

## **OLG Düsseldorf setzt Leitplanken für die Verlängerung der Teilnahmefrist nach § 20 Abs. 3 VgV**

Vorerst gibt es kein „Cannabis - Made in Germany“. Das Oberlandesgericht Düsseldorf untersagte dem Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren für den Anbau und die Lieferung von zunächst 6,6 Tonnen Cannabis zu medizinischen Zwecken (Beschluss vom 28.03.2018, Az. VII-Verg 40/17). Die vom BfArM ursprünglich vorgegebene Teilnahmefrist habe nach Auffassung des Gerichts wegen nachträglicher Eignungsanforderungen in analoger Anwendung von § 20 Abs. 3 VgV verlängert werden müssen. Nachdem die Entscheidung vom 28. März schon in der Presse gehörigen Wirbel entfachte, liegen nun endlich auch die Entscheidungsgründe mit wichtigen Hinweisen für die Vergabepraxis vor.

### **Sachverhalt:**

Das BfArM führt – als sog. nationale Cannabisagentur - **ein europaweites Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** zur Vergabe von Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken für den Zeitraum 2019 bis 2022 durch. In § 19 Abs. 2a Betäubungsmittelgesetz ist festgelegt, dass der Kauf von Cannabis zu medizinischen Zwecken durch die Cannabisagentur nach den Vorschriften des Vergaberechts erfolgen muss.

In der Bekanntmachung vom 8. April 2017 (in Bezug auf die Teilnahmefrist berichtigt am 29. April 2017) war als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge der 6. Juni 2017, 12 Uhr vorgesehen (= 62 Kalendertage). Die zehn Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, sollten anhand der vorgelegten Referenzen ausgewählt werden. Vorzulegen waren hierzu

- Referenzen über früher ausgeführte Aufträge des Bewerbers zu Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Cannabis für medizinische Zwecke
- Referenzen über den Anbau, die Verarbeitung und die Lieferung von Arzneipflanzen (ohne Cannabis)

Nach den Vergabeunterlagen, die von den Bewerbern auf der E-Vergabe-Plattform abgerufen werden konnten, musste der Anbau von Cannabis nach den Standards Good Manufacturing Practice (GMP) und der Good Agricultural and Collection Practice (GACP) erfolgen. Für Arzneipflanzen enthielten die Unterlagen keine entsprechenden Anforderungen.

Während des Teilnahmewettbewerbs gingen zahlreiche Fragen ein, die u.a. die vorzulegenden Referenzen betrafen.

Mit EU-Bekanntmachung vom 19. Mai 2017 – abgesandt am 15. Mai 2017 - ergänzte das BfArM u.a. die Vorgaben an die „Arzneipflanzen-Referenz“ in der Bekanntmachung dergestalt, dass die betreffenden Referenzaufträge ebenfalls unter Einhaltung der GMP- und GACP-Regeln erbracht worden sein müssen. Die Bewerbungsunterlagen wurden gleichzeitig dementsprechend überarbeitet und den Bewerbern, die sich auf der E-Vergabe-Plattform der Auftraggeberin registriert hatten, zur Verfügung gestellt.

Mehrere Bewerber fragten hieraufhin nach, wie sie diese Eignungsanforderungen erfüllen könnten. Die Auftraggeberin (Ag) verwies in ihren Antworten auf die Regelungen über die Eignungsleihe (§ 47 VgV). Hierfür seien Verpflichtungserklärungen und Eigenerklärungen des „Eignungsverleihers“ vorzulegen.

Die Antragstellerin (ASt) und 100 weitere Bewerber reichten fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein. Kurz vor Ablauf der Teilnahmefrist rügte die ASt am 6. Juni 2017, dass die Teilnahmefrist nach der Änderung der Anforderung an die „Arzneipflanzen-Referenzen“ unangemessen kurz gewesen sei. Die Ag wies diese Rüge mit Schreiben vom 13. Juni 2017 zurück.

Am 28. Juni 2017 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes.

Am 7. Juli 2017 informierte die Ag die ASt nach Bewertung der Teilnahmeanträge, dass sie nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werde; außerdem wies die Ag die ASt darauf hin, dass ihre „Arzneipflanzen-Referenz“ nicht habe berücksichtigt werden können, weil die betreffenden Pflanzen nicht nach den GACP-/ GMP-Regeln angebaut und geliefert worden seien.

Am 12. Juli 2017 rügte die ASt, dass sie zu Unrecht nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sei. Die ASt meint, die Ag hätte wegen der Änderung der Referenzanforderungen bezüglich des Anbaus etc. von Arzneipflanzen die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge um mindestens neun Tage verlängern müssen. Die Ag half auch dieser Rüge nicht ab.

