

Leitsätze:

1. Anders als die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers wirkt seine Aufhebungsentscheidung nicht als absolute, den Primärrechtsschutz ausschließende Zäsur, so dass die Aufhebungsentscheidung einer Kontrolle im Nachprüfungsverfahren unterzogen werden kann.
2. Als Feststellungsinteresse genügt jedes anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Ast in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Es ist jedenfalls gegeben, wenn die Feststellung zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dient und ein solcher Prozess mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist und nicht offenbar aussichtslos erscheint.
3. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekammer – anders als im Fall, in dem die Unwirksamkeit eines Zuschlags gerügt wird – streitig über die Frage, ob ein Zuschlag wirksam zustande gekommen ist, zu befinden.
4. Bieter müssen die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie vergaberechtlich zulässig und daher von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist grundsätzlich nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, auch wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist. Die vergaberechtlichen Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, grundsätzlich nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens.
5. Gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat. Anerkannt ist, dass die Änderung erst nach Einleitung des Vergabeverfahrens, d.h. nach Bekanntmachung, eingetreten sein darf. Zudem ist anerkannt, dass die Änderungen zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens nicht vorhersehbar gewesen sein durften. Dies gilt insbesondere für die Änderung des definierten Beschaffungsbedarfs.
6. Nach § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV ist die Entscheidung über die Aufhebung in das Ermessen der VSt gestellt, da die Vorschrift zur Aufhebung berechtigt, jedoch nicht verpflichtet. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung, die nachvollziehbar dokumentiert sein muss, sind die betroffenen Interessen in eine Abwägung einzustellen. Neben den Interessen des Auftraggebers sind daher insbesondere auch die Interessen der Bieter in die Abwägung mit einzubeziehen.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
**(Antragstellerin - ASt)**

.....  
**Bevollmächtigte**  
.....  
**(Vergabestelle - VSt)**

**Dienstleistungsauftrag** *Errichtung und Betrieb einer Corona-Teststation* .....  
**Vergabeverfahren:** *Offenes Verfahren*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung am 06.07.2022 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Es wird festgestellt, dass die ASt durch die Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten verletzt ist.
2. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt und der VSt tragen die ASt und die VSt je zur Hälfte.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt und die VSt war notwendig.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxx schrieb die VSt den Auftrag zur Errichtung und zum Betrieb einer Corona-Teststation ..... aus. Vorgesehen war ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.

Hierzu teilte die VSt der ASt mit Schreiben vom 11.04.2022 mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden müsse. Maßgeblich hierfür seien verschiedene Vergaberechtsverstöße der VSt, insbesondere bei der Auswertung der eingegangenen Teilnahmeanträge und der Bekanntgabe der Eignungskriterien.

#### **2.**

Mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx schrieb die VSt die Errichtung und den Betrieb einer Corona-Teststation ..... im offenen Verfahren aus. Nach Ziffer II.4 der Bekanntmachung umfasst der Auftrag die Errichtung und den Betrieb eines Testzentrums mittels einer mobilen und einer nicht mobilen Teststation ..... Als Betriebszeit ist vorgesehen: 01.06.-03.09.2022. Als Zuschlagskriterium wurde der Preis festgesetzt. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 11.05.2022 festgesetzt.

#### **3.**

Nach der Leistungsbeschreibung war Ende der Zuschlagsfrist der 23.05.2022. Weiter wurde in der Leistungsbeschreibung festgelegt, dass mittels der Ausschreibung geeignete, zuverlässige und fachkundige Unternehmen mit der Einrichtung und dem Betrieb eines Testzentrums ..... zur Durchführung der Testungen für ca. 800 Mitarbeiter beauftragt werden sollen. Aufgrund der hohen Bekanntheit und medialen Präsenz habe der störungsfreie und sichere Ablauf des ..... und der ..... größte Bedeutung. Die Sicherheit von Mitarbeitenden und Gästen trage erheblich dazu bei, dass die ..... als weltweit herausragendes ..... wahrgenommen werden. Mit dem Testzentrum solle das Risiko eines Covid-19-Infektionsgeschehens auf dem Betriebsgelände auf ein Minimum reduziert werden und die Risiken eines Ausfalls ..... oder ..... möglichst geringgehalten werden. Zum Begriff der höheren Gewalt heißt es: „Sollte durch höhere Gewalt die Durchführung der ..... unmöglich sein, so entfallen die beiderseits eingegangenen Verpflichtungen, soweit die Leistung des Dienstleisters noch nicht erbracht ist. Gleiches gilt, wenn die Leistungserbringung des Dienstleisters aufgrund höherer Gewalt unmöglich wird, soweit die Leistung des Dienstleisters noch nicht erbracht ist. Höhere Gewalt bedeutet das Eintreten eines Ereignisses oder Umstands, dass bzw. der außerhalb der zumutbaren Kontrolle der

Parteien liegt, zum Vertragsabschluss nicht in zumutbarer Weise vorhersehbar war und dessen Auswirkungen von den Parteien nicht in zumutbarer Weise hätte vermieden oder überwunden werden können.“ Weiter heißt es, dass zu Spitzenzeiten mit bis zu 750 Testungen pro Tag zu rechnen sei. Insgesamt könne im Rahmen der ..... mit bis zu 55.000 Testungen gerechnet werden, wobei noch definiert werde, ob es sich um PCR-Tests oder Antigen-Schnelltests handeln werde. Regelmäßig müssten mindestens zwei Teststraßen vorgesehen werden. Weiter wird ausgeführt, dass zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eine Rahmenvereinbarung über die zu erbringenden Leistungen geschlossen wird. Es sei der Erstellung der Vergabeunterlagen eine sorgfältige Vorermittlung über den Beschaffungsbedarf vorausgegangen. Die in der Leistungsbeschreibung (Anlage B2) angegebenen Mengen seien jedoch lediglich Erfahrungswerte und würden die geschätzte Abnahmemenge nebst Höchstmenge darstellen. Eine Mindestabnahmemenge könne nur garantiert werden, soweit es sich um einmalige Leistungen handele, die tatsächlich zu erzielenden Mengen hingen letztlich vom konkreten Beschaffungsbedarf im Vertragszeitraum ab.

#### **4.**

In den Bewerbungsbedingungen hat die ASt einen Terminplan für das Verfahren veröffentlicht, wobei sie sich Änderungen am Terminplan ausdrücklich vorbehalten hat. Danach sei die Zuschlagserteilung am 23.05.2022 geplant gewesen, Änderungen des Terminplans sollten den Bietern kurzfristig mitgeteilt werden. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die Bieter keinen Anspruch auf die Einhaltung dieses Terminplans haben würden.

