Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 143/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte:
[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe […] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Brinkmann auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 2017 am 23. Januar 2017 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung rechtswidrig war und den Antragsteller in seinen Rechten verletzt hat.

2. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

3. Der Antragsteller und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) jeweils zur Hälfte. Die Antragsgegnerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers zur Hälfte. Der Antragsteller trägt die zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zur Hälfte.

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am […] im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb im Supplement zum Amtsblatt der EU […] gemeinschaftsweit bekannt.

Der Antragsteller (ASt) wendet sich mit seinem Nachprüfungsantrag gegen die Aufhebung der Ausschreibung durch die Ag.

1. Der ASt gab auf entsprechende Anforderung der Ag hin im Januar 2016 ein verbindliches Angebot ab, nachdem er erfolgreich den Teilnahmewettbewerb durchlaufen hatte. Mit diesem Angebot nimmt der ASt nach der preislichen und qualitativen Wertung der Ag den zweiten Rang ein. Allerdings stellte die Ag bei ihrer Wertung fest, dass der ASt wegen des Abweichens von MUSS-Anforderungen bei den Kriterien Struct-11 und Struct 12 auszuschließen sei. Die vor dem ASt in der Wertung liegende Bieterin wurde von der Ag ebenfalls wegen des Abweichens von dem Kriterium Struct 11 ausgeschlossen, die drittplatzierte Bieterin wegen Abweichungen bei den Kriterien Struct 11 und Struct 12.

   Diese Kriterien lauten wie folgt:

   „Struct 11:

   Die Systemverteilung MUSS sich am bestehenden […]*-System orientieren, d.h. es MUSS ein zentrales* […] *geben. Alle Systeme halten den gleichen Datenbestand. Die Pflege der Daten erfolgt ausschließlich am* […]*. Vom* […] *werden die Daten zu den* […] *repliziert. MUSS.*

   Struct 12:

   Die Pflege-Clients MÜSSEN am […] *zur Verfügung stehen. MUSS.“*

Im Bereich der Zuschlagskriterien mussten die Bieter u.a. Fachaufgaben bearbeiten. Aus Sicht der Ag ergaben sich durch die Ausführungen des ASt bei den Fachaufgaben Widersprüche zu den Forderungen in den Kriterien Struct 11 und 12. Sie forderte den ASt daher mit Schreiben vom 23. März 2016 zur Klarstellung auf. Der ASt bestätigte im Rahmen der Aufklärung, dass sein Konzept für verwaltungsexterne Nutzer eine Trennung der Zugriffe des Pflege-Clients in einen einerseits lesenden Zugriff auf den […] und andererseits in einen schreibenden Zugriff auf das […] vorsehe. Ebenso bestätigte er, dass zwar Inkonsistenzen in Bezug auf den Datenbestand am Pflege-Client entstünden, denen jedoch durch eine einfache Strategie basierend auf Änderungszählern, Transaktionsnummern und einer sehr zeitnahen Replikation effizient begegnet werden könne.

Die Ag sah den von ihr vermuteten Widerspruch zu den Ausschlusskriterien Struct 11 und 12 durch diese Erklärungen des ASt als belegt an und teilte ihm mit Schreiben vom 26. Oktober 2016 mit, dass sein Angebot auszuschließen sei, da es unzulässigerweise die Vergabeunterlagen abgeändert habe. Die Pflege der Daten finde nicht ausschließlich am […] statt, sondern unzulässigerweise auch am […]. Hiergegen wandte sich der ASt mit Schreiben vom 27. Oktober 2016 und rügte einen Verstoß gegen § 8 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A, da die Leistung von der Ag nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben worden sei. Dass die Pflege ausschließlich am […] erfolgen solle, habe sich nicht aus den Unterlagen ergeben; ebenso wenig habe die Ag hinreichend transparent auf eine Architekturänderung im Vergleich zum Vorgängersystem […] hingewiesen. Außerdem fordere die Leistungsbeschreibung keine exakten Spezifikationen von den Bietern; diese sollten lediglich ihre generelle Fachkompetenz belegen. Die Ag könne auf dieser uneindeutigen Grundlage keinen Ausschluss des Angebots des ASt vornehmen.

In der Folge trat die Ag aufgrund der Rüge des ASt erneut in die Prüfung der Angebote ein. Sie teilte den anderen, ebenfalls wegen Abweichungen von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung ausgeschlossenen Bietern mit Schreiben vom 15. November 2016 Folgendes mit:

> *„(…) im obengenannten Verfahren ist eine Rüge eingegangen, deren Prüfung auch Ihre wohlverstandenen Interessen berührt. Die Zuschlagsentscheidung habe ich bis zum 28.1.2016 ausgesetzt. Da jedoch am 16.11.16 die Bindefrist Ihrer Angebote abläuft und derzeit nicht absehbar ist, wie hiesigerseits zu entscheiden sein wird,*

bitte ich vorsorglich um Ihre Zustimmung für eine Bindefristverlängerung bis zum 16.01.2017. Über den weiteren Verlauf werde ich unaufgefordert informieren.

Wenn Sie Ihr Angebot über den 16.11.2016 hinaus weiterhin aufrecht erhalten wollen, senden Sie mir das beigefügte Formular bis zum 16.11.2016 zurück. (…)“

Alle Bieter stimmten der Bindefristverlängerung fristgerecht zu.

