

IBRRS 2024, 1358

## Entscheidung im Volltext

Vergabe

Eigene Aufhebungsgründe sind keine Aufhebungsgründe!

---

OLG Düsseldorf

Beschluss

vom 09.08.2023

Verg 3/23

BGB §§ 133, 157; GWB § 160 Abs. 1, § 168 Abs. 1, 2; VOB/A 2019 § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2, § 16 EU Nr. 2, § 17 EU

**1. Soweit eine Ausschreibung aufgehoben werden kann, wenn die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen, kann dieser Aufhebungsgrund nur auf Tatsachen gestützt werden, die erst nach Versendung der Verdingungsunterlagen eingetreten oder dem Auftraggeber bekannt geworden sind, ohne dass eine vorherige Unkenntnis auf mangelhafter Vorbereitung beruht.**

**2. Bei der Aufhebungsentscheidung ist die Heranziehung von Gründen, die dem Auftraggeber bekannt waren und/oder mit deren Vorliegen oder Eintritt er bei der Vergabeentscheidung rechnen musste, ausgeschlossen. Auch darf der öffentliche Auftraggeber den Aufhebungsgrund nicht selbst schuldhaft herbeigeführt haben.**

**3. Der Ausschluss des Angebots eines Bieters wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen setzt voraus, dass die Vergabeunterlagen eindeutig und unmissverständlich sind. Kommen mehrere Verständnismöglichkeiten in Betracht oder können Unklarheiten oder Widersprüche nicht aufgelöst werden, geht dies zulasten des öffentlichen Auftraggebers.**

**4. Nach der Aufhebung einer Ausschreibung ist ein Nachprüfungsverfahren insoweit statthaft, als die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Aufhebung der Aufhebung und Fortsetzung des Vergabeverfahrens begehrt wird. Dieser Antrag kann mit einem Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung verbunden werden.**

**5. Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falls 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.**

**6. Ein Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. In geeigneten Fällen kann mit einem Feststellungsantrag auch der Gefahr einer Wiederholung begegnet werden.**

**7. Der beabsichtigten Geltendmachung der Schadensersatzansprüche die Aussichtslosigkeit einer entsprechenden Klage nicht entgegen. Es ist nicht Sache der Vergabenachprüfungsinstanzen, die Erfolgsaussichten eines Schadensersatzbegehrens zu prüfen. Für die Bejahung des Feststellungsinteresses reicht es aus, dass die geltend zumachenden Schadensersatzansprüche möglich sind.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.08.2023 - Verg 3/23

*vorhergehend:*

*VK Bund, Beschluss vom 16.02.2023 - VK 1-1/23*

**Tenor:**

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes, **VK 1-1/23**, vom 16. Februar 2023 teilweise abgeändert und festgestellt, dass die Aufhebung der Ausschreibung der Antragsgegnerin nach EU-Bekanntmachung Nr. #### rechtswidrig gewesen ist.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die insoweit notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen. Die Amtskosten des Verfahrens vor der Vergabekammer fallen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin je zur Hälfte zur Last, ihre notwendigen Auslagen tragen die Verfahrensbeteiligten insoweit selbst.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 110.000,00 Euro festgesetzt.

**Gründe:**

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 12. Oktober 2022 die Montage von Schutzplanken am Mittelstreifen und am Außenrand der Bundesautobahn A 1 zwischen Anschlussstelle Schwalmthal und der Anschlussstelle Schweich in beiden Fahrtrichtungen EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ####). Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (Ziffer II.2.5. der Bekanntmachung).

Nach der Ziffer 1.1.1. der Baubeschreibung war am rechten Fahrbahnrand in den Abschnitten mit Dammböschung das System Eco-Safe 2.0 und am Mittelstreifen hauptsächlich das System Super-Rail Eco zu montieren. In Ziffer 1.1.2. wurde hierzu ausgeführt, es erfolge nur eine Wertung von RAL-Systemen, um die Anzahl der Systemübergänge zu minimieren, im Bestand seien ausschließlich RAL-Systeme vorhanden. Mit dem System Eco-Safe 2.0 werde dem schmalen Randbankett im Dammbereich Rechnung getragen. Auch im Leistungsverzeichnis wurde in der Position 01.00.0001. das System Eco-Safe 2.0 und in den Positionen 01.00.0002., 01.00.0003., 01.00.0004. und 01.00.0005. verschiedene Ausführungsformen des Systems Super-Rail Eco vorgegeben. Nach Ziffer 3.5 der Baubeschreibung waren Schutzplankenkonstruktionsteile gemäß dem Prüfbericht nach DIN EN 1317, TL-SP oder RAL RG 620 zu liefern, für Schutzplankenteile anderer neuer Stahlsysteme sei die Gleichwertigkeit nachzuweisen. Ziffer 5 der Aufforderung zur Angebotsabgabe ließ die Abgabe mehrerer Hauptangebote zu.

