

Vergabekammer des Landes Berlin

1. Beschlussabteilung

VK-B1-52/21



# Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

- Antragsstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

gegen

xxx

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

unter Beteiligung von

xxx

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

wegen des Vergabeverfahrens Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren, Durchführung der Tests sowie flankierende Dienstleistungen insbe. Betrieb d. Online-Plattformen [www.testenlernen.berlin](http://www.testenlernen.berlin) u. [www.test-to-go.berlin](http://www.test-to-go.berlin) einschließlich einer Telefon-Hotline f. beide Online-Plattformen im Rahmen d. akt. Testkonzeptes d. Landes Berlin.

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden xxx, hauptamtliche Beisitzerin xxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxx am 18.01.2022 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der streitgegenständliche Vertrag vom 25.11.2021 unwirksam ist.
2. Die Anträge gem. § 169 Abs. 3 GWB gegen die Beigeladene werden zurückgewiesen.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu 90%. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens zu 10% sowie die Kosten der Beigeladenen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin sowie der Beigeladenen war erforderlich.
5. Die Verfahrensgebühr (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) wird auf xxx Euro festgesetzt.

## **Gründe**

### **I.**

Seit November 2020 beauftragt der Antragsgegner die Beigeladene mit der Durchführung von Corona-Tests sowie begleitenden Dienstleistungen in einer wechselnden Zahl von Testzentren. Im März 2021 schrieb der Antragsgegner die Leistung öffentlich aus, zu einem Zuschlag kam es durch einen Nachprüfungsantrag sowie Zeitablauf des Vertrages nicht. Interimsweise wurde unter anderem die Beigeladene mit der Durchführung der Leistungen beauftragt.

Im September 2021 schrieb der Antragsgegner wiederum die streitgegenständliche Leistung

in zwei Losen öffentlich aus. Die Antragstellerin reichte jeweils fristgemäß ein Angebot ein. Mit Vorabinformationsschreiben vom 03.11.2021 wurde die Antragstellerin über den Ausschluss ihrer Angebote informiert, da sie die erforderliche Eignung nicht nachgewiesen habe. Die eingereichten Referenzen seien nicht von einer dritten Stelle ausgestellt worden. Mit Schreiben vom 11.11.2021 sowie 12.11.2021 rügte die Antragstellerin diverse Vergaberechtsverstöße, mit Nichtabhilfeschreiben vom 12.11.2021 teilte der Antragsgegner mit, den Rügen nicht abzuweichen.

Mit Schreiben vom 12.11.2021 legte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag ein, der in dem parallelen Verfahren B1-43/21 behandelt wird.

Mit Bekanntmachung vom 26.11.2021, EU-Abl 2021/5 233-614456, hat der Antragsgegner öffentlich bekannt gemacht, zwei Lose für die Durchführung von Corona-Tests in jeweils sechs Testzentren sowie zugehörigen Dienstleistungen mit Vertrag vom 25.11.2021 interimweise für einen Monat mit einer Option für einen weiteren Monat an die Beigeladene vergeben zu haben. Es wurde ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt, zu jedem Los wurde ein Angebot der Beigeladenen eingeholt. Mit Schreiben vom 16.12.2021 stellte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag.

Die Antragstellerin trägt vor, es liege eine rechtswidrige Direktvergabe vor, da das Verfahren weder bekannt gemacht worden sei noch seien Angebote anderer Bieter eingeholt worden. Die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb hätten nicht vorgelegen, da weder Dringlichkeit vorgelegen hätte noch sei die Corona-Pandemie ein unvorhersehbares Ereignis gewesen. Selbst wenn ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig gewesen sein sollte, hätte der Antragsgegner mehrere Bieter zur Abgabe von Angeboten auffordern müssen.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

