

Feststellungsinteresse im Fortsetzungsfeststellungsantrag

GWB § 70 Abs. 1, § 168 Abs. 2, § 175 Abs. 2, § 178 Satz 3, 4

1. Ein für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag notwendiges Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Bieters in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern.

2. Ein Feststellungsinteresse kann gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient, eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr besteht oder die Feststellung zur Rehabilitierung des Bieters erforderlich ist, weil der angegriffenen Vergabeentscheidung ein diskriminierender Charakter zukommt.

3. Für eine Wiederholungsgefahr müssen objektive Anhaltspunkte bestehen.

4. Das Feststellungsinteresse ist mit der Umstellung der ursprünglichen Anträge auf den Feststellungsantrag explizit zu begründen.

OLG Düsseldorf, Beschl. vom 24. März 2021 – Verg 10/20 vorhergehend: OLG Düsseldorf Beschl. v. 13. 03. 2020 – Verg 10/20 VK Westfalen, 20. 02. 2020 – VK 1-41/19

Zum Sachverhalt:

Am 24. 03. 2021 erging folgender Berichtigungsbeschluss:

Der Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 19. Juni 2020 wird als unzulässig verworfen.

Von den Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme derjenigen des Verfahrens nach § 176 Abs. 1 GWB, welche die Antragstellerin alleine zu tragen hat, haben die Antragstellerin 75 % und der Antragsgegner 25 % zu tragen. Die im Beschwerdeverfahren einschließlich des Verfahrens nach § 176 Abs. 1 GWB entstandenen außergerichtlichen Kosten des Antragsgegners und der Beigeladenen sowie die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich derjenigen des dortigen Verfahrens nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB und die dem Antragsgegner und der Beigeladenen in diesen beiden letztgenannten Verfahren zur Rechtsverteidigung beziehungsweise Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen hat die Antragstellerin zu tragen.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten in den Verfahren vor der Vergabekammer war für den Antragsgegner und die Beigeladene notwendig.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 49.474,24 EUR festgesetzt.

Der Beschluss vom 13. März 2020, mit dem der Senat über den Antrag des Antragsgegners nach § 176 Abs. 1 GWB entschieden hat, wird im Rubrum von Amts wegen dahingehend berichtigt, dass die Firmierung und die Vertretungsverhältnisse der Antragstellerin dort richtig „C., vertreten durch die C.D., diese vertreten durch den Geschäftsführer N.“ lauten müssen und die Antragstellerin und der Antragsgegner dort neben ihren übrigen Verfahrensrollen richtig als Antragsteller bzw. Antragsgegnerin „im Verfahren nach § 176 Abs. 1 GWB“ bezeichnet werden.

Die Senatsbeschlüsse vom 9. April 2020 und 28. Mai 2020 werden im Rubrum ebenfalls dahingehend berichtigt, dass die Firmierung und die Vertretungsverhältnisse der Antragstellerin dort richtig „C.E., vertreten durch die C.D, diese vertreten durch den Geschäftsführer N.“ lauten müssen.

Aus den Gründen:

I. Der Antragsgegner machte mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 17. Oktober 2019 (Anlage KDU 1) die Vergabe des Bauauftrags „A44 Fahrbahnerneuerung Los Unna-Ost, AM Kamen (10-19-0091)“ im offenen Verfahren europaweit bekannt.

Gegenstand des zu vergebenden Auftrags war die – während des Nachprüfungsverfahrens abgeschlossene – Sanierung eines östlich an das Autobahnkreuz Dortmund/Unna angrenzenden Teilstücks der A44 durch einen vollständigen Fahrbahnneuaufbau mit Asphaltdecke einschließlich der Erneuerung der Schutzeinrichtungen, der Markierung und der Verkehrsführungsarbeiten. Bis zur Sanierung bestand die Fahrbahn auf dem betreffenden Streckenabschnitt der A44 aus Betonplatten in einem zunehmend maroden, einen stetig wachsenden Unterhaltungsaufwand begründenden Zustand. Im Bereich der von der Sanierungsmaßnahme erfassten Strecke befindet sich die Autobahnanschlussstelle Unna-Ost, über die ein großes Gewerbegebiet erschlossen wird, in dem sich unter anderem Logistikunternehmen angesiedelt haben. Die Anschlussstelle bindet darüber hinaus Großzentren von DHL und Amazon an das Fernstraßennetz an. Unmittelbar angrenzend an den Sanierungsabschnitt auf der A44 war für das 1. Quartal des Jahres 2021 auf der A1 der Beginn der Arbeiten zur Ersetzung der südlich des Autobahnkreuzes gelegenen, 1961 errichteten und inzwischen maroden Liedbachtalbrücke geplant. Diese muss wegen ihres schlechten Zustands bis 2025 durch einen Neubau ersetzt werden. Hierfür ist nach dem Bauphasenplan (Anlage AG 3) eine Bauzeit von 5,8 Jahren vorgesehen. Die parallele Durchführung beider Baumaßnahmen auf der A44 und der A1 war ausgeschlossen, weil für die Bauarbeiten auf der A44 die Verzögerungsspur auf der A1 für die Abzweigung auf die A44 in Fahrtrichtung Kassel zur Stauvermeidung verlängert werden musste, während ab Beginn der Brückenbauarbeiten auf der A1 dieselbe Verzögerungsspur verkürzt werden muss.