Die Antragstellerin reichte zwei Hauptangebote ein. Dabei bot sie mit ihrem Hauptangebot Nr. 2 die im Leistungsverzeichnis genannten Systeme Eco-Safe 2.0 und Super-Rail Eco an. Dieses Angebot lag in der Preiswertung auf dem dritten Rang. Mit ihrem Hauptangebot Nr. 1 bot sie andere Schutzplankensysteme an. Dieses Angebot lag in der Preiswertung auf dem ersten Rang. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2022 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie nicht für den Zuschlag vorgesehen sei, und begründete dies auf Rüge der Antragstellerin in Bezug auf ihr preislich an erster Stelle liegendes Hauptangebot Nr. 1 mit Schreiben vom 14. Dezember 2022 dahingehend, dieses sei auszuschließen, weil es von den Ausschreibungsunterlagen abweiche, es seien nicht die geforderten RAL-zertifizierten Systeme angeboten worden. Dies rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 19. Dezember 2022 als vergaberechtswidrig.

Die Antragsgegnerin hob daraufhin am 21. Dezember 2022 die Ausschreibung nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU mit der Begründung auf, die Vergabeunterlagen müssten grundlegend geändert werden. Ihr Beschaffungsinteresse sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht korrekt abgebildet,

Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis seien daher anzupassen. In den daraufhin in der EU-weiten Bekanntmachung vom 29. Dezember 2022 verlinkten Vergabeunterlagen wurden in Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis keine konkreten Produkte mehr gefordert, sondern lediglich produktneutrale technische Vorgaben gemacht. Zudem wurde als weitere Bedingung eingeführt, dass die angebotenen Produkte von zumindest drei Herstellern produziert würden. Die Antragstellerin rügte die Aufhebung der Ausschreibung vom 12. Oktober 2022 mit Anwaltsschreiben vom 29. Dezember 2022 erfolglos als vergaberechtswidrig.

Nach Zurückweisung dieser Rüge hat die Antragstellerin am 12. Januar 2023 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem Ziel beantragt, der Antragsgegnerin die Aufhebung der Aufhebung der Ausschreibung nach EU-Bekanntmachung Nr. ### vom 12. Oktober 2022 aufzugeben und ihr Hauptangebot Nr. 1 zu werten. Die Aufhebung sei willkürlich, bereits die ursprüngliche Ausschreibung habe über weitere Hauptangebote produktoffene Angebote ermöglicht. So seien nach Ziffer 3.5 der Baubeschreibung Produkte nach DIN EN 1317, TL-SP, RAL RG 620 oder gleichwertig zugelassen gewesen, eine Anforderung, die ihr Hauptangebot Nr. 1 erfülle.

In der mündlichen Verhandlung hat die Vergabekammer die Beteiligten dahingehend in Kenntnis gesetzt, dass sie die Aufhebung der Ausschreibung für von einem sachlichen Grund getragen erachte, da Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis unzulässige produktspezifische beziehungsweise widersprüchliche Vorgaben in Bezug auf die Schutzeinrichtungen enthalten hätten. Die Antragstellerin hat daraufhin ihren Antrag um einem Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung ergänzt.

Die Antragstellerin hat zuletzt beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, die am 21. Dezember 2022 vorgenommene Aufhebung des offenen Verfahrens nach EU-Bekanntmachung Nr. ### vom 12. Oktober 2022 aufzuheben,
2. die Antragsgegnerin weiter zu verpflichten, erneut in die Wertung der in dem aufgehobenen Vergabeverfahren eingegangenen Angebote einzutreten und ebenso erneut das zweite Hauptangebot der Antragstellerin, Hauptangebot Nr. 1, neu zu werten,
3. hilfsweise sonstige geeignete Maßnahmen anzuordnen, um eine Rechtsverletzung auf Seiten der Antragstellerin zu verhindern,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen und auszusprechen, dass für diese die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren erforderlich ist,
5. hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung rechtswidrig gewesen ist.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig, mindestens als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen und auszusprechen, dass für diese die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren erforderlich ist.

Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, der Antragstellerin fehle bereits die Antragsbefugnis, da ihr durch die Aufhebung kein Schaden drohe, weil der Ausschluss ihres Hauptangebots Nr. 1 rechtmäßig

erfolgt, jedenfalls aber verfristet sei. Der Nachprüfungsantrag sei zudem in der Sache unbegründet, auch ein vom Auftraggeber selbst verantworteter Aufhebungsgrund rechtfertige die Aufhebung. Gegen eine Scheinaufhebung sprächen schon die Änderungen im Leistungsverzeichnis von produktspezifisch zu produktneutral und die zusätzliche Vorgabe mindestens dreier verschiedener Hersteller.