1. Den Vertrag vom 25. November 2021 „Interimsvergabe Einrichtung und Betrieb von stationären Testzentren mit flankierenden Dienstleistungen“ zwischen der Antragsgegnerin und der Beizuladenden, xxx, geschlossen am 25. November 2021, angezeigt durch eine Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABl. 2021/S 233-614456 vom 26. November 2021 für unwirksam zu erklären.
2. Der Beigeladenen den Betrieb der in der Interimsbeauftragung enthaltenen Testzentren für den Januar 2022 sowie dem Antragsgegner Zahlungen an die Beigeladene für den Betrieb der in der Interimsbeauftragung enthaltenen Testzentren zu untersagen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

4. Dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. Den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen
2. Der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der dem Antragsgegner zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Kosten aufzuerlegen
3. Festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den Antragsgegner notwendig war.

Der Antragsgegner trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, da die Antragstellerin keine Aussicht auf Zuschlagserteilung habe. Sie habe in einem offenen Verfahren nicht die geforderten Belege zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit vorgelegt. Der Antragsgegner habe insoweit die Vorlage zweier vergleichbarer Referenzen gefordert. Eine Referenz sei ein Nachweis über einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag von Dritten, da nur so sicher gestellt werden könne, dass bei dem Leistungsempfänger die Leistung überprüft werden könnte. Die Antragstellerin habe keine geeignete Referenz beigebracht, da die Antragstellerin entgegen ihrem Vortrag keinen Auftrag von dem Antragsgegner erhalten habe. Die „Beauftragung“ mit dem Betrieb von Teststationen durch den öffentlichen Gesundheitsdienst beinhaltete nicht den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages, der öffentliche Gesundheitsdienst hätte auch keine Möglichkeiten der Überprüfung der Leistungen. Die Beauftragung diene nur der Ermöglichung der Abrechnung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung. Die Leistungen würden auch nicht gegenüber dem öffentlichen Gesundheitsdienst oder der Kassenärztlichen Vereinigung erbracht, sondern gegenüber den getesteten Bürger\*innen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 6 Corona-TestV.

Daraus ergebe sich, dass der Antragsgegner die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe auffordern musste, da es ihr an der erforderlichen Eignung für den Auftrag fehle. Es könnte nicht vom Auftraggeber verlangt werden, Angebote bei Bieter\*innen einzuholen, denen er mangels Eignung den Zuschlag nicht erteilen dürfe.

Des Weiteren sei der Antragsgegner im Rahmen einer Interimsbeauftragung entweder verpflichtet, einen minimalen Wettbewerb herzustellen oder im Falle einer Folgebeauftragung den bisherigen Auftragnehmer mit der Weiterführung der bisherigen Leistung weiter zu beauftragen.

Mit Beschluss vom 20.12.2021 hat die Kammer die Beiladung beschlossen.

Die Beigeladene beantragt sinngemäß,

1. Den Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB gegenüber der Beigeladenen und dem Antragsgegner zurückzuweisen.
2. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene trägt vor, dass die Anträge unzulässig und unbegründet seien. Maßnahmen seien nur in einem Vergabeverfahren zulässig, vorliegend sei das Vergabeverfahren mit dem Zuschlag zur Interimsvergabe jedoch bereits beendet. Der Betrieb der Testzentren auf Grund der streitgegenständlichen Interimsbeauftragung sei Ende 2021 beendet worden.

Die Kammer hat auf Grund des Vortrags aus dem Verfahren B1-43/21 die Akten aus diesem Verfahren beigezogen. Ergänzend wird auf die ausgetauschten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verfahrensakte der Kammer sowie die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin hat innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB die Rüge erhoben und innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB den Nachprüfungsantrag eingereicht.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse an dem Auftrag durch die Abgabe eines Angebots in dem Parallelverfahren B1-43/21 hinreichend kenntlich gemacht. Zwar hat sie in diesem Verfahren kein Angebot abgegeben, dies ist allerdings in Fällen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht erforderlich. Ihr droht durch den vergaberechtswidrigen Verzicht auf die Einholung von Alternativangeboten auch ein Schaden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die Beauftragung der Beigeladenen ohne Einholung weiterer Angebote ist gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vergaberechtswidrig.