In der Auftragsbekanntmachung war als Schlusstermin für die Abgabe von Angeboten der 20. November 2019 genannt. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Nebenangebote zur Bauzeitverkürzung waren zugelassen, aber eine Aufteilung des Auftrags in Fachlose war nicht vorgesehen. Die Gründe für den Verzicht auf die Bildung von Losen waren in der Auftragsbekanntmachung näher dargelegt. Dort hieß es unter anderem:

„Aufgrund der sehr hohen Verkehrsbelastung, der Stauanfälligkeit und [...] ist die Fahrbahndeckensanierung zwingend im vorgegebenen Zeitraum auszuführen.“

Um die Bauzeit zusätzlich zu minimieren und den Bauablauf in dem stark befahrenen und hoch belasteten Streckenabschnitt zu optimieren, kommen Beschleunigungsinstrumente zum Einsatz (Zulassung von Nebenangeboten zur Verkürzung der Einzelfrist für Verkehrsbeschränkungen und Bonus-/Malus Regelungen). Die Zulassung von Nebenangeboten zur Bauzeitverkürzung erfordert zwingend eine Gesamtvergabe, weil nicht prognostizierbar ist, welches Ergebnis der Wettbewerb hinsichtlich der Bauzeit bringen wird.

Damit soll sowohl die Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, als auch das Risiko einer Bauzeitverzögerung möglichst gering gehalten werden.“

Für die Bauausführung war in der Bekanntmachung ein Zeitraum vom 2. März 2020 bis zum 30. September 2020 angegeben.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 31. Oktober 2019 (Anlage KDU 2) rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner, dass dieser entgegen § 97 Abs. 4 GWB kein gesondert zu vergebendes Fachlos „Verkehrssicherung“ gebildet habe.

Die Antragstellerin erbringt als mittelständisches Unternehmen geschäftsmäßig Verkehrssicherungsleistungen an Bundesfernstraßen. Der Antragsgegner wies die Rüge mit Schreiben vom 4. November 2019 (Anlage KDU 3) zurück.

Am 7. November 2019 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Westfalen gestellt, den sie mit der vom Antragsgegner unterlassenen Fachlosvergabe begründet hat. In diesem Verfahren hat die Vergabekammer mit Beschluss vom 5. Februar 2020 einen Antrag des Antragsgegners auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB zurückgewiesen. Der Antragsgegner hat daraufhin am 10. Februar 2020 einen zweitinstanzlichen Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags gemäß § 169 Abs. 2 Satz 6 GWB gestellt, über den der Senat in dem dazu geführten Verfahren VII-Verg 4/20 bis zur Einleitung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht mehr entschieden hat.