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 9. Februar 2023 hat die Antragsgegnerin ergänzend zum Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung Stellung genommen. Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU für eine Aufhebung hätten vorgelegen, die die Änderung der Vergabeunterlagen bedingenden Umstände seien für sie nicht vorhersehbar und von ihr nicht zu verantworten gewesen.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 16. Februar 2023 den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Der Nachprüfungsantrag sei zwar mit dem Hauptantrag auf Aufhebung der Aufhebung zulässig. Eine Antragsbefugnis der Antragstellerin sei gegeben, das Schadenserfordernis des § 160 Abs. 2 GWB sei erfüllt. Ein zwingender Ausschluss des Hauptangebots Nr. 1 sei nicht festzustellen, da nach Ziffer 3.5 der Baubeschreibung auch alternative Schutzplankenprodukte hätten geliefert werden können. Die Antragstellerin sei mit der Geltendmachung ihrer diesbezüglichen Rüge vom 19. Dezember 2022 bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens am 12. Januar 2023 auch nicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB präkludiert gewesen, da diese Rüge von der Antragsgegnerin nie zurückgewiesen worden sei. Insoweit sei der Nachprüfungsantrag allerdings unbegründet, da der öffentliche Auftraggeber aufgrund seiner Dispositionsfreiheit nicht zum Zuschlag verpflichtet sei und daher auch dann vom Vergabeverfahren Abstand nehmen könne, wenn kein Aufhebungsgrund gegeben sei. Willkürlich sei die Ausschreibung nicht gewesen, weil die Vergabeunterlagen in Bezug auf die Produktvorgaben im Leistungsverzeichnis und in Ziffer 1.1.2. der Baubeschreibung einerseits und der Wahlmöglichkeit nach Ziffer 3.5. der Baubeschreibung andererseits widersprüchlich gewesen seien. Diese Widersprüche zu beseitigen, sei ein sachlicher Grund. Der Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung sei zwar statthaft, aber in Ermangelung der Darlegung eines Feststellungsinteresses unzulässig.

Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt, soweit ihr Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit zurückgewiesen worden ist. Ihr Feststellungsinteresse ergebe sich zwanglos daraus, dass ihr Hauptangebot Nr. 1 preislich auf dem ersten Rang gelegen habe und sie folglich durch die Aufhebung um ihre konkrete Beauftragung gebracht worden sei, womit Schadensersatzansprüche im Raum stünden. In einem solchen Fall läge das Feststellungsinteresse der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen derart auf der Hand, dass sich diesbezügliche Ausführungen erübrigten. Dies zumal die Vergabekammer auf das Erfordernis diesbezüglichen Vortrags nie hingewiesen habe, auch die Antragsgegnerin habe das Feststellungsinteresse nicht problematisiert. Vorsorglich stelle sie nunmehr ausdrücklich klar, dass sie sich Schadensersatzansprüche wegen der Beseitigung ihrer Zuschlagschance durch die rechtswidrige Aufhebung vorbehalte. Die Aufhebung sei rechtswidrig gewesen, weil der zur Aufhebung führende Verstoß gegen das Gebot produktneutraler Ausschreibung für die Antragsgegnerin vorhersehbar gewesen sei.

Die Antragstellerin beantragt,

auf ihre sofortige Beschwerde hin den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes - **VK 1-1/23** - vom 16. Februar 2023 im angefochtenen Umfang abzuändern und festzustellen, dass die Aufhebung der Ausschreibung der Antragsgegnerin nach EU-Bekanntmachung Nr. ### rechtswidrig gewesen ist;

der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens der sofortigen Beschwerde aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Das Feststellungsinteresse müsse dargelegt werden, zumal dieses nicht nur auf die Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen, sondern auch auf eine Wiederholungsgefahr oder ein Rehabilitationsinteresse gestützt werden könne. Es müsse klar sein, worauf sich der Antragsteller berufe.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag auch mit dem Hilfsantrag zurückgewiesen hat.

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist mit seinem beschwerdegegenständlichen Teil, der hilfsweise begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung der Ausschreibung, zulässig und begründet.

a) Der vor der Vergabekammer hilfsweise zum Antrag auf Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Aufhebung der Aufhebung des offenen Verfahrens nach EU-Bekanntmachung Nr. ### vom 12. Oktober 2022 gestellte Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.

aa) Nach der Aufhebung einer Ausschreibung ist ein Nachprüfungsverfahren insoweit statthaft, als die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Aufhebung der Aufhebung und Fortsetzung des Vergabeverfahrens begehrt wird. Dieser Antrag kann mit einem Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung verbunden werden.

