

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2019 > 15.05.2019 - Verg 61 / 18

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18

(Bieter obsiegt)

Normen:

§ 121 Abs. 1 GWB; § 160 GWB; § 7 EU Abs. 1 VOB/A

Vorangegangene Entscheidung:

VK Bund, Beschluss vom 21.10.2018, VK 2 - 88 / 18 (Bieter obsiegt)

Stichworte:

Zulässigkeit von Wahlpositionen, Berechtigtes Interesse, Erkennbarkeit eines Vergabeverstoßes

Leitsatz (redaktionell):

1. Erkennbarkeit eines Vergabeverstoßes im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ist an einem objektiven Maßstab zu messen. Es kommt auch nicht darauf an, ob ein Antragsteller aus einem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren besondere Kenntnisse zu der betroffenen Rechtsfrage hat.
 2. Wahlpositionen sind Leistungspositionen, bei denen sich der Auftraggeber noch nicht auf eine von mehreren Alternativen festgelegt hat, bei denen er aber nach Kenntnisnahme der Angebotsinhalte und vor Erteilung des Zuschlages eine Alternative auswählen will.
 3. Die Verwendung von Wahlpositionen ist nur zulässig, wenn der Auftraggeber hieran ein berechtigtes Interesse hat.
 4. Ein solches berechtigtes Interesse besteht beispielsweise, wenn der Auftraggeber durch die Wahlpositionen die Möglichkeit erhält, ein technisch höherwertiges Gerät zu erhalten oder bei unsicherer Finanzierung auf eine kostengünstige Alternative zurückzugreifen.
 5. Ein berechtigtes Interesse besteht hingegen nicht, wenn die Festlegung auf eine der beiden Alternativen möglich und zumutbar gewesen ist.
 6. Im Falle der unzulässigen Ausschreibung von Wahlpositionen kann die Beeinträchtigung der Auftragschancen eines Unternehmens nicht ausgeschlossen werden, weil nicht feststeht, welches Angebot es abgegeben hätte, wenn nur eine Position ausgeschrieben worden wäre.
1. Erkennbarkeit eines Vergabeverstoßes im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ist an einem objektiven Maßstab zu messen. Es kommt auch nicht darauf an, ob ein Antragsteller aus einem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren besondere Kenntnisse zu der betroffenen Rechtsfrage hat.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

2. Wahlpositionen sind Leistungspositionen, bei denen sich der Auftraggeber noch nicht auf eine von mehreren Alternativen festgelegt hat, bei denen er aber nach Kenntnisnahme der Angebotsinhalte und vor Erteilung des Zuschlages eine Alternative auswählen will.
3. Die Verwendung von Wahlpositionen ist nur zulässig, wenn der Auftraggeber hieran ein berechtigtes Interesse hat.
4. Ein solches berechtigtes Interesse besteht beispielsweise, wenn der Auftraggeber durch die Wahlpositionen die Möglichkeit erhält, ein technisch höherwertiges Gerät zu erhalten oder bei unsicherer Finanzierung auf eine kostengünstige Alternative zurückzugreifen.
5. Ein berechtigtes Interesse besteht hingegen nicht, wenn die Festlegung auf eine der beiden Alternativen möglich und zumutbar gewesen ist.
6. Im Falle der unzulässigen Ausschreibung von Wahlpositionen kann die Beeinträchtigung der Auftragschancen eines Unternehmens nicht ausgeschlossen werden, weil nicht feststeht, welches Angebot es abgegeben hätte, wenn nur eine Position ausgeschrieben worden wäre.

Entscheidungstext:

Tenor:

1. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 21. Oktober 2018, VK 2 – 8/18, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Beigeladene.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf € 232.057,25 festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 22. Juni 2018 im offenen Verfahren die Vergabe von Abbrucharbeiten auf dem Gelände des K. (K.) S. in N. (VOEK 118-18) europaweit aus (EU-Bekanntmachung Nr. 2018/S 118-2672932018).

