



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 60/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Lieferung von [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Filter nach Lage der Akten am 20. Juli 2022 beschlossen:

1. Der [...] zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag ([...]) wird nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam erklärt.
2. Der Antrag der Antragstellerin, der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, Abrufe aus dem mit der Beigeladenen geschlossenen Rahmenvertrag zu tätigen, wird zurückgewiesen.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
4. Die Zuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] eine „Bekanntmachung vergebener Aufträge“ im Supplement zum Amtsblatt der EU ([...]) betreffend „Lieferung von [...]“ unionsweit bekannt. Gemäß der Bekanntmachung erfolgte am [...] zu beiden Losen ein Vertragsschluss mit der Beigeladenen (Bg).

Die Bg wurde zuvor als einziges Unternehmen mit Schreiben vom 22. März 2022 zur Angebotsabgabe aufgefordert. Laut Ziffer IV.1.1) der Bekanntmachung über vergebene Aufträge handelt es sich um eine Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb aus dringenden Gründen im Zusammenhang mit für den öffentlichen Auftraggeber unvorhersehbaren Ereignissen. Insoweit wird ausgeführt:

„Mit Erreichen einer Vertragsauslastung i.H.v. 73,7 % erfolgten im Hinblick auf eine zeitaufwendige Nachfolgeausschreibung (supranational, Anwendererprobung) die Vorbereitungshandlungen durch Bedarfserhebung für die Neuausschreibung. Bisheriges Abrufverhalten weiterhin unterstellt, war prognostisch mit 100 % Kontraktauslastung im Juli 2022 zu rechnen.

Allerdings haben sich im Herbst 2021 die Abrufe erhöht.

Dies geschah vermutlich im Hinblick auf die zeitweise Hängepartie bzgl. der Regierungsbildung, ggf. in Befürchtung einer Haushaltssperre.

Die Veröffentlichung der Neuausschreibung [...] erfolgte am [...].

Das Ende der Angebotsfrist wurde dabei zunächst auf den 21.03.2022 festgelegt, mithin bereits 10 Tage über der Mindestfrist (§ 15 Abs. 2 und 4 VgV).

In mehreren Bieterfragen wurde vorgetragen, dass innerhalb der Angebotsfrist (21.03.2022) ein Angebot nicht abgegeben werden könne und um eine Verlängerung der Angebotsfrist gebeten.

Als Hinderungsgründe für eine Angebotsabgabe bis 21.03.2022 wurden die sehr starke Auslastung der [...] auch aufgrund der aktuellen Coronalage sowie die aktuell vorhandenen Lieferverzögerungen bei Vorprodukten/Rohstoffen genannt.

Die Vergabestelle hat diesem Begehren durch Verlängerung der Angebotsfrist auf den 25.04.2022 entsprochen.

Aufgrund der besonderen Dringlichkeit, die nicht dem Auftraggeber zuzurechnen ist, wurde die vorliegende Vergabemaßnahme als Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb (§ 14 Abs. 4 Nr.3 VgV) durchgeführt.

Es handelt sich hierbei um eine Notlösung, um den laufenden Dienstbetrieb in der [...] aufrechtzuerhalten.

Wie vorstehend vorgetragen, führten insbesondere die hohen Abrufe im Herbst 2021 und die auch Corona bedingten Schwierigkeiten der Terminvergabe bei den [...] sowie Lieferverzögerungen bei Rohstoffen zu der dargestellten und durch diese Interimsvergabe zu bereinigenden Situation.“

Die Bekanntmachung gab zu Los 1 an:

„Abschluss Rahmenvereinbarung -RV- Mindestbestllwert: 0 Euro, geschätzter Bestellwert: 840.000,00 Euro, Maximalbestellwert: 1.008.000,00 Euro.

Ohne feste Laufzeit.

Beginn: mit Erreichen Höchstwert der bisherigen RV [...] LOS 1.

Ende: Abschluss neuer RV oder Erreichen Höchstabnahmewert.“

Zu Los 2 waren als Mindestbestellwert 0 €, als geschätzter Bestellwert 55.000 € und als Maximalbestellwert 66.000 € angegeben.

Die Bg ist seit 2019 Bestandsauftragnehmerin. Zwischen ihr und der Ag bestehen bereits zwei Rahmenvereinbarungen zu Los 1 und Los 2 mit einer Laufzeit von 48 Monaten und einer Verlängerungsoption um weitere 12 Monate (also maximal bis zum Jahr 2024). Abrufberechtigt sind laut der Rahmenvereinbarungen rund 50 Dienststellen. Beide Rahmenvereinbarungen enthalten neben einer maximalen Laufzeit als weiteren Beendigungsgrund das Erreichen der zu beiden Losen vorgegebenen Höchstabnahmewerte.

Aus der Vergabedokumentation (Vermerk vom 15. März 2022) der hier streitgegenständlichen Interimsvergabe ergibt sich, dass am 21. September 2021 eine Vertragsauslastung im Bestandsauftrag für die [...] i.H.v. 73,7 % und für die Aufrüstpakete i.H.v. 86,2 % erreicht war und daher im Hinblick auf eine zeitaufwendige Nachfolgeausschreibung (supranational, Anwendererprobung) die Vorbereitungshandlungen durch Bedarfserhebung für die Neuausschreibung begannen. Die Vertragsauslastung betrage mit Stand 14. März 2022 96,5 % bzw. 93,4 %. Die weiteren Ausführungen zur Dringlichkeitsvergabe entsprechen im Wesentlichen wortlautgleich dem in der Bekanntmachung vergebener Aufträge enthaltenen Begründungstext.