Zwar ist gemäß § 160 Abs. 1 GWB der Nachprüfungsantrag grundsätzlich nur so lange der statthafte Rechtsbehelf, wie ein Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen ist (vgl. für den Zuschlag: BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, **X ZB 14/00**, **NJW 2001**, **1492/93**; OLG Bremen, Beschluss vom 4. November 2022, **2 Verg 1/22**, **BeckRS 2022**, **38741** Rn. 14). Das ergibt sich aus der Gesetzessystematik. Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz hat nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB das Ziel, eine Rechtsverletzung im noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren zu beseitigen (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, **Verg 38/16**, **BeckRS 2017**, **116312** Rn. 18). Das Nachprüfungsverfahren dient dem Schutz der unberücksichtigten Bieter und muss folglich darauf gerichtet sein, als Bieter berücksichtigt zu werden (EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, **C-275/08**, **NZBau 2010**, **63** Rn. 36). Sobald das Ziel der Beeinflussung der Auftragsvergabe nicht mehr erreicht werden kann, findet daher ein Primärrechtsschutz nicht mehr statt (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, **XIII ZB 120/19**, **NZBau 2020**, **179** Rn. 21, Senatsbeschluss vom 5. April 2006, **Verg 8/06**, **BeckRS 2006**, **7160** Rn. 27; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16. Mai 2000, **11 Verg 1/99**, **NZBau 2001**, **101**, 102).

Die Vorschrift des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ordnet allerdings nicht an, dass die Aufhebung der Ausschreibung das durch diese eingeleitete Vergabeverfahren endgültig beendet. Die Aufhebung der Ausschreibung kann ohne Zustimmung Dritter rückgängig gemacht werden, indem der Ausschreibende das Verfahren wieder aufnimmt und fortführt. Dementsprechend gehört auch eine hierauf gerichtete Anordnung zu den Maßnahmen, welche die Vergabekammer nach § 168 Abs. 1 GWB treffen kann. Durch diese Möglichkeiten unterscheidet sich die Aufhebung der Ausschreibung von der Erteilung des Zuschlags. Aus diesem Grund ist ein nach Aufhebung des Vergabeverfahrens eingereichter Nachprüfungsantrag dann zulässig, wenn der Antragsteller die Aufhebung der Ausschreibung nicht hinnehmen will und eine auf Rückgängigmachung der Aufhebung der Ausschreibung gerichtete Anordnung der Vergabekammer begehrt (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, **X ZB 43/02**, **NZBau 2003**, 293, 294; Senatsbeschluss vom 9. Juni 2021, **Verg 3/21**, BeckRS 2021, 56909 Rn. 28), weil dieses Begehren auf die Fortsetzung des Vergabeverfahrens abzielt (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4. Dezember 2013, **15 Verg 9/13**, **BeckRS 2014**, 7327; insoweit bestätigt durch BGH, Beschluss vom 20. März 2014, **X ZB 18/13**, **NZBau 2014**, 310 Rn. 17; Mehltitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 63 Rn. 76). Ein solcher Nachprüfungsantrag ist darauf gerichtet, nach Aufhebung der Aufhebung im Rahmen des dann fortgesetzten Vergabeverfahrens als Bieter doch noch berücksichtigt zu werden, womit er der Zielsetzung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes, eine Rechtsverletzung im noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren zu beseitigen, dient. Der Umstand, dass ein öffentlicher Auftraggeber ein Ausschreibungsverfahren nicht mit einem Zuschlag an einen geeigneten Bieter beenden muss, steht daher der Zulässigkeit eines erst nach Aufhebung der Ausschreibung angebrachten Nachprüfungsantrags, der sich gegen die Aufhebung wendet, jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Aufhebung der Ausschreibung nicht Ausdruck eines unabänderlichen Willens des Ausschreibenden ist (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, **X ZB 43/02**, **NZBau 2003**, 293, 294).

