

## Update Vergaberecht

### Zuschlagsverbot gilt nicht für sonstige Maßnahmen

#### BayObLG, Beschluss vom 20.01.2023 – Verg 17/22

A schrieb Planungsleistungen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Hierbei wurde festgelegt, dass maximal fünf Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten. Bei mehr als fünf geeigneten Bewerbern sollten nach einer Auswahlmatrix diejenigen Bewerber ausgewählt werden, die die Eignungsvoraussetzungen am besten erfüllen. Falls danach noch mehr als fünf Bewerber verbleiben sollten, sollte die Auswahlentscheidung unter diesen per Los getroffen werden. Bewerberin B rügte erfolglos u. a. eine Beschränkung der Referenzen und stellte einen Nachprüfungsantrag. Die Wertung ergab, dass 24 der insgesamt 28 Teilnahmeanträge, hierunter derjenige der B, nach der Auswertungsmatrix auf Platz 1 lagen. Daher ermittelte sie per Losentscheid fünf Unternehmen, darunter nicht B, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollten. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag der B zurück. Hiergegen legte sie sofortige Beschwerde ein und beantragte die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung.

Das BayObLG lehnte den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ab. Dies begründet sie mit den fehlenden Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde. § 169 Abs. 1 GWB untersage ab der Mitteilung über den Nachprüfungsantrag nur die Erteilung des Zuschlags. Alle sonstigen Maßnahmen zur Durchführung des Vergabeverfahrens, wie etwa Prüfung und Wertung der Angebote, blieben hingegen erlaubt. Die Durchführung eines Losentscheids zur Auswahl derjenigen Bewerber, welche zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, könne der untersagten Erteilung des Zuschlags nicht gleichgestellt werden. Der Losentscheid nehme den nicht ausgewählten Bietern zwar die Chancen auf Erteilung des Zuschlags, schaffe aber anders als ein Zuschlag nicht zwingend irreversible Tatsachen. Denn eine Zurückversetzung in den Stand vor Abschluss des Teilnahmewettbewerbs sei grundsätzlich möglich.

#### Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung stellt ausdrücklich klar, dass das in § 169 Abs. 1 GWB geregelte Zuschlagsverbot nur für den Zuschlag selbst gilt und nicht für sonstige Maßnahmen oder Entscheidungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens. Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren demnach so lange weiterführen, bis alle Voraussetzungen für eine Zuschlagserteilung vorliegen. Hierzu gehören insbesondere Prüfung und Wertung der Angebote oder Aufklärungen oder Nachforderungen gegenüber den Bietern. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass diese Verfahrensschritte unter Umständen wiederholt werden müssen, soweit in einem Nachprüfungsverfahren Rechtsverletzungen festgestellt werden, die eine Zurückversetzung in den Zustand vor Abschluss des jeweiligen Verfahrensschritts rechtfertigen.