Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 116/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe […] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Dr. Zapfe und den ehrenamtlichen Beisitzer Kuhn nach Lage der Akten am 15. November 2017 beschlossen:

I. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig verworfen.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ag) machte […] die beabsichtigte Vergabe […] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU […] gemeinschaftsweit bekannt.

Gegenstand des Verfahrens sind die Berechnung, die Konstruktion und Fertigung sowie die Montage von Schleusentoren […] in den Schifffahrtssperrzeiten der Jahre 2018 - 2023. Insgesamt sind elf Schleusentore zu fertigen, davon neun als Ersatz für bestehende Schleusentore und zwei – eines je Gruppe – als einzulagernde Reserve. Der Vertrag über diese Leistungen sollte ursprünglich am […] beginnen.

Die Antragstellerin (im Folgenden: ASt) beanstandet eine Vielzahl an Vergaberechtsverstößen und begehrt die Aufhebung des Vergabeverfahrens.

1. Der Ersatz und Einbau sämtlicher Schleusentore soll in einem einheitlichen Auftrag vergeben werden. Eine Aufteilung des Auftrags in Lose ist – wie in der Bekanntmachung mitgeteilt – nicht vorgesehen.

   Zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit wurde in der Bekanntmachung auf die in den Auftragsunterlagen unter W2-ff aufgeführten Eignungskriterien verwiesen. In der ursprünglichen Fassung der Auftragsunterlagen war unter W2-2 (Erklärungen zur Fachkunde (Projektbezogen)) vorgesehen, dass der Bieter bereits ein Schleusentor und Teile der Seiltriebe erstellt, eingebaut und die Betriebsbereitschaft hergestellt (a) und dabei unter anderem mit eigenem Personal die statische Berechnung mit Betriebsfestigkeitsnachweis (c) und mit eigenem Personal die Übersichts-, Konstruktions- und Fertigungspläne (d) erstellt haben muss. Weiter war unter W2-3 (Erklärungen zur Leistungsfähigkeit (Projektbezogen)) unter anderem vorgesehen, dass der Bieter die Montageleistung von zwei Schleusentoren unter anderem zeitgleich im 24-Stunden-Betrieb auch am Wochenende über die Dauer von mindestens 12 Tagen und höchstens 22 Tagen mit einem Umsatz je Baustelle von mehr als 0,2 Mio. € erfolgreich erbracht haben muss (c).

In der Anlage „Gewichtung der Wertungskriterien“ zum Formblatt „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ ist bestimmt, dass die Angebotswertung mit 60 von 100 Wichtungspunkten nach dem Wertungskriterium „Preis“ und mit 40 von 100 Wichtungspunkten nach dem Wertungskriterium „Technischer Wert“ erfolgt.

2. Mit einer ersten Rüge vom 7. August 2017 beanstandete die ASt zum einen widersprüchliche Angaben dazu, ob das Verfahren nach der VOL/A oder der VOB/A durchgeführt werde. Darüber hinaus beanstandete sie die in W2-ff vorgesehenen Eignungskriterien. Insbesondere seien die Anforderungen nach W2-2 gemessen am Maßstab des § 6a EU VOB/A zu streng und daher vergaberechtswidrig. Eine Leistung mit eigenem Personal dürfe nicht verlangt werden. Zudem seien die Anforderungen nach W2-3 so eng, dass als Referenz de facto nur die am […] bereits ausgeführten Schleusentore in Betracht kämen.

   Mit Schreiben vom 16. August 2017 half die Ag diesen Rügen ab. Sie ersetzte den Verweis auf die VOL/A, der sich aus der irrtümlichen Verwendung des Formulars „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ nach der VOL/A ergab, durch das entsprechende Formular nach der VOB/A. Auch die Anforderungen an die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und an die Eignung wurden überarbeitet. Dabei wurde unter W2-2 die Formulierung „mit eigenem Personal“ gestrichen und unter W2-3 der Zeitrahmen von mindestens 12 und höchstens 22 Tagen ersetzt durch die Formulierung „in einem engen Zeitrahmen (vergleichbar mit den Projektzeiten)“. Die Frist zur Abgabe eines Angebots wurde verlängert. Diese Änderungen und die Verlängerung der Angebotsfrist wurden den potentiellen Bietern mit der 2. Änderungsmitteilung bekannt gegeben.

