



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Münster, den 6. Mai 2015

In dem Nachprüfungsverfahren **VK 1 - 11/15** wegen der
XX

VK 1 – 11/15

XX
XX
XX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XX
XXXXXX

gegen den

XX,
XX,
XX

Antragsgegnerin

Beigeladene

XX

Verfahrensbevollmächtigte: xxxxxxxx

hat die Vergabekammer Westfalen nach Zustimmung aller Beteiligten aufgrund der Aktenlage nach Zustimmung der Beteiligten durch die Vorsitzende Hugenroth, die hauptamtliche Beisitzerin Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Heinz Pape, Pape und Böhm GmbH, Münster am 6.Mai 2015 entschieden:

1. Der Hauptantrag auf Aufhebung der Aufhebung vom 16.4.2015 und Fortführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens wird zurückgewiesen. Die Aufhebung ist rechtswirksam.

2. Dem Hilfsantrag wird stattgegeben. Die Rechtswidrigkeit der Aufhebung der Vergabe"

XX

Schreiben vom 16.4.2015 wird festgestellt.

3. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxxx € festgesetzt.

4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

5. Die Antragstellerin trägt die Hälfte der Verfahrenskosten.

5. Die andere Hälfte der Verfahrenskosten und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung trägt der Antragsgegner. Er ist hinsichtlich der Verfahrenskosten gebührenbefreit nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG.

6. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

.

Gründe:

I. Sachverhalt:

Der Antragsgegner schrieb in einem nicht offenen Verfahren nach der EG VOB/A europaweit den xxx. Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist Los 3, das die „Schlauchwaschanlage, die Atemschutzwerkstatt und die Atemschutzübungsstrecke“ betrifft.

Ausweislich der übersandten Verdingungsunterlagen (Bl. 171 d. A.) waren als Wertungskriterien Preis, Qualität, Gestaltung, Funktionalität mit jeweils 20 % Gewicht genannt und technische Beratung und Umwelt, Energie mit jeweils 10 % benannt.

Der Antragsgegner erhielt 2 Angebote, und zwar von der Antragstellerin und der mit Beschluss vom 25.03.2015 Beigeladenen. Am 19.1.2015 führte sie Aufklärungsgespräche mit beiden Bieterinnen und passte die Positionen in den Angeboten an den tatsächlichen Bedarf an.

Ausweislich des Vermerks vom 03.03.2015 hat das Fachdezernat xxxxxxxxxxxxxxxx des Antragsgegners nach Vorstellung der Angebote durch die Bieterinnen die Angebote nach den Gesichtspunkten Qualität, Gestaltung, Funktionalität, technische Beratung

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05.2015

sowie Umwelt- und Energieverträglichkeit bewertet. Dabei kam man zu dem Ergebnis, auf die Lüftungsanlage sowie auf die Tankübungsanlage zu verzichten und über den Vergleich einzelner Aspekte der beiden Angebote Plus- und Minuswerte zu vergeben. Eine Protokollierung der Bietergespräche liegt nicht vor.

Für die Antragstellerin wurden für die Wertung xxxxxxxxxx € in die Wertung gestellt, während für die Beigeladene xxxxxxxxxx € zugrunde gelegt wurden. Bei den Zuschlagskriterien „Qualität“, „Gestaltung“ und „Funktionalität“ erzielte die Beigeladene aber höhere Punktwerte als die Antragstellerin, so dass sie damit auf dem 1. Rang lag. Der Antragsgegner informierte die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.3.2015 über dieses Ergebnis. Er teilte der Antragstellerin mit, dass sie bei dem Kriterium „Qualität“ Wertungsabzüge erhalten habe, weil in ihrem Angebot eine schwächere Nebelmaschine, eine geringere Überwachungsmöglichkeit bei der Plus-Überwachung und eine schwächere Endlosleiter angeboten worden seien. Die Wertungsabzüge beim Kriterium „Gestaltung“ ergäben sich daraus, dass kleinere Monitore angeboten wurden und beim Kriterium „Funktionalität“ seien Abzüge erfolgt, weil weniger Monitore angeboten wurden.

Die Antragstellerin rügte diese geplante Zuschlagserteilung mit Schreiben vom 13.3.2015 und verfolgt ihre Beanstandungen mit dem Nachprüfungsantrag 18.3.2015 weiter, den diese mit Schreiben vom 19.03.2015 übermittelt hat.

