

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

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

**Beigeladene** .....  
**Bevollmächtigte**  
.....  
**(Beigeladene - BGI)**

**Dienstleistungsauftrag** *Betrieb Impfzentrum / mobile Impfteams für .....*  
**Vergabeverfahren:** *Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb*

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

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

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Der mit der Beigeladenen im April 2022 geschlossene Interimsvertrag zum Vergabeverfahren „Betrieb Impfzentrum/mobile Impfteams für .....“ .....“, Vergabenummer ..... ist von Anfang an unwirksam.

2. Bei fortbestehender Absicht der Vergabestelle interimweise ein Impfzentrum zu betreiben bzw. mobile Impfteams einzusetzen, wird die Vergabestelle unter Beachtung von Teil 4 GWB und der VgV verpflichtet, mindestens unter Beteiligung der Antragstellerin und der Beigeladenen ein eigenständiges Wettbewerbsverfahren „light“ durchzuführen.
3. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.  
Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin war notwendig.
6. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Die Antragstellerin war bis zum xx.xx.xxx als Bestandsdienstleisterin für den Betrieb des Impfzentrums beauftragt.

Mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx schrieb die Vergabestelle den Betrieb eines Impfzentrums / mobile Impfteams im offenen Verfahren für den Zeitraum ab ..... erneut aus. Der Schlusstermin für die Angebotsabgabe wurde auf den xx.xx.xxxx festgelegt.

Die Antragstellerin und 4 weitere Bieter gaben fristgerecht ein Angebot ab.

Mit Schreiben vom 31.03.2022 erhielt die Antragstellerin die Information, dass beabsichtigt sei, auf das Angebot der Antragstellerin nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Wartefrist den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben vom 07.04.2022 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin.

#### **2.**

Die Vergabestelle nahm eine Neubewertung vor und teilte der Antragstellerin mit Bieterinformationsschreiben vom 11.04.2022 mit, dass jetzt beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen am 26.04.2022 zu erteilen.

**3.**

Mit Schreiben vom 12.04.2022 und 20.04.2022 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung.

**4.**

Mit Schreiben vom 25.04.2022 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung, welcher der Vergabestelle am gleichen Tag durch die Vergabekammer übermittelt wurde. Dieses Nachprüfungsverfahren wird bei der Vergabekammer Nordbayern unter dem Az. RMF-SG21-3194-7-13 geführt.

**5.**

Im Rahmen der Abstimmung zwischen der Antragstellerin und der Vergabestelle zur Beendigung des am xx.xx.xxxx auslaufenden Bestandsvertrages und einer etwaigen vorläufigen Fortsetzung des Betriebs, teilte die Vergabestelle am 27.04.2022 mit, dass eine Interimsvergabe an die Antragstellerin nicht möglich sei, da sie einen Antrag auf Nachprüfung gestellt habe. Die Übergabe an den Interimsauftragnehmer erfolge sukzessive in den nächsten Tagen und werde am xx.xx.xxxx abgeschlossen sein.

Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin rügten noch am 27.04.2022 die Interimsvergabe an die Beigeladene, da der Interimsvertrag ohne ausreichenden Wettbewerb vergeben worden sei. Die Antragstellerin sei zumindest an einem Mini-Wettbewerb zu beteiligen.

**6.**

Mit Schriftsatz vom 29.04.2022 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin in Bezug auf die Interimsvergabe einen weiteren Antrag auf Nachprüfung mit folgendem Antrag:

1. gegen die Antragsgegnerin ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten, verbunden mit einer unverzüglichen Information der Antragsgegnerin gemäß § 169 GWB in Textform,
2. die Vergabeakten der Antragsgegnerin beizuziehen und der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in einen in das Ermessen der Vergabekammer gestellten Zeitpunkt zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,

