



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 140/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Elektroarbeiten im Rahmen des Bauvorhabens Erweiterung des Bestandsgebäudes [...] im offenen Verfahren“ – EU-Bekanntmachung [...] – hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Imgrund auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 2017 am 14. Februar 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner (Ag) schrieb Anfang [...] 2016 im offenen Verfahren Elektroarbeiten als Bauauftrag für den Erweiterungsbau eines Bestandsgebäudes europaweit aus (EU-Bekanntmachung [...]).

Als Zuschlagskriterium war allein der Preis vorgesehen (vgl. Ziffer IV.2.1) der Auftragsbekanntmachung sowie Ziffer 6 der Aufforderung zur Angebotsabgabe)

Die Antragstellerin (ASt) sowie ein weiterer Bieter gaben vor Ablauf der Angebotsfrist am 20. September 2016 jeweils ein Angebot ab. Das Angebot der ASt war das preislich günstigere; der Preisabstand betrug dabei 0,02%.

Mit E-Mail vom 24. Oktober 2016 übersandte der Ag der ASt sowie dem anderen Bieter ein Ergänzungsleistungsverzeichnis („Ergänzungs-LV zum Thema Beleuchtung Eingangsbereich inkl. Schalltechnik“) „mit der Bitte, ... bis zum 2. November 2016 ein Zusatzangebot zu erstellen“; zudem wurden beide Bieter zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen. Das Ergänzungsleistungsverzeichnis war so gestaltet, dass es eine Reihe von neuen Leistungspositionen gegenüber dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis enthielt sowie zu einzelnen bereits ursprünglich vorhandenen Leistungspositionen Preisangaben zu korrigierten Mengenvorsätzen (auch Mengenvorsätze mit negativem Vorzeichen) vorsah. Die Kombination des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses mit dem Ergänzungsleistungsverzeichnis ergab die Aufstellung aller Leistungen mit den zutreffenden Mengenvorsätzen, wie sie von dem Ag benötigt werden.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2016 bat die ASt den Ag um Erläuterung der Bedeutung des Ergänzungsleistungsverzeichnisses insbesondere für die bereits eingereichten Angebote und die Angebotswertung im Vergabeverfahren.

Die ASt sowie der andere Bieter reichten jeweils fristgerecht das ausgefüllte Ergänzungsleistungsverzeichnis ein. In Kombination der beiden Leistungsverzeichnisse (ursprüngliches sowie Ergänzungsleistungsverzeichnis) ist das (ergänzte) Angebot der ASt teurer als das des weiteren Bieters.

Im Protokoll des zwischen Ag und ASt am 10. November 2016 geführten Aufklärungsgesprächs wurde als „neuer Angebotspreis“ die Gesamtsumme aus dem Angebotspreis der ASt zum ursprünglichen Leistungsverzeichnis und dem Angebotspreis auf Basis des Ergänzungsleistungsverzeichnisses eingetragen. Ein Mitarbeiter des Ag merkte im Gespräch an, dass die Angebotspreise der beiden Angebote über dem vormals ermittelten Budget lägen und monetäre Verschiebungen der mit Zuwendungsbescheid gewährten Budgethöhe zwischen den Gewerken nur in Ausnahmefällen zulässig seien.

Mit Schreiben vom 16. November 2016 rügte die ASt unter anderem die Einbeziehung des Ergänzungsleistungsverzeichnisses in den Auftrag und eine darauf fußende Angebotswertung.

Mit Schreiben vom 21. November 2016 teilte der Ag der ASt mit, dass das Vergabeverfahren gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 VOB/A aufgehoben werde. Das (ursprüngliche) Angebot der ASt könne nicht berücksichtigt werden, da es einen unangemessen hohen Preis aufweise. Zudem liege ein schwerwiegender Grund für eine Aufhebung vor, da aufgrund der vorliegenden Angebotspreise die vom Zuwendungsgeber vorgegebene und zwingend einzuhaltende Budgetobergrenze (für die gesamte Baumaßnahme) nicht eingehalten werden könne.

Mit Schreiben vom 24. November 2016 rügte die ASt die Aufhebung des Vergabeverfahrens als vergaberechtswidrig; die genannten Aufhebungsgründe lägen tatsächlich nicht vor. Mit Schreiben vom 30. November 2016 wies der Ag die Rügen gegenüber der ASt zurück.

