



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 12/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „[...], Laboreinrichtung“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Blöcker nach Lage der Akten am 25. März 2020 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Antragsgegnerin an die Beigeladene am 18. Dezember 2019 vergebenen Aufträge über Laboreinrichtung ([...]) von Anfang an unwirksam sind.

2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sind zu einem Zehntel von der Antragstellerin und zu neun Zehnteln von der Antragsgegnerin zu tragen. Die Antragsgegnerin hat neun Zehntel der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen, die Antragstellerin hat ein Zehntel der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] 2019 ein europaweites offenes Verfahren zur Beschaffung von Laboreinrichtung im Rahmen des Neubaus [...] eines Laborgebäudes am Standort der Ag in der [...] nach der EU VOB/A bekannt (EU-ABl. [...]).

Nachdem die Angebotsfrist aufgrund der Frage eines Bieters, die ausgeschriebenen Ausführungstermine könnten von keinem Anbieter realisiert werden, auf den 29. März 2019, 10.30 Uhr, verlängert, die Bindefrist verschoben (s. EU-Berichtigungsbekanntmachung vom [...] 2019) und die Ausführungsfristen auf den 23. September bis zum 8. November 2019 festgelegt worden waren (s. „Nachversand 3“ der Ag), gaben die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) Angebote ab. Laut Submissionsprotokoll vom 29. März 2019 hatte die Bg den niedrigsten Angebotspreis angeboten (das einzige Wertungskriterium war der Preis); kein Bieter hatte Nebenangebote abgegeben. Die Bg bot in ihrem Angebotsbegleitschreiben vom 22. März 2019 in zwei Positionen des Leistungsverzeichnisses ein anderes Material als von der Ag gefordert an. Nach mehreren Aufklärungsschreiben und einem Telefonat des von der Ag für die Angebotswertung eingeschalteten Ingenieurbüros mit der Bg im April und Mai 2019, in denen die Bg darauf hingewiesen wurde, dass ihr Angebot in den beiden Leistungspositionen unzulässigerweise nicht dem Leistungsverzeichnis entspreche, nannte die Bg am 16. Mai 2019 ihre Mehrpreise für die „Anpassungen“ ihres Angebots in beiden Positionen.

Die Bindefrist der Angebote lief am [...] Mai 2019 ab. Am 17. Juni 2019 bat die Ag die ASt und die Bg um Verlängerung der Bindefrist. Die ASt stimmte der Verlängerung der Bindefrist am 24. Juni 2019 mit der Bemerkung zu:

„Bitte beachten Sie, dass wir die Zustimmung nur erteilen können, sofern neue Ausführungstermine einvernehmlich abgestimmt werden. Die in der Ausschreibung benannten Ausführungstermine können keinen Bestand mehr haben.“

Die Bg wies in ihrem entsprechenden Schreiben ebenfalls darauf hin, dass sich Beginn und Vollendung der angebotenen Leistung „nach gemeinsamer Vereinbarung“ richteten.

Mit Benachrichtigungsschreiben gemäß § 19 EU VOB/A vom 25. Juni 2019 schloss die Ag das Angebot der Bg aus, weil es in mehreren Positionen vom Leistungsverzeichnis abgewichen sei. Hierbei handelte es sich u.a. um die beiden Leistungspositionen, die bereits Gegenstand des Aufklärungsersuchens der Ag gewesen waren. Der ASt teilte die Ag am selben Tag mit, dass sie deren Angebot annehmen wolle.

Am 4. Juli 2019 schickte die Ag der ASt Auftragsschreiben (es handelte sich um zwei Schreiben, weil der Auftrag in zwei Projekte unterteilt worden war). Die Montageleistungen sollten hiernach vom 4. November bis zum 20. Dezember 2019 ausgeführt werden. Die ASt sandte der Ag das unterschriebene Auftragsschreiben zurück, strich jedoch die hierin genannten Ausführungszeiten durch und verwies in einem Begleitschreiben darauf, dass sie einer Verlängerung der Bindefrist nur unter der Bedingung zugestimmt habe, dass neue Ausführungstermine vereinbart würden. Die ASt schlug vor, die Montageleistungen „ca.“ in der KW 20-31 auszuführen (also zwischen Mitte Mai und Anfang August 2020). Am 8. August 2019 teilte die Ag der ASt schriftlich mit, dass ihrer Auffassung nach die Aufträge nicht gültig erteilt worden seien. Sie bat die ASt um entsprechende Bestätigung dieser Auffassung und dass diese keine Ersatzansprüche gegen die Ag geltend machen werde. Die so formulierte Bestätigung der ASt erfolgte am 12. August 2019.

Am 24. September 2019 fragte die ASt bei der Ag schriftlich an, ob ihr der Auftrag erteilt werden solle oder wie das Verfahren weitergeführt werde. Die Ag antwortete der ASt hierauf, dass sie noch „in der Findungsphase“ sei.

Am 13. September 2019 gab die Bg (unter Bezugnahme auf ein – nicht in den Vergabeakten befindliches – „Nachtragsangebot“ vom 7. August 2019) ein Haupt- sowie ein in zwei Leistungspositionen davon abweichendes Nebenangebot ab.