- a. Der Antragsgegner führte kein ordnungsgemäßes Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gem § 14 Absatz 4 Nr. 3 VgV durch.

Die Voraussetzungen einer Dringlichkeitsvergabe gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3 lagen vor, durch die andauernde Corona-Pandemie bestanden äußerst dringende, zwingende Gründe für die Durchführung eines Verabeverfahrens, das auch bei äußerster Verkürzung der Fristen eines offenen Verfahrens nicht innerhalb der Mindestfristen hätte durchgeführt werden können. Dabei ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin unbeachtlich, dass wegen einer Vielzahl privat betriebener Testcenter kein Beschaffungsbedarf vorgelegen habe. Die Definition des Beschaffungsbedarfs ist Sache des Auftraggebers und durch die Vergabekammer nur insoweit eingeschränkt kontrollierbar, als es um die Ausgestaltung der Leistung geht, nicht aber hinsichtlich der Frage, ob überhaupt ein Beschaffungsbedarf besteht.

Die Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gem § 14 Abs. 3 VgV erfordert eine Ermessensentscheidung, die sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen muss (OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021, 17 Verg 4/21). Daraus folgt insbesondere die Durchführung eines angemessenen Bieterwettbewerbs, um dem Wettbewerbsprinzip gem. § 97 Abs. 1 S. 1 GWB Rechnung zu tragen (OLG Karlsruhe, B. v. 04.12.2020, 15 Verg 8/20; OLG Rostock 17 Verg 4/21; OLG Rostock 17 Verg 4/20; vgl. Dieckmann in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/VgVO, § 14 VgV Rn. 77; Willweber in juris PK-Vergaberecht, § 14 VgV Rn. 138). Der öffentliche Auftraggeber hat gem. § 51 Abs. 2 S. 1 VgV grundsätzlich mehrere Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern. Gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 VgV gilt dies für alle Verfahrensarten. Der Umstand, dass lediglich § 17 Abs. 4 S. 2 VgV auf § 51 VgV verweist, bedeutet nicht, dass in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb § 51 Absatz 2 VgV nicht anzuwenden ist (OLG Karlsruhe, B. v. 04.12.2020, 15 Verg 8/20). § 51 Abs. 1 VgV bestimmt, dass die Vorschrift auf alle Verfahrensarten anzuwenden ist. Hinzu kommt, dass § 17 Abs. 4 VgV eine Regelung zum Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb trifft, in dem der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auffordert. Dann macht die Möglichkeit der Beschränkung Sinn. Dagegen werden in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählt und damit eine von vornherein begrenzte Anzahl von Unternehmen unmittelbar zur Abgabe von Erstangeboten aufgefordert (§ 17 Absatz 5 VgV).

Nicht ersichtlich ist, dass Dringlichkeitsgründe die Einbeziehung weiterer Interessenten in die Verhandlungen nicht zuließen. Es handelte sich bei den vergebenen Leistungen um einfach zu beschreibende Leistungen, für die bereits ein Vergabeverfahren durchgeführt wurde, so dass Interessenten bekannt waren und deren Verträge bereits von den Bietern in dem Vergabeverfahren zu dem Parallelverfahren B1-43/21 akzeptiert wurden. Es ist nicht erkennbar, dass der Vergleich von mehreren Angeboten hinsichtlich der allein entscheidenden niedrigsten Angebotspreise nennenswerte Zeit in Anspruch genommen und dadurch zu Verzögerungen geführt hätte. Wie der Antragsgegner in der Folgebeauftragung vom

31.12.2021 gezeigt hat, war es sogar in noch kürzerer Zeit als der in dem vorliegenden Verfahren zur Verfügung stehenden möglich, einen zusätzlichen geeigneten Bieter zu finden, Angebote einzuholen und den Zuschlag zu erteilen.

