BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 43/02

vom

18. Februar 2003

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

GWB § 107

Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Bauauftrag bereits aufgehoben hat, kann ein Bewerber noch in zulässiger Weise die Vergabekammer anrufen und geltend machen, durch Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden Vergabevorschrift in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein.

BGH, Beschl. v. 18. Februar 2003 - X ZB 43/02 - OLG Dresden

Vergabekammer des Freistaates Sachsen

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Februar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis sowie die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, Keukenschrijver und Asendorf

beschlossen:

Die mit dem am 3. Dezember 2002 verkündeten Beschluß des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Dresden erfolgte Vorlage der Sache ist unzulässig.

Gründe:

I. Im August 2001 schrieb das als Auftraggeber verfahrensbeteiligte Land im offenen Verfahren den Bau der Jugendstrafanstalt R. aus. An der den Rohbau betreffenden Ausschreibung beteiligten sich Bieter mit Angeboten, deren Bruttosummen zwischen 12.809.964,60 € und 14.052.703,54 € ermittelt wurden. Das Angebot der Antragstellerin belief sich auf 13.493.848,28 €; es nahm in der Submissionsliste den vierten Platz ein.

Die Absicht des Auftraggebers, den Auftrag dem an erster Stelle eingeordneten Bieter zu erteilen, der den Rohbau im Rahmen eines Generalunter-

nehmervertrags errichten wollte, führte zu einem Nachprüfungsverfahren, das zum Ergebnis hatte, daß das Angebot des Generalunternehmers auszuschließen war. Die Absicht des Auftraggebers, nunmehr den zweitplazierten Bieter mit der rechnerisch nächstgünstigen Angebotssumme zu beauftragen, führte zu einem weiteren Nachprüfungsverfahren und der Anweisung des mit sofortiger Beschwerde angerufenen Oberlandesgerichts, über den Auftrag ohne Berücksichtigung des Angebots dieses Bieters zu entscheiden.

Nach erneuter Prüfung dreier verbliebener Angebote teilte der Auftraggeber den betreffenden Bietern mit Schreiben vom 27. Juni 2002 mit, das offene Verfahren aufgrund § 26 Nr. 1 a VOB/A aufgehoben zu haben.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2002 rügte die Antragstellerin die Aufhebung der Ausschreibung, weil zumindest sie ein Angebot abgegeben habe, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Nach weiterem Schriftverkehr mit dem Auftraggeber hat die Antragstellerin sodann mit am 18. Juli 2002 bei der Vergabekammer eingegangenem und begründetem Antrag um Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gebeten.

Die Vergabekammer hat diesen Antrag für zulässig gehalten, die Aufhebung der Ausschreibung aufgehoben und den Auftraggeber verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin in der vierten Wertungsstufe erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten. Diese Auffassung geht dahin, daß zumindest die Antragstellerin ein Angebot abgegeben habe, das den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Die Antragstellerin habe es zwar unterlassen, in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Typenbezeich-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

nungen anzugeben. Da die Angabe des Herstellers nicht fehle, habe jedoch zum einen die Antragstellerin sich entsprechend der Vorgabe des Leistungsverzeichnisses verpflichtet, Produkte einer bestimmten Güte zu verwenden, und zum anderen der Auftraggeber die Möglichkeit, die Tauglichkeit und Identität der verwendeten Produkte jederzeit sicher zu überprüfen. Eine übertrieben formalistische Betrachtungsweise sei deshalb nicht angezeigt. Die gegenteilige "haarspalterische" Beurteilung der Angebote, zu welcher der Auftraggeber nunmehr gekommen sei, stehe auch im Widerspruch zur früheren Wertung. Das Fehlen von Typenangaben habe der Auftraggeber zunächst über Monate der Wertung hinweg nicht problematisiert.

