

Im **Dienstleistungsbereich** können Gebäudereinigungsverträge,³⁰ Bewachungsdienstleistungen,³¹ Leistungen zur Berufsausbildung in einer außerbetrieblichen Einrichtung,³² laborärztliche Leistungen,³³ Postdienstleistungen,³⁴ Abfall-Entsorgungsdienstleistungen³⁵ oder Standard-Policen über Gebäudeversicherungen³⁶ als Beispiele angeführt werden.

»Offenes« Verfahren bedeutet, dass der **Zugang auch wirklich »offen«** sein muss. Die Verknüpfung zweier Offener Vergabeverfahren dergestalt, dass jeweils die Teilnahme an dem einen Verfahren die Teilnahme an dem anderen Verfahren ausschließt, stellt einen schweren Vergabeverstöß dar.³⁷

IV. Erforderlichkeit ausreichender Zeitplanung

Die Vergabestelle hat ganz prinzipiell bei der Konzeption eines Vergabeverfahrens schon die Folgevergabe in den Blick zu nehmen und dabei immer mögliche Behinderungen dieses Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Es kommt nicht darauf an, dass die Vergabestelle den konkreten Grund der Verzögerung noch nicht kennt, sondern es genügt, dass der Ablauf eines Vergabeverfahrens vielfältigen Verzögerungen ausgesetzt sein kann.³⁸ Die Veranstaltung insbesondere eines **europaweiten Offenen Verfahrens** mit einer Angebotsfrist von regelmäßig allein 30 Tagen führt summa summarum erfahrungsgemäß zu einem Zeitaufwand von **ca. 3–4 Monaten**.

- 30 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung
- Öffnung der Angebote und Auswertung
- Genaue Vollständigkeitsprüfung und rechnerische Prüfung (ggf. Rückfragen beim Bieter und Klärung rechtlicher Fragen)
- Absendung der § 134 GWB-Vorabinformationsschreiben mit 15- bzw. mindestens 10-tägiger Wartefrist (nach Zustimmung aller Gremien)
- Zuschlag

Man beachte im Rahmen der **Bemessung der Angebotsfrist im EU-Verfahren von mindestens 30 Tagen**, dass die Rechtsprechung auf folgendem Standpunkt steht: Auch in einem ganz normalen Vergabeverfahren über eine Dienstleistung kann durch die Wahl einer zu kurzen Angebotsfrist der bisherige Leistungserbringer übervorteilt

30 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.11.2005 (VII-Verg 59/05); VK Bund, Beschl. v. 30.11.2005 (VK 3–142/05); VK Berlin, Beschl. v. 14.09.2005 (VK-B1–43/05).

31 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.07.2005 (VII-Verg 38/05).

32 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.07.2007 (VII-Verg 25/07); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006 (VII-Verg 37/06); VK Bund, Beschl. v. 12.07.2005 (VK 3–70/05).

33 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.09.2006 (1 Verg 3/06).

34 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.06.2006 (VII-Verg 18/06); VK Düsseldorf, Beschl. v. 14.06.2005 (VK-04/2005-L).

35 VK Lüneburg, Beschl. v. 08.05.2006 (VgK-07/2006).

36 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2000 (Verg 3/00), VergabeR 2001, 45.

37 VK Berlin, Beschl. v. 14.09.2005 (VK-B1–43/05).

38 So ausdrücklich: OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.11.2022 (11 Verg 5/22).

werden.³⁹ Es ist also eher zu prüfen, ob die Frist nicht über diese Mindestfrist von 30 Tagen ausgedehnt wird. Im **nationalen Vergabeverfahren** werden erfahrungsgemäß ca. 18–21 Tage Angebotsfrist ausreichen. Zu knappe Fristsetzungen sind im Übrigen, egal, ob EU-weites oder nationales Vergabeverfahren, **förderschädlich**.

- 40 Im Einzelnen existieren zwar noch **Fristverkürzungsmöglichkeiten** (z.B. durch die Vorinformation [Art. 48 I VKRL 2014/24/EU]), jedoch sind je nach ausschreibender Institution noch die Beteiligungs- bzw. Anhörungsrechte (z.B. des Rechnungsprüfers, des Vergabe-, Bau- und/oder Hauptausschusses, des Vorstandes etc.) einzukalkulieren. Feiertage, Urlaubszeit etc. tun ein Übriges.