Das K. war bis zum Jahr 2013 Stützpunkt der c. Streitkräfte und bildete einen eigenen Stadtteil mit Wohn- und Verwaltungsgebäuden. Die Gesamtanlage der Gebäude soll in mehreren Abschnitten abgebrochen und fachgerecht entsorgt werden. Das vorliegende Vergabeverfahren erfasst einen Teil der Abbrucharbeiten mit insgesamt ca. 300 Gebäuden. Teile der Abbruchmassen sollen auf dem Gelände verbleiben und in einem späteren Verfahren zu einem Landschaftsbauwerk verbaut werden (vgl. Ziffer II.2.4 der Auftragsbekanntmachung).

Alleiniges Zuschlagskriterium zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ist der Preis.

Unter Ziffer 6 der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU) heißt es:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

„Der Preis wird aus der Wertungssumme des Angebots ermittelt. Die Wertungssummen werden ermittelt aus den nachgerechneten Angebotssummen, insbesondere unter Berücksichtigung von Nachlässen, Erstattungsbetrag aus der Lohnleitklausel, Instandhaltungsangeboten.“

Im Leistungsverzeichnis wird in den Vorbemerkungen zum Titel 5 (Entsorgung und Transport Gebäuderückbau) ausgeführt:

„Der Bauschutt Z0-Z2 verbleibt auf der Liegenschaft und dient im Zuge der Landschaftsplanung als Grundmaterial für ein noch zu planendes Landschaftsbauwerk. (...)

Angebotsauswertung:

Die Positionen 030, 060, 090, 120, 160, 190 sind Wahlpositionen.

Eine Festlegung, welche Position zur Anwendung kommt, kann zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung voraussichtlich noch nicht getroffen werden, sondern erst im Zuge der späteren weiteren Planung des Landschaftsarchitekten für die konkrete Ausführung des zu errichtenden Landschaftsbauwerks. Erst dann kann festgelegt werden, welche Massen der jeweiligen Körnung benötigt werden. Weil diese Festlegung daher erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann, werden sämtliche Wahlpositionen in der Preiswertung berücksichtigt. Sollten die Wahlpositionen zur Ausführung kommen, werden sämtliche Grundpositionen durch Wahlpositionen ersetzt. Bedeutet, dass nur eine vorher definierte Korngröße zu brechen ist.

Die Preiswertung wird wie folgt vorgenommen: Der Gesamtpreis des Angebots mit Grundpositionen und allen Eventualpositionen und mit allen Wahlpositionen (mit jeweiligen Vordersätzen) wird mit 100 % bewertet. Eine Festlegung zwischen Grund- und Wahlpositionen findet nach Auftragsvergabe statt.“

Die im Titel 5 des Leistungsverzeichnisses aufgeführten Grund- und Wahlpositionen unterscheiden sich lediglich hinsichtlich der Vorgabe zur Korngröße, auf die das Abbruchmaterial zu verkleinern ist:

Grundposition: Korngröße 0/150 mm

Wahlposition: Korngröße 0/200 mm.

Die Antragstellerin, die Beigeladene und neun weitere Bieter gaben jeweils fristgerecht ein Angebot ab. Im Submissionstermin am 31. Juli 2018 lag das Angebot der Antragstellerin auf dem ersten Rang und das Angebot der Beigeladenen auf dem zweiten – jeweils gemessen anhand der angegebenen Angebotssumme ohne Berücksichtigung der Wahlpositionen. Unter Anwendung des Wertungsspiegels, das heißt unter Wertung sämtlicher Grund- und Wahlpositionen und der Vordersätze erreichte das Angebot der Beigeladenen den niedrigsten Preis.

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin am 31. August 2018 mit, dass die Zuschlagserteilung an die Beigeladene beabsichtigt sei. Die mit Schreiben vom 6. September 2018 erhobene Rüge wies die Antragsgegnerin am Folgetag zurück.