Die Ag half nach Abschluss der angekündigten Prüfung mit Schreiben vom 18. November 2016 der Rüge des ASt in Bezug auf dessen Ausschluss zwar ab. Im gleichen Schreiben teilte sie dem ASt jedoch mit, dass eine Neuwertung seines Angebots gleichwohl nicht in Betracht komme, weil das Vergabeverfahren mindestens in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzuversetzen sei. Der ASt habe in seiner Rüge Unschärfen in der Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Kriterien Struct 11 und Struct 12 aufgezeigt, welche rechtlich zwar den Ausschluss seines Angebots nicht tragen könnten. Der vergaberechtliche Transparenzgrundsatz zwinge die Ag jedoch, die Leistungsbeschreibung zu präzisieren und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben. Das Vergabeverfahren könne daher nicht fortgeführt werden.

Die geplante Zurückversetzung des Vergabeverfahrens griff der ASt mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 25. November 2016 an. Schwerwiegende Fehler in der Formulierung der Kriterien Struct 11 und Struct 12, die einer Korrektur bedürften, seien nicht ersichtlich. Nach Rücknahme des Ausschlusses des ASt müsse den Bietern vielmehr das Wertungsergebnis mitgeteilt und das Vergabeverfahren abgeschlossen werden. Dieser Rüge half die Ag nicht ab und teilte dies dem ASt mit Schreiben vom 29. November 2016, eingegangen beim ASt am 30. November 2016, mit. Darin brachte die Ag zum Ausdruck, dass sie das Vergabeverfahren in toto aufheben und nach Überarbeitung der Leistungsbeschreibung erneut einem wettbewerblichen Verfahren zuführen werde. Hierzu stellte sie die von ihr geplanten Änderungen dar. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens entspricht nach Ansicht der Ag auch dem Interesse des ASt, da dieser nach der Wertung mit seinem Angebot nur den zweiten Rang einnehme, so dass er allein bei einer Aufhebung weiterhin Chancen auf Erhalt eines Zuschlags in einem neuen Vergabeverfahren haben könne.

Gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens erhob der ASt erneut eine Rüge mit Schreiben vom 6. Dezember 2016. Die Ag half auch dieser Rüge nicht ab und teilte dies dem ASt mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 mit.

2. Mit einem am 20. Dezember 2016 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten beantragte der ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Nachprüfungsantrag wurde der Ag am gleichen Tag übermittelt.

   a) Der ASt trägt vor, dass die Aufhebungsentscheidung der Ag vergaberechtswidrig sei. Die Ag müsse das Vergabeverfahren fortführen und mit dem Zuschlag an den ASt beenden.

      Die Leistungsbeschreibung im Vergabeverfahren bedürfe keiner grundlegenden Überarbeitung. Die Ag hätte problemlos im Laufe der letzten zwei Jahre die Leistungsbeschreibung in dem von ihr gewünschten Sinne anpassen und somit auch ihren Bedarf decken können. Sie könne nach über zwei Jahren Verfahrensdauer kleinere Konkretisierungen der zunächst funktionalen Leistungsbeschreibung nicht dafür nutzen, das Vergabeverfahren wieder an dessen Beginn zurückzuversetzen.

      Die einzureichenden Konzepte dienten schon im Ausgangspunkt lediglich der Evaluierung der Kompetenzen der Bieter, so dass kleinere Ungenauigkeiten in der Leistungsbeschreibung bzw. den Zuschlagskriterien einer Vergleichbarkeit der Angebote nicht im Wege stünden. Die Muss- und Soll-Kriterien dienten einer Art „Bereitschaftsabfrage“ für die Realisierung bestimmter Funktionen während der Vertragsdurchführung. Denn die eigentliche Planung, die ausgeschriebene „Neukonzeption“ des […], solle erst innerhalb des Auftrags erfolgen. Wie die in der Leistungsbeschreibung genannten neuen Funktionen umgesetzt werden sollten, sei daher keine im Rahmen des Vergabeverfahrens zu stellende Frage. Die Konzeptionen der Bieter seien folglich auch nicht verbindlich für die Auftragsdurchführung, so dass kein „Äquivalenzrisiko“ zulasten der Ag bei Zuschlagserteilung im hiesigen Verfahren bestehe.

      Sämtliche, angeblich seitens der Ag zu ändernde Vorgaben (Architektur; Verbindung Pflege Client […] LDAP-Lösung; Umsetzung Datenmodell; Umgang mit

Dateninkonsistenzen; Spezifikationsvorgaben) seien Gegenstand der späteren Feinkonzeption während der Vertragsdurchführung. Die derzeitigen Vorgaben seien daher ausreichend und auch eindeutig genug, um eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten zu können.

Da somit schon kein Aufhebungsgrund vorliege, sei die Aufhebung rechtswidrig. Sie erweise sich auch als unwirksam, da der Bedarf der Ag unverändert fortbestehe. Dass die Ag ihren Bedarf weniger funktional, sondern nunmehr konstruktiver beschreiben und neuere technische Entwicklungen berücksichtigen wolle, stelle keine Veränderung ihrer Beschaffungsabsicht dar. Aus Sicht des ASt handele es sich letztlich um eine Scheinaufhebung.

Eine vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens sei jedenfalls unverhältnismäßig. Auch wenn man davon ausginge, dass die Ag im Rahmen ihrer Beschaffungsautonomie Änderungen vornehmen dürfe, so müssten vorliegend diese Änderungen im Rahmen des Entwicklungsprojektes erfolgen. Bei näherer Betrachtung seien die von der Ag angeführten Veränderungen kosmetischer Natur, so dass diese im Rahmen des laufenden Verfahrens erfolgen könnten. Der ASt habe bereits über […] in das Vergabeverfahren investiert, so dass ihn eine vollständige Aufhebung – mit der Notwendigkeit eines nochmaligen Teilnahmewettbewerbs – stark in seinen Rechten berühre.

Hilfsweise müsse dem ASt jedenfalls die Rechtswidrigkeit der Aufhebung attestiert werden, um Schadensersatzansprüche wegen der Aufwendungen für die nutzlose Angebotserstellung geltend machen zu können.

Mit seinem Vortrag sei der ASt auch nicht präkludiert. Er habe die vollständige Aufhebung am 6. Dezember 2016 gegenüber der Ag gerügt. Diese Rüge habe die Ag mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 zurückgewiesen, so dass der Nachprüfungsantrag vom 20. Dezember 2016 fristwahrend i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. gewesen sei. Die mit Schreiben vom 18. November 2016 angekündigte Zurückversetzung des Vergabeverfahrens durch die Ag sei diesbezüglich irrelevant. Denn diese sei durch die später erklärte vollständige Aufhebung der Ausschreibung gegenstandslos geworden. Die Aufhebung sei auch nicht bereits in diesem Schreiben angelegt gewesen; aus Sicht eines objektiven Empfängers sei eine derartige

Interpretation bei einer bloßen angekündigten „Zurückversetzung“ nicht möglich. Die ASt habe daher die Aufhebung nicht früher angreifen können.

Ebenso wenig scheitere der Nachprüfungsantrag an der von der Ag vorgetragenen fehlenden Antragsbefugnis des ASt. Denn die anderen beiden Bieter, welche von der Ag ebenfalls ausgeschlossen worden seien, hätten keine Rügen erhoben oder Nachprüfungsanträge gestellt, so dass sie rechtswirksam aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden seien. Auch eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens bei Erfolg des Nachprüfungsantrags des ASt ändere daran nichts mehr. Denn die Kammer entscheide einen Einzelfall durch Verwaltungsakt, welcher nur die am Nachprüfungsverfahren beteiligten Parteien betreffe und von dem Dritte nicht profitierten. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz bedinge kein anderes Ergebnis. Da die anderen „Teilnehmer“ i.S.d. § 97 Abs. 2 GWB a.F. bestandskräftig ausgeschieden seien, könnten sie auch nicht mehr ungleich behandelt werden. Im Gegenteil dürften die anderen Bieter gegen deren ausdrücklich geäußerten Willen nicht wieder in das Vergabeverfahren einbezogen werden. Auch sei davon auszugehen, dass keine völlig identischen Gründe für die jeweilige Ausschlussentscheidung vorgelegen hätten, da die Bieter jeweils individuelle Angebote mit individuellen Angebotsinhalten eingereicht hätten. Auch insoweit bestehe folglich keine Gleichbehandlungsproblematik durch die Aufrechterhaltung der Ausschlüsse der anderen Bieter. Die ASt befinde sich folglich mit ihrem Angebot an Platz 1.

Letztlich habe die Ag die Vergabeakten der Kammer nicht wie gesetzlich vorgesehen „sofort“ (§ 110 Abs. 2 S. 4 GWB a.F.), sondern erst am 5. Januar 2017 zur Verfügung gestellt. Dadurch werde auch der ASt in seinen Verfahrensrechten verletzt, da er durch die sehr spät gewährte Akteneinsicht weniger Zeit gehabt habe, sich auf die mündliche Verhandlung vorzubereiten.

Der ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten;

2. die Ag anzuweisen, die Aufhebung des Vergabeverfahrens […] aufzuheben,

3. hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung rechtswidrig ist und den ASt in seinen Rechten verletzt;

4. die Vergabeakten beizuziehen und dem ASt Akteneinsicht zu gewähren;

5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zum Zwecke der Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen des ASt aufzuerlegen;

6. die Zuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB 2009 für notwendig zu erklären;

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zu verwerfen;

2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

3. die Kosten des Verfahrens dem ASt aufzuerlegen;

Die Ag trägt vor, dass der ASt die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. habe verstreichen lassen, ohne einen Nachprüfungsantrag zu stellen, so dass dieser schon zu verwerfen sei. Auf die Mitteilung der Ag vom 18. November 2016, das Vergabeverfahren „mindestens“ zurückversetzen zu wollen, habe der ASt zwar gerügt; auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 29. November 2016, welche die vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens und die Begründung hierfür zum Ausdruck gebracht habe, sei seitens des ASt jedoch nicht innerhalb der 15-Tages-Frist reagiert worden. Die Rüge vom 6. Dezember 2017 habe nichts Neues beinhaltet, so dass es auf diese nicht ankomme. Mit seinem erst am 20. November 2016 gestellten Nachprüfungsantrag könne der ASt – jedenfalls in Bezug auf das Hauptbegehren, gerichtet auf die Fortsetzung des Vergabeverfahrens – nicht mehr gehört werden.