► **Merke:**

- 41 Diese zu Verzögerungen führenden Gesichtspunkte bilden jedoch grundsätzlich keine Argumentationsgrundlage, auf ein europaweites Offenes Verfahren zu verzichten. Es existiert im Gegenteil eine Spruchpraxis der Nachprüfungsorgane, die verlangen, dass neben einer großzügig bemessenen Dauer des Vergabeverfahrens zumindest auch die reguläre Entscheidungsfrist einer Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren, die 5 Wochen beträgt, einkalkuliert wird.⁴⁰ Nach teilweise vorzufindender Auffassung muss der öffentliche Auftraggeber sogar die Dauer eines sofortigen Beschwerdeverfahrens einberechnen.⁴¹ Keinesfalls jedoch darf die Vergabestelle durch Festlegen des Vertragsbeginns einen Zeitplan derart zuspitzen, dass eine aufgrund nachprüfbarer Tatsachen nicht zu rechtfertigende Dringlichkeit entsteht.⁴² Notfalls kann und muss der öffentliche Auftraggeber lediglich die Bereitstellung der Finanzmittel abwarten und auf erst noch herbeizuführende, die Ausschreibungsreife erst vollendende Umstände in der Bekanntmachung hinweisen, wenn anderweitig Gefahr besteht, dass mit einem danach erst beginnenden Vergabeverfahren eine Bedarfsdeckung keinesfalls mehr sichergestellt werden kann.
- 42 Besonders große Vorsicht ist bei der Rechtfertigung von Abweichungen vom Offenen Verfahren in Fällen **vermeintlicher »Dringlichkeit«** geboten. Sie ist unter Orientierung an der noch immer gültigen Grundsatzentscheidung des EuGH aus dem Jahre 1993⁴³ gut zu begründen und auch die Umstände der Handhabung dieser Beschaffung sollten dies plausibel machen.⁴⁴ Das OLG Schleswig⁴⁵ hat insoweit zu Recht hervorgehoben, dass für ein durch »Dringlichkeit« begründetes Abweichen vom Offenen

39 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.06.2013 (VII-Verg 4/13).

40 VK Hamburg, Beschl. v. 05.06.2014 (VgK FB 6/14); VK Nordbayern, Beschl. v. 01.03.2013 (21.VK-3194–08/13).

41 So: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.03.2015 (15 Verg 9/14).

42 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.06.2015 (Verg 39/14).

43 EuGH, Urt. v. 02.08.1993 (Rs. C-107/92).

44 VK Bund, Beschl. v. 20.07.2022 (VK 2–60/22).

45 Mit Hinweis auf das Wettbewerbsprinzip: OLG Schleswig, Beschl. v. 04.05.2001 (6 Verg 2/01 – »Rinderuntersuchung«).

Vergabeverfahren (öffentliche Ausschreibung) oder vom Nichtoffenen Verfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb erforderlich ist, dass **Umstände** vorliegen, die nicht von der Vergabestelle vorherzusehen oder zu vertreten sind und die kausal dazu führen, dass die Zeit zur Durchführung eines (gegebenenfalls beschleunigten) Offenen Verfahrens fehlt. Wichtig ist insbesondere die **Prüfung des Kausalzusammenhangs** zwischen dem **unvorhersehbaren Ereignis** und den sich daraus ergebenden **dringlichen, zwingenden Gründen**, aus denen heraus die Fristen (auch nicht diejenigen für die sog. Beschleunigten EU-weiten Verfahren) nicht eingehalten werden können.

Das bedeutet: Die Noteindeckung des durch einen Sturm abgedeckten Daches kann als Maßnahme einer sog. »Gefahr im Verzuge« durchaus ohne jeden Wettbewerb beauftragt werden – nicht jedoch die Beseitigung der Folgeschäden (Ersetzungen im Trockenbau, Maler- und Tapezierarbeiten), die durch bereits erfolgten Wassereintritt entstanden sind. Die Abwehr der unmittelbar durch eine Pandemie entstehenden Gesundheitsgefahren (Kauf von 2 Mio. Litern Desinfektionsmittel) kann im Extremfall ohne jeden Wettbewerb ablaufen, nicht jedoch die Entscheidung, die danach monate- und jahrelang im Online-Modus zu Beschulenden mit Laptops auszustatten.

