



# VERGABERECHT

## Produktionsstandorte in Drittstaaten dürfen nicht ungleich behandelt werden

Die Vergabekammer des Bundes hatte sich mit der Frage zu befassen, ob ein Zuschlagskriterium vergaberechtskonform ist, das Angebote besser bewertet, die hinsichtlich der zu liefernden Produkte den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der EU, in GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der Freihandelszone der EU erbringen. Im Ergebnis hat die Vergabekammer dies verneint und damit zugleich zum Ausdruck gebracht, dass Produktionsstandorte in Drittstaaten nicht ungleich behandelt werden dürfen (Beschluss vom 1. Dezember 2020, VK 1-90/20 – nicht rechtskräftig).

### DER SACHVERHALT

In dem EU-weiten Vergabeverfahren ging es um die Beschaffung von wirkstoffbezogenen Arzneimittelrabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V. Der Auftraggeber hatte hierbei u.a. das Zuschlagskriterium „geschlossene EU-Lieferkette“ vorgesehen. Danach sollten Angebote im Rahmen der Wertung einen Wirtschaftlichkeitsbonus erhalten, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Produktions-, Verarbeitungs-, Verpackungs- und Lieferstätten und damit der gesamte Herstellungs- und Verarbeitungsprozess („Lieferkette“) innerhalb der EU, der GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. der Freihandelszone der EU liegt.

Der Antragsteller, ein Generikahersteller mit Sitz in Deutschland und überwiegender Produktion in Indien, sah hierin einen Verstoß gegen die Anforderungen an ein vergaberechtskonformes Zuschlagskriterium sowie eine Ungleichbehandlung der Bieter.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die Vergabekammer des Bundes hat den Nachprüfungsantrag als zulässig und begründet angesehen. Das Zuschlagskriterium „geschlossene EU-Lieferkette“ verstoße gegen § 127 Abs. 4 GWB, § 127 Abs. 3 GWB sowie den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB.

a) Bereits das Kriterium „Lieferkette“ sei kein objektives und damit geeignetes Zuschlagskriterium, das eine willkürfreie Zuschlagserteilung unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ermögliche. Zuschlagskriterien verfolgten den Zweck, Angebote zu vergleichen, um auf dieser Grundlage das für den Auftraggeber wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Dabei könnten auch ökologische und soziale Aspekte berücksichtigt werden, weshalb die mit dem Kriterium „Lieferkette“ beabsichtigte Berücksichtigung der Versorgungssicherheit sowie die Einhaltung gewisser Um-

welt- und Sozialstandards dem Grunde nach nicht zu beanstanden sei. Allerdings genüge die gewählte Umsetzung nicht den vergaberechtlich gebotenen Anforderungen an die Ausgestaltung von Zuschlagskriterien.

Wenngleich das Vergaberecht keine Legaldefinition des Begriffs Zuschlagskriterium enthalte, sei die gesetzgeberische Absicht erkennbar, Zuschlagskriterien nur dann anzuerkennen, wenn sie einen objektiven Wertvergleich der Angebote ermöglichen, der alle Bieter gleich behandelt. Dabei könnten Objektivität und Gleichbehandlung nicht pauschal danach beurteilt werden, dass für alle Bieter das Zuschlagskriterium „Lieferkette“ objektiv ist (= Produktionsstandort ist eindeutig feststellbar) und innerhalb des Kriteriums für alle Bieter die gleichen Maßstäbe gelten (= Zugehörigkeit zu einem bestimmten Kreis von Staaten gewährt einen Wertungsvorteil). Diese Betrachtung ermögliche gerade im vorliegenden Fall keinen diskriminierungsfreien Vergleich der Angebote auf einer objektiven Grundlage. Es handle sich vielmehr um ein Zuschlagskriterium von abstrakt-genereller Natur, das eine Gruppe von Bietern – ungeachtet auch hier bestehender Unterschiede – pauschal mit einem Wertungsbonus privilegiert, während eine andere Gruppe – ebenfalls ungeachtet bestehender Unterschiede – diesen Bonus einheitlich nicht erhält, ohne dass der Bezugspunkt (Produktionsstandort) die gewünschten Unterscheidungsmerkmale (mehr Versorgungssicherheit, höhere Umwelt- und Sozialstandards) tatsächlich aufzuweisen vermöge. Tatsächlich stelle die Differenzierung allein auf die Unterzeichnung bestimmter internationaler Abkommen (Mitglied der EU oder der EU-Freihandelszone oder des GPA) ab. Auch wenn innerhalb der EU noch einheitliche Vorgaben in Bezug auf Sozial- und Umweltstandards gelten dürften, sei dies für die (meisten) Staaten mit EU-Freihandelsabkommen und die GPA-Unterzeichnerstaaten aber nicht der Fall.

