



## UPDATE VERGABERECHT

### RECHTSWIDRIGKEIT DER AUFHEBUNG NICHT ISOLIERT FESTSTELLBAR

OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 1/19

Ein Auftraggeber (AG) schrieb einen Rahmenvertrag über Postdienstleistungen aus. In einem parallelen Nachprüfungsverfahren wurde festgestellt, dass einige der Wertungskriterien, die auch im hiesigen Verfahren verwandt wurden, vergaberechtswidrig seien. Der AG hob das Verfahren aus diesem Grunde auf und beabsichtigte, die Leistungen neu auszuschreiben. Bieter B war der Auffassung, die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei rechtswidrig, da sie nicht auf einem der Aufhebungsgründe aus § 63 VgV beruhe. Nach erfolgloser Rüge rief er die Vergabekammer an und beantragte, die Rechtswidrigkeit der Aufhebung festzustellen. Hilfsweise beantragte er nach einem Hinweis der VK, die Aufhebung aufzuheben.

Ohne Erfolg! Sowohl die VK als auch in zweiter Instanz das OLG Celle stellten klar, dass eine isolierte Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfahrensaufhebung nicht zulässig sei. Der Nachprüfungsantrag sei daher bereits unzulässig. Die Rechtsgrundlage für einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfahrensaufhebung liege in § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB. Diese Vorschrift regelt den Fall, dass sich ein Nachprüfungsverfahren *nach* dessen Beginn erledigt – zum Beispiel durch Aufhebung. In solchen Fällen sei ein Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit zulässig. Alternativ sei denkbar, dass ein Bieter die Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens im Wege des Nachprüfungsverfahrens („primärer Rechtsschutz“) geltend macht und die VK zu dem Ergebnis kommt, dass ein Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung nicht besteht, da keine Überschreitung des Ermessensspielraums des AG vorliege. In solchen Fällen sei die Vergabekammer ohnehin mit der Kernfrage der Rechtmäßigkeit der Aufhebung befasst. Der Bieter könne in solchen Fällen der rechtswidrigen, aber wirksamen Aufhebung ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit haben.

#### Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist zwar in ihrer Begründung nachvollziehbar, ist aber in ihrer Konsequenz nicht unproblematisch. Denn Bieter, die beabsichtigen, Schadensersatz aufgrund einer rechtswidrigen Aufhebung geltend zu machen, aber nicht gegen die Aufhebung selbst vorgehen wollen, können danach nicht die Rechtswidrigkeit der Aufhebung durch die Vergabekammer feststellen lassen. Sie müssten daher ihren Schadensersatzanspruch direkt beim Zivilgericht geltend machen, welches die Rechtswidrigkeit der Aufhebung sodann inzident zu prüfen hätte. Alternativ müsste der Bieter zunächst die Aufhebung der Aufhebung vor der Vergabekammer geltend machen, selbst wenn er dies für nicht aussichtsreich hält, was indes nachteilige Kostenfolgen für ihn haben kann.