichen Alleinstellungsmerkmals des direkt beauftragten Wirtschaftsteilnehmers bedürfe es danach nicht, sondern relevant sei, dass unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen nur ein Wirtschaftsteilnehmer in Frage käme. Ansonsten hätte ohnehin eine Direktbeauftragung nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV stattfinden dürfen. Nach dem Rundschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums vom 19. März 2020 zur „Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2“ sei § 51 Abs. 2 VgV, wonach im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb mindestens drei Unternehmen anzusprechen seien, nicht anzuwenden, wenn unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen nur ein Unternehmen in der Lage sein werde, den Auftrag zu erfüllen. Hier habe nur die Bg die

unmittelbare Auftragsausführung sicherstellen können, da sie bereits aufgrund einer Unterauftragnehmertätigkeit betreffend strategisch-planerische Beratungsleistungen für das [...] tätig gewesen sei. Ferner sei sie durch die Einbindung in die Beschaffungsvorgänge des [...] seit dem 9. April 2020 mit deren Prozessen vertraut und habe auf bereits etablierte IT-Systeme und Datenbanken zurückgreifen können, ferner auf bereits bestehende Kenntnisse und Erfahrungen aufsetzen können, ohne dass es einer personal- und zeitintensiven Einarbeitung bedurft hätte. Vor diesem zeitlichen Aspekt sei die Bg aus Sicht der Ag der einzige Wirtschaftsteilnehmer gewesen, der die Prozesse habe aufrechterhalten können, auch angesichts der bei der Bg vorhandenen Personalkapazitäten. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bg sei bekannt gewesen; die Bg habe im Jahr 2019 einen Gesamtumsatz von über 2 Mrd. € erzielt, habe ca. 11.000 Mitarbeiter mit mehr als 20 Standorten in Deutschland und könne über die internationale Ausrichtung und Vernetzung zu anderen Mitgliedsunternehmen der [...] mit Standorten in China sicherstellen, dass die von der chinesischen Regierung geforderten Qualitätssicherungen bereits in China auch dort durchgeführt werden könnten.

Die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens in Bezug auf den Betriebsführungsvertrag hätte die pandemiebedingt ohnehin eingeschränkten Kapazitäten der Ag im Übrigen überfordert.

- Was die von der ASt als Vergabefehler angeführte fehlende Eignungsprüfung anbelange, so sollten die ASt nicht alles glauben, was in der Presse stehe. Die ASt ziele auf den fakultativen Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ab, wonach nachweislich eine schwere Verfehlung vorliegen müsse, welche die Integrität des Unternehmens infrage stelle. Diese Tatbestandsvoraussetzungen lägen nicht vor und seien seitens der ASt auch weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt.
- Ein Preisrechtsverstoß liege in der Sache nicht vor, denn der vereinbarte Preis entspreche dem Tagessatz, den die Bg in einem vorangegangenen wettbewerblichen Verfahren angeboten habe und auf den sie den Zuschlag erhalten habe. Der „flat“-Tagessatz stelle eine Mischkalkulation zu Gunsten der gesetzlich an Sparsamkeit gebundenen öffentlichen Hand dar. Selbst bei einem Preisrechtsverstoß wäre nicht die Nichtigkeit gem. § 134 BGB die Rechtsfolge, sondern dann würde der preisrechtlich zulässige Preis gelten.

3. Nach Eingang des Nachprüfungsantrags am 11. Juli 2020 stellte die Vergabekammer eine telefonische Rückfrage bei den ASt, auf welchen Auftrag sich der Nachprüfungsantrag beziehe und wer beizuladen sei, da in den Anträgen Bezug genommen werde auf Leistungen der „Beizuladenden und/oder [...]“ und/oder „andere Kanzleien im Zusammenhang mit dem Schutzmaskenbeschaffungs-Open-House-Verfahren“. Die Ag teilte mit Schriftsatz vom 14. Juli 2020 auf die standardmäßige Abfrage der Vergabekammer mit, dass der streitgegenständliche Auftrag über Rechtsberatungsleistungen an [...] vergeben worden sei. Mit Schriftsatz vom 15. Juli 2020 stellten die ASt klar, dass sich der Nachprüfungsantrag allein auf den Betriebsführungsvertrag mit der Bg beziehe, mit welchem die operative Tätigkeit des Beschaffungstabs der Ag auf die Bg als Betriebsführer ausgelagert worden sei.

In der mündlichen Verhandlung am 14. August 2020 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, die der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird Bezug genommen.