Laut Vergabevorschlag des von der Ag hinzugezogenen Ingenieurbüros vom 26. September 2019 sollte der Zuschlag auf das Nebenangebot der Bg vom 13. September 2019 ergehen, weil es das wirtschaftlichere sei; ihre anschließende Vergabeentscheidung stützte die Ag auf diesen Vergabevorschlag (s. Vergabevermerk der Ag vom 13. Dezember 2019). Am 18. Dezember 2019 erteilte die Ag der Bg den Auftrag „auf der Grundlage Ihres Angebots vom 28.03.2019“, für Beginn und Vollendung der Montageleistungen wurde in den Auftragsschreiben ein Zeitraum von mehreren Monaten im Jahr 2020 genannt (es handelte sich um zwei Schreiben, weil der Auftrag in zwei Projekte unterteilt worden war, die beiden Vergabenummern lauten [...] und [...]). Der in den Auftragsschreiben genannte Preis entspricht dem des Nebenangebots der Bg vom 13. September 2019.

Als sich die ASt am 10. Januar 2020 bei der Ag über den Fortgang des Vergabeverfahrens erkundigte und wann ihr der Auftrag erteilt werde, antwortete die Ag, dass keine Auftragserteilung an die ASt erfolgen werde.

Der Rüge der ASt vom 27. Januar 2020, dass ihr nicht der Auftrag erteilt werde und die Form der entsprechenden Mitteilung der Ag an sie fehlerhaft sei, half die Ag nicht ab. Die Ag teilte der ASt am 7. Februar 2020 mit, dass sie „das Verfahren zurückversetzt“ und den Auftrag „inzwischen vergeben“ habe; sie habe die Ablehnung des Auftrags und den Verzicht auf Ersatzforderungen als einen Rückzug des Angebots und damit ein Ausscheiden der ASt aus dem Verfahren gewertet.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21. Februar 2020 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 25. Februar 2020 an die Ag übermittelt.
 - a) Die ASt meint, die Auftragserteilung sei gemäß § 135 Abs. 1 GWB unwirksam erfolgt. Die Ag habe gegen § 134 GWB verstoßen, weil sie die ASt über die beabsichtigte Auftragsvergabe hätte informieren müssen. Darüber hinaus habe die Ag den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben. Denn das Vergabeverfahren habe nicht zurückversetzt werden können, weil es durch den wirksamen Zuschlag an die

ASt am 4. Juli 2019 beendet gewesen sei. Das Angebot der ASt, dessen Bindefrist sie am 24. Juni 2019 unter der Bedingung verlängert habe, neue Ausführungstermine einvernehmlich abstimmen zu müssen, habe die Ag mit ihrem Benachrichtigungsschreiben nach § 19 EU VOB/A vom 25. Juni 2019, das der ASt der Zuschlag erteilt werden solle, angenommen. Nachdem die Ag und die ASt den geschlossenen Vertrag einvernehmlich aufgehoben hätten, hätte die Ag ein neues Vergabeverfahren einleiten müssen.

Die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens sei ohnehin nicht zulässig gewesen, weil kein sachlicher Grund dafür erkennbar sei, dass die Fortsetzung dieses Verfahrens ohne die ASt erfolgen durfte. Demgegenüber habe die Ag es der Bg gestattet, ihr Angebot, das zunächst wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen worden war, im Wege freier Verhandlungen nachträglich zu korrigieren. Die Ag habe bei der Auftragserteilung an die Bg im Dezember 2019 auch nicht davon ausgehen können, dass die ASt kein Interesse mehr an dem zu vergebenden Auftrag gehabt habe, denn die ASt habe sich noch am 24. September 2019 nach der Fortsetzung des Vergabeverfahrens erkundigt. Das Vorgehen der Ag sei nicht nur willkürlich, sondern zudem intransparent, denn eine etwaige Entscheidung über eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens oder einen Ausschluss der ASt aus dem Verfahren habe die Ag in der Vergabeakte nicht dokumentiert.

Die ASt meint, die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten sei für die Ag nicht erforderlich. Wie sich aus der Vergabeakte ergebe, habe die Ag die Angelegenheit durch eine eigene Organisationseinheit geprüft.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Es wird festgestellt, dass der von der Ag abgeschlossene Vertrag über die Beschaffung von Laboreinrichtung für das Gebäude [...] unwirksam ist;
2. dass die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um die festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen, insbesondere dass die Vergabekammer der Ag bei fortbestehender Vergabeabsicht aufgibt, den Auftrag erneut auszuschreiben;
3. hilfsweise,
für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens ohne Zuschlagserteilung festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat;
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;

5. der ASt den Verwaltungsvorgang der Ag zum Zwecke der Akteneinsichtnahme in ihren Büroräumen zur Verfügung zu stellen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird für notwendig erklärt.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Indem die ASt die Annahme der Aufträge der Ag vom 4. Juli 2019 abgelehnt und die Ag ihrerseits die von der ASt alternativ angebotene Ausführung rund sechs Monate später nicht angenommen habe, habe die ASt selbst bekundet, dass sie nicht bereit und in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen innerhalb der vorgegeben Ausführungsfristen zu erbringen. Die Ag sei daher davon ausgegangen, dass die ASt kein Interesse an dem zu vergebenden Auftrag habe und nicht leistungsfähig sei und aus diesem Grund nicht an dem zurückversetzten Vergabeverfahren beteiligt werden müsse. Die Bg, die das günstigste Angebot abgegeben hatte, sei damit das einzige Unternehmen gewesen, das für die Ausführung dieses Auftrags in Betracht gekommen sei.

