

Gericht:	Bayerisches Oberstes Landesgericht Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	14.03.2023
Aktenzeichen:	Verg 1/23
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 168 Abs 3 S 1 GWB, § 168 Abs 3 S 2 GWB, Art 29 Abs 1 VwZVG BY
Zitiervorschlag:	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 14. März 2023 – Verg 1/23 –, juris

Leitsatz

Zur Zwangsvollstreckung einer Entscheidung der Vergabekammer.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer München, 20. Dezember 2022, 3194.Z3-3_01-22-6

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 20. Dezember 2022, Gz. 3194.Z3-3_01-22-6, wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 290.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin begehrt die Androhung eines Zwangsgelds zur Durchsetzung einer auf ihr Betreiben hin ergangenen Entscheidung der Vergabekammer, mit der der Antragsgegnerin aufgegeben worden ist, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die streitgegenständliche Leistung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in einem vergaberechtskonformen Verfahren auszuschreiben.
- 2 Die Antragsgegnerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ist die Trägerin eines Klinikums. Sie teilte im Dezember 2021 in einer freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung mit, dass sie einen Auftrag zur Installation labortechnischer Anlagen aus technischen Gründen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung an die Beigeladene vergabe.

- 3 Die Antragstellerin machte in dem deswegen im Januar 2022 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren geltend, die Voraussetzungen für eine nicht wettbewerbliche Vergabe seien nicht erfüllt. Es liege eine unzulässige De-facto-Vergabe vor. Sie begehrte die Feststellung, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen mittlerweile abgeschlossene Vertrag über die Installation von labortechnischen Anlagen unwirksam sei.
- 4 Am 8. November 2022 entschied die Vergabekammer zur Hauptsache:
- 5 1. Der Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, die streitgegenständliche Leistung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in einem vergaberechtskonformen Verfahren auszuschreiben.
- 6 2. Die am 10. Januar 2022 trotz des am 7. Januar 2022 erteilten Zuschlagsverbots zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Verträge „Mietvertrag und Reagenzien-Liefervereinbarung“, „Vertrag über AlinIQ/Softwareprodukte und Professionelle Dienstleistungen“ und „Auftragsverarbeitungsvertrag über die Verarbeitung personenbezogener Daten im Auftrag gemäß Artikel 28 EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) inklusive Fernzugriff und/oder Fernwartung von Analysensystemen Nr. ...“ sind von Gesetzes wegen nach § 134 BGB nichtig.
- 7 In den Gründen führte sie aus, der Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren sei nicht gerechtfertigt gewesen. Auf die nicht ordnungsgemäß durchgeführte Markterkundung könne sich die Antragsgegnerin zur Begründung der von ihr gewählten Verfahrensart (Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb) nicht berufen. Die Antragstellerin sei durch diese Vorgehensweise in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Bei Fortbestehen des Beschaffungsbedarfs habe die Antragsgegnerin daher entweder von vornherein ein wettbewerbliches, vergaberechtskonformes Verfahren durchzuführen oder aber unter transparenter Bekanntgabe ihrer Anforderungen eine Markterkundung vorzunehmen, um anhand der Rückläufer beurteilen zu können, ob tatsächlich eine rechtliche und/oder technische Alleinstellung der Beigeladenen besteht. Die am 10. Januar 2022 zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin geschlossenen Verträge seien wegen eines zu diesem Zeitpunkt bereits eingegangenen und der Antragsgegnerin mitgeteilten Nachprüfungsantrags eines anderen Interessenten nichtig.
- 8 Dieser Beschluss ist mit dem Ablauf der Beschwerdefrist am 25. November 2022 bestandskräftig geworden.
- 9 Auf eine Anfrage der Antragstellerin antwortete die Antragsgegnerin mit Schreiben ihrer (nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens ausgewechselten) anwaltlichen Vertreter am 22. November 2022 dahingehend, dass sie im Einklang mit der Entscheidung der Vergabekammer die Durchführung eines neuen, vergaberechtskonformen Verfahrens zur Beschaffung der streitgegenständlichen Leistung beabsichtige und ein solches Vergabeverfahren vorbereite. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2022 forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin unter Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen auf, den Vollzug der von der Vergabekammer für unwirksam erklärten Verträge zu unterlassen und bis zum 20. Dezember 2022 ein vergaberechtskonformes Verfahren einzuleiten. Mit

