



## Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 Verg 1/21 = 16-VK 2/21 -

Verkündet am: 01.04.2022

gez. [...]  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

### B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der L. [...] k.s., vertr. d.d. Geschäftsführer R. S., [...]

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Freie Hansestadt Bremen, vertr. durch Immobilien Bremen Anstalt öffentlichen  
Rechts, Theodor-Heuss-Allee 14, 28215 Bremen,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

Beteiligte:

Q. UG, vetrtr. d. d. GF, [...]

W. GmbH, vertr. d. d. GF, [...]

Beteiligte,

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den  
Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Pellegrino, die Richterin am  
Oberlandesgericht Dr. Kunte und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kramer auf die  
mündliche Verhandlung vom 04.03.2022

beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen vom 17.09.2021 – 16-VK 2/21 – wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin zu tragen.
3. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 70.515,80 € festgesetzt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit zweier von der Antragsgegnerin im Dringlichkeitsverfahren vergebenen Aufträge zur Beschaffung von Antigen-Schnelltests.

Die Antragstellerin handelt mit Medizinprodukten. Sie ist eine der Kommanditgesellschaft vergleichbare Handelsgesellschaft in der Rechtsform einer „Komanditní společnost (k.s.)“ nach tschechischem Recht. Ihre Geschäfte werden von der Gesellschafterin, der S. GmbH & Co.KG mit Sitz in [...] geführt; beide Gesellschaften werden von demselben Geschäftsführer, Herrn R. S., vertreten.

Die Antragsgegnerin bedient sich der „Immobilien Bremen“, einer Anstalt öffentlichen Rechts, als zentraler Vergabestelle unter anderem für die Beschaffung von Hygieneartikeln, die zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie erforderlich sind. Über diese Anstalt beschaffte die Antragsgegnerin mehrfach erhebliche Mengen von Antigen-Schnelltests. Im Einzelnen vergab die Immobilien Bremen am 19.03.2021 einen Auftrag zur Lieferung solcher Schnelltests für Einrichtungen des Landes Bremen und seiner Stadtgemeinden im Umfang von rund 1,6 Millionen €. Am 01.04.2021 vergab die Antragsgegnerin einen weiteren Auftrag zur Lieferung von Antigen-Schnelltests für Kindertageseinrichtungen der Stadtgemeinde Bremen im Umfang von 800.000 €. Mit weiterem Lieferauftrag vom 15.04.2010 beschaffte die Antragsgegnerin Schnelltests für nicht näher bezeichnete Einrichtungen des Landes und seiner Stadtgemeinden im

Umfang von knapp 2.000.000 €. Am selben Tag vergab die Antragsgegnerin einen gleichlautenden Lieferauftrag im Umfang von rund 1,4 Millionen €. Schließlich vergab die Antragsgegnerin am 26.05.2021 einen weiteren Auftrag zur Lieferung solcher Schnelltests an Einrichtung des Landes und der Stadtgemeinden im Umfang von rund 600.000 €. Nach Darstellung der Antragsgegnerin diene dieser zuletzt genannte Auftrag der Beschaffung von Schnelltests für Kindertagesstätten. Sämtliche dieser Aufträge wurden im Wege der Dringlichkeitsvergabe ohne europaweite Ausschreibung vergeben.

Am 06.04.2021 beschloss der Senat der Freien Hansestadt Bremen mit Erlass der Vierundzwanzigsten Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Vierundzwanzigste Coronaverordnung, BremGBI. 2021, S. 117) eine Änderung der bisher geltenden Regelungen zum Zugang zu Bremischen Schulen. Hierzu wurde die Vorschrift des § 17 Abs. 4 der geltenden Coronaverordnung geändert und mit Wirkung des Inkrafttretens der 24. Coronaverordnung am 17.04.2021 angeordnet, dass Personen der Zutritt zum Schulgelände untersagt ist, soweit sie nicht durch ärztliche Bescheinigung oder durch negativen Schnelltest innerhalb der letzten drei Tage nachweisen, dass bei ihnen keine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht. In § 17 Abs. 4 S. 3 der 24. Coronaverordnung wird zudem festgelegt, dass das Zutrittsverbot nur gilt, wenn in den Schulen Schnelltests in hinreichender Zahl vorliegen. Bis zum Inkrafttreten der 24. Coronaverordnung hatte die Antragsgegnerin zuvor beschaffte Schnelltests den Schülern und Lehrern auf freiwilliger Basis zur Verfügung gestellt.

Mit Erlass vom 07.04.2021 ordnete die Bremer Senatorin für Kinder und Bildung auf dieser Grundlage an, dass Schülerinnen und Schüler ab dem 19.04.2021 Schulen in Bremen und Bremerhaven nur dann betreten dürfen, wenn sie sich in regelmäßigen Abständen (alle 3 Tage) auf das Virus SARS-Cov-2 testen lassen.

Der Bremer Senat beschloss am 18.05.2021, den bereits im August 2020 gebildeten Budgetrahmen (sog. Bremen-Fonds), aus dem pandemiebedingte Bedarfe der Bedarfsträger an Masken, Desinfektionsmitteln, Luftfiltern, Schnelltests etc. zentral finanziert wurden, um rund 27,9 Millionen € aufzustocken. Mit Beschluss vom 28.05.2021 bewilligte der hierfür zuständige Haushalts- und Finanzausschuss der bremischen Bürgerschaft diese Aufstockung.

Nachdem die Schulen der Stadtgemeinden Bremen und Bremerhaven der Immobilien Bremen am 28.05.2021 eine Einschätzung über den Bedarf an Schnelltests bis zum

Beginn der Schulsommerferien, der auf den 22.07.2021 fiel, mitgeteilt hatten, forderte die Immobilien Bremen mit E-Mail-Nachricht vom 02.06.2021 insgesamt 9 verschiedene Unternehmen ohne vorherige Ausschreibung und Durchführung eines Teilnehmerwettbewerbs zur Abgabe von Angeboten über die Lieferung von rund 1.000.000 Antigen-Selbsttests für die Schulen der Stadtgemeinde Bremen und über die Lieferung weiterer 216.000 Antigen-Schnelltests für die Schulen der Stadtgemeinde Bremerhaven bis zum 04.06.2021 auf. Die Auslieferung sollte ab dem 09.06.2021 beginnen.

Eine der Aufforderungen richtete die Antragsgegnerin an die E-Mail-Adresse „s[...]@[...]de“. Unter Verwendung dieser und einer weiteren deutschen E-Mail-Anschrift gab auch die Antragstellerin Angebote auf die beiden Vergabeverfahren ab.

Die Antragsgegnerin vergab die Aufträge am 04.06.2021 an die Beigeladenen.

Mit E-Mail vom selben Tag fragte der Geschäftsführer der Antragstellerin nach, weshalb sich die Antragsgegnerin offenbar für einen anderen Lieferanten entschieden habe. Die Antragsgegnerin teilte ihm daraufhin mit E-Mail-Nachricht noch vom 04.06.2021 mit, dass sich die Schulen aufgrund des Produktes für einen anderen Anbieter entschieden hätten.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 08.06.2021 die Durchführung von Dringlichkeitsvergaben in den hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren. Die Antragsgegnerin übermittelte der Antragstellerin daraufhin mit E-Mail vom selben Tag die Mitteilung, dass die Angebote der Antragsgegnerin gemäß § 134 GWB nicht berücksichtigt und von der Wertung ausgeschlossen worden sein und dass die Antragsgegnerin beabsichtige, den Zuschlag am 04.06.2021 auf die Angebote der Beigeladenen zu 1 und 2 zu erteilen.

Am 11.06.2021 veröffentlichte die Antragsgegnerin schließlich eine Ex-Post-Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union über die Vergaben mit den Vergabebekanntmachungen 2021/S 112-292499 und 2021/S 112-292500.

Mit Schreiben vom 08.07.2021, eingegangen bei der Vergabekammer am selben Tag, stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, die Unwirksamkeit der Auftragsvergaben festzustellen und der Antragsgegnerin aufzugeben, die Aufträge zur Lieferung von Schnelltests in einem wettbewerblichen Verfahren neu zu vergeben. Sie beanstandete insbesondere die Wahl des Vergabeverfahrens im Wege der Dringlichkeitsvergabe. Die Antragsgegnerin habe bereits seit Anfang April 2021

zumindest 5 weitere Dringlichkeitsvergaben für die Lieferung von Schnelltests durchgeführt, bei denen Tests im Wert von mehr als 6.000.000 € beschafft worden seien. Es sei aber nicht nachgewiesen, dass diese Tests bereits verbraucht gewesen seien, sodass ein dringender Bedarf Anfang Juni 2021 nicht belegt sei. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin eine etwaige Dringlichkeit der Vergaben selbst zu vertreten, weil sie trotz Erkennbarkeit des Bedarfs spätestens ab März 2021 ein Vergabeverfahren erst am 02.06.2021 begonnen habe. Bei sachgerechter Bestandsüberwachung der Schnelltests und rechtzeitiger Bedarfsabfrage hätte die Antragsgegnerin einen etwaigen zum 09.06.2021 bestehenden Bedarf auch im Wege regulärer Vergabeverfahren befriedigen können. Die hier tatsächlich praktizierte kettenweise Vergabe von Lieferaufträgen sei offenkundig unzulässig.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 17.09.2021 als unbegründet zurück. Der Antrag sei zulässig, jedoch unbegründet, da die Voraussetzungen einer Dringlichkeitsvergabe gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorgelegen hätten. Die SARS-CoV-2-Pandemie sei als unvorhersehbares Ereignis in diesem Sinne anerkannt. Zwar habe diese Pandemie im Zeitpunkt der Beschaffung bereits so lange bestanden, dass die öffentliche Verwaltung grundsätzlich in der Lage gewesen sei, sich auf die Beschaffung von Gütern und Leistungen zu ihrer Bekämpfung einzustellen. Deren Erforderlichkeit sei für sich genommen im Juni 2021 nicht mehr unvorhersehbar gewesen. Maßgeblich sei jedoch, dass der tatsächliche Bedarf an Selbsttests im konkreten Zeitpunkt und die dem Bedarf zugrundeliegenden sachlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen Ereignisse gewesen seien, welche unvorhersehbar gewesen seien und auch die Dringlichkeit der Beschaffung verursacht hätten.

Der hier zugrundeliegende Bedarf an Selbsttests sei auch nicht schon bereits Anfang des Jahres 2021 vorhersehbar gewesen. Seinerzeit sei nicht absehbar gewesen, welches Hygienekonzept im weiteren Verlauf des Frühjahrs für den Schulbesuch von der Politik als notwendig erachtet werden würde und wie sich das Infektionsgeschehen entwickeln werde. Die erste Zulassung eines Laientests, die am 24.02.2021 erfolgt sei, sei ebenso wenig geeignet, den konkreten Bedarf aufzuzeigen. Auch der Zeitpunkt des Abschlusses eines ersten Liefervertrages über Selbsttests am 19.03.2021 sei nicht maßgeblich für eine Vorhersehbarkeit des Bedarfes, den die Antragsgegnerin mit den streitgegenständlichen Vergaben gedeckt habe. Dass solche Selbsttests auch für den Schulbesuch erforderlich sein würden, sei aufgrund damaliger Rechtslage nicht vorhersehbar gewesen.

Erstmals sei ein solcher Bedarf mit Beschluss des Senats vom 06.04.2021 vorzusehen gewesen, mit dem das Zutrittsverbot zu Schulen ohne negativen Testnachweis beschlossen worden sei. In der Folge habe die Antragsgegnerin bereits Selbsttests beschafft, um den Präsenzunterricht in den folgenden Wochen zu ermöglichen. Jedoch sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorhersehbar gewesen, dass Ende Mai erneut Bedarf an der Lieferung weiterer Tests bestehen werde und welche Eigenschaften diese Tests aufweisen müssten.