Mit einem auf Rückgängigmachung der Aufhebung der Ausschreibung gerichteten Hauptantrag kann ein Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung verbunden werden. Ein hilfsweise gestellter Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB beziehungsweise § 178 Satz 3 und 4 i.V.m. § 168 Abs. 2 GWB ist dann zulässig, wenn der damit verbundene Hauptantrag darauf gerichtet ist, die Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens zu erreichen (Senatsbeschluss vom 9. Juni 2021, **Verg 3/21**, BeckRS 2021, 56909 Rn. 34; OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2016, **13 Verg 5/15**, **NZBau 2016**, 385 Rn. 9; Herrmann in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 63 VgV Rn. 60). In Fällen, in denen der Antragsteller mit dem Ziel der Erlangung primären Vergaberechtsschutzes die Aufhebung des ausgeschriebenen Vergabeverfahrens zum Gegenstand einer Nachprüfung macht, ist die Vergabekammer oder das Beschwerdegericht bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses des Antragstellers auf dessen Antrag auch zur Feststellung der durch die Aufhebung eingetretenen Rechtsverletzung befugt, wenn sich herausstellt, dass trotz eines Vergabeverstößes auf Grund des dem Auftraggeber zustehenden Entscheidungsspielraums eine auf die Fortsetzung des aufgehobenen Vergabeverfahrens gerichtete Anordnung nicht ergehen kann, obwohl der Fall eines nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB zulässigen Fortsetzungsfeststellungsantrags nicht vorliegt, weil die trotz Rechtswidrigkeit wirksame Aufhebung bereits erfolgt war, bevor der Nachprüfungsantrag gestellt wurde. 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. März 2019, **13 Verg 1/19**, **BeckRS 2019**, 4741 Rn. 15). Auch der Bundesgerichtshof geht offensichtlich von der Zulässigkeit eines hilfsweise zu einem Antrag, die Aufhebungsentscheidung der Vergabestelle zu kassieren, gestellten Antrages auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung aus, da er andernfalls dessen Begründetheit nicht geprüft hätte (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, **X ZB 18/13**, **NZBau 2014**, 310 Rn. 17, Rn. 23).

bb) Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Dieses 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. Dezember 2021, **Verg 54/20**, **NZBau 2022**, **605** Rn. 26, vom 29. Januar 2014, **Verg 28/13**, **BeckRS 2014**, **4285**, vom 11. Mai 2011, **Verg 8/11**, und vom 4. Mai 2009, **Verg 68/08**, m. w. N.). Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. In geeigneten Fällen kann mit einem Feststellungsantrag auch der Gefahr einer Wiederholung begegnet werden. Es soll dadurch sichergestellt werden, dass dem Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verloren gehen (Senatsbeschlüsse vom 1. Dezember 2021, **Verg 54/20**, **NZBau 2022**, **605** Rn. 26, vom 29. Januar 2014, **Verg 28/13**, **BeckRS 2014**, **4285**, vom 11. Mai 2011, **Verg 8/11**, und vom 4. Mai 2009, **Verg 68/08**, m. w. N.). Dabei genügt für ein auf die Vorbereitung einer Schadensersatzforderung gestütztes Feststellungsinteresse die Absicht, Schadensersatzansprüche gegen den öffentlichen Auftraggeber geltend zu machen (Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. 2022, § 168 Rn. 144). Es reicht aus, dass eine Klageerhebung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist (OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Beschluss vom 26. August 2020, **VI-Kart 4/19** (V)).

(1) Vorliegend folgt das Feststellungsinteresse aus der dem Antrag von der Antragstellerin zugemessenen Funktion, Schadensersatzansprüche vorzubereiten, und zwar solche nach § 181 Satz 1 GWB oder auf Grund von culpa in contrahendo nach den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (vgl. Senatsbeschluss vom 2. Oktober 2008, **Verg 25/08**, **NZBau 2008**, **727**, 729).

Dabei kann dahinstehen, ob die Antragstellerin insoweit bereits vor der Vergabekammer hinreichend vorgetragen hatte, weil es auf der Hand lag, dass ihr im Falle einer Rechtsverletzung Schadensersatzansprüche gegen die Antragsgegnerin zustehen können und der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Vorbereitung solcher Ersatzansprüche dienen soll (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 17. Juni 2021, **13 Verg 2/21**, **NZBau 2022**, **189** Rn. 21). Die Antragstellerin hatte mit ihrem Hauptantrag die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Aufhebung der Ausschreibung und Wertung ihres preislich an erster Rangstelle liegenden Hauptangebots Nr. 1 begehrt. Dies legte es doch sehr nahe, dass ihr für den Fall der Abweisung dieses Hauptantrags gestellter Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung der Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs wegen Beseitigung dieser Zuschlagsaussicht dienen sollte.