#### **5.**

Die in den Vergabeunterlagen befindliche Rahmenvereinbarung trifft Regelungen zur vorzeitigen Vertragsbeendigung. Es sind beide Parteien zur fristlosen Kündigung der Rahmenvereinbarung und von Einzelaufträgen berechtigt, wenn und soweit Ihnen den Umständen nach eine Fortsetzung des jeweiligen Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. Ein wichtiger Grund liege für den Auftraggeber insbesondere dann vor, wenn der Auftragnehmer die wesentlichen Leistungsanforderungen im Laufe des Vertragszeitraums nicht mehr erfüllt (§ 11). In § 2 ist ausgeführt, dass sich die Rechte und Pflichten der Parteien u.A. aus dem Zuschlagsschreiben des Auftraggebers bestimmen. Zum Leistungsumfang ist in § 3 geregelt, dass der Auftraggeber nach den durchgeführten Vorermittlungen von einem in der Leistungsbeschreibung (Anlage B2) ausgewiesenen Auftragsvolumen ausgeht, der Auftragnehmer jedoch keinerlei Ansprüche hinsichtlich etwaiger Einzelaufträge mit Ausnahme der in der Leistungsbeschreibung gekennzeichneten

einmaligen Leistungen, einer bestimmten Anzahl an Einzelaufträgen oder eines bestimmten Gesamtauftragsvolumens geltend machen könne.

**6.**

Die ASt hat ihr Angebot am 11.05.2022 abgegeben. Daneben wurden vier weitere Angebote abgegeben. Die Angebote wurden am 11.05.2022 geöffnet. Die ASt hat das viertgünstigste Angebot abgegeben. Die Angebote der drei Bieter mit günstigeren Angeboten wurden unter Berufung auf Zweifel an der Eignung im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit ausgeschlossen.

**7.**

Am 25.05.2022 hat die ASt (..... Herr .....) unter dem Betreff „Start Testcenter 7.6.“ von der VSt (..... Herr .....) folgende E-Mail erhalten:

*„Lieber Herr .....,*

*der 7.6. als Starttermin ist hiermit nochmals bestätigt.*

*Viele Grüße, ..... .....*“

**8.**

Mit Ablauf des 25.05.2022 ist die SARS-CoV-Arbeitsschutzverordnung (Corona-Arb-SchV), wie vorgesehen, außer Kraft getreten.

**9.**

Mit E-Mail der Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 01.06.2022 an die VSt brachten diese zum Ausdruck, dass nach Auffassung der ASt der Zuschlag erteilt sei und der Vertrag zustande gekommen sei, spätestens mit der bezeichneten E-Mail der VSt vom 25.05.2022.

**10.**

Mit Schreiben vom (01.06.2022) hat die VSt gegenüber allen Bietern die Aufhebung des gegenständlichen Vergabeverfahrens erklärt. Zur Begründung wurde auf veränderte arbeitsschutzrechtliche Rahmenbedingungen verwiesen – die angepassten Leitlinien der Verwaltungsberufsgenossenschaft vom 25.05.2022 sähen die tägliche Testung der Mitarbeiter nicht mehr zwingend vor. Es haben sich daraus neue Vorgaben für die Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs in der weiteren Folge des Vergabeverfahrens manifestiert.

Hierin liege ein Aufhebungsgrund nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV, hilfsweise ein schwerwiegender Grund nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV vor. Auf die Auftragsvergabe solle nunmehr völlig verzichtet werden.

Im zugehörigen, nicht namentlich gekennzeichneten Vermerk der VSt wurde dies mit den angepassten Leitlinien der Verwaltungsberufsgenossenschaft vom 25.05.2022 begründet. Mit dem hiermit ausgesprochenen Verzicht auf eine Testpflicht hätten sich neue gesetzliche Vorgaben für die Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs in der weiteren Folge des Vergabeverfahrens manifestiert. Damit ließe sich der Wegfall einer wesentlichen Grundlage des Vergabeverfahrens gem. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV vertreten, die von der VSt aufgrund des sich ändernden Infektionsgeschehens nicht vorhersehbar war und der VSt somit auch nicht zugerechnet werden dürfe. Diese Erwägungen ließen es als nachvollziehbar erscheinen, aufgrund der zwischenzeitlichen Änderungen des Bedarfs an COVID-19-Testmaßnahmen im Wege einer Bestandsaufnahme einen Wegfall des Beschaffungsbedarfs festzustellen. Mit in die Überlegung gehe auch ein, die ursprünglich vorgesehenen Haushaltsmittel (teilweise) für andere Aufgaben zu verwenden.

#### **11.**

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 02.06.2022 erwiderte die VSt der ASt, es sei zu keinem Zeitpunkt ein Zuschlag bzw. ein Vertragsschluss erfolgt. Denn der VSt sei bewusst, dass Sie den Zuschlag angesichts der Information der unterlegenen Bieter gem. § 134 GWB mit Schreiben vom 17.05.2022 zu dem Zeitpunkt des Versands der bezeichneten E-Mail vom 25.05.2022 noch gar nicht habe erteilen dürfen. Die bezeichnete E-Mail betreffe nur die Frage der Verschiebung des Starttermins – im Fall des Zuschlags – und bedeute nicht den Zuschlag selbst. Diese Deutung werde dadurch untermauert, dass eine Zuschlagserteilung von beiden Geschäftsführern in einem gesonderten Schreiben erfolgt. Weiter wurde höchstvorsorglich die fristlose Kündigung eines eventuell entstandenen Vertragsverhältnisses, hilfsweise die Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt, unter Verweis auf § 11 der Rahmenvereinbarung, ausgesprochen. Diese Kündigung wurde mit Schreiben der VSt vom 02.06.2022 auch selbst gegenüber der ASt erklärt. Das Schreiben trägt zwei Unterschriften, die allerdings nicht bezeichnet sind, offenbar die Unterschrift der ..... und eines Prokuristen (Unterschriftenzusatz ppa.).

#### **12.**

Hierauf rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt mit Schreiben vom 07.06.2022 die Vergaberechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung sowie die Unwirksamkeit der Kün-

digung (wegen Fehlens einer speziellen Kündigungsvollmacht). Die behauptete Vergaberechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung wurde umfassend und mit der auch dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Argumentation begründet.

Im Übrigen wurde insbesondere ausgeführt, dass der eingetretene Schaden und der entgangene Gewinn durch die Aufhebung der Ausschreibung erheblich seien. Der entgangene Gewinn liege schätzungsweise bei mindestens xxx.000 €. Ein Schadensersatzanspruch werde geltend gemacht (unter Verweis auf BGH, U.v. 08.12.2020, XIII ZR 19/19; VK Lüneburg, B. v. 06.10.2020, VgK 33/2020; *Gröning*, NZBau 2021, 233).

Weiter wurde – Stützung des Vortrags weiterbestehender bzw. drohender neuer Infektionsgefahren – ein entsprechender Beitrag von der Seite des Bürgerbeauftragten der Bayerischen Staatsregierung) zitiert. Auch die Verwaltungsberufsgenossenschaft gehe weiter von der Möglichkeit betrieblicher Infektionsausbrüche aus.

Das Rügeschreiben blieb unbeantwortet.

