



## UPDATE VERGABERECHT

### NACHPRÜFUNGSANTRAG AUCH BEI UNTÄTIGKEIT

#### OLG Schleswig, Beschluss vom 07.10.2011 – 1 Verg 1/11

Die Antragstellerin (ASt), ein Postdienstleistungsunternehmen, bewarb sich initiativ bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) um die Erbringung der von dieser benötigten Postdienstleistungen, die diese werktäglich bei der Deutschen Post AG abwickelte und die auf das Kalenderjahr bezogen einen Wert weit oberhalb des Schwellenwertes nach § 2 Nr. 2 VgV aufweisen. Da die AöR auch in der Folge eine Ausschreibung der Postdienstleistungen unterließ, wendete sich die ASt an die Vergabekammer mit dem Begehren, die AöR zur Ausschreibung zu verpflichten.

Nachdem die Vergabekammer zunächst die Zulässigkeit des Antrages verworfen hatte, bestätigte das OLG auf die sofortige Beschwerde der ASt die Zulässigkeit und Begründetheit des Antrages. Der vergaberechtlichen Nachprüfung unterliege nicht nur die Art und Weise der Einleitung oder Durchführung eines Vergabeverfahrens, sondern auch, ob ein nach Maßgabe des § 97 Abs. 1 GWB geregeltes Vergabeverfahren bislang zu Unrecht unterblieben sei. Die AöR manifestiere ihre Vergabeabsicht, indem sie – tagtäglich – Aufträge über Postdienstleistungen an Dritte erteile. Für die Ausschreibungspflicht sei zudem nicht auf die einzelne Tages-Postmenge abzustellen, sondern auf die manifestierte Vergabeabsicht, die mindestens den jährlichen Gesamtbedarf umfasse.

Die AöR könne sich schließlich nicht darauf berufen, dass die de-facto mit der Deutschen Post AG abgeschlossenen Verträge gemäß § 101b Abs. 2 GWB wegen nicht rechtzeitiger Geltendmachung eines Verstoßes wirksam geworden seien und nicht mehr angegriffen werden könnten. Denn diese Verträge beträfen lediglich das „Wie“ der Abwicklung von einzelnen Postdienstleistungen und nicht das „Ob“. Darüber hinaus stünde den Vergabenachprüfungsinstanzen als geeignete Maßnahme die Verpflichtung zur künftigen Ausschreibung der Leistungen zur Verfügung.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Dem Beschluss lässt sich entnehmen, dass es ein Recht des öffentlichen Auftraggebers auf ein „Weiter so“ bei der täglichen Fiskalverwaltung nicht gibt. Dienstleister haben die Möglichkeit, öffentliche Auftraggeber zur Ausschreibung ihres manifestierten Beschaffungsbedarfes zu zwingen. Ein Verweis auf die Präklusionsregel des § 101b Abs. 2 GWB kann einem solchen Nachprüfungsantrag nicht entgegen gehalten werden.