4. hilfsweise zum Antrag zu 3), a) festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Nichtbeteiligung an der Interimsvergabe zum Vergabeverfahren „Betrieb Impfzentrum/mobile Impfteams für .....“, Vergabenummer ....., in ihren Rechten verletzt ist, b) sowie im Fall eines erfolgten Vertragsschlusses festzustellen, dass der Interimsauftrag an die Beizuladende zum Vergabeverfahren Betrieb Impfzentrum/mobile Impfteams für .....“, Vergabenummer ..... von Anfang an unwirksam ist,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen sowie
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Antragstellerin für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Antragstellerin sei durch den rechtswidrigen Ausschluss bei der Interimsvergabe gemäß § 97 Abs. 6 GWB in ihren Rechten verletzt. Das Betreiben eines Nachprüfungsverfahrens in der Hauptsache dürfe nicht dazu führen, dass der Antragstellerin rechtswidrig die Beteiligung am Vergabeverfahren der Interimsvergabe verweigert werde. Vielmehr sei die Antragstellerin als Bieterin im Hauptsacheverfahren in die Interimsvergabe einzubeziehen. Zudem sei die Antragstellerin als Bestandsdienstleisterin mit der Leistungserbringung bestens vertraut. Hinzukomme, dass die Antragstellerin in der Hauptsache zunächst für den Zuschlag vorgesehen war.

Für den Fall, dass der Interimsvertrag bereits rechtswidrig an die Beigeladene erteilt worden sei, sei hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt sei. Für den Fall, dass der Interimsvertrag ohne ausreichenden Wettbewerb an die Beigeladene vergeben worden sei, sei der Vertrag von Anfang an unwirksam.

Darüber hinaus mache die Antragstellerin geltend, dass ein ohne vorherige Auftragsbekanntmachung und ausreichenden Wettbewerb geschlossener Vertrag nach § 135 Abs. 1 GWB unwirksam sei.

## **7.**

Mit Schreiben vom 05.05.2022 wurde die Fa. xxxxx zum Verfahren beigeladen.

## **8.**

Mit Schriftsatz vom 06.05.2022 beantragten die Bevollmächtigten der Vergabestelle:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin zu tragen.
3. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin ist zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig.

Die Bayerische Staatsregierung habe am 08.02.2022 beschlossen, die staatlichen Impfzentren bis zum 31.12.2022 fortzuführen. Zu diesem Zweck habe die Vergabestelle ein EU-weites Vergabeverfahren durchgeführt. Der Zuschlag in diesem Vergabeverfahren sei auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Nachdem die Antragstellerin diese beabsichtigte Zuschlagserteilung gerügt habe, habe die Vergabestelle bei der Beigeladenen nachgefragt, ob sie zu den im EU-weiten Vergabeverfahren angebotenen Konditionen die Leistungen interimswise für 2 Monate (xxxx und xxxx) mit einer Option für einen weiteren Monat (xxxx) anbieten könne. Dies habe die Beigeladene bejaht. Aufgrund einer Nachfrage der Beigeladenen, wann der Interimsauftrag angenommen würde, teilte die Vergabestelle der Beigeladenen mit, dass nur für den Fall eines Nachprüfungsantrages eine Interimsbeauftragung erfolgen werde.

Nachdem am 25.04.2022 der Vergabestelle der Nachprüfungsantrag in der Hauptsache unter dem Az. der Vergabekammer RMF-SG21-3194-7-13 zugestellt worden sei, habe die Vergabestelle am gleichen Tag das Angebot der Beigeladenen zur interimswisen Leistungserbringung angenommen.

Am 28.04.2022 habe Herr xxxxx von der Vergabestelle eine E-Mail der Verfahrensbevollmächtigten der ASt erhalten, in der die Interimsvergabe gerügt worden sei und auf ein beiliegendes Schreiben verwiesen worden sei. Diese E-Mail habe aber keine Anlage enthalten.

Die Vergabestelle sei insoweit durch die Verfahrensbevollmächtigten über die Möglichkeiten einer Interimsbeauftragung beraten worden.

Der Antrag auf Nachprüfung sei bereits unzulässig, soweit nicht die Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 2 GWB begehrt werde.