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag dem Ag am 14. Dezember 2016 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Diese sei vergaberechtswidrig, da keiner der Aufhebungsgründe nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A vorliege. Insbesondere sei ein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A nicht gegeben. Denn jedenfalls das Angebot der ASt weise keinen unangemessen hohen Angebotspreis gemäß § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aus. Vielmehr sei davon auszugehen, dass eine ordnungsgemäße und sachgerechte Kostenschätzung seitens des Ag nicht vorliege, die als Maßstab herangezogen werden könne. Insbesondere würden weder die erste Kostenberechnung aus 2015 noch die spätere Schätzung aus 2016 auf Basis der Bepreisung des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses mit dem tatsächlich benötigten

Leistungsumfang korrelieren. Gegen einen unangemessen hohen Preis und für einen marktüblichen Preis spräche auch schon, dass die eingereichten Angebote der beiden Bieter preislich sehr eng beieinander lägen. Auch sei nicht nachvollziehbar, dass der Ag die Bieter noch zur Bepreisung des Ergänzungsleistungsverzeichnisses aufgefordert habe, obwohl schon die ursprünglichen Angebote erheblich über der Kostenschätzung des Ag gelegen hätten und die ergänzenden Positionen noch zur Erhöhung der Kosten beigetragen hätten. Selbst wenn man die Schätzung aus 2016 zugrunde lege, ergebe sich lediglich eine Differenz von ca. 15% zum Angebot der ASt; eine Abweichung in einer solchen Größenordnung sei von der Rechtsprechung regelmäßig als nicht ausreichend angesehen worden, um eine Aufhebung wegen unangemessen hoher Angebote zu rechtfertigen.

Auch schwerwiegende Gründe, die eine Aufhebung gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A hätten rechtfertigen können, seien nicht gegeben. Eine möglicherweise bestehende Finanzierungslücke durch eine vom Zuwendungsgeber vorgegebene Budgetobergrenze könne keinen solchen Aufhebungsgrund darstellen, da dies ebenfalls eine zuvor ordnungsgemäß und sachgerecht erfolgte Kostenschätzung voraussetze, die hier jedoch nicht vorliege; eine vom Ag zu vertretende zu geringe Bemessung des erforderlichen Budgets könne keine Aufhebung rechtfertigen. Insbesondere reiche der pauschale Verweis auf eine Budgetüberschreitung nicht aus, sondern es bedürfe zumindest einer umfassenden Interessenabwägung. Die Aufhebung in einem solchen Fall habe absoluten Ausnahmecharakter. Im Übrigen habe der Ag im Aufklärungsgespräch selbst erwähnt, dass monetäre Verschiebungen zwischen den Gewerken zwar nicht erwünscht, aber in Ausnahmefällen durchaus möglich seien. Auch stelle sich die Frage, ob es sich nicht lediglich um eine interne Budgetgrenze des Ag für das hier gegenständliche Gewerk handele (maßgeblich könne nur die Gesamtmaßnahme sein) und ob das Bauvorhaben trotz fehlender Vergabereife ausgeschrieben worden sei; das damit verbundene Risiko könne nicht dem Bieter aufgebürdet werden.

Da der Ag beabsichtige, die betreffenden Leistungen erneut auszuschreiben, und damit an ihrer Beschaffungsabsicht festhalte, könne die vorliegende Rechtsverletzung durch die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung beseitigt werden. In Anbetracht der Ausführungen im Vergabevermerk, dass versucht werde, durch „alternative Ausschreibungsverfahren“ geringere Vergabesummen für das vorliegende Gewerk zu erreichen, sei auch eine gezielte Diskriminierungsabsicht seitens des Ag nicht auszuschließen. Hilfsweise habe die ASt jedenfalls einen Anspruch auf Feststellung, dass sie durch die streitgegenständliche Aufhebung in ihren Rechten verletzt sei.