Auch der Umstand, dass bereits am 05.05.2021 eine Aufstockung des zur Finanzierung der Beschaffung in Anspruch genommenen „Bremen-Fond“ unter anderem mit der Begründung beantragt worden sei, dass auch für einen prognostizierten Finanzbedarf für Schnelltests die Aufstockung notwendig sei, belege nicht, dass in diesem Zeitpunkt ein konkreter Beschaffungsbedarf für die bremischen Schulen ab Anfang Juni bereits vorhersehbar gewesen sei. Aus der Beschlussvorlage für den Senat vom 12.05.2021 werde deutlich, dass seinerzeit noch erhebliche Unsicherheit darüber bestanden habe, wie hoch der Bedarf an Produkten zur Eindämmung der Pandemie für die folgenden Monate sein werde. Dies zeigten nicht zuletzt die dort angeregten umfangreichen Risikoaufläufe.

Mit Blick auf den für den 28.05.2021 erwarteten Finanzierungsbeschluss des Haushalts- und Finanzausschusses sei der tatsächliche Bedarf der Schulen für die Zeit bis zum Beginn der Sommerferien mit E-Mail-Nachrichten vom 28.05.2021 bzw. vom 31.05.2021 von den Bedarfsstellen gemeldet worden. Offenbleiben könne, ob ein effizienteres Erfassungssystem es ermöglicht hätte, diesen Bedarf früher zu erkennen, da die Zweckmäßigkeit vorgelagerten Verwaltungshandelns nicht Gegenstand der vergaberechtlichen Nachprüfung sei. Es sei insbesondere nicht Sache der Vergabekammer, darüber zu befinden, ob der öffentliche Auftraggeber bestimmte Formen der Bestandserfassung oder Mengenplanung vorsehe. Vielmehr liege es auch im Bereich der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers, zu bestimmen, welche Mengen er beschaffe. Ein vergaberechtlich relevantes Versäumnis könne nur dort vorliegen, wo der Auftraggeber eine Menge von Gütern oder Leistungen beschaffe, die offenkundig deutlich unter derjenigen Menge liege, für die ein festgestellter oder prognostizierter Bedarf bestehe, sodann ohne nachvollziehbaren Grund zu warten, bis die beschaffte Menge fast verbraucht sei, um schließlich im Rahmen einer Dringlichkeitsvergabe weitere gleichartige Güter oder Leistungen zu beschaffen. Ein solches Vorgehen sei hier aber nicht erkennbar. Denn vor Einleitung der Dringlichkeitsvergabe sei für die Antragsgegnerin nicht vorhersehbar gewesen, ob und

wie lange das Zutrittsverbot für ungetestete Personen an Schulen gelten werde, ob nicht aufgrund hoher Inzidenz der Präsenzunterricht wieder gänzlich entfallen werde oder ob nicht in naher Zukunft speziellere Tests entwickelt werden würden, die eine bessere Erfassung von Varianten des SARS-CoV-2-Virus erlaubten bzw. für Schüler besser geeignet seien. Es griffe unzulässig in die Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers ein, wenn man ihn verpflichten wollte, trotz der vorstehenden Unwägbarkeiten einen Vorrat zu beschaffen, nur um das Risiko späterer Dringlichkeitsvergaben auszuschließen.

Eine konkrete Dringlichkeit folge daraus, dass die zu beschaffenden Selbsttests zur Sicherstellung des Präsenzunterrichts an den bremischen Schulen erforderlich gewesen seien und eine Einhaltung der Mindestfristen für das offene oder das nicht offene Verfahren bzw. das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nicht möglich gewesen sei. Denn der Bedarf für Schnelltests ab dem 09.06.2021 sei erst Ende Mai bzw. Anfang Juni festgestellt worden. Selbst wenn man aber der Auffassung sein wollte, dass ein Bedarf für weitere Schnelltests bereits früher im Mai absehbar gewesen sei, so hätte das Vergabeverfahren frühestens am Tag nach der Bewilligung der notwendigen Mittel durch den Haushalts- und Finanzausschuss am 28.05.2021 begonnen werden können, weil erst mit Bewilligung der notwendigen Mittel die Vergabereife eingetreten sei. Selbst bei Ausnutzung aller Möglichkeiten zur Fristverkürzung hätte ein wettbewerbliches Vergabeverfahren jedoch mindestens 30 Tage in Anspruch genommen, sodass eine rechtzeitige Beschaffung auf diese Weise nicht möglich gewesen wäre. Da der Betrieb von Schulen im Präsenzunterricht ein hohes gesellschaftliches Gut darstelle, sei in dieser Konstellation auch eine Dringlichkeit im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV gegeben.

Zur Darlegung des Bedarfs am 09.06.2021 sei die Darstellung der Antragsgegnerin im Übrigen ausreichend. Nicht erforderlich sei es jedenfalls, dass die Beklagte nachprüfbar, konkret bezifferte Bestände zu bestimmten Zeitpunkten belege.

Die Gründe für die Dringlichkeit seien der Antragsgegnerin auch nicht zuzurechnen. Insbesondere sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin ohne nachvollziehbaren Grund mit der Beschaffung zugewartet habe. Die Befassung der politischen Institutionen des Landes sei ein Erfordernis gewesen, dass nicht zur Zurechenbarkeit der Dringlichkeit führe. Ebenso wenig sei der Antragsgegnerin ein vergaberechtlich relevanter Vorwurf daraus zu machen, dass sie nicht zu einem früheren Zeitpunkt einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Tests abgeschlossen habe. Denn der künftige

Bedarf sei in Ansehung der häufig auch kurzfristig geänderten Konzepte zur Durchführung von Präsenzunterricht in den Bremer Schulen nicht sicher zu ermitteln gewesen.

Gegen diesen Beschluss, der der Antragstellerin am 22.09.2021 zugestellt worden ist, wendet sich diese mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 06.10.2021, die am selben Tag bei Gericht eingegangen ist. Mit der sofortigen Beschwerde verfolgt sie ihr Begehren, die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Aufträge feststellen zu lassen, weiter, nicht aber auch die zunächst begehrte Verpflichtung der Antragsgegnerin zur erneuten Ausschreibung. Nach Hinweis des Senats begehrt sie hilfsweise die Feststellung, dass die Antragsgegnerin durch die Wahl der Verfahrensart die Rechte der Antragstellerin verletzt habe. Zu Unrecht habe die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer seien die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht gegeben, sodass die Aufträge gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam seien.

Bei der Auslegung der Voraussetzungen des §§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV sei stets zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um eine restriktiv auszulegende Ausnahme von den Regelverfahrensarten handle. Zu Unrecht nehme die Vergabekammer insbesondere die Unvorhersehbarkeit an. Insoweit komme es auf eine objektive Vorhersehbarkeit an. Das den Bedarf auslösende Ereignis in Form des Beschlusses des Bremer Senats vom 06.04.2021 über die Einführung der Testpflicht an den Schulen sei zum Zeitpunkt der Beschaffungsentscheidung schon seit knapp 2 Monaten bekannt gewesen, so dass ein Beschaffungsbedarf an zusätzlichen Tests ab dem 9. Juni 2021 bis zum Ende des Schuljahres spätestens seit diesem Zeitpunkt objektiv vorhersehbar gewesen wäre. Darüber hinaus sei der konkrete Beschaffungsbedarf bereits seit der ersten Zulassung eines Selbsttests, jedenfalls aber seit der ersten Auftragsvergabe über die Lieferung von Selbsttests durch die Antragsgegnerin erkennbar gewesen. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei objektiv absehbar gewesen, dass infolge der unmittelbar anstehenden Schulöffnung durchgängige Testungen in den Schulen erfolgen und entsprechende Selbsttests benötigt werden würden. Der hieraus resultierende Bedarf bis zum Schuljahresende sei auch berechenbar gewesen. Da sich die rechtlichen Rahmenbedingungen und auch die tatsächlichen Umstände seit dem 06.04.2021 bis zur Angebotsaufforderung am 02.06.2021 nicht geändert hätten, sei eine Grundlage für die Annahme, weshalb der Bedarf objektiv erst Anfang Juni bzw. Ende Mai erkennbar gewesen sei, nicht gegeben. Dies gelte auch für die

Hygienekonzepte für die Beschulung. Auch die sonstigen tatsächlichen Rahmenbedingungen für den konkreten Bedarf seien im fraglichen Zeitraum konstant gewesen. So sei die Anzahl der Schulen und der Schülerinnen und Schüler sowie der Lehrkräfte und Verwaltungspersonal seinerzeit bekannt gewesen, sodass der Bedarf durchgehend bis zum Ende des Schuljahres berechenbar gewesen sei.

Aus der Beschlussvorlage für die Aufstockung des Bremen-Fonds ergebe sich im Übrigen sehr wohl, dass der zusätzliche Bedarf bereits Anfang Mai bekannt gewesen sei. Zudem sei es sehr wohl erheblich, dass die Antragsgegnerin es unterlassen habe, ein Erfassungs- und Nachverfolgungssystem vorzusehen, um den Verbrauch der Tests im Blick zu behalten und nicht sehenden Auges in einen dringlichen Bedarf zu laufen.

Im Übrigen habe die Vergabekammer verkannt, dass es der Antragsgegnerin obliege, die Unvorhersehbarkeit des bedarfsauslösenden Ereignisses darzulegen. Der öffentliche Auftraggeber sei zudem gehalten, die Gründe für ein Abweichen von den Regalvergabeverfahren in der Vergabeakte zu dokumentieren. Hierzu zähle auch die Dokumentation der Ermittlung und Feststellung des Beschaffungsbedarfs. All dies fehle aber. Die Antragsgegnerin trage auch im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nicht vor, wann sie damit begonnen habe, den Bedarf der Schulen an Schnelltests, der sich angesichts des Senatsbeschlusses vom 06.04.2021 bis zum Schuljahresende im Juli 2021 ergebe, zu ermitteln. Schließlich lege die Antragsgegnerin auch nicht dar, anhand welcher Anhaltspunkte und vor allem wann sie überhaupt festgestellt haben wolle, dass der vorhandene Bestand ab dem 09.06.2021 nicht mehr ausreichen werde, um diesen Bedarf zu decken. Die daraus resultierende Unklarheit gehe aber zu ihren Lasten.

Zudem gehe die Vergabekammer zu Unrecht von dem Vorliegen dringender Gründe aus, die die Durchführung regulärer Vergabeverfahren bei verkürzten Fristen unmöglich gemacht hätten, denn nicht nur der Bedarf sei viel früher erkennbar gewesen, sondern auch ein Vergabeverfahren zu dessen Deckung hätte deutlich früher begonnen werden können und müssen. Dabei habe die Antragsgegnerin auch nicht auf den Abschluss des ohnehin zu langwierigen Verfahrens bis zum Erlass des Finanzierungsbeschlusses warten dürfen, sondern hätte bereits zuvor zur Meidung der Dringlichkeitsvergabe die Beschaffung zur Deckung des bereits erkennbaren Bedarfs beginnen müssen. Auch wenn eine Befassung der politischen Institutionen erforderlich erscheinen möge, so spiele dies aber vor den vergaberechtlichen Vorschriften und den zugrundeliegenden europäischen Richtlinien keine Rolle. Dass sich der Budgetierungsprozess durch die

Beteiligung verschiedener Gesetzgebung und Verwaltungsbehörden einen vollen Monat hingezogen habe, sei nicht geeignet, eine Dringlichkeit im Sinne des §§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV zu rechtfertigen. Es sei auch nicht ersichtlich, dass in diesem Verfahren Beschleunigungsmaßnahmen ergriffen worden seien.