### 13.

Mit Schreiben vom 08.06.2022 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt einen Antrag auf Nachprüfung mit folgenden Anträgen:

1. Ein Nachprüfungsverfahren wird gem. § 160 Abs. 1 GWB gegen die rechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens „Deutschland-.....: Dienstleistungen des Gesundheitswesens, 2022/S xxx-xxxxx, Errichtung und Betrieb einer Corona-Teststation .....“ eingeleitet.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens „Deutschland-.....: Dienstleistungen des Gesundheitswesens, 2022/S xxx-xxxxxx, Errichtung und Betrieb einer Corona-Teststation .....“ durch Rücknahme der Aufhebung wiederherzustellen und – soweit nach Ansicht der Vergabekammer der Zuschlag noch nicht erfolgt ist – den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen.
3. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens „Deutschland-.....: Dienstleistungen des Gesundheitswesens, 2022/S xxx-xxxxxx, Errichtung und Betrieb einer Corona-Teststation .....“ rechtswidrig war und die ASt in ihren Rechten verletzt hat.
4. Höchsthilfsweise: Die Kammer wirkt unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin (§ 168 Abs. 1 Satz 2 GWB).
5. Der Nachprüfungsantrag wird der ASt – notfalls per Telefax – unverzüglich zugestellt.
6. Die Vergabeakten der Antragsgegnerin werden hinzugezogen.

7. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin gewährt (§ 165 Abs. 1 GWB).
8. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.
9. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens bereits deswegen rechtswidrig sei, da der Zuschlag auf das Angebot der ASt bereits erteilt sei. Jedenfalls lägen auch keine anderen Aufhebungsgründe vor. Wenn man dies anders sehe, seien die Aufhebungsgründe jedenfalls erst nachträglich eingetreten, was zu einer Schadensersatzpflicht der VSt führe. Das Vergabeverfahren sowie dessen Aufhebungen seien vergaberechtswidrig durchgeführt worden, da es nicht transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt worden sei. Die hilfsweise aus wichtigem Grund erklärte Kündigung sei unwirksam, weil kein Kündigungsgrund vorliege.

Im Einzelnen wurde in tatsächlicher Hinsicht insbesondere folgendes ausgeführt:

Am 24.05.2022 habe eine telefonische Abstimmung zwischen der ASt und der VSt über einen späteren Starttermin stattgefunden. Die Initiative sei dabei von der VSt ausgegangen, ebenso der Vorschlag, den Starttermin vom 01.06. auf den 07.06. zu verschieben. Auf Nachfrage der ASt habe die VSt einen späteren Start bestätigt und eine schriftliche Bestätigung zugesagt.

Am 31.05.2022 habe die VSt die ASt darüber unterrichtet, dass es in der geplanten Form kein Testzentrum mehr geben werde. Der für den 01.06. geplante Aufbau werde daher nicht stattfinden. Als Alternative habe die VSt insoweit ein reduziertes Testangebot oder eine „ruhende Bereitschaft“ vorgeschlagen, was mit einer Ergänzung im Vertrag dokumentiert werden solle, aus Sicht der ASt ein vergaberechtswidriges Vorgehen.

Am 01.06.2022 habe ein Zoom-Meeting zur Klärung der Situation stattgefunden sowie ein weiteres Gespräch. In Bezug auf den Vorschlag der VSt, eine freiwillige Testung der Mitarbeiter durchzuführen, habe die ASt signalisiert, dass dies nicht ausreiche, um die entstandenen Schäden zu kompensieren.

In rechtlicher Hinsicht wurde insbesondere folgendes ausgeführt:

Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs wurde ausgeführt, dass dieser bereits mit der Rüge geltend gemacht worden sei. Ergänzend wurde ausgeführt, dass die ASt weiter von einem Beschaffungsbedarf ausgehe, da die Pandemie noch nicht beendet sei, dafür spre-

che auch die Bedarfsbeschreibung der VSt in der Leistungsbeschreibung und die Verlängerungsoption für ..... 2023. Die Bieter hätten sich im Vertrauen auf die Ausschreibung eingelassen, dass auch eine Vergabe erfolgt.

Die ASt sei antragsbefugt. Sie habe mit der Beteiligung im Vergabeverfahren, dem Rügeschreiben und der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ihr Interesse am Auftrag zweifellos bekundet. Der ASt sei auch ein Schaden entstanden, weil sie zunächst den Auftrag erhalten habe bzw. erhalten sollte und da bereits Kosten verursacht worden seien.

Es bestehe auch ein Feststellungsinteresse wegen der nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs und der Bindungswirkung nach § 179 Abs. 1 GWB für ein späteres Zivilverfahren.

Die Rüge sei rechtzeitig und formgerecht erfolgt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens scheide aus, da der Zuschlag bereits erteilt worden sei. Der Zuschlag sei durch die telefonische Zusage der VSt vom 17.05.2022 erfolgt, spätestens durch die E-Mail der VSt vom 25.05.2022. Auf die Warte- und Stillhaltefrist des § 134 GWB komme es nicht an, da die Unwirksamkeit gem. § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden müsse und antragsbefugt nur die unterlegenen Bieter seien, denen gegenüber die Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB bestehe. Im Übrigen sei der ASt nicht bekannt, dass eine Zuschlagsentscheidung von beiden Geschäftsführern der VSt in einem gesonderten Schreiben vorgenommen werde.

Hilfsweise wurde vorgetragen, dass die Aufhebung rechtswidrig sei. Sie sei daher aufzuheben. Die Aufhebung sei schon wegen des erteilten Zuschlags rechtswidrig. Hilfsweise sei die Aufhebung auch im Übrigen rechtswidrig. Die VSt habe ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Denn es seien auch die Interessen der Bieter zu berücksichtigen. Dabei hätte auch berücksichtigt werden müssen, dass die ASt bereits aufgefordert wurde, mit den Vorbereitungen für die Ausführung des Auftrags zu beginnen. Auch die der ASt bereits entstandenen Aufwendungen, die der VSt bekannt gewesen seien, hätten Berücksichtigung finden müssen, zumal der Starttermin am Tag des Auslaufens der Testpflicht für Mitarbeiter bestätigt worden sei. Jedenfalls bestehe keine Verpflichtung zur Aufhebung, da keine Ermessensreduzierung auf null vorliege. Es komme vorliegend die Aufhebung der Aufhebung in Betracht, da hier von einem fortbestehenden Vergabewillen der VSt auszugehen sei. Denn die Pandemie dauere weiter an und die von der VSt in der Leistungsbeschreibung benannten Gründe für den Beschaffungsbedarf würden unverändert fortbestehen. Dafür spreche auch der Corona-Fahrplan der Bayerischen Staatsregierung, der Gedanke der Risikominimierung sei weiterhin aktuell. Auch die Verwaltungsberufsgenossenschaft betone weiter, dass Infektionen weiterhin so früh wie möglich erkannt und