Soweit sich der ASt gegen die Beendigung des Vergabeverfahrens richte, mache er angesichts der bisherigen Wertung der Angebote auch keine Verletzung eigener Rechte geltend. Denn er sei nicht als Zuschlagskandidat vorgesehen, sondern liege nur auf dem zweiten Rang. Würde das Verfahren, wie von ihm beantragt fortgesetzt, müsste die Ag dem Bieter mit dem Zuschlagskoeffizienten 33,92 den Zuschlag erteilen. Dem ASt drohe daher durch die Aufhebungsentscheidung kein Schaden.

Der Nachprüfungsantrag sei zudem auch unbegründet. Die Aufhebungsentscheidung der Ag sei jedenfalls wirksam, da sie sich auf sachliche Erwägungen stütze, ohne sich gezielt gegen einen bestimmten Bieter zu richten. Die Auswertung der Angebote habe ergeben, dass die Bieter die sich aus der Leistungsbeschreibung ergebenden Anforderungen nicht in gleicher Weise verstanden hätten. Sie hätten ihrer Preiskalkulation unterschiedliche Maßstäbe zugrunde gelegt, so dass die Angebote qualitativ und preislich nicht mehr miteinander hätten verglichen werden können.

Die Ag habe – trotz mehrfacher Nachjustierung im Laufe des Vergabeverfahrens – auch noch in der letzten Angebotsrunde eine erhebliche Spreizung der Angebote in leistungsmäßiger Hinsicht aber auch bezüglich des Preises feststellen müssen. Drei von vier Angeboten hätten erhebliche Widersprüche zu MUSS-Anforderungen aufgewiesen (Struct 11 und Struct 12). Aus der nachfolgenden Kommunikation mit den betroffenen Bietern (Aufklärung bzw. Rügeverkehr) sei bei der Ag die Erkenntnis gereift, dass die Leistungsbeschreibung jedenfalls in folgenden Punkten überarbeitungsbedürftig sei:

- konkrete Vorgaben zur Architektur in Bezug auf deren veränderbare Bestandteile (Ausschlusskriterium Struct 11), Klarstellung der Ziele der Architekturentscheidung;
- klare Vorgaben zur Verbindung zwischen dem Pflege-Client und dem […] (Ausschlusskriterium Struct 12);
- Vorgaben, wodurch das Netzwerkprotokoll LDAP abgelöst werden solle; Empfehlung von „UDDI“ werde in Mindestanforderung umgewandelt;
- Konkrete Anforderung an die Umsetzung des Datenmodells; Darstellung, welche Verbesserungen im Vergleich zu […] umgesetzt werden müssten; Detailgrad der Spezifikationen; Prioritäten der Spezifikationen bei Widersprüchen;
- Umgang mit Dateninkonsistenzen unter ausschließlichem Rückgriff auf den […];
- Die Pflege der Daten solle auch das „Lesen“ und nicht nur, wie in der bisherigen Leistungsbeschreibung „Anlegen, Ändern, löschen“ umfassen; auch dies dürfe ausschließlich über den […] erfolgen, was sich ebenfalls nicht aus den bisherigen Vergabeunterlagen ergebe;
- Berücksichtigung neuerer technischer Anforderungen, die zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht existierten (Anbindung an das Netz des Bundes;

Konzeption der Neustruktur der […]; Vorbereitung der Anbindung an interoperable Servicekonten).

Die Aufhebung des Verfahrens sei auch verhältnismäßig. Sie sei erforderlich, um ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren gewährleisten zu können. Die bloße Zurückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe sei kein gleichwertiges Mittel. Mit Blick auf die erforderlichen umfangreichen Änderungen und die seit Beginn des Vergabeverfahrens verstrichene Zeit, was eine zusätzliche Überarbeitung in technischer Hinsicht nach sich ziehe, sei eine bloße Fehlerkorrektur weder im Sinne der Bieter noch der Ag. Außerdem plane die Ag, die Grobkonzeption aus dem hiesigen Auftrag herauszulösen, entweder selbst oder mittels Beratung durch einen Dritten ein konkretes Lastenheft zu erstellen, damit die Bieter letztlich ihre Angebote auf einer sicheren planerischen Grundlage erstellen könnten. Die veränderten technischen Bedingungen könnten auch Auswirkung auf die Eignungsanforderungen haben.

Auch unter Berücksichtigung der Verfahrensdauer von mehr als zwei Jahren sei keine andere Sichtweise in Bezug auf die Fortführung des Vergabeverfahrens geboten. Das vorliegende Verfahren sei sehr komplex gewesen und habe umfangreiche Abstimmungsprozesse mit den beteiligten Projektträgern erforderlich gemacht. Die lange Verfahrensdauer habe sich im Übrigen aus der ursprünglich funktional gestalteten Leistungsbeschreibung mit den Anpassungsversuchen der Ag ergeben, um doch noch vergleichbare Angebote zu erhalten. Angesichts der Neuausrichtung der Vergabe, der Erstellung eines eigenen Lastenhefts und der drohenden Zäsur durch die Bundestagswahl 2017 müssten die Bieter bei bloßer Fortführung des Vergabeverfahrens weiterhin über mehrere Jahre bis zu dessen endgültigem Abschluss gebunden werden. Dies könne die Ag den Bietern nicht zumuten.