Antwortschreiben vom selben Tag bekräftigte die Antragsgegnerin, derzeit „intensiv die Herstellung eines vergaberechtskonformen Zustands durch Durchführung eines neuen, vergaberechtskonformen Verfahrens“ vorzubereiten. Dies erfordere eine angemessene Vorbereitung. Individuelle Informationen an die Antragstellerin über den genauen Stand der Vorbereitungen und die genauen Termine erteile sie nicht. Mit weiterem Schreiben vom 16. Dezember 2022 verlangte die Antragstellerin Auskunft darüber, auf welcher Rechtsgrundlage derzeit die Beigeladene für die Antragsgegnerin tätig werde. Sie monierte, dass die Antragsgegnerin nicht konkret sage, wann ein neues Vergabeverfahren starten solle.

- 10 Am selben Tag hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer den Antrag gestellt:
- 11 Der Antragsgegnerin wird für den Fall, dass sie nicht bis zum 28. Februar 2023 durch Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ein Vergabeverfahren über die Leistungen, die Gegenstand des Beschlusses der Vergabekammer vom „6.11.2022“ (gemeint: 8. November 2022) sind, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer einleitet, die Festsetzung eines Zwangsgelds in angemessener Höhe angedroht.
- 12 Die Antragsgegnerin hat beantragt:
- 13 Der Antrag auf Androhung eines Zwangsgelds wird zurückgewiesen.
- 14 Mit Beschluss vom 20. Dezember 2022 hat die Vergabekammer den Antrag zurückgewiesen. Bezugnehmend auf den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. März 2014, Az. Verg 11/14, hat es den Vollstreckungsantrag für unzulässig erachtet. Er richte sich auf die Durchführung eines künftigen Vergabeverfahrens und sei daher nicht statthaft. Im Vergabenachprüfungsverfahren könnten gemäß § 156 Abs. 2 GWB nur Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber geltend gemacht werden, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet seien. Dagegen könnten keine Ansprüche geltend gemacht werden, die ein erst künftig einzuleitendes Vergabeverfahren, die Verfahrensart oder Form oder den Zeitpunkt des Beginns betreffen. Entsprechend sei die Entscheidungsbefugnis der Vergabekammer begrenzt. Eine auf ein künftiges Beschaffungsverhalten des Auftraggebers gerichtete Entscheidung sei ihr verwehrt. Weil die Beschaffung sogenanntes Fiskalhandeln der öffentlichen Hand sei, müsse sich die Antragstellerin zur Verfolgung einer solchen Zielrichtung einer Klage vor den Zivilgerichten bedienen.
- 15 Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 10. Januar 2023, mit der diese geltend macht, die Antragsgegnerin sei durch den Beschluss der Vergabekammer vom 8. November 2022 zu einer sofort durchsetzbaren Handlung verpflichtet worden (Ziffer 1 des Beschlusses). Die Antragsgegnerin habe es schuldhaft unterlassen, der Anordnung, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten, Folge zu leisten. Stattdessen setze sie die Leistungserbringung durch die Beigeladene trotz der Feststellung, dass die mit ihr geschlossenen Verträge nichtig sind, fort. Ihr Verhalten sei geeignet, die Effizienz des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes zu gefährden. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass Vorbereitungen für die Durchführung ei-

nes vergaberechtskonformen Verfahrens für die streitgegenständlichen Leistungen getroffen würden. Die Zurückweisung des Vollstreckungsantrags als unzulässig sei mit der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie 2007/66/EG nicht vereinbar. Der Antrag beziehe sich zudem nicht auf ein künftiges Beschaffungsverhalten, denn die Antragsgegnerin decke ihren fortbestehenden Beschaffungsbedarf derzeit faktisch auf der Grundlage nichtiger Verträge. Um zu erreichen, dass sie die Entscheidung der Vergabekammer vom 8. November 2022 beachte, sei es erforderlich, über die Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld den notwendigen Druck zur Einhaltung der rechtlichen Vorgaben auszuüben.