die weitere Ausbreitung des Virus verhindert werden solle. Zwar könne ein Vergabeverfahren grundsätzlich unabhängig von der Frage der Vergaberechtswidrigkeit und der Frage der Schadensersatzpflicht aufgehoben werden, dies sei jedoch bei diskriminierenden Aufhebungen nicht der Fall. Hiervon sei jedoch auszugehen, da der von der ASt selbst definierte Vorsorgegedanke weiterbestehe. Im Übrigen hätten sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens bzw. des ermittelten Bedarfs nicht verändert. Die VSt habe weder die Leitlinien der Verwaltungsberufsgenossenschaft, die Corona-ArbSchV oder sonstige staatliche Regelungen zur Grundlage des Vergabeverfahrens gemacht. Jedenfalls wären die Aufhebungsgründe der VSt zurechenbar. Die von der VSt genannten Gründe seien nicht im Nachhinein eingetreten. Jeder Corona-Maßnahme sei wesensimmanent, dass sie zeitlich begrenzt ist. Es sei zudem bekannt gewesen, dass die Corona-ArbSchV zum 25.05.2022 außer Kraft tritt und diese ggf. nicht verlängert wird. Daher sei die Bestätigung des Starttermins am 25.05.2022 unter Zugrundelegung der Argumentation der VSt zu den Aufhebungsgründen nicht nachvollziehbar. Die Aufhebung könne daher nicht auf § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV gestützt werden. Auch eine Aufhebung aus anderen schwerwiegenden Gründen nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV komme nicht in Betracht. Aufgrund des Ausnahmecharakters dieser Vorschrift müssten die Gründe vergleichbar schwer wiegen wie die von den anderen Tatbeständen des § 63 Abs. 1 VgV erfassten Gründe. Hierzu habe die Antragsgegnerin jedoch schon nichts vorgetragen. Die Aufhebungsentscheidung sei auch abwägungsfehlerhaft. Weniger einschneidende Maßnahmen seien nicht geprüft worden. Auch das Fortdauern der Pandemie sei nicht berücksichtigt worden.

Das Vergabeverfahren sei zudem mutmaßlich auch fehlerhaft dokumentiert worden. In der verpflichtend vorgeschriebenen Vergabedokumentation müssten die Gründe für die Aufhebung sowie die Ausübung des Ermessens dokumentiert werden. Die Begründung müsse in sich schlüssig und nachvollziehbar sein. Die ordnungsgemäße Dokumentation sei jedoch vorliegend zu bezweifeln; es sei an keiner Stelle der Vergabeunterlagen Bezug auf die Leitlinien der Verwaltungsberufsgenossenschaft genommen worden.

#### **14.**

Mit Schriftsatz vom 14.06.2022 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der VSt Stellung zur Antragschrift und beantragten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt.
3. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Der ASt wird keine Akteneinsicht gem. § 165 Abs. 1 GWB gewährt.

Zur Begründung wurde in tatsächlicher Hinsicht im Wesentlichen folgendes ausgeführt: Es sei zwar zutreffend, dass die SARS-CoV-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), die am 20.03.2022 in Kraft trat, ausweislich von § 5 am 25.05.2022 außer Kraft treten sollte. Es sei aber beachtlich, dass diese Verordnung erstmals im Januar 2021 in Kraft trat (BAnz AT 22.01.2021) und im Nachgang mehrmals inhaltlich angepasst wurde. Auch nach Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite am 24.11.2021 habe die Verordnung aufgrund von § 18 Abs. 3 Satz 2 ArbSchG bis zum 23.09.2022 weiterhin fortgelten und geändert werden dürfen. Weiter wird darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung gemäß Rahmenvereinbarung zwar eine Leistungserbringung in den Zeiträumen vom 01.06.-30.09.2022 und vom 01.06.-30.08.2023 betreffe, die Ausführung im Jahr 2023 komme aber nur zum Tragen, wenn eine einseitige schriftliche Verlängerungserklärung durch die VSt erfolgt. Nach der Rahmenvereinbarung bestünden zudem keine Ansprüche hinsichtlich bestimmter Einzelaufträge mit Ausnahme der einmaligen Leistungen, einer bestimmten Anzahl von Einzelaufträgen oder eines bestimmten Gesamtauftragsvolumens. Im Leistungsverzeichnis werde weiter darauf hingewiesen, dass die im Preisblatt angegebenen Mengen Erfahrungswerte und Schätzungen seien und dass eine Mindestabnahmemenge nur insoweit garantiert werde, soweit es sich um einmalige Leistungen handele.

Die VSt habe am 18.05.2022 die unterlegenen Bieter nach § 134 GWB über die Nichtberücksichtigung der eingereichten Angebote unterrichtet. Dies stehe dem Vortrag der ASt entgegen, dass am 17.05.2022 eine telefonische Zusage der VSt gegenüber der ASt ausgesprochen worden sei. Dafür spreche auch, dass die VSt zu diesem Zeitpunkt einer Rüge eines anderen Bieters aufgrund Rügeschreibens vom 17.05.2022 ausgesetzt gewesen sei. Der von der ASt erstellte Telefonvermerk gebe lediglich nachträglich einen Überblick über den vorgeblichen Inhalt der Telefonate. Die verschiedenen Telefonate zwischen der ASt und der VSt hätten zu keinem Zeitpunkt die von der ASt behauptete Zuschlagserteilung zum Gegenstand gehabt. Ungeachtet der von der ASt angeführten E-Mail der VSt vom 25.05.2022 habe es zu keinem Zeitpunkt einen Zuschlag gegenüber der ASt gegeben. Dies ergebe sich aus folgenden Umständen: Es sei der Geschäftsführung der Antragsgegnerin bewusst gewesen, dass zum Zeitpunkt des E-Mail-Versandes eine Zuschlagserteilung unter Berücksichtigung der Warte- und Stillhaltefrist nach § 134 GWB nicht möglich ist. Man habe daher lediglich zu erkennen gegeben, dass man sich im Fall der Zuschlagserteilung mit dem zuvor von der ASt genannten Starttermin vom 07.06.2022 einverstanden erklärt. Daher sei als Betreff „Start Testcenter 7.6.“ gewählt worden. Keinesfalls sei mit diesem E-Mail-Schreiben der Zuschlag gewollt worden. Dies sei auch durch den – der ASt wohl bekannten Umstand – belegt, dass eine Zuschlagserteilung von

beiden Geschäftsführern in einem gesonderten Schreiben erklärt wird. Daran fehle es hier jedoch. Es werde bestritten, dass der Geschäftsführer der ASt am 31.05.2022 eine vergaberechtswidrige Vertragsergänzung zur Beschränkung des Auftragsumfangs vornehmen wollte. Beschränkungen des Leistungsgegenstands seien zulässigerweise möglich, wie bereits ausgeführt worden sei. Im Übrigen werde bestritten, dass der entgangene Gewinn der ASt xxx.000 € betrage.