Nach Eingang der Akten hat die Kammer mit Beschluss vom 25.03.2015 beigeladen und durch Auszug aus dem Vergabevermerk Akteneinsicht gewährt.

Nach Hinweis der Vergabekammer auf mögliche Dokumentationslücken hat der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 26.03.2015 angeboten, in neue Aufklärungsverhandlungen einzutreten, um im Anschluss daran eine neue Prüfung und Wertung der Angebote vornehmen zu können. Darüber hinaus hat der Antragsgegner sein Einverständnis mit einer Entscheidung nach Lage der Akten mit Schreiben vom 26.03.2015 erklärt.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 1.4.2015 darauf verwiesen, dass auf eine Entscheidung in der Sache nicht verzichtet werden könne, wohl aber auf eine mündliche Verhandlung. Sie erläutert noch einmal die Mangelhaftigkeit der Wertung aus ihrer Sicht und verweist darauf, dass es nach § 15 VOB/A-EG nur um die Aufklärung der ursprünglich eingereichten Angebote und nicht um unzulässig nachträglich geänderte Angebote gehen kann.

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05.2015

Mit Schreiben vom 02.04.2015 hat die Kammer den Vorschlag unterbreitet, ohne mündliche Verhandlung eine Sachentscheidung abzusetzen, wobei dem Nachprüfungsantrag stattgegeben werde, dem Antragsgegner die Möglichkeit eingeräumt werde, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer (keine nachträglichen Änderungen an den vorliegenden Angeboten und klare Aussagen zur Gewichtung der Zustandskriterien) die Aufklärungsgespräche zu wiederholen. Die Antragstellerin hat sich mit diesem Vorschlag einverstanden erklärt.

Der Antragsgegner hat daraufhin mit Schreiben vom 16.4.2015 erklärt, dass Aufklärungsgespräche mit beiden Bietern in den Grenzen des § 15 EG VOB/A zur Herstellung einer Vergleichbarkeit ohne nachträgliche Änderung an den ursprünglichen Angeboten vorzunehmen, nicht realisierbar seien.

Er hat mit Schreiben vom gleichen Tage den Bietern des Verfahrens mitgeteilt, dass die Ausschreibung zu Los 3 gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EG aufgehoben werde und beabsichtigt sei, die Leistung mit einem neuen Leistungsverzeichnis und anderen Wertungskriterien erneut im Offenen Verfahren auszuschreiben, sobald diese Entscheidung unanfechtbar geworden ist.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass aufgrund des funktionalen Leistungsverzeichnisses nicht vergleichbare Angebote eingegangen seien. Die Angebote im Wege von Auslegung vergleichbar zu machen, überschreite den Rahmen "geringfügiger Änderungen" iSd § 15 Abs. 3 VOB/A EG. Darüber hinaus sei die Dokumentation des Bietergesprächs grob unvollständig.

Auf die Anfrage der Kammer vom 21.04.2015 zur Erledigung des Verfahrens hat der Antragsgegner mit Schreiben vom 27.4.2015 für erledigt erklärt. Die Antragstellerin hat die Aufhebung gerügt und nach Zurückweisung der Rüge der Erledigung nicht zugestimmt und mit Schreiben vom 29.4.2015 stattdessen einen Antrag auf Aufhebung der Aufhebung als rechtsmissbräuchlich, hilfsweise einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung gestellt.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung eines mündlichen Termins verzichtet.

Die Antragstellerin war zunächst der Auffassung, dass die Nachverhandlungen mit der Beigeladenen unzulässig waren, weil ausweislich der Akten nicht das ursprüngliche Angebot Gegenstand der Angebotswertung gewesen sei. Auch in einem nichtoffenen Verfahren dürften die Angebote nachträglich nicht einfach geändert werden.

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05.2015

Zudem meint die Antragstellerin, dass die schlechtere Bewertung des eigenen Angebots gegenüber dem Angebot der Beigeladenen nicht nachvollziehbar sei. Im Einzelnen hat sie dargelegt, warum die vermeintlichen Nachteile ihres Angebots die Schlechterbewertung auch nach teilweiser Korrektur auf ihre Rüge vom 13.3.2015 hin nicht tragen.