Die Vergabekammer übergehe auch die Argumentation der Antragstellerin, dass die mehrfach nacheinander durchgeführten Dringlichkeitsvergaben jedenfalls in dieser Aneinanderreihung rechtsmissbräuchlich seien und einen eklatanten Verstoß gegen das Transparenz- und Wettbewerbsprinzip des Vergaberechts darstellten. Die Dringlichkeitsvergabe werde auf diese Weise nämlich nicht lediglich zur Überbrückung eines akuten Bedarfs, sondern zur Mittel- und langfristigen Beschaffung eingesetzt.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen vom 17.09.2021 aufzuheben und

1. festzustellen, dass der streitgegenständliche Auftrag vom 04.06.2021 über die Lieferung von 1.101.655 Antigen-Schnelltests (Vergabebekanntmachung 2021/S 112-292499 vom 11.06.2021) von Anfang an unwirksam ist,

2. festzustellen, dass der streitgegenständliche Auftrag vom 04.06.2021 über die Lieferung von 216.000 Antigen-Schnelltests (Vergabebekanntmachung 2011/S 112-292500 vom 11.06.2021) von Anfang an unwirksam ist,

hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Wahl der Verfahrensart in beiden Vergabeverfahren durch die Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt ist,

3. wiederum hilfsweise Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden,

4. höchst hilfsweise, den Beschluss der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen dahingehend abzuändern, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für nicht notwendig erklärt wird und die Antragstellerin die hierfür entstehenden Aufwendungen der Antragsgegnerin nicht zu tragen hat,

5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären und

6. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits als unzulässig hätte abgewiesen werden müssen.

Das Nachprüfungsverfahren habe sich dadurch erledigt, dass die Lieferaufträge vollständig erfüllt, die Gegenleistung von der Antragsgegnerin vollständig erbracht und alle beschafften Schnelltest – mittlerweile – vollständig verbraucht worden seien. In dieser Situation sei der primäre Rechtsschutz gerichtet auf erneute Ausschreibung, den § 135 GWB bieten wolle, nicht mehr zu erreichen, da der zu Grunde liegende Bedarf des öffentlichen Auftraggebers bereits vollständig und unumkehrbar gedeckt sei.

Im Übrigen habe die Vergabekammer zu Unrecht angenommen, dass ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin gegeben sei. Schon in zeitlicher Hinsicht sei das Vorgehen der Antragstellerin ungeeignet gewesen, eine neue Zuschlagschance zu erlangen. Schadensersatzansprüche kämen daneben offensichtlich nicht in Betracht. Ein Anspruch gerichtet auf das positive Interesse wegen entgangenen Gewinns scheidet bei Anträgen nach § 135 Abs. 1 GWB regelmäßig deshalb von vornherein aus, weil das Ergebnis einer auf diese Weise begehrten erneuten Ausschreibung naturgemäß offen sei. Ein Schadensersatzanspruch gerichtet auf Ersatz des negativen Interesses komme nicht in Betracht, weil die Antragstellerin zur Angebotsabgabe nicht aufgefordert worden sei und weil die Angebotserstellung und Abgabe per E-Mail keinen nennenswerten Aufwand ausgelöst habe.

Entgegen der Auffassung der Vergabekammer hätte die Antragstellerin zudem den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß in Form der unzulässigen Dringlichkeitsvergabe gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB bis spätestens zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber der Antragsgegnerin – und nicht erst wie geschehen am 06.06.2021 – rügen müssen.

Der Nachprüfungsantrag sei zudem von Anfang an verfristet gewesen. Die in § 135 Abs. 2 GWB geregelte Frist von 30 Kalendertagen, innerhalb derer die Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 GWB geltend zu machen sei, habe vorliegend bereits mit Zugang der E-Mail-Nachricht vom 04.06.2021 zu laufen begonnen.

Jedenfalls aber seien die Nachprüfungsanträge auch unbegründet. Der Ende Mai 2021 konkret festgestellte Bedarf habe im Wege der regulären Vergabe nicht rechtzeitig bis Anfang Juni 2021 gedeckt werden können, so dass eine Dringlichkeit vorliege. Auf die Frage der Vorhersehbarkeit bzw. darauf, ob dem öffentlichen Auftraggeber die Entstehung der Dringlichkeit zuzurechnen sind, komme es aber dann nicht an, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Sicherstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge oder an dem Schutz herausragender Rechtsgüter eine Dringlichkeitsvergabe rechtfertigten, das Ausbleiben der Beschaffung wegen der Durchführung der regulären Verfahren vor diesen Rechtsgütern also nicht rechtfertigungsfähig wäre.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, sei zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers darüber, welche Leistungen er nach Art und Umfang zur Aufgabenerfüllung anschaffe, seiner Beschaffungsautonomie unterfalle. Auch ein potenzieller Bedarf müsse sich hinreichend konkretisieren, um vergaberechtlich relevant zu sein, etwa durch Bedarfsmeldungen der Bezugsstellen.

Soweit die Antragstellerin der Antragsgegnerin anlaste, dass die Antragsgegnerin keine zentrale Verteillogistik für Pandemiebedarfe errichtet habe, falle auch diese Entscheidung in die Planungshoheit des Auftraggebers. Diesem stehe es frei, sich von vornherein dafür zu entscheiden, Lieferverträge derart zu schließen, dass dem Lieferanten abrufberechtigte Bezugsstellen benannt werden, an die die Waren direkt ausgeliefert würden, anstatt die zu beschaffenden Verbrauchsgüter zentral zu inventarisieren und selbst an die Bezugsstellen auszugeben.

Schließlich sei auch erst mit Sicherung der notwendigen Mittel Ende Mai 2021 eine Vergabereife eingetreten.

Eine Stellungnahme der Beigeladenen ist nicht erfolgt.

## II.

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin und Beschwerdeführerin ist zulässig.

Die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen vom 17.09.2021 ist statthaft, § 171 Abs. 1 S. 1 GWB. Die Antragstellerin ist als Beteiligte des Nachprüfungsverfahrens auch beschwerdebefugt, § 171 Abs. 1 S. 2 GWB, und durch die Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrages bereits formell beschwert. Die sofortige Beschwerde wurde zudem innerhalb der Notfrist des § 72 Abs. 1 GWB eingelegt und genügt den weiteren formalen Anforderungen des § 72 Abs. 2, Abs. 3 GWB.

2. Die sofortige Beschwerde erweist sich jedoch als unbegründet.

a) Der Nachprüfungsantrag erweist sich nur in Form eines Fortsetzungsfeststellungsantrages als zulässig.

aa) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – öffentlicher Auftrag, Überschreitung der Schwellenwerte, örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer – hat die Vergabekammer zu Recht als gegeben angesehen, ohne dass die sofortige Beschwerde hiergegen etwas erinnerte.

bb) Zu Recht hat die Vergabekammer auch angenommen, dass die Antragstellerin antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB ist.

Die begehrte Unwirksamkeitsfeststellung nach § 135 Abs. 1 GWB kann nach dieser Vorschrift nur in einem Nachprüfungsverfahren im Sinne der §§ 160 ff. GWB erfolgen, § 135 Abs. 1, 2. Hs. GWB. Ein solcher Antrag muss demnach – wie die Vergabekammer zutreffend ausführt – die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Nachprüfungsantrages erfüllen. Voraussetzung ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB, dass die Antragstellerin ein Unternehmen ist, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht; hierbei ist darzulegen, dass dem Unternehmen ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Vergabekammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass diese Voraussetzungen vorliegend gegeben sind.

(1) Ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag bedarf keiner näheren Darlegung, wenn es durch die Abgabe eines Angebotes belegt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131, Rn. 18, juris). So liegt es hier. Unbeachtlich ist insoweit die Frage, ob die von der Antragstellerin abgegebenen Angebote unwirksam waren, weil die als pdf-Datei eingereichten Angebote zwar sie selbst als Verfasserin auswiesen, die E-Mail-Nachrichten, mit denen diese pdf-Dateien

an die Antragsgegnerin übersandt wurden, jedoch im Namen der S. GmbH & Co. KG abgegeben worden waren. Mit der Übermittlung der pdf-Dateien ist das Interesse (auch) der Antragstellerin hinreichend dokumentiert.

(2) Die Antragstellerin macht auch die Verletzung einer bieterschützenden vergaberechtlichen Vorschrift geltend, indem sie eine Verletzung von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV rügt, die in der unzulässigen Wahl der Dringlichkeitsvergabe liege.

Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist die schlüssige Behauptung erforderlich und regelmäßig ausreichend, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlaufe des Vergabeverfahrens missachtet worden sein sollen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 – X ZB 7/04 –, BGHZ 159, 186, Rn. 21, juris; Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131, Rn. 20, juris). Die Behauptung, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens durch die Antragsgegnerin vergaberechtswidrig sei, stellt eine hinreichende Darlegung der Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB dar (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – X ZB 8/09 –, BGHZ 183, 95, Rn. 27, juris).

(3) Die Antragstellerin hat auch die Möglichkeit eines Schadenseintritts hinreichend dargelegt.

Ein drohender Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB ist bereits dargetan, wenn der Vortrag des Antragstellers ergibt, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. Ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können. Es genügt deshalb, wenn es nach dem Vorbringen des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Bieters möglich erscheint, dass er ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß den Bedarf, dessentwegen die Ausschreibung erfolgt ist, gegen Entgelt befriedigen kann. Das ist regelmäßig auch der Fall, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne weiteres durch Zuschlag beendet werden darf, und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt. Dass im Voraus nicht abzusehen ist, ob die darin liegende Chance eine realistische Aussicht darstellt, den Auftrag zu erhalten, und sich eine solche Chance keinesfalls zwangsläufig für den betreffenden Bieter aufzutun muss, ist unerheblich. Denn für eine Antragsbefugnis reicht schon die Möglichkeit einer Verschlechterung der Aussichten des den Nachprüfungsantrag stellenden Bieters infolge der Nichtbeachtung von

Vergabevorschriften aus (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – X ZB 8/09 – , BGHZ 183, 95, Rn. 32, juris).

Eine solche Möglichkeit der Verschlechterung der Aussichten der Antragstellerin, die auf der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorausgehenden Bieterwettbewerb einschließlich der sehr kurzen Angebotsfristen beruht, hat die Vergabekammer mit zutreffenden Erwägungen angenommen.

cc) Die Antragstellerin ist mit der Rüge der Wahl einer unzulässigen Vergabe im Dringlichkeitsverfahren auch nicht gemäß § 160 Abs. 3 GWB präkludiert.

Zwar ist der Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, Nr. 3 GWB unzulässig, wenn der Verstoß gegen Vergabevorschriften aufgrund der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar ist und der Antragsteller diesen Verstoß nicht gegenüber dem Auftraggeber innerhalb der Frist zur Bewerbung bzw. der Frist zur Abgabe von Angeboten gerügt hat. Jedoch regelt § 160 Abs. 3 S. 2 GWB, dass die vorstehenden Rügepflichten nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gelten.

Offenbleiben kann, ob die Vergabekammer zu Recht davon ausgegangen ist, dass diese Vorschrift auch im vorliegenden Fall eine Rügepflicht ausschließt. In der vergaberechtlichen Rechtsprechung wird demgegenüber allerdings die Auffassung vertreten, dass die Rügepflicht entgegen des Wortlautes des § 160 Abs. 3 S. 2 GWB auch bei Verfahren gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Auftragsvergabe wegen fehlender europaweiter Ausschreibung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB dann nicht entfalle, soweit der betreffende Antragsteller tatsächlich an dem Vergabeverfahren beteiligt worden (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 20. September 2011 – Verg W 11/11 –, Rn. 68, juris; OLG Rostock, Beschluss vom 20. November 2013 – 17 Verg 7/13 –, Rn. 43, juris; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 3. Aufl. 2017, GWB § 135 Rn. 34) oder ihm die geplante Vergabe ohne Ausschreibung durch Weitergabe der Vergabeunterlagen bekannt geworden sei (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – VII-Verg 67/11 –, Rn. 76 f., juris; so auch BeckOK VergabeR/Gabriel/Mertens, 23. Ed. 31.01.2021, GWB § 160 Rn. 209). Nach anderer Auffassung sei eine solche teleologische Einschränkung der Befreiung von der Rügepflicht nicht zulässig. Eine solche Gesetzesauslegung gegen dessen Wortlaut erschwere nicht nur in unverhältnismäßiger Weise den Zugang zu einem gesetzlich eröffnetem Rechtsschutzverfahren. Es fehle auch an einer unbeabsichtigten Regelungslücke und

damit an den allgemeinen Voraussetzungen für eine zulässige Analogie (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 15. November 2013 – 15 Verg 5/13 –, Rn. 93, juris).

Selbst wenn man aber der strengeren Auffassung folgen und annehmen wollte, dass eine Rügepflicht bei tatsächlicher Teilnahme des Beschwerdeführers an dem Dringlichkeitsverfahren fortbestehe, so setzte eine Rügepflicht jedoch im Übrigen voraus, dass der Verstoß gegen Vergabevorschriften aufgrund der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar ist. Daran fehlt es vorliegend.

Erkennbar sind Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften, die bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen von einem Bieter erkannt werden können (vgl. BeckOK VergabeR/Gabriel/Mertens, 23. Ed. 31.01.2021, GWB § 160 Rn. 159). Auch wenn § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV eine Dringlichkeitsvergabe nur in Ausnahmefällen gestattet, ist der Vergabeverstoß, der in der Wahl dieser Verfahrensart liegen soll, dem Bieter nur dann erkennbar, wenn er bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen hätte erkennen können, dass die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe tatsächlich nicht vorliegen. Vorliegend ist dies aber auch aus den Vergabeunterlagen nicht erkennbar. Die Antragsgegnerin hat in den Vergabeunterlagen die Verfahrenswahl nicht begründet. Entsprechend hat die Antragstellerin ihre Rüge der Dringlichkeitsvergabe vom 08.06.2021 nicht auf Umstände, die aus den Vergabeunterlagen ersichtlich gewesen wären, sondern nur darauf, dass die Ausschreibung unterblieben sei und dass bei Auswertung der europaweiten Bekanntmachungen auf der Plattform „TED“ erkennbar sei, dass es kurz zuvor bereits diverse Beschaffungen von Schnelltests im Wege weiterer Dringlichkeitsvergaben gegeben habe. Soweit sich eine Unzulässigkeit der Wahl eines Dringlichkeitsverfahrens auch daraus ergeben mag, dass ersichtlich keiner der gesetzlich geregelten Ausnahmefälle vorliegen könne (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 20. September 2011 – Verg W 11/11 –, Rn. 61 ff., juris), so greift dies vorliegend nicht. Dies war schon deshalb nicht offensichtlich, weil anerkannt ist, dass Beschaffungen zur Bekämpfung der SARS-CoV2-Pandemie Dringlichkeitsvergaben rechtfertigen können.

dd) Zu Recht geht die Vergabekammer außerdem davon aus, dass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig gestellt worden ist.

Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrages gemäß § 135 Abs. 1 GWB in einem Nachprüfungsverfahren ist gemäß § 135 Abs. 2 S. 1 GWB innerhalb von 30 Kalendertagen zu stellen, nachdem der öffentliche Auftraggeber den betroffenen Bieter über den Abschluss des Vertrages informiert hat. Dass in der E-Mail-

Nachricht der Antragsgegnerin vom 04.06.2021 jedoch keine solche Information über den Abschluss des Vertrages liegt, hat die Vergabekammer zutreffend angenommen.

Dabei kann auch die Frage offenbleiben, ob die Auffassung der Vergabekammer zutrifft, dass nur eine solche Information den Lauf der Frist des § 135 Abs. 2 S. 1 GWB auslöse, die inhaltlich einer Vorabinformation im Sinne des § 134 GWB entspreche. Dem Gesetzeswortlaut des § 135 Abs. 2 S. 1 GWB ist solche eine Vorgabe für Form oder ergänzenden Inhalt der den Fristenlauf auslösenden Mitteilung unmittelbar allerdings nicht zu entnehmen. Danach bedarf es nur der Information durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages. Ob es darüber hinaus der Wahrung der Anforderungen, wie § 134 GWB sie stellt, bedarf, ist dagegen umstritten (dafür Ziekow/Völlink/Braun, 4. Aufl. 2020, GWB § 135 Rn. 76 f.; dagegen Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 3. Aufl. 2017, GWB § 135 Rn. 62).

Allerdings verlangt eine europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift, dass dem unterlegenen Bieter zumindest eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe mitgeteilt wird (vgl. BeckOK VergabeR/Wirner, 23. Ed. 31.01.2021, GWB § 135 Rn. 71; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 3. Aufl. 2017, GWB § 135 Rn. 61; Ziekow/Völlink/Braun, 4. Aufl. 2020, GWB § 135 Rn. 84). Denn aus Art. 2f Abs. 1 der hier einschlägigen Richtlinie 89/665/EWG (Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33, zul. geänd. d. RL 2014/23/EU, ABl. Nr. L 94 vom 28. März 2014, S. 1) folgt, dass die Mitgliedstaaten vorsehen dürfen, dass ein Nachprüfungsantrag im Sinne des Art. 2d Abs. 1 (Unwirksamkeitsantrag) innerhalb einer Frist von 30 Kalendertagen gestellt werden muss. Aus Art. 2f Abs. 1 lit. b) RL 89/665/EWG folgt aber, dass als fristauslösendes Ereignis eine Information des öffentlichen Auftraggebers in Betracht kommt, sofern diese Information eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gem. Art. 55 Abs. 2 der RL 2014/24/EU enthält. Dort, in Art. 55 Abs. 2 der RL 2014/24/EU wird in lit. b) festgelegt, dass jeder nicht erfolgreiche Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes zu informieren ist.

An einer solchen Mitteilung der Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin fehlt es vorliegend. Der Hinweis, dass nicht näher benannte Eigenschaften des Produktes Grund für die Entscheidung sei, genügt insoweit jedenfalls nicht.

ee) Die in der Hauptsache gestellten Nachprüfungsanträge zu Ziffern 1. und 2. sind, soweit sie auf die Feststellung der Unwirksamkeit der beiden streitgegenständlichen Auftragsvergaben gerichtet sind, jedoch durch Eintritt einer Erledigung nach Entscheidung der Vergabekammer unzulässig geworden.

(1) Allerdings folgt dies nicht aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin den Zuschlag bereits erteilt hat, noch bevor die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag gestellt hat. Zwar ist ein Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 1 GWB grundsätzlich nur solange der statthafte Rechtsbehelf, wie ein Vergabeverfahren noch nicht durch einen wirksamen Zuschlag abgeschlossen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00 –, BGHZ 146, 202, Rn. 24 ff., juris). Das Nachprüfungsverfahren dient nur dazu, einem Bieter Rechtsschutz in einem laufenden Vergabeverfahren zu gewähren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Mai 2009 – VII-Verg 68/08 –, Rn. 63, juris; OLG Celle, Beschluss vom 04. Mai 2001 – 13 Verg 5/00 –, Rn. 30, juris). Sobald der Zuschlag aber wirksam erteilt ist und eine damit verbundene Rechtsverletzung des Bieters nicht mehr verhindert werden kann, können die Vergabekammern nicht mehr in zulässiger Weise angerufen werden. Die Entscheidung über etwaige Schadensersatzansprüche des Bieters obliegt dann allein den hierfür zuständigen Zivilgerichten (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00 –, BGHZ 146, 202, Rn. 25, juris). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch in den beiden § 135 Abs. 1 GWB (n.F.) genannten Fällen. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 135 Abs. 1 GWB folgt, dass der Bieter einen der beiden dort genannten Vergaberechtsverstöße mit dem Ziel der Feststellung der Unwirksamkeit eines – notwendig bereits erteilten – öffentlichen Auftrages in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen kann. § 135 Abs. 1 GWB regelt damit den Spezialfall der Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags trotz eines bereits erteilten Zuschlags (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. April 2017 – VII-Verg 38/16 –, Rn. 23, juris).

(2) Das Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrages nach § 135 Abs. 1 GWB entfällt aber auch dann, wenn der dem Auftrag zu Grunde liegende Beschaffungsbedarf unumkehrbar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – VII-Verg 1/18 –, Rn. 33, juris), wenn auch nicht vollständig, so doch in einem solchen Umfang gedeckt ist, dass eine anderweitige Vergabe nicht mehr in Betracht kommt (vgl. VK Bund, Beschluss vom 24. Juli 2007 – VK 2 – 69/07, Rn. 57, juris). Denn auch in einem solchen Fall kann das Ziel, das § 135 Abs. 1 GWB als Primärrechtsschutz bieten will, nicht mehr erreicht werden. Gesetzlich geregelte Rechtsfolge der Feststellung eines Verstoßes im Sinne des § 135 Abs. 1 GWB ist, dass der mit dem

zunächst erfolgreichen Bieter geschlossene Vertrag von Anfang an unwirksam ist. Dieser Vertrag ist rückabzuwickeln, ohne dass dies im Belieben des Auftraggebers stünde (vgl. Ziekow/Völlink/Braun, 4. Aufl. 2020, GWB § 135 Rn. 122). Der obsiegende Antragsteller hat zudem einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber bei Fortbestehen der Absicht der Beschaffung der in Rede stehenden Leistungen zur Auftragserteilung ein (neues) Vergabeverfahren nach §§ 97, 119 GWB unter Beachtung der Rechtsansichten der Vergabekammer oder des Vergabesenats durchführt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2015 – VII-Verg 34/15 –, juris [Tenor]; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22. Februar 2019 – 15 Verg 9/18 –, Rn. 40, juris; Ziekow/Völlink/Braun, 4. Aufl. 2020, GWB § 135 Rn. 127). Eine solche Verpflichtung zur erneuten Ausschreibung setzt aber voraus, dass der Beschaffungsbedarf noch nicht unumkehrbar befriedigt ist (vgl. auch Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 29. Januar 2013 – Verg W 8/12 –, Rn. 70, juris, wenngleich dort auf § 91a ZPO abgestellt wird). Wenn also der Auftraggeber die Leistung erhalten hat und sie auch nicht mehr herausgeben kann, sondern allenfalls Wertersatz schuldet, der Beschaffungsbedarf deshalb unumkehrbar erfüllt ist, so ist ein primärer Rechtsschutz, der aus Sicht des unterlegenen Bieters vor allem auf die erneute Ausschreibung gerichtet ist, nicht mehr erreichbar, so dass sich der ursprüngliche Nachprüfungsantrag in sonstiger Weise im Sinne des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB erledigt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – VII-Verg 1/18 –, Rn. 33, juris; Beschluss vom 30. Juni 2021 – VII-Verg 43/20, juris Rn. 23; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019 – 1 Verg 3/15 –, Rn. 119, juris; VK Bund, Beschluss vom 24. Juli 2007 – VK 2 – 69/07, juris Rn. 57; MüKoVergabeR I/Fett, 2. Aufl. 2018, GWB § 168 Rn. 60; Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 34).

ff) Auch in diesem Fall ist jedoch die Fortsetzung des Verfahrens gemäß §§ 178 S. 4, 168 Abs. 2 S. 2 GWB als Feststellungsantrag statthaft (vgl. vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – VII-Verg 1/18 –, Rn. 33, juris; Beschluss vom 30. Juni 2021 – VII-Verg 43/20, juris Rn. 23; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019 – 1 Verg 3/15 –, Rn. 123, juris). Diese Vorschrift billigt dem Bieter für den Fall, dass der Zuschlag erst nach Erhebung des Nachprüfungsantrages erteilt wird oder sich das Vergabeverfahren – wie hier – auf andere Weise erledigt, die Möglichkeit der Fortsetzung eines ursprünglich statthaften Nachprüfungsverfahrens zu, so dass etwaige im Nachprüfungsverfahren bereits

erarbeitete Ergebnisse erhalten bleiben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00 –, BGHZ 146, 202, Rn. 27, juris).