   Mit einer zweiten Rüge vom 21. August 2017 beanstandete die ASt die Fristverlängerung als nicht ausreichend. Mit Schreiben vom 28. August 2017 verneinte die Ag eine Verpflichtung zur weiteren Verlängerung der Angebotsfrist, verlängerte diese aber gleichwohl, wenngleich nicht um die von der ASt verlangte Dauer. Die neue Frist wurde den potentiellen Bietern mit der 5. Änderungsinformation bekannt gegeben.

   Mit einer dritten Rüge vom 30. August 2017 verlangte die ASt die Aufhebung der Ausschreibung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EU. Dies begründete sie mit einer großen Anzahl an vergaberechtlichen Verstößen. Dazu gehörten die folgenden Beanstandungen:

- Die ASt beanstandete weiter die Anforderungen an die Fachkunde und die Leistungsfähigkeit als gemessen an § 6a EU Nr. 3a VOB/A zu hoch. In W2-2 werde hinsichtlich der statischen Berechnungen mit Betriebsfestigkeitsnachweis und hinsichtlich der Übersichts-, Konstruktions- und Fertigungspläne weiter verlangt, dass der Bieter diese erstellt habe. In W2-3 sei die anstelle des präzise angegebenen Zeitrahmens eingeführte Formulierung eines „Zeitrahmens vergleichbar mit den Projektzeiten“ zu unbestimmt. Gleichwohl seien die Anforderungen weiter so eng, dass sie nur von den am […] bereits ausgeführten Schleusentoren erfüllt werden könnten.

- Bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien sei der technische Wert mit 40 % zu hoch angesetzt. Dies bevorteile den Auftragnehmer, der bereits in der Vergangenheit die Schleusentore am […] ausgeführt habe, da dieser eine gute Bewertung im technischen Wert einfach erreichen könne.

- Auch im Übrigen habe der früher mit der Ausführung der Schleusentore am […] beauftragte Auftragnehmer einen Wettbewerbsvorteil. Insbesondere sei diesem bereits der gesamte Bauablauf und der Zeitbedarf für die einzelnen Teilleistungen vertraut. Darüber hinaus verfüge dieser bereits über die statischen Berechnungen der auszuführenden Schleusentore. Anders als bei der vorliegenden Ausschreibung vorgesehen sei es im Stahlwasserbau üblich, dass der Auftraggeber den Bietern die statischen Berechnungen zur Verfügung stelle.

- Verschiedene der in der Leistungsbeschreibung für die Ausführung der Arbeiten vorgesehenen Fristen seien nicht einzuhalten.

- Dabei sei insbesondere auch die für 2018 vorgesehene Ausführung der ersten beiden Schleusentore zeitlich nicht möglich. Dadurch verliere die ASt die Möglichkeit der Ausführung der weiteren Schleusentore bis 2023. Dabei hätte die Ausschreibung nicht zwingend die Ausführung sämtlicher Schleusentore zusammen umfassen müssen.

- Des Weiteren sei die Leistungsbeschreibung insoweit unvollständig, als einzelne Leistungspositionen fehlten. Darüber hinaus fehle eine Grundlage für die Kalkulation verschiedener Leistungen.

Mit Schreiben vom 7. September 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie die Ausschreibung nicht aufheben werde, da die Voraussetzungen dafür nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 VOB/A EU nicht vorlägen. Statt dessen hätte sie den zum Teil zu Recht erhobenen Beanstandungen abgeholfen. Die Angebotsfrist wurde weiter verlängert. Die Änderungen und die Verlängerung der Angebotsfrist wurden den potentiellen Bietern mit der 7. Änderungsinformation mitgeteilt.

Mit Rügeerwiderung vom 18. September 2017 begründete die Ag ihre Ablehnung einer Aufhebung der Ausschreibung ergänzend damit, dass § 17 Abs. 1 VOB/A eine Kann-Bestimmung sei und eine Aufhebung eine ultima ratio. In dem vorliegenden frühen Stadium des Verfahrens sei eine Korrektur von vergaberechtlichen Verstößen auch ohne Aufhebung noch unproblematisch möglich.