Mit Beschluss vom 20. Februar 2020 hat die Vergabekammer in der Hauptsache entschieden und dem Antragsgegner aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht bis zu dem Zeitpunkt der Entscheidung zur Gesamtlosvergabe zurückzuversetzen und über die Losbildung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu befinden. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag für zulässig und begründet gehalten. Wirtschaftliche oder technische Gründe, welche die Gesamtvergabe mehrerer Teil- und Fachlose nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB rechtfertigen könnten, seien nicht feststellbar. Technische Gründe seien nur solche, die einen unmittelbaren Bezug zu der zu erbringenden Leistung aufwiesen. Bei den vom Antragsgegner für die Gesamtvergabe angeführten Gründen wie der Verkehrsbelastung, der benachbarten Neubaumaßnahme und dem Fahrbahnzustand handele es sich lediglich um Begleitumstände der Leistungserbringung. Sie kennzeichneten diese aber nicht und stellten damit keine technischen Gründe im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB dar. Auch wirtschaftliche Gründe rechtfertigten den Verzicht auf die Losbildung nicht. Wirtschaftliche Gründe könnten ein Absehen von einer Losvergabe zwar rechtfertigen, wenn die Fachlosvergabe zu einer unverhältnismäßigen Verteuerung der Gesamtleistung führe. Dem Antragsgegner sei es aber nicht gelungen, einen solchen Grund für sein Vorgehen darzustellen. Die von ihm für den Fall losweiser Vergabe angegebene Verteuerung der Gesamtleistung im Umfang von 600.000 Euro bewege sich im niedrigen einstelligen Prozentbereich. Die Kosten, die der Allgemeinheit durch den Wegfall der Nutzungsmöglichkeit der Autobahn entstünden, könnten nicht berücksichtigt werden. Gleichermaßen gelte für die Kosten von jährlich 1 bis 1,5 Millionen Euro, die durch den weiterhin notwendigen Austausch von Betonplatten auf der A44 entstünden, wenn das Bauvorhaben nicht in dem vorgesehenen Zeitfenster realisiert werde. Diese berührten nicht direkt die Kosten der ausgeschriebenen Maßnahme und seien daher nicht berücksichtigungsfähig. Wegen der weiteren Begründungseinzelheiten wird auf den Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.

Gegen diesen Beschluss hat der Antragsgegner am 21. Februar 2020 sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und damit – hilfsweise zu dem gesonderten Antrag nach § 169 Abs. 2 Satz 6 GWB im Verfahren Verg 4/20 des Senats einen Antrag nach § 176 Abs. 1 GWB verbunden.

Mit der sofortigen Beschwerde hat der Antragsgegner die Entscheidung der Vergabekammer als fehlerhaft gerügt. Technische Gründe, die eine Gesamtvergabe rechtfertigten, hat er darin gesehen, dass die Arbeiten auf der A44 und der A1 nicht parallel ausgeführt werden konnten. Die Arbeiten auf der A44 seien in der von ihm dafür vorgesehenen Zeit im Jahr 2020 durchzuführen, weil sie sonst erst fünf Jahre später in Angriff genommen werden könnten. Bei einer Fachlosvergabe sei die Ausführung in dem geplanten Zeitfenster nicht gesichert, weil von einer längeren Ausführungszeit von 97 Tagen auszugehen sei. Auch wirtschaftliche Gründe rechtfertigten den Verzicht auf eine

Losbildung. Durch eine Fachlosvergabe sei mit Mehrkosten von 600.000 Euro zu rechnen. Wenn, was bei einer Fachlosvergabe zu befürchten sei, die bislang vorgesehene Bauzeit von sieben Monaten nicht eingehalten werden könne, sei für jeden Tag der Bauzeitverlängerung mit Nutzungsausfallkosten von 100.000 Euro zu rechnen. Sollte das Bauvorhaben überhaupt nicht mehr innerhalb des noch vorhandenen Zeitfensters zu realisieren sein, würden – da der Neubau der Liedbachtalbrücke vorgehe – weitere 6,5 Millionen Euro durch einen über fünf Jahre fortzusetzenden Betonplattentausch auf der A44 anfallen. Bauzeitverkürzende Nebenangebote, wie sie ihm, dem Antragsgegner, bei der Vergabe eines Generalunternehmervertrags unterbreitet werden könnten, seien bei Fachlosvergaben zudem ausgeschlossen.

Zur Stütze seines Vorbringens hat der Antragsgegner im Verfahren VII-Verg 4/20 des Senats eine eidesstattliche Versicherung (Anlage BK 3_41) des Leiters der Autobahnunterlassung I., E., vorgelegt. Wegen der Einzelheiten der eidesstattlichen Versicherung wird auf dieselbe Bezug genommen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

1. die Entscheidung der Vergabekammer Münster vom 20. Februar 2020, Az. VK 1-41/19, wird aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin kostenpflichtig zurückgewiesen, wobei der Antragstellerin die Kosten der notwendigen Rechtsverfolgung des Antragsgegners auferlegt werden und ausgesprochen wird, dass für den Antragsgegner die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren notwendig war und ist,
2. – ergänzend und rein vorsorglich hilfsweise zum Antrag auf vorzeitige Zuschlagsgestattung gem. § 169 Abs. 2 Satz 6 GWB vom 10. Februar 2020 – die vorzeitige Gestattung des Zuschlags gem. § 176 Abs. 1 GWB.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Antrag des Antragsgegners auf vorzeitige Zuschlagsgestattung (§ 176 Abs. 1 GWB) vom 21. Februar 2020 kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Antragstellerin hat die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer als zutreffend verteidigt und die Voraussetzungen einer positiven Entscheidung nach § 176 Abs. 1 GWB verneint.