Die vom Auftraggeber herangezogene Differenzierung innerhalb des Zuschlagskriteriums „Lieferkette“ beinhalte im Ergebnis eine Ungleichbehandlung der Bieter und sei damit nicht geeignet, einen sachgerechten Vergleich der Angebote zu gewährleisten, so die Vergabekammer. In diesem Zusammenhang weist sie darauf hin, dass das Vergaberecht eine Ungleichbehandlung von Dritt-

staaten nicht legitimiert. Allein im Bereich des Sektorenvergaberichts sieht § 55 SektVO die Möglichkeit der Zurückweisung von Angeboten vor, die einen Warenanteil von mehr als 50 Prozent aus Drittstaaten aufweisen. Auf das im vorliegenden Fall anwendbare klassische Vergaberecht lässt sich dies mangels eigener Regelungen nicht übertragen; auch die bisherigen Aktivitäten der EU sind bis dato noch nicht in einer gesetzlichen Regelung gemündet.

b) Auch besteht nach Ansicht der Vergabekammer im Zuschlagskriterium „Lieferkette“ keine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand (§ 127 Abs. 3 GWB). Zwar reiche ein weiter Auftragsbezug aus, der sich auch auf dem Herstellungsprozess oder eine andere Phase des Lebenszyklus der zu beschaffenden Leistung beschränken könne oder mittelbare bzw. sekundäre Ziele wie soziale oder umweltbezogene Aspekte verfolge. Die vom Auftraggeber intendierte Versorgungssicherheit und das Vorhandensein gewisser Sozial- und Umweltstandards erfülle diese Anforderung zwar, nicht aber das Zuschlagskriterium an sich. Denn die an einem bestimmten Standort allgemein geltenden Sozial- und Umweltstandards gehörten nicht zum spezifischen Prozess der Herstellung der ausgeschriebenen Ware oder Leistung. Es handele sich vielmehr um gesetzliche Rahmenbedingungen, die je nach Standort variieren könnten, letztlich aber durch ein Unternehmen, das bereits eine Standortentscheidung getroffen habe, bei der Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags nicht mehr beeinflusst werden könnten. Demzufolge handelt es sich nach Ansicht der Vergabekammer beim Produktionsstandort um eine Eigenschaft, die nicht spezifisch die hier ausgeschriebenen Leistungen betrifft, sondern alle durch das Unternehmen am jeweiligen Standort hergestellten Waren kennzeichnet und zudem nicht geeignet ist, die verfolgten Ziele (mehr Versorgungssicherheit, höhere Sozial- und Umweltstandards) zu verwirklichen.

Der Ort der Herstellung einer Lieferleistung sei zudem eine unternehmensbezogene Eigenschaft, da er der Leistung nicht als solcher unmittelbar anhafte, sondern das Ergebnis einer unternehmerischen Entscheidung über die geographische Allokation der Ressourcen sei, die dem Bereich der generellen, also gerade nicht auf den konkreten Auftrag bezogenen Unternehmenspolitik zuzurechnen sei.

c) Schließlich sieht auch die Vergabekammer in dem Zuschlagskriterium einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB. Die unterschiedliche Behandlung bestimmter Gruppen von Staaten bei der Wirtschaftlichkeitsbewertung ermögliche wie bereits ausgeführt keinen objektiv-sachgerechten Vergleich der Angebote und ist auch nicht aus anderen Gründen sachlich gerechtfertigt. Auch wenn der von dem Kriterium negativ betroffene Bieter ohne Weiteres in der Lage wäre, seinen Produktionsstandort in einen durch die Zuschlagskriterien privilegierten Staat zu verlagern, um so in den Genuss des Wertungsbonus zu gelangen, vermöge dies die Vergaberechtswidrigkeit des gewählten Zuschlagskriteriums nicht zu beseitigen.

