

Update Vergaberecht

„Wettbewerb Light“ bei Dringlichkeitsvergabe

OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021, 17 Verg 4/21

Auftraggeber A beabsichtigte, den „Corona-Lockdown“ durch einzelne Öffnungsschritte abzumildern. Da eine Kontaktnachverfolgung in Papierform sich bei hohen Fallzahlen als zu aufwendig erwiesen hatte, suchte er nach einer elektronischen Möglichkeit und recherchierte im Internet nach Anwendungen zur digitalen Kontaktnachverfolgung. Danach befand er lediglich die Luca-App der Beigeladenen B für zuschlagsfähig, das Produkt des Antragstellers X fand er bei seiner Internetrecherche hingegen nicht. Daher beauftragte er ohne Ausschreibung und ohne Einholung weiterer Angebote die B. X hatte bereits fünf Monate vor dieser Beauftragung per E-Mail an die Staatskanzlei und kurz vor der Beauftragung erneut per E-Mail an die Ministerpräsidentin auf sein Produkt hingewiesen. X blieb mit einer Rüge und seinem Nachprüfungsantrag erfolglos. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer wendet er sich mit sofortiger Beschwerde.

Mit Erfolg! Das OLG stellt fest, dass hier die Direktvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB zur Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags führt. A könne sich nicht auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV berufen, wonach eine Direktvergabe erfolgen darf, wenn aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Denn mit einer bloßen Internetrecherche sei die behauptete Alleinstellung der Luca-App nicht zu überprüfen gewesen. Die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV hätten zwar vorgelegen, da auch die kürzesten Fristen eines Vergabeverfahrens nicht einzuhalten gewesen seien. Die Norm sehe jedoch keine zwingende Direktvergabe ohne jeden Wettbewerb, sondern eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messende Ermessensentscheidung vor. Der Eingriff in den Wettbewerb sei hierbei so gering wie möglich zu halten. Dies bedeute unter anderem die Gewährleistung von so viel Wettbewerb wie möglich, also eines „Wettbewerb light“. Hierzu seien in der Regel mehrere Angebote einzuholen. A habe hier nicht dokumentiert, dass dies aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen sei, durch die Einholung weiterer Angebote also eine nicht hinzunehmende Verzögerung eingetreten wäre. Das Produkt der X habe A jedenfalls bereits aufgrund der erhaltenen E-Mails bekannt sein müssen.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung veranschaulicht, dass sich Auftraggeber auch bei Eilbedürftigkeit nicht darauf verlassen dürfen, eine Direktvergabe ohne jeden Wettbewerb vornehmen zu können. Soweit dies zeitlich möglich ist, müssen mehrere Angebote eingeholt werden. Wie der erforderliche „Wettbewerb light“ konkret auszusehen hat, wird von Fall zu Fall unterschiedlich zu bewerten sein.