

Antragstellerin:
vertreten durch:
.....
(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:
(**Vergabestelle - VSt**)

Vorhaben: **Neubau eines Studentenwohnheimes**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 25.02.2025 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird als unzulässig zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Mit Bekanntmachung vom xx.xx.xxx veröffentlichte die VSt im EU-Amtsblatt unter der Nummer xxxxxx-xxxx die Ausschreibung der Kunststoff-Fenster/Türen für die Baumaßnahme „Neubau eines Studentenwohnheimes in".

Die ASt hat sich mit einem Angebot am Wettbewerb beteiligt, welches ausweislich des Eröffnungsprotokolls an erster Stelle lag.

2.

Mit Schreiben vom 11.02.2025 teilte die VSt mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden sei, weil kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei (§ 48 Abs. 1 Nr. UVgO). Es sei beabsichtigt, ein neues offenes Verfahren durchzuführen. Im Begleitschreiben zum Aufhebungsschreiben teilte die VSt mit, dass die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A bzw. EU VOB/A).

3.

Die ASt hat mit Schreiben vom 18.02.2025 die Aufhebung gerügt. Es reiche nach der Rechtsprechung für die geschuldete Mitteilung der Gründe nicht aus, lediglich den vom Auftraggeber herangezogenen Aufhebungstatbestand in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A bzw. EU VOB/A zu wiederholen (OLG Frankfurt a.M. Beschluss vom 28.06.2005 – 11 VerG 21/04). Mit der bloßen Wiederholung sei es den Bewerbern nicht möglich, die Rechtmäßigkeit der Aufhebung nachzuvollziehen. Die Pflicht zu einer nachvollziehbaren Begründung der Aufhebungsentscheidung diene auch zur Sicherstellung eines wirksamen Rechtsschutzes. Ferner rügte die ASt, dass sich nach Durchsicht der neuen Ausschreibung gezeigt habe, dass eine grundlegende Änderung der Vergabeunterlagen nicht gegeben sei. Es seien lediglich geringfügige Änderungen, resultierend nur auf einer freien Willensentscheidung ohne Notwendigkeit, vorgenommen worden, die keinen Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A bzw. EU VOB/A darstellen würden.

In der Rügeerwiderung teilte die VSt mit, dass durchaus wesentliche Veränderungen vorlägen. Hinsichtlich der Einzelheiten verweist die Vergabekammer auf Seite 2 der Rügeerwiderung.

Des Weiteren hat die VSt mitgeteilt, dass die ASt kein bepreistes LV abgegeben habe. Dies stelle eine Preisangabe (gemeint wohl: fehlende Preisangabe) dar und könne nicht nachgefordert werden. Selbst bei einer Unterstellung der Aufhebung der neuen Ausschreibung und

Fortsetzung des alten Verfahrens, was nicht erfolgen werde, würde die ASt von der VSt ausgeschlossen werden müssen.

4.

Am 21.02.2025 stellte die ASt einen Vergabenachprüfungsantrag und beantragte:

1. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens
 – Neubau eines Studentenwohnheims
 Leistung Fensterbau-,, Vergabe Nr.
 rechtswidrig ist.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakten gewährt.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gem. § 182 Abs. 4 wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt.

Zur Begründung führt die ASt u.a. aus, dass gemäß den Ausschreibungsbedingungen – nach Nr. 7 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes gem. Formblatt 211 (EU) (Anlage Ast 2) sei einziges Vergabekriterium der Preis – der ASt der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Im Hinblick auf die mitgeteilten Änderungen im Leistungsverzeichnis der neuen Ausschreibung habe die ASt nunmehr jedoch davon abgesehen, den Antrag auf Aufhebung der Aufhebung zu stellen. Sie begehre nunmehr nur noch die Feststellung, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht durch § 17 EU VOB/A gedeckt und deshalb rechtswidrig gewesen sei.

Die Voraussetzungen für den Ausschluss des Angebotes seien nicht gegeben. Die Antragsgegnerin behaupte zwar in ihrem Schreiben vom 19.2.2025, dass die ASt ohnehin ausgeschlossen werden müsse. Gestützt werde diese Ansicht auf die abenteuerliche Behauptung, die Antragstellerin habe kein bepreistes Leistungsverzeichnis eingereicht. Das sei weder tatsächlich noch rechtlich haltbar. Bis zur Submission habe die ASt ein Kurz-Leistungsverzeichnis eingereicht und innerhalb der gesetzten Frist unter dem 21.01.2025 ein Lang-LV mit den Preisen aus dem Kurz-LV nachgereicht.