Der nach der mündlichen Verhandlung von den ASt am 14. August 2020 eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz der ASt wurde den anderen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis übermittelt. Ein Anlass zur Zurückweisung, zur Einräumung einer Stellungnahmemöglichkeit für Ag und Bg oder zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung besteht nicht, da die ASt unter Bezugnahme auf die Erörterung in der mündlichen Verhandlung lediglich nochmals schriftsätzlich zwei Aspekte rekapitulierte, die in der mündlichen Verhandlung bereits diskutiert worden waren, nämlich einmal die nach Auffassung der ASt zu lange Laufzeit des Vertrags mit der Bg von sechs Monaten mit Verlängerungsoption um weitere sechs Monate sowie des Weiteren der nach Auffassung der ASt fehlende substantiierte Vortrag der Ag und der Bg der Vergabekammer gegenüber, wieso der Beratungsbedarf nicht erkennbar gewesen sei, wieso allein die Bg für die Leistungserbringung in Betracht gekommen sei und wieso die Ag von einer Laufzeit von sechs Monaten für die Interimsvergabe ausgehen habe dürfen.

Die fünfwöchige Entscheidungsfrist wurde mit Verfügung des stellvertretenden Vorsitzenden verlängert bis zum 2. September 2020 einschließlich.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag, dessen Auftragswert oberhalb des für die europaweite Vergabe einschlägigen Schwellenwerts für Dienstleistungen liegt – sind eindeutig und unstrittig erfüllt, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Darlegungen bedarf. Ebenso wenig steht der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags entgegen, dass der Zuschlag bereits erteilt wurde, denn die ASt machen gerade die Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB geltend.
 - a) Der Nachprüfungsantrag genügt dem Bestimmtheitserfordernis des § 161 Abs. 1 GWB. Zwar war aufgrund des Nachprüfungsantrags vom 11. Juli 2020 zunächst nicht vollständig klar, ob sich der Nachprüfungsantrag auf den hier streitgegenständlichen Auftrag zur Betriebsführung bezog, denn die ASt hatten dort die Beiladung der „[...]“ nebst der Beiladung weiterer Rechtsanwaltskanzleien beantragt. Die [...] ist jedoch nicht Vertragspartner des Betriebsführungsvertrags, sondern die [...] Wirtschaftsprüfungsgesellschaft; auch geht es inhaltlich beim vorliegenden Auftrag nicht um Rechtsberatungsdienstleistungen. Die sich daraus ergebenden Unklarheiten im Nachprüfungsantrag sind den ASt jedoch nicht anzulasten, da es um eine Direktvergabe ohne vorhergehende Bekanntmachung geht, so dass die ASt keine Möglichkeit hatten, den Auftrag sowie daraus abgeleitet die beizuladenden Unternehmen exakt zu präzisieren. Die Ag hatte zwar am [...] eine Ex-post-Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag veröffentlicht, in welcher der Auftragsgegenstand umrissen wurde und die Bg als Zuschlagsempfänger exakt bezeichnet wurde. Diese Information erfolgte jedoch erst unmittelbar vor Einreichung des Nachprüfungsantrags am 11. Juli 2020. Die ASt waren hier nicht gehalten, das Supplement zum Amtsblatt der EU täglich auf Ex-post-Bekanntmachungen hin zu überprüfen; die Veröffentlichung und die Stellung des Nachprüfungsantrags haben sich zeitlich nahezu überschritten. Für die Vergabekammer war auf der Basis des Nachprüfungsantrags vom 11. Juli 2020 erkennbar, dass es in Bezug auf die Frage, welcher Vertrag angegriffen wird, noch Ungereimtheiten gab, was die telefonische Nachfrage auslöste. Mit Schriftsatz vom 15. Juli 2020 haben die ASt sodann präzisiert, um welchen Sachverhalt und um welchen Auftrag es ihnen geht. Dem Bestimmtheitserfordernis ist damit Genüge getan.

b) Was die individuellen Zulässigkeitsvoraussetzungen anbelangt, so sind die ASt antragsbefugt; für den Zugang zum Rechtsschutz besteht vorliegend keine Rügeobliegenheit.

aa) Die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB setzt ein Interesse an Auftrag voraus sowie die Möglichkeit eines Schadens infolge des geltend gemachten Vergabefehlers. Beides ist bezüglich der ASt zu bejahen. Die ASt haben vorgetragen, Interesse am Auftrag zu haben, und dies mit dem vorliegenden, im Unterliegensfall mit Kostentragungspflichten verbundenen Nachprüfungsantrag nachgewiesen, der sinnlos wäre, wenn kein Auftragsinteresse bestünde. Sollten die ASt, wie Ag und Bg aufgrund von öffentlich zitierten Äußerungen der ASt meinen, auch andere, einer Popularklage gleichkommende Ziele verfolgen, so schließt eine solche zusätzliche Motivation – die Richtigkeit dieser Annahme unterstellt – das Auftragsinteresse nicht aus, sondern tritt hinzu. Dies ist unschädlich, solange – wie hier der Fall – das Interesse am Erhalt des Auftrags vorliegt.