Aus dem Vergabevermerk und der Vergabeakte ist ersichtlich, dass der Auftraggeber sich auf den Kontakt mit einem Unternehmen beschränkte. Der Vergabevermerk hält fest, dass mit allen geeigneten Unternehmen, die in dem Parallelverfahren B1-43/21 als geeignet ausgewählt wurden, Verhandlungen aufgenommen worden seien. Das ist einzig die Beigeladene. Die Feststellung, dass die Beigeladene das einzige geeignete Unternehmen in dem Parallelverfahren sei beruht allerdings auf falschen Prämissen hinsichtlich der Eignungsprüfung des Antragsgegners.

Auch die Berufung des Antragsgegners auf die angebliche Verpflichtung, alternativ zu einem minimalen Wettbewerb bei einer Folgebeauftragung den vormaligen Auftragnehmer interimweise mit einer Fortführung des Auftrags zu beauftragen, kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Die vorige Beauftragung bestand aus einer Beauftragung von zwei Losen, die ebenfalls interimweise ohne Wettbewerb an zwei verschiedene Auftragnehmer vergeben wurden. Vorliegend hat der Auftraggeber allerdings nicht die bisherigen Verträge verlängert, sondern ein neues Vergabeverfahren durchgeführt und beide Lose nur an einen der beiden bisherigen Auftragnehmer vergeben. Somit hat der Antragsgegner nicht die bisherigen Leistungserbringer mit einer interimweisen Fortführung der bisherigen Leistung beauftragt, sondern einen der beiden Vertragspartner mit einer neuen Leistung.

- b. Der Antragsgegner durfte nicht mangels Eignung der Antragstellerin auf die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten durch andere potentielle Bieter verzichten, weil zumindest in Person der Antragsstellerin die Voraussetzungen für einen solchen Verzicht nicht vorlagen.

Der Antragsgegner wäre nur dann berechtigt und verpflichtet, auf die Einbeziehung der Antragstellerin zu verzichten, wenn er sich nicht von der Eignung der Antragstellerin in fachlicher Hinsicht zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags überzeugen konnte. Öffentliche Aufträge werden gem. § 122 Abs. 2 GWB an geeignete Unternehmen vergeben, wobei ein Unternehmen geeignet ist, wenn es die gem. § 122 Abs. 2 S. 2 GWB durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Kann auf dieser Grundlage unter Beachtung der Vorgaben für die Eignungsprüfung nicht festgestellt werden, dass ein Unternehmen die Eignungskriterien erfüllt, ist es zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen (Burgi/Dreher-Opitz, 3. Aufl. 2017, § 122 Rn. 15); ein Ermessen besteht insoweit nicht (Ziekow/Völlink-Ziekow, 4. Aufl. 2020, § 122 GWB Rn. 8).

Entgegen der Ansicht des Antragsgegners hat die Antragstellerin in dem Vergabeverfahren

des Parallelverfahrens B1-43/21 ihre Eignung hinreichend nachgewiesen. Bei den von der Antragstellerin angegebenen Referenzen handelt es sich entgegen der Ansicht des Antragsgegners um Aufträge öffentlicher Stellen und nicht lediglich um eine eigenwirtschaftliche Betätigung.

Der Begriff des Auftrags in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV ist dabei weit zu verstehen und beinhaltet nicht nur zivilrechtliche Verträge. Das ergibt sich schon aus der europarechtlichen Herkunft des Begriffs in Art. 58 Abs. 4 RL 2014/24 EU, der weder hinsichtlich der möglichen Auftraggeber noch hinsichtlich der Verhältnisse zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eine Einschränkung vorsieht. Die Kammer sieht jegliche rechtliche Verbindung, die Rückschlüsse auf die berufliche und technische Leistungsfähigkeit zulässt, unabhängig von dem Vorliegen eines Vertrages oder der zivil- oder öffentlichrechtlichen Natur, als Auftrag im Sinne des § 46 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Ob und inwieweit tatsächlich wie in der engeren Definition des öffentlichen Auftrags in § 103 GWB ein Vertragsverhältnis als Grundlage einer für einen auftragtauglichen Referenz vorliegen muss, kann vorliegend dahingestellt bleiben da jedenfalls bei den nachgewiesenen Referenzen bei dem Antragsgegner Vertragsverhältnisse zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner vorlagen.