(1) Der ursprünglich gestellte Nachprüfungsantrag war – wie bereits dargelegt – statthaft. Offenbleiben kann insoweit, ob ein Nachprüfungsantrag gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrages dann von vornherein unstatthaft ist, wenn der dem Auftrag zu Grunde liegende Beschaffungsbedarf bereits vor Stellung des Nachprüfungsantrages unumkehrbar befriedigt ist. Dafür sprächen dieselben Erwägungen, die den Bundesgerichtshof zu der Annahme veranlasst hat, dass ein nach Zuschlagserteilung erhobener Nachprüfungsantrag unzulässig ist. Allerdings hat die Antragsgegnerin hier nicht hinreichend dargelegt, dass der Beschaffungsbedarf bereits bei Einlegung des Nachprüfungsantrages unumkehrbar erfüllt gewesen sei. Dies ist bei Lieferungen von Verbrauchsgütern selbst dann noch nicht der Fall, wenn der Auftragnehmer die Lieferverträge vollständig erfüllt hat, die Güter also an den öffentlichen Auftraggeber ausgeliefert worden sind. Solange bei Feststellung der Unwirksamkeit des Auftrages die gebotene Rückabwicklung des Liefervertrages zum Wiederaufleben des Beschaffungsbedarfes führen kann, ist der Nachprüfungsantrag, mit dem die unterbliebene europaweite Ausschreibung in einem Regelverfahren durch unrechtmäßige Wahl der Dringlichkeitsvergabe gerügt wird, noch nicht von vornherein unzulässig. Allenfalls ein Verbrauch der gelieferten Waren durch den öffentlichen Auftraggeber hätte zur Folge, dass eine unumkehrbare Erfüllung eingetreten wäre. Dass die Schnelltests am Tag der Einlegung des Nachprüfungsantrages, am 08.07.2021, bei der Antragsgegnerin vollständig – oder aber in einem ganz überwiegenden Umfang – verbraucht gewesen seien, hat die Antragsgegnerin aber nicht dargelegt.

(2) Ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag ist im Übrigen das Vorliegen eines Feststellungsinteresses (vgl. OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012 – Verg 8/12 –, Rn. 56, juris; Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 39). Nach wohl überwiegenden Auffassung gilt dies auch für den Fall einer Erledigung eines auf § 135 Abs. 1 GWB gestützten Hauptantrages (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – VII-Verg 1/18 –, Rn. 34, juris; Beschluss vom 30. Juni 2021 – VII-Verg 43/20, Rn. 23 f. juris; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019 – 1 Verg 3/15 –, Rn. 125, juris). Nach anderer Auffassung bedarf ein Unwirksamkeitsfeststellungsantrag auch bei fehlendem Anspruch auf erneute Ausschreibung wegen unumkehrbaren Wegfalls des Bedarfes keines besonderen Feststellungsinteresses. Der Antragsteller müsse nur nach

allgemeinen Grundsätzen antragsbefugt sein; hierfür reiche es aber aus, wenn der Antragsteller Rechtsschutz in Vorbereitung sekundären Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten vorbereite, zumal aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Unwirksamkeit die Geltendmachung in einem Nachprüfungsverfahren verlange, der Antragsteller also gezwungen sei, ein solches Nachprüfungsverfahren durchzuführen (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 09. Dezember 2020 – 17 Verg 4/20 –, Rn. 68, juris).

Die zuletzt genannte Auffassung vermag aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil der unterlegene Bieter keineswegs gezwungen ist, einen Verstoß im Sinne des § 135 Abs. 1 GWB in einem Nachprüfungsverfahren geltend zu machen (vgl. BeckOK VergabeR/Wirner, 23. Ed. 31.01.2021, GWB § 179 Rn. 25). Außerhalb der Bindungswirkung des § 179 GWB sind die Zivilgerichte vielmehr selbst dafür zuständig, Rechtsverstöße gegen das Vergaberecht als Grundlage für einen Amtshaftungsanspruch festzustellen; nur wenn ein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden hat, entsteht die Bindungswirkung. Selbst wenn der Bieter einen erkannten Vergaberechtsverstoß nicht innerhalb der Fristen des § 160 Abs. 3 GWB geltend macht und deshalb mit einem Nachprüfungsantrag ausgeschlossen ist, hindert dies die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor den Zivilgerichten nicht (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 – X ZR 86/17 –, Rn. 29 ff., juris; Urteil vom 17. September 2019 – X ZR 124/18 –, Rn. 16 f., juris). Im Gegenteil wäre es mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz unvereinbar, Schadenersatzklagen von der vorherigen Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes in einem Nachprüfungsverfahren – und damit auch von der Einhaltung der dort geltenden Fristen – abhängig zu machen (vgl. EuGH, Urteil vom 26. November 2015 – C-166/14 –, Rn. 35 ff., juris; Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 3. Aufl. 2017, GWB § 135 Rn. 89).

Letztlich muss diese Frage aber nicht abschließend entschieden werden, denn der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin erweist sich auch dann als zulässig, wenn man ein gesondertes Feststellungsinteresse verlangte.

Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennenden Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Mai 2009 – VII-Verg 68/08 –, Rn. 126, juris; Beschluss vom 30. Juni 2021 – VII-Verg 43/20, Rn. 24, juris; OLG München, Beschluss vom 19.

Juli 2012 – Verg 8/12 –, Rn. 56, juris; Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 39). Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere dann gegeben sein, wenn der Feststellungsantrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Mai 2009 – VII-Verg 68/08 –, Rn. 126, juris; Beschluss vom 30. Juni 2021 – VII-Verg 43/20, Rn. 24, juris; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012 – Verg 8/12 –, Rn. 56, juris; Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 39; BeckOK VergabeR/Prell, 23. Ed. 31.1.2022, GWB § 168 Rn. 53). Eine beabsichtigte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen begründet ein Feststellungsinteresse allerdings dann nicht, wenn ein Schadensersatzverlangen erkennbar aussichtslos ist (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 08. Dezember 2005 – 13 Verg 2/05 –, Rn. 21, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Juni 2021 – VII-Verg 43/20, Rn. 28, juris).

Ausgehend hiervon wird es zwar angezweifelt, ob ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse mit der Vorbereitung eines Schadensersatzanspruches der Antragstellerin gerechtfertigt werden, der auf den Ersatz des positiven Interesses zielte. Denn ein solcher Anspruch setzte voraus, dass der Antragsteller den Nachweis führen kann, dass er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Auftrag erlangt hätte (vgl. Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 3. Aufl. 2017, GWB § 135 Rn. 89). Der Nachweis eines solchen Schadens im Zivilprozess erscheint aber keineswegs als von vornherein aussichtslos, wenn der Bieter – wie hier die Antragstellerin zumindest hinsichtlich eines der beiden Aufträge – tatsächlich das niedrigste Angebot abgegeben hat und den Auftraggeber im Zivilverfahren möglicherweise auch sekundäre Darlegungslasten treffen könnten. Im Übrigen gebietet der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes insoweit Zurückhaltung, zumal es nicht Aufgabe der Vergabekammern und der nachgeordneten Vergabesenate ist, über das Vorliegen von Schadensersatzansprüchen zu entscheiden und der unterlegene Bieter auch nicht gehalten ist, einen Schadensersatzanspruch im Nachprüfungsverfahren schlüssig darzulegen.

Jedenfalls ist ein Schadensersatzanspruch der Antragstellerin nach § 181 GWB nicht von vornherein ausgeschlossen. Es mag unsicher sein, ob es der Antragstellerin insoweit gelingen kann, darzulegen, dass der geltend gemachte Vergabeverstoß dazu geführt hat, dass der Antragstellerin eine echte Chance auf Erlangung des Zuschlages genommen wurde, weil der von der Antragstellerin angebotene Schnelltest nach Auffassung der Antragsgegnerin für den vorgesehenen Einsatz an Schulen mangels Zulassung für Kinder jünger als 7 Jahren nicht geeignet gewesen sei und weil der

angebotene Test unter Mithilfe eines Erwachsenen durchzuführen sei. Die Antragsgegnerin hat diese Eigenschaften aber nicht als Kriterium formuliert, so dass zumindest zweifelhaft erscheint, ob mit diesem Argument die offenkundige Aussichtslosigkeit des Schadensersatzbegehrens festgestellt werden könnte.

Hinzu kommt schließlich, dass auch ein Anspruch aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo in Betracht kommt; man mag bezweifeln, ob ein solcher Anspruch dort in Rede stehen kann, wo ein Bieter eigeninitiativ in einem Verhandlungsverfahren ein Angebot abgegeben hat, da es insoweit an einem vorvertraglichen Schuldverhältnis fehlen könnte. Ob aber die Antragstellerin sich durch die Aufforderung der Antragsgegnerin, die an den Geschäftsführer der Antragstellerin gerichtet war, zur Angebotsabgabe aufgefordert fühlen durfte, zumal wenn die Wahl des Verhandlungsverfahrens rechtswidrig gewesen sein sollte, dürfte von den Zivilgerichten zu entscheiden sein.

b) Der Nachprüfungsantrag in der Fassung des hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrages erweist sich jedoch als unbegründet.

Gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftrag ohne vorherige europaweite Ausschreibung vergeben wurde, ohne dass dies gesetzlich gestattet ist. Eine solche gesetzliche Grundlage für eine Auftragsvergabe ohne vorherige Ausschreibung findet sich in § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV.

aa) Ausgehend von dem Gesetzeswortlaut müssen äußerst dringliche, zwingende Gründe vorliegen, die es nicht zulassen, die Mindestfristen der regulären Vergabeverfahren einzuhalten.

(1) Bereits die Wortwahl der Vorschrift lässt erkennen, dass insoweit hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 58; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Dieckmann, 3. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn. 71). Wegen der den Wettbewerb zwischen den Bietern einschränkenden Wirkungen handelt es sich bei § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV um eine Ausnahmvorschrift, deren Tatbestandsvoraussetzungen eng auszulegen sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Oktober 2008 – VII-Verg 46/08 –, Rn. 37, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 68, juris).

Als zwingende und äußerst dringliche Gründe kommen Situationen in Betracht, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht für den Fall, dass ein reguläres Vergabeverfahren

durchgeführt wird. Als dringliche und zwingende Gründe kommen akute Gefahrensituationen und höhere Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Schäden der Allgemeinheit ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 29. Oktober 2009 – 13 Verg 8/09 –, Rn. 63, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 71, juris). Dabei kommen allerdings nicht nur akute Gefahren für Leib und Leben in Betracht (vgl. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Dieckmann, 3. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn. 71; Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 62). Insoweit sind die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts einerseits und die vergaberechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines wettbewerblichen und transparenten Vergabeverfahrens andererseits gegeneinander abzuwägen (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 69, juris; Beck VergabeR/Dörn, 3. Aufl. 2019, VgV § 14 Rn. 47). Das Merkmal der äußersten Dringlichkeit wird ausgefüllt durch den Verweis auf die Mindestfristen, die in Verfahren mit einer europaweiten Auftragsbekanntmachung vorgeschrieben sind. Der Grad der Dringlichkeit muss demgemäß so hoch sein, dass selbst die auf ein zulässiges Maß verkürzten Teilnahme- und Angebotsfristen zu lang sind, um den Beschaffungsbedarf rechtzeitig zu decken (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 73, juris; Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 63).

(2) Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben. Bei Beginn der Ausschreibung, am 02.06.2021, lagen zwingende, dringliche Gründe vor, die eine Vergabe der Aufträge zur Beschaffung der Laien-Schnelltests im Rahmen regulärer Vergabeverfahren auch bei verkürzten Fristen nicht zuließen.

Zu diesem Zeitpunkt drohte nach Darstellung der Antragsgegnerin, dass die bisher beschafften Schnelltests, die für Laien zugelassen sind und daher an den bremischen Schulen zum Einsatz kamen, binnen einer Woche ausgehen würden. Folge wäre gewesen, dass ein Präsenzunterricht bis zum Ende des Schuljahres am 28.07.2021 nicht, zumindest nicht uneingeschränkt hätte aufrechterhalten werden können, da dieser nach Maßgabe der 24. bremischen Corona-Verordnung voraussetzte, dass Schüler und Lehrkräfte alle 3 Tage durch einen Selbsttest sicherstellen, dass eine Infektion nicht vorliegt. Selbst wenn man berücksichtigt, dass das Betretensverbot aus § 17 Abs. 4 der 24. Corona-Verordnung der Freien Hansestadt Bremen nur griff, wenn ausreichende Schnelltests vorhanden sind, drohte zumindest im Ergebnis eine Einschränkung des Präsenzunterrichtes. Denn soweit die notwendige Anzahl an

Schnelltests nicht zur Verfügung gestanden hätte, um die Anforderungen aus § 17 Abs. 4 der 24. Corona-Verordnung erfüllen zu können, wäre zwar das Betretensverbot nicht durchzusetzen gewesen, aber die Senatorin für Bildung und Kinder hätte sich gehalten gesehen, die fortbestehende Infektionsgefahr auf andere Weise abzuwenden. Dies hätte aber die ernstliche Gefahr begründet, dass der Präsenzunterricht hätte eingeschränkt werden müssen.

Eine solche Beeinträchtigung des Bildungsauftrages des Staates rechtfertigt die Durchführung einer Dringlichkeitsvergabe. Die staatliche Schulpflicht und der begleitende Anspruch der Schüler auf Schulbildung ist ein hohes Gut, dessen Schutz die Einschränkung des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge tragen kann. Die Schulbildung in einem Distanzunterricht ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht annähernd so gleichwertig, dass der Beschaffungsbedarf nicht dringlich gewesen wäre. Berücksichtigt man, dass der Präsenzunterricht bereits im Jahr 2020 in erheblichem Umfang eingeschränkt werden musste und dies erhebliche nachteilige Folgen für die Schüler sowohl mit Blick auf ihre Bildung als auch im sozialen Bereich nach sich zog, konnte das von der Antragsgegnerin im Jahr 2021 verfolgte Ziel, einen Präsenzunterricht mit allen erdenklichen Mitteln aufrechtzuerhalten, ohne Weiteres herangezogen werden, um Dringlichkeitsvergaben auch mit ihren nachteiligen Wirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Bietern und den einhergehenden Beschränkungen der Möglichkeit für interessierte Unternehmen, sich an einem solchen Vergabeverfahren zu beteiligen, zu rechtfertigen. Die auf Gleichbehandlung ausgerichteten, aber letztlich wirtschaftlichen Interessen der Bieter und das haushalterische Interesse an einer möglichst kostengünstigen Beschaffung sind gegenüber dem Interesse der Schüler, Schulunterricht in unbeeinträchtigter Form zu erhalten, nachrangig.

Soweit die Antragstellerin in Abrede stellt, dass zum 09.06.2021 eine Einschränkung der Versorgung der Schulen drohte und sich die Vergabekammer insoweit mit der pauschalen Behauptung der Antragsgegnerin zufriedengegeben hat, dass die Schulen diesen zeitlichen Rahmen so genannt hätten, erscheint dies allerdings nicht ganz frei von Zweifeln. Auch auf Nachfrage des Senats konnte die Antragsgegnerin keine konkreteren Angaben dazu machen, welche Schulen wann angekündigt haben, dass ihre Vorräte an Schnelltests zur Neige gingen. Sie hat auch nichts dazu vorgetragen, welche Abrufkontingente aus den vorangegangenen Beschaffungen unmittelbar vor dem Beginn des Dringlichkeitsverfahrens bei den bisherigen Lieferanten noch bestanden haben. Allerdings hat die Antragsgegnerin dargelegt, dass sie die

beschafften Tests nicht selbst in Empfang nehmen, inventarisieren und an die verschiedenen Stellen herausgeben, sondern dass sie die diversen Bezugsstellen im Land ermächtigt, selbständig Tests von den Lieferanten abzurufen. Ein solches Vorgehen bringt es mit sich, dass sich die Antragsgegnerin durch ihre zentrale Beschaffungsstelle nicht ohne Weiteres einen tagesaktuellen Überblick über den noch vorhandenen Bestand an verfügbaren Schnelltests verschaffen kann; dies erschwert es der Antragsgegnerin auch, im Nachprüfungsverfahren konkrete Angaben zum damals vorhandenen Bestand zu machen, vor allem, wenn sie, wie hier geschehen, den Bestand nicht selbst bei den einzelnen Schulen ermittelt, sondern von den Schulbehörden (insoweit zentral) erfragt. Berücksichtigt man, dass die Schulen angewiesen worden sind, Vorräte allenfalls für einen Zeitraum von 2 Wochen anzulegen und dass die Schulen bereits am 09.06.2021 begonnen haben, Schnelltests aus den neu beschafften Kontingenten abzurufen, ist die Feststellung gerechtfertigt, dass im Zeitpunkt der Ausschreibung am 04.06.2021 jedenfalls ein erheblicher Mangel an Schnelltests gedroht hätte, wenn die Antragsgegnerin zu diesem Zeitpunkt in ein reguläres Vergabeverfahren eingetreten wäre. Insoweit bleibt zu berücksichtigen, dass die Durchführung eines offenen Vergabeverfahrens selbst bei Abkürzung der Angebotsfristen im Rahmen der gesetzlich zulässigen Grenzen üblicherweise einen Zeitraum von rund 6 Wochen benötigt (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 78, juris). In Ansehung des Umstandes, dass die bremischen Schulen am 31.05.2021 ihren Bedarf nur für die kommenden knapp 2 Monate bis zum Beginn der Sommerferien am 22.07.2021 auf rund 1.216.000 Schnelltest beziffert haben, liegt auch auf der Hand, dass bei Durchführung eines regulären Vergabeverfahrens, das erst etwa am 16.07.2021 hätte abgeschlossen werden können, der Schulbetrieb bis dahin in Präsenzunterricht mit regelmäßigen Schnelltests nicht hätte aufrechterhalten werden können.

bb) Hinzu kommen muss ferner, dass die Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen steht, die der öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen konnte. Zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen muss zudem ein Kausalzusammenhang bestehen (vgl. EuGH, Urteil vom 28. März 1996 – Rs. C-318/94, NVwZ 1997, 373, Rn. 14). Schließlich folgt aus § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, dass die Umstände, aus denen sich die besondere Dringlichkeit ergibt, dem Auftraggeber nicht zurechenbar sein dürfen.

(1) Unvorhersehbar sind Ereignisse, mit denen bei objektiver Betrachtung nicht gerechnet werden konnte, der künftige Beschaffungsbedarf aus objektiver Sichtweise

also nicht frühzeitig erkennbar war (vgl. Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 60).

Dies ist hier der Fall. Die Dringlichkeit steht in Zusammenhang und wurde hervorgerufen durch die Corona-Pandemie sowie durch die Entwicklung neuer Instrumente zu deren Eindämmung.

Die Corona-Pandemie für sich genommen stellt nach allgemeiner Ansicht ein unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis dar, das zu kurzfristigen Beschaffungsbedarfen führen kann (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 09. Dezember 2020 – 17 Verg 4/20 –, Rn. 79, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 70, juris; Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV § 14 Rn. 62; Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation, ABl. Nr. C 108 vom 01. April 2020, S. 1). Aufträge zur Deckung des Bedarfs im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie betreffen oftmals Ereignisse, die der öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen konnte und für die eine zwingende Dringlichkeit ohne die Möglichkeit zur Einhaltung der allgemeinen Fristen bestehen kann, wobei jedoch stets der Einzelfall konkret zu prüfen ist (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 70, juris).

Die Vergabekammer hat aus zutreffenden Gründen angenommen, dass auch im vorliegenden Fall ein unvorhersehbares Ereignis die Dringlichkeit begründet hat. Dabei hat die Vergabekammer zu Recht darauf hingewiesen, dass auch wenn die Pandemie bereits ein Jahr zuvor entstanden war, im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beschaffungen bzw. im Zeitpunkt des Beschlusses des Senats der Freien Hansestadt Bremen am 06.04.2021 der weitere Verlauf der Pandemie nicht vorhersehbar war. Die Entwicklung der Inzidenzzahlen war seinerzeit keineswegs sicher vorauszusehen. Ihre Erfassung litt von Anfang an unter der Schwierigkeit, dass sie von einem Zeitverzug geprägt ist und dadurch die Gefahr entsteht, dass der Beginn eines exponentiellen Anstiegs der Infektionszahlen zu spät erkannt wird. Die Höhe der Inzidenzzahlen wurde nicht zuletzt vom Verhalten der Bevölkerung beeinflusst – wie etwa einer Reisetätigkeit während der Schulferien –, das als solches nur in Grenzen vorhersehbar ist. Auch das – von vornherein auch befürchtete – Auftreten von Mutationen des Virus sorgte dafür, dass der Verlauf der Pandemie unvorhersehbar blieb.

Hinzu kommt für den vorliegenden Fall, dass auch die wissenschaftlichen Erkenntnisse zu den Möglichkeiten der Eindämmung der Pandemie sich stetig wandelten. Insoweit entstand zu Beginn des Jahres 2021 erstmals – und als solches ebenfalls unvorhersehbar – die Möglichkeit, die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV2-Virus anhand von Laienschnelltests zu beobachten und so das Infektionsgeschehen besser beherrschbar zu machen. Nach Entwicklung von Schnelltests begann die Entwicklung von Laintests, deren Zulassung den Behörden ein vollständig neues Instrument zur Beobachtung des Pandemiegeschehens gab und als solches weitergehende Öffnungsschritte erwägenswert werden ließ. Auch wenn man davon ausgeht, dass sich die Verfügbarkeit solcher Laienschnelltests bereits Ende Januar 2021 abgezeichnet haben sollte (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 2022 – Verg 7/21 –, Rn. 76, juris), so erfolgte eine Zulassung solcher Schnelltests zur Anwendung durch Laien erstmals Ende Februar 2021. Erst mit dieser Zulassung stand fest, dass ein neues Instrument zur Verfügung stand, um die Verbreitung von Infektionen zumindest in gewissen Grenzen zeitnah erfassen zu können.

Diese Entwicklung neuer Instrumente zur Eindämmung des Infektionsgeschehens begründet wiederum ein unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis, auf dem die Dringlichkeit beruht.

(2) Der notwendige Kausalzusammenhang zwischen unvorhersehbarem Ereignis und Dringlichkeit besteht auch für die am 02.06.2021 in Angriff genommene Vergabe der beiden streitgegenständlichen Lieferaufträge. Die in diesem Zeitpunkt bestehende Dringlichkeit war der Antragsgegnerin auch nicht zuzurechnen.

α) Die Frage, wann die Dringlichkeit dem Auftraggeber zuzurechnen ist (was zugleich auch den vom EuGH geforderten Kausalzusammenhang entfallen lassen dürfte), ist mit Blick auf den Zweck der Vorschrift und mit Rücksicht auf den Einzelfall zu entscheiden.

Die Einschränkungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV verfolgen den Zweck, zu vermeiden, dass ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Verzögerung bei der Einleitung des Vergabeverfahrens die Anwendbarkeit der wenig wettbewerblichen freihändigen Vergabe selbst herbeiführen kann (vgl. VK Niedersachsen Beschl. v. 03. Februar 2012 – VgK-01/2012, BeckRS 2012, 211554 Rn. 42, beck-online zu dem seinerzeit geltenden, weitgehend gleichlautenden § 3 Abs. 5 lit. g) VOL/A; ähnlich Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV § 14 Rn. 74), ohne dass es hierbei auf ein Verschulden ankäme (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. Januar 2014 – 11 Verg

15/13 –, Rn. 49, juris). Bei der Beurteilung der insoweit maßgeblichen Frage, ob der öffentliche Auftraggeber die Dringlichkeit selbst verursacht hat und deshalb eine Einschränkung der wettbewerblichen Auftragsvergabe nicht mehr gerechtfertigt ist, ist aber auch der Beschaffungshoheit des Staates hinreichend Rechnung zu tragen. Der öffentliche Auftraggeber ist bei der Frage, welche Güter er zu welchem Zweck beschafft, vergaberechtlichen Bindungen nicht unterworfen (vgl. OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2008 – Verg 10/08 –, Rn. 32, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01. August 2012, VII Verg 10/12 - juris Rn. 41). Die Wahl unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012 – VII-Verg 10/12 –, Rn. 41, juris; OLG Karlsruhe Beschluss vom 04. Dezember 2013 – 15 Verg 9/13, BeckRS 2014, 7327). Entsprechend haben die Bieter zwar einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 7 GWB), aber nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014 – X ZB 18/13 –, Rn. 20, juris). Diese Grundsätze sind auch bei Beurteilung der Frage zu berücksichtigen, ob der Auftraggeber die Dringlichkeit einer Beschaffung selbst verursacht hat. Der Auftraggeber ist einerseits frei darin, darüber zu entscheiden, wann er eine bestimmte Leistung am Markt erwerben will, er ist aber nicht frei in der Entscheidung, ob er dies im Wege der Dringlichkeitsentscheidung vornimmt. Diesem Spannungsverhältnis wird der von der Vergabekammer angelegte Maßstab gerecht, wonach erst ein Hinauszögern eines festgestellten oder offenkundigen Bedarfes ohne sachlichen Grund die Erforderlichkeit einer Dringlichkeitsvergabe beseitigt.

β) Ausgehend hiervon ist auch die am 02.06.2021 bestehende Dringlichkeit der Antragsgegnerin nicht zurechenbar, da ein sachwidriges Hinauszögern der Beschaffungsentscheidung nicht ersichtlich ist.

Zutreffend ist die Vergabekammer zunächst davon ausgegangen, dass der Bedarf zur Beschaffung von Schnelltests zum flächendeckenden zwingenden Einsatz in Schulen dem Grunde nach erst am 06.04.2021 feststand. Auch wenn sich die Zulassung von Laienschnelltests bereits zu Beginn des Jahres 2021 abgezeichnet haben sollte, bedurfte es nach der Zulassung solcher Tests der Entscheidung des hierzu verfassungsmäßig berufenen Senats der Freien Hansestadt Bremen, in welcher Weise die sich eröffnende Möglichkeit des Einsatzes von Laienschnelltests für Hygienekonzepte genutzt werden kann und soll. Die Frage, ob ein Instrument wie die

regelmäßige und verpflichtende Nutzung von Laienschnelltests im Schulbetrieb eine hinreichende Wirksamkeit für das Beherrschen der Corona-Pandemie verspricht, ob diese Wirksamkeit in Ansehung der aktuellen Inzidenzzahlen, der Impfquote, der Hospitalisierungsrate und –gefahr und der bei einer Infektion drohenden Gesundheitsgefahren für Schüler, Lehrer und in der Folge weiterer Kontaktpersonen es als vertretbar erscheinen lässt, den Präsenzunterricht aufrechtzuerhalten, obwohl dieser eine erhebliche Verbreitungsquelle darstellt, stellt eine komplexe Abwägungsentscheidung dar, die die hierzu verfassungsmäßig berufenen Organe des Staates zu treffen haben. Diesen steht es insoweit auch frei, festzulegen, aufgrund welcher Informationsgrundlage und welcher Beratungstiefe die Entscheidung getroffen wird. Die Frage, ob der Staat diese den Bedarf definierende Entscheidung rechtzeitig oder schnell genug getroffen hat, entzieht sich daher der vergaberechtlichen Beurteilung. Soweit die Freie Hansestadt Bremen vorliegend in weniger als 2 Monaten nach erster Zulassung der Schnelltests die Entscheidung getroffen hatte, diese Schnelltests in ihrem Schulhygienekonzept auf breiter Ebene einzusetzen, ist ein Hinauszögern ohnehin nicht im Ansatz erkennbar.

Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin nicht sogleich, in der Folge des 06.04.2021, eine Beschaffung von Schnelltests in einem regulären, abgekürzten Vergabeverfahren durch Vergabe eines Rahmenauftrages vornahm, um den Bedarf der Schulen bis zum Beginn der Sommerferien abzudecken, steht der Annahme der Dringlichkeit bzw. einer fehlenden Zurechenbarkeit der Dringlichkeit – wie auch die Vergabekammer zutreffend festgestellt hat – nicht entgegen.

Allerdings kann der Umstand, dass der Auftraggeber mit der Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens mehrere Monate zuwartet, der Annahme einer Dringlichkeit der Auftragsvergabe entgegenstehen (vgl. auch etwa EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009 – Rs. C-275/08 (Kommission/Deutschland), EuZW 2009, 858, Rn. 70 ff.). Ebenso kann eine planerische Vorhersehbarkeit und die Notwendigkeit einer vorausschauenden Lagerhaltung ein – insbesondere wiederholtes – Berufen auf Dringlichkeitsvergaben auch im Zusammenhang mit der SARS-CoV2-Pandemie hindern (vgl. MüKoEuWettbR/Fett, 4. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn. 101).

Der Vortrag der Antragstellerin, die Antragsgegnerin hätte den Bedarf der Schulen an Schnelltests bis zum Beginn der Schulsommerferien bereits viel früher ermitteln und in ein Vergabeverfahren in regulärer Form überführen können, ist demgemäß nicht von vornherein unerheblich. Denn träfe es zu, dass der mit den Auftragsvergaben vom

04.06.2021 befriedigte Bedarf bereits rund 2 Monate zuvor, am 06.04.2021 hinreichend sicher absehbar gewesen wäre und bei sachgerechter Bedarfsplanung und Aufgabenerfüllung auch bereits zu diesem Zeitpunkt mit der Beschaffung hätte begonnen werden müssen, hätte die Beschaffung auch bei Berücksichtigung einer notwendigen Vorbereitungszeit bei Abkürzung der Angebotsfristen und unter Einberechnung einer gewissen Zeit zur Angebotswertung und der notwendigen Stillhaltefristen rund 6 Wochen später, mithin bis zum 20.05.2021 abgeschlossen werden können. Soweit die Antragsgegnerin ohne sachlichen Grund eine solche rechtzeitige Beschaffung unterlassen haben sollte, könnte sie sich daher nicht mehr auf die dann von ihr selbst herbeigeführte Dringlichkeit berufen.

Die Vergabekammer hat aber aus zutreffenden – vielschichtigen – Gründen ein solches die Zurechenbarkeit der Dringlichkeit begründendes Hinauszögern ohne sachlichen Grund verneint.

Zunächst kann bereits nicht festgestellt werden, dass der konkrete Bedarf, der sich aus der Senatsentscheidung vom 06.04.2021 ergab, der Höhe nach seinerzeit bereits hinreichend sicher bezifferbar gewesen ist. Zwar ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin ab dem 06.04.2021 absehen konnte, dass es Bedarf für Schnelltests in einem Umfang geben würde, um eine Testung aller Schüler und Lehrkräfte zwei Mal pro Woche zu ermöglichen. Nachdem am 06.04.2021 die 24. Corona-Verordnung des Landes Bremen eine mittelbare Testpflicht für Schulen einführte und die bremische Senatorin für Kinder und Bildung am 07.04.2021 festlegte, dass nach Ende der Osterferien der Schulbetrieb ab dem 19.04.2021 in Präsenzunterricht mit verpflichtenden Selbsttest fortgesetzt werden sollte, stand das Schulhygienekonzept in seinen Grundzügen fest, welches den hier in Rede stehenden Beschaffungsbedarf begründete. Jedoch hätte eine Veränderung der Inzidenzwerte, die nicht sicher vorauszusehen war, durchaus kurzfristige Maßnahmen wie Schulschließungen erforderlich machen können, was den Bedarf an Schnelltests beseitigt hätte. Aber auch der Umfang von notwendigen Quarantänemaßnahmen in der betreffenden Zeit mit Blick auf einzelne Schüler, Klassen oder Kohorten war unsicher, so dass der Bedarf der Schulen auch bei Aufrechterhaltung des Präsenzbetriebes in einer weiterhin volatilen Situation Schwankungen unterlag.

Ermittelbar war in dieser Situation allenfalls das Höchstmaß der von den Schulen benötigten Tests. Zu Recht ist die Vergabekammer aber davon ausgegangen, dass es in der konkreten Situation nicht geboten gewesen ist, bereits im April 2021 den

gesamten Höchstbedarf bis zum Beginn der Sommerferien sogleich zu decken. Denn die Antragsgegnerin durfte konzedieren, dass sich auch die Zulassung der Schnelltests in der Entwicklung befand. Insbesondere die Zulassung von Tests mit anderen Abstrichtechniken, die für den Einsatz bei jungen Schülern von erheblicher Relevanz sind, war zu erwarten, so dass sich der öffentliche Auftraggeber durchaus die Möglichkeit offenhalten durfte, neu zugelassene Produkte rasch beschaffen und einsetzen zu können. Der Umstand, dass ein solches Vorgehen neue Dringlichkeitsbeschaffungen absehbar werden ließ, steht dem keineswegs von vornherein entgegen. In Ansehung des Gewichtes der zu erfüllenden Aufgabe in einer sich stetig wandelnden Pandemiesituation und des Bestehens von Sachgründen für dieses Vorgehen ist die damit einhergehende Einschränkung der wettbewerblichen Vergabe bei Abwägung der widerstreitenden Belange zumindest vertretbar. Zutreffend weist die Vergabekammer darauf hin, dass es keinesfalls gerechtfertigt wäre, den Handlungsspielraum des Staates in der weiterhin volatilen Pandemiesituation einzuschränken und ihm zu verwehren, sich die Möglichkeit offen zu halten, auf künftige neue Entwicklungen rasch zu reagieren, nur um einen weitergehenden Wettbewerb bei der Vergabe der in Rede stehenden öffentlichen Aufträge zu sichern.

Dasselbe gilt, soweit seinerzeit nicht sicher absehbar war, ob die zu beschaffenden Tests auch geeignet wären, künftige Mutationen des SARS-CoV2-Virus mit ausreichender Sensitivität zu entdecken. Auch dieser Umstand ließ ein Vorgehen im Wege der sukzessiven Beschaffung kleinerer Teilmengen als vertretbar erscheinen, selbst wenn hierdurch die künftige Notwendigkeit weiterer Dringlichkeitsvergaben begründet wird.

Auch der Umstand, dass der Antragsgegnerin wegen fehlender Logistik und Inventarisierung der Schnelltests eine zuverlässige Bedarfsermittlung zu einem früheren Zeitpunkt zumindest erschwert war, ist nach der zutreffenden Auffassung der Vergabekammer nicht geeignet, um der Antragsgegnerin das Berufen auf die Dringlichkeit am 02.06.2021 zu versagen. Die Frage der Zweckmäßigkeit der staatlichen Aufgabenerfüllung ist durch das Vergabeverfahrensrecht nicht vorgegeben. Es obliegt vielmehr der Entscheidung des Staates, auf welche Weise er die Erfüllung seiner Aufgaben organisiert. Zwar können Defizite in der Organisation des Ablaufs der Aufgabenerfüllung, die eine längerfristige Planung hindern und deshalb die Dringlichkeit auch mehrmals eintreten lassen, durchaus Umstände sein, die dem Auftraggeber zurechenbar sind und es ihm gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV verwehren können, sich auf eine Dringlichkeit zu berufen (vgl. MüKoEuWettbR/Fett, 4. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn.

101). Auch wenn die Zweckmäßigkeit der Art und Weise der staatlichen Aufgabenerfüllung nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein mag, so kann es dem Staat durchaus verwehrt sein, sich auf eine Dringlichkeit zu berufen, wenn er diese sehenden Auges und ohne Not entstehen lässt, obwohl sie durch sachgerechte Planung abwendbar wäre. Auch hier ist aber die Beschaffungshoheit und die Organisationshoheit des Staates zu berücksichtigen. Vergaberechtliche Erheblichkeit kann ein etwaiges Planungsdefizit wiederum nur dort erreichen, wo die konkrete Ausgestaltung der Auftragserfüllung mit ihren erkennbaren Auswirkungen auf Vergabeverfahren nicht mehr durch Sachgründe gerechtfertigt werden kann oder wo sie gar missbräuchlich erfolgte, um die Entstehung von Dringlichkeiten bewusst mit dem Ziel in Kauf zu nehmen, um sich den Bindungen in regulären Vergabeverfahren zu entziehen.

Ein solch missbräuchliches Vorgehen ist nicht ersichtlich. Die Organisation der Verwaltung der Bestände der Schnelltests weist auch keine solchen Defizite auf, die durch Sachgründe nicht mehr gerechtfertigt werden könnten.

Die Antragsgegnerin hat die – auch bereits zuvor in erheblicher Zahl – beschafften Schnelltests, die sowohl in Schulen (seinerzeit zunächst auf freiwilliger Basis) als auch in anderen Behörden zum Einsatz kamen, zunächst nicht zentral inventarisiert und verteilt, sondern die Behörden und mit ihnen die Schulen zum direkten Abruf der Tests bei den Lieferanten ermächtigt, verbunden mit der Vorgabe, Vorräte nur für einen Zeitraum von höchstens 2 Wochen anzulegen. Diese Organisation brachte es zwangsläufig mit sich, dass sich die Antragsgegnerin keinen durchgängigen unmittelbaren Überblick verschaffen konnte, binnen welcher Zeit die Gesamtzahl der zum Abruf berechtigten Stellen die beschafften Schnelltests aufbrauchen und wann erneute Einkäufe erforderlich werden. Diese gewählte Organisation war aber nach Darstellung der Beklagten darauf gerichtet, sicherzustellen, dass die beschafften Schnelltests den einzelnen Behörden möglichst rasch und ohne aufwendigen Verwaltungsvorlauf zur Verfügung gestellt werden konnten. Zudem erscheint es jedenfalls in der damaligen Situation, in der alle mit der Pandemiebekämpfung befassten Behörden in hohem Maße ausgelastet waren, zumindest sachlich vertretbar, den mit dem Aufbau einer zentralen Logistik verbundenen Aufwand zunächst zurückzustellen, um die Sicherung der primären Aufgabenerfüllung in den Vordergrund zu stellen. Dies gilt auch, soweit hierdurch die Entstehung der Notwendigkeit erneuter Dringlichkeitsbeschaffungen bei zur Neige gehenden Vorräten begünstigt worden sein sollte. Die gewählte Organisation, den Behörden die Aufgabe zu übertragen,

Schnelltests nach eigenem Bedarf abzurufen, war jedenfalls zu Beginn des Einsatzes dieser Tests in der fortbestehenden Pandemiesituation von Sachgründen getragen.

Insgesamt stellt sich daher das Vorgehen der Antragsgegnerin, Schnelltests trotz ihrer wichtigen Funktion bei der Aufrechterhaltung des Schulbetriebes – und auch zahlreicher anderer öffentlicher Aufgaben – zunächst nur sukzessive und „auf Sicht“ bei zur Neige gehenden Vorräten und dann notgedrungen in Dringlichkeitsvergaben zu beschaffen, zumindest in dem hier gegebenen Umfang als von Sachgründen getragen dar, so dass kein vergaberechtlich relevantes Hinauszögern einer Beschaffungsentscheidung vorliegt, das es der Antragsgegnerin verwehrte, sich auf die am 02.06.2021 entstandene Dringlichkeit zu berufen.

Angesichts dessen kommt dem Vorwurf der „Kettendringlichkeitsvergabe“ auch keine weitergehende Bedeutung zu.

(3) Soweit die Antragstellerin daneben anführt, dass sich aus den Antragsunterlagen zur Erhöhung des Budgetrahmens ergebe, dass die Antragsgegnerin den konkreten Bedarf an Schnelltests entgegen ihrer Darstellung bereits Anfang Mai tatsächlich gekannt habe, ist dieses Vorbringen nicht von Belang. Denn der benannte Antrag stützt sich auf die bloße Hochrechnung bisheriger finanzieller Aufwendungen. Eine solche Begründung eines beantragten Finanzierungsrahmens lässt keine weitergehende Kenntnis konkreter Bedarfe erkennen.

(4) Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob die Dringlichkeitsvergaben wegen des mit ihnen verfolgten Zwecks selbst im Fall einer etwaigen Zurechenbarkeit der die Dringlichkeit begründenden Umstände zulässig sein könnte. Insoweit erscheint es aus Sicht des Senats nicht frei von Zweifeln, ob der insoweit in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung in jeder Hinsicht gefolgt werden kann, wonach Dringlichkeitsvergaben zur Abwendung einer unmittelbaren Gefährdung bedeutender Rechtsgüter, wie etwa Leib und Leben und hohe Vermögenswerte, selbst dann gerechtfertigt sein können, wenn die Gründe für die besondere Dringlichkeit dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen sind (vgl. Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 Rn. 64 m.w.N.). Zwar spricht einiges dafür, dass auch in einem solchen Fall der Schutz der Rechtsgüter, die mit der Beschaffung bewahrt werden sollen, der Gewährung von Primärrechtsschutz in Form der Feststellung der Unwirksamkeit der vergebenen öffentlichen Aufträge entgegenstehen kann. Dies schließt es aber keineswegs von vornherein aus, dem unterlegenen Bieter Schadensersatzansprüche zuzubilligen.

c) Die sofortige Beschwerde erweist sich auch als unbegründet, soweit sie sich gegen die Entscheidung der Vergabekammer wendet, wonach die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch die Antragsgegnerin erforderlich gewesen ist.

aa) Gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG bestimmt die Vergabekammer auch, ob die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes notwendig war, mit der Folge, dass die entsprechenden Aufwendungen im Rahmen der Kostenerstattung vom Kostenschuldner zu ersetzen sind, § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

Über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden. Hierfür können neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände in der Person des Beteiligten bestimmend sein (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131, Rn. 61, juris).

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch den öffentlichen Auftraggeber ist jedenfalls in einfach gelagerten Fällen nicht notwendig (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 15. Juli 2003 – 6 Verg 6/03 –, Rn. 4, juris). Dabei sind tatsächliche auftragsbezogene Fragen aus Sicht des Auftraggebers eher als einfach anzusehen (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 15. Juli 2003 – 6 Verg 6/03 –, Rn. 5, juris). Gegen eine Erforderlichkeit kann auch sprechen, dass lediglich auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen auf Grundlage geklärter Rechtsgrundsätze in Rede stehen, deren Beantwortung genuine Aufgabe einer jeden Vergabestelle ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2008 – Verg 6/08 –, Rn. 13, juris; OLG Celle, Beschluss vom 19. März 2019 – 13 Verg 7/18 –, Rn. 118, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2020 – Verg 38/18 –, Rn. 40, juris). Das Hinzutreten weiterer, nicht nur einfach gelagerter Rechtsfragen spricht dagegen eher für die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes auch durch den öffentlichen Auftraggeber, wobei auch der typische Zeitdruck in Nachprüfungsverfahren und zumindest ergänzend der Gesichtspunkt einer prozessualen Waffengleichheit eine Hinzuziehung als gerechtfertigt erscheinen lassen können (vgl. OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2008 – Verg 6/08 –, Rn. 13, juris). Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass schon die Wahrnehmung der Interessen des öffentlichen Auftraggebers im gerichtsähnlich ausgestalteten Nachprüfungsverfahren, das enge Fristen und teils komplexe rechtliche Vorgaben –

wenn auch zumeist für den die Nachprüfung begehrenden Bieter – vorsieht und der Vergabekammer die Aufgabe zumisst, ohne an Anträge gebunden zu sein auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinzuwirken, im Einzelfall erhebliche Anforderungen stellen kann, die eine Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes als erforderlich erscheinen lassen können (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 15. Juli 2003 – 6 Verg 6/03 –, Rn. 7, juris).

Gemessen hieran ist es nicht zu beanstanden, dass die Vergabekammer hier die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes angenommen hat. Es geht zwar mit der Wahl des Vergabeverfahrens um eine in jedem Vergabeverfahren zu fällende Entscheidung. Zudem hat die Antragsgegnerin auch nicht vorgetragen, dass die von ihr herangezogene Vergabestelle nicht über die notwendige personelle Ausstattung verfüge, um sich in einem Nachprüfungsverfahren selbst zu verteidigen. Jedoch stehen im vorliegenden Fall nicht lediglich einfach gelagerte und in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärte, sondern komplexe Rechtsfragen sowohl in Bezug auf die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens als auch mit Blick auf die Grenzen einer Dringlichkeitsvergabe in Rede, die die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch die Vergabestelle als erforderlich erscheinen lassen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 S. 2, S. 1 GWB. Den Beigeladenen im Beschwerdeverfahren ggf. entstandene Kosten hat die Antragstellerin dagegen nicht zu tragen. Eine anderslautende Entscheidung entspräche nicht der Billigkeit, da die Beigeladenen sich am Beschwerdeverfahren nicht mehr aktiv beteiligt haben (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Mai 2019 – Verg 60/18 –, Rn. 9, juris).

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 50 Abs. 2 GKG.

gez. Dr. Pellegrino

gez. Dr. Kunte

gez. Dr. Kramer