16 Die Antragstellerin beantragt,

17 1. den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 20. Dezember 2022 aufzuheben und der Antragsgegnerin für den Fall, dass sie nicht bis zum 28. Februar 2023 durch Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ein Vergabeverfahren über die Leistungen, die Gegenstand des Beschlusses der Vergabekammer Südbayern vom „6. November 2022“ (gemeint: 8. November 2022) sind, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer einleitet, die Festsetzung eines Zwangsgeldes in angemessener Höhe anzudrohen;

18 2. hilfsweise, den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 20. Dezember 2022 aufzuheben und die Vergabekammer Südbayern zu verpflichten, der Antragsgegnerin für den Fall, dass sie nicht bis zum 28. Februar 2023 durch Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ein Vergabeverfahren über die Leistungen, die Gegenstand des Beschlusses der Vergabekammer Südbayern vom „6. November 2022“ (gemeint: 8. November 2022) sind, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer einleitet, die Festsetzung eines Zwangsgeldes in angemessener Höhe anzudrohen.

19 Die Antragsgegnerin beantragt,

20 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 20. Dezember 2022 als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

21 Sie zieht in Zweifel, dass der Antragstellerin der angefochtene Beschluss erst am 27. Dezember 2022 und nicht bereits – wie ihr selbst – am 22. Dezember 2022, jedoch spätestens am 23. Dezember 2022 zugestellt worden sein soll. Die am 10. Januar 2023 eingegangene Beschwerde habe daher die Beschwerdefrist nicht gewahrt. In der Sache verteidigt sie die Entscheidung der Vergabekammer. Sie macht des Weiteren geltend, dass sie den Beschluss der Vergabekammer vom 8. November 2022 beachte und befolge. Nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens habe sie die Kanzlei der nunmehr bevollmächtigten Rechtsanwälte beauftragt. Diese hätten sich umgehend eingearbeitet und bereits bis Mitte Dezember 2022 nach intensiver Abstimmung mit der Fachseite der Antragsgegnerin einen ersten Entwurf der Vergabeunterlagen erarbeitet. Zur Vorbereitung der fachlichen Unterlagen sei eine kontinuierliche Abstimmung insbesondere mit dem Leiter des

Fachbereichs bei der Antragsgegnerin erforderlich. Die sachgerechte Vorbereitung eines förmlichen Vergabeverfahrens nehme Zeit in Anspruch, da nicht auf bestehende Vergabeunterlagen zurückgegriffen werden könne. Die Vorbereitung sei noch nicht abgeschlossen, aber wesentliche Schritte seien unternommen. Sie verweist darauf, dass sie ein Interessenbekundungsverfahren nach § 38 Abs. 5 (gemeint: Abs. 4) VgV eingeleitet habe, bekanntgegeben am 20. Januar 2023 im Amtsblatt der Europäischen Union, und die Antragstellerin auch in diesem Verfahren Rügen erhoben habe, sodass zusätzlicher Aufwand für die sorgfältige Befassung hiermit anfalle.

II.