Die Vergabekammer des Bundes wies den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 1. August 2017 (Az. 1 - 69/17) zurück, da die zur Abgabe der Teilnahmeanträge gewährte Frist angemessen gewesen sei und auch nach der Änderung (Erhöhung) der Anforderungen an die „Arzneipflanzen-Referenz“ nicht habe verlängert werden müssen. Die Ag sei nicht nach § 20 Abs. 3 VgV zur Verlängerung der Abgabefrist für die Teilnahmeanträge verpflichtet gewesen. Die Vorschrift sei nur auf Angebote, nicht jedoch auf Teilnahmeanträge anwendbar, auch nicht analog. Ein Anspruch auf Fristverlängerung ergebe sich auch nicht aus § 20 Abs. 1 VgV i.V.m. dem allgemeinen vergaberechtlichen Wettbewerbs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie dem Diskriminierungsverbot (§§ 97 Abs. 1, 2 GWB). Deren Anwendungsbereich sei zwar grundsätzlich eröffnet, weil die Auftragsbekanntmachung vom 19. Mai 2017 zu einer Erhöhung der Eignungsanforderungen geführt habe, die gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB erst mit der Veröffentlichung rechtsverbindlich geworden sei. Die nach der Änderungsbekannt-

machung noch verbleibende Restfrist sei aber angemessen gewesen. Da es für die Bemessung der Frist auf die Absendung der Bekanntmachung (hier den 15. Mai 2017) ankomme, habe die Restfrist noch 21 Kalendertage betragen. Bei Würdigung der Angemessenheit sei zu berücksichtigen, dass bei der Inanspruchnahme eines „Eignungsverleihers“ die beizubringenden Unterlagen nicht sonderlich umfangreich gewesen seien. Ausreichend sei eine entsprechende Eigenerklärung gewesen, dass die geforderten Standards eingehalten werden, und eine Verpflichtungserklärung i.S.d. § 47 VgV. Außerdem sei angesichts der über 300 Unternehmen weltweit, die nach den GACP-/GMP-Standards produzierten, davon auszugehen, dass eine ausreichende Zahl an Unternehmen zur Verfügung stünde, die die Anforderungen des Teilnahmewettbewerbs erfüllten. Auch sei die Kürze der verbleibenden Frist nur von einem weiteren Bewerber beanstandet worden und der öffentliche Auftraggeber sei nicht verpflichtet, individuelle Schwierigkeiten einzelner Bewerber umfassend zu kompensieren.

### **Entscheidung:**

Dieser Argumentation ist das OLG Düsseldorf nicht gefolgt und hat dem Nachprüfungsantrag stattgegeben. Das BfArM habe die Frist nach der Anhebung der Referenzanforderungen verlängern müssen.

Entgegen der Annahme der Vergabekammer sei § 20 Abs. 3 VgV, zumindest in den Fällen einer wesentlichen Änderung an den Vergabeunterlagen gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV, über den Wortlaut hinaus **auf die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen entsprechend anzuwenden**. Nach Auffassung des Senats weise § 20 Abs. 3 S. 1 VgV durch die Nichtnennung der Fristen für die Abgabe von Teilnahmeanträgen eine **planwidrige Regelungslücke** auf. In der Begründung zur VgV finde sich kein Hinweis darauf, dass sich der Verordnungsgeber über die Anwendungsfälle, in denen Fristverlängerungen geboten sein können, im Einzelnen Gedanken gemacht habe. Für eine entsprechende Anwendung der Regelung des § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV auf die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen spreche die vergleichbare Interessenlage der Bewerber in Teilnahmewettbewerb. Die nachträgliche Erhöhung von Eignungsanforderungen, die im Teilnahmewettbewerb den Ausschlag für die Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren geben, sei mit einer sich auf die Angebotserstellung auswirkenden Änderung der Vergabeunterlagen vergleichbar. In beiden Fällen bedürfe es einer Reaktion der Bewerber bzw. Bieter, für die möglicherweise zusätzliche Zeit benötigt wird, die nicht von vornherein einkalkuliert worden sei. Dieser Schluss schien dem Vergabesenat derart offenkundig, dass er ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH nach Art. 267 AEUV nicht für erforderlich hielt. Vielmehr sei eine Ausdehnung des § 20 Abs. 3 VgV auf Teilnahmefristen geeignet, den Wettbewerb zu stärken und zu erweitern und stehe damit im Einklang mit einem der grundlegenden Ziele der Richtlinie 2014/24/EU.

Nach Auffassung des Vergabesenates war die mit der Änderungsbekanntmachung vom 19. Mai 2017 vorgenommene Erhöhung der Eignungsanforderungen für Arzneipflanzen auch wesentlich im Sinne von § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV. **Änderungen an den Vergabeunterlagen seien in der Regel dann wesentlich, wenn sie sich kausal auf die Angebots-**

**erstellung/Erstellung des Teilnahmeantrags auswirkten.** Dies sei vorliegend der Fall, da sich die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen einen den neuen Anforderungen genügenden Referenzgeber suchen mussten.