Gegen diesen am 23. August 2002 zugestellten Beschluß hat der Auftraggeber am 5. September 2002 beim Oberlandesgericht sofortige Beschwerde erhoben. Er meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil eine Aufhebung das Vergabeverfahren abschließe. Der Nachprüfungsantrag sei aber auch unbegründet, weil es vergaberelevant und Wertungsvoraussetzung sei, daß die Bieter die geforderten Erklärungen zu Fabrikat, Hersteller und Typ der verschiedenen zum Einbau vorgesehenen Produkte wahrheitsgemäß und umfassend in den Angeboten benennten. Für die ausgeschriebenen Leistungen gebe es schließlich bei den verschiedenen Herstellern verschiedene Produkte und Qualitäten. Die Wertung, daß die verbliebenen Angebote § 25 Nr. 1 b VOB/A unterfielen, sei daher zutreffend. Sie habe zum Ausschluß dieser Angebote führen müssen, so daß kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot mehr vorhanden sei. In der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht hat der Auftraggeber der Antragstellerin gegenüber ferner erklärt, die Aufhebungsentscheidung auch deswegen getroffen zu ha-

ben, weil bei Annahme eines Angebots der verbliebenen Bieter eine Einhaltung der genehmigten Gesamtbaukosten für die Baumaßnahme nicht mehr gewährleistet und damit die haushaltsrechtliche Voraussetzung für eine Auftragserteilung nicht mehr gegeben gewesen seien.

Das Oberlandesgericht hat das Verfahren dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (Beschl. abgedr. ZfBR 2003, 189). Es entnimmt dem bereits von der Vergabekammer herangezogenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Juni 2002 zur Nachprüfbarkeit des Widerrufs der Ausschreibung (Rs. C-92/00, ZfBR 2002, 604), daß die EG-Vergaberichtlinien insoweit lediglich die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens verlangten, in dem die Aufhebung der Ausschreibung auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften überprüft werden könnten, die dieses Recht umsetzen. Das vorlegende Oberlandesgericht möchte deshalb an eine von ihm als einhellig vertreten bezeichnete Meinung in der bisherigen Rechtsprechung der Vergabesenate anknüpfend den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückweisen. Denn er verlange eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Aufhebung anhand von § 26 VOB/A. Bei dieser Regelung handele es sich aber nicht um transformiertes Gemeinschaftsrecht.

An der beabsichtigten Entscheidung sieht sich das vorlegende Oberlandesgericht durch den Beschluß des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 4. November 2002 in Sachen 1 Verg 3/02 (ZfBR 2003, 186) gehindert. Darin habe dieses Oberlandesgericht gemeint, nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Juni 2002 bestehe grundsätzlich die

Möglichkeit, eine getroffene Aufhebungsentscheidung dem Nachprüfungsverfahren zu unterziehen. Dieses Oberlandesgericht habe deshalb den bei ihm angebrachten Nachprüfungsantrag für zulässig erachtet.

II. Die Vorlage ist nicht zulässig.

Nach § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB legt ein Oberlandesgericht, das über eine sofortige Beschwerde gegen eine Entscheidung einer Vergabekammer zu befinden hat, die Sache dem Bundesgerichtshof vor, wenn es von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Das ist der Fall, wenn das vorlegende Gericht als tragende Begründung seiner Entscheidung einen Rechtssatz zu Grunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs tragenden Rechtssatz nicht übereinstimmt (vgl. ständ. Rspr. des BVerwG, z.B. Beschl. v. 11.08.1998 - 2 B 74/98, NVwZ 1999, 406 m.w.N.). Im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags, derentwegen das Oberlandesgericht Dresden die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt hat, kann eine solche Divergenz jedoch nicht festgestellt werden.

Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat keinen Fall entschieden, in dem sich die Zulässigkeitsfrage in gleicher Weise wie im Streitfall stellt. Im tatbestandlichen Teil des Beschlusses des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 4. November 2002 heißt es, die Antragsgegnerin habe den Beteiligten unter dem 27. Juni 2002 mitgeteilt, daß sie die europaweite Ausschreibung der Bereederung von deutschen Forschungsschiffen aufhebe. Zuvor habe die Antragstellerin, nachdem ihr die Aufhebungsabsicht bekannt ge-