Die Antragstellerin hat jedenfalls in der Beschwerdeinstanz klargestellt, dass sie sich Schadensersatzansprüche wegen Beseitigung ihrer Zuschlagschance auf ihr preislich an erster Rangstelle liegendes Hauptangebots Nr. 1 vorbehält, wobei sie hierzu in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage zudem bestätigt hat, dass sie dies im Sinne einer entsprechenden Absicht verstanden wissen wolle. Der Beschwerdeführer kann die Beschwerde auch mit neuem Tatsachenvortrag begründen und neuen Tatsachenvortrag selbst noch nach Ablauf der Beschwerdefrist in das Beschwerdeverfahren einführen (Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 172 Rn. 14). Ein Novenausschluss, wie ihn § 531 Abs. 2 ZPO für das zivilprozessuale Berufungsverfahren vorsieht, kennt das Vergabenaachprüfungsverfahren nicht. Zwar haben die Verfahrensbeteiligten nach § 167 Abs. 2 Satz 1 GWB an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und raschen Abschluss des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht. Hieraus folgt jedoch nicht ohne Weiteres die Präklusion des betreffenden Angriffs- oder Verteidigungsmittels. Denn das Gesetz sieht in § 167 Abs. 2 Satz 2 GWB die Möglichkeit, Sachvortrag unberücksichtigt zu lassen, nur für den Fall vor, dass die Vergabekammer dem Beteiligten für einen Vortrag eine angemessene Frist gesetzt hat und diese fruchtlos verstrichen ist (Senatsbeschluss vom 1. Dezember 2015, **Verg 20/15**, **BeckRS 2016**, **2948** Rn. 37). Ansonsten kann ein Vorbringen bei der

Entscheidung nur unberücksichtigt bleiben, wenn ein Beteiligter es unter Missachtung der Verfahrensförderungspflicht derart spät anbringt, dass den gegnerischen Verfahrensbeteiligten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf den die Entscheidung ergeht, eine Erwiderung unter zumutbaren Bedingungen nicht mehr möglich ist (Senatsbeschluss vom 1. Dezember 2015, **Verg 20/15, BeckRS 2016, 2948** Rn. 38). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

(2) Der beabsichtigten Geltendmachung der Schadensersatzansprüche steht auch nicht die Aussichtslosigkeit einer entsprechenden Klage entgegen. Es ist grundsätzlich nicht Sache der Vergabenachprüfungsinstanzen, die Erfolgsaussichten eines Schadensersatzbegehrens zu prüfen, dies obliegt dem mit der Schadensersatzklage befassten ordentlichen Gericht (Senatsbeschluss vom 2. Oktober 2008, **Verg 25/08, NZBau 2008, 727, 729**). Für die Bejahung des Feststellungsinteresses reicht es aus, dass die geltend zumachenden Schadensersatzansprüche möglich sind (Senatsbeschluss vom 7. August 2019, **Verg 9/19, NZBau 2020, 190** Rn. 17; Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, **GWB § 168** Rn. 40). Nur dann, wenn die Schadensersatzansprüche, deren Geltendmachung der Antragsteller beabsichtigt, ausgeschlossen oder völlig aussichtslos sind, vermögen diese ein Feststellungsinteresse nicht zu begründen (Senatsbeschluss vom 30. Juni 2021, **Verg 43/20**, und vom 7. August 2019, **Verg 9/19, NZBau 2020, 190** Rn. 17; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, **Verg 8/12, ZfBR 2012, 715, 718**).

Eine derartige Aussichtslosigkeit ist nicht gegeben. Das Hauptangebot Nr. 1 der Antragstellerin war jedenfalls nicht ohne Weiteres nach § 16 Nr. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A-EU wegen Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen auszuschließen. Eine andere Systeme ausschließende Forderung konkreter RAL-zertifizierten Systeme war den Vergabeunterlagen nicht, zumindest nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen.

Die Frage, welcher Erklärungswert den maßgeblichen Teilen der Vergabeunterlagen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ **133, 157** BGB) zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, **X ZB 15/13, NZBau 2014, 185** Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 18. Juli 2017, **11 Verg 7/17, BeckRS 2017, 121590** Rn. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter beziehungsweise Bewerber, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, **X ZB 15/13, NZBau 2014, 185** Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera). Kommen nach einer Auslegung mehrere Verständnismöglichkeiten in Betracht oder können Unklarheiten oder Widersprüche nicht aufgelöst werden, geht dies zulasten des öffentlichen Auftraggebers (Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2017, **Verg 19/17, NZBau 2018, 242** Rn. 42; Wirner in Willenbruch/Wieddekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, § 121 Rn. 11).