- 22 Die sofortige Beschwerde hat keinen Erfolg.
- 23 1. Das Rechtsmittel ist zulässig, insbesondere nicht verfristet eingelegt.
- 24 Gegen die Entscheidung der Vergabekammer, mit der die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen abgelehnt worden ist, ist die sofortige Beschwerde nach § 171 Abs. 1 Satz 1 GWB statthaft. Aus den Bestimmungen des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes (BayVwZVG), nach denen sich gemäß § 168 Abs. 3 Sätze 2 und 3 GWB die Vollstreckung der abschließenden Entscheidungen der Vergabekammern richtet, insbesondere aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayVwZVG folgt nichts Gegenteiliges. Zwar sieht diese Regelung ein Rechtsmittel nur gegen die positive Androhung eines Zwangsmittels vor. Es ist jedoch in der Rechtsprechung anerkannt, dass wegen der Besonderheiten des Vergaberechts die sofortige Beschwerde auch gegen die Ablehnung eines Antrags auf Vollstreckungsmaßnahmen eröffnet ist, denn die Vollstreckung der Entscheidungen der Vergabekammern dient dem Schutz der Interessen der Bieter am Auftrag (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10. März 2014, Verg 11/14, VergabeR 2014, 621 [juris Rn. 6] m. w. N.; KG, Beschl. v. 24. Oktober 2001, KartVerg 10/01, WuW 2002, 313; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. Stand: 15. September 2022, GWB § 168 Rn. 76; Nowak in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 169 Rn. 44; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, GWB § 168 Rn. 87).
- 25 Die zweiwöchige Einlegungsfrist ist gewahrt, denn die Entscheidung ist erst am 27. Dezember 2022 gemäß § 168 Abs. 3 Satz 3 GWB i. V. m. § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB, Art. 5 Abs. 4, Art. 8 BayVwZVG dem im Nachprüfungsverfahren bevollmächtigten Rechtsanwalt der Antragstellerin zugestellt worden. Das auf den 27. Dezember 2022 datierte und unterschriebene Empfangsbekanntnis erbringt als Privaturkunde, der die Beweiskraft einer Zustellungsurkunde innewohnt, Beweis auch dafür, dass der in ihm genannte Zeitpunkt der Entgegennahme den Tatsachen entspricht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 27. März 2001, 2 BvR 2211/97, NJW 2001, 1563 [juris Rn. 19]; BGH, Beschl. v. 12. September 2012, XII ZB 642/11, NJW 2012, 3378 Rn. 13).
- 26 Über das Rechtsmittel kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, weil es sich gegen die Entscheidung der Vergabekammer in einem Nebenverfahren richtet, sodass § 175 Abs. 2 i. V. m. § 65 Abs. 1 GWB nicht gilt (KG WuW 2002, 313; vgl. auch *Vavra/Willner* in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4.

Aufl. 2022, GWB § 175 Rn. 10 m. w. N.). Eine mündliche Verhandlung im Zwangsvollstreckungsverfahren ist auch nach den Regelungen des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes nicht vorgeschrieben, auf die § 168 Abs. 3 GWB wegen der Vollstreckung der Entscheidungen der Vergabekammern verweist.

- 27 2. In der Sache ist das Rechtsmittel nicht begründet. Die Vergabekammer hat im Ergebnis zu Recht die Androhung eines Zwangsgelds abgelehnt, denn die Voraussetzungen, unter denen ein Zwangsgeld zur Durchsetzung eines Verwaltungsakts angedroht werden kann, liegen nicht vor.
- 28 Zwar ist die gemäß § 168 Abs. 3 Satz 1 GWB als Verwaltungsakt ergangene, abschließende und bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer vom 8. November 2022 grundsätzlich einer Vollstreckung gegen die Antragsgegnerin zugänglich, § 168 Abs. 3 Satz 2 GWB i. V. m. Art. 29 ff. BayVwZVG. Mit der Entscheidung ist der Antragsgegnerin aber nicht die Verpflichtung auferlegt worden, die Leistungen, die Gegenstand des Beschlusses vom 8. November 2022 sind, zu beschaffen, erst recht nicht eine Verpflichtung dahingehend, mit einer Beschaffung bis spätestens 28. Februar 2023 zu beginnen und zu diesem Zweck eine Auftragsbekanntmachung zu veröffentlichen. Deshalb kann die sofortige Beschwerde weder in ihrem Haupt- noch in ihrem Hilfsantrag Erfolg haben.
- 29 a) Nach Art. 29 Abs. 1 BayVwZVG können Verwaltungsakte, mit denen die Vornahme einer Handlung gefordert wird, mit Zwangsmitteln, insbesondere Zwangsgeld, Art. 29 Abs. 2 Nr. 1, Art. 31 BayVwZVG, vollstreckt werden. Zu Unrecht meint die Antragstellerin, aus Ziffer 1 der Entscheidung der Vergabekammer vom 8. November 2022 ergebe sich eine – zudem sofort durchsetzbare – Verpflichtung der Antragsgegnerin, durch Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ein Vergabeverfahren einzuleiten.
- 30 aa) Es besteht keine Verpflichtung der Antragsgegnerin, die streitgegenständlichen Leistungen zu beschaffen und zu diesem Zweck eine Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen. Eine solche vermeintliche Verpflichtung ist ihr mit dem Beschluss der Vergabekammer vom 8. November 2022, Ziffer 1, auch nicht auferlegt worden, weshalb es auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. März 2014 (Verg 11/14, VergabeR 2014, 621), auf die die Vergabekammer maßgeblich abgestellt hat, in der vorliegenden Sache nicht entscheidend ankommt.
- 31 Das Vergaberecht regelt die rechtlichen Vorgaben, an die sich der öffentliche Auftraggeber bei einer Beschaffung zu halten hat (Art und Weise der Beschaffung), betrifft aber nicht die Entscheidung über das Ob einer Beschaffung. Aus Gründen des allgemeinen Vertragsrechts, namentlich der Vertragsfreiheit (*Eckert in BeckOK BGB*, 64. Ed. Stand: 1. November 2022, § 145 Rn. 12 ff.), kann und darf der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht dazu gezwungen werden, einen Auftrag an einen geeigneten Bieter zu erteilen. Es liegt damit auch nicht in der Kompetenz der Vergabekammer, zur Beseitigung einer Rechtsverletzung eine Maßnahme zu treffen, die einen rechtlichen oder tatsächlichen Kontrahierungszwang bedeutete (vgl. auch BGH, Beschl. v. 20. März 2014, X ZB 18/13, NZBau 2014, 310 Rn. 20; Beschl. v. 18. Februar 2003, X ZB 43/02, NZBau 2003,