Außerdem sei zu vermuten, dass interessierte Wirtschaftsteilnehmer durch den verlangten Pauschalpreis bei unklarer Planungsgrundlage abgeschreckt worden seien, so dass bei ordnungsgemäßer Planung des Projektes ein Mehr an Wettbewerb durch einen erweiterten Bieterkreis zu erwarten sei.

Dass der ASt einen Betrag von […] für die Angebotserstellung investiert habe, werde von der Ag bestritten.

3. In der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2017 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Dem ASt ist in Absprache mit der Ag Akteneinsicht durch Übersendung von Aktenbestandteilen seitens der Kammer am 10. Januar 2017 und durch direkte Übermittlung der Wertung des Angebots des ASt durch die Ag selbst am 12. Januar 2017 an seinen Verfahrensbevollmächtigten gewährt worden.

   Eine Beeinträchtigung der Verfahrensrechte des ASt aufgrund der nicht sofortigen Übersendung der Vergabeakten – was aufgrund der Feiertage und der Erkrankung eines Mitarbeiters der Ag von der Kammer allerdings mit ihr abgestimmt war – ist nicht festzustellen. Dass dem ASt nach dem Vortrag seines Verfahrensbevollmächtigten zu wenig Zeit für die Durchsicht der nachfolgend gewährten Akteneinsicht zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung verblieb, ist schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil der Verfahrensbevollmächtigte des ASt selbst die von der Kammer gesetzte Frist für die Stellungnahme auf die Akteneinsicht (Freitag, der 13. Januar 2017) nicht ausschöpfen und stattdessen mit der Frist zur Erwiderung auf die Replik der Ag harmonisieren wollte, um einheitlich am 12. Januar 2017 Stellung nehmen zu können. Der ASt hat also gerade nicht – was denkbar gewesen wäre – eine Fristverlängerung begehrt, sondern hielt sogar eine Verkürzung für angemessen. Ebenso wenig hat der ASt Schriftsatznachlass in Bezug auf die Akteneinsicht in der mündlichen Verhandlung begehrt. Eine Verletzung von Verfahrensrechten des ASt ist bei dieser Sachlage nicht ersichtlich.

   Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, jedoch nur im (Hilfs-)Antrag zu 3) begründet.

Da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen wurde, ist nach Art. 1, § 186 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, S. 203, 230) nicht nur für das Vergabeverfahren, sondern auch für das sich daran anschließende Nachprüfungsverfahren das Recht anwendbar,

das zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens galt. Anwendbar ist somit das GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).

1. Der Nachprüfungsantrag ist sowohl im Haupt-, wie im Hilfsantrag zulässig.

   a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts liegt.

   b) Der ASt ist auch grundsätzlich antragsbefugt, § 107 Abs. 3 GWB a.F. Insbesondere hat er mit seinen Rügeschreiben und dem Einreichen des Nachprüfungsantrags sein trotz der Aufhebungsentscheidung der Ag fortgeltendes Interesse am Auftrag hinreichend belegt. Anders als die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers wirkt seine Aufhebungsentscheidung auch nicht als absolute, den Primärrechtsschutz ausschließende Zäsur (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2013, VII-Verg 2/13; EuGH, Urteil vom 18. Juni 2001, C-92/00 „Stadt Wien“; BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02; OLG Naumburg, Beschluss vom 13. Oktober 2006, 1 Verg 6/06), so dass der ASt die Aufhebungsentscheidung der Ag einer Kontrolle im Nachprüfungsverfahren unterziehen kann.

      Dass der ASt nach der Wertung der Ag lediglich auf Platz 2 liegt, steht seiner Antragsbefugnis nicht entgegen. Denn er macht jedenfalls geltend, dass der vor ihm liegende Bieter nicht mehr am Verfahren teilnimmt, so dass – seinen Vortrag als zutreffend unterstellt – ihm, dem ASt, der Zuschlag erteilt werden müsste.

   c) Das für den hilfsweise gestellten Antrag zu 3) erforderliche Feststellungsinteresse liegt in der möglichen Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses seitens des ASt zur Geltendmachung des Vertrauensschadens wegen der ihm entstandenen Angebotserstellungskosten; für diesen (theoretischen) Prozess entfaltet eine bestandskräftige Entscheidung der erkennenden Kammer hinsichtlich der von der Ag zur Rechtfertigung ihrer Aufhebungsentscheidung selbst angeführten Vergaberechtsverstöße Bindungswirkung gemäß § 124 Abs. 1 GWB a.F. Einen Ersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots bzw. der Teilnahme an einem

Vergabeverfahren, welches an einem Vergaberechtsverstoß leidet, sieht § 126 S. 1 GWB a.F. zwar an sich nur für diejenigen Bieter vor, welche eine „echte Chance“ gehabt haben, den Zuschlag zu erhalten. Nach der Wertung der Ag liegt der ASt mit seinem Angebot indes nur auf Platz 2, so dass – die von ihm beantragte Fortsetzung des Vergabeverfahrens unterstellt – seine Angebotserstellungskosten ohnehin frustriert wären. Andererseits hält die Ag selbst ihre Leistungsbeschreibung für unzureichend, so dass die Wertung der Angebote und damit letztlich auch die Platzierung des ASt auf einer untauglichen Grundlage fußt.