In rechtlicher Hinsicht wurde im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Da die ASt eine erfolgte Zuschlagserteilung vortrage, sei der auf Erteilung eines Zuschlags gerichtete Antrag offenkundig unzulässig. Aus diesem Grund sei auch der Antrag auf Feststellung, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, unzulässig, da für die Zulässigkeit ein erledigendes Ereignis nach Einleitung erforderlich sei (§ 168 Abs. 2 Satz 2 GWB). Die Vergabekammer dürfe in Bezug auf die vorgetragenen Tatsachen nicht selbst ermitteln, denn die Amtsermittlungspflicht setze einen in jeder Hinsicht zulässigen und hinreichend begründeten Nachprüfungsantrag voraus. Da die ASt selbst davon ausgehe, dass der Zuschlag bereits erfolgt sei, sei ihr der Primärrechtsschutz vor der Vergabekammer zu versagen. Andernfalls würde sich die ASt sowohl eine teilweise Akteneinsicht sowie die für einen späteren Prozess vor den Zivilgerichten in § 179 Abs. 1 GWB angeordnete materielle Rechtskraft einer Entscheidung der Vergabenachprüfungsinstanzen erschleichen. Der auf Erteilung des Zuschlags gerichtete Antrag Nr. 2 sei auch dann unzulässig, wenn entgegen des Vortrags der ASt eine bislang erfolgte Zuschlagserteilung verneint wird. Denn ein Vergabeverfahren könne grundsätzlich immer vor Zuschlag beendet werden, außer die Aufhebung des Vergabeverfahrens erfolge willkürlich und zu dem Zweck, einen Bieter zu diskriminieren (unter Verweis auf BGH, B. v. 20.03.2014, X ZB 18/13). Hier habe jedoch ein sachlicher Grund für die Aufhebung vorgelegen.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV rechtmäßig, da die Grundlagen des Vergabeverfahrens sich nach Auftragsbekanntmachung wesentlich geändert hätten. Dies sei mit den am 25.05.2022 angepassten Leitlinien der Verwaltungsberufsgenossenschaft der Fall. Mit dem von der Verwaltungsberufsgenossenschaft ausgesprochenen Verzicht auf eine Testpflicht hätten sich neue, insbesondere gesetzliche Vorgaben für die Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs manifestiert. Damit liege eine wesentliche Änderung der Grundlage des Vergabeverfahrens in sachlicher Hinsicht vor, die von der VSt aufgrund des sich verändernden Infektionsgeschehens nicht vorhersehbar war. Es sei nachvollziehbar, dass die VSt aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen des Bedarfs an COVID-19-Testmaßnahmen eine neue Bestandsaufnahme vorgenommen hat

und einen Wegfall des Beschaffungsbedarfs feststellte. Der veränderte Beschaffungsbedarf habe mit der Überlegung einhergehen dürfen, die ursprünglich vorgesehenen Haushaltsmittel (teilweise) für andere Aufgabenbereiche zu verwenden. Das Auslaufen der Testpflicht sei nicht vorhersehbar gewesen, ungeachtet der Regelung, dass die aktuelle Fassung der Corona-ArbSchV zum 25.05.2022 außer Kraft tritt. Denn die Corona-ArbSchV sei erstmals im Januar 2021 (BANz AT 22.1.2021 V1) erlassen und im Nachgang mehrfach inhaltlich angepasst worden. Auch nach Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (24.11.2021) habe sie aufgrund von § 18 Abs. 2 Satz 2 ArbSchG bis zum 23.09.2022 weiterhin fortgelten und geändert werden dürfen. Es komme hinzu, dass die VSt bei der Bewertung der tatbestandlichen Merkmale des Aufhebungsgrundes über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum verfüge.

## 15.

Hierauf nahmen die Bevollmächtigten der ASt mit Schriftsatz vom 22.06.2022 Stellung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Der ASt sei nach erster Schätzung ein Schaden i.H.v. xx.xxx,00 € entstanden.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag zulässig. Die Aufhebungsentscheidung sei auch wegen dem bereits erfolgten Zuschlag rechtswidrig, die Vergabekammer treffe ohne Bindung an die Anträge die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, § 168 Abs. 1 GWB. Es liege überdies kein Nachprüfungsantrag ins Blaue hinein vor. Der Zulässigkeit stehe der Vortrag der ASt, dass der Zuschlag bereits erteilt sei, nicht entgegen, weil die Tatsache der Zuschlagserteilung streitig sei. Zudem habe die ASt (hilfsweise) vorgetragen, dass die Aufhebungsentscheidung rechtswidrig sei. Der Antrag auf Feststellung, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig war, sei zulässig, was sich auch aus § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ergebe. Auch der Antrag auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens und Zuschlagserteilung sei zulässig, angesichts dessen, dass die Verpflichtung zur Fortführung des Vergabeverfahrens in Ausnahmefällen rechtlich anerkannt ist, zumal der Vorwurf der willkürlichen Aufhebung hier nicht abwegig sei.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei auch im Hinblick auf den bereits erfolgten Zuschlag rechtswidrig. Die Grundlage des Vergabeverfahrens habe sich zudem nicht wesentlich i.S.d. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV geändert. Die VSt habe an keiner Stelle der Vergabeunterlagen ausgeführt, dass der Beschaffungsbedarf an eine Testpflicht geknüpft sei bzw. sie mit der Ausschreibung staatliche Anforderungen umsetzen möchte. Es sei nicht überzeugend, dass das Auslaufen der Testpflicht nicht vorhersehbar gewesen sei. Wenn es der VSt darauf ankomme, hätte dies

in die Vergabeunterlagen aufgenommen werden müssen und z.B. darauf hinweisen können, dass ggf. der Beschaffungsbedarf wegfallen, wenn die Corona-ArbSchV nicht verlängert würde. Außerdem habe die VSt nicht aufgeklärt, warum sie am 25.05.2022 gegenüber der ASt den Starttermin 07.06.2022 bestätigt hat, wenn die Corona-ArbSchV an diesem Tag außer Kraft getreten ist. Im Übrigen lasse der Vortrag der VSt, wonach der veränderte Beschaffungsbedarf mit der Überlegung einhergehen durfte, dass die Haushaltsmittel für andere Aufgaben verwendet werden, es als fraglich erscheinen, ob eine willkürliche Aufhebung vorliegt.

## **16.**

Hierauf nahmen die Bevollmächtigten der VSt mit Schriftsatz vom 30.06.2022 Stellung. Insbesondere wurde folgendes ausgeführt: Der von der ASt ausgewiesene Schaden i.H.v. xx.xxx,00 € werde in sämtlichen Positionen zurückgewiesen. Es erschließe sich nicht, warum für den Juni 2022, ohne Auftrag und ungeachtet der am 01.06. und 02.06.2022 hilfsweise erklärten Kündigungen x.xxx Mitarbeiterstunden zu einem Stundensatz von xx Euro aufgelaufen sein können. Die Aufwendungen für die Schnelltests in einem Volumen von xx.xxx € seien nicht erstattungsfähig, da diese anderweitig einsetzbar seien und die ASt nicht nachgewiesen habe, dass diese Aufwendungen entwertet sind. Da die ASt vortrage, dass der Zuschlag bereits erfolgt sei, sei der Antrag weiter unzulässig, da das Nachprüfungsverfahren nur nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren betreffe (unter Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340; OLG Düsseldorf, B. v. 10.03.2021, VII-Verg 45/20). Für die hilfsweisen Anträge auf Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung sei daher kein Raum mehr. Die Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei eine Ermessensentscheidung. Diese könne von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüft werden. Die VSt habe der ASt die Gründe für die Aufhebung unverzüglich mitgeteilt. Es bestehe indes keine Pflicht der VSt, den Bietern bereits in dem Mitteilungsschreiben alle Aufhebungsgründe vollständig und erschöpfend mitzuteilen. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei auch materiell rechtmäßig gewesen, da sich die Grundlage des Vergabeverfahrens durch das Auslaufen der Corona-ArbSchV vom 17.03.2022 grundlegend geändert habe. Der Vorhalt der ASt, die VSt hätte auf diesen Umstand in den Vergabeunterlagen vorab hinweisen müssen, verfange nicht, da sich eine derartige Obliegenheit keinesfalls aus § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV ableiten lasse. Hinzu komme, dass sich mit dem Auslaufen der Corona-ArbSchV die Einschätzung des Gesetzgebers zu den Gefahren der pandemischen Verbreitung des neuartigen Corona-Virus wesentlich geändert habe.