worden sei, Vergaberüge erhoben und Nachprüfungsantrag gestellt. Das Hanseatische Oberlandesgericht hat mithin einen Nachprüfungsantrag für zulässig gehalten, der bereits vor der Aufhebung der Ausschreibung bei der Vergabekammer angebracht worden war. Einen solchen Sachverhalt hat das vorlegende Oberlandesgericht nicht zu beurteilen. Im Streitfall ist der Nachprüfungsantrag erst nach der Entscheidung des Auftraggebers über die Aufhebung der Ausschreibung gestellt worden. Das vorlegende Oberlandesgericht hat auch nur für den Fall nachträglicher Anrufung der Vergabekammer die Frage der Zulässigkeit des Antrags problematisiert. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist die These, die Aufhebung einer Ausschreibung beende ungeachtet der Frage ihrer Rechtmäßigkeit das Vergabeverfahren jedenfalls wirksam, ein statthaftes Nachprüfungsverfahren setze aber voraus, daß bei seinem Beginn das Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen sei (S. 5 d. Beschl. v. 03.12.2002). Das läßt auch nicht den Schluß zu, das vorlegende Oberlandesgericht vertrete - anders als das Hanseatische Oberlandesgericht - die Rechtsauffassung, ein schon vor der Aufhebung der Ausschreibung im Hinblick auf diese beabsichtigte Maßnahme angebrachter Nachprüfungsantrag könne unstatthaft sein.

Aber auch wenn man den Unterschied im zu beurteilenden Sachverhalt außer Betracht läßt, ergibt sich eine Divergenz der tragenden Grundlagen nicht. Das Hanseatische Oberlandesgericht hat seiner Entscheidung die Auffassung zu Grunde gelegt, nach der Entscheidung des EuGH vom 18. Juni 2002 bestehe grundsätzlich die Möglichkeit, die Aufhebungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers dem Nachprüfungsverfahren zu unterziehen; die Nachprüfung sei dahin möglich, ob Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht

oder gegen einzelstaatliche Vorschriften vorliegen, die dieses Recht umsetzen. Den Rechtssatz, daß die Aufhebung der Ausschreibung durch den öffentlichen Auftraggeber auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht und gegen dieses Recht umsetzende einzelstaatliche Vorschriften hin im Nachprüfungsverfahren überprüft werden kann, will aber auch das vorlegende Oberlandesgericht seiner beabsichtigten Entscheidung zu Grunde legen. Die unterschiedliche Beantwortung der Zulässigkeitsfrage hat mithin ihren Grund lediglich in der Anwendung dieses Grundsatzes im jeweiligen Einzelfall.

III. Im Hinblick hierauf hält der Senat folgende Hinweise für angezeigt:

Gemäß § 102 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge, für die nach § 100 GWB der vierte Teil dieses Gesetzes gilt, der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Gemeint ist damit nicht nur die Nachprüfung von Maßnahmen des öffentlichen Auftraggebers, welche die eigentliche Vergabe, also den Zuschlag, betreffen; wie § 107 Abs. 2 Satz 1 GWG entnommen werden kann, ist das Verfahren vor der Vergabekammer eröffnet, wenn die Einhaltung von Vergabevorschriften nachzuprüfen sein kann, deren Nichtbeachtung Unternehmen in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzen kann. Damit kann auch die Aufhebung einer im offenen Verfahren erfolgten Ausschreibung eines öffentlichen Bauauftrags nicht außerhalb der Nachprüfung im Verfahren nach §§ 107 ff. GWB stehen. Diese Maßnahme kann nämlich der Regelung in §§ 26 Nr. 1, 26 a Nr. 1 VOB/A Abschnitt 2 widersprechen, bei der es sich um eine Bestimmung über das Vergabeverfahren handelt, auf deren Einhaltung Unternehmen nach § 97 Abs. 7 GWB Anspruch haben. Insoweit besteht Einigkeit, daß jedenfalls solche Bestimmungen § 97 Abs. 7 GWB unterfallen, die (auch)

zum Schutz wohlberechtigter Interessen von am Vergabeverfahren teilnehmenden oder daran interessierten Unternehmen aufgestellt worden sind (vgl. Begr. z. Regierungsentwurf BT-Drucks. 13/9340, S. 14). Um solch eine Bestimmung handelt es sich bei der Regelung in §§ 26 Nr. 1, 26 a Nr. 1 VOB/A Abschnitt 2. § 26 Nr. 1 mag zwar ursprünglich allein aus haushaltsrechtlichen Gründen Aufnahme in die VOB/A gefunden haben, um haushaltsrechtlich gebundenen Auftraggebern eine kostenfreie Loslösung von einer einmal eingeleiteten Ausschreibung zu ermöglichen. Jedenfalls durch die Verbindlichkeit, die §§ 26 Nr. 1, 26 a Nr. 1 VOB/A Abschnitt 2 infolge § 6 VgV für Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Anwendungsbereich des § 100 GWB erlangt hat, beinhaltet diese Regelung jedoch in diesem Bereich ein vergaberechtliches Gebot, ein Vergabeverfahren nur aus den dort genannten Gründen aufzuheben. Dieses Gebot hat bieterschützende Wirkung. Es dient dazu sicherzustellen, daß die Aufhebung der Ausschreibung nicht als Maßnahme der Diskriminierung einzelner Bieter mißbraucht werden kann, weil hiernach die Aufhebung der Ausschreibung nur in ganz engen Ausnahmefällen (vgl. Sen.Urt. v. 12.06.2001 - X ZR 150/99, NJW 2001, 3698) vergaberechtlich zulässig ist. Außerdem hat außerhalb dieser Ausnahmefälle der Ausschreibende jedenfalls dann die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an den Vergabeverfahren zu tragen, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 126 GWB vorliegen.

Die vorstehend erörterten Umstände gebieten, daß im Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 107 ff. GWB geltend gemacht werden kann, die Aufhebung der Ausschreibung verletze den Antragsteller in seinen Rechten, weil sie gegen §§ 26 Nr. 1, 26 a Nr. 1 VOB/A Abschnitt 2 verstoße. Dies bedeutet zu-

gleich, daß ein entsprechender Antrag (auch) noch in zulässiger Weise angebracht werden kann, nachdem der Ausschreibende die Entscheidung bereits getroffen hat, die Ausschreibung aufzuheben. Nach §§ 26 Nr. 2, 26 a Nr. 1 VOB/A Abschnitt 2 müssen die Bieter und gegebenenfalls die Bewerber erst nach der Aufhebung der Ausschreibung von dieser Maßnahme unterrichtet werden. Ein Unternehmen, das seine Rechte durch die Aufhebung der Ausschreibung verletzt erachtet, kann mithin in aller Regel die Vergabekammer erst nachträglich anrufen. Der Rechtsschutz, der nach Sinn und Zweck des vierten Abschnitts des GWB eröffnet sein soll, wäre deshalb nicht gewährleistet, wenn die Anrufung der Vergabekammer nach Aufhebung der Ausschreibung bereits deshalb unzulässig wäre, weil der nach § 107 Abs. 1 GWB nötige Antrag erst zu dieser Zeit angebracht worden ist.

Auch noch nach einer Aufhebung eines Ausschreibungsverfahrens unter den Voraussetzungen der §§ 107 Abs. 2 u. 3, 108 Abs. 1 und 2 GWB gem. § 107 Abs. 1 GWB auf ein Nachprüfungsverfahren antragen zu können, steht nicht im Widerspruch zu § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB. Diese Vorschrift ordnet nicht an, daß die Aufhebung der Ausschreibung das durch diese eingeleitete Vergabeverfahren endgültig beendet. Eine solche Regel wäre auch sachfremd. Denn 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 § 114 Abs. 1 GWB treffen kann. Durch diese Möglichkeiten unterscheidet sich die Aufhebung der Ausschreibung von der Erteilung des Zuschlags innerhalb geltender Bindefrist. Der Zuschlag beinhaltet die Annahme des Angebots des ausge-

wählten Bieters und kann nicht mehr einseitig rückgängig gemacht werden. Deshalb ordnet § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB auch nur hinsichtlich eines bereits erteilten Zuschlags an, daß seine Aufhebung nicht zu den Maßnahmen gehört, die der Vergabekammer im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu Gebote stehen.