Die ASt sei durch die Aufhebung in ihren Rechten verletzt. Der ASt sei bewusst, dass eine Vergabestelle grundsätzlich nicht zu einem Zuschlag verpflichtet sei. Im Hinblick auf die nicht unter § 17 Abs. 1 Nr. 2 EU VOB/A fallenden Änderungen habe die ASt nunmehr davon abgesehen, die Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens, verbunden mit der Fortsetzung

des Vergabeverfahrens zu verlangen. Sie begehre nunmehr als Grundlage für etwaige weitergehende Ansprüche auf Schadensersatz die Feststellung, wie im Antrag Ziff. 1 formuliert.

Der vorliegende Antrag sei im Hinblick auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung zulässig. Der Inhalt des Anspruchs nach § 97 Abs. 6 GWB sei nicht das Recht auf Erteilung des Zuschlages, sondern der Anspruch auf eine rechtsfehlerfreie Entscheidung zur Aufhebung (BGH, Beschluss vom 18.02.2003 – X ZB 43/02). Die Aufhebung einer im offenen Verfahren erfolgten Ausschreibung eines öffentlichen Bauauftrags könne nicht außerhalb der Nachprüfung von Vergabeverfahren nach den §§ 155 ff. GWB stehen. Diese Maßnahme widerspreche nämlich der Regelung in § 17 Abs. 1 EU VOB/A, bei der es sich um eine Bestimmung über das Vergabeverfahren handle, auf deren Einhaltung die ASt als Bieterin nach § 97 Abs. 6 GWB Anspruch habe. Gegen den subjektivrechtlichen Gehalt und den bieterschützenden Charakter des § 17 EU VOB/A spreche nicht, dass die Vergabestelle auch dann nicht verpflichtet sei, den Auftrag zu vergeben, wenn keiner der in § 17 Abs. 1 EU VOB/A vorgesehenen Gründe für die Aufhebung vorliege. Inhalt des Anspruchs nach § 97 Abs. 6 GWB sei nicht das Recht auf Erteilung des Zuschlages, sondern der Anspruch auf eine rechtsfehlerfreie Entscheidung zur Aufhebung (BGH, Beschluss. v. 18.02.2003).

5.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag nicht an die VSt übermittelt.

Begründung:

1.

Die Vergabekammer prüft gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB den Antrag darauf, ob er offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Sofern der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, übermittelt die Vergabekammer dem Auftraggeber eine Kopie des Antrags und fordert bei ihm die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren (§ 163 Abs. 2 Satz 3 GWB).

Die entsprechende Prüfung durch die Vergabekammer hat ergeben, dass der isoliert auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfahrensaufhebung gerichtete Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig ist, da § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB weder unmittelbar noch in entsprechender Anwendung eingreift.

Der Nachprüfungsantrag wurde daher nicht an die Vergabestelle übermittelt.

a)

Entsprechend § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist nach überwiegender Auffassung in Fällen, in denen der Antragsteller mit dem Ziel der Erlangung primären Vergaberechtschutzes die Aufhebung des ausgeschriebenen Vergabeverfahrens zum Gegenstand einer Nachprüfung macht, die Vergabekammer bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses des Antragstellers auf dessen Antrag auch zur Entscheidung der durch die Aufhebung eingetretenen Rechtsverletzung befugt, wenn sich nach der Entscheidung der Vergabekammer herausstellt, dass trotz eines Vergabeverstößes aufgrund des dem Auftraggeber zustehenden Entscheidungsspielraums eine auf die Fortsetzung des aufgehobenen Vergabeverfahrens gerichtete Anordnung nicht ergehen kann (OLG Celle, Beschluss vom 10. 3.2016 - 13 Verg 5/15). Denn die Vergabekammer ist in diesen Fällen bereits im Rahmen der Gewährung primären Rechtsschutzes mit der Kernfrage der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Aufhebung befasst. Aus Gründen der Prozessökonomie muss ein Bieter die Möglichkeit haben, im Falle einer rechtswidrigen aber wirksamen Aufhebung einen Fortsetzungsfeststellungsantrag zu stellen (OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019, 13 Verg 1/19. .

b)

Die Begründung der ASt, ein isolierter Feststellungsantrag sei zulässig, da Inhalt des Anspruchs nach § 97 Abs. 6 GWB nicht das Recht auf Erteilung des Zuschlags sei, sondern der Anspruch auf eine rechtsfehlerfreie Entscheidung zur Aufhebung, trägt nicht.