Das Auftragsinteresse der ASt ist auch nicht schon als im Ansatz unrealistisch einzustufen, so dass es auf ein zwar tatsächlich vorhandenes, aber im Rechtssinne nicht belastbares Interesse zu reduzieren wäre. Ein Auftragsinteresse im Rechtssinne mag einem Antragsteller abzusprechen sein, der unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt für die Ausführung des Auftrags in Betracht kommt. Dies ist bei den ASt indes nicht der Fall, weswegen auch der Eintritt eines Schadens infolge der Direktvergabe nicht ausgeschlossen ist. Denn die ASt haben substantiiert dargelegt, die für die Auftragsausführung notwendigen personellen Kapazitäten über ein Kooperationsnetzwerk stellen zu können. Dazu gehören nach den Darlegungen der ASt auch in bzw. nach China etablierte Beziehungen, wonach die ASt ihren Einlassungen folgend auch die in China zu erbringenden Leistungsanteile hätte gewährleisten können. Dies genügt für die Darlegung der Antragsbefugnis, der lediglich die Funktion eines groben Filters zukommt. Nicht erforderlich ist die Führung eines Eignungsnachweises im Rahmen der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB; legitimes Auftragsinteresse und Schadensmöglichkeit sind nicht deckungsgleich mit nachgewiesener Eignung, die erst im Vergabeverfahren zu prüfen wäre. Ein Eignungsnachweis wäre den ASt im hier vorliegenden Fall einer Direktvergabe auch nicht möglich, denn in Ermangelung eines Teilnahmewettbewerbs sind keine in einer Bekanntmachung veröffentlichten Eignungsvorgaben

vorhanden und für die ASt war daher auch nicht transparent, um welche Aufgaben es vorliegend genau geht. Die Ag hat zwar eine Ex-post-Bekanntmachung geschaltet, die jedoch erst am [...] und damit erst unmittelbar vor Stellung des Nachprüfungsantrags am 11. Juli 2020 veröffentlicht wurde. Den ASt vor diesem Hintergrund aufzuerlegen, im Nachhinein ein Angebotskonzept zu erstellen und darlegen zu müssen, wie sie sich in ihrem Kooperationsnetzwerk exakt für eine Angebotsabgabe aufgestellt hätten, würde die Anforderungen an die Antragsbefugnis überspannen.

bb) Was die Rüge der ASt vom 17. Juni 2020 anbelangt, so gelten die obigen Ausführungen sub II.1.a) zur Bestimmtheit des Nachprüfungsantrags analog. Die ASt haben sich in der Rüge zwar auf die Beauftragung der [...], nicht auf die Beauftragung der Bg bezogen. Welches Unternehmen aus der [...] beauftragt wurde, war für die ASt jedoch nicht erkennbar, zumal die Ex-post-Bekanntmachung mit Datum vom [...] erst nach Erhebung der Rüge erfolgte. Details können jedoch ohnehin dahinstehen, denn nach § 160 Abs. 3 S. 2 GWB besteht keine Rügeobliegenheit, wenn der Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung bereits vergeben wurde und der Antragsteller aus diesem Grund die Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB geltend macht. Dies ist hier der Fall. Ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung vorgelegen haben, die Vergabe ohne vorhergehende Bekanntmachung mithin zulässig war, ist eine Frage der Begründetheit und lässt – anders als die Bg meint – nicht im Nachhinein die Rügeobliegenheit wieder aufleben, sollte die Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung zulässig gewesen sein.

2. Der am 15. Mai 2020 mit der Bg geschlossene Betreibervertrag ist nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam zu erklären, da es aufgrund Gesetzes gestattet war, den Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben. Die Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV lagen vor, so dass die Ag die Leistungen zur Abwicklung der Verträge zwecks Beschaffung von Schutzausrüstung, insbesondere von Schutzmasken, im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben durfte.

- a) Äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Einhaltung der Mindestfristen für vorrangige Vergabeverfahrensarten nicht zuließen, waren gegeben.