§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB kann auch nicht entnommen werden, daß eine Aufhebung der Ausschreibung zwingend zur Erledigung eines zum Zeitpunkt dieser Maßnahme bereits anhängigen Nachprüfungsverfahrens führe, mit der Folge, daß ein erst nach der Aufhebung der Ausschreibung erhobener Vorwurf einer Rechtsverletzung von vornherein in einem Nachprüfungsverfahren nicht geprüft werden könnte. Die Vorschrift besagt ihrem Wortlaut nach lediglich, welche Entscheidung der Vergabekammer noch möglich ist, wenn das Nachprüfungsverfahren sich beispielsweise durch Aufhebung der Ausschreibung erledigt hat.

Auch vom Tatsächlichen her muß eine Aufhebung der Ausschreibung nicht zwangsläufig zur Erledigung des bereits anhängigen Nachprüfungsverfahrens führen, wenn dies auch häufig der Fall sein wird. Weil ein Nachprüfungsverfahren bereits anhängig ist, wird in ihm regelmäßig um ein Verhalten des Ausschreibenden gestritten werden, zu dem es vor der Aufhebung der Ausschreibung gekommen ist. Wird die Aufhebung der Ausschreibung dann nicht ihrerseits in Zweifel gezogen, besteht nach dieser Entscheidung des Ausschreibenden im Hinblick auf das gerügte Verhalten allerdings nur noch Interesse an der Feststellung, ob insoweit eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Will der Antragsteller hingegen auch die Aufhebung der Ausschreibung nicht

hinnehmen, wird er nicht den nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB nötigen Antrag stellen, sondern geltend machen, das anhängige Nachprüfungsverfahren habe sich nicht erledigt, weil nunmehr auch wegen der Aufhebung der Ausschreibung eine Verletzung von Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht werde. Eine solche Erweiterung der Rügen begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Angesichts des Wortlauts des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB läßt sich dem vierten Abschnitt des GWB nicht entnehmen, daß eine solche Reaktion auf veränderte Umstände im Rahmen eines bereits anhängigen Nachprüfungsverfahrens nicht zulässig sein könnte. Auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wird vertreten, daß der Antragsteller eines Nachprüfungsverfahrens neue Umstände in dieses Verfahren einführen könne (OLG Jena NZBau 2000, 349, 350; OLG Celle NZBau 2000, 105; OLG Stuttgart NZBau 2000, 301).

Der Zulässigkeit eines erst nach einer Aufhebung der Ausschreibung angebrachten Nachprüfungsantrags, der sich gegen die Aufhebung wendet, steht schließlich auch nicht entgegen, daß ein öffentlicher Auftraggeber ein Ausschreibungsverfahren nicht mit einem Zuschlag an einen geeigneten Bieter beenden muß. Allerdings hat der Senat schon wiederholt (BGHZ 139, 259, 268 f.; Urt. v. 05.11.2002 - X ZR 232/00, ZfBR 2003, 194 f.) darauf hingewiesen, daß aus Gründen des allgemeinen Vertragsrechts, in dessen Rahmen auch ein einen öffentlicher Bauauftrag ausschreibender öffentlicher Auftraggeber rechtsgeschäftlich tätig wird, aus dem Umstand der Ausschreibung nicht abgeleitet werden kann, daß ein Ausschreibender, der nach den maßgeblichen Vergabevorschriften keinen Grund zur Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens hat, gezwungen werden kann und darf, einen der Ausschreibung entspre-