Weiter führt das OLG Düsseldorf aus, dass die Frist zur Abgabe der Angebote/Teilnahmeanträge grundsätzlich zu verlängern sei, wenn ein Anwendungsfall des § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV gegeben sei. **Dem öffentlichen Auftraggeber stehe insoweit kein Ermessen zu.** Deshalb schließt der Senat aus, dass ein Absehen von einer Fristverlängerung unter Rückgriff auf den Begriff der Angemessenheit bzw. den des angemessenen Verhältnisses in § 20 Abs. 3 S. 2 VgV möglich sei. In § 20 Abs. 3 S. 2 VgV gehe es nur noch um die Dauer der Verlängerung, ihren Umfang, aber nicht mehr um die Verlängerung als solche. Ein Umfang gleich null wäre keine Verlängerung.

Der Vergabesenat widmet sich dann der in der Literatur vertretenen Auffassung, dass der in § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV enthaltene Begriff der wesentlichen Änderung im Zusammenspiel mit § 20 Abs. 3 S. 3 VgV und dem dort verwendeten Begriff der Erheblichkeit auch eine **zeitliche Komponente** enthalte. Wenn es zu einem frühen Zeitpunkt der laufenden Abgabefrist zu einer wesentlichen Änderung der Vergabeunterlagen komme, so könne – nach Teilen der Literatur – diese Änderung wegen der noch verbleibenden Zeit für die Abgabe unerheblich im Sinne von § 20 Abs. 3 S. 3 VgV sein und daher keine Fristverlängerung erfordern.

Gegen die Vorschrift des § 20 Abs. 3 S. 3 VgV bestehen aus Sicht des Vergabesenates **europarechtliche Bedenken**, soweit sie eine Rückausnahme von der Fristverlängerungspflicht auch in den Fällen von wesentlichen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorsieht. Denn der zugrunde liegende Art. 47 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sehe Einschränkungen von der Fristverlängerungspflicht nur für die Fälle einer erteilten Zusatzinformation vor.

Letztlich könne es aber dahinstehen, ob es mit Art. 47 Abs. 3 der Richtlinie vereinbar sei, dass der deutsche Verordnungsgeber die Fristverlängerungspflicht infolge einer wesentlichen Änderungen an den Vergabeunterlagen abweichend von der Richtlinie unter den Vorbehalt der Erheblichkeit stellt. Ebenfalls offen bleiben könne die Frage, ob dem Merkmal der wesentlichen Änderung in § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV außer der kausalen auch eine zeitliche Komponente inhärent sei. Denn die Ag habe nichts Substanzielles vorgetragen, was die infolge der Verschärfung der Eignungsanforderungen für einen weiteren Zeitbedarf sprechende Vermutung erschüttert habe.

Vielmehr hätten die Ag und auch die Vergabekammer außer Acht gelassen, dass es sich bei dem vorliegenden Vergabeverfahren um eine ungewöhnliche und atypische Vergabesituation handele. Die Beschaffung von Cannabis zu medizinischen Zwecken werde in Deutschland erstmals ausgeschrieben. Es gebe hierfür in Deutschland bisher keinen funktionierenden Markt. Demzufolge seien die Unternehmen, die sich am Teilnahmewettbewerb beteiligt hätten, im Bereich des Cannabis-Anbaus zum großen Teil **sog. Newcomer**. Diese Besonderheit

verschaffe dem Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 S. 1 GWB besonderes Gewicht und verlange schon im Ausgangspunkt eine großzügige Fristsetzung. Diesem Bedarf einer großzügig bemessenen Restfrist stehe **wegen der besonderen kalendarischen Situation im Mai/Juni 2017 jedoch rein faktisch nur noch ein kurzer Reaktionszeitraum der Bewerber** gegenüber. Auf die von der Vergabekammer berücksichtigten 21 Kalendertage könne dabei nicht abgestellt werden. Zum einen sei erst der Zeitraum ab dem 19. Mai 2017 zu betrachten, denn erst mit der tatsächlichen Veröffentlichung der Änderungsbekanntmachung sei die Änderung der Eignungsanforderungen rechtsverbindlich geworden. Aus diesem Grund könne nicht unter Rückgriff auf § 17 Abs. 2 VgV auf den 15. Mai 2017 als Absendedatum der Änderungsbekanntmachung abgestellt werden. Zum anderen seien faktische **Fristverkürzungen infolge von Feiertagen oder Ferienzeiten** zu berücksichtigen. Diese könnten bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Frist nicht vollkommen ausgeblendet werden. Zwar hätten danach zwischen der Veröffentlichung der Änderungsbekanntmachung am 19. Mai 2017 und dem Fristablauf am 6. Juni 2017 rechnerisch noch 17 Kalendertage zur Verfügung gestanden. Davon entfielen aber sechs auf Wochenenden und zwei auf Feiertage. Damit lagen zwischen dem Tag der Veröffentlichung der Änderungsbekanntmachung und dem Tag des Fristablaufs nur neun gewöhnliche Werktage, wobei einer dieser Tage noch ein sog. Brückentag war. Aus Sicht des Vergabesenats liege es auf der Hand, dass sich schon allein daraus zeitliche Schwierigkeiten ergeben könnten.