Da der Auftraggeber sofortige Beschwerde zum OLG Düsseldorf (Verg 54/20) eingelegt hat, ist die Entscheidung der Vergabekammer nicht rechtskräftig.

## BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Das Vorgehen des Auftraggebers in dem gegenständlichen Vergabeverfahren fällt in die häufig anzutreffende Rubrik „Knapp daneben ist auch vorbei“. Wenngleich die mit dem Zuschlagskriterium verfolgten Zielsetzungen einer erhöhten Liefersicherheit und der Gewährleistung von Sozial- und Umweltstandards für sich betrachtet aner kennenswert und spätestens seit der Vergaberechtsreform 2014/16 über eine sehr geringe Anforderung hinsichtlich des Bezugs zum Auftragsgegenstand auch vergaberechtlich salonfähig sind, ist der Auftraggeber hier bei der Umsetzung zu kurz gesprungen. Die Abbildung dieser Zielsetzungen über das Kriterium „Lieferkette außerhalb von Drittstaaten“ führt zu einer Verzerrung, da es – wie die Vergabekammer nachvollziehbar ausführt – schlicht nicht zutrifft, dass alles, was innerhalb der EU, des GPA oder der EU-Freizone stattfindet, per se gut und alles, was in Drittstaaten passiert, per se schlecht ist.

In der Praxis kommen solche Konstellationen immer wieder vor, wo Auftraggeber zulässige Aspekte wie schnelle Reaktionszeiten, gute Qualität oder hohe soziale Produktionsstandards dadurch sicherstellen wollen, dass sie Bieter aus Drittstaaten nicht zum Wettbewerb zulassen. Hier werden Ursache und Wirkung miteinander verwechselt. Denn es ist von der vergaberechtlichen Rechtsprechung wiederholt zum Ausdruck gebracht worden, dass das Vergaberecht – außer der Spezialnorm des § 55 SektVO im Sektorenvergaberecht – keine Regelung enthält, mit denen ein Auftraggeber Unternehmen aus Drittstaaten von öffentlichen Aufträgen fernhalten kann. Die EU befasst sich zwar seit 2016 mit entsprechenden Gesetzgebungsinitiativen. Aber auch die jüngste Ausprägung unter dem Stichwort „International Procurement Instrument“ hat noch zu keiner Regelung geführt. Und solange das Vergaberecht eine Teilnahme von Unternehmen aus Drittstaaten nicht verbietet, müssen diese Unternehmen zum Wettbewerb zugelassen werden und können sogar entsprechenden Rechtsschutz vor den Nachprüfungsinstanzen in Anspruch nehmen. Das OLG Düsseldorf hat dies schon in seiner Entscheidung zur Beschaffung der Drohne HERON TP (Beschluss vom 31. Mai 2017 – Verg 36/16) prägnant zum Ausdruck gebracht: *„Das Europäische Vergaberecht kennt (bisher) keine geographischen Einschränkungen für die Beteiligung an Vergabeverfahren. Der Zugang zu Vergabeverfahren für Unternehmen aus Drittstaaten wird als gegeben angesehen.“*

Auftraggeber haben gleichwohl die Möglichkeit, durch entsprechend hohe soziale und umweltbezogene Anforderungen oder Auflagen zur Versorgungssicherheit bzw. zur Reaktionsgeschwindigkeit ihre originären Zielsetzungen zu erreichen – soweit diese Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und sachlich gerechtfertigt sind. Ein „Umweg“ über den vergaberechtswidrigen Ausschluss von Bietern aus Drittstaaten ist dann

nicht erforderlich, worauf auch die EU-Kommission in ihren Handreichungen zu diesem Thema hinweist (Mitteilung vom 13. August 2019 „Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt“, ABl. EU 2019 C 271/43).



