



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 13/22

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:  
[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Zivil-gewerbliche Bewachung am Standort [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Siegismund nach Lage der Akten am 2. März 2022 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens „Zivil-gewerbliche Bewachung am Standort [...]“ die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

2. Antragstellerin sowie Antragsgegnerin tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) jeweils zur Hälfte.
3. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zur Hälfte. Die Antragsgegnerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zur Hälfte.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin leitete mit EU-Bekanntmachung Nr. [...] vom [...] ein europaweites Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Vergabe „Zivil-gewerbliche Bewachung am Standort [...]“ in zwei Losen ([...]) nach VSVgV ein.

Im Verlauf des Verfahrens wurden verschiedene Berichtigungen der Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin vorgenommen, die die Vertragslaufzeit und die Zuschlagskriterien betrafen. Die gewählte Verfahrensart wurde nicht abgeändert. In der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages wurde jedoch als Verfahrensart das nicht-offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb angegeben, ebenso wie in der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 30. August 2021. In der Angebotsaufforderung unter Punkt 4.4 war zudem angegeben, dass keine Verhandlungen vorgesehen sind.

Die Antragstellerin hat am 18. Oktober 2021 für beide Lose Angebote abgegeben. Am 7. Januar 2022 erhielt sie die Mitteilung, ihre Angebote könnten nicht berücksichtigt werden. Die Antragsgegnerin beabsichtige, der [...], den Zuschlag am 3. Februar 2022 in beiden Losen zu erteilen. Dies wurde damit begründet, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot auf Basis der Zuschlagskriterien eingereicht habe. Mit Schreiben vom 14. Januar 2022 rügte die Antragstellerin die Angebotswertung.

Mit Schreiben vom 20. Januar 2022 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, ihrer Rüge werde abgeholfen und das Vergabeverfahren aufgehoben. Die Aufhebungsabsicht rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Januar 2022. Die Antragsgegnerin teilte mit

Schreiben vom 25. Januar 2022 mit, der Rüge vom 21. Januar 2022 werde nicht abgeholfen. Zudem verwies die Antragsgegnerin erneut auf ihre Absicht, das Vergabeverfahren aufzuheben. Mit weiterem Schreiben vom 25. Januar 2022 teilte die Antragsgegnerin allen Bietern folgendes mit:

„Das o.g Verfahren wurde aufgehoben. Die Aufhebung wird wie folgt begründet:

Das Vergabeverfahren wird gemäß § 37 Abs.1 Nr. 4 VSVgV, aufgrund schwerwiegender Gründe aufgehoben. Begründung: fehlerhafte Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union mit der Nummer 2021/S 121-322040.

Das Verfahren wird demnächst neu eingeleitet.“

Mit Schreiben vom 25. Januar 2022 rügte die Antragstellerin das Nichtvorliegen eines Aufhebungsgrundes und forderte die Antragsgegnerin auf, die Aufhebung des Vergabeverfahrens zurückzunehmen und das Vergabeverfahren unter Beseitigung der gerügten Verstöße fortzusetzen. Die Antragsgegnerin lehnte eine Abhilfe mit Schreiben vom 26. Januar 2022 ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Januar 2022 beantragte die Antragstellerin bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 28. Januar 2022 an die Antragsgegnerin übermittelt.
  - a) Die Antragstellerin hat zunächst vorgetragen, die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei unwirksam und das Vergabeverfahren müsse fortgesetzt werden. Ein vergaberechtlich zulässiger Aufhebungsgrund liege nicht vor, da die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV nicht erfüllt seien. Die veröffentlichte, jedoch nicht beabsichtigte Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb anstelle eines nicht offenen Verfahrens stelle einen unbeachtlichen Motivirrtum dar. Dieser führe nicht zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens, welche eine Aufhebung rechtfertigen könne. Es handele sich um ein zulässiges Verfahren nach § 11 VSVgV. Als schwerwiegende Gründe im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV seien nur solche Gründe anerkannt, die dem Auftragsgeber trotz sorgfältiger Prüfung erst nach Beginn der Ausschreibung bekannt geworden und von ihm nicht zu vertreten seien und ein solches Gewicht hätten, dass dem Auftraggeber ein Festhalten nicht zugemutet werden könne. Für das Vorliegen von schwerwiegenden Gründen reiche nicht jedes rechtliche oder

tatsächliche fehlerhafte Verhalten des Auftraggebers aus. Für eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens spreche auch die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 25. Januar 2022, worin die weiterhin bestehende Vergabeabsicht bestätigt werde, indem dort mitgeteilt werde, den Auftrag in Kürze neu auszuschreiben zu wollen. Es handele sich somit um eine rechtswidrige Scheinaufhebung.

Soweit die Aufhebung wirksam sein sollte, weil in der Sache gerechtfertigt, sei jedenfalls deren Rechtswidrigkeit festzustellen. Denn sowohl die fehlerhafte Bekanntmachung, als auch der Motivirrtum hinsichtlich der tatsächlich beabsichtigten Verfahrensart eines nicht offenen Verfahrens anstelle der tatsächlich erfolgten Bekanntmachung eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb sei der Risikosphäre der Antragsgegnerin zuzuordnen. Der Nachprüfungsantrag sei damit jedenfalls als Feststellungsantrag zulässig und begründet, da dieser der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens und des Nichtvorliegens rechtfertigender Aufhebungsgründe als Verstöße gegen das Vergaberecht zur Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen diene. Der Antragstellerin seien durch die Beteiligung am Vergabeverfahren Kosten entstanden, die bei rechtswidriger Aufhebung des Verfahrens vergeblich aufgewendet worden seien.

Die Antragstellerin hat mit dem ihrem Nachprüfungsantrag zugrunde liegenden Schriftsatz zunächst beantragt,

1. die Gewährung von Akteneinsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 165 Abs. 1 GWB,
2. festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Verhalten des Antragsgegners in dem Vergabeverfahren „Ausschreibung zivil-gewerblicher Bewachung am Standort [...]“, Referenznummer des Antragsgegners [...], Bekanntmachungsnummer [...] vom [...] im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften, in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt wird,
3. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen, insbesondere, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die geltend gemachten Verstöße gegen die Bestimmungen des Vergaberechts zu beseitigen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren fortzuführen,

4. hilfsweise zu 4.: Für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch die Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin erforderlich gewesen ist,
6. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Mit weiterem Schriftsatz vom 10. Februar 2022 trägt die Antragstellerin ergänzend vor, dass – nachdem die Antragsgegnerin mit ihrer Antragsabwehr an der Aufhebung festhalte – sich das Nachprüfungsverfahren durch Aufhebung erledigt habe. Das Nachprüfungsverfahren sei als Fortsetzungsfeststellungsantrag zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens zulässig und begründet, da sich die Antragsgegnerin nicht auf einen Aufhebungsgrund gemäß § 37 Abs. 1 VSVgV zur Rechtfertigung der Aufhebungsentscheidung berufen könne.

Sie beantragt nunmehr,

festzustellen, dass die Aufhebung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens nicht von einem Aufhebungsgrund des § 37 Abs. 1 VSVgV gedeckt ist und die Antragstellerin durch die Aufhebung in ihren Rechten als Bieter gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt wird,

festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin erforderlich gewesen ist und dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

- b) Die Antragsgegnerin beantragt zuletzt,
1. den Feststellungsantrag der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zurückzuweisen,
  2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie ihre Aufwendungen aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV sei wegen anderer schwerwiegender Gründe rechtmäßig erfolgt. Die Antragsgegnerin sei davon ausgegangen, ein nicht-offenes

Verfahren durchzuführen. Die Durchführung von Verhandlungen habe sie daher auch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen. Die Aufhebung sei nicht aus Willkür erfolgt, sondern um bestehende Unklarheiten aus dem geführten Verfahren zu beseitigen. Die Bekanntmachung sei fehlerhaft gewesen, da die falsche Verfahrensart angegeben worden sei. Allen Bietern müsse die Gelegenheit gegeben werden, in einem widerspruchsfreien und transparenten Verfahren ein Angebot abzugeben. Mit der Aufhebung sei dem Begehren der Antragstellerin insoweit abgeholfen, dass die in der Mitteilung nach § 134 GWB benannte Bieterin den Zuschlag nicht erhalte. Die Aufhebung des Verfahrens sei eine transparente Lösung, da alle Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit erhielten, erneut an der Ausschreibung teilzunehmen. Ein Zurückversetzen in den vorherigen Stand hätte im konkreten Fall kein milderer Mittel dargestellt, da das Verfahren in den Stand vor der Bekanntmachung hätte zurückversetzt werden müssen.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielt.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Die Entscheidung ergeht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Lage der Akten, § 166 Abs. 1 Satz 3 1. Alt. GWB.

Der zuletzt gestellte Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie macht geltend, durch die Aufhebungsentscheidung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Der

Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist sie nachgekommen. Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist gewahrt.

Das für den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag erforderliche besondere Feststellungsinteresse der Antragstellerin ergibt sich aus der nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs und der Bindungswirkung gemäß § 179 Abs.1 GWB, die ein festgestellter Vergaberechtsverstoß für ein solches gesondert zu führendes Verfahren entfalten würde (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2007, X ZR 18/07).

2. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er sich nicht durch Teilrücknahme des Antrags auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens (sog. Aufhebung der Aufhebung) erledigt hat, begründet. Dem von der Antragstellerin zuletzt gestellten Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung sowie Feststellung der Rechtsverletzung ist stattzugeben. Die Antragsgegnerin hat die Ausschreibung aufgehoben, ohne dass die materiellen Voraussetzungen für den von ihr herangezogenen Aufhebungsgrund gemäß § 37 Abs. 1 VSVgV nachgewiesen sind. Die Aufhebung ist insoweit rechtswidrig.
  - a) Es liegt kein Aufhebungsgrund gem. § 37 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV vor. Danach kann ein Vergabeverfahren aufgehoben werden, wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen. Bei der Prüfung eines zur Aufhebung berechtigenden schwerwiegenden Grundes sind, da es sich um einen Auffangtatbestand handelt, strenge Maßstäbe anzulegen. Berücksichtigungsfähig sind grundsätzlich nur Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen, wie etwa das Fehlen der Bereitstellung öffentlicher Mittel durch den Haushaltsgesetzgeber. Ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Fehlverhalten der Vergabestelle kann danach schon deshalb nicht ohne weiteres genügen, weil diese es andernfalls in der Hand hätte, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgehen (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 12. Juni 2001, X ZR). Eine Aufhebung kann daher nur rechtmäßig erfolgen, wenn der Aufhebungsgrund nicht vom Auftraggeber selbst schuldhaft herbeigeführt worden ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 28. August 2012, Verg 11/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2010, VII-Verg 50/10; Beschluss vom 16. Februar 2005, VII-Verg 72/04). Der Auftraggeber hat eine Aufhebung zu vertreten, wenn er bei Einleitung des Vergabeverfahrens den Aufhebungsgrund kannte oder kennen konnte.

(Hofmann/Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 63 VgV, Rn.21).

Hier hat die Antragsgegnerin bei Einleitung des Vergabeverfahrens das Verhandlungsverfahren als Vergabeverfahrensart in der EU-Bekanntmachung festgelegt, obwohl sie eigentlich ein nicht-offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb beabsichtigte und dies später in den Vergabeunterlagen den teilnehmenden Bieter auch so kommunizierte. Bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt wäre der Fehler vermeidbar gewesen. Die fehlerhafte Bekanntmachung stammt aus der Sphäre der Antragsgegnerin. Sie hat den Aufhebungsgrund zu vertreten. Eine rechtmäßige Aufhebung aufgrund eines anderen schwerwiegenden Grundes nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV war damit nicht möglich.

- b) Die Antragstellerin ist durch die rechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt, weil sich die Antragstellerin mit einem Angebot an einem Verhandlungsverfahren beteiligt hat, das nach der Aufhebung gegenstandslos ist. Der Antragstellerin können dabei Aufwendungen für die Erstellung des Angebots und die Teilnahme an dem aufgehobenen Vergabeverfahren entstanden sein (sog. negatives Interesse).

### III.

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

Die Antragstellerin ist nur mit dem ursprünglich hilfsweise auf Feststellung gerichteten Begehren erfolgreich. Das wirtschaftlich vorrangige und mit dem Hauptantrag zunächst verfolgte Ziel, eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens herbeizuführen, hat die Antragstellerin durch Teilrücknahme während des Nachprüfungsverfahrens mit Schriftsatz vom 10. Februar 2022 aufgegeben. Die Vergabekammer wertet dies mit einer Obsiegens- bzw. Unterliegensquote von 50 %.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig. Vorliegend stellten sich Sach- und Rechtsfragen zur Rechtmäßigkeit einer Aufhebung des Vergabeverfahrens, die eine anwaltliche Vertretung als notwendig erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).



#### IV.

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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.