Von ihrem Charakter her **lang angelegte Beschaffungsmaßnahmen**, die auch schon zu einem früheren Zeitpunkt hätten in die Wege geleitet werden können (»verschleppter Verwaltungsvorgang«), erfüllen nicht den Tatbestand der Dringlichkeit.⁴⁶ Verfahrensalternativen und Verkürzungsmöglichkeiten sind zu prüfen.⁴⁷ Fehlerhafte Zeitplanung kann auch zur Haftung des Ingenieurbüros wegen Fördermittel-Rückzahlungsschäden führen.⁴⁸ Die insofern maßgeblichen Gesichtspunkte sind von der Vergabestelle darzulegen, um die »Unzweckmäßigkeit« einer Öffentlichen Ausschreibung zu begründen. Die Beweislast trifft die ausschreibende Stelle.⁴⁹

In der **Sondersituation** betreffend die **Flüchtlinge** hatte das **BMWi** verschiedene **Rundschreiben** verfasst.⁵⁰ Auf diese ist auch im Rahmen der **Corona- und Ukraine-Krise** zurückgegriffen worden. Danach ist der Verzicht auf die EU-weite Bekanntmachung nur zulässig,

- wenn ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt,
- dringliche und zwingende Gründe bestehen
- und ein kausaler Zusammenhang zwischen dem unvorhergesehen Ereignis und der Unmöglichkeit, die Fristen einzuhalten, existiert.

46 OLG Naumburg, Beschl. v. 10.11.2003 (1 Verg 14/03), betreffend Maßnahmen zur Förderung der Existenzgründung. So auch die Ausgangslage im Fall des OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.03.2015 (15 Verg 9/14).

47 VK Niedersachsen, Beschl. v. 13.08.2014 (VgK-29/2014).

48 OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.08.2015 (23 U 13/13).

49 OLG Naumburg, Beschl. v. 10.11.2003 (1 Verg 14/03).

50 BMWi-Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 (19.03.2020); Rundschreiben vom 09.01.2015 und vom 24.08.2015 (Az.: IB6–270100/14). Vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission (2020/C 108 I/01).

- 43 Diese Kriterien werden in den Rundschreiben des BMWI (heute: BMWK) näher erläutert. Aufgrund der **Plötzlichkeit der Ereignisse** (Flüchtlinge, Gesundheitsgefahren durch die Pandemie, Lieferkettenprobleme) dürften zumindest für die damit zur unmittelbaren Folgenbeseitigung notwendigen **Sofortmaßnahmen** regelmäßig sowohl das Tatbestandsmerkmal »unvorhergesehenes Ereignis« als auch »dringliche und zwingende Gründe« im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen zur Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen erfüllt sein.

Gleichwohl stellt selbst eine festgestellte, kausale Dringlichkeit als Sofortmaßnahme keinen Freibrief für einen kompletten Wettbewerbsverzicht dar. Vielmehr ist in jedem Falle einzeln zu beurteilen, ob bzw. wie viel Wettbewerb auch außerhalb eines geregelten Vergabeverfahrens möglich ist. Auch in den Fällen der sog. Notvergabe gem. § 14 IV Nr. 3 VgV hat der öffentliche Auftraggeber **so viel Wettbewerb wie jeweils möglich** sicherzustellen; er muss daher regelmäßig mehrere Angebote einholen und so mindestens »**Wettbewerb light**« initiieren.⁵¹ Insbesondere ist auch eine dringliche Interimsbeauftragung rechtswidrig, wenn zwei geeignete Vorauftragnehmer zur Verfügung stehen, jedoch nur einer davon um ein Interims-Angebot gebeten wird.⁵²

► **Merke:**

Der Vorschriftengeber kennt zwei Formen der Dringlichkeit, und zwar die »normale Eilbedürftigkeit« (»hinreichend begründete Dringlichkeit«) und die »außerordentliche Eilbedürftigkeit« (»äußerst dringliche, zwingende Gründe«).

»Äußerste Dringlichkeit« bezeichnet eine Situation, in der entweder eine akute Havarie vorliegt oder in der eine allgemeine Notlage besteht, die ein äußerst schnelles Handeln zur Beseitigung oder unmittelbaren Linderung der Folgen erforderlich macht, das keinerlei förmliche, an Bekanntmachungs- und Bewerbungsfristen gebundene Vergabe möglich macht.

»Normale Dringlichkeit« erlaubt entweder ein Beschleunigtes Offenes, Nichtoffenes bzw. Verhandlungsverfahren mit ex-ante-EU-Bekanntmachung oder zumindest eine unförmliche Angebotseinholung (»Verhandlungsverfahren light«) mit Offerten von 3 Unternehmen. Bei dieser Auswahl von Unternehmen ist der öffentliche Auftraggeber prinzipiell frei.⁵³

- 44 Umstritten ist die Berufung auf den Grund der »Dringlichkeit« in speziellen Fällen von **Interimsvergaben**, in denen die ausschreibende Stelle als Veranstalterin des Ausschreibungsverfahrens mit jederzeitiger Abhilfemöglichkeit die **Dringlichkeitssituation letztlich immer zu vertreten oder mindestens mit zu vertreten** hat. Die Rechtspre-

51 OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.11.2022 (11 Verg 5/22); OLG Rostock, Beschl. v. 11.11.2021 (17 Verg 4/21); VK Nordbayern, Beschl. v. 31.05.2022 (RMF-SG21–3194–7–15).

52 VK Berlin, Beschl. v. 18.01.2022 (VK-B-1–52/21).

53 BayObLG, Beschl. v. 20.01.2022 (Verg 7/21).

chung ist hier gegen den eindeutigen Wortlaut gerichtet, dass die Dringlichkeit »auf keinen Fall« durch den Auftraggeber zu vertreten sein darf.⁵⁴

Der vom Auftraggeber gemäß § 323 BGB erklärte Rücktritt wegen nicht vertrags- 45
gemäß erbrachter Leistung führt zu der Situation, dass im Interesse des Grundsatzes der **Kontinuität lebens- oder zumindest funktionswichtiger Leistungen** eine nahtlose Weiterführung gegenüber den Nutzern auch nach einer Auflösung des laufenden Vertrages als erforderlich anzusehen ist. In derartigen Fällen kann der Auftraggeber zur Abwendung eines drohenden vertragslosen Zustandes infolge Dringlichkeit auf das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zurückgreifen. An den **Interimsverhandlungen** sind zumindest alle Bieter zu beteiligen, die ein wertbares Angebot abgegeben hatten.⁵⁵ Selbst solche zwingend notwendigen Interimsvergaben schließen die ordnungsgemäße Durchführung einer späteren regulären Ausschreibung im Offenen Verfahren nicht aus.⁵⁶ Sind jedoch die **Angebote** in den Fällen einer vermeintlichen Dringlichkeit, die auf einem Vergabenachprüfungsverfahren beruht, **noch nicht geöffnet** worden, so entsteht das **Problem der Ungleichbehandlung**, weil nicht klar ist, welcher der Bieter überhaupt ein wertbares Angebot abgegeben hat⁵⁷ und welcher der Bieter überhaupt geeignet ist. Hat z.B. ein unbekannter, nicht auf seine Eignung geprüfter Bieter an dem nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren teilgenommen, und sind die Angebote auch noch nicht geöffnet, so ist ein vergaberechtskonformer Ausschreibungswettbewerb im Interimsvergabeverfahren nicht möglich. Es wird richtigerweise freihändig an die (ggf. verschiedenen) bisherigen Leistungserbringer zu vergeben sein.

Es besteht insbesondere in der **Fallkonstellation einer Vergabeverzögerung durch 46
ein Nachprüfungs- und sofortiges Beschwerdeverfahren** das Problem, dass die **Vorschriftenlage nicht einmal einen Übergang in das wettbewerbliche Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erlaubt**. Nach dem eindeutigen Wortlaut darf die Dringlichkeitssituation »auf keinen Fall« durch den Auftraggeber verschuldet sein, was man im Fall eines Nachprüfungsverfahrens, das der öffentliche Auftraggeber jederzeit durch Abhilfe vermeiden bzw. beenden kann, eben gerade nicht sagen kann. Dies führt dann zu Gerichtsentscheidungen, die ein Verhandlungsverfahren erlauben, was aber gegen den eindeutigen und Ausnahmen nicht zulassenden Vor-

54 OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.01.2014 (11 Verg 15/13). Bestätigt durch: OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.11.2022 (11 Verg 5/22), unter Gegenpositionierung zu: KG, Beschl. v. 10.05.2022 (Verg 1/22) und OLG Bremen, Beschl. v. 14.12.2021 (2 Verg 1/21). Vgl. zur Verschuldensfrage in Bezug auf eine notwendige Interimsvergabe im Falle eines Vergabenachprüfungsverfahrens: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.03.2015 (15 Verg 9/14).