In der Sache weist die Ag darauf hin, dass einigen Beanstandungen bereits abgeholfen worden sei und anderen Beanstandungen in einer weiteren Überarbeitung noch abgeholfen werde.

Im übrigen trägt die Ag folgendes vor:

- Soweit einem Bieter hinsichtlich seiner Fachkunde und Leistungsfähigkeit eigene Qualifikationen fehlten, könne er diese durch Kapazitäten anderer Unternehmen einbringen. Entgegen der Darstellung der ASt sei es durchaus nicht üblich, dass bei einer Ausschreibung der Auftraggeber die statischen Berechnungen vorgebe. Dies sei bei der vorliegenden Ausschreibung auch nicht sinnvoll, da die Schleusentore und damit auch deren statische Berechnungen völlig neu zu erarbeiten seien.

- Der hohe Anteil des technischen Werts von 40 % sei sachlich gerechtfertigt durch das technisch und zeitlich anspruchsvolle Projekt.

- Ein etwaiger Wettbewerbsvorteil des Auftragnehmers, der bereits früher Tore am […] gebaut habe, verstoße nach der Entscheidungspraxis der Vergabekammer des Bundes nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz, da es sich um für das Vergabeverfahren relevante wirtschaftliche Erfahrung handele.

- Die Fristen in der Leistungsbeschreibung seien bei vergleichbaren Projekten bereits von der Ag vorgegeben und von den jeweiligen Auftragnehmern umgesetzt worden.

- Eine sachgerechte Kalkulation der Tore sei auf Basis der in der Leistungsbeschreibung angegeben und darüber hinaus in den einschlägigen Normen aufgeführten Vorgaben durchaus möglich.

3. Am 20. September 2017 hat die ASt Nachprüfungsantrag gestellt.

   a) Die Begründung des Nachprüfungsantrags wiederholt fast vollständig wörtlich die Begründung der Rüge vom 30. August 2017. Hinsichtlich etlicher Beanstandungen wird lediglich ergänzend darauf hingewiesen, dass die Ag diesen bereits abgeholfen habe oder mit Rügeerwiderung vom 18. September 2017 Abhilfe angekündigt habe.

      Die ASt beantragt

      1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren […] aufzuheben.
      2. Hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, die zu Lasten der Antragstellerin wirkenden Vergaberechtsverstöße zu beseitigen.
      3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin wird für erforderlich erklärt.
      4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.

   b) Die Ag beantragt,

      den Haupt- und den Hilfsantrag der Antragsgegnerin kostenpflichtig als unbegründet zurückzuweisen.

      Die Ag wiederholt und ergänzt teilweise ihr Vorbringen aus ihrer Rügeerwiderung vom 18. September 2017. Dabei trägt sie insbesondere zur Möglichkeit einer sachgerechten Kalkulation ergänzend vor, dass eine solche hinsichtlich bestimmter Leistungen mittels eines prozentualen Zuschlags möglich und üblich sei.

4. Mit auf den 2. Oktober 2017 datierten, bei der Vergabekammer am 3. Oktober 2017 um 18.27 Uhr per Fax eingegangenen Schriftsatz beanstandet die ASt weiter nicht einzuhaltende Fristen, hinsichtlich der in 2018 vorgesehenen Ausführung der ersten beiden Schleusentore den Umstand, dass die Vergabe des Auftrags für sämtliche Schleusentore zusammen nicht zwingend sei, nicht durchzuführende Kalkulationen und fehlende Leistungspositionen im Leistungsverzeichnis.

5. Mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2017 trägt die Ag vor, dass bei der aktuellen Überarbeitung auch sämtliche Fristen angepasst würden. Darüber hinaus macht sie zum Vorwurf nicht durchzuführender Kalkulationen und fehlender Leistungspositionen weitere Angaben dazu, wie eine sachgerechte Kalkulation möglich und warum bestimmte Leistungspositionen nicht nötig seien.