Sie hat noch einmal erläutert, dass die Abwertung im Angebot der Antragstellerin auf falschen oder unzureichenden Sachverhaltsermittlungen beruhen und sich kein Anlass ergäbe, bei der Pulsübertragung, Personensuche, Nebelmaschine oder bezüglich des 2. Rettungsweges Abzüge vorzunehmen, da nach den Abschreibungsunterlagen zu allen Punkten keine Vorgaben gemacht worden seien. Hinsichtlich der Endlosleitung verweist die Antragstellerin auf die in Deutschland übliche Einstellung von maximal 25 Meter pro Minute, die zwar anders geregelt werden könne, aber mit einer Leitergeschwindigkeit von 40 Metern pro Minute nicht mehr einsetzbar sei. Eine preisliche Nivellierung des Angebots entbehre darüber hinaus jeglicher Rechtfertigung, zumal eine Gewichtung des Preises mit lediglich 20 % vergaberechtswidrig ist. Die nachträgliche Reduzierung der Gewichtung des Preises dürfe nicht durch darüber hinaus unangemessene und hohe Punktabzüge nivelliert werden. Die Wertigkeit der Punkte sei auch bezogen auf die Abwertung der Nebelmaschine kritisch zu sehen

Nach Aufhebung hat sie diese als rechtsmissbräuchlich, mindestens aber rechtswidrig beanstandet, weil ein Rechtfertigungsgrund nach § 17 EG Abs.1 Nr.3 VOB/A nicht gegeben sei. Die Rechtsmissbräuchlichkeit ergäbe sich daraus, dass die Dokumentationsmängel durch neue Aufklärungsgespräche hätten behoben werden können und die Vergabekammer die Vergleichbarkeit der Angebote nicht beanstandet habe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Der Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Aufhebung des Vergabeverfahrens
 xxx " "

aufzuheben und das Vergabeverfahren in den Stand vor Durchführung der Aufklärungsgespräche zurückzusetzen und das Verfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
2. Hilfsweise: es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch die unzulässige Nachverhandlung mit der Beigeladenen in ihren Rechten verletzt wurde und die Aufhebung rechtswidrig erfolgt ist.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Hauptantrag zu I. sowie den Hilfsantrag zu II. zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen
3. den Antrag, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären, abzulehnen.

Er ist der Auffassung, dass aus einer Gesamtschau mehrerer, für sich allein nicht ausreichender Gründe ein schwerwiegender Grund iSd §17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vorläge, welcher zur Aufhebung der Ausschreibung berechtige.

Folgende Gründe sieht er als gegeben an.

1. Der Antragsgegner habe nicht die richtige Vergabeart ausgewählt, weil er sich im Vorfeld nicht in der Lage sah, ein präzises Leistungsverzeichnis zu erstellen.
2. das ausgewählte funktionale Leistungsverzeichnis habe die Einreichung so unterschiedlicher Angebote bewirkt, dass die Vergleichbarkeit nur unter Verstoß gegen das Nachverhandlungsgebot hergestellt werden können.
3. Die fehlende Dokumentation der Bietergespräche verstoße gegen den Transparenzgrundsatz. Es sei nicht nachweisbar, dass die Bietergespräche den gleichen Inhalt gehabt hätten.
4. Die Marginalisierung des Kriteriums "Preis" verstoße gegen die obergerichtliche Rechtsprechung.

Über die erfolgten Bietergespräche habe der Antragsgegner nunmehr seine Anforderungen an die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx weiterentwickelt. Das Verfahren könne daher nicht mehr auf der Basis des funktionalen Leistungsverzeichnisses weitergeführt werden.

Da hier ein neues, offenes Verfahren angestrebt werde, sei auch keine Scheinaufhebung anzunehmen. Im Übrigen seien im Rahmen des Bietergesprächs auch Änderungen an dem Angebot der Antragstellerin vorgesehen worden.

Die Beigeladene hat sich der Erledigung angeschlossen und auf den mündlichen Termin verzichtet, aber in der Sache keine Stellungnahme abgegeben.

Wegen der Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05.2015

II. Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise begründet. Die Antragstellerin wird durch die rechtswirksame, aber rechtswidrige Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 BGB i. V. mit § 17 EG VOB/A verletzt, da die Aufhebung zwar auf einen sachlichen Grund gestützt wird, dieser jedoch nicht zur Rechtmäßigkeit der Aufhebung im Sinne von § 17 EG Abs. 1 Nr. 2 oder 3 VOB/A führt.

Gem. § 17 EG VOB/A kann der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibung unter näher bestimmten Umständen aufheben.

