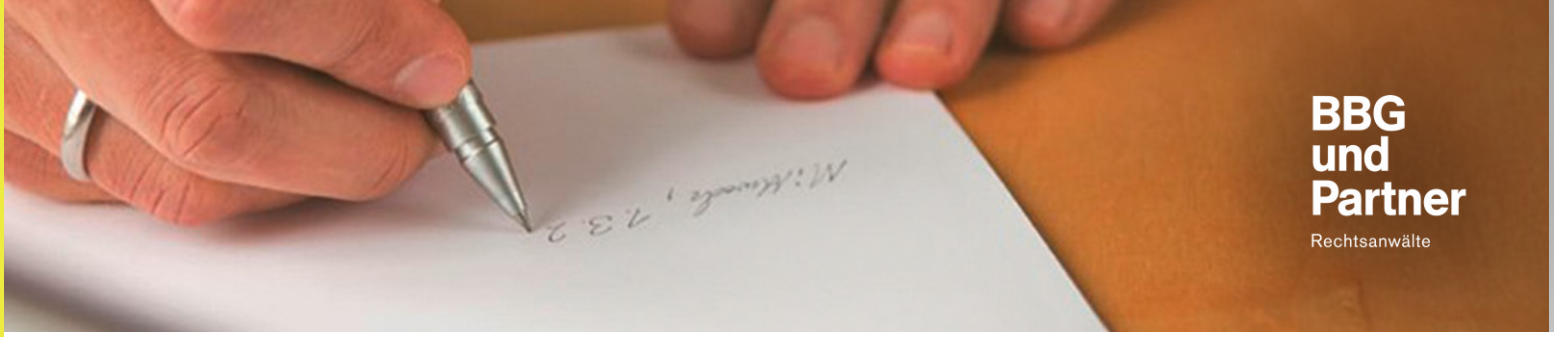

BBG und Partner
Rechtsanwälte

Update Vergaberecht

Effektiver Rechtsschutz auch im Bereich der Daseinsvorsorge

VK Südbayern, Beschluss vom 26.06.2023 – 3192.Z3-3_01-23-9

Die Klinikbetreiberin A vergab im Wege der Direktvergabe interimsweise die Lieferung einer Laborstraße an das Unternehmen B. Ein früheres Vergabeverfahren über die Lieferung hatte A aufgehoben und B direkt mit der Lieferung beauftragt. Gegen die vormalige Direktvergabe erhob Antragstellerin C einen 1. Nachprüfungsantrag. Trotz hieraus folgendem Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB erteilte A der B den Auftrag. Im Ergebnis des 1. Nachprüfungsverfahrens stellte die Vergabekammer (VK) die Vergaberechtswidrigkeit der Direktvergabe sowie die Nichtigkeit der geschlossenen Verträge nach § 134 BGB fest und gab A auf, den Auftrag vergaberechtskonform neu auszuschreiben. Trotz der Nichtigkeit der Verträge führten A und B den Auftrag im Nachgang der Entscheidung der VK faktisch fort. Zwar schrieb A den Auftrag neu aus. Durch erneute Direktvergabe beauftragte sie B aber interimsweise mit der Durchführung der Leistungen bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens. Hiergegen erhob C erneut einen Nachprüfungsantrag.

Und erneut gab die VK C Recht. Die Voraussetzungen einer Direktvergabe seien wieder nicht erfüllt. Eine Dringlichkeit der Vergabe aus medizinischen Gründen sei nicht ersichtlich, da die in Rede stehenden Laborleistungen - wenn auch ohne Vertragsgrundlage - zumindest faktisch erbracht würden. Auch der Zustand der Vertragslosigkeit rechtfertige keine Dringlichkeitsvergabe. A habe diesen Zustand aufgrund ihres eigenen vergaberechtswidrigen Vorverhaltens nicht nur vorhersehen können, sondern selbst verschuldet. A bleibe zur Rückabwicklung des Auftrags verpflichtet. Die Direktvergabe dürfe nicht - im Widerspruch zu einer ausdrücklichen Entscheidung der VK - als Mittel zur Legitimation eines faktisch bestehenden vergaberechtswidrigen Auftragsverhältnisses genutzt werden. Insbesondere bestünde die Gefahr, dass A das Vergabeverfahren einstellen oder aufheben könnte, da A den Interimsauftrag aufgrund einer Verlängerungsoption unbegrenzt fortsetzen könne. Da die VK jedoch keine Maßnahme anordnen dürfe, die für Auftraggeber einen rechtlichen oder tatsächlichen Kontrahierungszwang bedeuten würde, und A demnach nicht zur Weiterführung des Vergabeverfahrens verpflichten dürfe, sei die Untersagung der Direktvergabe das einzig effektive Mittel, A zur Fortsetzung und zum zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens zu bewegen und C einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen.

Bedeutung für die Praxis

In ihrer Entscheidung stellt die VK klar, dass sie diese nicht im Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung verstanden wissen möchte, nach der eine Dringlichkeitsvergabe im Bereich der Daseinsvorsorge auch bei Mitverursachung des dringlichkeitsbegründenden Umstandes durch den Auftraggeber zulässig sein kann. Angesichts des Spannungsverhältnisses zwischen effektivem Rechtsschutz und Gewährleistung der Daseinsvorsorge bleiben daher Zweifel, ob die VK ihre Rechtsprechung aufrechterhält, wenn nicht nur die Vertragslosigkeit eines vergaberechtswidrigen faktischen Auftragsverhältnisses, sondern reale Mängel der Daseinsvorsorge zu befürchten sind.