   Mit der 8. Änderungsmitteilung vom 11. Oktober 2017 hat die Ag den potentiellen Bietern mitgeteilt, dass wegen eines Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist bis zum 17. Januar 2018 verlängert werde und bis zum 28. November 2017 die Vergabeunterlagen weiter überarbeitet werden.

6. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2017 hat die Vergabekammer die ASt darauf hingewiesen, dass sie nach vorläufiger Auffassung den Nachprüfungsantrag für unzulässig halte. Er sei verfrüht, da die endgültigen Vergabeunterlagen noch nicht vorlägen. Im Vergaberecht sei ein vorbeugender Rechtsschutz nicht vorgesehen. Eine Rücknahme des Nachprüfungsantrags wurde angeregt.

   Mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2017 hat die ASt eine Rücknahme des Nachprüfungsantrags abgelehnt und hat vorsorglich beantragt,

   festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

7. Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit diese keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten.

   Die Entscheidung ergeht nach § 166 Abs. 1 S. 3 GWB nach Lage der Akten, da zum einen die Beteiligten auf eine mündliche Verhandlung verzichtet haben und zum anderen der Antrag unzulässig ist, § 166 Abs. 1 S. 3 GWB.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, auf die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten der Ag, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag (hierzu unter 1.) und der Fortsetzungsfeststellungsantrag (hierzu unter 2.) sind unzulässig.

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

   a) Der Nachprüfungsantrag erfüllt zwar die allgemeinen (hierzu unter aa)), aber nicht die speziellen (hierzu unter bb)) Zulässigkeitsvoraussetzungen.

      aa) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt. Es handelt sich um einen dem Bund zurechenbaren öffentlichen Auftrag, für den die Vergabekammer des Bundes zur Entscheidung berufen ist, § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Der Wert des Auftrags liegt oberhalb der für Bauleistungen einschlägigen Schwellenwerte für die europaweite Vergabe von 5,225 Mio. €, § 106 Abs. 1 S. 1 GWB.

      bb) Allerdings liegen die individuellen, auf die ASt bezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht vor. Hinsichtlich der meisten Beanstandungen ist der Nachprüfungsantrag schon nicht statthaft (hierzu unter (1) (a)). Hinsichtlich einer etwaigen Beanstandung einer unterbliebenen Losaufteilung ist er zwar statthaft (hierzu unter (1) (b)), aber es mangelt an einer ordnungsgemäßen Rüge (hierzu unter 2).

         (1) (a) Der Nachprüfungsantrag ist nicht statthaft hinsichtlich der Beanstandungen, dass die Anforderungen der Eignungskriterien zu hoch beziehungsweise zu eng seien, dass bei den Zuschlagskriterien der technische Wert mit 40 % zu stark gewichtet sei, dass der Auftragnehmer der bereits

am […] ausgeführten Schleusentore im Vorteil sei, dass die Ausführungsfristen nicht einzuhalten seien, dass eine sachgerechte Kalkulation nicht durchzuführen sei und dass Leistungspositionen fehlten. Sämtliche dieser Beanstandungen beziehen sich auf die Vergabeunterlagen, deren endgültige Fassung noch nicht vorliegt. Die Ag teilte den potentiellen Bietern und damit auch der ASt mit der 8. Änderungsmitteilung mit, dass die Vergabeunterlagen bis zum 28. November 2017 weiter überarbeitet würden. Weder aus der 8. Änderungsmitteilung noch aus den Schriftsätzen der Ag im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ist ersichtlich, dass es Aspekte gäbe, die von der Überarbeitung von vornherein ausgeschlossen wären. Im Gegenteil lässt die Dauer der Verlängerung von sieben Wochen von der Mitteilung der Überarbeitung bis zur Bekanntmachung der neuen Vergabeunterlagen eine umfassende Überarbeitung erwarten.

Die ASt begehrt im Ergebnis die Unterlassung bestimmter, von ihr als vergaberechtswidrig erachteter Regelungen in den endgültigen Vergabeunterlagen, die noch nicht vorliegen. Damit ist ihr Begehr auf vorbeugenden Rechtsschutz gerichtet, der aber im Vergaberecht nicht statthaft ist.