Entgegen der Auffassung der Vergabekammer lasse sich aus der internationalen Verbreitung der nachträglich geforderten GMP-/GACP-Standards nichts zugunsten der Ag ableiten. Dagegen spreche schon, dass es von den über 100 Unternehmen des Teilnahmewettbewerbs nur 15 gelungen sei, eine bewertungsfähige Arzneipflanzen-Referenz vorzulegen. Aus Sicht des Vergabesenates sei dies auch ein Indiz dafür, dass die Schwierigkeiten der Ast keine rein individuellen waren, wie die Vergabekammer im Ergebnis angenommen habe. Die Ag habe nicht näher dargelegt, dass die Schwierigkeiten der Ast allein darauf zurückzuführen waren, dass sie sich nicht ausreichend um Referenzgeber bemüht habe. Dass außer der Ast nur ein weiterer Bewerber die Kürze der verbleibenden Frist förmlich gerügt habe, lasse nach Auffassung des Gerichts keine Rückschlüsse auf rein individuelle Schwierigkeiten der Ast zu. Unterlassene Rügen könnten verschiedene Gründe haben und beispielsweise auch auf die vergaberechtliche Unerfahrenheit vieler Bewerber zurückzuführen sein.

### **Bewertung:**

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf enthält wichtige Hinweise für die Vergabepaxis, wie mit Fristverlängerungen nach § 20 Abs. 3 VgV umzugehen ist. Eine gefestigte vergaberechtliche Rechtsprechung zu Verlängerungen der Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen liegt noch nicht vor. Hervorzuheben sind folgende **Kernelemente des Beschlusses:**

- Das **Fristverlängerungsgebot nach § 20 Abs. 3 VgV** ist – zumindest in den Fällen einer wesentlichen Änderung an den Vergabeunterlagen gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV – **auf die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen entsprechend anzuwenden**. Diese Analogie ist übrigens kohärent mit der Unterschwellenregelung in § 13 Abs. 4 UVgO, der sich explizit auf die Teilnahme- und Angebotsfrist bezieht.
- Änderungen an den Vergabeunterlagen sind in der Regel dann **wesentlich** im Sinne von § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV, wenn sie sich **kausal auf die Angebotserstellung/Erstellung des Teilnahmeantrags auswirken**.
- Ergibt sich aus einer Änderung der Vergabeunterlagen die Notwendigkeit einer Reaktion, so spricht zugunsten der Bieter und Bewerber eine **Vermutung für einen zusätzlichen Zeitbedarf**, welche der öffentliche Auftraggeber konkret erschüttern muss.
- Bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Frist können **faktische Fristverkürzungen etwa infolge von Feiertagen oder Ferienzeiten** nicht vollkommen ausgeblendet werden.

Nicht zuletzt angesichts der großen öffentlichen Aufmerksamkeit, unter der das Vergabeverfahren von Anfang an stand, drängt sich schon die Frage auf, warum das BfArM die beantragte 9-tägige Verlängerung der Teilnahmefrist nicht gewährt hat. Es ist im Ergebnis mehr als ärgerlich, wenn ein offenbar professionell geführtes Vergabeverfahren mit über 100 Bewerbern, einer Vielzahl von Bewerberfragen, mehreren Rügen und auch Nachprüfungsverfahren alle Klippen umschiffte, letztlich aber an einer solchen Petitesse scheitert. Dies kann nur einem besonders engen Fristenkorsett geschuldet gewesen sein, das einen Anbau noch in 2018 erforderlich machte, um schon in 2019 die erste Ernte einzufahren. Der Fall zeigt jedoch, dass sich Auftraggeber in vergleichbaren Fällen eher auf die sichere Seite begeben sollten, um nicht eine Beschaffung komplett zu gefährden.

Schwer nachvollziehbar ist aber auch, warum sich das OLG Düsseldorf in dieser Sache mit einer Entscheidung mehr als sieben Monate Zeit ließ. In der Zwischenzeit hat der Auftraggeber das Verfahren mit Blick auf die bevorstehende Anbausaison vorangetrieben, bevor jetzt vom OLG Düsseldorf die Reset-Taste gedrückt wurde.

*Rudolf Ley*