Das ergibt sich zum einen aus den von der Antragstellerin eingereichten Beauftragungen durch den Antragsgegner, welche die Beauftragung zum Betrieb von Teststellen betreffen. Ein Vertrag besteht aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme. Maßstab für die Auslegung von Willenserklärungen ist zunächst deren Wortlaut, dabei ist gemäß des Auslegungsmaßstabs der §§ 133, 157 BGB auch der tatsächliche Wille der Parteien sowie die Verkehrssitte heranzuziehen. Bereits aus dem Wortlaut der Beauftragungen ergibt sich, dass entgegen der Vorstellung des Antragsgegners kein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis, sondern durch Angebot der Antragstellerin und dessen Annahme in der „Beauftragung“ durch den Antragsgegner ein zivilrechtlicher Vertrag zustande gekommen ist und auch nach dem Willen des Antragsgegners zustande kommen sollte. Das ergibt sich schon aus der vom Antragsgegner verwendeten Terminologie, die rein zivilrechtlich ist.

Schon der Betreff der jeweiligen Schreiben erwähnt teilweise, dass die Antragstellerin „beauftragt“ (nicht: „zertifiziert“) wird mit dem Betrieb der jeweiligen Teststellen als „offizielle Teststellen der xxx PoC Tests“. Die „Angebote“ (nicht: der Antrag auf Zertifizierung) der Antragstellerin wurden laut den Beauftragungsschreiben von dem Antragsgegner „geprüft“. Die Schreiben enthalten Bedingungen für die Abrechenbarkeit der Leistungen (keine Nebenbestimmungen, wie es für einen Verwaltungsakt üblich wäre) wie z.B. eine tagesaktuelle Aufstellung der durchgeführten Tests gegenüber dem Antragsgegner und die Verwendung des offiziellen Logos des Antragsgegners auf den Testzertifikaten. Die Kassenärztliche Vereinigung ist lediglich als Abrechnungsstelle angegeben.



Es ist für die Kammer nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage der Antragsgegner angesichts des klaren Wortlauts der von ihm selbst herausgegebenen „Beauftragung“ von „Angeboten“ und der Bezeichnung als „offizielle Teststellen der „ xxx“ zu der Ansicht kommen konnte, daraus ergebe sich kein zivilrechtliches Rechtsverhältnis mit den Betreibern der in seinem Auftrag betriebenen. Die Kammer kann ebenfalls nicht nachvollziehen, wie der Antragsgegner meinte, der Antragsstellerin Pflichten auferlegen zu können, die Testzertifikate in seinem Namen und mit seinem Logo auszugeben und ihm gegenüber Zahl der Testungen zu melden, wenn es kein Vertragsverhältnis oder sonstiges Rechtsverhältnis gegeben haben soll. An der Einhaltung dieser Bestimmungen hatte der Antragsgegner ebenso ein eigenes Interesse wie an der Durchführungen der Testungen, die auch nach Vortrag des Antragsgegners im eigenen Aufgabenbereich als Öffentlicher Gesundheitsdienst lagen und dessen Aufgaben die Antragsstellerin ausgefüllt hat. Ansonsten wäre es dem Antragsgegner nicht annähernd möglich, seinen gesetzlichen Aufgaben nachzukommen. Der Antragsgegner ist selbst der Auffassung, dass er sich in seiner Aufgabenerfüllung nicht der „Willkür privater Leistungserbringung“ aussetzen kann. Auch die vom Antragsgegner vorgetragene Unmöglichkeit der Überprüfung der Leistungserbringung ergibt sich nicht aus den geschlossenen Verträgen, die „Bedingungen für die Abrechnung“ geben die Möglichkeit der Überprüfung der Leistungserbringung. Die „Bedingungen für die Abrechnung“ enthalten die Möglichkeit der Kontrollen durch das Ordnungsamt und zu deren Duldung sowie die Pflicht zur Meldung der durchgeführten Tests. Weitergehende Befugnisse ergeben sich aus der Folge des Vertragsschlusses. Es handelt sich, entgegen der insoweit fehlerhaften Ansicht des Antragsgegners, angesichts des klaren Wortlauts der Beauftragungen bei der Durchführung der Tests jedenfalls nicht nur um ein Vertragsverhältnis mit den zu testenden Bürger\*innen, da es sich angesichts der Abrechnung der erbrachten Leistungen bei der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) ansonsten um unzulässige Verträge zulasten Dritter handeln würde. Unbeachtlich für das Bestehen eines Vertragsverhältnisses ist auch, dass die Abrechnung über die KV lief, da für das Bestehen eines Vertragsverhältnisses irrelevant ist, bei welcher Stelle die Rechnungen eingereicht und geprüft werden. Der Antragsteller kann sich unproblematisch dritter Stellen für die Auszahlung von Entgelten bedienen.