Vorliegend waren zwar nach Ziffer 1.1.1. der Baubeschreibung die Systeme Eco-Safe 2.0 und Super-Rail Eco zu montieren. In Ziffer 1.1.2. wurde hierzu ausgeführt, es erfolge nur eine Wertung von RAL-Systemen, um die Anzahl der Systemübergänge zu minimieren, im Bestand seien ausschließlich RAL-Systeme vorhanden. Auch im Leistungsverzeichnis wurde in der Position 01.00.0001. das System Eco-Safe 2.0 und in den Positionen 01.00.0002., 01.00.0003., 01.00.0004. und 01.00.0005. verschiedene Ausführungsformen des Systems Super-Rail Eco vorgegeben. Nach Ziffer 3.5 der Baubeschreibung waren jedoch Schutzplankenkonstruktionsteile gemäß dem Prüfbericht nach DIN EN 1317, TL-SP oder RAL RG 620 zu liefern, für Schutzplankenteile anderer neuer Stahlssysteme sei die Gleichwertigkeit nachzuweisen. Zudem ließ Ziffer 5 der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Abgabe mehrerer Hauptangebote zu.

Die Aussage, es seien Schutzplanken gemäß dem Prüfbericht nach DIN EN 1317, TL-SP oder RAL RG 620 zu liefern, andernfalls sei die Gleichwertigkeit der Systeme nachzuweisen, machte aber in den Augen eines verständigen Bieters nur Sinn, wenn nicht ohnehin zwingend die RAL-zertifizierten



Systeme Eco-Safe 2.0 und Super-Rail Eco zu liefern sind, da sich bei diesen die Frage der Gleichwertigkeit naturgemäß gar nicht stellt. Zudem war die Abgabe mehrerer Hauptangebote ausdrücklich zugelassen. Mehrere Hauptangebot eines Bieters haben sich nicht nur im Preis, sondern darüber hinaus in der sachlich-technischen Ausführung zu unterscheiden, ohne dass die Abweichungen die Einordnung als Nebenangebot gestatteten, wofür sie sich in dem von § 13 Abs. 2 i.V.m. § 7a VOB/A-EU gesteckten Rahmen bewegen müssen (BGH, Urteil vom 29. November 2016, **X ZR 122/14, NZBau 2017, 176** Rnrn. 12, 13). Vor diesem Hintergrund konnte ein verständiger Bieter die Vorgaben in Ziffer 1.1.1, 1.1.2 der Baubeschreibung und dem Leistungsverzeichnis einerseits und Ziffer 3.5 der Baubeschreibung andererseits auch dahingehend verstehen, dass jedenfalls neben einem Hauptangebot mit den geforderten RAL-zertifizierten Systemen weitere Hauptangebote mit andern Systemen zulässig sind, soweit diese den RAL-zertifizierten Systemen hinsichtlich ihrer technischen Spezifikationen gleichwertig sind.

Es kann daher vorliegend auch dahinstehen, ob sich ein auf das negative Interesse gerichteter möglicher Schadensersatzanspruch der Antragstellerin nach §§ **280** Abs. 1, **311** Abs. 2, **241** Abs. 2 BGB nicht schon allein daraus ergibt, dass die Antragstellerin sich nicht kostenträchtig an der Ausschreibung beteiligt hätte, wenn die Antragsgegnerin auf ihre später aufgehobene Ausschreibung vom 12. Oktober 2022 schlicht verzichtet hätte (so OLG Naumburg, Urteil vom 27. November 2014, **2 U 152/13, BeckRS 2015, 3598** Rn. 37).

b) Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Die Aufhebung der Ausschreibung ist vergaberechtswidrig erfolgt; ein Aufhebungsgrund nach § 17 VOB/A-EU lag zum Zeitpunkt der Aufhebung nicht vor (vgl. OLG München, Beschluss vom 6. Dezember 2012, **Verg 25/12, BeckRS 2012, 25589**).

aa) Soweit sich die Antragsgegnerin auf § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU berufen hat, wonach die Ausschreibung aufgehoben werden kann, wenn die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen, kann dieser Aufhebungsgrund nur auf Tatsachen gestützt werden, die erst nach Versendung der Verdingungsunterlagen eingetreten oder dem Auftraggeber bekannt geworden sind, ohne dass eine vorherige Unkenntnis auf mangelhafter Vorbereitung beruhte (OLG Köln, Urteil vom 18. Juni 2010, **19 U 98/09, BeckRS 2011, 4163** unter II.2.a; **Kapellmann/Messerschmidt/ Glahs, VOB-Kommentar, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 17 Rn. 15**; Mehlitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § **63** Rn. 36).

Dies folgt vor allem aus dem in § 2 Abs. 6 VOB/A-EU genannten Grundsatz, wonach der Auftraggeber erst dann ausschreiben soll, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann (OLG Köln, Urteil vom 18. Juni 2010, **19 U 98/09, BeckRS 2011, 4163** unter II.2.a; Hermann in Ziekow/Völlink Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § **63** Rn. 40). Die Aufhebungsgründe der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen nach § 17 VOB/A beziehungsweise § 17 VOB/A-EU können zum Schutz des von den Bietern entgegen gebrachten Vertrauens, eine realistische Chance auf den Zuschlag und auf Amortisation ihrer Aufwendungen für ein sorgfältig ausgearbeitetes Angebot zu haben, nur eingreifen, wenn sie erst nach Beginn der Ausschreibung eingetreten sind oder dem Auftraggeber vorher nicht bekannt sein konnten. Bei der Aufhebungsentscheidung ist die Heranziehung von Gründen, die dem Auftraggeber bekannt waren und/oder mit deren Vorliegen oder Eintritt er bei der Vergabeentscheidung rechnen musste, ausgeschlossen (Senatsbeschluss vom 26. Juni 2013, **Verg 2/13, ZfBR 2014, 88, 91**). Auch darf der öffentliche Auftraggeber den Aufhebungsgrund nicht selbst schuldhaft herbeigeführt haben (OLG München, Beschluss vom 6. Dezember 2012, **Verg 25/12, BeckRS 2012, 25589**; Senatsbeschluss vom 16. November 2010, **Verg 50/10, BeckRS 2011, 1602**). Die beteiligten Interessen wären nicht angemessen berücksichtigt, wenn der Verursacher von den Folgen seines eigenen Handelns freigestellt und diese den Bietern aufgebürdet würden (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, **X ZB 18/13, NZBau 2014, 310** Rn. 26).

bb) Vorliegend stützt sich der von der Antragsgegnerin angeführte Aufhebungsgrund des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU jedoch nicht auf Tatsachen, die erst nach Versendung der Verdingungsunterlagen eingetreten oder dem Auftraggeber bekannt geworden sind, ohne dass eine vorherige Unkenntnis auf mangelhafter Vorbereitung beruhte.

Schon die Nennung der konkreten Produkte Eco-Safe 2.0 und Super-Rail Eco war vielmehr schon bei Abfassung der Vergabeunterlagen erkennbar vergabefehlerhaft. So schreibt § 7 Abs. 2 VOB/A-EU dem öffentlichen Auftraggeber vor, die Leistungsbeschreibung in einer Weise zu fassen, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt. In der Leistungsbeschreibung darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind nur zulässig, wenn dieser Verweis durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (§ 7 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 VOB/A-EU) oder wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann (§ 7 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 VOB/A-EU). Dies ist nur der Fall, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls zu erweisen) sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (Senatsbeschluss vom 13. April 2016, **Verg 47/15, NZBau 2016, 656** Rn. 19 - VoIP-Telefone). Hierfür hat die Antragsgegnerin nichts vorgetragen.

Zudem hat die Antragsgegnerin mit der Fassung der Ziffer 3.5 der Baubeschreibung in Verbindung mit der expliziten Zulassung mehrerer Hauptangebote in Ziffer 5 der Aufforderung zur Angebotsabgabe selbst die Grundlagen für ein mögliches dahingehendes Bieterverständnis gelegt, dass jedenfalls neben einem Hauptangebot mit den geforderten RAL-zertifizierten Systemen weitere Hauptangebote mit andern Systemen zulässig sind, soweit diese den RAL-zertifizierten Systemen hinsichtlich ihrer technischen Spezifikationen gleichwertig sind, an dem sie sich ausweislich der Aufhebung der Ausschreibung nicht festhalten lassen will. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen unter II.2.a.bb(2) zum Fehlen eines Ausschlussgrundes nach § 16 Nr. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A-EU verwiesen werden. Ein solches - in ihren Augen - Fehlverständnis war erkennbar und hätte bei gebotener Vorbereitung vermieden werden können. Damit hat die Antragsgegnerin zugleich das ebenfalls vorhersehbare Problem geschaffen, möglicherweise Produkte nur eines Herstellers angeboten zu bekommen.

### III.

Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 1 GWB. Da die Antragstellerin mit ihrem Beschwerdeziel vollumfänglich obsiegt hat, entspricht es der Billigkeit, der Antragsgegnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sind hingegen gegeneinander aufzuheben, mit der Folge, dass die Antragstellerin und der Antragsgegner in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 92 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Amtskosten je zur Hälfte und alle Beteiligten ihre notwendigen Auslagen jeweils selbst zu tragen haben. Nach § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer sowie die notwendigen Aufwendungen des Gegners zu tragen, soweit er unterliegt. Die Antragstellerin hat vor der Vergabekammer zuletzt zwei Anträge verfolgt, wobei sie mit ihrem Hauptantrag unterlegen ist und mit ihrem Hilfsantrag in der Beschwerdeinstanz obsiegt hat. Beide Anträge hatten ein vergleichbares Gewicht.

Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts. Dabei ist grundsätzlich vom Angebot des Antragstellers auszugehen (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, **Verg 22/20**, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56).