In rechtlicher Hinsicht vertritt die Ag die Auffassung, dass es sich bei ihrem Auftragsschreiben an die ASt vom 4. Juli 2019 um ein neues Angebot i.S.d. § 150 Abs. 1 BGB gehandelt habe, weil hierin neue Ausführungsfristen festgelegt worden seien. Damit ein Vertrag zustande komme, hätte die ASt dieses Angebot der Ag unverändert annehmen müssen. Die von der ASt anschließend vorgeschlagenen, davon abweichenden Ausführungstermine stellten ein neues Angebot der ASt i.S.d. § 150 Abs. 1 BGB dar, das ihrerseits die Ag abgelehnt habe. Da es sich bei den Ausführungsfristen um wesentliche Bestandteile des Vertrags (*essentialia negotii*) handele, über die sich die Ag und die ASt bis zuletzt nicht geeinigt hätten, sei zwischen ihnen kein Vertrag zustande gekommen. Unter Vorlage einer – nicht in der Vergabeakte befindlichen – E-Mail der ASt an die Ag vom 6. August 2019 trägt die Ag vor, dass die ASt die erste gewesen sei, die sich darauf berufen habe, dass ihr kein Auftrag erteilt worden sei.

Die Ag trägt weiter vor, dass sich die vermeintlichen Vergabeverstöße nicht zu Lasten der ASt ausgewirkt hätten, weil deren Angebot ohnehin nicht mehr für den Zuschlag in Betracht gekommen sei. Denn dadurch dass die ASt die Annahme der von der Ag gemäß § 150 Abs. 1 BGB angebotenen Aufträge über einen Monat hinweg mehrfach abgelehnt habe, habe sie deutlich gemacht, dass sie kein Interesse an dem zu vergebenden Auftrag mehr habe. Die ASt müsse sich an ihrer eindeutigen Willensäußerung festhalten lassen, ihre davon abweichenden Bekundungen im Nachhinein seien unbeachtlich. Das Angebot der ASt habe daher im Vergabeverfahren nicht mehr für den Zuschlag zur Verfügung gestanden und die ASt habe ihren Bieterstatus i.S.d. § 134 GWB verloren. Aus demselben Grund habe die ASt nicht mehr an dem zurückversetzten und im August 2019 fortgesetzten Vergabeverfahren beteiligt werden müssen.

Auf Frage der Vergabekammer führt die Ag aus, dass es zwischen dem Leistungsverzeichnis, das dem der Bg am 18. Dezember 2019 erteilten Auftrag zugrundeliege, und dem Leistungsverzeichnis, auf dem die zum 29. März 2019 abgegebenen Angebote beruhten, nur unwesentliche Unterschiede bestünden. Diese Änderungen seien nicht zu beanstanden, da auszuschließen sei, dass sie die Zusammensetzung des ursprünglichen Bieterkreises beeinflussen konnten; Wesen und Umfang des ausgeschriebenen Vertrags seien hiervon unberührt geblieben.

Ebenfalls auf eine Frage der Vergabekammer hin trägt die Ag vor, dass die Gründe, aus denen das Angebot der Bg am 25. Juni 2019 von ihr ausgeschlossen worden war, bei dem am 18. Dezember 2019 bezuschlagten Angebot der Bg vom 13. September 2019 nicht mehr vorgelegen hätten, weil dieses Angebot der Bg den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprochen habe.

Zur Notwendigkeit der Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten trägt die Ag vor, dass die Rechtsabteilung der Ag weder über die Kapazitäten noch über die forensischen Kenntnisse und Erfahrungen verfüge, die angesichts der sich hier stellenden komplexen und spezifisch vergaberechtlichen Rechtsfragen für eine sachgerechte und die Waffengleichheit sichernde Vertretung in einem Vergabenachprüfungsverfahren erforderlich seien.

- c) Durch Beschluss vom 28. Februar 2020 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg hat keine Stellungnahme abgegeben.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

Nachdem alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, ergeht die Entscheidung nach Lage der Akten (§ 166 Abs. 1 Satz 3, 1. Alt. GWB).

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft und zulässig (dazu unter 1.). Außerdem ist er überwiegend auch begründet, weil der an die Bg vergebene Auftrag unwirksam ist. Die Vergabekammer stellt daher die Unwirksamkeit dieses Auftrags fest; soweit die ASt jedoch beantragt, die Vergabekammer solle weitere geeignete Maßnahmen treffen, um die festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen, insbesondere dass die Vergabekammer der Ag bei fortbestehender Vergabeabsicht aufgeben möge, den Auftrag erneut auszuschreiben, ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen (dazu unter 2.). Über den Hilfsantrag der ASt ist nicht zu entscheiden, weil die Bedingung, unter der dieser gestellt wurde, nicht eingetreten ist (dazu unter 3.).