Der Senat hat daraufhin im Verfahren Verg 4/20 mit Beschluss vom 13. März 2020 festgestellt, dass der dortige Antrag des Antragsgegners vom 10. Februar 2020, der auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags nach § 169 Abs. 2 Satz 6 GWB gerichtet war, sich spätestens mit Einleitung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens erledigt hat. Wegen der Einzelheiten wird auf jene Entscheidung Bezug genommen. Mit Beschluss vom selben Tag hat der Senat dem Antragsgegner auf dessen im vorliegenden Verfahren gestellten Antrag nach § 176 Abs. 1 GWB gestattet, den Zuschlag zu erteilen. Wegen der Einzelheiten der Begründung dieser Entscheidung wird auf diese verwiesen.

Der Antragsgegner hat daraufhin am 17. März 2020 den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt. Der hiergegen gerich-

OLG Düsseldorf: Feststellungsinteresse im Fortsetzungsfeststellungsantrag (ZfBR 2021, 896)

898

tete Antrag der Antragstellerin, die Vollziehung des durch Zuschlagsgestattung zustande gekommenen Vertrags einstweilen auszusetzen, hatte keinen Erfolg. Der Senat hat ihn mit Beschluss vom 9. April 2020 abgelehnt. Die gegen den Beschluss vom 13. März 2020 erhobene Gehörsrüge der Antragstellerin hat der Senat mit Beschluss vom 28. Mai 2020 als unzulässig verworfen.

Der Antragsgegner hat einen mit Schriftsatz vom 18. März 2020 gestellten Antrag,

festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Handeln der Vergabestelle, nicht fachlosweise auszuschreiben, sondern zusammengefasst eine GU-Leistung auszuschreiben, nicht in ihren Rechten verletzt wurde bzw. der Antragsgegner keine Vergaberechtsverletzung durch seine Entscheidung, keine gesonderte Fachlosvergabe einerseits der Verkehrssicherungsleistungen und andererseits der Fahrzeogrückhaltesysteme vorzunehmen, sondern eine zusammengefasste Vergabe aller Fachlose, begangen hat,

am 8. Juni 2020 zurückgenommen. Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 19. Juni 2020 einen Feststellungsantrag gestellt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass im Vergabeverfahren des Antragsgegners durch dessen Absehen von einer Fachlosbildung ihr Anspruch nach § 97 Abs. 6 GWB auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt worden sei. Sie meint, dass sie ein besonderes Feststellungsinteresse an der Feststellung einer Rechtsverletzung nach § 178 Satz 3 und 4 i.V.m. § 168 Abs. 2 GWB aufgrund einer Wiederholungsgefahr sowie aufgrund eines Rehabilitationsinteresses habe. Zur Wiederholungsgefahr verweist die Antragstellerin darauf, dass der Antragsgegner beabsichtige, die im vorliegenden Verfahren gegebene Begründung für das Absehen von einer Fachlosvergabe auch in zukünftigen Vergabeverfahren zu verwenden. Als Beleg verweist die Antragstellerin im Schriftsatz vom 1. März 2021 sowie im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 9. März 2021 auf ein die Bundesstraße B480 betreffendes, im Februar 2021 ausgeschriebenes Straßenbauvorhaben des Antragsgegners. Ihr Rehabilitationsinteresse leitet die Antragstellerin daraus ab, dass der Senat im Verlauf des Verfahrens wiederholt ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe.

Die Antragstellerin beantragt, festzustellen, dass sie in dem Vergabeverfahren nach EU-Bekanntmachung Nr. 2019/S 201–487500 vom 17. Oktober 2019 durch die unterlassene Fachlosbildung für das Teilgewerk der Verkehrssicherungsarbeiten in ihren Rechten verletzt worden ist.