Allerdings hätten die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 GWB für die Interimsvergabe vorgelegen. Durch den Nachprüfungsantrag und dem daraus resultierenden Zuschlagsverbot im Hauptsachverfahren habe auf unbestimmte Zeit das Fehlen eines Impfangebotes gedroht. Die Vergabestelle habe dies weder voraussehen können noch durch früheres Handeln verhindern können. Die Vergabestelle habe bei der Umsetzung des Beschlusses der Bayerischen Staatsregierung keine Zeit verloren und das Vergabeverfahren in der Haupt-

sache äußerst stringent und unter Ausnutzung verkürzter Fristen durchgeführt. Die Dringlichkeit sei daher weder voraussehbar noch im Sinne eines vorwerfbaren Verhaltens der Vergabestelle zurechenbar. Da der Nachprüfungsantrag erst am 25.04.2022 gestellt worden sei, wäre es unmöglich gewesen, ein reguläres EU-weites Vergabeverfahren durchzuführen.

Hinzu komme das Risiko eines weiteren Verfahrensangriffes durch eine der Beteiligten. Daher sei die Vergabestelle berechtigt gewesen, den Vertrag ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr.3 VgV zu vergeben. Damit liege eine Erlaubnis für eine Auftragsvergabe ohne EU-weite Veröffentlichung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vor. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin gebe es keine weiteren ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale, die erfüllt sein müssten.

Der Vergabestelle sei auf jeden Fall kein vergaberechtlicher Vorwurf zu machen, dass sie die interimswise Überbrückung durch ein Verhandlungsverfahren mit nur einem Wettbewerber vergeben hat. Bei sehr kurzen Laufzeiten bis zu drei Monaten könne der Bieterkreis bei einer Interimsvergabe auf ein Unternehmen beschränkt werden (VK Rheinland – Pfalz, Beschluss vom 22.05.2014, VK 1-7/14).

Zudem sei die Vergabestelle bestrebt, keinen weiteren Auftragnehmerwechsel nach der Neuvergabe zu benötigen. Denn der Wechsel bedeute aufgrund des Abbaus und Aufbaus eine Unterbrechung der Impfkapazität von mehreren Tagen. Die Vergabestelle sei überzeugt, dass bei der EU-weiten Ausschreibung der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden müsse. Die Beteiligung weiterer Unternehmen im Rahmen des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb hätte aber dazu führen können, dass ein anderes Unternehmen die Interimszeit durchführen wird.

Die EU-weite Ausschreibung habe ergeben, dass nur die Beigeladene und die Antragstellerin annehmbare Angebote abgegeben hätten. Daher sei eine Beteiligung dritter Unternehmen für die Vergabe des Interimszeitraumes weder sinnvoll noch notwendig.

Für den Fall, dass die Antragstellerin neben der Beigeladenen bei der Interimsvergabe beteiligt worden wäre, sei zu befürchten gewesen, dass auch die Interimsbeauftragung durch ein weiteres Nachprüfungsverfahren verhindert wird. Dies hätte die Handlungsfähigkeit der Vergabestelle beeinträchtigt und ein staatliches Impfzentrum wäre in xxxxx nicht betrieben worden. Wahrscheinlich hätte aber auch die Beigeladene die Interimsvergabe torpediert, wäre sie dafür nicht ausgewählt worden. Daher habe sich die Vergabestelle für eines der beiden Unternehmen entscheiden müssen. Die Entscheidung sei zugunsten der Beigeladenen ausgefallen, da sie den Wettbewerb in der Hauptsache gewonnen habe.

Unter Berücksichtigung dieser tatsächlichen Zwänge sei im vorliegenden Fall eine übermäßige und ungerechtfertigte Einschränkung des Transparenz- und Wettbewerbsprinzips nicht anzunehmen.

Der Nachprüfungsantrag sei daher unbegründet.

## 9.

Mit Schriftsatz vom 16.05.2022 beantragten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ergänzend:

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, den der Beigeladenen erteilten Interimsvertrag durchzuführen,
2. der Antragstellerin erweiterte Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren.