1. Die Voraussetzungen an die Zulässigkeit (dazu unter a)) und Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags (dazu unter b)) sind vorliegend erfüllt.

- a) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- aa) Insbesondere ist die ASt entgegen der Auffassung der Ag, die das hierzu u.a. erforderliche Auftragsinteresse der ASt verneint, antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB),

auch wenn ihr Angebot durch Ablauf der Bindefrist am 28. Mai 2019 erloschen ist. Zunächst demonstriert ein Bieter bereits regelmäßig durch die Abgabe eines Angebots hinreichend sein Interesse am ausgeschriebenen Auftrag. Doch auf wenn er nach Ablauf der Bindefrist gemäß §§ 146, 148 BGB nicht mehr an sein Angebot gebunden ist, spricht dies nicht per se dafür, dass gleichzeitig sein Auftragsinteresse weggefallen ist, weil ein dennoch erteilter Zuschlag immer noch zum Vertragsschluss führen kann. Der Ablauf der Bindefrist und das damit verbundene Erlöschen des Angebots ist vergaberechtlich nämlich so zu bewerten, dass der Auftraggeber in diesem Fall durch sein Zuschlagsschreiben ein neues Angebot für einen Vertragsschluss abgibt (§ 150 BGB), das der betreffende Bieter annehmen oder ablehnen kann, so dass der ausgeschriebene Vertrag ggf. geschlossen wird (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 30. Januar 2020, 13 Verg 14/19 m.z.N.; OLG Dresden, Beschluss vom 12. Oktober 2016, 16 U 91/16). Dies wird auch aus § 18 EU Abs. 2 VOB/A deutlich, wonach (u.a.) die verspätete, also erst nach Ablauf der Bindefrist erfolgende, Zuschlagserteilung nicht ohne Weiteres zum Vertragsschluss führt, sondern der betreffenden Bieter zusätzlich erst noch seine „Annahme“ erklären muss. Auch im vorliegenden Fall lässt sich aus dem Verhalten und den Äußerungen der ASt nicht schließen, dass ihr Auftragsinteresse weggefallen ist. Die Bedingung, unter der die ASt die Bindefrist ihres Angebots am 24. Juni 2019 verlängert hat, die konkreten Ausführungstermine erst noch abstimmen zu müssen, zeigt nicht das fehlende Interesse der ASt am Auftrag, sondern stellt lediglich den Verweis auf die gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) VOB/B auch ohne einen solchen vorherigen Vorbehalt bestehende Möglichkeit dar, die vertraglichen Ausführungsfristen nach Vertragsschluss anpassen zu können (vgl. BGH, Urteile vom 22. Juli 2010, VII ZR 213/08; und vom 11. Mai 2009, VII ZR 11/08). Eine Abstandnahme vom eigenen Angebot und damit der Wegfall des Interesses an der späteren Auftragserteilung hierauf ist darin jedoch nicht zu sehen. Bei der Auslegung solcher Willenserklärungen im laufenden Vergabeverfahren ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Beteiligten ein Interesse am vergaberechtskonformen Zustandekommen des Vertrags, nicht jedoch am Ausschluss eines Angebots oder anderen verfahrensbeendenden Maßnahmen haben, jedenfalls solange nicht ausdrücklich und eindeutig etwas anderes gesagt wird (vgl. BGH, Urteile vom 22. Juli 2010 und vom 11. Mai 2009, jeweils a.a.O.). Auch auf das Auftragschreiben der Ag vom 4. Juli 2019 hat die ASt zwar so reagiert, dass sie die darin genannten Ausführungstermine gestrichen und nicht akzeptiert hat. Allerdings hat die ASt das Auftragschreiben unterschrieben und so das grundsätzliche Fortbestehen ihres