**17.**

Mit Schriftsatz vom 03.07.2022 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der ASt erneut Stellung. Der Nachprüfungsantrag sei ungeachtet der Ausführungen der VSt zulässig. Es sei insoweit treuwidrig, dass die VSt sich einerseits auf den getätigten Zuschlag beziehe, andererseits das Zustandekommen des Vertrages bestreite. Der Vortrag der VSt, dass diese ihre Beschaffungsabsicht aufgegeben habe, sei unwahr, weil die Parteien über einen Vergleich verhandelt hätten, wonach die Antragsgegnerin xx % der Leistung noch abnimmt. Es bestehe ein Feststellungsinteresse, da hier die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs bestehe. Der Beschaffungsbedarf sei nicht weggefallen, wie bereits ausgeführt wurde. Die Inzidenzzahlen seien in xxxxx in den vergangenen Tagen wieder massiv angestiegen. Die Antragsgegnerin riskiere durch ihr Verhalten die Durchführung der Festspiele. Die Aufhebung sei rechtswidrig. Der zur Aufhebung führende Aufhebungsgrund sei der Sphäre der VSt zuzurechnen. Die Gründe für die Aufhebung seien in der Dokumentation nicht ordnungsgemäß erfolgt. Sie seien zu unkonkret und zu wenig spezifiziert und setzen sich nicht damit auseinander, dass es nach den eigenen Unterlagen um die Sicherheit von Mitarbeitern und Gästen sowie um die Reduzierung eines Infektionsgeschehens auf dem Betriebsgelände und dem Ausfall der ..... oder ..... ginge. Die VSt hätte sämtliche für und gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens sprechenden Belange ihrer selbst und der Bieter gegeneinander abwägen müssen. Sie hätte auch zu prüfen gehabt, ob weniger einschneidende Alternativen zur Aufhebung in Betracht kommen bzw. ob weniger einschneidende Maßnahmen als die vollständige Aufhebung in Betracht kommen. Die durchgeführte Akteneinsicht habe ergeben, dass ein derartiger Abwägungsvorgang nicht stattgefunden hat, zumal die Infektionszahlen erheblich steigen würden.

**18.**

Der der Vergabekammer vorgelegte Gesellschaftsvertrag ..... sieht vor, dass diese durch zwei Mitglieder der Geschäftsführung gemeinsam oder durch ein Mitglied der Geschäftsführung gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten werden.

**19.**

In der mündlichen Verhandlung vom 06.07.2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern und stellten die Anträge aus den jeweiligen Schriftsätzen.

**20.**

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die im Nachprüfungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

**Begründung:**

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**a)**

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

**b)**

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB.

**c)**

Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.

**d)**

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.

**e)**

Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch die Aufhebung ein Schaden zu entstehen droht.

Anders als die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers wirkt seine Aufhebungsentscheidung auch nicht als absolute, den Primärrechtsschutz ausschließende Zäsur, so dass die ASt die Aufhebungsentscheidung einer Kontrolle im Nachprüfungsverfahren unterziehen kann (VK Bund, B. v. 21.12.2016, VK 2 127/16 m.w.N.).

Der Antrag ist ungeachtet des Vortrags der ASt, dass der Zuschlag bereits erfolgt sei, zulässig, da die Tatsache der Zuschlagserteilung streitig ist und da der Vortrag der ASt sich auch auf andere Gründe stützt.

**f)**

Für den Hilfsantrag besteht auch das erforderliche Feststellungsinteresse. Als Feststellungsinteresse genügt jedes anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition der ASt in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Es ist jedenfalls gegeben, wenn die Feststellung zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dient und ein solcher Prozess mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist und nicht offenbar aussichtslos erscheint (VK Südbayern, Beschluss vom 5.10.2016-Z3-3-3194-1-33-08/16).

Die Feststellung einer Rechtsverletzung ist vorliegend geeignet einen Schadensersatzanspruch vorzubereiten.

**f)**

Die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße wurden rechtzeitig gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt.

**2.**

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit die ASt die Aufhebung der Aufhebung und die konsekutive Zuschlagserteilung verlangt. Die Aufhebung der Ausschreibung ist wirksam erfolgt und daher nicht aufzuheben.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens beantragt wird.

**a)**

**aa)**

Zunächst steht der Aufhebung des Vergabeverfahrens der Vortrag der ASt, dass der Zuschlag – an die ASt – bereits erfolgt sei, nicht entgegen.

Diese Tatsache ist streitig.

Die Tatsache des Zuschlags unterliegt nicht der Prüfung durch die Vergabekammer, da das Nachprüfungsverfahren sich gem. § 156 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB auf die Prüfung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren bzw. auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren beschränkt. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekammer – anders als im Fall, in dem die Unwirksamkeit eines Zuschlags gerügt wird – streitig über die Frage, ob ein Zuschlag wirksam zustande gekommen ist, zu befinden, da das Rechtsschutzziel des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes, die Einwirkung auf das Vergabeverfahren zugunsten des ASt, hier nicht betroffen ist.

Ungeachtet dessen spricht hier vieles dafür, dass kein wirksamer Zuschlag vorliegt. Nach dem der Vergabekammer zur Prüfung vorliegenden Gesellschaftsvertrag der VSt wird diese nach außen durch zwei Mitglieder der Geschäftsführung gemeinsam oder durch ein Mitglied der Geschäftsführung gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten. Aufgrund dieser Regelungen sind andere Personen oder ein Geschäftsführer allein nicht zur Vertretung berechtigt, § 35 Abs. 1, 2 GmbHG. Soweit sich die ASt im Hinblick auf das Zustandekommen des Zuschlags auf eine telefonische Mitteilung einer Mitarbeiterin der VSt vom 17.05.2022 und eine E-Mail eines Geschäftsführers der VSt vom 25.05.2022 beruft, so liegt bei diesen Erklärungen daher keine Vertretungsmacht für die VSt vor, unabhängig davon, ob die Erklärung vom 17.05.2022 überhaupt so stattgefunden hat – dies ist bestritten – und unabhängig davon, ob die E-Mail vom 25.05.2022 im Wege der Auslegung überhaupt als Zuschlag zu verstehen ist. Der Zuschlag bzw. Vertragsschluss ist damit gem. § 177 Abs. 1 BGB nicht wirksam erfolgt, da die für die Wirksamkeit erforderliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts der VSt nicht vorliegt bzw. verweigert wurde, was mit dem Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 02.06.2022 zum Ausdruck kommt.