Die Antragstellerin hat am 10. September 2018 bei der Vergabekammer des Bundes einen Nachprüfungsantrag gestellt. Sie hat insbesondere beanstandet, dass die Ausschreibung von Wahlpositionen rechtswidrig sei, weil die Variantenentscheidung erst nach Zuschlagserteilung erfolgen soll. Es bestehe auch kein berechtigtes Interesse, die Entscheidung zwischen beiden Leistungsvarianten offen zu halten. Der Verweis auf eine spätere Planung des Landschaftsarchitekten offenbare eine Planungslücke, die seit langem bekannt sei. Die Wertungssystematik verstoße gegen Vergaberecht, weil zum Zeitpunkt der Angebotswertung offen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

bleibe, welche Variante nach Abschluss der Landschaftsplanung zur Ausführung gelange, es aber gleichzeitig klar sei, dass nicht beide Varianten ausgeführt würden.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren zurückzusetzen und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,

hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

Sie hat geltend gemacht, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Die Antragstellerin sei mit ihren Einwänden bezüglich der Wahlpositionen präkludiert, da sie ihr Angebot jedenfalls unter Erkennbarkeit der behaupteten Verstöße abgegeben habe. Die Aufnahme von Wahlpositionen im Leistungsverzeichnis sei zulässig, weil eine abschließende Entscheidung über die Korngröße aus von der Antragsgegnerin nicht zu vertretenden Gründen vor Zuschlagserteilung nicht möglich gewesen sei. Die Wahlpositionen seien eindeutig als solche gekennzeichnet und inhaltlich klar beschrieben. Ihr, der Antragsgegnerin, stehe hinsichtlich der Wertungsmethodik ein Beurteilungsspielraum zu.

Die mit Beschluss vom 11. September 2018 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene hat vor der Vergabekammer keine Anträge gestellt.

Im laufenden Nachprüfungsverfahren hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass aufgrund zwischenzeitlich abgeschlossener Landschaftsplanung in der Sitzung des Rats der Stadt N. vom 2. Oktober 2018 beschlossen worden sei, allein die Wahlpositionen zu beauftragen. Auch bei alleiniger Wertung der Wahlpositionen habe die Beigeladene das preisgünstigste Angebot abgegeben.

Die Vergabekammer hat mit der angegriffenen Entscheidung der Antragsgegnerin untersagt, in dem Vergabeverfahren „K. S. – Abbruch Teil 1 und 1a“ einen Zuschlag zu erteilen und ihr aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, das Leistungsverzeichnis unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und den beteiligten Bietern auf der Grundlage der überarbeiteten Vergabeunterlagen erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben. Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere sei die Antragstellerin ihren Rügeobliegenheiten fristgerecht nachgekommen. Jedenfalls aus rechtlicher Sicht sei der Vergaberechtsverstoß für einen durchschnittlichen Marktteilnehmer nicht erkennbar gewesen. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Zwar sei die Antragsgegnerin befugt gewesen, Wahlpositionen in das Leistungsverzeichnis aufzunehmen. Die Entscheidung über die Ausführung der Grund- und Wahlpositionen habe die Antragsgegnerin indes vor Zuschlagserteilung treffen müssen. Sie hätte auch von vornherein in den Vergabeunterlagen klarstellen müssen, dass nur die tatsächlich auszuführenden Grund- oder Wahlpositionen in der Angebotswertung berücksichtigt würden.

Gegen diese Entscheidung hat die Beigeladene fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei die Antragsgegnerin nicht verpflichtet gewesen, die Entscheidung über die Grund- oder Wahlposition bereits vor Erteilung des Zuschlags zu treffen. Zu Beginn des Vergabeverfahrens sei für die Antragsgegnerin nicht erkennbar gewesen, dass die Festlegung der Positionen bis zur

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

Zuschlagserteilung möglich sein würde. Ein etwaiger Vergaberechtsverstoß sei jedenfalls nicht kausal für eine Rechtsverletzung, weil die Antragstellerin bei Kenntnis, dass die Entscheidung über die Grund- oder Wahlposition vor Zuschlagserteilung fällt, ihr Angebot nicht anders kalkuliert hätte.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 21. Oktober 2018, VK 2 – 88/18 aufzuheben,
2. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,

hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zur Wahrung der geschützten Rechtsposition der Beigeladenen zu treffen,

3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Die Antragstellerin hat schriftsätzlich angekündigt zu beantragen, die sofortige Beschwerde auf Kosten der Beigeladenen zurückzuweisen. Im Verhandlungstermin vor dem Senat ist sie jedoch, wie sie mit Schriftsatz vom 10. April 2019 angekündigt hatte, nicht erschienen.