An dem Antrag zu Ziffer 3) im Nachprüfungsantrag vom 29.04.2022 werde nicht mehr festgehalten, da die Interimsbeauftragung de facto bereits erfolgt sei.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Vergabekammer mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen könne, wenn die Rechte der Antragstellerin auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet seien. Der Vergabekammer stehe es hiernach offen, der Antragsgegnerin einstweilen zu untersagen, den erteilten Auftrag durchzuführen (unter Verweis auf OLG Düsseldorf, B.v. 16.11.2016, VII-Verg 40/16; OLG Rostock, B.v. 21.07.2017, 17 Verg 3/17). Das sei hier der Fall, weil der Interimsauftrag hier bereits direkt an die Beigeladene vergeben sei; der Vertrag sei jedoch aus mehreren Gründen fehlerhaft und unwirksam.

Der Interimsvergabevertrag sei nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam, da § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, der eine Vergabe ohne vorherige Ausschreibung ermögliche, nicht zur Anwendung komme. Die Vergabestelle könne sich nicht auf eine Dringlichkeit im Hinblick auf die Vermeidung von Nachprüfungsverfahren berufen, weil die Einleitung von Nachprüfungsverfahren ihr aufgrund offener Vergabeverstöße, insbesondere der zunächst unterbliebenen Preisaufklärung, zurechenbar sei. Zudem ermögliche § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht den vollständigen Verzicht auf Wettbewerb, zumal keine besonderen Gründe vorlägen, die für eine Direktvergabe sprechen bzw. die dafür sprechen, dass nur die Beigeladenen den Auftrag erfüllen könnten. Es hätten alle geeigneten Bieter des vorangegangenen Hauptsacheverfahrens beteiligt werden müssen.

Wenn ein Fall vorliege, in dem zulässigerweise nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden kann, dann komme hierfür nur der Bestandsdienstleister in Betracht. Es sei rechtsstaatswidrig, dass die Vergabestelle die Direktvergabe mit der Vermeidung von Nachprüfungsverfahren begründe, zumal in Fällen der erlaubten Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung keine Informations- und Wartepflicht der Vergabestelle bestehe. Weitere Gründe, die für den vollständigen Verzicht auf Wettbewerb angeführt werden könnten, seien weder ersichtlich noch von der Vergabestelle vorgetragen oder dokumentiert. Aufgrund dieser Fehler sei der Interimsvertrag nicht nur unwirksam, sondern auch nichtig (nach § 134 BGB).

Der Interimsvertrag sei auch gem. § 138 BGB sittenwidrig, da hinsichtlich der Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle ein Interessenkonflikt und damit ein Mitwirkungsverbot nach § 6 Abs. 1 VgV bestehe. Denn diese hätten die Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren vertreten und auch sonst, im Rahmen der Interimsvergabe, beraten und würden die Beigeladene auch - als Antragstellerin - in einem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer xxxxx vertreten. Es komme für die Vermutung eines Interessenkonflikts gem. § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV nicht auf eine konkrete mandatsbezogene Tätigkeit im gegenständlichen Verfahren an (unter Verweis auf VK Saarland, B.v. 09.09.2019, 2 VK 01/2019). Maßnahmen zur Widerlegung der Vermutung eines Interessenkonflikts habe die Vergabekammer weder vorgetragen noch seien solche ersichtlich.

**10.**

Mit Schriftsatz Ihrer Bevollmächtigten vom 20.05.2022 nahm die Vergabestelle erneut Stellung. Die Argumentation, weshalb hier eine Direktvergabe der Beigeladenen zulässig gewesen sei, wurde insoweit vertieft. Im Hinblick auf den vorgetragenen Interessenkonflikt wurde ausgeführt, dass im Rahmen der Interimsvergabe keine Beratung der Vergabestelle durch die im Rahmen des insoweitigen Nachprüfungsverfahrens Bevollmächtigten stattgefunden habe. Zwischen den Bevollmächtigten und ..... habe zu keinem Zeitpunkt eine Kommunikation stattgefunden und man habe zu keinem Zeitpunkt die Aussage, eine Interimsvergabe an die Antragstellerin sei nicht möglich, gegenüber der ..... geäußert. Man habe lediglich allgemein die Möglichkeiten einer Interimsvergabe dargelegt.