Diese – die Kausalität des Verstoßes für den Schadenseintritt zu Lasten des ASt betreffenden – Frage ist letztlich ebenso von den Zivilgerichten zu beurteilen, wie die konkrete Höhe des vom ASt in den Raum gestellten finanziellen Aufwands für die Erstellung seines Angebots. Die Kammer hat sich insoweit auf die Feststellung des Vergaberechtsverstoßes (dazu sub 2. b)) zu beschränken, hinsichtlich deren der ASt ein hinreichendes Interesse dartun kann.

d) Der ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße auch gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. ordnungsgemäß gerügt. Die Kammer geht davon aus, dass erst durch das Schreiben der Ag vom 29. November 2016, welches die konkret geplanten Änderungen und die endgültige Aufhebungsentscheidung beinhaltete, die Kenntnis des ASt von einem potentiellen Verstoß ausgelöst wurde. Auf seine diesbezügliche Rüge vom 6. Dezember 2016 hin erhielt er die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 15. Dezember 2016, so dass erst diese für das Auslösen der Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. maßgeblich war. Daher hat der ASt den am 20. Dezember 2016 gestellten Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag über die Nichtabhilfe eingereicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist im Hauptantrag unbegründet, weil sich die Aufhebung des Vergabeverfahrens als jedenfalls wirksam erweist (dazu sub a)). Auf den hilfsweise gestellten Antrag zu 3) ist die Vergaberechtswidrigkeit der Aufhebung aufgrund des von der Ag verursachten Vergaberechtsverstoßes festzustellen (dazu sub b)).

a) Eine Aufhebungsanordnung der Kammer in Bezug auf die von der Ag getroffene Aufhebungsentscheidung kommt vorliegend nicht in Betracht.

(1)Der öffentliche Auftraggeber kann nicht von den Nachprüfungsinstanzen gegen seinen Willen verpflichtet werden, trotz der ausdrücklich erklärten Aufhebung das Vergabeverfahren fortzuführen, um einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen. Das würde selbst dann gelten, wenn kein Aufhebungsgrund im Sinne des hier anwendbaren § 20 EG Abs. 1 VOL/A 2009 vorliegt (so ausdr.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2013, VII Verg 16/13). Denn es kann unabhängig von den in dieser Vorschrift aufgeführten Tatbeständen viele berechtigte Gründe geben, die den öffentlichen Auftraggeber daran hindern, eine einmal in die Wege geleitete Ausschreibung ordnungsgemäß mit der Erteilung eines Zuschlags an einen Bieter zu beenden. Notwendige Voraussetzung für die Aufhebung einer Ausschreibung ist deshalb nur, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder lediglich zum Schein erfolgt (BGH, Urteil vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. November 2010, VII-Verg 28/10). Denn auch im Vergabeverfahren gilt der Grundsatz der Privatautonomie, nach dem der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages ausschließlich in der Entscheidungsgewalt des Ausschreibenden liegt. Der öffentlichen Hand ist es daher unbenommen, von der Vergabe des in Aussicht genommenen Auftrags Abstand zu nehmen, sie ist somit keinem Kontrahierungszwang unterworfen (so schon: BGH, Urteil vom 8.September 1998, X ZR 48/97 - juris Tz. 33). Dem steht auch nicht das (neuere) Richtlinienrecht entgegen. Im Gegenteil stellt dieses – obwohl Art. 55 RL 2014/24/EU von einem möglichen „Verzicht“ auf die Auftragsvergabe durch den Auftraggeber ausgeht – keinerlei Hürden für diesen Verzicht auf die Zuschlagserteilung seitens des Auftraggebers auf 8s.a. § 63 Abs. 1 S. 2 VgV i.d.F. vom 12. April 2016).

(2)Eine Ausnahme von dem fehlenden Kontrahierungszwang gilt nach der Rechtsprechung nur, wenn es sich um eine missbräuchliche Scheinaufhebung handelt, die seitens des Auftraggebers gezielt zur Diskriminierung eines Bieters eingesetzt wird, um etwa nach Aufhebung eines offenen Verfahrens bei unverändertem Vergabewillen einem anderen, bevorzugten Bieter den Auftrag im Verhandlungsverfahren zu erteilen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02 und BayObLG, Beschluss vom 5. Dezember 2002, Verg 22/02; Portz in: Kulartz (u.a) , Kommentar zur VgV, 1. Aufl. 2016, Rn. 23 zu § 63 VgV). Hierfür ist vorliegend nichts ersichtlich.

Die Ag kann sich für ihre Aufhebungsentscheidung dem Grunde nach auf eine wesentliche Änderung der Grundlagen des Vergabeverfahrens berufen (§ 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A 2009). Auch die Korrektur eigener Fehler durch den Auftraggeber kann einen schwerwiegenden Grund i.S. dieses Aufhebungstatbestands darstellen. Ebenso handelt es sich bei der Verpflichtung eines öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung eines transparenten Verfahrens, wie bereits dessen Normierung an herausgehobener Stelle in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB a.F. zeigt, um einen zentralen Grundsatz für eine faire Vergabe im Wettbewerb (vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 13. Dezember 2016, VK2-125/16). Für eine wesentliche Änderung der Grundlagen ist erforderlich, dass die Auftragsvergabe auf Basis der bisherigen Vergabeunterlagen für den Auftraggeber oder die Bieter unzumutbar geworden ist. Die Umstände müssen so erheblich sein, dass eine Anpassung der Leistungsbeschreibung allein nicht in Betracht kommt. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere dann vor, wenn die Durchführung des Auftrags nicht mehr möglich oder zumindest für den Auftraggeber objektiv sinnlos oder unzumutbar ist.