chenden Auftrag an einen geeigneten Bieter zu erteilen. Es liegt damit auch nicht in der Kompetenz der Vergabekammer, im Rahmen des § 114 Abs. 1 GWB zur Beseitigung einer Rechtsverletzung eine Maßnahme zu treffen, die für einen öffentlichen Auftraggeber, der trotz Einleitung eines Vergabeverfahrens einen Auftrag nicht mehr erteilen will, einen rechtlichen oder tatsächlichen Zwang bedeutete, sich doch vertraglich zu binden. Das zwingt jedoch nicht zugleich dazu, Unternehmen, die trotz der Aufhebung der Ausschreibung noch Interesse an der Erteilung des ausgeschriebenen Auftrags haben, eine Nachprüfung der Aufhebung der Ausschreibung überhaupt zu versagen. Dieser Schluß könnte nur erwogen werden, wenn die Aufhebung der Ausschreibung gleichsam Ausdruck unabänderbaren Willens des Ausschreibenden wäre, den ausgeschriebenen Auftrag nicht zu vergeben. Hiervon kann jedoch nicht von vornherein ausgegangen werden. So kann ein Ausschreibender auf der Grundlage der eigenen Prüfung zu der Meinung gelangt sein, wegen Mißachtung des in § 21 Abs. 1 Satz 1 VOB/A bestimmten Gebots alle Bieter ausschließen zu müssen, obwohl er durchaus bereit war und auch noch ist, einem Bieter den Auftrag zu erteilen, weil ihm die vorgekommenen Abweichungen im Hinblick auf die eigenen Interessen als Auftraggeber nicht gewichtig erscheinen. Die wegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A ausgesprochene Aufhebung der Ausschreibung wieder rückgängig zu machen, kann in einem solchen Fall durchaus eine geeignete Maßnahme sein, welche die wegen der Aufhebung der Ausschreibung angerufene Vergabekammer nach § 114 Abs. 1 GWB treffen kann, ohne die aus dem allgemeinen Vertragsrecht folgende Befugnis des Ausschreibenden zu tangieren. Gerade im Falle einer Aufhebung einer Ausschreibung mag zwar fallweise eine Anordnung an den Ausschreibenden nicht in Betracht kommen, mit dem Ausschreibungsverfahren unter Beachtung der

Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzufahren. Das betrifft jedoch nur die Gestaltungsmöglichkeiten der Vergabekammer im Einzelfall und kann die Zulässigkeit ihrer Anrufung nicht in Frage stellen. Ob nach einer Aufhebung der Ausschreibung ein solcher Fall beschränkter Einflußmöglichkeit tatsächlich gegeben ist, bedarf der Erörterung und Klärung. Nach dem bisher Gesagten besteht kein Grund, hierzu - wie auch sonst bei Streit über die Verletzung von Vergabevorschriften und die sachgerechte Reaktion hierauf - die Möglichkeiten des Nachprüfungsverfahrens nicht nutzen zu können. Sollte sich in diesem Verfahren im Einzelfall herausstellen, daß wegen der eingangs dieses Abschnitts beschriebenen Möglichkeit des Ausschreibenden, von einer Auftragsvergabe endgültig Abstand zu nehmen, die wegen des festgestellten Vergaberechtsverstoßes eigentlich notwendig erscheinenden Maßnahmen nicht getroffen werden können, kann die Vergabekammer sodann jedenfalls feststellen, daß die Aufhebung der Ausschreibung Vergabevorschriften verletzte.

Das vorstehend den §§ 107 ff. GWB entnommene Verständnis entspricht auch den europarechtlichen Vorgaben. Dies folgt aus der Rechtsprechung des für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständigen Europäischen Gerichtshofs. Diese Rechtsprechung geht davon aus, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung, der den EG-Vergaberichtlinien zugrunde liegt, eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt und daß diese es ermöglichen soll, die Beachtung dieses Grundsatzes zu überprüfen (EuGH, Urt. v. 18.06.2002 - Rs. C-92/00, ZfBR 2002, 604, unter 45. m.w.N.). Die Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge ihrerseits ist danach darauf gerichtet,