**11.**

Mit Schriftsatz vom 25.05.2022 kündigten die Bevollmächtigten der Beigeladenen folgende Anträge für die mündliche Verhandlung an:

1. den Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB unter Ziffer 1 des Schreibens der Antragstellerin vom 16.05.2022 zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Bevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Der Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB sei unstatthaft, da nur Maßnahmen zulässig seien, soweit Rechte der Antragstellerin in einem „laufenden Vergabeverfahren“ gefährdet seien. Die Voraussetzungen eines „laufenden Vergabeverfahrens“ würden nicht vorliegen, da die Interimsvergabe mit der Zuschlagserteilung bereits abgeschlossen sei. Zunächst bleibe der Vertrag bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vergabekammer schwebend wirksam.

Die VK Rheinland (Beschluss vom 28.01.2020, VK 3/20) und die VK Südbayern (Beschluss vom 03.05.2021, 3194.Z3-3\_01-21-26) hätten daher richtigerweise entschieden, dass eine Gefährdung im Sinne des § 169 Abs. 3 Satz 1 GWB in einem abgeschlossenen Vergabeverfahren nicht vorliegen würde.

Zudem seien nach dem Wortlaut des § 169 Abs. 3 Satz 1 GWB nur vorläufige Maßnahmen zulässig. Soweit die Antragstellerin begehrt, der Antragsgegnerin aufzugeben, die Durchführung des der Beigeladenen erteilten Interimsvertrages zu unterlassen, handele es sich nicht mehr um eine vorläufige Maßnahme.

Zudem sei der Antrag der Antragstellerin nach § 169 Abs. 3 GWB unbegründet, da die vorzunehmende Interessensabwägung nicht zugunsten der Antragstellerin ausfallen würde. Das überragend wichtige Rechtsgut des Gesundheitsschutzes würde überwiegen.

## **12.**

Mit Schriftsatz Ihrer Bevollmächtigten vom 25.05.2022 nahm die Antragstellerin ergänzend Stellung. Insbesondere wurde folgendes ausgeführt: Es sei aus der Vergabedokumentation nicht erkennbar, ob die Beigeladene als X1 oder als X2 firmiere.

## **13.**

In der mündlichen Verhandlung am 31.05.2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Parteien bekräftigen ihre schriftsätzlich gestellten Anträge.

## **14.**

Die Vergabekammer hat am 31.05.2022 nach der mündlichen Verhandlung auf Grundlage von § 169 Abs. 3 Satz 1 GWB beschlossen, der Vergabestelle zu untersagen, die Dienstleistungen der Beigeladenen auf der Grundlage des bereits geschlossenen Interimsvertrages

vom 25.04.2022 zum Betrieb eines Impfzentrums / mobile Impfteams ab dem xx.xx.xxxx weiter anzunehmen bzw. den Interimsvertrag vom 25.04.2022 durch die Inanspruchnahme der Verlängerungsoption fortzuführen. Weiter wurde beschlossen, dass die Vergabestelle bei fortbestehender Absicht interimweise ein Impfzentrum zu betreiben bzw. mobile Impfteams einzusetzen, verpflichtet wird, unter Beachtung von Teil 4 GWB für den Zeitraum ab xx.xx.xxxx mindestens unter Beteiligung der Antragstellerin und der Beigeladenen ein eigenständiges Wettbewerbsverfahren „light“ durchzuführen.

**15.**

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

**Begründung:**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**a)**

Beigeladene in diesem Verfahren ist die X2. Insoweit hat eine Berichtigung von Amts wegen zu erfolgen. Die Beigeladene firmiert seit xxxx unter X2 (vorher X1). Ein entsprechender Handelsregisterauszug, der den Sachverhalt belegt, lag dem Angebot bei. Es ist daher nicht zweifelhaft, wer die „richtige“ juristische Person tatsächlich ist, die das Angebot abgegeben hat. Die Beigelade sollte zukünftig darauf achten, dass sie die entsprechenden Formblätter bei der Angebotsabgabe korrekt ausfüllt, damit solche Unklarheiten nicht auftreten.