Der Antragsgegner und die Beigeladene formulieren keinen ausdrücklichen Antrag, verneinen aber jeweils ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze, die Vergabeakte, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie den Inhalt der beigezogenen Akten aus den Verfahren Verg 4/20, Verg 5/20 und Verg 9/20 des Senats Bezug genommen.

II. Der von der Antragstellerin verfolgte Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 178 Satz 3 und 4 i.V.m. § 168 Abs. 2 GWB ist unzulässig. Es kann dahinstehen, ob er noch rechtzeitig nach der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens gestellt worden ist. Er scheitert jedenfalls am fehlenden Feststellungsinteresse.

1. Ein für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 178 Satz 3 und 4 i.V.m. § 168 Abs. 2 GWB notwendiges Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (Senatsbeschlüsse vom 1. Juli 2020 – Verg 28/19 – und vom 7. August 2019 – Verg 9/19). Ein solches Feststellungsinteresse kann gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient, eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr besteht oder die Feststellung zur Rehabilitierung des Bieters erforderlich ist, weil der angegriffenen Vergabeentscheidung ein diskriminierender Charakter zukommt. Das

Feststellungsinteresse ist mit der Umstellung der ursprünglichen Anträge auf den Feststellungsantrag explizit zu begründen (siehe Senatsbeschluss vom 1. Juli 2020 – Verg 28/19).
2. Dies zugrunde gelegt, reicht der Vortrag der Antragstellerin nicht, um ein Feststellungsinteresse aufgrund einer konkreten Wiederholungsgefahr bejahen zu können. Nach der Rechtsprechung des Senats müssen objektive Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr bestehen (vgl. Senatsbeschluss vom 25. November 2020 – Verg 35/19). Daran fehlt es hier. Zum einen war, wie der Senat in seinen bisherigen Entscheidungen in dieser Sache stets hervorgehoben hat, die Baumaßnahme, die Gegenstand des streitbefangenen Vergabeverfahrens gewesen ist, aufgrund der zeitlichen und örtlichen Rahmenbedingungen durch Besonderheiten gekennzeichnet, die schon für sich betrachtet nicht erkennen lassen, dass sie sich in absehbarer Zeit im geografischen Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners nochmals wiederholen könnten. Zum anderen betraf das Vergabeverfahren den Bereich des Autobahnbaus, den schon aufgrund der besonderen Verkehrsbedeutung der Autobahnen weitere Besonderheiten kennzeichnen. Diese Besonderheiten hat der Senat mit in Bezug genommen, als er im Beschluss vom 13. März 2020 über den Antrag des Antragsgegners nach § 176 Abs. 1 GWB an seine bisherige Rechtsprechung zu Vergabeverfahren aus dem Bereich des Autobahnbaus (vgl. Senatsbeschlüsse vom 25. November 2009 – Verg 27/09, und vom 11. Juli 2007 – Verg 10/07; zustimmend Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 97 GWB Rn. 90) angeknüpft hat. Die auch vergaberechtlich relevante besondere Bedeutung von Autobahnen für die Verkehrsinfrastruktur hat auch kürzlich im Grundgesetz Niederschlag gefunden. Infolge der mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) verbundenen Grundgesetzänderungen ist für den Autobahnbau gemäß Art. 90 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG i.V.m. § 1 Abs. 1 InfrGG seit dem 1. Januar 2021 ausschließlich die neu errichtete Autobahn GmbH des Bundes zuständig. Die verfassungsrechtlich verankerte alleinige Verantwortung des Bundes für Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung der Bundesautobahnen soll die bisherigen Probleme, die sich in der Vergangenheit – nicht zuletzt für den Bau von Autobahnen – aus der Bundesauftragsverwaltung durch die Länder ergeben haben, beseitigen (vgl. BT-Drs. 18/11131, S. 15). Damit entfällt eine Wiederholungsgefahr durch den Antragsgegner vollends, weil er für den Autobahnbau seit Jahresbeginn nicht nur nicht mehr zuständig ist, sondern auch nicht zu erwarten ist, dass er hierfür in absehbarer Zeit wieder zuständig werden könnte.