293; Urt. v. 5. November 2002, X ZR 232/00, NZBau 2003, 168; Urt. v. 8. September 1998, X ZR 48, BGHZ 139, 259 [268 f.]; OLG Rostock, Beschl. v. 30. September 2021, 17 Verg 5/21, juris Rn. 58; OLG München, Beschl. v. 23. November 2020, Verg 7/20 - *Strafjustizzentrum M.*, NZBau 2021, 489 Rn. 61; *Queisner* in BeckOK Vergaberecht, 27. Ed. Stand: 31. Januar 2022; VgV § 63 Rn. 42; *Dreher* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 168 Rn. 22; *Herrmann* in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 63 Rn. 25; *Steck* in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 168 Rn. 14, 18; *Horn/Hofmann* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Aufl. 2019, VS-VgV § 37 Rn. 9).

- 32 In Übereinstimmung mit diesem Grundsatz ist der Antragsgegnerin durch Ziffer 1 des Beschlusses der Vergabekammer vom 8. November 2022 (lediglich) aufgegeben worden, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die streitgegenständliche Leistung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in einem vergaberechtskonformen Verfahren auszuschreiben. Die Entscheidungsformel beinhaltet keine Verpflichtung, (sofort oder bis zu einem bestimmten Datum) eine Auftragsbekanntmachung vorzunehmen.
- 33 Auch wenn nicht nur die Tenorierung, sondern zusätzlich die Beschlussgründe der Vergabekammer herangezogen werden (vgl. *Blöcker* in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, § 168 Rn. 157), kann die Entscheidung nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Antragsgegnerin zu der begehrten Handlung, zu der sie nach dem Vollstreckungsantrag angehalten werden soll, verpflichtet werde. Denn darin wird zwar der Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren als ein die Antragstellerin in ihren Rechten verletzender Vergaberechtsverstoß bezeichnet, aber zugleich werden die Alternativen eines vergaberechtskonformen Verhaltens genannt, unter denen die Antragsgegnerin – wie unter Ziffer 1 tenoriert – bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wählen kann. Die Vergabekammer zeigt hierzu auf, dass auch eine Vergabe im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht kommen kann, sofern eine ordnungsgemäß durchgeführte Markterkundung zu dem Ergebnis führt, dass eben doch nur ein Teilnehmer die Leistung erbringen kann. Auch der nun von der Antragsgegnerin ausweislich der Anlage AG 4 gewählte Weg der Veröffentlichung einer Vorinformation nach § 38 VgV, eingeleitet durch ein Interessenbekundungsverfahren nach § 38 Abs. 4 VgV, ist danach nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung (§ 37 Abs. 1 VgV) ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (§ 14 Abs. 4 bis Abs. 6 VgV) vorliegen oder eine die Bekanntmachung ersetzende Vorinformation (§ 38 VgV) veröffentlicht wurde (vgl. *Eichler* in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht Rn. 283; *Voppel* in Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, § 38 Rn. 36).
- 34 Der Antragsgegnerin ist somit von der Vergabekammer nicht vorgegeben worden, ob und wann sie eine Beschaffung vorzunehmen habe. Entschließt sie sich zur Beschaffung, stehen ihr zudem mehrere rechtskonforme Möglichkeiten zur Verfügung. Ist aber dem öffentlichen Auftraggeber durch die Entscheidung der Vergabekammer nicht die begehrte Handlungsverpflichtung auferlegt worden, so kann eine solche auch nicht durch Vollstreckungsmaßnahmen durchgesetzt oder unter Fristsetzungen im Zwangsvollstreckungsverfahren begründet werden. Das von der Antragstellerin mit dem Vollstreckungsantrag verfolgte Ziel, eine Beschaffung im Wege einer öffentlichen Auftrags-