Die vor Aufhebung des Vergabeverfahrens erfolgte Korrektur durch das Ergänzungsleistungsverzeichnis stelle im Übrigen keine rechtmäßige Teilaufhebung oder Fehlerkorrektur dar. Der Fall, in dem das OLG Düsseldorf eine solche Korrektur zugelassen habe, unterscheide sich deutlich von der hier vorliegenden Konstellation; dort sei es nur darum gegangen, Unklarheiten und damit offensichtliche Fehler in der Leistungsbeschreibung zu beseitigen und anschließend die betroffenen Positionen bepreisen zu lassen. Im hier vorliegenden Fall seien die Ausschreibungsunterlagen gerade nicht unklar bzw. fehlerhaft gewesen, sondern allenfalls unvollständig. Eine solche Unvollständigkeit stelle jedoch keinen Aufhebungsgrund dar. Der Ag habe hier versucht, das in einem wettbewerblichen Verfahren gefundene Ergebnis zu beeinflussen; dies sei unzulässig.

Die ASt beantragt,

1. dem Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Aufhebung des Vergabeverfahrens aufzuheben und das ursprüngliche Vergabeverfahren ordnungsgemäß fortzuführen;
2. hilfsweise im Falle der Abweisung des Antrags zu 1.: festzustellen, dass die mit Schreiben vom 21. November 2016 erfolgte Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig erfolgte und die ASt dadurch in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt wurde;
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;
4. dem Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen und
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

Der Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Ag aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist nach Auffassung des Ag zu Recht erfolgt. Zum einen sei der Aufhebungsgrund des § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A vorliegend erfüllt. Die im Vergabeverfahren vorliegenden Angebote beider Bieter würden unangemessen hohe

Angebotspreise ausweisen. Dass die Angebotspreise unangemessen hoch seien, würde sich aus den verschiedenen Kostenschätzungen des Ag ergeben, die in den verschiedenen Phasen der Planung des Bauvorhabens erfolgt seien. Zur Kostenberechnung nach DIN 276 der Planer vom 26. Mai 2015 ergebe sich eine Abweichung der ursprünglichen Angebote von gut 40% nach oben, zur eigenen Kostenberechnung des Ag vom 22. Juni 2015 noch eine Abweichung von gut 30%. Auch im Vergleich zur von einem weiteren Planer unter dem 17. August 2016 erstellten Schätzung würden die ursprünglichen Angebote noch um über 13% abweichen; die Grundlage für diese Schätzung sei das ursprünglich ausgeschriebene Leistungsverzeichnis gewesen, in dem die zwischenzeitlich erfolgte Fortschreibung der Planung (verbunden mit gewissen Massen- bzw. Mengenmehrungen) berücksichtigt worden sei. Somit sei auf die originäre Ausschreibung letztlich kein Angebot eingegangen, das mit Blick auf § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A hätte bezuschlagt werden können, so dass eine Aufhebung rechtmäßig habe erfolgen dürfen. Die überhöhten Angebotspreise würden darüber hinaus einen Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A darstellen.

Wenn man die um die Positionen des Ergänzungsleistungsverzeichnisses ergänzten Angebote der Bieter berücksichtige, liege das Angebot der ASt nur auf dem zweiten Rang und könne den Zuschlag nicht erhalten; eine Rechtsverletzung der ASt sei so ausgeschlossen. Darüber hinaus seien auch diese Angebotspreise unangemessen hoch. Der Ag habe die Bieter im Übrigen vergaberechtlich zulässig zur Bepreisung des Ergänzungsleistungsverzeichnisses aufgefordert und damit den Leistungsinhalt verändert. Eine solche teilweise Zurückversetzung des Vergabeverfahrens (im Sinne einer Teilaufhebung) sei immer dann sachlich gerechtfertigt und wirksam, wenn die Ausschreibungsbedingungen einer Korrektur bedürften. Vorliegend sei dies der Fall gewesen, da erst das Leistungsverzeichnis unter Berücksichtigung des Ergänzungsleistungsverzeichnisses den Leistungsumfang zutreffend abbilden würde, den der Ag tatsächlich benötige. Ein Zuschlag allein auf die ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen wäre widersinnig gewesen, da die dann eigenständig zu vergebenden Ergänzungsleistungen zum teilweisen Rückbau und deutlichen Mehrkosten geführt hätten. Dies sei mit dem Grundsatz der effektiven und effizienten Haushaltsmittelverwendung nicht in Einklang zu bringen. Dabei sei es nach der Rechtsprechung nicht nur möglich, die Angebotsabgabe insgesamt, d.h. in Bezug auf alle Leistungspositionen, zu wiederholen, sondern wie hier lediglich in Bezug auf die änderungsbedürftigen Positionen.