Falls, wie die Antragstellerin vorträgt, der Antragsgegner Erwägungen aus einem Sonderfall des Autobahnbaus, der Gegenstand des hier streitbefangenen Vergabeverfahrens war, in andere Kontexte, etwa den einer Teilsanierung einer Bundesstraße überträgt

OLG Düsseldorf: Feststellungsinteresse im Fortsetzungsfeststellungsantrag (ZfBR 2021, 896)

899

gen sollte, folgt daraus keine Wiederholungsgefahr im Hinblick auf ein mit dem abgeschlossenen Verfahren vergleichbares Vergabeverfahren, das der Antragsgegner schon mangels Zuständigkeit nicht wiederholen kann. Der Vorgang könnte interessierten Unternehmen allenfalls Anlass geben, die betreffende neue Ausschreibung des Antragsgegners vergaberechtlich genauer zu betrachten und gegebenenfalls von den Vergabenachprüfungsinstanzen überprüfen zu lassen.

3. Auch das von der Antragstellerin geltend gemachte Rehabilitationsinteresse vermag für sie kein Feststellungsinteresse zu begründen. Die Antragstellerin leitet ihr Rehabilitationsinteresse daraus ab, dass der Senat in seinen bisherigen Entscheidungen in vorliegender Sache ihren Anspruch auf rechtliches Gehör in vielfältiger Weise verletzt habe. Damit kann sie im Hinblick auf das von ihr darzulegende Feststellungsinteresse jedoch nicht durchdringen. Die Entscheidungen des Senats sind nicht der maßgebliche Bezugspunkt für ein etwaiges Rehabilitationsinteresse. Ein

Rehabilitationsinteresse kann ein Feststellungsinteresse nur begründen, wenn der angegriffenen Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers ein diskriminierender, rufschädigender Charakter zukommt. Es bedürfte einer schwerwiegenden Verletzung grundlegender Rechte der Antragstellerin durch den öffentlichen Auftraggeber mit Wirkung nach außen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 30. Oktober 2014 – 13 Verg 8/14; Schäfer, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 178 Rn. 40). Davon kann hier mit Blick auf die Entscheidung des Antragsgegners, die Leistungen der Teilsanierung der A44 im Rahmen einer Gesamtvergabe zu vergeben, aber keine Rede sein.

Davon abgesehen hat der Senat den Anspruch der Antragstellerin auf rechtliches Gehör auch zu keinem Zeitpunkt verletzt. Das gilt insbesondere für die von der Antragstellerin beanstandeten Entscheidungen des Senats vom 13. März 2020 und vom 28. Mai 2020.

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG folgt ein Anspruch der Verfahrensbeteiligten darauf, dass die Gerichte ein rechtzeitiges Vorbringen zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen, soweit es nicht nach den Verfahrensvorschriften unberücksichtigt bleiben kann oder muss. Ein Gericht darf kein nach seiner materiellen Rechtsauffassung erhebliches Vorbringen übergehen. Es ist aber nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen, namentlich nicht bei letztinstanzlichen, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbaren Entscheidungen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 25. September 2020 – 2 BvR 854/20, vom 14. Dezember 2017 – 2 BvR 1872/17, und vom 31. März 2016 – 2 BvR 1576/13). Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte auch nicht, der Rechtsansicht einer Partei zu folgen.

Gemessen daran ist die Entscheidung des Senats vom 13. März 2020 nicht zu beanstanden. Der Senat hat keine entscheidungserheblichen Rechtsausführungen übergangen. Die Antragstellerin kritisiert insoweit im Wesentlichen, dass der Senat den von ihr zu § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB vertretenen Ansichten nicht gefolgt sei. Dies betrifft etwa die für das Ergebnis ausschlaggebende Frage, ob die Vorschrift dem öffentlichen Auftraggeber einen gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Beurteilungsspielraum eröffnet. Das bejaht der Senat im Einklang mit anderen Vergabesenaten (vgl. z.B. OLG München, Beschluss vom 25. März 2019 – Verg 10/18; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 14. Mai 2018 – 11 Verg 4/18; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. Januar 2013 – 1 Verg 6/12: „Einschätzungsspielraum“) anknüpfend an das Tatbestandsmerkmal des „Erforderns“ in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB in ständiger Rechtsprechung (vgl. z.B. Senatsbeschlüsse vom 13. April 2016 – Verg 47/15, und vom 21. März 2012 – Verg 92/11; zustimmend aus der Literatur z.B. Burgi, Vergaberecht, 1. Aufl., § 14 Rn. 16; Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 97 GWB Rn. 138; Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 238; Probst/von Holleben, CR 2012, 1, 3) und hält hieran auch weiterhin fest. Das betrifft des Weiteren auch die Frage, ob der Senat an seine bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Gesamtvergaben im Bereich des Autobahnbaus (Senatsbeschlüsse vom 25. November 2009 – Verg 27/09 – und vom 11. Juli 2007 – Verg 10/07) trotz zwischenzeitlicher Gesetzesänderungen anknüpfen durfte. Letzteres hat der Senat schon dadurch inzident bejaht, dass er entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (siehe Knauff, in: Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 97 GWB Rn. 252) auch für das neue Recht in ständiger Rechtsprechung von einem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers ausgeht, wie er bereits für den Rechtsstand bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 790) vertreten worden ist, der noch zum Zeitpunkt der genannten älteren Senatsentscheidungen maßgeblich war. Aufgrund von Art. 103 Abs. 1 GG war der Senat weder gehalten, der zur Kenntnis genommenen gegenteiligen Rechtsansicht der