**b)**

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

**c)**

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

**d)**

Bei der ausgeschriebenen Dienstleistung handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB.

**e)**

Der Auftragswert übersteigt auch für die Interimsvergabe den Schwellenwert. Eine Auftragswertberechnung war der Vergabedokumentation nicht beigelegt. Nachdem die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin aus dem offenen Verfahren auch für die Interimsvergabe abgefragt hat, sind auch alle Optionen (auch für die optionale Verlängerung für den Monat ..... ) gem. § 3 Abs. 1 VgV zu berücksichtigen.

**f)**

Die ASt ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat gegenüber der Vergabestelle deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie an der Durchführung einer Interimsbeauftragung Interesse hat. Mit der Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages hat sie zudem glaubhaft dargelegt, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung, dass kein wettbewerbliches Verfahren bei der Interimsbeauftragung durchgeführt wurde, ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

**g)**

In Bezug auf die beantragte Feststellung der Unwirksamkeit des de facto vergebenen Interimsvertrages gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist eine Rüge gem. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB entbehrlich, so dass es nicht darauf ankommt, ob die Rüge vom 27.04.2022, adressiert an ....., ordnungsgemäß per E-Mail übermittelt wurde.

Eine Rügeverpflichtung der Antragstellerin in Bezug auf den Interessenkonflikt gem. § 6 VgV war insoweit entbehrlich, da die Antragstellerin erst im laufenden Nachprüfungsverfahren RMF-SG21-9194-7-13 am 06.05.2022 (Antragserwiderung der Vergabestelle) Kenntnis erlangte, dass die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle die Beigeladene in einem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer xxxxx betreuten. Nachdem der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag bereits am 29.04.2022 gestellt wurde, konnte die Antragstellerin ohne weitere Rüge den Verstoß gegen § 6 VgV in dieses Nachprüfungsverfahren einführen.

**h)**

Der bereits auf das Angebot der BGI erteilte Zuschlag vom 27.12.2021 steht der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens nicht entgegen im Sinne von § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB, da der Nachprüfungsantrag nach der erfolgten de-facto-Vergabe auf Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags gemäß § 135 GWB gerichtet ist.

**i)**

Der Nachprüfungsantrag ist innerhalb der Ausschlussfristen von § 135 Abs. 2 GWB gestellt worden.

**2.**

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Interimsbeauftragung der Beigeladenen ohne Beteiligung der Antragstellerin und ohne jeden Wettbewerb war vergaberechtswidrig und führt zur Unwirksamkeit der am 25.04.2022 geschlossenen Interimsvereinbarung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Zudem liegt auch ein Verstoß gegen § 6 VgV vor, der dazu führt, dass die Interimsvergabe auch insoweit an einem vergaberechtlichen Mangel leidet.

**a)**

Nach Auffassung der Vergabekammer lagen bei der Interimsvergabe die tatbestandlichen Voraussetzungen der Dringlichkeitsvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV zwar vor. Es bestanden äußerst dringende, zwingende Gründe, die auch bei maximaler Abkürzung der vorgesehenen Fristen für das offene und das nicht offene Verfahren sowie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb deren Einhaltung nicht zulassen.