### Stephan Rechten

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Stephan.Rechten@bblaw.com

## Die Voraussetzung der Dringlichkeitsbeschaffung nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV in Zeiten der Corona-Pandemie

Der Beschluss des OLG Rostock vom 9. Dezember 2020 (17 Verg 4/20) lohnt unter mehreren Gesichtspunkten – nicht zuletzt aus aktuellem Anlass – der näheren Betrachtung: Das Gericht befasst sich ausführlich mit der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der äußerst dringlichen und zwingenden Gründe des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV im Lichte der Covid-19-Pandemie und untersucht auf Rechtsfolgenebene, ob das Vorliegen des Ausnahmetatbestands die Direktbeschaffung trägt oder ob das Vergaberecht auch in Zeiten der Pandemie die Herstellung des größtmöglichen Wettbewerbs fordert. Darüber hinaus äußert sich das Gericht zur rechtlichen Natur und Bindungswirkung der Mitteilung der europäischen Kommission vom 1. April 2020 zur Anwendung des Vergaberechts während der Covid-19-Pandemie (AZ.: 2020/C1081/01) sowie des Rundschreibens des Bundeswirtschaftsministeriums vom 19. März 2020 zum Umgang mit den vergaberechtlichen Mechanismen vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie. Das OLG Rostock behandelt schließlich die prozessual interessante Frage, ob die Unwirksamkeitsfolge des § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB – über seinen Wortlaut hinaus – auch in den Fällen greift, bei denen wegen des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes auf eine EU-weite Bekanntmachung verzichtet werden durfte.

### DER SACHVERHALT

Der Entscheidung des OLG Rostocks liegt eine Direktvergabe in Form eines Vertrages über die Durchführung von Corona-Tests bei Bewohnern und Beschäftigten in Heimen und Pflegeeinrichtungen des Landes Mecklenburg-Vorpommern zugrunde, den das Land (Antragsgegnerin) mit der Beigeladenen im Mai 2020 schloss.

Die Antragstellerin betreibt ein labormedizinisches Versorgungszentrum und führt labormedizinische Dienstleistungen – wie insbesondere anlassbezogene Corona-Tests bei einschlägiger Symptomatik – durch. Im April 2020 trat die Antragstellerin mit einer E-Mail an die Ministerpräsidentin der Antragsgegnerin her-

an, in der sie darlegte, dass ihre Testkapazitäten in Mecklenburg-Vorpommern bei weitem noch nicht ausgeschöpft seien und sie über Ressourcen verfüge, um zahlreiche Corona-Tests durchzuführen. Unbeachtet dieser E-Mail schloss die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen einen Vertrag über die Durchführung anlassloser Massentestungen im Zeitraum von Mai bis Juli 2020 von Bewohnern und Mitarbeitern in Alten- und Pflegeheimen, ohne die Antragstellerin oder weitere Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern. Der Auftragswert lag über dem einschlägigen Schwellenwert für Dienstleistungen von EUR 214.000,00 (netto).

Nachdem die Antragstellerin aus der Tagespresse von dem Vertrag des Antragsgegners mit der Beigeladenen erfuhr, hat sie sich im Ergebnis einer erfolglosen Rüge mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Direktvergabe gewendet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als zulässig aber unbegründet zurückgewiesen, da die Beschaffung mit Blick auf das Rundschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums dringlich sei, sodass der Antragsgegner sich zu Recht auf § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV stützen könne. Die tatbestandliche äußerste Dringlichkeit ergebe sich vorliegend aus dem Beschluss zur Lockerung von Besuchsverboten von Angehörigen von Heimbewohnern, den die Konferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten am 15. April 2020 traf und der Erforderlichkeit, diese Maßnahme mit umfassenden Testungen zu flankieren. Die VK hat die Ansicht vertreten, dass es zudem zulässig gewesen sei, keine weiteren Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern, da mit Blick auf die Corona-Infektionslage in Alten- und Pflegeheimen und die Lockungsentscheidung der Ministerpräsidentenkonferenz Zusatzbedarfe ausgelöst worden seien. Über dies sei anders als im Fall des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV keine Alleinstellung des Auftragnehmers erforderlich, die hier einer Direktvergabe entgegenstehen könnte.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin Beschwerde zum OLG Rostock eingelegt. Im Wesentlichen trägt sie vor, dass eine äußerste Dringlichkeit im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht vorgelegen habe, da anlasslose – also medizinisch nicht indizierte – Testungen vertragsgegenständlich gewesen seien. Die durch diese Tests erhobenen Daten dienten nämlich nicht der akuten Gefahrenabwehr, sondern vorrangig der Erhebung von Daten zu Monitoringzwecken im Hinblick auf künftige politische Strategien. Eine besondere Dringlichkeit habe zudem nicht vorgelegen, da die Beigeladene mit dem Antragsgegner offenbar bereits seit Mitte März 2020 über den Auftrag im Gespräch gewesen sei. Unabhängig davon hätten – selbst wenn ein Fall äußerster Dringlichkeit vorgelegen habe – vor dem Hintergrund des Wettbewerbsprinzips Konkurrenzangebote eingeholt werden müssen. Ein Grund für ein Absehen von der Einholung von Konkurrenzangeboten habe nicht vorgelegen, insbesondere weise die Beigeladene auch kein Alleinstellungsmerkmal auf, das einen Verzicht auf die Einholung von Konkurrenzangeboten gerechtfertigt hätte. Zahlreiche Labore seien nämlich in der Lage, die anlasslosen vertragsgegenständlichen Testungen durchzuführen.

Der Antragsgegner hat dem entgegengehalten, dass es zwar richtig sei, dass sich die Beigeladene bereits im März 2020 mit E-Mail an den Antragsgegner gewandt habe. Zu diesem Zeitpunkt

habe seitens des Antragsgegners allerdings noch kein Beschaffungsbedarf vorgelegen. Ein solcher sei erst vor dem Hintergrund des Bund-Länder-Beschlusses vom 15. April 2020 entstanden. Ein zu dokumentierender Beschaffungsvorgang habe seit dem 20. April 2020 vorgelegen. Zudem sei ein Fall äußerster Dringlichkeit gegeben gewesen, denn in dem theoretisch allenfalls zur Verfügung stehenden Zeitrahmen von lediglich 19 Kalendertagen vom 20. April 2020 bis zum 8. Mai 2020 habe kein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt werden können. Die Antragstellerin habe im Übrigen nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssen und können, da Voraussetzung für die Beauftragung der anlasslosen Tests gewesen sei, dass hierdurch die Kapazitäten für anlassbezogene Tests, für die lediglich begrenzte Testkapazitäten zur Verfügung stünden, nicht beeinträchtigt würden. Da die Antragstellerin auch solche anlassbezogenen Tests durchführte, wollte man diese Ressourcen nicht verringern.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das OLG Rostock verwirft den Beschluss der Vergabekammer: Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin sei zulässig und begründet.

Eine Direktvergabe ohne jeden Wettbewerb habe vorliegend auf Grundlage von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht erfolgen dürfen. Daher sei der angegriffene Vertrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Zwar hält das Gericht den Dringlichkeitstatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für erfüllt, hieraus folge aber nicht, dass der Antragsgegner die Beigeladene im Wege der Direktvergabe habe beauftragen dürfen; vielmehr habe er im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung zumindest einen „Wettbewerb light“ durchführen und so – wenigstens – ein Angebot der Antragstellerin einholen müssen.

Bei der Prüfung, ob das Tatbestandsmerkmal der äußeren Dringlichkeit des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorliegt, stellt das OLG sowohl auf das „Wesen der anlasslosen Testung“ als auch auf die konkrete Ereignischronologie ab. Durch beide tatsächlichen Anknüpfungspunkte würde der Tatbestand vorliegend erfüllt: Ein reguläres Vergabeverfahren in Form eines offenen oder nicht offenen Verfahrens hätte selbst bei maximaler Abkürzung der Fristen nicht innerhalb der notwendigen Zeitspanne durchgeführt werden können. Zudem bestünde auch ein konkreter Zusammenhang zwischen den anlasslosen Testungen und dem Pandemiegeschehen. Auch wenn diese Testungen nicht symptom basiert stattfänden, sei der Anknüpfungspunkt, ob ein Test anlassbezogen oder anlasslos stattfände, vorliegend für die Frage, ob eine äußerste Dringlichkeit vorläge, nicht entscheidend. Denn erfahrungsgemäß verliefen eine Vielzahl von Covid-19-Infektionen ausgesprochen mild, sodass auch anlasslose Tests der Eindämmung des Infektionsgeschehens dienen. Darüber hinaus wären die streitbefangenen anlasslosen Testungen kausal für die geplanten Lockerungen. Dies, da hierdurch Infektionsherde tendenziell frühzeitig erkennbar gemacht würden, was dem Offenhalten der Heime förderlich sei. Insofern treffe es auch nicht zu, dass die anlasslosen Testungen lediglich dem Sammeln von Daten dienen, wie von der Antragstellerin vorgetragen.

Allerdings erachtet das OLG Rostock das gänzliche Absehen vom Wettbewerbsprinzip vorliegend für ermessensfehlerhaft. Es hätte

wenigstens ein „Wettbewerb light“ durchgeführt werden müssen. Das OLG Rostock betont, dass der Tatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV auf Rechtsfolgenseite die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eröffne, nicht aber ohne Weiteres die Direktvergabe erlaube. Die Einschränkung des Wettbewerbs müsse stets verhältnismäßig sein, was nur der Fall sei, wenn so viel Wettbewerb wie möglich hergestellt würde. Das heißt, dass grundsätzlich mehrere Angebote einzuholen seien und man sich nicht auf die Direktansprache eines Bieters beschränken dürfe. Der vollständige Verzicht auf Wettbewerb käme nur als ultima ratio in Betracht. Ein solcher Extremfall läge nicht vor. Mit Blick auf die vorliegende Ereignischronologie habe der Beschaffungsbedarf unstrittig spätestens zum 20. April 2020 festgestanden. Die E-Mail der Antragstellerin, aufgrund derer diese zumindest als potenziell taugliche und erkennbar interessierte Anbieterin in Betracht gekommen wäre, datiert auf den 24. April 2020. Das vorgebrachte Argument des Antragsgegners, man habe die Kapazitäten der Antragstellerin schonen wollen, sei unzutunlich, da diese ihre Leistungsfähigkeit zugesichert habe. Auch der weitere in der mündlichen Verhandlung vom Antragsgegner vorgebrachte Begründungsansatz, dass er nicht über die erforderlichen Kapazitäten zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens verfügt habe, begegne erheblichen vergaberechtlichen Bedenken. Die Wahrung vergaberechtlicher Vorgaben könne nicht von der jeweiligen Personalausstattung der Vergabestelle abhängig gemacht werden, zumal der Antragsgegner dies nicht im Einzelnen substantiiert habe.

Bei der prozessual interessanten Frage, ob § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, der die Unwirksamkeitsfolge solcher Aufträge anordnet, die ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union vergeben wurden, auch Fälle erfasst, bei denen tatbestandlich – wie im Fall des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV – die Voraussetzungen für das Absehen von einer Bekanntmachung gerade vorlagen, legt das OLG Rostock den Wortlaut der Norm weit aus: Eine Ausnahme aufgrund einer gesetzlichen Gestattung läge nur vor, wenn der Auftraggeber das anstelle der Bekanntmachung tretende zugelassene Verfahren auch tatsächlich eingehalten habe. Sonst werde die unterbliebene Veröffentlichung vergaberechtlich nicht durch den Ausnahmetatbestand „kompensiert“.

### BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Das Urteil zeigt einmal mehr auf, dass vergaberechtliche Ausnahmetatbestände selbst in Pandemielagen restriktiv zu handhaben und Auftraggeber gut beraten sind, im Rahmen des Machbaren stets größtmöglichen Wettbewerb herzustellen.

Hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV orientiert sich das OLG Rostock am Wortlaut. Die Norm bestimmt, dass Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden können, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren



sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein. Hieraus lässt sich ableiten, dass zumindest zwei Voraussetzungen tatsächlich vorliegen müssen: Zwingende Gründe, die dem Auftraggeber nicht zurechenbar sind und eine tatsächliche Dringlichkeit, die es nicht zulässt, ein Vergabeverfahren mit EU-Bekanntmachung durchzuführen. Das Gericht betont, dass diese Voraussetzungen vom Auftraggeber im Einzelnen zu prüfen und darzulegen sind und die pauschale Bezugnahme auf die Rundschreiben vom BMWi und der EU-Kommission als Begründung nicht ausreichen. Letztere Verlautbarungen seien lediglich Interpretationen der Rechtslage durch die Verwaltung, die mangels normativer Geltung für die Rechtsprechung keinerlei Bindungswirkungen entfalten würden. Insofern sei für die Praxis darauf hingewiesen, dass der bloße Verweis auf bezeichnete Rundschreiben keine hinreichende Begründung für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes ist.

Weiter gilt es zu beachten, dass die Corona-Pandemie als Ereignis zwar zwingende Gründe setzt, ob das konkrete Beschaffungsvorhaben im unmittelbaren Zusammenhang hierzu steht, muss aber stets einzelfallbezogen geprüft begründet werden. Für den Fall anlassloser Testungen sieht das Gericht den Begründungszusammenhang als gegeben an.

Besonders relevant für die Praxis öffentlicher Auftraggeber ist die Klarstellung des OLG Rostocks auf Rechtsfolgenseite: Im Unterschied zu § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV trägt § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV grundsätzlich keine Direktvergabe an ein bestimmtes Unternehmen. Die Vorschrift knüpft tatbestandlich nämlich gerade nicht an dem Alleinstellungsmerkmal eines Unternehmens an. Vielmehr kann auf die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV wegen besonderer, außerhalb der Person des Auftragnehmers liegender Umstände ausnahmsweise verzichtet werden. Soweit im Einzelfall jedoch in der konkreten Situation mehrere Angebote eingeholt werden können, gebietet der Wettbewerbsgrundsatz einen solchen „Wettbewerb light“ durchzuführen. In der Praxis dürfte die Einholung formloser Angebote im Falle einer äußersten Dringlichkeit ausreichend sein.

Wird im Rahmen einer Dringlichkeitsvergabe ein Direktauftrag erteilt, ist dies also nur zulässig, wenn mit Blick auf die zeitlichen oder tatsächlichen Umstände die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens ausgeschlossen war. Die Gründe hierfür hat der öffentliche Auftraggeber erschöpfend zu dokumentieren, wobei das OLG Rostock klarstellt, dass der bloße Verweis auf die notleidende personale Ausstattung des Auftraggebers keine hinreichende Begründung ist.

## NEWTICKER

### +++ Diskriminierende Vorgaben eines E-Vergabe-Systems +++

Die Vergabekammer Berlin (Beschluss vom 4. November 2020, VK-B2-20/20) stellte fest, dass es an der Verwendung nichtdiskriminierender elektronischer Mittel fehlt, wenn bei einer Vergabepattform eine Angebotsabgabe über einen Bieterclient ohne Dateigrößenbegrenzung möglich ist, bei einem manuellen Hochladen des Angebots jedoch eine Höchstgrenze von 250 MB einzuhalten ist. Darin liegt zum einen entgegen § 11 Abs. 1 S. 1 VgV eine Diskriminierung derjenigen Unternehmen, die den Bieterclient nicht zum Upload nutzen. Zum anderen hatte der Auftraggeber im vorliegenden Fall entgegen § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV diese für die Angebotsabgabe notwendige Information den Unternehmen nicht transparent zur Verfügung gestellt. Im Hinblick auf den Grundsatz der diskriminierungsfreien und transparenten Vergabe ist das Vorgehen des Auftraggebers auch deshalb vergaberechtswidrig, weil die Aufhebung der Größenbegrenzung durch den Vergabepattformbetreiber erfolgen kann und damit der Umstand einer erfolgreichen Angebotsabgabe allein in dessen Händen liegt. Eine willkürfreie Vergabe ist damit nach Ansicht der Vergabekammer Berlin nicht (mehr) sichergestellt.

### +++ Berlin: Neuregelung der Vergabevordrucke +++

Die Senatsverwaltungen für Wirtschaft, Energie und Betriebe und für Stadtentwicklung und Wohnen in Berlin haben im Dezember 2020 die Formulare Wirt-124 EU, Wirt-124 UVgO und Wirt-124 KonzVgV (Erklärungen und Angaben zur Eignungsprüfung) überarbeitet. Leitgedanke dabei war die Anpassung an das datenschutzrechtliche Prinzip der Datenminimierung. Für die Abfrage personenbezogener Daten durch öffentliche Auftraggeber beim Gewerbezentralregister und beim Korruptionsregister wurden deshalb ein neues Formular Wirt-3290 (Nachforderung der Angaben für die Abfrage beim Gewerbezentralregister sowie beim Korruptionsregister) und für die Antwort des Bieters das neue Formular Wirt-3291 (Angaben zur Abfrage beim Gewerbezentralregister sowie beim Korruptionsregister) zur Verfügung gestellt. Die überarbeiteten und die neuen Formulare können auf der Vergabepattform Berlin abgerufen werden.



#### Max Stanko

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Vergaberecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Max.Stanko@bblaw.com

## +++ Jahresbericht des Bundeskartellamts: 120 Nachprüfungsverfahren in 2020 +++

Im Jahr 2020 wurden bei den Vergabekammern des Bundes über 120 Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Fälle betrafen überwiegend die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen, gefolgt von Bauaufträgen. Schwerpunkt im Jahr 2020 bildeten Aufträge aus dem Bereich IT-Hard- und Software, Arbeitsmarktdienstleistungen sowie Verteidigung und Sicherheit.

Mit Blick auf den seit November 2020 vorliegenden Referentenentwurf der Wettbewerbsregisterverordnung (WRegVO), die die Bestimmungen des Wettbewerbsregisters konkretisiert (wir berichteten in der Januar-Ausgabe unseres Newsletters), wird im Jahresbericht der Präsident des Bundeskartellamts, Andreas Mundt, mit der Aussage zitiert, das Register solle nach der aktuellen Zeitplanung im 1. Quartal 2021 sukzessive seinen Betrieb aufnehmen. Das Bundeskartellamt treibt den Aufbau des Wettbewerbsregisters mit Hochdruck voran. Vorgesehen ist eine gestaffelte Inbetriebnahme. Der Startschuss wird im Frühjahr mit dem Beginn der Registrierung der mitteilenden Behörden und der Auftraggeber beim Web-Portal gegeben.

Die Pressemitteilung einschließlich Jahresbericht ist auf der Seite des Bundeskartellamts verfügbar.

## +++ Hamburger Umweltleitfaden ergänzt +++

Hamburg hat seinen Umweltleitfaden von 2016 um neue Leistungsverzeichnisse als Praxisbeispiele ergänzt. Der Fokus liegt auf nachhaltiger Beschaffung unter anderem durch Materialvorgaben (unter anderem Recyclingmaterial, Biokunststoff, Holz aus nachhaltiger Waldwirtschaft) und Anforderungen an Anlieferung (Umweltmanagementsystem) und Verpackung (umweltfreundliche Materialien / Recyclingmaterial). Es geht unter anderem um Ausschreibungen für Bürobedarf, Kopierpapier, Objektstühle und Schmutzfang-/ Gewebematten. Die neuen Praxisbeispiele können als gutes Beispiel für eigene Ausschreibungen genutzt werden.

## +++ Bundesregierung veröffentlicht Leitfaden für nachhaltige Textilbeschaffung +++

Auch die Bundesregierung beschäftigt sich mit dem Thema nachhaltige Beschaffung und hat einen Leitfaden für eine nachhaltige Textilbeschaffung veröffentlicht. Der Leitfaden ist verpflichtend für die Beschaffungsstellen der Bundesverwaltung und schreibt die Beachtung sozialer und ökologischer Nachhaltigkeitskriterien entlang der gesamten Lieferkette bei der Beschaffung von Textilien vor.

Dazu gehören Ausführungen zum Lebenszyklus von textilen Produkten, zum Vorgehen im Beschaffungsprozess (Verankerung von Nachhaltigkeitsaspekten im Vergabeverfahren, Nachweisführung und Angebotswertung) und zu Vertragsausführungsbedingungen. Damit signalisiert der Bund, dass Nachhaltigkeit zukünftig ein Wettbewerbsvorteil ist.

## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2021.

### HINWEIS

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [newsletter@bblaw.com](mailto:newsletter@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann | [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten | [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich | [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys | [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

#### FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 756095-195  
Christopher Theis | [Christopher.Theis@bblaw.com](mailto:Christopher.Theis@bblaw.com)

#### HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg  
Tel.: +49 40 688745-145  
Jan Christian Eggers | [Jan.Eggers@bblaw.com](mailto:Jan.Eggers@bblaw.com)

#### MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner | [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier | [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)