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 168 Abs. 1 S. 1 GWB. Danach entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt *ist*. Auch in der Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 5. Juni 2012, Az. X ZR 161/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. März 2014, Az. VII-Verg 11/14; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Oktober 2008, Az. VII-Verg 35/08), in der Entscheidungspraxis der Vergabekammern (zuletzt VK Bund, Beschluss vom 10. Februar 2017, Az. VK1-3/17; VK Bund, Beschluss vom 20. September 2016, Az. VK2-85/16; VK Bund, Beschluss vom 12. August 2016, Az. VK1-42/15) und in der Literatur (Dittmann, in: Ziekow / Völlnik, Vergaberecht – Kommentar, 2. Auflage, § 102 a.F., Rn. 29; Byok in: Byok / Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 GWB a.F., Rn. 28; Michael Kling, Verbeugender Rechtsschutz im Kartellvergaberecht?, NZBau 2003, S. 23 ff.) ist anerkannt, dass es keinen vergaberechtlichen vorbeugenden Rechtsschutz gibt.

Dabei betreffen die entschiedenen Fälle meistens Konstellationen, in denen ein Vergabeverfahren noch nicht begonnen wurde, aber bereits ersichtlich ist, dass im bevorstehenden Vergabeverfahren Vergabevorschriften nicht beachtet werden oder dass eine Vergabe ohne Vergabeverfahren erfolgen wird. Darüber hinaus ist in der Literatur die Konstellation besprochen, dass ein begonnenes und noch nicht beendetes Vergabeverfahren von einem Bieter beanstandet wird und der Auftraggeber das Vergabeverfahren unter teilweiser Anerkennung der beanstandeten Vergaberechtsverstöße aufhebt; in einer solchen Konstellation könne die in der bloß teilweisen Aufhebung enthaltene Ablehnung der übrigen Beanstandungen eine Entscheidung sein, die mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann (vgl. Byok in: Byok / Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 GWB a.F., Rn. 28 mit Fn. 95).

Von beiden Konstellationen unterscheidet sich die vorliegend zu entscheidende: Im Unterschied zu der Konstellationen, in der ein Vergabeverfahren noch nicht begonnen wurde, aber bereits ersichtlich ist, dass im bevorstehenden Vergabeverfahren Vergabevorschriften nicht beachtet werden, wurde im vorliegend zu entscheidenden Fall ein Vergabeverfahren begonnen. Im Unterschied zu der Konstellation, in der ein begonnenes und noch nicht beendetes Vergabeverfahren von einem Bieter beanstandet und vom Aufraggeber unter teilweiser Anerkennung der Beanstandungen aufgehoben wird, hat im vorliegend zu entscheidenden Fall die Ag noch nicht darüber entschieden, in welchem Umfang und auf welche Weise sie den Beanstandungen abhelfen wird.
Die vorliegend zu entscheidende Konstellation bewegt sich in zeitlicher Hinsicht und auch in der Sache zwischen den beiden soeben besprochenen Konstellationen. Dabei ist sie eher der ersteren als der letzteren vergleichbar: Dem noch nicht begonnen Vergabeverfahren ist sie insoweit vergleichbar, als noch völlig offen ist, wie die endgültigen Vergabeunterlagen ausgestaltet sein werden und ob und gegebenenfalls welche Vergaberechtsverstöße darin (noch) enthalten sein werden. Der Aufhebung unter teilweiser Anerkennung der Beanstandungen ist die vorliegende Konstellation in-

soweit *nicht* vergleichbar, als eine Entscheidung der Ag darüber, in welchem Umfang und auf welche Weise sie den Beanstandungen Rechnung trägt, gerade noch aussteht.

Wie im Fall eines noch nicht begonnen Vergabeverfahrens, so stellt sich auch im vorliegend zu entscheidenden Fall eines begonnen Verfahrens während der grundlegenden Überarbeitung der Vergabeunterlagen das Begehr der ASt als vorbeugender Rechtsschutz dar. Noch ist völlig offen, ob und gegebenenfalls welche der von der ASt hinsichtlich früherer Fassungen der Vergabeunterlagen beanstandeter und hinsichtlich der endgültigen Fassung der Vergabeunterlagen befürchteter Bestimmungen tatsächlich in den endgültigen Vergabeunterlagen enthalten sein werden. Damit fehlt der Vergabekammer eine Grundlage zur Entscheidung. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekammer, noch vor dem Vorliegen der endgültigen Vergabeunterlagen der Ag aufzutragen, wie diese *nicht* ausgestaltet sein dürfen.

Auch eine Aussetzung des Nachprüfungsverfahrens, damit der Nachprüfungsantrag „in die Zulässigkeit hineinwachsen“ kann, ist im Nachprüfungsverfahren nicht vorgesehen (OLG München, Beschluss vom 18. Oktober 2002, Az. Verg 13/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. März 2002, Az. Verg 43/01). Dem würde auch der Beschleunigungsgrundsatz nach § 167 GWB diametral entgegenstehen.

(b) Hingegen ist der Nachprüfungsantrag statthaft hinsichtlich einer etwaigen Beanstandung einer unterbliebenen Losaufteilung. Ein solches Begehr richtet sich nicht auf das Unterlassen einer Regelung in den noch nicht in endgültiger Fassung vorliegenden Vergabeunterlagen. Dass der Auftrag nicht in Lose aufgeteilt wird, ergibt sich nicht aus den Vergabeunterlagen, sondern aus der Bekanntmachung. Eine Überarbeitung der Bekanntmachung und eine Neu-Bekanntmachung der Ausschreibung stehen nicht im Raum.

(2) Allerdings mangelt es hinsichtlich einer etwaigen Beanstandung einer unterbliebenen Losaufteilung an einer ordnungsgemäßen Rüge.

In ihrer dritten Rüge vom 30. August 2017 formuliert die ASt „Die Ausschreibung hätte nicht zwingend dies umfangreiche Gesamtpaket umfassen müssen."

Diese Formulierung kann nicht als Rüge verstanden werden. Zwar sind an eine Rüge keine hohen Anforderungen zu stellen. (Wiese in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2106, § 160 GWB, Rn. 172). Es muss sich aber aus der deutlichen Beanstandung eines Vergabefehlers ergeben, dass der Bieter eine Korrektur des Vergabefehlers erstrebt (Jaeger in: Münchener Kommentar, Band 3, 2011, § 107 GWB a.F., Rn. 42). Daran mangelt es vorliegend. Die Formulierung „Die Ausschreibung hätte nicht zwingend dies umfangreiche Gesamtpaket umfassen müssen." verlangt nicht nach einer Korrektur durch Losaufteilung. Sie besagt, dass die Ausschreibung das Gesamtpaket nicht umfassen muss, aber umfassen kann, dass also eine Losaufteilung möglich, aber nicht nötig wäre.

Diese Auslegung wird auch bestätigt durch den Zusammenhang, in dem die Feststellung „Die Ausschreibung hätte nicht zwingend dies umfangreiche Gesamtpaket umfassen müssen." steht. Die Aussage ist Bestandteil der Beanstandung, dass die Fristen für die Ausführung der ersten beiden Schleusentore in 2018 zu knapp bemessen sei mit der Folge, dass die ASt auch keine Aussicht auf die Ausführung der weiteren Schleusentore bis 2023 habe. Dieser Beanstandung kann zwar, muss aber nicht durch eine Losaufteilung abgeholfen werden. Alternativ kann Abhilfe auch durch weiter gefasste Fristen für die Ausführung der ersten beiden Schleusentore geschaffen werden. Dies – und nicht eine Losaufteilung – ist auch das Begehr der ASt.

b) Mangels Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags kommt es nicht zu einer Überprüfung auf vergaberechtliche Verstöße. Erst recht kommt es nicht zu einer Entscheidung über die von der ASt beantragte Verpflichtung der Ag zur Aufhebung der Ausschreibung. Die Frage, ob die Ausschreibung aufgehoben werden kann oder – im Falle einer Re-

duzierung des Ermessens auf Null – muss, stellt sich erst als Rechtsfolge bei Vorliegen der in § 17 Abs. 1 VOB/A aufgeführten Voraussetzungen. Über die von der ASt geltend gemachte Voraussetzung eines „anderen schwerwiegenden Grunds“ im Sinne der Nr. 3 des § 17 Abs. 1 VOB/A in Gestalt einer Vielzahl schwerwiegender vergaberechtlicher Verstöße kann – wie ausgeführt – mangels Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entschieden werden. Aus demselben Grund kann auch über die Voraussetzung der Nr. 2 des § 17 Abs. 1 VOB/A, dass die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen, nicht entschieden werden. Auch aus der tatsächlichen Überarbeitung der Vergabeunterlagen durch die Ag folgt nichts anderes. Diese besagt nicht, dass die Ag die Vergabeunterlagen auch überarbeiten *muss* und dass die Überarbeitung auch *grundlegend* ist.

2. Der als „vorsorglich“ bezeichnete Antrag auf Feststellung, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, ist als ein hilfsweiser Antrag für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag zu verstehen. Die Bedingung für eine Entscheidung über diesen Antrag ist eingetreten, da der Hauptantrag als unzulässig verworfen wird.

   Auch der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist unzulässig. Dabei mangelt es hinsichtlich an der Statthaftigkeit (hierzu unter a)) und wie auch an einem Fortsetzungsfeststellungsinteresse (hierzu unter b)).

   a) Soweit die Ag Rügen der ASt mit der Rügeerwiderung vom 18. September 2017 abgeholfen hat und soweit die Ag weiteren Rügen der ASt mit der anstehenden Überarbeitung der Vergabeunterlagen abzuhelfen angekündigt hat, ist der Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht statthaft. Voraussetzung für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag ist nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB, dass sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder auf sonstige Weise erledigt hat. Dabei ist Abhilfe durch die Vergabestelle eine mögliche Erledigung „auf sonstige Weise“ im Sinne des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB. Allerdings muss die Erledigung nach Eingang Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer eingetreten sein. Denn Voraussetzung für den Erfolg des Fortsetzungsfeststellungsantrags ist, dass der Nachprüfungsantrag dann, wenn keine Erledigung eingetreten wäre, zulässig und begründet gewesen wäre (Thiele in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 168, Rn. 83).

Soweit die Ag den Rügen der ASt bereits mit der Rügeerwiderung vom 18. September 2017 abgeholfen hat, ist die Erledigung nicht nach, sondern vor dem Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer am 20. September 2017 eingetreten. Hinsichtlich der weiteren Rügen, deren Abhilfe in der anstehenden Überarbeitung der Vergabeunterlagen die Ag angekündigt hat, mangelt es jedenfalls derzeit (noch) an einer Erledigung.

Dass insoweit der Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht statthaft ist, entspricht auch dessen Sinn und Zweck. Ein Fortsetzungsfeststellungsantrag ist statthaft, wenn ein Antrag auf Primärrechtsschutz „verspätet“ ist. Hingegen ist im vorliegenden Fall hinsichtlich der Rügen, die Gegenstand der Überarbeitung der Vergabeunterlagen sind, der auf Primärrechtsschutz gerichtete Nachprüfungsantrag nicht verspätet, sondern „verfrüht“. Wie ausgeführt, ist hinsichtlich dieser Rügen das Begehr der ASt auf vorbeugenden Rechtsschutz gerichtet. Anträge auf Fortsetzungsfeststellung und auf vorbeugenden Rechtsschutz hinsichtlich desselben Gegenstands schließen sich aber gegenseitig aus.

b) Selbst wenn – was nicht ersichtlich ist – einzelnen Rügen erst im laufenden Nachprüfungsverfahren abgeholfen worden wäre, so mangelte es jedenfalls an Vortrag der ASt zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Eine ungeschriebene Sachentscheidungsvoraussetzung eines Fortsetzungsfeststellungsantrags ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Dies ist jedes anzuerkennendes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern oder eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens abzumildern. In jedem Fall ist das Fortsetzungsfeststellungsinteresse vom Antragsteller zu begründen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. März 2005, Az. VII-Verg 70/04). Im vorliegenden Fall mangelt es an einem solchen Vortrag gänzlich.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB.

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.

Dr. Herlemann Dr. Zapfe