Ergänzend führt der Vermerk noch aus:

Begründung zur Entscheidung hinsichtlich der Beteiligung der [Bg] an dieser Ausschreibung:

Es

- liegen die benötigten Katalogdaten bereits vor, eine Einstellung im Katalog-BfV kann zeitnah erfolgen,
- die [Bg] verfügt über Bestände die zeitnah geliefert werden können,
- zudem erfolgte auf die letzte Ausschreibung [...] lediglich ein zu wertendes Angebot und zwar das der [Bg]

RAHMENVEREINBARUNGEN

Die Rahmenvereinbarungen sollen als Wertkontrakte geschlossen werden.

Laufzeit der Rahmenvereinbarung:

Beginn: mit Erreichen des Höchstabnahmewertes der bisherigen RV'n

- Ende: bis zum Erreichen des Höchstabnahmewertes dieser Interimsvergabe oder
- bis zum Abschluss einer neuen Rahmenvereinbarung aus Ausschreibung 333-2021-0631.“

In der im Rahmen der Interimsvergabe erfolgten Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Bg vom 22. März 2022 war als Angebotsfristende der 19. April 2022 festgelegt. Das Angebot der Bg vom 8. April 2022 wurde am 21. April 2022 geöffnet. Nach Eingang der von der Ag nachgeforderten Eigenerklärung im Zusammenhang mit EU-Sanktionen am 16. Mai 2022 erteilte die Ag der Bg am 25. Mai 2022 den Zuschlag.

Als eigentlichen Ersatz für die annähernd ausgeschöpften Bestands-Rahmenvereinbarungen leitete die Ag die Beschaffung weiterer [...] bzw. Aufrüstpakete mit Bekanntmachung vom [...] im offenen Verfahren ein. Ursprünglicher Schlusstermin für den Eingang der Angebote war am 21. März 2022.

Unter II.2.4 der Auftragsbekanntmachung gab die Ag zu Los 1 an:

„Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von 48 Monaten mit der Option der einmaligen Verlängerung um 12 Monate.

Mindestbestellwert: 1.550.000,00 Euro

geschätzter Bestellwert: 6.000.000,00 Euro

Maximalbestellwert: 7.200.000,00 Euro“

Hinsichtlich Los 2 lauteten die Angaben zum Bestellwert:

„Mindestbestellwert: 125.000,00 Euro

geschätzter Bestellwert: 450.000,00 Euro

Maximalbestellwert: 540.000,00 Euro“

In mehreren Bieterfragen wurde um Verlängerung der Angebotsfrist gebeten, u.a. aufgrund einer hohen Auslastung der [...] sowie der Corona-Situation. Durch Änderungsbekanntmachung vom [...] wurde die Angebotsfrist auf den 25. April 2022 verlegt. Der von der Ag in deren Terminplanung ursprünglich vorgesehene Zeitpunkt der Zuschlagserteilung verschob sich aufgrund des späteren Angebotsschlusses vom 22. Juni 2022 um gut 7 Wochen auf den 12. August 2022.

Die Antragstellerin (ASt) gab für beide Lose in diesem offenen Verfahren ein Angebot ab. Mit Schreiben vom 16. Mai 2022 teilte die Ag mit, dass das Angebot der ASt zu Los 1 aufgrund [...] auszuschließen sei. Das Angebot zu Los 2 bleibe hingegen in der Wertung. Die ASt rügte den Ausschluss des Angebotes zu Los 1.

Nachdem die ASt durch die Bekanntmachung vergebener Aufträge Kenntnis von der Interimsvergabe erlangt hatte, rügte sie mit Schreiben vom 3. Juni 2022 die Vergaberechtswidrigkeit. Es liege keine Dringlichkeit vor, jedenfalls sei diese dann von der Ag selbst verursacht. Auch bei unterstellter Dringlichkeit hätte die Ag den Bedarf durch ein offenes Verfahren mit verkürzten Fristen decken können. In jedem Fall sei die ASt auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb verpflichtet, die ASt hieran zu beteiligen. Schließlich gingen die im Rahmen der Interimsvergabe vorgesehenen maximalen Abfrummengen weit über das absolut notwendige Bedarfsminimum hinaus.

Die Ag nahm bis zum Einreichen des Nachprüfungsantrages hierzu nicht inhaltlich Stellung.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 9. Juni 2022 stellt die ASt Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.
 - a) Der Antrag sei zulässig, insbesondere seien gem. § 3 Abs. 8 VgV die Lose zu addieren, so dass der Schwellenwert von 140.000 € in beiden Vergaben überschritten sei. Die ASt habe durch Abgabe der Angebote in der ursprünglichen Vergabe, Rüge und Nachprüfungsantrag ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Die Frist des § 135 Abs. 2 S. 2 GWB sei eingehalten.

Der Antrag sei auch begründet. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, auf den sich die Ag in der ex-post-Bekanntmachung berufe, lägen nicht vor.

- Es fehle an äußerst dringlichen Gründen i.S.d. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. Seit 25. April 2022 lägen der Ag im offenen Verfahren die Angebote in beiden Lose vor. Die Ag habe auch bereits eine vertiefte technische Prüfung vorgenommen und deren Abschlussergebnis mit Schreiben vom 16. Mai 2022 mitgeteilt. Die Ag stehe also, unabhängig von der um einen Monat verlängerten Angebotsfrist, kurz vor Zuschlagserteilung.