**bb)**

Ein Anspruch auf Fortsetzung des Verfahrens besteht nicht, wenn die Aufhebung nicht aus rechtlich zu missbilligendem Grund erfolgt ist (BGH v. 20.03.2014 – X ZB 18/13). Bieter müssen die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie vergaberechtlich zulässig und daher von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist grundsätzlich nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, auch wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist (vgl. BGH v. 05.11.2002 – X ZR 232/00). Die vergaberechtlichen Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, grundsätzlich nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, § 63 VgV, Rn. 18). Denn auch im Vergabeverfahren gilt der Grundsatz der Privatautonomie, nach dem der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages ausschließlich in der Entscheidungsgewalt des Ausschreibenden liegt. Der öffentlichen Hand ist es daher unbenommen, von der Vergabe des in Aussicht genommenen Auftrags Abstand zu nehmen, sie ist somit keinem Kontrahierungszwang unterworfen. Eine Verpflichtung zur Vergabe von Aufträgen durch die Nachprüfungsinstanzen wäre zudem mit dem auch das Vergaberecht beherrschenden Grundsatz der Sparsamkeit und Effizienz bei der Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel nicht zu vereinbaren (VK Bund, B. v. 21.12.2016, VK 2 12/16). Notwendige Voraussetzung für

eine wirksame Aufhebung ist daher nur, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, sodass eine Diskriminierung ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt (VK Brandenburg, Beschluss vom 11.10.2017-VK 8/17). Eine Ausnahme vom fehlenden Kontrahierungszwang besteht daher nur, wenn es sich um eine missbräuchliche Scheinaufhebung handelt, die seitens des Auftraggebers gezielt zur Diskriminierung eines Bieters eingesetzt wird, um insbesondere bei unverändertem Vergabewillen einem anderen, bevorzugtem Bieter den Auftrag zu erteilen (VK Bund, B. v. 21.12.2016, VK 2 12/16 m.w.N.).

**cc)**

Vorliegend führt die VSt als Grund für die Aufhebungsentscheidung geänderte arbeitschutzrechtliche Rahmenbedingungen an, da die Leitlinien der Verwaltungsberufsgenossenschaft seit dem 25.05.2022 die verpflichtende tägliche Testung von Mitarbeitern nicht mehr vorsähen. Daher sei nach einer erneuten Bewertung der Beschaffungsbedarf weggefallen. Aus Sicht der Vergabekammer besteht damit ein sachlicher Grund, den Beschaffungsbedarf anders bzw. geringer zu bewerten, zumal zum 25.05.2022 auch die Corona-ArbSchV, die das Angebot von wöchentlichen Mitarbeitertestungen (§ 2 Abs. 3 Corona-ArbSchV) vorsah, außer Kraft trat. Ungeachtet dessen, dass die VSt ihren Beschaffungsbedarf in der Leistungsbeschreibung unabhängig von derartigen Regelungen beschreibt und unabhängig dessen, dass die VSt nach Ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung nunmehr ggf. einen Beschaffungsbedarf für ein – reduziertes – Testangebot sieht ist daher eine diskriminierende Aufhebung nicht belegt, zumal keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Aufhebung gegen die ASt gerichtet ist bzw. nur zum Schein erfolgt.

Die Frage der Rechtmäßigkeit des Aufhebungsgrundes ist hingegen im Feststellungsantrag zu prüfen. Der Hauptantrag der ASt ist daher im Ergebnis abzuweisen.

**b)**

Die Aufhebung ist rechtswidrig, da die Vorgaben des hier einschlägigen § 63 Abs. 1 VgV hier nicht eingehalten sind.

**aa)**

Die Aufhebung erfüllt nicht die Vorgaben des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV. Demnach ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat.

Eine wesentliche Änderung in diesem Sinne bildet beispielsweise eine grundlegende Änderung des Beschaffungsbedarfs, etwa durch erhebliche Verkleinerung oder Vergrößerung

des Leistungsinhalts oder Leistungsumfangs oder Wegfall des Bedarfs. Die Änderungen des Beschaffungsbedarfs müssen derart gravierend sein, dass eine ganz entscheidende Abänderung der bisherigen Absicht zur Leistungserbringung erforderlich wird (OLG Köln, U. v. 18.06.2010, 19 U 98/09) bzw. die Durchführung des ursprünglichen Leistungsprogramms ist Auftraggeber und Bieter – ähnlich dem Fall einer Störung bzw. einem Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB – nicht mehr zumutbar (OLG München, B. v. 04.04.2013, Verg 4/13). Anerkannt ist, dass die Änderung erst nach Einleitung des Vergabeverfahrens, d.h. nach Bekanntmachung, eingetreten sein darf (OLG Köln, U. v. 18.06.2010, 19 U 98/09). Zudem ist anerkannt, dass die Änderungen zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens nicht vorhersehbar gewesen sein durften. Dies gilt insbesondere für die Änderung des definierten Beschaffungsbedarfs, da eine spätere Änderung der Bedürfnisse des Auftraggebers nicht zu Lasten der Bieter gehen dürfen, die auf ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren vertrauen (BGH, U. v. 12.06.2001, X ZR 150/99). Der Auftraggeber darf daher nicht bewusst oder zurechenbar außer Acht lassen, dass wesentliche Änderungen eintreten könnten. Soll ein Vergabeverfahren dennoch bekannt gemacht werden, obwohl möglicherweise eine Änderung eintritt, kann der öffentliche Auftraggeber die Bieter hierauf transparent hinweisen (Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 63 VgV, Rn. 36).

Die VSt hat den Beschaffungsbedarf in der Leistungsbeschreibung unabhängig von rechtlichen Rahmenbedingungen beschrieben und vielmehr u.A. auf einen störungsfreien und sicheren Ablauf des ..... und ..... durch Testungen für ca. 800 Mitarbeitern. Mit dem Testzentrum solle das Risiko eines Covid-19-Infektionsgeschehens auf dem Betriebsgelände auf ein Minimum reduziert werden und die Risiken eines Ausfalls ..... möglichst geringgehalten werden. Es sei zu Spitzenzeiten mit bis zu 750 Testungen pro Tag zu rechnen. Insgesamt könne ..... 2022 mit bis zu 55.000 Testungen gerechnet werden. Damit ist der Beschaffungsbedarf sachlich begründet und definiert. Damit ist der Beschaffungsbedarf auch hinsichtlich seines Umfangs beschrieben, auch wenn in der Leistungsbeschreibung keine Mindestabnahmemenge garantiert ist. Denn angesichts der vorstehenden Ausführungen konnte dies als vertragliche Regelung zur Vergütung bzw. zur Risikoverteilung verstanden werden, nicht aber als Befugnis, die Umfang der ausgeschriebenen Leistung bzw. des Testangebots zu ändern. In sachlicher Hinsicht liegt es zwar nahe, dass die Durchführungen von Testungen mit der Infektionslage und den jeweiligen rechtlichen Rahmenbedingungen zusammenhängen. Da der Beschaffungsbedarf insoweit davon unabhängig, insbesondere von den rechtlichen Rahmenbedingungen unabhängig beschrieben werden, war dies jedoch nicht offenbar. Daher mussten sich Bieter nicht darauf einstellen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die CoronaArbSchV vom 20.03.2022 (gültig bis 25.05.2022) auf wöchentliche Tests abstellt (§ 2), so dass hier von vorneherein ein sachlicher Zusammenhang zur Definition