Dass daneben laut den zum Teil mit gleichem Schreiben ausgesprochenen Zertifizierungen zusätzlich ein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis begründet wurde, hindert nicht den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags. Vorliegend ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 TestV, dass die Zertifizierung gem. § 6 Abs. 2 TestV die Bedingung ist für die (zivilrechtliche)Beauftragung. Im Gegensatz zu der Beauftragung enthält die Zertifizierung keine Regelungen über die Durchführung der Tests, insbesondere keine Regelungen über die Abrechnung und keine mit den „Bedingungen für die Abrechenbarkeit von Leistungen“ vergleichbaren Nebenbestimmungen. Daher stellt die Zertifizierung nicht die Grundlage der Leistungserbringung dar.

Im Übrigen spielt die Frage, ob das Rechtsverhältnis zivil- oder öffentlichrechtlicher Natur ist, keine Rolle, da auch ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ein Auftrag iSd § 46 VgV

und damit eine ausreichende Grundlage für eine Referenz sein kann.

Nichts anderes ergibt sich auch aus § 6 TestV, der die Grundlage der Abrechnung von Tests darstellt. Auch dort ist in allen Fällen der Absätze 1 und 2 Bedingung für eine Abrechnung durchgeführter Tests, dass ein Auftragsverhältnis zwischen dem öffentlichen Gesundheitsdienst und den privaten Teststellen besteht. Ob dieses zwingen zivilrechtlich oder auch öffentlich-rechtlich sein kann, spielt vorliegend keine Rolle, da es sich jedenfalls um ein zivilrechtliches Verhältnis gehandelt hat. Damit bestand bei allen eingereichten Referenzen ein Vertragsverhältnis zwischen dem jeweiligen öffentlichen Gesundheitsdienst und der Antragstellerin.