Auch verfügten die auszustattenden Mitarbeiter der Ag bereits heute über [...]. Deren Erneuerung sei keinesfalls zwingend oder so dringlich, dass eine Verzögerung von wenigen Wochen nicht aushaltbar sei. Der von der Ag vorgetragene notwendige Austausch nach Ablauf der 10-jährigen Herstellergarantie sei im Rahmen der Materialwirtschaft lange vorher absehbar gewesen.

Auch die Rüge der ASt hinsichtlich des Angebotsausschlusses in Los 1 könne nicht zu der erhöhten Dringlichkeit geführt haben, da die Rüge erst im Mai erfolgt sei, die Interimsvergabe jedoch schon am 15. März beschlossen worden sei.

- Jedenfalls sei die Verzögerung der Ag selbst zuzurechnen. Obwohl die laut Bekanntmachung ungewöhnlich hohen Abrufe im Herbst 2021 erfolgten, habe diese die Neuausschreibung erst im Februar 2021 eingeleitet und somit rund 5 Monate benötigt, obwohl die Beschaffung bereits inhaltsidentisch schon einmal im Jahr 2019 durchgeführt worden sei. Aufgrund der bestehenden Rahmenvereinbarung hätte die Ag auch die Möglichkeit, die Abrufe nach besonderer Notwendigkeit zu steuern. Auch hätten die Angebote der Ag zwar schon seit 25. April vorgelegen, diese habe aber trotz angeblicher Eile die Angebotswertung erst Mitte Mai abgeschlossen.

Auch sei davon auszugehen, dass alle bisherigen Mitarbeiter über funktionstüchtige [...] verfügten, so dass nicht ersichtlich sei, weshalb eine Verzögerung des Zuschlags von einem Monat zu einer unmittelbaren Gefährdung von Leib und Leben führte. Zudem verfüge die Ag über einen Pool an funktionstüchtigen [...] mit Garantie, die von ausgeschiedenen Mitarbeitern stammten, so dass die kurzzeitige und kleine Beschaffungslücke auch anderweitig zu überbrücken wäre als durch die Direktvergabe.

- Auch hätte die Ag die Möglichkeit gehabt, nach § 15 Abs. 3 VgV verkürzte Mindestfristen von nur 15 Tagen zwischen Absendung der Auftragsbekanntmachung und Angebotsfrist vorzugeben. Die Ag habe die Entscheidung für die Interimsvergabe am 15. März 2022 getroffen. Der Zuschlag sei am 25. Mai erfolgt, also über 2 Monate später. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sei am 22. März erfolgt, so dass in einem offenen Verfahren mit verkürzter Frist von 15 Tagen Angebote bis zum 6. April hätten angefordert werden können. Bis zum tatsächlich erfolgten Zuschlag ab 25. Mai hätte die Ag 7 Wochen und damit ausreichend Zeit gehabt, die Angebote auszuwerten und das Verfahren abzuschließen.
- Selbst wenn die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorliegen würden, sähe die Rechtsfolgenseite keine Direktvergabe ohne jeden Wettbewerb vor, sondern eine Ermessensentscheidung, die sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen müsse. In der Regel seien mehrere Angebote einzuholen. Die ASt habe sich im regulären Vergabeverfahren auf beide Lose beworben und hätte daher auch bei der Interimsvergabe zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssen. Sie sei eine marktbekannte Konkurrentin zur Bg und qualitativ und preislich mindestens auf Augenhöhe. Ihre Erfahrung habe sie durch eine aussagekräftige Referenzliste bewiesen. Den angeblichen Umstand, dass nur die Bg in der Lage gewesen wäre, ein Angebot für die Interimsvergabe abzugeben, hätte die Ag sorgfältig begründen, nachweisen und dokumentieren müssen. Selbst bei Unterstellung des von der Ag angenommenen [...], das zum Ausschluss des Angebotes der ASt in Los 1 führe, sei dies jedenfalls kein Ausschlussgrund für die Teilnahme an einer Notvergabe.
- Dass in der ex post-Bekanntmachung in beiden Losen als Mindestabrufmenge „0 Euro“ angegeben sei, zeige, dass es gar keinen unabwendbaren Bedarf gebe, es könne also sein, dass gar keine Leistung abgerufen werde.

Auch wäre die Abschätzung des Notbedarfs fehlerhaft. Die Ag decke über die vermeintliche Dringlichkeitsvergabe 14 % (Los 1) bzw. 11 % (Los 2) ihres Gesamtbedarfes. Der reguläre Rahmenvertrag sei auf 60 Monate ausgelegt. Die Ag decke in Los 1 jedoch 9 Monate und im Los 2 fast 7 Monate ab, obwohl der vermeintliche Auslöser der Dringlichkeit die Verschiebung der Angebotsfrist um gerade einmal einen Monat gewesen sein sollte.