Antragstellerin zu folgen, noch seine seit Jahren vertretene Rechtsauffassung im konkreten Fall nochmals näher zu begründen.

Im Hinblick auf das streitige tatsächliche Vorbringen der Antragstellerin, das sie vom Senat nicht ausreichend gewürdigt sieht, gilt ebenfalls, dass der Senat es zur Kenntnis genommen hat, ihm aber nicht folgen musste. Soweit es auf streitiges tatsächliches Vorbringen der Antragstellerin nach dem aus dem Beschluss vom 13. März 2020 ersichtlichen materiellen Rechtsstandpunkt des Senats überhaupt noch ankommen konnte, konnte es im Rahmen der Entscheidung nach § 176 Abs. 1 GWB ersichtlich nicht dieselbe Relevanz haben wie das Vorbringen des Antragsgegners. Die Antragstellerin verkennt, dass innerhalb einer vom Untersuchungsgrundsatz bestimmten Verfahrensordnung wie der des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens nicht jedes Vorbringen eines Beteiligten Anlass zu weiterer Sachverhaltsaufklärung gibt. Die Amtsaufklärungspflicht nach § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 70 Abs. 1 GWB besteht nur so weit, wie der Vortrag der Verfahrensbeteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Möglichkeiten dazu Anlass gibt (siehe Senatsbeschluss vom 25. November 2020 – Verg 35/19; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 11. November 2008 – KVR 60/07, und vom 27. Februar 1969 – KVR 5/68). Darüber hinaus gilt im Eilverfahren nach § 176 Abs. 1 GWB, in dem – verfassungsrechtlich unbedenklich – nur eine summarische Prüfung stattfinden kann, die Beweismittelerweiterung des § 176 Abs. 2 Satz 2 GWB (vgl. dazu Lux, in: Müller-Wrede, GWB, § 176 Rn. 43). Nach diesen Maßgaben war bei der vom Senat zu treffenden Eilentscheidung in tatsächlicher Hinsicht dem mit eidesstattlicher Versicherung unterlegten Vorbringen des Antragsgegners zu folgen, weil sich die Antragstellerin im Wesentlichen auf ein einfaches Bestreiten des substantiierten Vorbringens des Antragsgegners beschränkt hat, soweit ihr Vortrag nicht sogar als unzulässige Behauptung ins Blaue hinein zu bewerten war.

Soweit die Antragstellerin schließlich im Beschluss über die Anhörungsprüfung vom 28. Mai 2020 inhaltliche Ausführungen zu den

OLG Düsseldorf: Feststellungsinteresse im
Fortsetzungsfeststellungsantrag (ZfBR 2021, 896)

900

Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB vermisst, ist darauf hinzuweisen, dass der Senat die Anhörungsprüfung aus den in jenem Beschluss dargelegten und weiterhin für zutreffend befundenen Gründen bereits für unzulässig gehalten hat. Weitere Ausführungen als die zur Zulässigkeit des Rechtsbehelfs waren daher nicht veranlasst.

III. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens waren gemäß § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 71 GWB, 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO wie aus dem Tenor ersichtlich zu verteilen. Bei der nach dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu treffenden Kostenentscheidung war einerseits der voraussichtliche Verfahrensausgang zum Zeitpunkt des Eintritts des erledigenden Ereignisses zu berücksichtigen, wie er sich aus den rechtlichen Erwägungen im Senatsbeschluss vom 13. März 2020 über den vom Antragsgegner gestellten Antrag nach § 176 Abs. 1 GWB ergibt. Danach wäre die sofortige Beschwerde des Antragsgegners voraussichtlich erfolgreich gewesen. Andererseits haben sowohl die Antragstellerin wie auch der Antragsgegner im Anschluss an die Erledigung des Vergabenachprüfungsverfahrens Fortsetzungsfeststellungsanträge nach § 178 Satz 3 und 4 i.V.m. § 168 Abs. 2 GWB anhängig gemacht. Der Antragsgegner hat seinen Antrag zurückgenommen, die Antragstellerin ist mit ihrem aufrechterhaltenen Antrag nicht durchgedrungen. Bei dieser Sachlage entspricht es der Billigkeit nach § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB, dass auch der Antragsgegner einen Teil der Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens trägt. Hiervon auszunehmen waren allerdings die ausscheidbaren Kosten des Verfahrens nach § 176 Abs. 1 GWB, in dem der Antragsgegner vollständig obsiegt hat. Eine Übertragung der für die Gerichtskosten gebildeten Kostenquote auf die außergerichtlichen Kosten

war ebenfalls nicht geboten. Insoweit heben sich die Rücknahme des Feststellungsantrags durch den Antragsgegner und das Unterliegen der Antragstellerin mit ihrem Feststellungsantrag letztlich auf und ist maßgeblich auf die Erfolgsaussichten der Rechtsschutzanträge bis zum erledigenden Ereignis abzustellen.

Es entspricht der Billigkeit nach § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB, dass die Antragstellerin auch die der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren einschließlich des Verfahrens nach § 176 Abs. 1 GWB entstandenen notwendigen Aufwendungen trägt. Die Beigeladene hat sich an diesen Verfahren mit schriftsätzlichem Vorbringen aktiv aufseiten des Antragsgegners beteiligt.

Über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten ist gemäß § 182 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB ebenfalls nach billigem Ermessen zu befinden. Anders als das zuvor geltende Recht ermöglicht § 182 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB i.d.F. des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 17. Februar 2016 eine die Kostentragung betreffende Entscheidung nach billigem Ermessen auch im Umfang der den Verfahrensbeteiligten entstandenen notwendigen Aufwendungen. Im Rahmen von § 182 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB gilt derselbe Prüfungsmaßstab wie im Rahmen des § 71 GWB. Danach sind die Kosten der Verfahren vor der Vergabekammer und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung beziehungsweise Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen im Hinblick auf die Ausführungen des Senats im Beschluss vom 13. März 2020 zu den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags von der Antragstellerin zu tragen. Dies gilt namentlich auch für die in dem Verfahren nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB entstandenen Kosten und Aufwendungen, über welche die Vergabekammer in ihrem Beschluss vom 5. Februar 2020 nicht entschieden hat. Auch die der Beigeladenen in den Verfahren vor der Vergabekammer entstandenen Aufwendungen sind gemäß § 182 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB nach billigem Ermessen von der Antragstellerin zu tragen, weil sie sich an den Verfahren aktiv aufseiten des Antragsgegners beteiligt hat.

Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG war festzustellen, dass die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten in den Verfahren vor der Vergabekammer für den Antragsgegner und die Beigeladene notwendig war.

Über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06). Dabei ist – regelmäßig für den Zeitpunkt der Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 21. August 2018 – 2 A 6.15, und vom 18. November 2016 – 1 WB 32.16; OLG Koblenz, Beschluss vom 21. September 2000 – 1 Verg 2/99) – danach zu fragen, ob der Beteiligte nach den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06). Hierfür können neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmt sein. Dazu können die sachliche und personelle Ausstattung des Beteiligten gehören, also beispielsweise, ob er über eine Rechtsabteilung oder andere Mitarbeiter verfügt, von denen erwartet werden kann, dass sie gerade oder auch Fragen des Vergaberechts sachgerecht bearbeiten können, oder ob allein der kaufmännisch gebildete Geschäftsinhaber sich des Falls

annehmen muss (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06). Anerkannt ist darüber hinaus, dass der Gesichtspunkt der so genannten prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung einfließen kann (Senatsbeschluss vom 16. März 2020 – Verg 38/18).

Nach diesen Maßgaben war die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene notwendig, weil das Verfahren in tatsächlicher Hinsicht bereits ausreichend komplex und auch in rechtlicher Hinsicht anspruchsvoll war.