

Update Vergaberecht

Zwangsvollstreckung einer Vergabekammer-Entscheidung

BayObLG, Beschluss vom 14.03.2023 – Verg 1/23

Ein Auftraggeber (A) wollte aus technischen Gründen einen Auftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung an ein Unternehmen (B) vergeben. In einem Nachprüfungsverfahren machte ein Konkurrent (C) mit Erfolg geltend, dass die Voraussetzungen für eine Vergabe ohne Wettbewerb nicht erfüllt seien. A wurde daher von der Vergabekammer mit Beschluss vom 08.11.2022 aufgegeben, die Leistung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in einem vergaberechtskonformen Verfahren auszu-schreiben. Auf Anfrage des C vom 22.11.2022 teilte A mit, dass die Durchführung des Verfahrens vorbereitet werde. Mit Schreiben vom 09.12.2022 forderte C den A unter Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen auf, ein vergaberechtskonformes Verfahren bis zum 20.12.2022 einzuleiten, woraufhin A nur erneut bekräftigte, ein solches vorzubereiten. Am 16.12.2022 stellte C bei der Vergabekammer einen Antrag auf Androhung eines Zwangsgeldes für den Fall, dass A das Vergabeverfahren nicht bis zum 28.02.2023 einleiten würde. Nachdem der Antrag zurückgewiesen worden war, erhob C sofortige Beschwerde vor dem BayObLG mit der Begründung, dass das Zwangsgeld erforderlich sei, damit A die Entscheidung der Vergabekammer beachte. Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz bliebe defizitär, wenn keine Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung bestünde.

Ohne Erfolg! Die Vergabekammer habe zu Recht die Androhung eines Zwangsgeldes abgelehnt. Abschließende und bestandskräftige Entscheidungen der Vergabekammer seien zwar gemäß § 168 Abs. 3 Satz 1 GWB einer Vollstreckung zugänglich. Dies setze aber voraus, dass darin die Vornahme einer Handlung gefordert werde. Mit dem Beschluss sei A indes nicht verpflichtet worden, die Leistung zu beschaffen und erst recht nicht bis zum 28.02.2023 mit der Beschaffung zu beginnen. Denn das Vergaberecht regle nur die Art und Weise, nicht aber das „Ob“ der Beschaffung. Aufgrund der Vertragsfreiheit könne ein Auftraggeber nicht gezwungen werden, einen Auftrag an einen Bieter zu erteilen. A habe zudem mehrere rechtskonforme Möglichkeiten zur Beschaffung. Nach alledem habe die Vergabekammer nicht die Kompetenz, eine Maßnahme zu treffen, die einen Kontrahierungszwang für A zur Folge hätte. Im Übrigen bestünden keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass A den Beschluss der Vergabekammer ignoriere oder ihm zuwiderhandeln wolle.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung veranschaulicht, dass ein erfolgreiches Nachprüfungsverfahren nicht bedeutet, dass ein Anspruch auf Vergabe der Leistung besteht. Denn der Auftraggeber kann von seinem Beschaffungsvorhaben jederzeit wieder Abstand nehmen. Das Vollstreckungsrecht ist somit kein Mittel für Bieter, um die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu erzwingen oder zu beschleunigen. In der Praxis dürfte die Vollstreckung einer Vergabekammer-Entscheidung insofern eher die Ausnahme sein, z.B. wenn konkret zu befürchten ist, dass die Vergabestelle einem titulierten Zuschlagsverbot zuwiderhandelt.