- c. Ein Ausschluss kann entgegen der Ansicht des Antragsgegners in der Rügeabweisung auch nicht damit begründet werden, dass es sich bei den eingereichten Referenzen nicht um Aufträge staatlicher Stellen gehandelt habe. Zum einen handelt es sich bei den eingereichten Referenzen sämtlich um Aufträge staatlicher Stellen (s.o.), zum anderen ergibt sich weder aus dem Begriff des Auftrags bzw. Dienstleistungsauftrags noch aus dem Begriff der Referenz und ihrer Funktion eine Begrenzung auf öffentliche Aufträge. Das ergibt sich zum einen daraus, dass abweichend von § 103 Abs. 1 GWB in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV kein Bezug auf öffentliche Aufträge genommen wird. Zum anderen ergibt sich das aus Art. 58 Abs. 4 S.2 RL 2014/24 EU. Danach können öffentliche Auftraggeber verlangen, dass Auftragnehmer „geeignete Referenzen aus früher ausgeführten Aufträgen“ nachweisen. Auch hier wird abweichend von der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5, 6, 9 RL 2014/24 EU gerade kein öffentlicher Auftrag vorausgesetzt. Eine Beschränkung auf öffentliche Aufträge wäre damit eine europarechtswidrige Auslegung des Begriffs der Referenz oder des Dienstleistungsauftrags.
- d. Die Anträge gem. § 169 Abs. 3 GWB waren zurückzuweisen. Ob diese zulässig waren soweit sie sich auf das vorliegende Verfahren beziehen kann dahingestellt bleiben, da diese jedenfalls unbegründet waren. Schon bei Antragstellung erfolgte nach dem übereinstimmenden, nicht bestrittenen Vortrag des Antragsgegners und der Beigeladenen keine Leistungserbringung mehr aus dem hier streitgegenständlichen Auftrag. Damit bestand auch keine Möglichkeit mehr, dass noch in Rechte der Antragstellerin eingegriffen werden könnte. Einen Eingriff durch zukünftige Beauftragungen der Beigeladenen außerhalb des jetzigen Verfahrens wäre jedenfalls unzulässig, da Anträge nach § 169 Abs. 3 GWB sich nur auf bereits laufende Vergabeverfahren, aber nicht Vergabeverfahren in der Zukunft beziehen können (Ziekow/Völlink, § 169 Rn. 39). Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch die Bezugnahme auf das parallel anhängige Nachprüfungsverfahren B1-43-21, da durch eine weitere Interimsbeauftragung nicht die Rechte aus diesem Verfahren beeinträchtigt werden könnten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat der Antragsgegner als überwiegend unterliegender Beteiligter die Kosten überwiegend zu tragen. Die Kostentragungspflicht des Antragsgegners umfasst nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin sowie die Kosten der Antragstellerin aus den Beschlüssen vom 20.12.2021 und 23.12.2021.

Die Kosten der Beigeladenen hat die Antragstellerin zu tragen, da sie im Verhältnis zu der Beigeladenen bei den Anträgen nach § 169 Abs. 3 GWB unterliegt. Die Kostenquote ergibt sich aus dem Aufwand der Kammer sowie dem Wert

Bei der Beigeladenen ist hingegen kein Unterliegen anzunehmen. Sie hat sich am Nachprüfungsverfahren nur hinsichtlich des Antrags nach § 169 Abs. 3 GWB aktiv beteiligt und keinen darüber hinaus gehenden Antrag gestellt. Da der Nachprüfungsantrag zudem nicht aus in der Sphäre der Beigeladenen, sondern allein des Antragsgegners liegenden Umständen Erfolg hat, wäre es unter Einbeziehung des Rechtsgedankens des § 182 Abs. 4 S. 2 GWB unbillig, der Beigeladenen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Auf den Antrag der Antragstellerin sowie der Beigeladenen hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG zudem die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26. August 2014 - VK - B 1 - 10/14 m.w.N.). Danach ist die Hinzuziehung vorliegend notwendig gewesen. Vorliegend waren vor allem Fragen hinsichtlich des Bestehens und Zustandekommens von Vertragsverhältnissen, Fragen der Eignungsprüfung und den Erfordernissen an die Bekanntmachung von Anforderungen sowie der Begriff des Auftrags und Fragen hinsichtlich einstweiliger Anordnungen zur Sicherung der Rechtsposition verfahrensgegenständlich gewesen.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer in Fällen des § 135 GWB in der Regel den Wert des Auftrags zugrunde. Dabei ergibt sich eine Gebühr in Höhe von xxx €. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches insgesamt durchschnittlich umfangreich war. Zwar ergaben sich durch die Beschlüsse nach § 169 Abs. 3 GWB zusätzliche Aufwände, diese wurden allerdings durch geringere Aufwände auf Grund der weitgehend identischen Fragestellungen in dem Verfahren B1-43/21 kompensiert.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG allerdings von der Zahlung der Gebühren befreit.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstraße 30/31, 10781 Berlin, oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen ([www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv)) einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzender

xxx

Hauptamtl. Beisitzerin

xxx

Ehrenamtl. Beisitzer

xxx