bekanntmachung der streitgegenständlichen Leistungen zu erzwingen, ginge über den Inhalt der Entscheidung der Vergabekammer hinaus.

- 35 bb) Der Ansicht der Antragstellerin, zur effektiven Durchsetzung der von der Vergabekammer getroffenen Entscheidung müsse es bei dem hier vorliegenden Sachverhalt möglich sein, die Antragsgegnerin zur öffentlichen Auftragsbekanntmachung der Leistungen durch Zwangsgeld anzuhalten, kann nicht gefolgt werden.
- 36 Richtig ist, dass bei der Anwendung des § 168 Abs. 3 GWB der Hintergrund der europarechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten in Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG (im Folgenden: Rechtsmittelrichtlinie) zu berücksichtigen ist. Danach stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Entscheidungen der Nachprüfungsstellen wirksam durchgesetzt werden können. In Umsetzung dieser Vorgabe dienen die Regelungen in § 168 Abs. 3 GWB dem Ziel, geeignete Zwangsmittel zur effektiven Durchsetzung von Anordnungen der Vergabekammern zur Verfügung zu stellen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20. Februar 2008, Verg 7/08, juris Rn. 27; Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 168 Rn. 48; *Reidt* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, GWB § 168 Rn. 83; BR-Drs. 349/08, S. 42 f.; BT-Drs. 13/9340, S. 19 [re. Sp.]).
- 37 Daraus folgt jedoch nicht, dass die Möglichkeit bestehen muss, die Vergabestelle mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung zu einem konkreten Tun anzuhalten, zu dem sie – wie im vorliegenden Fall – durch die zu vollstreckende Entscheidung der Vergabekammer nicht verpflichtet worden ist.
- 38 cc) Unzutreffend ist auch die Ansicht der Antragstellerin, dass ihr die begehrte Zwangsvollstreckungsmaßnahme zur Verfügung zu stehen habe, weil ihr Primärrechtsschutz defizitär bliebe, wenn sie sich mit der Feststellung der Vertragsunwirksamkeit begnügen müsste und keine Möglichkeit der Zwangsvollstreckung hätte.
- 39 Die von der Antragstellerin aufgeworfene Frage, ob durch eine Entscheidung gemäß § 135 Abs. 1 GWB hinreichend effektiver Primärrechtsschutz gewährt wird, wenn nicht zugleich die Möglichkeit offensteht, die Vergabestelle zur Beachtung der Entscheidung durch Zwangsmittel anzuhalten, ist nicht entscheidungserheblich. Die Antragstellerin möchte mit ihrem Vollstreckungsantrag erreichen, dass die Antragsgegnerin zur Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung, darüber hinaus zur Vornahme bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, angehalten wird. Nach dem Inhalt der Entscheidung vom 8. November 2022 ist die Antragsgegnerin hierzu, wie bereits ausgeführt, nicht verpflichtet. Angesichts seines klaren Wortlauts kann der Vollstreckungsantrag nicht dahingehend verstanden werden, dass durch Androhung einer Zwangsgeldfestsetzung eine andere als die bezeichnete Handlung oder eine (Duldung oder) Unterlassung der Antragsgegnerin durchgesetzt werden soll, um sie zur Beachtung der Entscheidung anzuhalten.
- 40 b) Abweichend von § 167 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 890 Abs. 2 ZPO ist darüber hinaus Voraussetzung für die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen, dass die Entscheidung der Vergabekammer nicht befolgt oder ihr zuwidergehandelt wird; dafür müssen zumindest konkrete Anhaltspunkte vorliegen (vgl. BGH, Beschl. v. 29. Juni 2010, X ZB 15/08, juris Rn. 9, 14; BKartA Bonn, Beschl. v. 2. September 2011, VK 3 - 62/11, juris Rn. 42;