Es steht damit im Entschließungsermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob er eine solche Maßnahme ergreift, wenn seiner Meinung nach ein Aufhebungsgrund vorliegt. Die Überprüfung dieser Ermessensentscheidung des öffentlichen Auftraggebers ist durch die Vergabekammer zwar grundsätzlich (BGH, Beschluss v. 18.2.2003 – X ZB 43/02), aber nur begrenzt möglich. Die Vergabekammer hat bei einer Ermessensentscheidung zu überprüfen,

ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten ist,

der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt ist,

keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind,

und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen wurde.

Der Bieter hat keinen einklagbaren Anspruch auf die Aufhebung der Aufhebung, sondern nur auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens.

Die Antragsgegnerin hat das vorgeschriebene Verfahren für die Aufhebung eingehalten.

Verfahrensrechtlich ist davon auszugehen, dass nach den EG-Vergaberichtlinien ein öffentlicher Auftraggeber ein von ihm eingeleitetes Vergabeverfahren abbrechen kann, ohne den Auftrag zu vergeben, wenn er nach Prüfung und Vergleich der Angebote feststellt, dass die Ausschreibungsbedingungen es auf Grund von Fehlern, die ihm bei seiner vorher durchgeführten Bewertung selbst unterlaufen sind, nicht zulassen, den Auftrag in einer wirtschaftlich günstigen Weise zu vergeben (EuGH vom 16.10.2003, Rechtssache 10-244/02, Vergabe R2004 592). Das gleiche muss auch gelten für Fehler, die ihm bei der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen unterlaufen sind und vorher nicht erkannt wurden. Zulässig ist dabei auch eine Teilaufhebung, wie im vorliegenden Fall, wenn der Aufhebungsgrund nur ein bestimmtes

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05 2015

Los umfasst. Die Bieterin ist von der Aufhebung der Ausschreibung unter Angabe der Gründe unverzüglich in Textform zu unterrichten. Das ist mit Schreiben vom 16.4.2015 erfolgt.

Die Antragstellerin kann nicht die Fortsetzung des Verfahrens oder die Aufhebung der Aufhebung beanspruchen, weil kein Ansatzpunkt für eine Scheinaufhebung gegeben ist. Für eine Diskriminierungsabsicht ist kein Anhaltspunkt gegeben, wenn ein Auftraggeber wie hier, beabsichtigt, den Auftragsgegenstand in einem offenen Verfahren erneut auszuschreiben, auch wenn die sog. Aufklärungsgespräche den Rahmen der zulässigen Aufklärung überschritten haben mögen.

Der Antragsgegner hat auch selbst die Fehlerhaftigkeit seines Verfahrens erkannt und im Rahmen seiner Stellungnahme vom 5.5.2015 umfassend dargestellt. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, den Vertrag nicht auf der Basis dieser Ausschreibung und der vorliegenden Angebote schließen zu wollen.

Die Aufhebung ist für den Auftraggeber jedoch nur dann ohne Konsequenzen möglich und vom Bieter entschädigungslos hinzunehmen, wenn ein Sachgrund nach § 17 EG VOB/A vorliegt.

Das ist hier nicht der Fall.

Hier stützt der Auftraggeber die Aufhebung auf die sich seiner Ansicht nach ergebende Notwendigkeit der Neufassung der Ausschreibungsunterlagen. Die Notwendigkeit dieser Neufassung begründet er zum einen mit der Wahl der falschen Vergabeart, mit der funktionalen Ausschreibungsweise, die eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht zugelassen habe und der Untergewichtung des Preises. Ferner erman-gele es an einer ausreichenden Dokumentation der Bietergespräche. Das sind hinreichende Sachgründe für eine rechtswirksame Aufhebung, jedoch nicht für eine nach den Voraussetzungen des § 17 EG VOB/A rechtmäßige.

Ein Aufhebungsgrund nach § 17 EG Abs. 1 Ziffer 2 VOB/A ist nur dann gegeben, wenn die Vergabeunterlagen zwar grundlegend geändert werden müssen, ohne dass die Gründe dafür vom öffentlichen Auftraggeber zu vertreten sind.

Wohl hat die Wahl des Nichtoffenen Verfahrens eine Einschränkung des Wettbewerbs mit sich gebracht, deren Rechtfertigung nicht aus der Akte ersichtlich ist. Die

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05.2015

fehlerhafte Wahl der Verfahrensart hat die Antragstellerin aber offensichtlich nicht daran gehindert, an dem Verfahren teilzunehmen. Insoweit wäre eine Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht festzustellen und damit keine Notwendigkeit zur Aufhebung gegeben.

Es kann dahin stehen, ob und inwieweit die vorliegende funktionale Ausschreibung, die bezogen auf das hier streitige Los sich weitgehend auf Verweise auf die relevanten DIN-Norm beschränkt, die Vergleichbarkeit der Angebote objektiv infrage stellt. Diese Frage ist von der Kammer schon deshalb nicht beanstandet worden, weil diese erst aufgrund einer ordnungsgemäßen Wertung hätte festgestellt werden können. Gerade eine solche lag nicht vor. Stattdessen haben sich die Bewertenden mit Änderungen der Angebote beschäftigt, um ein ihren Vorstellungen entsprechendes Ergebnis zu erzielen. Stützt sich eine Bewertung von Angeboten aber ausschließlich auf eine Präsentation, die so nicht wiederhol- und überprüfbar ist, sind erhöhte Ansprüche an eine Dokumentation zu stellen. Gerade die liegt aber nicht vor. Die nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln ist aber nur dort möglich, wo die getroffene Entscheidung der Vergabestelle inhaltlich richtig ist und die Vergabestelle ihre entsprechend nicht zu beanstandenden Ermessenserwägungen im Nachprüfungsverfahren lediglich ergänzt oder präzisiert und die Verzögerung des Vergabefahrens durch eine Anordnung einer Neuwertung durch die Kammer eine reine Förmerei darstellen würde (vgl. dazu VK Oberbayern vom 8.10.2013, Az.: VK 26-08/13). So liegen die Dinge hier nicht.

Vielmehr haben die gewählten Kriterien offensichtlich nicht dazu ausgereicht, die Angebote unverändert zu bewerten.

Die Unterbewertung des Preises dabei ist bereits von der Vergabestelle selbst als nicht rechtsprechungskonform erkannt worden.

Die Ausschreibung wurde mithin aufgehoben, weil der Auftraggeber zu der Überzeugung gekommen ist, dass die von ihm erstellte Leistungsbeschreibung nicht geeignet ist, vergleichbare Angebote zu bewirken.

Damit steht dem Antragsgegner zwar ein Sachgrund zur Seite, der jedoch nicht dazu führen kann, dass eine schadensersatzfreie Aufhebung der Ausschreibung zu bejahen wäre. Zwar hat der BGH in seiner Entscheidung vom 20.03.2014 (Az.: X ZB 18/13; Rdnr.20) noch einmal verdeutlicht, dass die Bieter die Aufhebung eines Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen müssen, wenn sie von einem der in

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05.2015

den einschlägigen Bestimmungen der Vergabeverordnung aufgeführten Gründe gedeckt und deswegen von vornherein rechtmäßig ist, sondern auch, wenn kein solcher anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt. Dies folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, wonach kein Auftraggeber zu zwingen ist, ein Vergabeverfahren mit Zuschlagserteilung abzuschließen. Zwar haben die Bieter einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält, nicht aber darauf, dass er den Auftrag auch erteilt.

Schadensersatzfrei ist jedoch eine Aufhebung für den Auftraggeber nur dann, wenn sie auf eine der Aufhebungsgründe nach § 17 EG VOB/A gestützt werden kann und der Aufhebungsgrund nicht vom öffentlichen Auftraggeber zu verantworten ist (BGH aaO, Rdnr. 21, 24, 25)

Ein zur Aufhebung der Ausschreibung anlassgebendes Fehlverhalten der Vergabestelle kann nach BGH (aaO Rdnr. 25) schon deshalb nicht als schwerwiegender Grund im Sinne des § 17 EG Abs. 1 VOB/A genügen, weil es die Vergabestelle andernfalls in der Hand hätte, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgehen. Dies ist nach Auffassung des BGH mit dem Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens nicht vereinbar, sodass berücksichtigungsfähig nur solche Mängel sind, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen. Diese Verursachung durch den Auftraggeber muss dazu führen, dass die Folgen seines Handelns nicht den Bietern aufgebürdet würden. In der Praxis bedeutet das, dass ein Auftraggeber, dem nicht ein schwerwiegender Grund im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 zur Seite steht, auch für die Folgen seines Handelns insoweit stehen muss, als das negative Interesse eines Bieters zu berücksichtigen ist.

Der Bieter kann (vgl. BGH aaO Rdnr. 21) die Feststellung beantragen, dass er durch das Verfahren in seinen Rechten verletzt wird. Der damit zu begründende Schadensersatzanspruch beschränkt sich in solchen Fällen allerdings regelmäßig auf die Erstattung des negativen Interesses.