Die Corona-Krise ist, was keiner näheren Darlegung bedarf und unstreitig ist, ein solches Ereignis. Daraus resultierte der akute und extrem dringliche Bedarf an Schutzausrüstung. Diese, der Daseinsvorsorge zuzurechnenden Aufgabe hat die Ag, zu deren Aufgaben der Gesundheitsschutz der Bevölkerung gehört, wahrgenommen. Die Ag hat den Bedarf an Schutzausrüstung gedeckt, indem sie in einem ersten Schritt auf verschiedenen, von der Ag im Einzelnen dargelegten Wegen Verträge zur Beschaffung von Schutzausrüstung abgeschlossen hat. Mit dem reinen Abschluss von Kaufverträgen war das Ziel jedoch noch nicht zu erreichen, denn das Ziel war die tatsächliche Versorgung medizinischen Personals sowie der Gesamtbevölkerung mit Schutzausrüstung. Mit dem Abschluss von Kaufverträgen allein konnten die Schutzmasken etc. die Empfänger noch nicht erreichen; erforderlich war darüber hinaus die tatsächliche Abwicklung der Verträge im Sinne eines Leistungsaustausches. Es greift also zu kurz, die Dringlichkeit der Schutzmaskenbeschaffung auf den Abschluss der reinen Kaufverträge zu beschränken; die Dringlichkeit erstreckte sich vielmehr auch auf die Aufgabe der konkreten Abwicklung dieser Verträge als einem zweiten Schritt nach dem Ankauf. Der rechtliche Abschluss von Kaufverträgen und die darauf folgende konkrete Abwicklung dieser Verträge waren als eine Gesamtaufgabe notwendig, um die Versorgung von medizinischem Personal sowie Gesamtbevölkerung erreichen zu können. Die äußerste Dringlichkeit in Bezug auf die Versorgung mit Schutzausrüstung erfasst somit auch den hier allein streitgegenständlichen Betreibervertrag, der zwar nicht rechtlich, im Sinne der Zielerreichung jedoch eine Einheit mit den Kaufverträgen darstellt.

Was die Möglichkeit der Einhaltung verkürzter vergaberechtlicher Mindestfristen bei solchen Vergabeverfahrensarten anbelangt, die mehr Wettbewerb implizieren als das hier vorliegende Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, so verlangt § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, dass die äußerst dringlichen Gründe die Einhaltung der Mindestfristen nicht zulassen. So lag der Fall hier. Hätte die Ag die Bg nicht im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb beauftragt, sondern hätte sie Anfang Mai ein Vergabeverfahren mit – wenn auch verkürzten – Fristen durchgeführt, so hätte eine Auslieferung der Schutzmasken sich um einen nicht hinnehmbaren Zeitraum verzögert. Liegen keine „äußerst dringlichen, zwingenden Gründe“ vor, sondern nur

eine „hinreichend begründete Dringlichkeit“, so ist ein Auftraggeber nach § 15 Abs. 3, 4 VgV, befugt, die reguläre Angebotsfrist von 35 Tagen auf 15 Tage, bei elektronischer Angebotsabgabe auf zehn Tage zu verkürzen. Bei Betrachtung der Abstufungen des Dringlichkeitsgrades, die § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV einerseits und § 15 Abs. 3, 4 VgV andererseits vorgeben, kann angesichts der Rechtsgüter, die auf dem Spiel standen, wenig Zweifel darüber bestehen, dass nicht nur eine hinreichend begründete Dringlichkeit gegeben war, die eine zunächst mindestens zehntätige Angebots— und damit Wartefrist für die Ag impliziert hätte, bis überhaupt Angebote vorliegen, die sodann hätten ausgewertet werden müssen. Hinzu kommt, dass unterlegene Bieter nach § 134 GWB hätten informiert werden müssen mit einer sich anschließenden Wartefrist von erneut zehn Tagen, denn diese Informationspflicht entfällt gemäß § 134 Abs. 3 S. 1 GWB nur in den Dringlichkeitsfällen, die ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtfertigen, gerade jedoch nicht in den niedrighschwelligigen Dringlichkeitsfällen, in denen lediglich eine Fristverkürzung in Betracht kommt. Mithin hätten sich in einem Vergabeverfahren mit verkürzten Fristen allein schon die aufgezeigten Wartezeiten auf 20 Tage addiert, Zeiten für die Durchführung der Wertung noch gar nicht mit einberechnet. Das medizinische Personal, welches besonders ansteckungsgefährdet ist, musste aber auf der anderen Seite schnellstmöglich in die Lage versetzt werden, Erkrankten ohne Gefahr für die eigene Gesundheit und das eigene Leben medizinische Hilfe leisten zu können. Es galt, eine weitere Ausbreitung des Virus soweit wie möglich einzudämmen. Die Schwelle zur äußersten Dringlichkeit war angesichts des katastrophalen Notstands mit der Versorgung mit Schutzausrüstung definitiv überschritten, der Abschluss des Betreibervertrags war äußerst dringlich im Sinne des Schutzes von Leib und Leben, um die konkrete Versorgung mit Schutzausrüstung zu ermöglichen. Verkürzte Fristen mit den verbundenen Wartezeiten stellten keine gangbare Alternative dar. Die Ag hat zu Recht eine Priorisierung im Sinne der Sicherstellung des Gesundheitsschutzes der Gesamtbevölkerung als Aufgabe der Daseinsvorsorge vorgenommen.

- b) Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV sind auch nicht etwa deswegen zu verneinen, weil die Ag den Bedarf hätte voraussehen können oder der Ag die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit selbst zuzurechnen wären.

Die Ag hat die Abwicklung der Verträge zunächst selbst durchgeführt und hierfür eigene Kapazitäten in Gestalt eigener MitarbeiterInnen eingesetzt. Es ist in keiner Weise zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber entscheidet, anstehende Aufgaben in Eigenleistung auszuführen, eine Pflicht zum Outsourcing gibt es nicht. Ebenso wenig liegt entgegen der Auffassung der ASt ein der Ag zuzurechnender und den Ausnahmetatbestand ausschließender Umstand darin, dass die Ag ein Open-house-Verfahren zur Beschaffung von Schutzmasken durchgeführt hat. Die Ag hat die Aufgabe, Schutzmasken zu beschaffen, wie dargelegt, auf verschiedenen Wegen umgesetzt und das zur Verfügung stehende Beschaffungsinstrumentarium genutzt. Zu diesem Instrumentarium gehören sog. Open-house-Verfahren, die eine additiv zu vergaberechtlichen Instrumenten eröffnete Möglichkeit der Beschaffung darstellen (EuGH, Urteil vom 1. März 2018 – Rs. C-9/17; Urteil vom 2. Juni 2016 – Rs. C-410/14). Diese Möglichkeit, bei der keine Auswahlentscheidung zu treffen ist, sondern wonach jedes interessierte Unternehmen bei Erfüllung der vom Auftraggeber gesetzten Bedingungen einen Vertrag erhält, ist besonders zeiteffizient und bot sich angesichts des Schutzmaskennotstands als eine Maßnahme unter mehreren an, um den Versuch einer schnellen Versorgung zu unternehmen. Das Bemühen der Ag, im Interesse der Allgemeinheit auch mittels eines Open-house-Verfahrens an Schutzmasken zu kommen, ist ihr nicht im Sinne einer wie auch immer gearteten Vorwerfbarkeit im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV „zuzurechnen“, sondern im Gegenteil ist die Ag auf diesem Weg ihrer Aufgabe – Gesundheitsschutz der Bevölkerung – nachgekommen.

Dass das Open-house-Verfahren eine so große Anzahl von Verträgen generieren würde, war für die Ag nicht vorhersehbar. Die Gesamtlage war im Gegenteil durch einen weltweiten Mangel an Schutzmasken charakterisiert, verschiedene Länder befanden sich in einer Konkurrenzsituation. Vor diesem Hintergrund war es nicht zu erwarten, dass so viele Verträge über das Open-house-Modell zustande kommen würden. Eine Ex-post-Betrachtung verbietet sich, es ist auf die Ex-ante-Perspektive der Ag abzustellen. Danach war es eine realistische Annahme, die Abwicklung der Verträge, die nicht so zahlreich erwartet worden waren und auch nicht erwartet werden mussten, im eigenen Haus vornehmen zu können. Die Notwendigkeit, die Abwicklung über einen Betreibervertrag extern zu vergeben, wurde erst angesichts dieser nicht vorhersehbaren Vielzahl an Angeboten erforderlich, die eine Bearbeitung mit eigenen Personalkapazitäten der Ag nicht mehr zuließen. Hinzu kommt die ebenfalls nicht vorhersehbare

Entscheidung der chinesischen Regierung von April 2020, wonach eine Qualitätsprüfung der Ware bereits in China zu erfolgen hatte. Auch war beispielsweise die Tatsache, dass aufgrund des Charakters dieser Beschaffung als absolutes Fixgeschäft mit spätestem Lieferdatum 30. April 2020 alle Unternehmen zu diesem Termin liefern wollten, was aufgrund der unerwarteten Vielzahl von Lieferungen enorme logistische Probleme verursachte, vorab nicht absehbar. Aus diesen Gründen verhält es sich anders als die ASt meinen nicht so, dass die Ag bereits im zeitlichen Zusammenhang mit der Initiierung des Open-house-Verfahrens hätte absehen müssen, dass eine externe Beauftragung im Zuge der Vertragsabwicklung erforderlich werden würde, und schon zu diesem Zeitpunkt ein Vergabeverfahren hätte begonnen werden müssen.