Auftragsinteresses dokumentiert. Das Streichen der von der Ag vorgesehenen Termine ist vor diesem Hintergrund nichts anderes als ein weiterer Hinweis auf ihre Rechte nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) VOB/B. In ihrer E-Mail vom 6. August 2019 hat die ASt die Ag zwar tatsächlich ihrerseits um Bestätigung gebeten, dass bisher kein Auftrag erteilt worden sei. Gleichzeitig hat die ASt in dieser E-Mail jedoch darauf verwiesen, dass auf die von ihr im Juli 2019 angebotenen neuen Ausführungsfristen noch keine Reaktion der Ag erfolgt sei. Auch hier zeigt die ASt also, dass sie weiterhin eine Einigung mit der Ag und eine Auftragserteilung an sich anstrebt, auch wenn sie die konkreten Ausführungstermine weiterhin für abstimmungsbedürftig hält. Am 12. August 2019 hat die ASt bestätigt, dass trotz des Auftragsschreibens vom Juli 2019 kein gültiger Auftrag zustande gekommen sei, und auf Ersatzforderungen gegen die Ag verzichtet. Dass sie den Auftrag unter keinen Umständen mehr wollte und ihr Angebot zurückziehen wollte, ist jedoch auch hieraus nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit zu entnehmen. Im Gegenteil hat die ASt ihr Auftragsinteresse in ihren Schreiben vom 24. September 2019 und vom 10. Januar 2020 noch einmal ausdrücklich bekräftigt, indem sie sich nach dem Fortgang des Vergabeverfahrens sowie sogar danach erkundigte, ob ihr der Auftrag erteilt werden solle. Die ASt wollte also nicht nur weiterhin am Vergabeverfahren der Ag teilnehmen, sondern ging darüber hinaus davon aus, dass ihr der Zuschlag zu erteilen sei. Schließlich wird das Auftragsinteresse der ASt durch ihre Rüge vom 27. Januar 2020 und ihren Nachprüfungsantrag belegt (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 30. Januar 2020, 13 Verg 14/19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2016, VII-Verg 41/15 m.z.N.). Weitere Willensäußerungen der ASt sind aus der Vergabeakte nicht ersichtlich, insbesondere – über die o.g. Erklärungen der ASt hinaus – nicht, dass (so aber die Ag) die ASt die von der Ag angebotenen Aufträge über einen Monat hinweg mehrfach abgelehnt habe.

Nach ihrem Vortrag droht der ASt auch ein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB (im Sinne einer Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen) zu entstehen, weil sie durch die Vorgehensweise der Ag den Auftrag nicht mehr erlangen kann. Ein Schaden droht der ASt ebenfalls, soweit sie einen Verstoß gegen § 134 GWB geltend gemacht. Denn da sie mangels vorheriger Information die Zuschlagserteilung an die Bg nicht vorab zumindest durch ein Nachprüfungsverfahren verhindern konnte, wirkt sich die fehlende Vorabinformation nachteilig auf die Zuschlagschancen der ASt aus (vgl. zum umgekehrten Fall: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017, VII-Verg 9/17 m.w.N.)

Dafür, dass die Antragsbefugnis der ASt generell an ihrer mangelnden Leistungsfähigkeit scheitern könnte, so einen Auftrag auszuführen, ist nichts ersichtlich. Abgesehen von dem Verweis auf die o.g. Willenserklärungen der ASt, die die fehlende Eignung der ASt nicht belegen, hat auch die Ag hierzu nichts weiter vorgetragen,

bb) Schließlich hat die ASt auch ihre Rügeobliegenheiten nicht verletzt. Soweit die ASt einen Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB geltend macht, ist eine Rüge gemäß § 160 Abs. 3 S. 2 GWB ohnehin nicht erforderlich. Den Verstoß gegen die Vorabinformationspflicht gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 134 GWB hat die ASt bereits am 27. Januar 2020 gerügt als sie noch gar nicht konkret wusste, dass der Auftrag bereits vergeben wurde, ohne sie vorab zu informieren. Eine Wiederholung dieser Rüge als die ASt aufgrund der Mitteilung der Ag vom 7. Februar 2020 Gewissheit hatte, dass der Auftrag tatsächlich bereits ohne Vorabinformation erteilt worden war, versprach angesichts des bisherigen Verhaltens der Ag gegenüber der ASt keinen weiteren Erfolg und war daher entbehrlich.

b) Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft, dem steht trotz § 168 Abs. 2 S. 1 GWB auch nicht der der Bg bereits erteilte Zuschlag entgegen. Der entsprechende Auftrag ist nämlich von Anfang an unwirksam, weil die Ag den Auftrag an die Bg ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben hat, ohne dass ihr dies aufgrund Gesetzes gestattet war (dazu unter aa) und bb)). Darüber hinaus hat die Ag gegen § 134 GWB verstoßen, weil sie die ASt nicht vor der Zuschlagserteilung an die Bg informiert hat, der an die Bg vergebene Auftrag ist daher ebenfalls gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam (dazu unter cc)). Die weiteren besonderen Voraussetzungen eines solchen Feststellungsverfahrens sind hier ebenfalls erfüllt (dazu unter dd)).

aa) Die Ag hat den verfahrensgegenständlichen Auftrag am [...] Dezember 2019 an die Bg vergeben, ohne diesen vorher im Amtsblatt der EU bekannt zu machen.

Zwar gab es am [...] (berichtigt am [...]) 2019 eine EU-Bekanntmachung über die Beschaffung von Laboreinrichtung durch die Ag. Das damals bekannt gemachte Verfahren liegt jedoch der Auftragserteilung an die Bg am [...] Dezember 2019 nicht mehr zugrunde, und zwar erstens, weil der erteilte Auftrag in mehreren Punkten nicht

den bekannt gemachten Anforderungen entspricht (dazu unter (1)), und zweitens, weil das bekannt gemachte Verfahren bereits im August 2019 mangels wertbarer Angebote nicht mehr durch eine Zuschlagserteilung beendet werden konnte (dazu unter (2)) (so im Ergebnis auch OLG Dresden, Beschluss vom 12. Oktober 2016, 16 U 91/16; dass die EU-Bekanntmachung nicht den später erteilten Auftrag deckt, übersieht das OLG Celle in seinem Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19).