Diese Voraussetzungen sind auch im vorliegenden Fall gegeben. Da die Antragsgegnerin die Mangelhaftigkeit der Leistungsbeschreibung aber selbst zu vertreten hat, stellt die Aufhebungserteilung eine Maßnahme zur Korrektur eines eigenen vergaberechtlichen Fehlers dar.

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05.2015

Wie die Vergabekammer Münster in ihrer Entscheidung vom 05.08.2014 (Az.: VK 10/14) bereits entschieden hat, ist es einer Vergabestelle grundsätzlich nicht verwehrt, eine Ausschreibung auch aus anderen sachlichen Gründen rechtswirksam aufzuheben, die nicht die Schwelle des § 17 VOL/A erreichen und auch keine Scheinaufhebung darstellen. Es steht dem öffentlichen Auftraggeber frei, eine Ausschreibung aufzuheben, wenn er einen Vertrag so nicht schließen will. Allerdings hat er dann auch die Konsequenzen zu tragen, da er auf Grund der Vorgabe der VOB/A in vorvertragliche Vertragsverhandlungen mit den Bietern getreten ist. Ein möglicher Schadensersatzanspruch ist jedoch vor den Landgerichten geltend zu machen.

III. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 und Abs. 4 GWB.

Gem. § 128 Abs. 1 sind für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwands zu erheben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Dieser wiederum ergibt sich grundsätzlich aus dem Angebot (brutto) der Antragstellerin für die gesamte Laufzeit des Vertrages.

Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von xxxxxxxxxxxx€ und eine Höchstgebühr von xxxxxxxxxxxx festgesetzt, wobei im Einzelfall bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung eine Erhöhung auf xxxxxxxxxxxx möglich ist.

Hier ist die Mindestgebühr angemessen. Sie wird gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 GWB auf die Hälfte reduziert, weil der Aufwand der Kammer durch den Verzicht auf die mündliche Verhandlung vermindert wurde.

Gemäß § 128 Abs. 1 und 3 GWB trägt die unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens.

Die Antragstellerin obsiegt lediglich mit dem Hilfsantrag, unterliegt aber mit ihrem Hauptantrag auf Fortsetzung des ursprünglichen Vergabeverfahrens, so dass sie die Hälfte der Verfahrenskosten für das Nachprüfungsverfahren zu übernehmen hat. Die andere Hälfte der Kosten wird dem Antragsgegner auferlegt, der allerdings gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG als Land von den Gebühren befreit ist.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB trägt ein im Nachprüfungsverfahren unterliegender Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05 2015

notwendigen Aufwendungen des Gegners. Vergaberechtlich gesehen ist das Nachprüfungsverfahren durch die Entscheidung des Antragsgegners, die ursprüngliche Ausschreibung aufzuheben, ausgelöst worden. Die Antragstellerin hat zwar das von ihr prozessual verfolgte Ziel nicht erreicht, aber die Entscheidung des Antragsgegners ist insgesamt für vergaberechtswidrig erklärt worden. Insofern erscheint es interessengerecht, dass der Antragsgegner die Kosten der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung auferlegt bekommt.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird wegen der Komplexität der Rechtsfragen für notwendig erklärt.

Aufwendungen der Beigeladenen sind nur erstattungsfähig, wenn sie von der Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt werden (§128 Abs. 4 S. 3 GWB).

Es entspricht billigem Ermessen, die Erstattung der außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen anzuordnen, wenn sich die unterliegende Partei ausdrücklich in einen Interessengegensatz zum Beigeladenen gestellt und dieser eigenen Anträge gestellt hat.

Eine entsprechende Anwendung der Kostenregelung der ZPO mit der Folge, dass dem im Vergabenachprüfungsverfahren unterlegenen Teil generell auch die außergerichtlichen Auslagen der nicht selbst als Antragsteller oder Beschwerdeführer beteiligten Beigeladenen auferlegt werden müssten, verbietet sich bereits deshalb, weil sie im Einzelfall das wegen der hohen Verfahrenswerte im Nachprüfungsverfahren ohnehin bereits erhebliche Kostenrisiko des Antragstellers so stark erhöhen kann, dass sich die Ingangsetzung des Nachprüfungsverfahrens aus wirtschaftlichen Gründen verbietet.

Die Beigeladene hat sich weder am Verfahren wesentlich beteiligt noch eigene Anträge gestellt.

IV. Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

VK 1- 11/15

Beschluss vom 6.05 2015

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

gez. Hugenroth

gez. Trottenburg