vorhandene Mechanismen zur Durchsetzung der EG-Vergaberichtlinien zu stärken, und zwar vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können (EuGH, aaO, unter 52.), aber - was aus dieser Art der Hervorhebung unmittelbar folgt - auch dann, wenn diese Möglichkeit nicht mehr besteht. Hiermit hat es der Europäische Gerichtshof als unvereinbar angesehen, wenn die öffentlichen Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag widerrufen könnten, ohne daß dies dem Verfahren der gerichtlichen Nachprüfung unterläge (EuGH, aaO, unter 53.). Grund hierfür war ausweislich Erwägungsgrund 37 des Urteils vom 18. Juni 2002, daß die Aufhebung der Ausschreibung eine Entscheidung der Vergabebehörde ist, die den Regelungen des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegt und deshalb gegen sie verstoßen kann. Hiernach ist es also bereits die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder - was der Europäische Gerichtshof in seinen Ausführungen dem gleichsetzt - gegen die dieses Recht umsetzenden einzelstaatlichen Vorschriften, die gemäß Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EGW erfordert, daß die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung eines der Richtlinie unterfallenden öffentlichen Auftrags zu widerrufen, hieraufhin überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden kann. Die Erwähnung der Aufhebung kann dabei nicht bedeuten, daß in jedem Fall, in dem die Aufhebung der Ausschreibung den gemeinschaftsrechtlich beachtlichen Regeln nicht entsprochen hat, von dem insoweit zuständigen Spruchkörper diese Maßnahme auch ergriffen werden müßte. Im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ist der Europäische Gerichtshof nämlich davon ausgegangen, daß auch nach Gemeinschaftsrecht der Auftraggeber nicht zur Auf-

tragsvergabe gezwungen werden kann. Dies ergibt sich aus der Feststellung des Europäischen Gerichtshofs, die Befugnis des Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten, sei weder auf Ausnahmefälle begrenzt noch auf Fälle, in denen die Entscheidung auf schwerwiegende Gründe gestützt werden könne (EuGH, aaO, unter 40. sowie unter Hinweis auf Urt. v. 16.09.1999 - Rs. C-27/98, NZBau 2000, 153, unter 23. u. 25.). Würde eine Aufhebung der beanstandeten Entscheidung des Ausschreibenden, die zur Beseitigung eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen eine dieses Recht umsetzende innerstaatliche Vorschrift an sich geboten erscheint, für den Ausschreibenden im Einzelfall den ausweglosen Zwang bedeuten, den Auftrag zu vergeben, kann deshalb auch nach dem Gemeinschaftsrecht die Überprüfung der Aufhebung einer Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren nur zu einer weniger einschneidenden Maßnahme, gegebenenfalls lediglich zu der Feststellung einer Vergaberechtsverletzung führen.

Im Übrigen kann dem vorlegenden Oberlandesgericht auch nicht in der Meinung beigetreten werden, die Geltendmachung eines Verstoßes gegen §§ 26 Nr. 1, 26 a Nr.1 VOB/A Abschnitt 2 erfordere keine Überprüfung auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die dieses Recht umsetzenden einzelstaatlichen Vorschriften. Eine Aufhebung der Ausschreibung im offenen Verfahren kann dazu eingesetzt werden, einen unerwünschten Bieter, dem der ausgeschriebene Auftrag erteilt werden müßte, zu übergehen und in einem anschließenden Verhandlungsverfahren einen genehmen Bieter auszuwählen. Sie berührt deshalb den Grund-

satz der Gleichbehandlung und die Regelung in §§ 26 Nr. 1, 26 a Nr.1 VOB/A Abschnitt 2, welche die Aufhebung der Ausschreibung auf Ausnahmefälle beschränkt, dient damit dem in Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge normierten Diskriminierungsverbot, das durch § 97 Abs. 2 GWB in das nationale Recht umgesetzt worden ist.

IV. Sollte das vorliegende Oberlandesgericht in Anbetracht der Ausführungen des Senats zu III. im weiteren Verlauf des Nachprüfungsverfahrens zur Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin gelangen, wird die von der Vergabekammer hierzu vertretene Rechtsauffassung einer kritischen Überprüfung zu unterziehen sein. Dabei wird folgendes zu beachten sein:

Der Wortlaut von § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Abschnitt 2 ("ausgeschlossen werden") weist aus, daß der öffentliche Auftraggeber bei Vorliegen der dort aufgestellten Voraussetzungen kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe hat, sondern gezwungen ist, das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen (Sen.Urt. v. 08.09.1998 - X ZR 85/97, NJW 1998, 3634). Im Falle des Fehlens geforderter Erklärungen ändert hieran auch nichts, daß § 21 Nr. 1 Satz 2 VOB/A Abschnitt 2 nur als Sollvorschrift formuliert ist. Dies erklärt sich aus der Handlungsfreiheit, die außerhalb bereits bestehender rechtlicher Beziehungen in Anspruch genommen werden kann. Sie schließt ein, nicht zur Abgabe eines bestimmten Angebots verpflichtet zu sein. Gleichbehandlung aller Bieter, die § 97 Abs. 2 GWB von dem Ausschreibenden verlangt, ist jedoch nur gewährleistet, soweit die Angebote die geforderten Erklä-

rungen enthalten. Da der öffentliche Auftraggeber sich durch die Ausschreibung dem Gleichbehandlungsgebot unterworfen hat, darf er deshalb nur solche Angebote werten.

Der Ausschlußtatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A Abschnitt 2 ist daher auch nicht etwa erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis nicht mit den anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden (vgl. Sen.Urt. v. 07.01.2003 - X ZR 50/01, Umdr. S. 10 f.). Dies erfordert, daß hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der insoweit angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belastet, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert war, so daß sie als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen.

Im Streitfall wird daher zu berücksichtigen sein, daß die Ausschreibungsunterlagen bezüglich mehr als 120 Positionen die Aufforderung enthielten, neben dem Fabrikat/Hersteller auch den Typ des angebotenen Produkts anzugeben. Da sich beispielsweise den Positionen 5.1.190 oder 5.5.150 auch zweifelsfrei entnehmen ließ, wie die gewünschten Angaben gemacht werden sollten, wird deshalb anhand des aufgezeigten Maßstabs zu würdigen sein, daß die Antragstellerin gleichwohl nur bei ganz wenigen dieser Positionen auch eine Typenbezeichnung angegeben hat. Das Fehlen dieser Angabe im Übrigen könnte nicht bereits deshalb ohne weiteres als im Rahmen des § 25

Nr. 1 b) VOB/A Abschnitt 2 unerheblich angesehen werden, weil es innerhalb der Produktpalette des angegebenen Fabrikats/Herstellers ein Modell gibt, das die in den Ausschreibungsunterlagen ansonsten verlangten Kriterien erfüllt. Sobald der benannte Hersteller unter dem angegebenen Fabrikat mehrere geeignete Produkte anbietet, wie es der Auftraggeber behauptet, ist nämlich weder die erforderliche Vergleichbarkeit mit den entsprechenden Positionen in einem insoweit vollständigen Angebot eines anderen Bieters gewährleistet noch die Möglichkeit von nachträglichen Manipulationen ausgeschlossen.

Sollte die Prüfung ergeben, daß das Angebot der Antragstellerin dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Abschnitt 2 nicht entspricht, wird der Nachprüfungsantrag unabhängig davon keinen Erfolg haben können, ob auch die Angebote der anderen verbliebenen Bieter § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Abschnitt 2 nicht genügen. Ist das Angebot der Antragstellerin nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A Abschnitt 2 auszuschließen, kann die Aufhebung der Ausschreibung Interessen der Antragstellerin nicht mehr berühren. Die Antragstellerin kann deshalb auch durch eine etwaige Nichtbeachtung der für die Aufhebung der Ausschreibung geltenden Vergaberegel nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt

sein. Der vom Senat für einen auf Ersatz des positiven Interesses wegen anderweitiger Vergaberechtsverletzung herausgearbeitete Grundsatz (Urt. v. 16.04.2002 - X ZR 67/00, NJW 2002, 2558) gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Es wird deshalb auch keine Rolle spielen können, daß der Auftraggeber möglicherweise den nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A Abschnitt 2 gegebenen Ausschlusstatbestand zunächst nicht erkannt und/oder bei früheren Wertungen der abgegebenen Angebote nicht berücksichtigt hatte.

Melullis Jestaedt Scharen

Keukenschrijver Asendorf