Ein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A liege im Übrigen deshalb vor, da der Ag bezüglich des Bauvorhabens zwingend eine Budgetobergrenze einzuhalten habe, die im

Falle einer Auftragserteilung auf eines der vorliegenden Angebote zu einer Überschreitung dieser Obergrenze führe, zumal Mehrkosten dieses Gewerks nicht durch Einsparungen in anderen Gewerken ausgeglichen werden könnten; das Einsparungspotential in der entsprechenden Kostengruppe sei bereits ausgeschöpft. So sei mittlerweile etwa die Ausstattung mit einer aktiven Kühlung durch den Zuwendungsgeber genehmigt worden, was eine Kostensteigerung zur Folge habe.

Schließlich sei die Aufhebung auch dann, wenn das Vorliegen eines Aufhebungsgrundes nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A verneint würde, aufgrund der vorgetragenen Beweggründe des Ag von einem sachlichen Grund gerechtfertigt, so dass die ASt keinen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung habe.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 16. Januar 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 31. Januar 2017 einschließlich verlängert. In der mündlichen Verhandlung am 18. Januar 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 31. Januar 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB schließlich bis zum 14. Februar 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der ASt vom 26. Januar und 1. Februar 2017 sowie des Ag vom 30. Januar und 10. Februar 2017 wurden nicht berücksichtigt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist das Los eines öffentlichen Bauauftrags, der den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet (§ 103 Abs. 1, 3, § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert und, indem sie sich gegen eine ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens wendet, einen Vergaberechtsverstoß geltend gemacht, der – ihren Vortrag als richtig unterstellt, dass auch die Einbeziehung des jeweiligen Ergänzungsverzeichnisses in die Angebotswertung vergaberechtlich unzulässig war – ihre Zuschlagschancen beeinträchtigen würde.

Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit Schreiben vom 24. November 2016 nachgekommen; die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Denn im Ergebnis ist die ASt durch die angegriffene Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB in ihren Rechten verletzt und hat daher weder einen Anspruch darauf, dass die Aufhebung rückgängig gemacht und das Vergabeverfahren fortgesetzt wird (sog. Aufhebung der Aufhebung, siehe unten b)), noch auf Feststellung (Hilfsantrag zu 2. der ASt), dass die ASt durch die Aufhebung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist (siehe unten c)).
 - a) Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob für die streitgegenständliche Aufhebung des Vergabeverfahrens (insgesamt) ein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A bestanden hat, was zur Folge hätte, dass tatbestandlich kein Vergaberechtsverstoß vorliegen würde und die Aufhebung objektiv rechtmäßig wäre. Insbesondere muss daher nicht entschieden werden, ob der Ag zu Recht vom Vorliegen unangemessen hoher Angebotspreise ausgehen durfte bzw. eine möglicherweise bestehende Finanzierungslücke einen schwerwiegenden Grund nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A darstellt, den – wie für Aufhebungsgründe grundsätzlich erforderlich – der Ag nicht vorsehen konnte bzw. nicht zu vertreten hat (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. November 2010, VII-Verg 28/10; OLG München, Beschluss vom 28. August 2012, Verg 11/12). In Anbetracht der sehr überschlägigen (weil nur als Kostenberechnung nach DIN 276 durchgeführten) Kostenschätzung aus dem Sommer 2015, die zudem mit deutlichem zeitlichen Vorlauf zur eigentlichen Auftragsbekanntmachung erfolgte, sowie dem Umstand, dass eine Kostenschätzung anhand der konkret ausgeschriebenen Leistungen erst Mitte August

2016 (und damit nach Auftragsbekanntmachung) erfolgte, spricht jedoch einiges dafür, dass ein schwerwiegender Grund gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht zu Lasten der Bieter angenommen werden kann (vgl. auch BGH, Urteil vom 20. November 2012, X ZR 108/10; Urteil vom 29. November 2016, X ZR 122/14). Auch kann in der vorliegenden Konstellation mit den betreffenden Kostenschätzungen als einzigem Maßstab nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass nur Angebote mit unangemessen hohen Angebotspreisen vorgelegen hätten.

