

Update Vergaberecht

Feststellungsantrag als Minus zur Unwirksamkeit?

BayObLG, Beschluss vom 20.01.2022 – Verg 7/21

Das Bayerische Gesundheitsministerium (G) führte zur Beschaffung von Corona-Schnelltests eine Dringlichkeitsvergabe durch, um die Tests umgehend an Schulen einsetzen zu können. An dem Verfahren beteiligte G drei Unternehmen, ohne dass es nachvollziehbar dokumentiert hatte oder erklären konnte, nach welchen Kriterien die Auswahl erfolgte. Auf den Nachprüfungsantrag des nicht beteiligten Unternehmens M stellte die Vergabekammer nach § 135 Abs. 1 GWB die Unwirksamkeit des unterdessen von G abgeschlossenen Vertrags fest. Dabei ließ sie offen, ob eine Dringlichkeit im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorgelegen hatte. Die Unwirksamkeit ergebe sich jedenfalls aus der fehlerhaften Auswahl der Bieter. Hiergegen wendet sich G mit einer sofortigen Beschwerde. Im Rahmen des Verfahrens ergänzt M seinen Nachprüfungsantrag um einen Feststellungsantrag, dass er durch G in seinen Rechten verletzt sei.

Der Vergabesenat hebt zwar die Feststellung der Unwirksamkeit auf, gibt aber dem Feststellungsantrag statt. G sei vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie zu einer Dringlichkeitsvergabe berechtigt gewesen und habe mit der Einbeziehung von drei Marktteilnehmern auch einen hinreichenden Wettbewerb geschaffen. Nur diese beiden Aspekte seien für die Frage der Wirksamkeit des Vertragsschlusses nach § 135 Abs. 1 GWB relevant. In entsprechender Anwendung des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB i. V. m. § 178 S. 4 GWB sei aber der Antrag auf Feststellung weiterer Fehler zur Wahrung eines effektiven Rechtsschutzes zulässig. Es sei prozessökonomisch sinnvoll eine nochmalige Überprüfung der Sach- und Rechtslage in einem nachfolgenden Schadenersatzprozess zu vermeiden. M sei auch in seinen Rechten verletzt, weil G seinen Ermessensspielraum bei der Auswahl der beteiligten Unternehmen nicht ordnungsgemäß ausgeübt habe. Dabei bleibe die Frage, ob M hätte einbezogen werden müssen, der Beurteilung des Zivilgerichts in einem etwaigen Schadenersatzprozess vorbehalten.

Bedeutung für die Praxis

Die präzedenzlose Entscheidung über einen Feststellungsantrag als Rückfallebene zur Unwirksamkeitsklage nach § 135 Abs. 1 GWB ist wenig überzeugend. Richtigerweise hätten sich die Nachprüfungsinstanzen mit der Frage der korrekten Auswahl der am Mini-Wettbewerb beteiligten Unternehmen nicht befassen müssen, weil sich diese Frage bei einem Unwirksamkeitsantrag nicht stellt. Ohnehin lässt sich auf der Feststellung der fehlerhaften Nichtauswahl eines Marktteilnehmers schwerlich ein Schadenersatzanspruch aufbauen, weil die Ursächlichkeit für einen Schaden nicht festgestellt werden kann. Für weitere Klarheit sorgt indes die Anerkennung der Voraussetzungen einer Dringlichkeit für die Beschaffung von sog. Hygienebedarf zur Bekämpfung der Corona-Pandemie. Mehrere Vergabekammern hatten hier zwischenzeitlich den Handlungsspielraum der Behörden bedenklich eingeschränkt.