(1) Der an die Bg erteilte Auftrag beruht in mehrfacher Hinsicht nicht auf den bekannt gemachten Anforderungen, also nicht auf der EU-Bekanntmachung aus dem Frühjahr 2019. So ist die Bindefrist, die in Ziffer IV.2.6 der EU-Bekanntmachung (in der Fassung der Berichtigungsbekanntmachung vom [...] 2019) angegeben worden war, am [...] Mai 2019 abgelaufen, ohne dass diese Frist vorher verlängert wurde. Ferner wurde – anders als im Auftragschreiben vom [...] Dezember 2019 angegeben – ausweislich des Vergabevermerks der Ag vom [...] Dezember 2019 i.V.m. dem darin angenommenen Vorschlag des hinzugezogenen Ingenieurbüros vom 26. September 2019 kein Angebot der Bg bezuschlagt, das innerhalb der in Ziffer IV.2.2 der EU-Bekanntmachung genannten Angebotsfrist (bis [...] März 2019, 10.30 Uhr) eingegangen ist, sondern das Nebenangebot der Bg vom 13. September 2019 (dem entspricht ebenfalls der im Auftragschreiben genannte Preis). Des Weiteren hat die Ag den Auftrag an die Bg nicht – wie unter Ziffer IV.1.1 bekannt gemacht – in einem offenen Verfahren vergeben, sondern mit der Bg zahlreiche Gespräche geführt, in denen die Ausführungstermine angepasst, Leistungspositionen inhaltlich geändert und der Bg Gelegenheit gegeben worden ist, ihr Angebot, das in mehreren Positionen von den Vergabeunterlagen abwich, nach Ablauf der Angebotsfrist so abzuändern, dass es dann den ausgeschriebenen Vorgaben entsprach. Dass letzteres in ihrem ursprünglichen, fristgerecht eingegangenen Angebot nicht der Fall war, ergibt sich aus einem Vergleich des Leistungsverzeichnisses mit dem Angebotsbegleitschreiben der Bg vom 22. März 2019, in dem die Bg darauf verwies, in zwei Leistungspositionen andere Materialien als vorgegeben zu verwenden; darüber hinaus hat die Bg selbst eingeräumt, zunächst nicht die ausgeschriebenen Materialien angeboten zu haben, indem sie im Rahmen der „Aufklärungsgespräche“ mit der Ag im Mai 2019 die über ihren Angebotspreis hinaus anfallenden Mehrkosten angegeben hat, wenn sie Materialien i.S.d. Leistungsverzeichnisses verwenden würde. Solche Nachverhandlungen zwischen Auftraggeber und Bieter sind in einem offenen Verfahren nicht erlaubt;

hierbei kommt es auf die inhaltliche Bedeutung oder Wesentlichkeit der nachverhandelten Aspekte nicht an, wie die einschlägige Regelung des § 15 EU Abs. 3 VOB/A zeigt. Abgesehen davon sind Nachverhandlungen, die – wie hier – zu einer inhaltlichen Nachbesserung eines Angebots führen, das wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen wäre, in einem offenen Verfahren auf jeden Fall als wesentlich zu bewerten. Dies gebieten nicht zuletzt der hierin liegende erhebliche Verstoß gegen den vergaberechtliche Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz sowie das Diskriminierungsverbot (§ 97 Abs. 1, 2 GWB). Die Vorgehensweise der Ag entsprach also nicht dem in der EU-Bekanntmachung genannten Verfahren.

- (2) Das Anfang 2019 als offenes Verfahren bekanntgemachte Vergabeverfahren konnte außerdem nicht mehr durch einen Zuschlag abgeschlossen werden, weil es kein wertbares und damit zuschlagsfähiges Angebot gab. Die einzigen beiden Angebote der ASt und der Bg waren bereits durch Ablauf der Bindefrist am [...] Mai 2019 gemäß §§ 146, 148 BGB erloschen (s.o. unter 1a)aa)). Das Angebot der Bg war darüber hinaus gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen zwingend auszuschließen (und ist von der Ag laut ihrem Vergabevermerk vom 24. Juni 2019 und dem Benachrichtigungsschreiben an die Bg vom 25. Juni 2019 gemäß § 19 EU VOB/A auch ausgeschlossen worden). Das (abgesehen vom Ablauf der Bindefrist) im Übrigen wertbare Angebot der ASt hätte die Ag zwar noch bezuschlagen können. Dazu hätte die ASt jedoch das im „Auftragsschreiben“ vom 4. Juli 2019 gemäß § 150 BGB zu sehende Vertragsangebot der Ag unverändert annehmen müssen (s. hierzu bereits oben unter 1a)aa)), insbesondere OLG Dresden, Beschluss vom 12. Oktober 2016, 16 U 91/16). Dies ist jedoch nicht geschehen, die ASt war mit den von der Ag darin genannten Ausführungsterminen nicht einverstanden, sondern hat ihrerseits neue Termine vorgeschlagen. Bei diesem Änderungsvorschlag der ASt handelt es sich gemäß § 150 Abs. 2 BGB um die Ablehnung des Angebots der Ag, die mit einem neuen Vertragsangebot der ASt verbunden ist (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 30. Januar 2020, 13 Verg 14/19). Dieses neue Angebot der ASt hat wiederum die Ag nicht angenommen. Das Angebot der ASt ist mithin wegen Ablaufs der Bindefrist gemäß §§ 146, 148 BGB erloschen und damit nicht mehr zuschlagsfähig.