- c) Die Direktbeauftragung der Bg ohne Einholung von Angeboten anderer potentieller Auftragsinteressenten war zulässig. Denn die Bg war bereits aufgrund von zwei Voraufträgen vom 7. und 9. April 2020 in die Beschaffungsvorgänge eingebunden (Dokumentation und Analyse der Beschaffungsvorgänge sowie Unterstützung im Einkaufsprozess). Daher konnte allein die Bg auf bereits vorhandene IT-Systeme und Datenbanken zurückgreifen und war bereits mit der Materie vertraut. Im Sinne der Leitlinien der Kommission zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie kam damit nur die Bg für die Leistungserbringung in Betracht, um sofort und nahtlos, noch am Tag des Vertragsschlusses, mit der Auftragsausführung beginnen zu können. Unbestritten ist, dass grundsätzlich und generell natürlich auch andere Unternehmen in der Lage gewesen wären, die streitgegenständlichen Leistungen zu erbringen; auch die ASt tragen vor, in ihrem Kooperationsnetzwerk dazu befähigt gewesen zu sein. Allerdings geht es hier nicht um den Ausnahmetatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV, wonach eine Direktbeauftragung dann zulässig ist, wenn nur ein Unternehmen in der Lage ist, den Auftrag auszuführen, so z.B. wegen gewerblicher Schutzrechte. Die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestands, bei dessen Vorliegen ohnehin und völlig unabhängig von irgendwelchen Dringlichkeitskrisen eine Direktvergabe erfolgen kann, müssen hier nicht vorliegen. Hier geht es um die Frage, ob in einer Situation der äußersten Dringlichkeit ein vorausgewählter Wirtschaftsteilnehmer beauftragt werden darf, ohne vorher auch bei anderen potentiellen Auftragsinteressenten Angebote einzuholen. Rechtlich formuliert, geht es um die Frage, ob im Rahmen von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV die Direktbeauftragung eines vorausgewählten Auftragnehmers zulässig ist. Dies ist der Fall, wenn die durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten

Zwänge dies notwendig machen. Bei einer anderen Sichtweise würde die Eilbedürftigkeit wiederum konterkariert, wenn doch Angebote von anderen Auftragsinteressenten eingeholt werden müssten, die ihrerseits nicht nahtlos die Leistung erbringen könnten. Die Erläuterung der Kommission in der Leitlinie macht dies deutlich: Bei äußerster Dringlichkeit darf die Direktbeauftragung eines einzelnen Unternehmens erfolgen, wenn technische oder zeitliche Zwänge dies gebieten. So liegt der Fall hier.

- d) Liegen die Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vor, so stellt die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eine legitime Vergabeart dar, die vollumfänglich in Einklang steht auch mit den Vorgaben der Europäischen Vergaberichtlinie. Ganz abgesehen davon, dass der Begriff der „*Interimsvergabe*“ in den vergaberechtlichen Vorschriften keine Verwendung findet und mithin kein *terminus technicus* ist, liegt eine Interimsvergabe hier auch nicht vor. Der Begriff der Interimsvergabe wird regelmäßig dann verwandt, wenn den Auftraggeber eine Verantwortlichkeit für eine objektiv gegebene Dringlichkeit trifft, er diese also selbst verschuldet hat, so dass die Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV einerseits gerade nicht vorliegen, die Leistung für die Allgemeinheit aber unverzichtbar ist, so z.B. Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs (OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.1.2014 – 11 Verg 15/13; weitere Beispielfälle: OLG München, Beschluss vom 21.02.2013 - Verg 21/12 bzgl. Krankenhausapotheke; VK Hessen, Beschluss vom 12.1.2017 bzgl. der Interimsvergabe bei der Abfallentsorgung). In derartigen Fällen darf die Beauftragung nur so kurz wie möglich sein, insbesondere, um den Zeitraum abzudecken, der für die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderlich ist. Da hier jedoch rechtskonform ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wurde, können hinsichtlich der zulässigen zeitlichen Dauer nicht dieselben Grundsätze greifen wie bei den sog. Interimsvergaben. Maßstab kann allein der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sein, insbesondere angesichts der Tatsache, dass hier zwar zulässigerweise, aber in der Sache ohne Wettbewerb an ein Unternehmen direkt vergeben wurde. Danach kann den ASt nicht darin zugestimmt werden, dass die Vertragsdauer zu lang ist, sie ist mit sechs Monaten verhältnismäßig. Die seitens der ASt in der mündlichen Verhandlung geforderte „Punktlandung“, um den erforderlichen Zeitraum bis zu einer Ausschreibung im Wettbewerb exakt abzapfen, etwa nur bis Ende Juni 2020, ist unrealistisch und nicht leistbar. Es ist bei Beauftragung nicht präzise vorhersehbar gewesen, wie lange die Abwicklung der Lieferverträge dauern würde. Der Ag steht es zu, hier auch einen ge-

wissen Spielraum zu haben, um auf der Zeitschiene angemessen auf aktuelle Entwicklungen reagieren zu können. Dies hat die Ag hier getan, indem sie nach Eintritt einer gewissen Entspannung bei den Lieferungen entschieden hat, die Verlängerungsoption nicht zu ziehen, sondern stattdessen den Auftrag zum 16. November 2020 im Wettbewerb auszuschreiben.

3. Der Antrag der ASt auf Erlass weiterer vorläufiger Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB, insbesondere dahin, Ag und Bg die weitere Durchführung des Betriebsführungsvertrags zu untersagen, ist abzulehnen. Unabhängig von der durch die Ag thematisierten Frage, ob im Falle einer bereits erfolgten Vergabe überhaupt Raum für den Erlass vorläufiger Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB ist, da die Vorschrift sich auf im Vergabeverfahren zu verhängende Maßnahmen bezieht, kann ein vergaberechtskonform geschlossener Vertrag Rechte eines Antragstellers, hier der ASt, nicht gefährden. Diese fehlende Erfolgsaussicht ist im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung nach § 169 Abs. 2 S. 1 GWB zu berücksichtigen.
4. Die ASt machen noch eine Reihe weiterer Vergabefehler geltend. Diese können dem Nachprüfungsantrag indes schon im Ansatz nicht mehr zum Erfolg verhelfen. Denn der Zuschlag ist vergaberechtskonform und damit wirksam erteilt, eine Feststellung der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB scheidet aus. Wie regelmäßig nach einer wirksamen Zuschlagserteilung, können Vergabefehler nach Zuschlagserteilung nicht mehr vor der Vergabekammer geltend gemacht werden. Dies folgt aus § 168 Abs. 2 S. 1 GWB, wonach ein wirksam erteilter Zuschlag nicht durch die Vergabekammer aufgehoben werden kann. Das Vergabenachprüfungsverfahren ist ein Instrument des Primärrechtsschutzes; nach Zuschlagserteilung ist die Zuständigkeit der Zivilgerichte eröffnet, § 156 Abs. 3 GWB (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00). Ungeachtet der fehlenden rechtlichen Relevanz liegen die geltend gemachten Vergabefehler aber auch in der Sache nicht vor:
 - Soweit die ASt vorbringen, die Ag hätte die Eignung der Bg nicht geprüft, beziehen sie sich ausschließlich auf gesetzliche Ausschlussstatbestände; die fachliche und wirtschaftliche Eignung der Bg anerkennen auch die ASt ausdrücklich. Die Ag hat indes im Vergabevermerk festgestellt, dass keine gesetzlichen Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen. Eine vergaberechtliche Verpflichtung, sich im Vermerk ausdrücklich mit dem Thema [...] und der Rolle, die

Mitarbeitern der Bg in diesem Zusammenhang zukommen könnte, zu beschäftigen, gab es nicht. Die ASt beziehen sich hier auf den Ausschlussstatbestand von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, der schweren Verfehlung. Am 15. Mai 2020 waren die Vorgänge um [...] einmal noch nicht dezidiert bekannt; [...]. Auch wenn die von den ASt vorgelegten Presseberichte zutreffen sollten, wonach [...], so löste das nicht die zwingende Pflicht der Ag aus, sich auf Basis einer völlig offenen Sachlage mit dem schwerwiegenden Ausschlussstatbestand der schweren Verfehlung und Zurechnungsfragen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3, § 123 Abs. 3 zu beschäftigen.

Die Eignung der Bg ist auch nicht unter dem Aspekt zu verneinen, dass sie keine Rechtsanwaltsdienstleistungen erbringen kann, denn derartige Leistungen waren durch die Ag nicht nachgefragt.

- Der von der Bg angebotene Preis entspricht nach dem übereinstimmenden Vortrag von Ag und Bg dem Preis, mit dem die Bg sich in vergangenen Vergabeverfahren im Wettbewerb durchgesetzt hatte, und ist als Marktpreis daher vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Ob der Inhalt des vorliegenden Betreibervertrags früheren, im Wettbewerb an die Bg vergebenen Leistungen inhaltlich vollumfänglich entspricht, kann dahinstehen; es handelt sich hier jedenfalls um Leistungen, die von [...] erbracht werden, ebenso wie die Leistungen, die in den früheren, für die Preisvalidierung durch die Ag herangezogenen Aufträgen durch die Bg erbracht wurden. Da die von der Bg angebotenen Preise identisch sind mit diesen früheren Aufträgen, gibt es unter dem Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit der geschuldeten Leistungen nichts gegen die Einschätzung der Ag zu erinnern, dass es sich um übliche Marktpreise für die Branche handelte.
- Die Durchführung des Verhandlungsverfahrens war fehlerfrei. Wie § 17 Abs. 11 VgV zeigt, ist es nicht erforderlich, zwingend Verhandlungen durchzuführen, sondern eine Bezuschlagung auf Basis der Erstangebote ist zulässig. Das von den ASt monierte angebliche Fehlen von Verhandlungen, sollte dies Vermutung denn zutreffen, stellt folglich keinen Vergabefehler dar. Was die Beauftragung von Rechtsanwaltsdienstleistungen anbelangt, so ist es unerheblich, ob diese zunächst mit beauftragt werden sollten; selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, so erlaubt doch § 17 Abs. 10 S. 2 GWB Verhandlungen über den gesamten Ver-

tragsinhalt, mithin auch über den nachgefragten Leistungsumfang. Rechtsanwaltsdienstleistungen wurden jedenfalls letztendlich nicht nachgefragt und nicht beauftragt.

- Der Vergabevermerk enthält Aussagen zu allen für die vorliegende Vergabe relevanten Punkten und stellt eine Grundlage für die Überprüfung dar. Auf die generell bestehende Möglichkeit der Ergänzung des Vergabevermerks durch schriftsätzlichen Vortrag im Nachprüfungsverfahren ist hinzuweisen (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 – X ZB 4/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 28/14, sowie Beschluss vom 2. Mai 2018 – Verg 3/18). Soweit die ASt meinen, der Vermerk sei erst im Nachhinein, nach Erhalt des Nachprüfungsantrags erstellt worden, und hierfür im Antrag der Ag auf Verlängerung der Frist für die Übersendung der Vergabeakte ein Indiz sehen, so kann dem nicht gefolgt werden. Der Vermerk datiert vom 14. Mai 2020. Die Bitte um Fristverlängerung zwecks Übersendung des Vermerks war darauf zurück zu führen, dass die Ag aufgrund der oben bereits geschilderten Unsicherheit, worauf sich der Nachprüfungsantrag bezieht, aufgrund der so gestellten Anträge der ASt zunächst einen anderen, an die [...] vergeben Auftrag als streitgegenständlich ansah. Dass der Betriebsführungsvertrag gemeint war, stellte sich erst später heraus, so dass die Akteneinsicht für einen anderen als den ursprünglich angenommenen Vorgang vorzubereiten war.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 2, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Danach haben die ASt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch zu tragen.

Die ASt haben die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen von Ag und Bg zu tragen. Es entspricht der Billigkeit, den ASt auch die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen, denn die Bg haben sich durch die Stellung von Anträgen und schriftsätzlichen Vortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Auch haben sich die ASt mit dem Nachprüfungsantrag in einen direkten Interessengegensatz zur

Bg gegeben, indem sie die Unwirksamkeit des von der Bg mit der Ag geschlossenen Vertrags geltend gemacht haben und die Eignung der Bg problematisiert haben.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag war notwendig. Der streitgegenständliche Auftrag dient der Daseinsvorsorge und war daher für die Ag als Sachwalterin der Interessen der Allgemeinheit von großer Bedeutung. Ferner stellten sich im Nachprüfungsverfahren ungewöhnliche, über das übliche Maß hinausgehende prozessuale Fragen, denn die ASt hatten den Erlass vorläufiger Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB beantragt. Es greift auch der Aspekt der Waffengleichheit, denn die ASt waren ebenfalls anwaltlich vertreten.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Bg war notwendig, da die Bg als Unternehmen nicht verpflichtet ist, das Vergaberecht zu beherrschen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzu legen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Dr. Schier