- Die Rechte der ASt würden durch Abrufe aus dem rechtswidrig abgeschlossenen Rahmenvertrag gefährdet, da dadurch der eigentliche Bedarf der Ag gedeckt und so das potentielle Auftragsvolumen der ASt geschmälert werde.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. gegen die Ag ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten, verbunden mit einer unverzüglichen Information der Ag,
2. festzustellen, dass die im EU-Amtsblatt [...] veröffentlichten Aufträge über die Lieferung [...] von Anfang an unwirksam sind (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB),
3. der Ag aufzugeben, es zu unterlassen, Abrufe aus dem mit der Bg geschlossenen Rahmenvertrag zu tätigen (§ 169 Abs. 3 GWB),
4. die Vergabeakten der Ag beizuziehen und der ASt Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen sowie
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der ASt für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

b) Mit Schriftsatz vom 20. Juni 2022 beantragt die Ag,

1. die Nachprüfungsanträge der ASt zurückzuweisen und
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, es liege keine Unwirksamkeit des erfolgten Vertragsschlusses gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vor.

- Es lägen äußerst dringliche zwingende Gründe i.S.d. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vor. Die Möglichkeit, den Bedarf an [...] und Aufrüstpaketen bis zum Abschluss des offenen Verfahrens decken zu können, habe ohne Interimsvergabe nicht mehr bestanden.

Die Bediensteten der Ag im Vollzugsdienst unterlägen in zahlreichen Situationen der Gefahr eines physischen Angriffs. Für sie sei es unerlässlich, [...], um der Erfüllung ihrer Aufträge nachkommen zu können, ohne sich einer über das normale Maß hinausgehenden Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit auszusetzen. Bei erstmaliger Ausstattung oder notwendiger Neuausstattung seien die Bediensteten auf die unverzügliche

Abrufbarkeit [...] angewiesen. Gem. § 15 Abs. 2 ArbSchG i.V.m. dem [...] seien die Bediensteten auch dazu verpflichtet, bestimmungsgemäß und anlassbezogen die persönliche Schutzausrüstung zu tragen. Die [...] seien für die Bediensteten maßangefertigt, so dass [...], die ohnehin nur in begrenztem Umfang vorhanden seien, keinen gleichwertigen Schutz böten und nur in Ausnahmefällen angebracht seien. Bei Fehlen der Ausrüstung sei die Ausübung der notwendigen Tätigkeiten der Bediensteten nicht mehr ordnungsgemäß möglich, was zu einer erheblichen Schädigung des Staates führen könnte, z.B. durch erhöhte Kriminalität bei Ausfall von Kontrollen.

Nach der Feststellung, dass eine Neuausschreibung erforderlich sei, habe eine mehrwöchige Bedarfserhebung stattgefunden, sodann sei mit dem Technischen Dienst das Leistungsverzeichnis abgestimmt worden, was bis Dezember 2021 gedauert habe. Das abgestimmte Leistungsverzeichnis sei sodann bis Februar 2022 überarbeitet und vergaberechtlich geprüft worden. Diese Abstimmung mit dem technischen Dienst sei erforderlich, um ggf. technische Neuerungen oder neue Anforderungen zu berücksichtigen.

In dem parallel zur Beschaffung der benötigten [...] durchgeführten offenen Verfahren sei aufgrund der Verlängerung der Angebotsfrist um 4 Wochen eine Verzögerung von mindestens 8 Wochen zu berücksichtigen. Dies folge aus der notwendigen Abstimmung zwischen den Probanden, dem Technischen Dienst, den Vergabesachbearbeitern sowie den Bedürfnissen der Bieter, die ihrerseits Termine bei den [...] benötigten. Auch der Zuschlag zu dem anvisierten Termin 12. August 2022 sei derzeit fraglich, was an der von der ASt selbst erhobenen Rüge liege. Im Fall der Rügezurückweisung drohe ein Nachprüfungsverfahren, im Fall der Abhilfe müssten auch die [...] der ASt noch weiteren Prüfungen unterzogen werden, anschließend sei eine erneute Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebotes der ASt erforderlich.

Entgegen der Darstellung der ASt sei die Beschaffung auch zwingend und dulde keine Verzögerung. Neben erstmalig auszustattenden Bediensteten müssten auch Bedienstete, die bereits über eine [...] verfügten, diese regelmäßig erneuern. Entweder anlassbezogen nach Beschädigungen oder nach Ablauf der Herstellergarantie, die für einen Zeitraum von 10 Jahren nach der Lieferung gelte. Damit lägen die strengen Anforderungen, die an die Dringlichkeit gestellt würden, vor.

- Die Ereignisse, die dazu geführt hätten, dass eine Interimsvergabe notwendig geworden sei, seien für die Ag auch nicht voraussehbar gewesen und dieser auch nicht zurechenbar.

Die Ag habe vor Abschluss der Rahmenvereinbarungen 2019 ordnungsgemäß ihren Bedarf ermittelt. Der ungewöhnliche Anstieg der Abrufe im Herbst 2021 sei für die Ag nicht voraussehbar gewesen. Bereits im September 2021 habe die Ag, nach Kenntnisnahme der Vertragsausschöpfung i.H.v. ca. 75 %, die Bedarfserhebung und Absprachen mit dem Technischen Dienst initiiert. Die Neuausschreibung sei nicht erst, wie von der ASt vorgetragen, im Februar 2022 eingeleitet worden.

Es sei auch nicht denkbar, weniger notwendige Abrufe zurückzustellen. Eine hierarchische Abstufung der Schutzwürdigkeit der Bediensteten sei nicht möglich.

Dass die Ag, obwohl die Angebote bereits am 25. April vorgelegen hätten, erst Mitte Mai die Angebotswertung abgeschlossen habe, sei kein Ausdruck von Tatenlosigkeit. Die Angebote müssten sorgfältig und unter Absprache mit dem Technischen Dienst ausgewertet werden, was bei mehreren vorliegenden Angeboten auch 2 Wochen in Anspruch nehme.