- b) Die ASt ist jedoch nicht durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Eine solche Rechtsverletzung würde vorliegen, wenn der ASt durch den möglichen Vergaberechtsverstoß – nämlich die Aufhebung des Vergabeverfahrens, ohne dass ein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A vorliegt – einen Schaden dergestalt erleidet, dass sich ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags für die betreffenden Leistungen verschlechtern. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Denn in dem aufgehobenen Vergabeverfahren lag die ASt mit ihrem Angebot zum Zeitpunkt der Aufhebung nur auf dem zweiten Rang. Maßgeblich sind hier die Angebote der Bieter unter Berücksichtigung des Ergänzungsleistungsverzeichnisses, so dass sich die Rangfolge der Angebote – da einziges Zuschlagskriterium der Preis ist – aus den entsprechend modifizierten Angebotspreisen ergibt; hiernach ist das Angebot der ASt nur auf dem zweiten Rang.

Die Modifizierung der Angebote durch das von den Bietern nachgeforderte Ergänzungsleistungsverzeichnis war zu berücksichtigen, da es sich insoweit um eine wirksame Teilaufhebung des Vergabeverfahrens und damit zulässige teilweise Zurückversetzung in die Angebotsphase gehandelt hat. Eine solche teilweise Zurückversetzung bzw. Teilaufhebung ist grundsätzlich zugelassen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber vor Zuschlagserteilung feststellt, dass die Vergabeunterlagen einen wesentlichen Fehler enthalten, der korrigiert werden soll (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015, VII-Verg 29/14, m.w.N.), auch wenn eine Submission bereits erfolgt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015, VII-Verg 29/14). Dabei ist nicht erforderlich, dass ein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A vorliegt und die Aufhebung damit rechtmäßig ist. Eine (Teil-)Aufhebung ist auch dann wirksam, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist, d.h. der Auftraggeber einen sachlichen Grund für die (Teil-)Aufhebung hat, so dass die Aufhebung nicht zur Diskriminierung einzelner Bieter

führt bzw. nur zum Schein erfolgt oder willkürlich ist (vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02; vgl. auch Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015, VII-Verg 29/14, m.w.N.). Denn ein öffentlicher Auftraggeber darf grundsätzlich nicht verpflichtet werden, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13); insbesondere ist er nicht verpflichtet, einen Auftrag auf der Grundlage von Vergabeunterlagen zu vergeben, die er als fehlerhaft erkannt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015, VII-Verg 29/14), bzw. etwas zu beschaffen, das er nicht beschaffen möchte (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13). Vorliegend enthielt das ursprüngliche Leistungsverzeichnis nicht den Leistungsumfang für das fragliche Gewerk Elektroarbeiten, wie ihn der Ag benötigt. Insbesondere enthält das Leistungsverzeichnis zum einen bezogen auf einzelne Leistungspositionen zu hohe Stückzahlen; zum anderen fehlen Leistungspositionen, die ebenfalls benötigt werden. Diesen Korrekturbedarf hat der Ag im fraglichen Ergänzungsleistungsverzeichnis zusammengefasst, so dass dieses zusammen mit dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis den tatsächlichen Bedarf abbildet. Darin ist ein sachlicher Grund im Sinne der Vorausführungen zu sehen und damit eine sachliche Rechtfertigung für die Teilaufhebung, so dass diese wirksam ist.

Vorliegend ist auch nicht zu beanstanden, dass der Ag den Bietern nicht ein neues, überarbeitetes Leistungsverzeichnis zur erneuten Bepreisung insgesamt zur Verfügung gestellt hat, sondern nur ein ergänzendes, sich auf die korrekturbedürftigen Leistungspositionen beschränkendes Leistungsverzeichnis. Insoweit besteht nach der Rechtsprechung seitens des Auftraggebers eine gewisse Gestaltungsfreiheit, wobei jedoch insbesondere die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung zu beachten sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015, VII-Verg 29/14; vgl. auch BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Dass diese Grundsätze vorliegend durch die nur teilweise Zurückversetzung zu Lasten der ASt verletzt wurden, ist hier nicht erkennbar. Insbesondere wurde beiden Bietern in transparenter Weise und unter den gleichen zeitlichen Bedingungen Gelegenheit gegeben, die Ergänzungsleistungsverzeichnisse auszufüllen und einzureichen. Auch für eine konkrete Diskriminierung der ASt gegenüber dem anderen Bieter gibt es keine Anhaltspunkte. Dass in der vorliegenden Konstellation, in der die ersten Angebotspreise, die zudem sehr nah beieinander lagen, den Bietern bereits bekanntgegeben worden waren, sich durch eine zweite