Fett in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, GWB § 168 Rn. 80; *Summa* in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, § 168 GWB Rn. 68; *Reidt* in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB § 168 Rn. 84).

- 41 Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin die Entscheidung der Vergabekammer ignoriert oder ihr zuwiderhandelt, bestehen nicht.
- 42 Anhaltspunkte ergeben sich insbesondere nicht aus den Schreiben vom 22. November 2022, 9. und 19. Dezember 2022, mit denen die Antragsgegnerin auf die Anfragen der Antragstellerin geantwortet hat. Bereits am 22. November 2022, noch vor Ablauf der Frist zur Einlegung einer Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer, und nochmals am 9. Dezember 2022 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, die Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens zu beabsichtigen. Aus ihrer Aussage, dass die Vorbereitung einer neuen Vergabe eine angemessene Vorbereitung erfordere, lässt sich nicht ableiten, dass sie die Umsetzung der Entscheidung verweigere oder verzögere. Auch im Antwortschreiben vom 19. Dezember 2022 betont die Antragsgegnerin wiederum lediglich, dass das Erstellen der Vergabeunterlagen und die sachgerechte Vorbereitung der Vergabe Zeit erfordere. Im weiteren Verlauf hat sie ein Interessenbekundungsverfahren nach § 38 Abs. 4 VgV eingeleitet, bekanntgegeben am 20. Januar 2023 im Amtsblatt der Europäischen Union.
- 43 Ob die Antragsgegnerin in dem nun eingeleiteten Verfahren vergaberechtskonform verfährt, ist nicht im vorliegenden Vollstreckungsverfahren, sondern gegebenenfalls mit Blick auf die von der Antragsgegnerin erhobenen Rügen (Anlage AG 6) in einem gesonderten Nachprüfungsverfahren zu prüfen.
- 44 Die weitere Frage, wie die Antragsgegnerin ihren Bedarf interimswise deckt, war nicht Gegenstand der Entscheidung der Vergabekammer. Auf das Vorbringen der Antragstellerin kommt es insoweit für die Entscheidung nicht an.

III.

- 45 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i. V. m. § 71 GWB. Da sich die Beigeladene am Verfahren vor dem Beschwerdegericht nicht beteiligt hat, besteht kein Anlass, ihr einen Anspruch auf Erstattung etwaiger Aufwendungen zuzuerkennen.
- 46 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Mit Schreiben vom 28. November 2022 an die Verfahrensbevollmächtigten des Nachprüfungsverfahrens hat die Vergabekammer mitgeteilt, dass sich der Gegenstandswert des Nachprüfungsverfahrens, der nach § 50 Abs. 2 GKG analog bestimmt wurde, auf einen Wert beläuft, der gemessen an der Anlage 2 zum Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz - RVG) einem Gegenstandswert bis zu 290.000,00 € entspricht. Dieser Betrag ist auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren maßgeblich; das Interesse der Antragstellerin an der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen entspricht dem wirtschaftlichen Interesse am Erhalt der Zuschlagschancen und ist pauschaliert mit 5 % der Brut-

toauftragssumme anzusetzen (vgl. auch OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 621 [juris Rn. 18]).

47

Dr. Heinrichsmeier
Vorsitzender Richter
am Bayerischen Obersten
Landesgericht

Willner
Richterin
am Bayerischen Obersten
Landesgericht

Niklaus
Richter
am Bayerischen Obersten
Landesgericht

Dr. Muthig
Richterin
am Bayerischen Obersten
Landesgericht

Dr. Schwegler
Richterin
am Bayerischen Obersten
Landesgericht