55 VK Lüneburg, Beschl. v. 03.07.2009 (VgK-30/2009).

56 Vgl. auch VK Bund, Beschl. v. 12.11.2012 (VK-1–109/12), zu der Dringlichkeit der Beschaffung im Fall nicht mehr lieferbarer Impfstoffe.

57 Nur diese Bieter dürften gemäß VK Lüneburg, Beschl. v. 03.07.2009 (VgK-30/2009), am Interimswettbewerb zu beteiligen sein.

schriftenwortlaut geschieht.⁵⁸ Nach teilweiser Auffassung soll lediglich im Falle einer ungewöhnlich langen Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in casu: ungewöhnlich hoher Arbeitsanfall bei der Vergabekammer) eine Dringlichkeit bestehen, die eine Interimsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertigen kann.⁵⁹ Rechtsschutzverfahren sind jedoch bei richtiger Betrachtung durch den öffentlichen Auftraggeber verschuldet, weil dieser bereits die Zeitplanung unter Berücksichtigung der Nachprüfungs- und sofortigen Beschwerdefrist in der Regel hätte einberechnen können, und er es außerdem jederzeit in der Hand hat, eine Abhilfe zu erteilen.⁶⁰ Er kann die Dringlichkeitssituation gleichermaßen unter dem Maßstab der neuen Vorschrift des § 14 IV Nr. 3 VgV »voraussehen«, und diese Umstände sind ihm auch »zuzurechnen«.

C. Nichtoffenes Verfahren/Beschränkte Ausschreibung

I. Merkmale und Regelungen

- 47 Das **Nichtoffene Verfahren** entspricht der Beschränkten Ausschreibung mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb. Dieses Vergabeverfahren **im Ober-Schwellenbereich** ist seit 2016 **in gleichberechtigter Weise** zulässig (§ 119 II GWB, § 14 II VgV, § 3a I VOB/A-EU). Daher kann es im Unterschied zur früheren Rechtslage (bis 2016) maximal um eine **ermessensgetragene Prüfung** und Entscheidung gehen, ob es unter dem Maßstab des Eigeninteresses an einem möglichst wirtschaftlichen Einkauf vertretbare Gründe gibt, die Anzahl der einzuholenden Angebote zu begrenzen,
- weil man sich bspw. gegen Anbieter wehren will, die zwar wirtschaftlich attraktive Angebote abzugeben in der Lage sind, bei denen jedoch die Sorge besteht, ob sie in einem Offenen Verfahren nicht mangels sog. k.o.-Kriterien als ungeeignet ausgeschlossen werden können, jedoch aus sachlichen Gründen eine **außergewöhnliche Leistungsfähigkeit** des Bieters für die konkret nachgefragte Leistung unabdingbar ist
 - oder weil der zur Angebotsprüfung notwendige **Aufwand** beim öffentlichen Auftraggeber als **unvertretbar groß** eingeschätzt wird (mglw. kostet die Angebotswertung durch einen externen Dienstleister pro Offerte 900,00 €)
 - oder weil das Offene Verfahren z.B. aus **Gründen der Dringlichkeit** heraus nicht opportun ist (im beschleunigten Nichtoffenen Verfahren können die Fristen für Teilnahmeanträge auf 15 Tage und für die Abgabe von Angeboten auf 10 Tage herabgesetzt werden)

58 OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.01.2014 (11 Verg 15/13): »Als zwingende und dringende Gründe kommen nach beiden Bestimmungen nur akute Gefahrensituationen in Betracht. Die die Dringlichkeit auslösenden Umstände dürfen dabei grundsätzlich nicht dem Auftraggeber zuzurechnen sein (Kulartz in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 3. Aufl., VOL/A – EG Rn. 76; ebenso Marx/Hölzl, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, § 6 SektVO, Rn. 14). An dieser Voraussetzung fehlt es hier zwar. (...)«.

59 VK Hamburg, Beschl. v. 05.06.2014 (VgK FB 6/14).

60 So: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.03.2015 (15 Verg 9/14).