- bb) Die zweite Voraussetzung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für die Feststellung der Unwirksamkeit eines Auftrags ist ebenfalls erfüllt, denn der Ag war es nicht aufgrund Gesetzes gestattet, von einer Bekanntmachung des an die Bg vergebenen Auftrags im Amtsblatt der EU abzusehen. Dies wäre gemäß § 12 EU Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/A nur bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb möglich; ein solches Verfahren durfte die Ag jedoch hier nicht durchführen.

Hierbei kommt es nicht darauf an, ob auf die Regelungen der EU-VOB/A 2016 (wegen der Bekanntmachung des vorangegangenen offenen Verfahrens im Frühjahr 2019) abzustellen ist, oder (wegen der alleinigen Einbeziehung der Bg ab August 2019 als Beginn eines neuen Verfahrens) auf die Fassung der EU-VOB/A, die seit dem 18. Juli 2019 anzuwenden ist. Denn die entscheidungserheblichen Vorschriften wurden nicht geändert.

Die Voraussetzungen der aufgrund des unstreitigen Sachverhalts und des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten allein in Frage kommenden Tatbestände der § 3a EU Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 1 und 2 VOB/A liegen hier nicht vor. § 3a EU Abs. 3 Nr. 1 VOB/A ist bereits deshalb nicht einschlägig, weil die Ag in ihr weiteres Vorgehen nicht alle Bieter aus dem vorausgegangenen offenen Verfahren einbezogen hat, die geeignet und nicht nach § 6e EU VOB/A ausgeschlossen waren. Denn zu diesen Bietern hätte nicht nur die Bg, sondern auch die ASt gezählt. Auch § 3a EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A vermag das Vorgehen der Ag nicht zu rechtfertigen. Denn nach dieser Vorschrift ist ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb u.a. nur dann zulässig, wenn die ursprünglichen Vertragsunterlagen nicht grundlegend geändert werden. Dies ist hier allein schon deshalb nicht der Fall, weil die Ag die gemäß § 8a EU Abs. 4 Nr. 1d), § 9 EU VOB/A 2009 in die Vertragsunterlagen aufzunehmenden Ausführungsfristen erheblich, nämlich inzwischen bis mehrere Monate ins Jahr 2020 hineinreichend, abgeändert hat – ein Sachverhalt, der nicht nur aufgrund seiner grundsätzlichen Auswirkungen auf andere essentialia eines Vertrags wie die Preise (z.B. wegen geänderter Kosten ausführungsnöwendiger Vorleistungen und Materialien, so auch BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, VII ZR 213/08) eine „grundlegende“ Änderung der ursprünglichen Vertragsunterlagen im o.g. Sinne darstellt, sondern gerade auch im vorliegenden Fall sowohl für die ASt als auch für die Bg die Bedingung dafür war, unter der sie die Bindefrist im Juni 2019 überhaupt verlängert hatten.

- cc) Darüber hinaus ist der an die Bg vergebene Auftrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam, weil die Ag die ASt zu Unrecht nicht vorab über den Vertragsschluss mit der Bg gemäß § 134 GWB informiert hat. Nach EU-richtlinienkonformer Auslegung des § 134 Abs. 1 GWB sind alle Bieter über eine beabsichtigte Zuschlagserteilung zu informieren die „betroffen“, also noch nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden sind (vgl. Art. 2a Abs. 2 RL 2007/66/EU). Dies gilt auch für die ASt, es gab keine Mitteilung der Ag, dass diese die ASt ausschließe. Selbst wenn nach verbreiteter Ansicht solche Teilnehmer eines Vergabeverfahrens nicht zu informieren sind, die ihr Angebot zurückgezogen haben (so z.B. Maimann in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Aufl., zu § 134 GWB, Rz. 15.), trifft dies auf die ASt nicht zu. Denn wie bereits im Einzelnen unter 1a)aa) ausgeführt, waren die Erklärungen der ASt nicht so verstehen, dass sie ihr Angebot zurückgezogen und kein Interesse am ausgeschriebenen Auftrag mehr hatte. Dies gilt insbesondere auch für die Schreiben der ASt vom 6. und 12. August 2019, weil auch diesen nur zu entnehmen ist, dass die ASt meint, dass ihr bisher kein Auftrag erteilt worden sei, jedoch nicht, dass ihr Auftragsinteresse weggefallen wäre. Darauf dass die Ag das Verhalten der ASt, insbesondere deren Schreiben vom 6. und 12. August 2019 möglicherweise anders verstanden hat, kommt es nicht an, weil Willenserklärungen im Vergabeverfahren nicht subjektiv, sondern aus objektiver Empfängersicht auszulegen sind (§§ 133, 157 BGB, vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2009, VII ZR 11/08).
- dd) Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eines Feststellungsverfahrens nach § 135 GWB ist die Einhaltung der Fristen des § 135 Abs. 2 GWB zu prüfen. Der Nachprüfungsantrag der ASt ist am 21. Februar 2020 bei der Vergabekammer eingegangen und damit innerhalb von 30 Kalendertagen nachdem die Ag die ASt am 7. Februar 2020 über den Vertragsabschluss mit der Bg informiert hat. Der Vertragsschluss (am 18. Dezember 2019) war zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags auch noch nicht länger als sechs Monate her. Die Frist des § 135 Abs. 2 S. 1 GWB wurde daher hier gewahrt.