Selbst unter der Annahme, dass die Ereignisse, die zur Dringlichkeit geführt hätten, vorhersehbar und der Ag zurechenbar seien, sei anerkannt, dass bei der unmittelbaren Gefährdung bedeutender Rechtsgüter, wie Leib und Leben, eine Dringlichkeitsvergabe gerechtfertigt sein könne. Hier seien solche bedeutenden Rechtsgüter betroffen und die Ag habe den Interimsauftrag auch nur befristet ausgestaltet, bis zum Abschluss der Rahmenvereinbarung im offenen Verfahren.

- Auch sei die Einhaltung der Mindestfristen für ein wettbewerbliches Verfahren nicht möglich gewesen. Es wäre für die Ag ohne Nutzen gewesen, wenn, wie von der ASt vorgetragen, ihr die Angebote bereits zum 9. Juni 2022 vorgelegen hätten. Erstens seien zu diesem Zeitpunkt bereits keine Abrufe mehr aus dem bestehenden Rahmenvertrag zu Los 1 möglich gewesen, so dass keine lückenlose Versorgung gewährleistet gewesen sei. Zweitens hätte die Ag aufgrund der ggf. vorliegenden Angebote keine Vergabeentscheidung treffen können, sondern noch eine aufwändige Prüfung durch den Technischen Dienst sowie eine Anwendererprobung durchführen müssen, was einige Wochen

in Anspruch nehme. Eine Interimsvergabe allein anhand des Preises sei nicht möglich gewesen.

- Es sei auch nicht möglich gewesen, weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern. Die Angebote hätten aufwändig geprüft werden müssen. Bei Zuschlag hätten die Katalogdaten durch den Zuschlagsempfänger übermittelt werden müssen, was erfahrungsgemäß einige Wochen dauere. Darüber hinaus hätte der Zuschlagsempfänger die benötigten Materialien für die Herstellung der maßangefertigten [...] kurzfristig zur Verfügung haben müssen, was aufgrund der Bieterfragen im parallelen offenen Verfahren bezweifelt werden müsse. Auch sei zu berücksichtigen, dass in der vorherigen Ausschreibung 2019 lediglich ein zuschlagsfähiges Angebot, nämlich das der Bg, abgegeben worden sei.

Bei der Bg als Bestandsauftragnehmerin bestünden bekanntermaßen keine Liefer-schwierigkeiten, insbesondere seien ihre [...] und Aufrüstpakete bereits erprobt und für die Belange der Ag einwandfrei zu verwenden. Auch seien die Anwender der [...] darauf angewiesen, dass die [...] genau gleich aufgebaut sei, um sofort wie trainiert handeln zu können, ohne zunächst herausfinden zu müssen, welche [...] getragen werde. Für die, abgesehen vom Ausschluss des Angebotes der ASt zu Los 1, bei den [...] der ASt notwendigen aufwändigen Tests sei keine Zeit gewesen.

- Die Ag decke mit der Interimsvergabe auch nur ihren nicht verschiebbaren Bedarf. Die Vorgehensweise der Ag zeige, dass die Besonderheiten der Interimsvergabe sehr wohl berücksichtigt worden seien. So sei keine Mindestabnahmemenge festgelegt und der Vertrag so ausgestaltet worden, dass Abrufe erst möglich seien, wenn die Höchstabnahmemenge aus der vorherigen Rahmenvereinbarung erreicht sei. Der Interimsvertrag ende auch unmittelbar, sobald neue Rahmenvereinbarungen geschlossen worden seien (bzw. wenn die Höchstabnahmemenge erreicht sei).
- Da keine Rechte der ASt aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt und der Vertrag nicht gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam sei, bestehe kein Raum, die Ag zu verpflichten, Abrufe aus den mit der Bg geschlossenen Rahmenvereinbarungen zu unterlassen.

- c) Die mit Beschluss vom 10. Juni 2022 zum Verfahren hinzugezogene Bg hat sich weder schriftsätzlich zu inhaltlichen Fragen des Nachprüfungsantrages geäußert noch am Rechtsgespräch teilgenommen.
3. Der ASt ist Akteneinsicht gewährt worden. Die Bg hat schriftlich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet, Ag und ASt verzichteten im Rechtsgespräch, das am 5. Juli 2022 zwischen Ag, ASt und der – unvollständig nur mit der Vorsitzenden der Vergabekammer sowie dem ehrenamtlichen Beisitzer besetzten – Vergabekammer stattfand, auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung. Die Entscheidung ergeht daher nach § 166 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB im schriftlichen Verfahren. Die Verfahrensbeteiligten wurden mit Schreiben der Vergabekammer vom 29. Juni 2022 auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 20. Dezember 2019 – Verg 18/19 hingewiesen. Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorlag, sowie die Verfahrensakte wird Bezug genommen. Die Entscheidungsfrist wurde mit Verfügung der Vorsitzenden der Vergabekammer verlängert bis zum 26. Juli 2022.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die ASt wendet sich gegen die Vergabeentscheidung eines dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Auftraggebers, die auch oberhalb des Schwellenwertes gem. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB für die EU-weite Bekanntmachung der Vergabe von Lieferleistungen liegt. Dabei ist gem. § 3 Abs. 8 VgV auf den Gesamtwert der beiden Lose abzustellen, so dass die Zulässigkeit auch hinsichtlich des für sich genommen den Schwellenwert nicht erreichenden Loses 2 zu bejahen ist.

Einer Rüge der ohne vorherige Bekanntmachung erfolgten Vergabe bedurfte es gem. § 160 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht, die ASt hat jedoch die am 30. Mai 2022 bekanntgemachte Auftragsvergabe auch am 3. Juni 2022 gerügt.

Auch die 30-Tage-Frist des § 135 Abs. 2 S. 2 GWB ist mit dem Nachprüfungsantrag vom 9. Juni 2022 gewahrt.

Die ASt macht geltend, selbst die vergebene Leistung erbringen zu können und zu wollen, was auch an der Abgabe eines Angebotes im offenen Verfahren erkennbar ist. Auch sei sie am Vergabeverfahren zu beteiligen gewesen, da entweder die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht vorgelegen hätten oder auch unter diesen Voraussetzungen jedenfalls ein beschränkter Wettbewerb unter Einbeziehung der ASt erforderlich gewesen sei. Die ASt ist damit auch antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV lagen nicht vor. Ein Fall, in dem die Beschaffung im Sinne einer Interimsvergabe trotz Fehlens der Ausnahmevoraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV in einem übergeordneten Interesse dennoch erforderlich wäre, liegt nicht vor. Der Interimsvertrag wird daher nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam erklärt.

a) Die Ag verkennt grundlegend die Anforderungen, die an die Tatbestandsmerkmale der Norm zu stellen sind, bei deren Vorliegen eine Ausnahme von der Pflicht zur europaweiten Vergabe überhaupt greifen kann.

aa) Selbstverständlich und unbestritten ist, dass die Mitarbeiter der Ag im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung [...] benötigen. Selbstverständlich ist ebenfalls, dass diese [...] Leib und Leben der Mitarbeiter schützen sollen. Allein aus der Tatsache, dass es um ein Produkt geht, welches dem Schutz von Leib und Leben dient, lässt sich indes nichts für den Tatbestand der äußersten Dringlichkeit nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV ableiten. Denn diese Ausnahmebestimmung bezieht sich schon im Ansatz auf einen Bedarf, der akut und unvorhersehbar entsteht. Als Ursache für einen solchen akut entstehenden Bedarf kommen regelmäßig allein akute Gefahrensituationen und höhere Gewalt in Betracht, „die zur Vermeidung von Gefahren und Schäden für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern“, so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2019 – Verg 18/19 m.w.N.. Hier liegt aber weder eine akute Gefahrensituation noch ein Fall der höheren Gewalt vor, die den Beschaffungsbedarf auslösen würden. Es handelt sich vielmehr um den normalen, regulären und kontinuierlichen Beschaffungsbedarf der Ag, dem keine Sondersituation zugrunde

liegt. Der einzige Grund, den die Ag für die Dringlichkeit anführt, ist ein offenes Vergabeverfahren, dessen Bedarf sich bereits im September 2021 abgezeichnet hat und welches letztendlich mit europaweiter Bekanntmachung vom [...] für ein offenes Verfahren eingeleitet wurde. Dieses Vergabeverfahren hat sich aus verschiedenen, von der Ag im Einzelnen angeführten Gründen verzögert. Die Verzögerungen in einem regulären Vergabeverfahren stellen aber, was selbsterklärend ist und keiner näheren Begründung bedarf, keinen Fall einer akuten Gefahrensituation und keinen Fall der höheren Gewalt dar. Schon allein deswegen ist der Ausnahmetatbestand nicht einschlägig. Der Bedarf ist nicht infolge eines akuten Gefahrenszenarios entstanden, ein verzögertes reguläres Vergabeverfahren ist von vornherein ungeeignet, in den Anwendungsbereich der Ausnahmenorm einbezogen zu werden.

bb) Hinzu kommt, dass § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV als weiteres Tatbestandsmerkmal voraussetzt, dass „*die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit (...) dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein*“ dürfen. Verzögerungen in einem regulären Vergabeverfahren sind jedoch regelmäßig, so auch vorliegend, dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen, ohne dass es dabei auf ein Verschulden im engeren Sinn ankäme. Der öffentliche Auftraggeber ist Herr des Vergabeverfahrens. Die Abläufe sind seiner Sphäre zuzurechnen. Auch in Bezug auf die Umstände, die zur Verzögerung des offenen Verfahrens geführt haben, liegen hier keine Gründe vor, die einen Fall höherer Gewalt darstellen würden oder die auf eine akute Gefahrensituation zurückgingen.

Ohne dass es vor diesem Hintergrund noch entscheidungserheblich darauf ankäme, ist zu den Argumenten der Ag in Bezug auf die Verzögerung des regulären offenen Verfahrens Folgendes anzumerken:

- (1) Die Ag beruft sich zur Begründung der Dringlichkeit auf unerwartet hohe Abrufe aus den bestehenden Rahmenvereinbarungen im Herbst 2021. Mit Schriftsatz vom 20. Juni 2022 übermittelte die Ag diesbezüglich die Anlage Ag7, aus der, für die Vergabekammer, die monatlichen Bestellwerte ersichtlich sind. Die in der Übersicht seit Februar 2019 aufgeführten monatlichen Bestellwerte unterliegen einer hohen Schwankungsbreite und folgen dabei keinem für die Kammer unmittelbar ersichtlichen Muster. In ihrer Höhe liegen die Bestellsommen für die Monate im Herbst 2021

jedoch nicht über dem, was in anderen Monaten auch schon anfiel. Auch der absolute monatliche Spitzenwert der gesamten Übersicht stammt aus einem anderen Zeitraum. Insoweit erscheint schon fraglich, ob die Abrufmengen im Herbst 2021 tatsächlich überraschend hoch waren. Soweit die Ag selbst auf die Situation der Regierungsneubildung und die Befürchtung einer Haushaltssperre hinweist, die ggf. auch vorgezogene Beschaffungsmaßnahmen auslösen könnte, handelt es sich hier ebenfalls nicht um einen Fall höherer Gewalt.

- (2) Der Ag waren die Verfahrensschritte, die vor Zuschlagserteilung zu durchlaufen waren, auch völlig bewusst. Sie weist insoweit selbst auf eine „*zeitaufwendige Neuausschreibung*“ hin unter Betonung der beiden Umstände „*supranationale Ausschreibung*“ sowie „*Anwendererprobung*“. Bereits aus der vorangegangenen Ausschreibung verfügte die Ag über Erfahrung in den zeitlichen Abläufen. Insbesondere vor dem Hintergrund der erforderlichen technischen Prüfung der angebotenen Produkte und der angestrebten Anwendererprobung hätte die Ag daher ausreichend Zeit einplanen müssen. Im Bewusstsein des Zeitbedarfs für eine europaweite Ausschreibung und in Kenntnis der beständig schwankenden Bestellmengen hätte die Ag daher frühzeitiger die Neubeschaffung, deren Bedarf sie bereits im September 2021 erkannt hat, einleiten müssen. Die Ag ging nach eigenem Bekunden im September 2021 von einer vollständigen Ausschöpfung der Rahmenvereinbarung im Juli 2022 aus. Schon nach dem ursprünglichen Zeitplan der Ag war der Zuschlag im offenen Verfahren jedoch erst für den 22. Juni 2022 vorgesehen. Zeitliche Puffer für mögliche Verzögerungen im Vergabeverfahren oder aber auch für den Fall erhöhter Abrufzahlen aus den bestehenden Rahmenvereinbarungen fehlten somit völlig.
- (3) Mit zu den zeitlichen Problemen trug insbesondere aber auch die Ausgestaltung des offenen Verfahrens durch die Ag bei. Nach deren Darstellung begann sie noch im September 2021 mit den Vorbereitungen des Vergabeverfahrens durch eine Bedarfserhebung. Die Bekanntmachung erfolgte dann allerdings erst am 15. Februar 2022 und damit erst rund fünf Monate später, obwohl die Bedingungen der Vergabe, insbesondere die Leistungsbeschreibung, augenscheinlich in ihren wesentlichen Punkten unverändert geblieben sind. Dies ergibt sich aus der Darlegung der Ag, dass die [...] der Bg, die in der vorangegangenen Vergabe den Zuschlag erhalten hatte, auch jetzt ohne jegliche Prüfung als geeignet angesehen werden. Für die lange Vorbereitungszeit der Neuausschreibung ist damit keine tragfähige Erklärung

dargetan. So ist nicht ersichtlich, weshalb die Besprechung mit dem Technischen Dienst erst nach Abschluss der Bedarfserhebung im Dezember 2021 stattfand.

cc) Die Dringlichkeit der Interimsvergabe konterkariert die Ag im Übrigen durch ihr eigenes Verhalten. Sie hat es unterlassen, den – soweit dies in tatsächlich vorliegenden Fällen eines durch akute Gefahr oder höhere Gewalt ausgelösten Beschaffungsbedarfs möglich ist – dennoch geschuldeten Wettbewerb durch Ansprechen weiterer Unternehmen als der Bg durchzuführen (vgl. dazu OLG Rostock, Beschl. v. 9. Dezember 2020 – 17 Verg 4/20, sowie Kammergericht Berlin, Beschluss vom 10. Mai 2022 – Verg 1/22). Die Ag beruft sich auf der einen Seite zwar auf äußerste Dringlichkeit, besteht aber andererseits darauf, dass die Vorgaben ihrer Leistungsbeschreibung eingehalten werden. Denn allein mit dem Argument, nur die Bg habe in der Vergangenheit ein bedingungs-gemäßes Produkt angeboten, begründet die Ag die Direktvergabe an die Bg ohne Einbezug anderer Unternehmen wie der ASt in den Wettbewerb. Unbestritten ist jedoch, dass die ASt eine anerkannte Herstellerin von [...] ist, die nach ihren Einlassungen im Rechtsgespräch in gleicher Weise wie die Bg öffentliche Nachfrager nach derartigen Produkten im In- und Ausland beliefert. Auch wenn die ASt, was zwischen ASt und Ag streitig ist, die Vorgaben der Leistungsbeschreibung der Ag nicht vollumfänglich mit ihrem Produkt bedienen sollte, so hätte die ASt in einem Fall der äußersten Dringlichkeit jedenfalls in eine Angebotsabfrage einbezogen werden müssen. Es ist widersprüchlich, einerseits die äußerste Dringlichkeit anzunehmen, andererseits aber auf der vollumfänglichen Erfüllung der eigenen Vorgaben in jedem Detail zu bestehen, ohne andere Produkte, deren grundsätzliche Eignung außer Zweifel steht, mit einzu-beziehen in ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. In der Direktvergabe an die Bg ohne Herstellung irgendeiner Art von Wettbewerbs liegt ein schwerer Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB.