Es bestand die vom bayerischen Ministerrat angeordnete Pflicht zum Weiterbetrieb eines staatlichen Impfzentrums über dem 30.04.2022 hinaus (siehe Anlage xxx). Die Vergabestelle musste bereits für das offene Vergabeverfahren die Angebotsfrist gem. § 15 Abs. 3 VgV wegen der kurzfristigen staatlichen Vorgabe der Staatsregierung auf 15 Tage verkürzen. Nachdem ein Nachprüfungsverfahren gegen die Vergabe im offenen Verfahren am 25.04.2022 eingeleitet wurde, aber die Vorhaltung bzw. der Betrieb eines staatlichen Impfzentrums auch nach dem 30.04.2022 weiter notwendig war, erachtet die Vergabekammer für die Interimsvergabe die Voraussetzungen gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für gegeben. Der Zeitraum zwischen dem 25.04.2022 und dem 02.05.2022 reichte keinesfalls für ein weiteres offenes Vergabeverfahren mit verkürzter Angebotsfrist. Es kann der Vergabestelle auch nicht zugerechnet werden, dass ein Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung im offenen Verfahren eingereicht wurde. Die Vergabestelle hatte keine Möglichkeit, das offene Verfahren früher auszuschreiben und es liegt nicht in ihrem Einwirkungsbereich, ob ein Bieter einen Antrag auf Nachprüfung stellt.

**b)**

Auf Rechtsfolgenseite sieht die Ausnahmeregelung des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV allerdings keine gebundene Direktvergabe ohne jeden Wettbewerb, sondern eine Ermessensentscheidung vor, die sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen muss. Der Eingriff in den Wettbewerb ist so gering wie möglich zu halten. Dies betrifft einerseits Umfang und Laufzeit des Auftrags, andererseits die Gewährleistung von so viel Wettbewerb wie möglich ("Wettbewerb light"). Hierzu sind in der Regel mehrere Angebote einzuholen (OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021, 17 Verg 4/21).

Die Vergabestelle hat keinen nachvollziehbaren Grund vorgetragen, weshalb sie nicht zumindest auch die Antragstellerin, die ein annehmbares Angebot im offenen Verfahren abgegeben hat und als Bestandsdienstleisterin bis xx.xx.xxxx für die Vergabestelle tätig war, zur Abgabe eines Interimsangebotes aufgefordert hat. Hätte nämlich die Antragstellerin das wirtschaftlichste Interimsangebot abgegeben, dann wäre zunächst gar kein Auftragnehmerwechsel notwendig geworden. Zudem ist ein zusätzlicher Koordinierungsaufwand für die Vergabestelle kein Sachgrund, völlig auf jeden Wettbewerb zu verzichten.

Unzutreffend ist auch die Behauptung der Antragstellerin, dass bei Beteiligung von Antragstellerin und Beigeladener (oder weiterer Bieter) diese die Interimsvergabe mit einem Nachprüfungsantrag torpedieren hätten können. Soweit die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorliegen, entfällt nach § 134 Abs. 3 Satz 1 die Informationspflicht und es kann ohne Wartepflicht der Interimsvertrag geschlossen werden. Nach § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden und ein Antrag auf Nachprüfung wäre in einem solchen Fall nicht zulässig. Dabei könnte die Vergabekammer eine von der Vergabestelle hinterlegte Schutzschrift berücksichtigen (§ 163 Abs. 2 Satz 1 GWB).

Dieser Verstoß der Vergabestelle, auf jeglichen Wettbewerb zu verzichten, führt zur Unwirksamkeit des Zuschlags (OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021, 17 Verg 4/21). Die Antragstellerin, die ein annehmbares Angebot im offenen Verfahren abgegeben hat und als Bestandsdienstleisterin ihre noch aufgebaute Infrastruktur bei der Angebotslegung hätte berücksichtigen können, hätte nach Auffassung der Vergabekammer in jedem Fall zu einem Angebot für die Interimsvergabe aufgefordert werden müssen.

Der Auffassung der VK Rheinland – Pfalz, (Beschluss vom 22.05.2014, VK 1-7/14) schließt sich die Kammer nicht an. Auch bei einer äußerst dringlichen Vergabe gem. § 14

Abs. 4 Nr. 3 VgV ist für die Interimsvergabe grundsätzlich ein Wettbewerb zwischen mehreren Bietern zu gewährleisten. Nachdem das Ergebnis im vorangegangenen offenen Vergabeverfahren ergeben hat, dass zwei annehmbare Angebote vorliegen, hätten zumindest diese beiden Wirtschaftsteilnehmer zur Abgabe eines Angebotes für die Interimsvergabe aufgefordert werden müssen.