Die Ag hat in diesem Zusammenhang überzeugend dargelegt, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote auf der Basis der bisherigen funktionalen Leistungsbeschreibung nicht hergestellt werden konnte, da diese nicht eindeutig und erschöpfend i.S.d § 8 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A 2009 war. Genau dieses hatte im Übrigen auch der ASt bereits am 27. Oktober 2016 gerügt, so dass sein Vortrag im Nachprüfungsverfahren, wonach die Leistungsbeschreibung nur minimaler, auch ohne Aufhebung anpassbarer Änderungen bedürfe, in einem gewissen Widerspruch zu dieser Rüge steht. Die Ag hat folgerichtig angekündigt, die Vergabeunterlagen zu überarbeiten, um durch konkretere Vorgaben eine Vergleichbarkeit der zukünftigen Angebote zu gewährleisten. Des Weiteren wird sie die von ihr erkannten Widersprüche bei den MUSS-Anforderungen (Struct 11 und 12) beseitigen, Vorgaben aufnehmen, wodurch das Netzwerkprotokoll LDAP abgelöst werden soll (UDDI als Mindestanforderung), in einem gesondert zu erstellenden Lastenheft darstellen, welche Verbesserungen im Vergleich zu […] umgesetzt werden müssten, wie mit Dateninkonsistenzen unter ausschließlichem Rückgriff auf den […] umzugehen ist sowie neuere technische bzw. organisatorische Änderungen wie die Anbindung an das Netz des Bundes, die Neustruktur der […]-Behördenschlüssel etc. vorgeben. Letztlich soll ein Teil der Leistung (die Planungsleistung in Bezug auf die

Grobkonzeption) aus dem hiesigen Auftrag herausgelöst und von der Ag selbst (oder unter Zuhilfenahme von Dritten) erstellt werden, um bei der Neuausschreibung der streitgegenständlichen Leistungen eine belastbarere Leistungsbeschreibung im Sinne eines echten Lastenhefts den Bietern zur Verfügung stellen und ggf. auch das bislang vorgesehene pauschale Vergütungssystem halten zu können. Bei Gesamtschau dieser Umstände liegt eine wesentliche Änderung der Grundlagen des Vergabeverfahrens vor.

(3)Es war auch nicht ermessensfehlerhaft seitens der Ag statt einer bloßen Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen dessen vollständige Aufhebung anzuordnen. Die von der Ag erkannten Widersprüche und Unzulänglichkeiten der Leistungsbeschreibung hätten zwar dem Grunde nach auch deren bloße Überarbeitung und eine erneute Angebotsabgabe ermöglicht. Da jedoch ein Teil der bislang den Bietern überlassenen konzeptionellen Leistungen (Grobkonzeption) aus dem Auftrag herausgenommen werden soll, um insgesamt eine bessere, einheitlichere Planungsgrundlage (konkretes Lastenheft) für alle Bieter zu bekommen, erscheint ein völliger Neustart nicht unverhältnismäßig, sondern vielmehr im Sinne des Rechtsgedankens des § 132 GWB n.F., wonach wesentliche Änderungen eines Vertrages ein neues Vergabeverfahren erforderlich machen, als sachgerecht. Denn gerade die nahezu völlige Offenheit der Konzeption in Kombination mit dem geforderten Pauschalpreis könnte tatsächlich – wie die Ag vermutet – potentielle Bieter abgeschreckt haben, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Daher erscheint die Hoffnung der Ag, durch die veränderten Grundlagen einen erweiterten Bieterkreis und damit ein Mehr an Wettbewerb erreichen zu können, als nicht unberechtigt.

Ebenso ist in die Betrachtung einzustellen, dass eine Fortführung der Vergabe zu einer zeitlich nicht absehbaren weiteren Bindung der bisherigen Bieter im alten Verfahren führen würde. Angesichts der geplanten Herauslösung der Grobkonzeption und deren gesonderter Erstellung vor dem eigentlichen Neustart, der notwendigen Abstimmung mit den Projektverantwortlichen – alles unter dem zeitlichen Druck der drohenden Zäsur durch die Bundestagswahl 2017 und der ggf. weiteren Abstimmung mit möglicherweise neuen Verantwortlichen – ist ein zeitnaher Abschluss bei Fortführung des Verfahrens nicht absehbar. Hiervon ging auch der ASt in der mündlichen Verhandlung aus. Ebenso wenig ist abzusehen, ob und inwieweit die

veränderten, nunmehr konkreteren technischen Vorgaben eine Rückwirkung auch auf den Teilnahmewettbewerb und dessen Bedingungen haben kann. Dass sich die Ag in dieser Gemengelage für einen klaren Schnitt entschieden hat, um weitere Unzumutbarkeiten zu Lasten der Bieter zu reduzieren, ist richtig.