II.

Der Senat entscheidet gemäß § 175 Abs. 2 i.V.m. § 69 Abs. 2 GWB trotz Ausbleibens der Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung, weil die Antragstellerin ordnungsgemäß geladen war und ungeachtet rechtzeitiger Benachrichtigung nicht erschienen ist.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Beigeladenen hat keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat zutreffend auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

a. Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Auftragsinteresse durch die Abgabe ihres Angebots belegt und geltend gemacht, die Antragsgegnerin habe in mehrfacher Hinsicht gegen Vergaberecht verstoßen. Insbesondere beanstandet sie, dass sich ihre Zuschlagschancen durch eine vergaberechtswidrige Ausschreibung von Wahlpositionen, durch ein fehlerhaftes Preiswertungssystem sowie durch die Berücksichtigung eines Angebots mit einem unangemessen niedrigen Preis verschlechtert haben.

b. Die Antragstellerin ist nicht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB mit ihren Rügen präkludiert. Nach dieser Vorschrift ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Erkennbarkeit ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union an einem objektiven Maßstab zu messen (EuGH, Urteil vom 12. März 2013, C-538/13 – eVigilo). Dabei ist auf ein durchschnittlich fachkundiges Bieterunternehmen abzustellen, das beim Verständnis der Vergabeunterlagen die verkehrssübliche Sorgfalt aufwendet. Erkennbarkeit muss sich darüber hinaus sowohl auf die den Rechtsverstoß begründenden Tatsachenvorgänge als auch auf deren rechtliche Bewertung, und zwar im Sinn eines Vergaberechtsverstoßes, beziehen. Um einen Rechtsverstoß erkennbar werden zu lassen, muss das

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

betroffene Bieterunternehmen keinen rechtlichen Rat einholen. Der Rechtsverstoß muss sich dem durch die Ausschreibung angesprochenen Bieterkreis aufgrund des bei ihm allgemein vorauszusetzenden rechtlichen Wissens erschließen können (Senatsbeschlüsse vom 20. Dezember 2017, VII-Verg 8/17, und vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16).

Gemessen daran standen der Antragstellerin mit Einsicht in das Leistungsverzeichnis sämtliche Tatsachen zur Verfügung, die zur Rügeerhebung erforderlich waren.

Allerdings hätte ein durchschnittlich fachkundiger Bieter den Vergaberechtsverstoß in rechtlicher Hinsicht nur erkennen können, wenn er gewusst hätte, unter welchen Voraussetzungen Wahlpositionen in vergaberechtlich zulässiger Weise ausgeschrieben werden können. Insoweit handelt es sich um Spezialwissen, das weder bei der Antragstellerin noch bei anderen Bietern vorausgesetzt werden kann (Senatsbeschluss vom 14. April 2011, VII-Verg 58/10 – juris, Rn. 60). Anders als die Beigeladene meint, kommt es für die Erkennbarkeit im Streitfall nicht darauf an, ob die Antragstellerin aufgrund eines vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens konkrete Anhaltspunkte dafür gehabt haben möge, dass die hier streitgegenständlichen Wahlpositionen und deren Wertung gegen Vergaberecht verstoßen können. Denn die individuellen Erkenntnismöglichkeiten der Antragstellerin sind nach dem oben Gesagten nicht von Belang.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

a. Die Antragsgegnerin hat gegen den Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB, § 2 Abs. 1 S. 1 VOB/A-EU) und gegen den Grundsatz der erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB, § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU) verstoßen, weil für die ausgeschriebenen Wahlpositionen kein berechtigtes Interesse besteht.

aa. Bei den Positionen 030, 060, 090, 120 und 160 in Titel 5 des Leistungsverzeichnisses handelt es sich um Wahlpositionen.