**c)**

Zudem führt auch die Beratung der Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle bei Durchführung der Interimsvergabe zur Unwirksamkeit des Interimsauftrages. Es liegt ein Verstoß gegen § 6 VgV vor, denn die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle haben die Beigeladene in einem anderen Nachprüfungsverfahren anwaltlich beraten und sind zugleich im gegenständlichen Interimsvergabeverfahren als Beschaffungsdienstleister der Vergabestelle aufgetreten.

Die Bevollmächtigten der Vergabestelle haben in ihrem Schriftsatz vom 06.05.2022 (Seite 4) ausgeführt, dass sie die Vergabestelle über die Möglichkeit einer Interimsbeauftragung beraten haben. Die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle sind somit Beschaffungsdienstleister gem. § 6 Abs. 1 VgV. Denn der Begriff Beschaffungsdienstleister ist weit zu verstehen und erfasst auch den Rechtsanwalt des Auftraggebers, der bei der Durchführung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber berät.

Nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV wird ein Interessenkonflikt vermutet, wenn eine in § 6 Abs. 1 VgV genannte Person den Bieter oder Bewerber berät, unterstützt oder in einem Vergabeverfahren vertritt. Die Regelung des § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV bezieht sich nicht nur auf eine Unterstützung im konkreten Vergabeverfahren, sondern maßgeblich ist die grundsätzliche Unterstützung des Bieters. Maßgebend ist also nicht die Unterstützung in dem gleichen Vergabeverfahren, sondern das durch eine grundsätzliche Unterstützung des Bieters/Bewerbers begründete Näheverhältnis zu diesem (Schneider in Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 7. Auflage, § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV, Rn. 48).

Die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle haben die Beigeladene zeitgleich in einem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer xxxxx vertreten. Somit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV vor.

Es ist dann Sache des öffentlichen Auftraggebers, diese Vermutung auszuräumen, indem er nachweist, dass trotz des bestehenden Näheverhältnisses im konkreten Fall entweder kein Interessenkonflikt besteht oder sich die die Vermutung auslösende Eigenschaft der

Person nicht auf die Entscheidungen im Vergabeverfahren ausgewirkt haben (Schneider in Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 7. Auflage, § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV, Rn. 60).

In der vorgelegten Vergabedokumentation gem. § 8 VgV finden sich keinerlei Nachweise, dass sich die Vergabestelle überhaupt mit der Problematik auseinandergesetzt hat. Bloße Behauptungen, keinen Einfluss auf das Interimsvergabeverfahren genommen zu haben, die noch nicht einmal in der Vergabeakte dokumentiert sind, widerlegen nicht den „bösen Schein“.

Der Verstoß gegen § 6 VgV führt somit ebenfalls dazu, dass die Interimsbeauftragung vergaberechtswidrig ist.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

**a)** Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen sowohl in der Hauptsache als auch im Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

**b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

**c)** Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, sodass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

**d)** Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keinen Antrag in der Hauptsache des Nachprüfungsverfahrens gestellt und auch keine Ausführungen dazu gemacht. Daher hat sie kein Kostenrisiko übernommen. Zum Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB hat die Beigeladene zwar einen Antrag gestellt und das Verfahren insoweit gefördert. Aus Gründen der Billigkeit, weil sie sich in der Hauptsache nicht in diesem Nachprüfungsverfahren geäußert hat, sieht die Kammer von einer Kostenbeteiligung der Beigeladenen ab.

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

Im Hinblick auf den in der Bekanntmachung vom xx.xx.xxx veröffentlichten Gesamtauftragswert und einen durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von xxxx,- €. Bei der Gebührenberechnung wurde eine Wahrscheinlichkeit von 50 % angesetzt, dass die Optionen zur Ausführung kommen. Durch den zusätzlichen Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB erachtet die Vergabekammer eine Gebührenerhöhung durch den zusätzlichen Aufwand in Höhe von x.xxx,- € für angemessen.

**f)**

Soweit ein Kostenvorschuss von der Antragstellerin geleistet wurde, wird dieser nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....

..... ist

verhindert, zu unterschreiben