(4)Durch die Nichtfortführung des Vergabeverfahrens entsteht dem ASt jedenfalls kein Schaden. Im Gegenteil entspricht allein die Zurückversetzung des Verfahrens seinem (wirtschaftlichen) Interesse, so das ihm vergaberechtlich kein Schaden entstanden ist. Denn nach der Wertung der Ag liegt der ASt nur auf dem zweiten Rang. Eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens würde dementsprechend dazu führen, dass ein drittes Unternehmen den Zuschlag erhielte, so dass der ASt mit seinem vorliegenden Nachprüfungsantrag de facto die Rechte eines Dritten verfolgt.

Denn entgegen dem Vortrag des ASt sind die Angebote derjenigen Bieter, die zunächst von der Ag ausgeschlossen worden waren, – darunter das erstplatzierte Unternehmen – auch nicht „bestandskräftig“ aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden, weil sie nach der Mitteilung des jeweiligen Ausschlusses diesen nicht mittels Rüge und Nachprüfungsverfahren angegriffen haben. Zum einen handelt es sich bei der Rüge (lediglich) um eine Zulässigkeitsvoraussetzung für einen gegebenenfalls zu stellenden Nachprüfungsantrag; das Unterlassen einer Rüge sagt daher für sich genommen nichts über den Verbleib eines Angebots im Vergabeverfahren aus. Zum anderen hat die Ag den anderen ausgeschlossenen Bietern mit Schreiben vom 15. November 2016 mitgeteilt, dass sie aufgrund der Rüge eines anderen Bieters (des ASt), welche auch die „wohlverstandenen Interessen“ der betroffenen Unternehmen berühre, nochmals in die Prüfung eintrete, die Zuschlagsentscheidung aussetze und die Bieter daher auffordere, einer Bindefristverlängerung zuzustimmen, wenn diese weiterhin am Verbleib ihres Angebotes im Vergabeverfahren interessiert seien. Letzteres haben die Bieter auch getan und somit ihr Interesse am Fortbestand hinreichend kundgetan. Dass – so der ASt – die ausgeschlossenen Bieter einen ausdrücklichen Willen zum Ausscheiden erklärt hätten, ist bei dieser Sachlage somit gerade nicht feststellbar. Auch die Ag hat ihrerseits den Fortbestand der zunächst ausgeschlossenen Angebote zum Ausdruck gebracht, indem sie erklärt hat, die Wertung der Angebote nochmals überprüfen zu wollen und daher die Zuschlagsentscheidung auszusetzen. Für die anderen zunächst ausgeschlossenen Bieter bestand bei dieser Sachlage kein (eigener) Anlass mehr für

die Erhebung einer Rüge bzw. Stellung eines Nachprüfungsantrags. Durch die Erklärung der Bindefristverlängerung haben die Bieter ausdrücklich den Fortbestand ihrer Angebote gesichert, so dass bei der vom ASt begehrten Zurückversetzung weiterhin dem Grunde nach alle Angebote für den Zuschlag in Betracht kommen. Da der ASt nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, würde folglich die Fortsetzung des Verfahrens, nicht jedoch dessen Aufhebung seine (wirtschaftlichen) Interessen berühren. Ihm entsteht durch die Aufhebung kein (vergaberechtlicher) Schaden.

Die Aufhebung erweist sich demnach als jedenfalls wirksam.

b) Der Hilfsantrag des ASt ist begründet, da die Aufhebung durch Gründe verursacht wurde, die im Verantwortungsbereich der Ag liegen. Trotz Wirksamkeit der Aufhebung ist sie daher als rechtswidrig zu qualifizieren.

Die Ag hat diesbezüglich eingeräumt, dass die von ihr den Bietern zur Verfügung gestellte Leistungsbeschreibung - auch in der letzten, überarbeiteten Version - nicht den Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfenden Leistungsbeschreibung i.S.d. § 8 EG Abs. 1 VOL/A 2009 gerecht wurde. Eben dieser Umstand ist vom ASt selbst mit Schreiben vom 27. Oktober 2016 gerügt worden. Die Bieter haben auch einen Anspruch darauf, ihr Angebot auf der Grundlage einer dem § 8 EG Abs. 1 VOL/A 2009 entsprechenden Leistungsbeschreibung erstellen zu können. Hiergegen hat die Ag verstoßen, so dass sie die Ursache für den Aufhebungsgrund der wesentlichen Änderung der Vergabeunterlagen selbst gesetzt hat und sich in der Folge nicht auf die Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidung berufen kann.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB a.F. i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Dem Begehr des ASt, der mit seinem Nachprüfungsantrag vorrangig die Aufhebung der Aufhebung zu erreichen suchte, wird nur im Feststellungsantrag entsprochen. Das Obsiegen lediglich im Hilfsantrag ist mit 50 % zu bewerten. Da jede Partei somit zur Hälfte siegt und zur

Hälfte unterliegt, hat dem Grunde nach keiner der Verfahrensbeteiligten einen Erstattungsanspruch hinsichtlich seiner Aufwendungen gegen den anderen (§ 92 Abs. 1 S. 2 ZPO analog; zu diesen Grundsätzen vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2012 – Verg 65/11, Beschluss vom 25. Juni 2008, VII-Verg 22/08). Allerdings war vorliegend allein der ASt anwaltlich vertreten, so dass eine gegenseitige Aufhebung aufgrund der Disparität der jeweiligen Aufwendungen nicht in Betracht kommt (vgl. zum Erfordernis beiderseitiger anwaltlicher Vertretung: Umkehrschluss aus OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Mai 2011, VII-Verg 21/11).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den ASt war aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig.

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 Zeise