Angebotsrunde Änderungen in der Rangfolge ergeben – insbesondere wenn wie hier der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist –, ist von den Bietern hinzunehmen und stellt insbesondere keinen Verstoß gegen das Wettbewerbsgebot (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015, VII-Verg 29/14).

Nach allem ist die ASt durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht in ihren Rechten verletzt; vielmehr erhält sie in einem neuen Vergabeverfahren eine erneute Chance, den Auftrag zu erhalten. Ein Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung steht ihr daher nicht zu.

- c) Auch der Hilfsantrag der ASt, der auf die Feststellung der Verletzung der ASt in ihren Rechten durch die Aufhebung gerichtet ist, ist aufgrund der Feststellungen unter b) wegen fehlender Rechtsverletzung zurückzuweisen. Ein entsprechender Anspruch auf Feststellung kann von Bietern geltend gemacht werden, wenn die angegriffene Aufhebung zwar rechtswidrig, aber wirksam ist. In diesem Fall stehen den Bietern unter Umständen Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber zu (in der Regel auf Erstattung des negativen Interesses, vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13). Ein solcher auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung gerichteter Antrag kann jedoch – wie jeder andere Antrag auf Nachprüfung auch – nur dann erfolgreich sein, wenn nicht nur objektiv ein Verstoß gegen Vergabevorschriften (hier Aufhebung ohne fehlenden Aufhebungsgrund) vorliegt – was hier offenbleiben kann –, sondern der Antragsteller, hier die ASt, dadurch auch in seinen Rechten verletzt ist. Denn beim Nachprüfungsverfahren handelt es sich um ein am subjektiven Rechtsschutzinteresse des Antragstellers ausgerichtetes Rechtsschutzverfahren. Dieses Rechtsschutzinteresse bedingt zugleich, dass die Vergabekammer nur eine Verletzung des Antragstellers in „seinen Rechten“ (vgl. § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB) feststellen darf. Dabei gilt als Maßstab für die Verletzung eigener Rechte des Antragstellers grundsätzlich, ob durch die geltend gemachte Rechtsverletzung ein Schaden in Gestalt einer Verschlechterung der Zuschlagschancen zu besorgen war, was jedenfalls dann nicht der Fall ist, wenn der Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens auch ohne die von ihm geltend gemachte Rechtsverletzung keine Aussicht auf den Zuschlag gehabt hätte. Dieser das Nachprüfungsverfahren beherrschende Grundsatz gilt auch für Feststellungsanträge, die nur noch auf die Feststellung, aber nicht mehr die Beseitigung einer Rechtsverletzung gerichtet sind. Auch diese können nur dann zum Erfolg führen, wenn der Antragsteller mit ihnen nicht nur einen objektiven

Vergaberechtsverstoß geltend macht, sondern dieser Verstoß auch zu einer subjektiven Rechtsverletzung, also einer Beeinträchtigung der Zuschlagschancen des Antragstellers geführt hat (vgl. auch § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB, der hier analog gilt – BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13). Andernfalls würde der Feststellungsantrag eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle ermöglichen, die dem Nachprüfungsverfahren als subjektivem Rechtsschutzverfahren per se fremd ist und zudem über das mit dem Antrag in der Hauptsache verfolgte Rechtsschutzziel hinausginge. Demzufolge kann die ASt hier nicht die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung beanspruchen, weil sie, wie oben unter b) bereits festgestellt, aufgrund ihrer preislichen Platzierung auch ohne Aufhebung des Verfahrens keine Chance auf Erhalt des Zuschlags gehabt hätte.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Ohlerich