Wahlpositionen sind Leistungspositionen, in denen sich der Auftraggeber noch nicht festgelegt hat, sondern mehrere Alternativen der Leistungserbringung ausschreibt, von denen er nach Kenntnisnahme der Angebotsinhalte, eine Alternative für den Zuschlag auswählt. Davon zu unterscheiden sind Bedarfs- oder Eventualpositionen. Während sich bei der Wahlposition der Auftraggeber vorbehält, die Grundposition durch die Alternativposition zu ersetzen (vgl. OLG München, Beschluss vom 27.01.2006, Verg 1/06) handelt es sich bei Bedarfs- oder Eventualpositionen um Leistungen, bei denen zum Zeitpunkt der Erstellung der Leistungsbeschreibung noch nicht feststeht, ob und ggf. in welchem Umfang sie tatsächlich zur Ausführung kommen werden. Solche Positionen enthalten nur eine im Bedarfsfall erforderliche Leistung, über deren Ausführung erst nach Auftragserteilung und nicht bereits bei Erteilung des Zuschlags entschieden wird (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2010, VII-Verg 36/09 – juris, Rn. 20 ff., und vom 28. Februar 2008, VII-Verg 57/06 – juris, Rn. 41 ff.).

Die Antragsgegnerin hat die Positionen ausdrücklich als Wahlpositionen bezeichnet und beabsichtigte, entweder die Beauftragung von Leistungen mit der Vorgabe zur Korngröße von jeweils 0/150mm oder von Leistungen mit der Vorgabe zur Korngröße von jeweils 0/200mm. Dass eine der beiden Leistungsvarianten zur Ausführung kommt, stand bei der Ausschreibung fest.

bb. Die Aufnahme der Wahlpositionen in das Leistungsverzeichnis war jedoch unzulässig, weil der Antragsgegnerin hierfür kein berechtigtes Interesse zur Seite stand.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

Die Aufnahme von Wahlpositionen in das Leistungsverzeichnis ist nicht grundsätzlich vergaberechtlich unstatthaft. Zwar tangiert sie die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung und überdies die Transparenz des Vergabeverfahrens, denn sie ermöglicht dem öffentlichen Auftraggeber, durch seine Entscheidung für oder gegen eine Wahlposition das Wertungsergebnis aus vergaberechtsfremden Erwägungen zu beeinflussen. Unter engen Voraussetzungen sind Wahlpositionen jedoch ausnahmsweise zulässig. Voraussetzung ist ein berechtigtes Interesse des öffentlichen Auftraggebers, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offen zu halten (Senatsbeschlüsse vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10 – juris, Rn. 62 mit zust. Anm. Ganske, IBR 2011, 354; vom 14. September 2016, VII-Verg 7/16 – juris, Rn. 59 ff. mit zust. Anm. Dobmann, VergabeR 2017, 763; vom 22. Februar 2012, VII-Verg 87/11 – juris, Rn. 41; vom 24. März 2004, VII-Verg 7/04 mit zust. Anm. Scholz, IBR 2004, 271; vom 2. August 2002, Verg 25/02; OLG Rostock, Beschluss vom 9. Oktober 2013, 17 Verg 6/13 – juris, Rn. 135 f.; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 22. Oktober 1999, 5 Verg 2/99 – juris, Rn. 59 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 17. Februar 2000, 11 U 91/98 – juris, Rn. 44; OLG München, Beschlüsse vom 27. Januar 2006, Verg 1/06, und vom 22. Oktober 2015, Verg 5/15 „berechtigtes Bedürfnis“; Prieß/Simonis in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 121 Rn. 104; Bode, IBR 2011, 714; Otting, IBR 2016, 31; Hartung, VergabeR 2016, 513).

Nach der Rechtsprechung des Senats und anderer Oberlandesgerichte kann sich ein berechtigtes Interesse aus dem Gebot der effizienten und sparsamen Haushaltsführung ergeben (Senatsbeschlüsse vom 13. April 2011, Verg 58/10, und vom 24. März 2004, Verg 7/04; OLG München, Beschluss vom 27. Januar 2006, Verg 1/06). Als berechtigt erkennt die Rechtsprechung auch ein Interesse an, wenn der Vergabestelle durch die Wahlposition die Möglichkeit eröffnet wird, ein technisch höherwertiges Gerät zu erhalten (OLG München, Beschluss vom 27. Januar 2006, Verg 1/06) oder bei unsicherer Finanzierung auf eine kostengünstige Alternative zurückzugreifen (Senatsbeschluss, 24. März 2004, Verg 7/04).

Dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Ausschreibung noch nicht weiß, ob eine Leistung ausgeführt werden kann oder soll oder ob an deren Stelle eine gleichwertige ähnliche Leistung treten soll, reicht für sich genommen für die Annahme eines berechtigten Interesses nicht aus (missverständlich OLG Schleswig, Urteil vom 17. Februar 2000, 11 U 91/98 – juris, Rn. 44), weil bei einem derart großzügigen Maßstab in unzulässiger Weise Mängel einer unzureichenden Planung ausgeglichen würden (so letztlich auch OLG Schleswig, Urteil vom 17. Februar 2000, 11 U 91/98 – juris, Rn. 44; Zimmermann in Heiermann/Zeiß/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 121 GWB Rn. 51). Ein berechtigtes Interesse ist demzufolge zu verneinen, wenn die Festlegung auf eine der beiden Alternativen möglich und zumutbar gewesen ist (OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Februar 2008, 1 U 99/07 – juris, Rn. 8; Kadenbach in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 121 GWB Rn. 39).

Gemessen daran war die Aufnahme der Wahlpositionen 030, 060, 090, 160 und 190 in das Leistungsverzeichnis vergaberechtsfehlerhaft. Es bestand kein berechtigtes Interesse der Antragsgegnerin, den genauen Inhalt in Bezug auf die Aufbereitung des oberirdischen Bauschutts durch eine Brechanlage (Korngröße 0/150 oder 0/200 mm) einstweilen offen zu lassen. Es kann nicht festgestellt werden, dass sich die Antragsgegnerin vor der Ausschreibung unter Ausschöpfung aller ihr zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten um eine Klärung der Frage, auf welche Korngröße der Bauschutt zu verkleinern ist, bemüht hat. Die Vergabedokumentation der Antragsgegnerin enthält hierzu keine Begründung. Auch die im Nachprüfungsverfahren in Ergänzung zu den Angaben auf Seite 139 des Leistungsverzeichnisses nachgeschobenen Gründe der Antragsgegnerin vermögen ein berechtigtes Interesse nicht zu rechtfertigen. So heißt es im Leistungsverzeichnis, dass die Korngröße erst dann festgelegt werden kann, wenn die Planung des Landschaftsarchitekten für die konkrete Ausführung des zu errichtenden Landschaftsbauwerks abgeschlossen ist. Im Nachprüfungsverfahren hat die Antragsgegnerin hierzu näher ausgeführt und auf insgesamt zwei Aspekte abgestellt. Zum einen könne die Korngröße erst dann festgelegt werden, wenn die Planung der