Eine Widerlegung des Falls äußerster Dringlichkeit durch eigenes Verhalten im Sinne eines venire contra factum proprium liegt des Weiteren darin, dass die Ag am 22. März 2022 zwar allein die Bg zur Angebotsabgabe im Rahmen der Dringlichkeitsvergabe aufgefordert hat, dann aber eine Angebotsfrist bis zum 19. April 2022 festgelegt und das Angebot der Bg vom 8. April 2022, welches mangels Einbezug anderer Anbieter in den Wettbewerb naturgemäß das einzige Angebot blieb, erst am 21. April geöffnet hat.

- b) Es liegt hier auch kein Fall vor, in dem eine Beschaffung in einem übergeordneten Interesse notwendig wäre, obwohl wie dargelegt die Tatbestandsvoraussetzungen von § 14 Abs 4 Nr. 3 VgV nicht gegeben sind. Derartige Fälle sind insbesondere denkbar, wenn der öffentliche Auftraggeber rechtsirrig der Meinung war, die jeweilige Leistung (aus unterschiedlichen Rechtsgründen) direkt vergeben zu dürfen, die Leistung im Interesse der Allgemeinheit, insbesondere unter Gesichtspunkten der Daseinsvorsorge, aber unverzichtbar ist (vgl. z.B. OLG München vom 21.02.2013 - Verg 21/12 bzgl. einer Krankenhausapotheke, wo der Auftraggeber fälschlich davon ausging, eine es handle sich um eine vom Vergaberecht freigestellte In-house-Vergabe; OLG Frankfurt vom 30.1.2014 – 11 Verg 15/13 zu einer selbstverschuldeten Dringlichkeit in Bezug auf Leistungen des öffentlichen Nahverkehrs; Vergabekammer Hessen vom 12. Januar 2017 – 69d-VK-58/2016 zu einer Interimsvergabe in Bezug auf Abfallentsorgung). Als übergeordnetes Interesse kommt hier der Schutz der Mitarbeiter der Ag bei deren Einsätzen in Betracht. Diese sind indes auch ohne die Interimsvergabe grundsätzlich mit [...] versorgt, denn der bislang laufende Rahmenvertrag mit der Bg wurde ausgeschöpft und der Abschluss der neuen, im laufenden offenen Verfahren zur Vergabe anstehenden Anschlussrahmenvereinbarung steht unmittelbar bevor. Die [...] haben eine Garantiedauer von zehn Jahren, so dass es sich nicht um ein kontinuierliches Verbrauchsprodukt handelt, das permanent in großen Mengen beschafft werden muss. Dies macht auch die Abrufliste der Ag deutlich. Auch wenn die einzelne [...] gibt, die beispielsweise für Auszubildende benutzt werden. Ebenso wird es [...] von ausgeschiedenen Mitarbeitern geben, die – wenn auch nicht exakt auf einen anderen Träger zugeschnitten – auch anderen Mitarbeitern passen. Eine Notlage mit der Versorgung an [...], die eine Direktvergabe im übergeordneten Interesse rechtfertigen könnte, ist bei dieser Sachlage nicht gegeben. Bereits vorhandene Mitarbeiter verfügen über [...], neue Mitarbeiter können im Bedarfsfall für die kurze Interimszeit bis zum Abschluss der neuen Rahmenvereinbarung übergangsweise mit [...] oder frei gewordenen [...] ausgestattet werden. Für den seitens der Ag ebenfalls angesprochenen Fall, dass es hier zu Verzögerungen infolge möglicher Nachprüfungsverfahren kommen könnte, steht der Ag das Instrument des Zuschlagsgestattungsantrags nach § 169 Abs. 2 GWB zur Seite, wenn sie meinen sollte, die Voraussetzungen hierfür seien erfüllt. Die Vergabenachprüfungsinstanzen würden bei Stellung eines solchen Antrags hierüber zu entscheiden haben.

- c) Trotz der festzustellenden Unwirksamkeit des Vertrags zwischen der Ag und der Bg ist der Antrag der ASt, der Ag Abrufe hieraus zu untersagen, abzulehnen. Aufgrund der festgestellten Unwirksamkeit ist ohnehin eine Rückabwicklung nach den zivilrechtlichen Grundsätzen der Bereicherung erforderlich. I. Ü. hat die Ag im Rechtsgespräch ausgeführt, dass sie Abrufe aus diesem Vertrag mit Beginn des Nachprüfungsverfahrens unterlassen hat. Damit ist ein wirtschaftlicher Nachteil für die ASt nicht gegeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sind der Ag als unterliegender Partei aufzuerlegen. Gleiches gilt für die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt. Soweit die ASt mit ihrem Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB nicht erfolgreich war, rechtfertigt dies aufgrund der untergeordneten Bedeutung nicht die Annahme eines Teilunterliegens. Die ASt hat ihr Rechtsschutzziel bei wirtschaftlicher Betrachtung voll erreicht.

Die Bg hat sich nicht aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und ist daher nicht als mit der Ag unterliegende Partei anzusehen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen aufgeworfen hat, die ein durchschnittlicher Antragsteller ohne eigene Rechtsabteilung nicht sachgerecht beurteilen kann (vgl. BGH, Beschl. v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, juris-Rn. 61), insbesondere da es um den Sonderfall der Feststellung der Unwirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrags ging. Ohnehin ist ein auf Bieterseite stehendes Unternehmen nicht Adressat des Vergaberechts und muss dieses nicht im Einzelnen beherrschen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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.