Damit sind hier die Zulässig- und Statthaftigkeitsvoraussetzungen eines Feststellungsverfahrens nach § 135 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 1 GWB hier erfüllt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend auch begründet.

Denn der an die Bg vergebene Auftrag ist von Anfang an unwirksam, weil die Ag diesen ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet war. Außerdem hat die Ag gegen § 134 GWB verstoßen, weil sie die ASt nicht vorab über den Vertragsschluss mit der Bg informiert hat (s.o. unter 1b)aa) bis cc)). Durch diese Vergaberechtsverstöße ist die ASt auch in ihren Rechten verletzt, weil sie keine Chance mehr hatte, sich an der Auftragsvergabe zu beteiligen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 30. Januar 2020, 13 Verg 14/19; OLG Dresden, Beschluss vom 22. August 2016, 16 U 91/16). Die Vergabekammer stellt gemäß § 135 Abs. 2 GWB fest, dass der an die Bg vergebene Auftrag von Anfang an unwirksam ist.

Soweit die ASt in ihrem Antrag zu 2) jedoch die Anordnung weiterer Maßnahmen beantragt, ist ihr Nachprüfungsantrag unbegründet. Denn bereits aufgrund der Feststellung der Unwirksamkeit darf der Auftrag derzeit nicht ausgeführt werden, weitere Maßnahmen sind zur Beseitigung der Rechtsverletzung der ASt nicht erforderlich. Das weitere Vorgehen der Ag zur Beschaffung der verfahrensgegenständlichen Leistungen ist nur dann ordnungsgemäß, wenn sich die Ag hierbei vergaberechtskonform verhält. Dies stellt jedoch nichts anderes dar als die generelle Pflicht eines jeden öffentlichen Auftraggebers, sich an die Normen des Vergaberechts zu halten. Dazu bedarf es grundsätzlich keiner ausdrücklichen Anordnung der Vergabekammer – dass dies im vorliegenden Fall anders wäre, wurde von der ASt nicht dargelegt und vorgetragen. Hinzu kommt, dass die von der ASt ausdrückliche beantragte Verpflichtung der Ag, „den Auftrag erneut auszuschreiben“, selbst bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf nicht notwendig die einzige vergaberechtskonforme Vorgehensweise sein muss; auch dazu hat die ASt nichts dargetan. Sollte das zukünftige Vorgehen der Ag dennoch vergaberechtswidrig sein, kann dies nur in einem neuen Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden. Alles andere wäre vorbeugender Rechtsschutz, den die Vergabekammern nicht gewähren (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 10. März 2014, VII-Verg 11/14; vom 29. Oktober 2008, VII-Verg 35/08 und vom 20. Oktober 2008, VII-Verg 46/08).

3. Über den Hilfsantrag der ASt, für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens ohne Zuschlagserteilung festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, ist nicht zu entscheiden, da diese Bedingung nicht eingetreten ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die ASt mit ihrem zweiten Hauptantrag, weitere Maßnahmen zur Beseitigung ihrer Rechtsverletzung anzuordnen, nicht durchgedrungen ist. Das kostenmäßige Gewicht dieses Antrags ist jedoch, da er eine Selbstverständlichkeit beinhaltet (die Ag möge sich an das Vergaberecht halten), als gering anzusehen und wurde daher hiermit 10% angesetzt.

Die Bg ist nicht an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu beteiligen, da sie das Nachprüfungsverfahren weder durch eigene Anträge noch durch schriftsätzlichen Vortrag aktiv gefördert hat (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13, und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt und die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen, insbesondere zur Vorgehensweise eines öffentlichen Auftraggebers in den in der Praxis sehr seltenen Fällen aufgeworfen hat, dass alle Angebote durch Ablauf der Bindefrist erloschen und kein Bieter ohne weitere Gespräche bereit war, den Auftrag auszuführen. Die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten erscheint daher sachgerecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Da auch die ASt anwaltlich vertreten war, war im Falle der Ag, die nur selten Vergabeverfahren nach EU-Recht durchführt, die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten darüber hinaus zur Herstellung der „Waffengleichheit“ erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2004, VII-Verg 12/03).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der

Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, 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.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann