

UPDATE VERGABERECHT

WETTBEWERBSPRINZIP AUCH BEI NOTVERGABEN ZU BEACHTEN!

OLG Rostock, Beschluss vom 09.12.2020, 17 Verg 4/20

Anbieter (A) bat am 15.03.2020 dem zuständigen Gesundheitsministerium (G) an, anlasslose Corona-Massentests bei Bewohnern und Mitarbeitern von Alten- und Pflegeheimen durchzuführen. Am 24.04.2020 bat Anbieter (B) dem G die gleiche Leistung an. Ohne förmliches Verfahren und Einholung anderer Vergleichsangebote schloss G mit A am 07.05.2020 einen Vertrag über die besagte Leistung ab. Nachdem einer Rüge des B gegen die Direktvergabe an A nicht abgeholfen und sein Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde, legte B sofortige Beschwerde ein.

Mit Erfolg! Eine Direktvergabe gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV ohne jeden Wettbewerb habe nicht erfolgen dürfen. Der angegriffene Vertrag sei gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Der Tatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV sei zwar erfüllt. Denn ein Vergabeverfahren nach § 119 Abs. 2 Satz 1 GWB i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 1 VgV sei unter Einschluss der notwendigen Zeitspanne für die Vorbereitung der Ausschreibung und die Wertung sowie der Wartefrist nach § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB selbst bei maximaler Abkürzung nicht mehr möglich gewesen. Das gänzliche Absehen von Wettbewerb sei jedoch ermessensfehlerhaft. Die Einschränkung des Wettbewerbs müsse verhältnismäßig, insbesondere erforderlich sein. Grundsätzlich sei deshalb so viel Wettbewerb wie möglich zu schaffen. In der Regel seien daher mehrere Angebote einzuholen; die Direktansprache dürfe sich nicht auf nur einen Anbieter beschränken. Ein völliger Verzicht auf Wettbewerb komme nur in Betracht, sofern die Schaffung von Wettbewerb objektiv nicht machbar sei. Ein solcher Extremfall habe hier jedoch nicht vorgelegen.

Bedeutung für die Praxis

Auftraggeber müssen selbst bei kurzfristig auszulösenden Aufträgen von höchster Bedeutung, wie die Beschaffung von Leistungen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, darauf achten, dass sie ihr Ermessen fehlerfrei ausüben. Dabei kann sich herausstellen, dass auch bei derartigen Aufträgen ein Mindestmaß an Wettbewerb sichergestellt werden muss. Bemerkenswert ist, dass das OLG Rostock im Falle einer Direktvergabe von SPNV-Leistungen nach Art. 5 Abs. 5 der VO 1370/2007 in dem Verzicht auf einen Wettbewerb – anders als im hiesigen Verfahren – keine Ermessensfehler gesehen hat (Beschluss vom 30.10.2019, 17 Verg 5/19). Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 sieht indes Direktvergaben ausdrücklich vor, während § 14 Abs. 4 VgV die Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ermöglicht. Diese Verfahren rechtfertigen einen vollständigen Verzicht auf jeglichen Wettbewerb aber nur in eng umrissenen Ausnahmen.