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

Landschaftsbauwerke abgeschlossen sei. Hierfür sei jedoch Voraussetzung, dass weitere – hier nicht verfahrensgegenständliche – Abbruchleistungen auf dem Gelände durchgeführt werden, weil erst dann die tatsächliche Menge und Qualität des Abbruchmaterials feststehe, das für das Landschaftsbauwerk genutzt werden könne. Zum anderen seien umfängliche Abstimmungen mit der Stadt N. über die Höhe des Landschaftsbauwerks und weitere planerische Maßnahmen erforderlich. Diese Ausführungen stehen jedoch in unlösbarem Widerspruch zu den tatsächlich eingetretenen Entwicklungen. So hat sich die Antragsgegnerin, wie sie mit Schriftsatz vom 08.10.2018 und damit nur 3,5 Monate nach der Bekanntmachung der Ausschreibung mitgeteilt hat (dort Seite 10), auf die Korngröße gemäß den ausgeschriebenen Wahlpositionen (0/200 mm) festgelegt, weil in einer großen Abstimmungsrunde bezüglich der Planung des Landschaftsbauwerks unter Beteiligung der Stadt N. am 2. Oktober 2018 die Dimensionierung des Landschaftsbauwerks (Höhe von 45 Metern über Geländeoberkante) beschlossen worden sei. Das bedeutet, dass für die Bestimmung der Korngröße weder weitere Abbruchleistungen auf dem Gesamtgelände noch eine abgeschlossene Landschaftsbauwerk - Planung erforderlich waren. Auch von einem langwierigen Abstimmungsprozess mit der Stadt N. kann bei einer einzigen „großen Abstimmungsrunde“ nicht gesprochen werden. Zudem sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass bei der Vorbereitung der Ausschreibung im Juni 2018 mit einer derart zügigen Abstimmung nicht zu rechnen war. Es ist weder ersichtlich noch dargetan, aus welchen Gründen eine Abstimmung über die Dimension des Landschaftsbauwerks in großer Runde nicht zu einem früheren Zeitpunkt herbeigeführt werden konnte. Dies gilt umso mehr, als es sich bei dem hier zur Überprüfung stehenden Vergabeverfahren nach dem Vorbringen der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bereits um das zweite Verfahren handelte. Schon in dem zeitlich vorausgegangenen ersten Verfahren sei der Zeitaufwand für eine Abstimmung mit der Stadt N. Anlass für die Ausschreibung von Wahlpositionen gewesen. Wenn dies aber so ist, dann hätte die Antragsgegnerin den zwischen der ersten und zweiten Bekanntmachung liegenden Zeitraum in jedem Fall nutzen können und müssen, um eine Abstimmung in großer Runde – so wie sie am 2. Oktober 2018 erfolgt ist – vor der zweiten Bekanntmachung herbeizuführen. Ob und wann dies geschehen ist, ergibt sich aus dem Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und den Vergabeakten jedoch nicht.

b. Nicht zum Erfolg ihrer sofortigen Beschwerde verhilft der Beigeladenen ihr Einwand, der hier festgestellte Vergaberechtsverstoß sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens jedenfalls nicht ursächlich geworden, weil sie, die Beigeladene, bei alleiniger Wertung der zur Ausführung kommenden Wahlposition ebenfalls das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein Nachprüfungsantrag im Falle eines festgestellten Verstoßes gegen Vergaberecht nur dann unbegründet, wenn auszuschließen ist, dass es durch den Verstoß gegen Vergabevorschriften zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers gekommen ist (Senatsbeschlüsse vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17 – juris, Rn. 80, vom 27. September 2017, VII-Verg 12/17 – juris, Rn. 24; vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16, und vom 15. Juni 2010, VII-Verg 10/10, jeweils zitiert nach juris).

Eine entsprechende Feststellung ist hier nicht möglich. Es trifft zwar zu, dass das Angebot der Beigeladenen das wirtschaftlichste Angebot ist, nachdem die Antragsgegnerin die Ausführung der Wahlpositionen bestimmt hat. Dass der Vergaberechtsverstoß ohne Auswirkungen auf die Zuschlagsentscheidung geblieben ist, diese mithin auch dann noch unverändert Bestand haben kann, wenn der Vergaberechtsverstoß hinweggedacht wird, lässt sich jedoch nicht feststellen. Es steht nicht fest, welches Angebot die Antragstellerin abgegeben hätte, wenn nur die Wahlposition ausgeschrieben worden wäre. Denn dann wäre nur diese Positionen in die Bewertung eingeflossen, worauf die Bieter im Rahmen ihrer Kalkulationsfreiheit hätten reagieren und ihre Angebote entsprechend gestalten können.

c. Ob – wie die Vergabekammer entschieden hat und wofür vieles spricht – das Vergabeverfahren auch deshalb in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen war, weil ausweislich der Vergabeunterlagen die Entscheidung über die Ausführung der Grundposition oder Wahlposition nicht vor

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Verg 61 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 28.8.2019

Erteilung des Zuschlags getroffen werden musste und weil nach der Wertungsmethode der Antragsgegnerin nicht gewährleistet war, dass tatsächlich das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält, bedarf nach alledem keiner Entscheidung.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 S. 2 GWB.

4. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 2 GKG.