des Beschaffungsbedarfs der VSt unklar ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Rechtswirkungen von Leitlinien einer Berufsgenossenschaft (hier der Verwaltungsberufsgenossenschaft) - mithin einer Institution, die primär die Aufgabe hat, Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten zu verhüten - deren Inhalt und mögliche Anpassungen und Änderungen für Bieter nicht ohne weiteres verständlich, verfügbar bzw. abschätzbar sind. Mögliche Änderungen des Beschaffungsbedarfs, die mit der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen begründet werden, sind hier der VSt zurechenbar. Wegen der Vergleichbarkeit der Problematik können, wie ausgeführt, die Grundsätze zur Störung bzw. dem Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB herangezogen werden. Es ist insoweit anerkannt, dass die Veränderung von Umständen, die der Risikosphäre eines Vertragspartners zuzurechnen sind, unbeachtlich sind (vgl. BGH, U. v. 09.03.2010, VI ZR 52/09). Dies ist hier der Fall: Denn die rechtlichen Rahmenbedingungen betreffen hier den Verantwortungsbereich der VSt, da diese dadurch verpflichtet wird. Es handelt sich auch nicht um „externe“ Umstände, sondern solche, die einen hinreichenden Bezug zur ausgeschriebenen Leistung aufweisen, da die rechtlichen Rahmenbedingungen ebenfalls die Testung von Mitarbeitern betreffen. Das Leistungsrisiko trägt aber grundsätzlich der Auftraggeber. Aufgrund dieser Risikoverteilung kann sich die VSt auch nicht auf eine fehlende Vorhersehbarkeit aufgrund des sich ändernden Infektionsgeschehens berufen, zumal das Infektionsgeschehen sich in der Pandemie bereits häufiger geändert hat, insbesondere saisonal, und damit derartige Änderungen für die VSt vorhersehbar waren bzw. deren Risikosphäre zuzurechnen sind. Dies gilt aus diesen Gründen auch Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen aufgrund geänderter Bewertungen, die ebenfalls im Rahmen der Pandemie bereits häufiger vorgekommen sind.

Auf eine Änderung des Beschaffungsbedarfs wegen geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen kann sich die VSt ohne einen – hier nicht vorliegenden – vorherigen Hinweis in den Vergabeunterlagen, dass dies für den Beschaffungsbedarf beachtlich ist, daher nicht berufen, weil diese Umstände der VSt zurechenbar waren und daher für sie vorhersehbar waren. Ein derartiger Hinweis wäre nach Auffassung der Vergabekammer hier im vorliegenden Fall aus Transparenzgründen obligatorisch gewesen. Daher kann offenbleiben, ob die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen in sachlicher Hinsicht eine wesentliche Änderung des Beschaffungsbedarfs bedingt.

Die auf § 63 Abs. 1 Nr. 2 VgV gestützte Aufhebungsentscheidung ist zudem ermessensfehlerhaft. Nach dieser Vorschrift ist die Entscheidung über die Aufhebung in das Ermessen der VSt gestellt, da die Vorschrift zur Aufhebung berechtigt, jedoch nicht verpflichtet. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung, die nachvollziehbar dokumentiert sein muss, sind die betroffenen Interessen in eine Abwägung einzustellen. Neben den Interessen des Auftraggebers sind daher insbesondere auch die Interessen der Bieter in die Abwägung mit

einzu beziehen. Insbesondere sind der Stand des Vergabeverfahrens und die von den Bietern getätigten Aufwendungen insoweit von Bedeutung, ebenso die Frage, ob mildere Mittel wie die vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens in Betracht kommt. Die Ermessensentscheidung kann nur auf Ermessensfehler überprüft werden (juris PraxisKommentar Vergaberecht, § 63 VgV, Rn. 29 ff.; Ziekow/Völlnik, Vergaberecht, § 63 VgV, Rn. 15 ff.)

Vorliegend wurde die Aufhebungsentscheidung im Aufhebungsschreiben vom 01.06.2022 mit veränderten arbeitsschutzrechtlichen Rahmenbedingungen begründet, die geänderten Leitlinien der Verwaltungsberufsgenossenschaft sähen eine tägliche Testung der Mitarbeiter nicht mehr zwingend vor. Im zugehörigen Vermerk heißt es darüber hinaus nur noch, es sei aufgrund der zwischenzeitlichen Änderungen des Bedarfs an Testmaßnahmen ein Wegfall des Beschaffungsbedarfs festzustellen und die ursprünglich vorgesehenen Haushaltsmittel könnten teilweise für andere Aufgaben verwendet werden.

Es fehlt daher an einer Auseinandersetzung mit den Interessen der Bieter, insbesondere vor dem Hintergrund des weiten Fortschritts des Vergabeverfahrens. Es fehlt daher an Überlegungen, ob mildere Mittel wie eine vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens in Betracht kommen. Eine Abwägung der widerstreitenden Belange hat daher nicht stattgefunden. Es fehlt aber bereits auch an einer Gewichtung der Belange der ASt sowie näheren Erläuterungen, inwieweit der Beschaffungsbedarf aufgrund der in Bezug genommenen Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen verändert ist und somit für eine (vollständige) Aufhebung streitet. Dies ist aus sich heraus nicht nachvollziehbar und verständlich, zumal der Beschaffungsbedarf ohne Bezugnahme auf rechtliche Rahmenbedingungen definiert wurde und davon auszugehen ist, dass die VSt trotz der geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen Testungen für Mitarbeiter vorschreiben kann bzw. diese zumindest anbieten kann. Es wird damit auch nicht nachvollziehbar, wie die VSt den Bedarf nach Testungen im Hinblick auf das Infektionsgeschehen begründet. Die Ermessensausübung war daher defizitär und fehlerhaft.

#### **bb)**

Die Aufhebung erfüllt auch nicht die Vorgaben des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV. Nach dieser Vorschrift besteht eine Berechtigung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens bei schwerwiegenden Gründen. An das Vorliegen dieses Auffangtatbestands sind wegen des Ausnahmecharakters der Beendigung des Vergabeverfahrens durch Aufhebung strenge Anforderungen zu stellen. Daher ist der Anwendungsbereich auf außergewöhnliche Fälle beschränkt (Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 63 VgV, Rn. 49). Ein solches ist jedoch nicht ersichtlich.

**3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

**a)**

Die ASt und die VSt tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen jeweils beide teilweise unterlegen sind (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

**b)**

Die Kostenerstattungspflicht der ASt und der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

**c)**

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt und die VSt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

**d)**

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €. Der Betrag ist hälftig von der ASt und von der VSt zu tragen.

Der von der ASt geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet.

Auslagen sind nicht angefallen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....