Der isoliert auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfahrensaufhebung gerichtete Nachprüfungsantrag, mit dem nicht zugleich um Primärrechtsschutz nachgesucht wird, ist unzulässig (OLG Celle, a.a.O.).

Eine abweichende Auslegung der Zulässigkeitsregelung für Fortsetzungsfeststellungsanträge nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist nicht deshalb geboten, weil Nachprüfungsverfahren nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2007/66/EG (Rechtsmittelrichtlinie) jeder Person zur Verfügung stehen müssen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat "oder hatte". Aus dieser Formulierung ist nicht zu folgern, dass der Zugang zu Nachprüfungsinstanzen auch dann in Fällen möglich sein soll, in denen sich das Vergabeverfahren vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens erledigt hat, wenn das Nachprüfungsverfahren nicht auf primären Rechtsschutz ausgerichtet ist. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Richtliniengeber auch die Entscheidung über allein geltend gemachte Schadensersatzansprüche zwingend den Nachprüfungsinstanzen zuweisen wollte.

Nach diesen Grundsätzen ist der allein geltend gemachte isolierte Feststellungsantrag im Vergabenachprüfungsverfahren unzulässig. Die VSt hat das Vergabeverfahren vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens aufgehoben. Die ASt hat sich gegen die Wirksamkeit dieser Aufhebung nicht gewandt. Die ASt hat vielmehr vorgetragen, dass kurz bevor sie einen Antrag zur Vergabekammer mit dem Ziel der Aufhebung der Ausschreibung einreichen wollte, am Mittag des 20.2.2025 eine auf den 19.2.2025 rückdatierte Mitteilung der Antragsgegnerin eingegangen sei. Im Hinblick auf die darin mitgeteilten Änderungen im Leistungsverzeichnis habe sie davon abgesehen, den Antrag auf Aufhebung der Aufhebung zu stellen. Sie begehre nunmehr nur noch die Feststellung, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht durch § 17 EU VOB/A gedeckt und deshalb rechtswidrig sei. Die ASt hat damit klargestellt, dass ihr Nachprüfungsantrag nicht auf die Aufhebung der Aufhebung und somit nicht auf einen Primärrechtsschutz gerichtet ist, sondern ausschließlich auf die isolierte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung.

Nach diesen Grundsätzen ist der allein geltend gemachte isolierte Feststellungsantrag ohne Antrag auf Primärrechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren unzulässig.

2.

Da der Nachprüfungsantrag als offensichtlich unzulässig zurückgewiesen wurde und die ASt somit unterlegen ist, hat sie gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Verfahrens zu tragen.

3.

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Unter Berücksichtigung des Brutto-Angebotspreises der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €. Da keine Beiladung erfolgt ist und ohne mündliche Verhandlung entschieden werden konnte, wird die Gebühr um x.xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert.

Nach § 3 Satz 1 VwKostG ist jedoch auch das Äquivalenzprinzip zu wahren, sodass die Verwaltungsgebühr auch im Einzelfall in einem angemessenen Verhältnis zum Wert der damit bezahlten Behördenleistung, also der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes, stehen muss. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin, das sie mit dem vorliegenden Verfahren verfolgt, nicht auf die Zuschlagserteilung, sondern nur auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung gerichtet ist. Dieses (geringere) wirtschaftliche Interesse ist sachgerecht dadurch zu berücksichtigen, dass eine Gebührenermäßigung nach § 182 Abs. 2 Satz 1 GWB erfolgt. (siehe dazu auch OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019, 13 Verg 1/19). Die Gebühr wurde daher auf x.xxx,- € festgesetzt.

Die Gebühr wird mit dem ggf. von der ASt geleisteten Kostenvorschuss von 2.500,- € verrechnet.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....

.....