

**Titel:**

**Vergabeverfahren, Aufhebung der Ausschreibung, Nachprüfungsantrag, Rechtsschutzinteresse, Zuschlagserteilung, Kostenschätzung, Beschwerdeverfahren**

**Schlagworte:**

Vergabeverfahren, Aufhebung der Ausschreibung, Nachprüfungsantrag, Rechtsschutzinteresse, Zuschlagserteilung, Kostenschätzung, Beschwerdeverfahren

**Vorinstanz:**

Vergabekammer Ansbach, Beschluss vom 08.12.2023 – RMF-SG21-3194-8-25

**Fundstelle:**

VergabeR 2026, 245

**Tenor**

I. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 8. Dezember 2023, Az. RMF-SG21-3194-8-25, wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 125.000,00 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Antragsgegnerin schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 10. Mai 2023 im offenen Verfahren Feuerlöschtechnik für die Baumaßnahme Generalsanierung Theater aus.

2

Nur die Antragstellerin reichte ein Angebot ein.

3

Mit Schreiben vom 18. August 2023 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass das Vergabeverfahren gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgehoben worden sei, da kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei. Die ordnungsgemäß nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsprechung aktuell zur Ausschreibung erstellte Kostenschätzung sei durch das einzige erhaltene Angebot um mehr als 190% überschritten worden. Nach umfassender Abwägung aller Interessen habe sie sich für die Aufhebung des Verfahrens entschieden. Es sei beabsichtigt, ein neues Vergabeverfahren mit einer möglichst breiten Marktansprache durchzuführen.

4

Nach erfolgloser Rüge stellte die Antragstellerin am 11. September 2023 einen Nachprüfungsantrag.

5

Die Antragstellerin hat beantragt,

Die Aufhebung wird aufgehoben.

6

Der Antragstellerin wird der Zuschlag auf ihr Angebot vom 6. Juni 2023 erteilt.

Hilfsweise:

7

Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.

**8**

Die Antragsgegnerin hat beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

**9**

Mit Beschluss vom 8. Dezember 2023, der Antragstellerin zugestellt am 9. Januar 2024, hat die Vergabekammer Nordbayern den Antrag abgelehnt.

**10**

Dagegen richtet sich die am 22. Januar 2024 beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin. Sie rügt einen Ermessensausfall und eine verbotene Markterkundung durch die Antragsgegnerin. Es sei nicht Aufgabe des Bieters, in einem offenen Verfahren der Vergabestelle zuzuarbeiten, was die Vergabestelle sich zu erarbeiten unterlassen habe, nämlich die erste Ermittlung einer Kostenschätzung und deren Fortschreibung bis hinein in ein Leistungsverzeichnis, das im Vergabeverfahren entsprechend Leistungsphase 7 verwendet werden könne.

**11**

Die Antragstellerin beantragt,

I. Die Entscheidung der Vergabekammer Nordbayern vom 8. Dezember 2023, Az.: RMF-SG21-3194-8-25, zugestellt am 9. Januar 2024, wird aufgehoben.

II. Die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 18. August 2023, Az.: 352/L352/V.C.8 wird aufgehoben.

III. Es wird festgestellt, dass

(1) die Aufhebung des Vergabeverfahrens zur VergabeNr. LV 2023-36 die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt hat und

(2) die Antragsgegnerin verpflichtet ist, ihr den Zuschlag auf das Angebot vom 6. Juni 2023 zu erteilen.

**12**

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 8. Dezember 2023, Az. RMF-SG21-3194-8-25 zurückzuweisen.

**13**

Sie hält die Beschwerde für unzulässig und im Übrigen für unbegründet.

**14**

Der Senat hat mit Beschluss vom 31. Mai 2024 rechtliche Hinweise erteilt und die Rücknahme der sofortigen Beschwerde angeregt. Mit den Anträgen zu I. und II. verfolge die Beschwerdeführerin das Ziel, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 18. August 2023, das Vergabeverfahren aufzuheben, zu beseitigen. Den vor der Vergabekammer hilfsweise gestellten Antrag festzustellen, dass sie durch die – wirksame, aber rechtswidrige – Aufhebung in ihren Rechten verletzt sei, den die Vergabekammer mangels Darlegung eines Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen habe, verfolge die Antragstellerin in ihrer sofortigen Beschwerde nicht weiter. Mit den Anträgen zu III. begehre die Antragstellerin die Feststellung, dass sie durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt und dass die Antragsgegnerin verpflichtet sei, ihr den Zuschlag zu erteilen. Mit dem Antrag III. (1) solle lediglich ergänzend zu dem Antrag II. festgestellt werden, dass die Antragstellerin durch die – ihrer Ansicht nach – unwirksame Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt sei.

**15**

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 14. August 2024 darauf hingewiesen, dass sie zwischenzeitlich das streitgegenständliche Gewerk Feuerlöschtechnik neu vergeben habe. Die europaweite Neuausschreibung sei mit der Bekanntmachung vom 19. Februar 2024 erfolgt, der Auftragsgegenstand sei derselbe wie im streitgegenständlichen Verfahren gewesen. Es seien drei Angebote eingegangen, unter anderem eines der Antragstellerin. Am 6. Mai 2024 sei der Auftrag an einen anderen Bieter vergeben worden.

**16**

Ergänzend wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze, den Hinweisbeschluss des Senats vom 31. Mai 2024 und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 11. September 2024 Bezug genommen.

II.

**17**

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, da der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht mehr zulässig ist.

**18**

1. Die sofortige Beschwerde wurde fristgerecht eingelegt und genügt noch den Anforderungen des § 172 Abs. 2 GWB, da zumindest das Rechtsschutzziel der Beschwerdeführerin – nach Auslegung ihres Vorbringens – erkennbar war.

**19**

Dem im Hinweisbeschluss vom 31. Mai 2024 näher dargelegten Verständnis des Senats, die Antragstellerin begehre die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung, aber nicht mehr die vor der Vergabekammer hilfsweise beantragte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung, ist die Antragstellerin nicht entgegengetreten.

**20**

2. Die sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil die Antragstellerin ihr Rechtsschutzziel wegen des am 6. Mai 2024 wirksam erteilten Zuschlags nicht mehr erreichen kann und das Rechtsschutzinteresse für ihren Nachprüfungsantrag damit entfallen ist.

**21**

a) Der mit einer qualifizierten elektronischen Signatur per beA eingereichte Nachprüfungsantrag genüge allerdings der Schriftform, § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB.

**22**

Nach Art. 3a Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG genügt ein elektronisches Dokument, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, der elektronischen Form. Im Übrigen folgt der Senat der von der Vergabekammer vertretenen Ansicht, eine analoge Anwendung des § 130a ZPO sei zulässig (vgl. auch VK Rheinland, Beschluss vom 18. November 2022, VK 35/22 – L, juris Rn. 15; VK Südbayern, Beschluss vom 28. September 2020, 3194.Z3-3\_01-20-11, juris Rn. 39; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. Stand: 2. Januar 2023, GWB § 161 Rn. 20.1; Fett in BeckOK VergabeR, 33. Ed. 1. August 2024, GWB § 161 Rn. 2; H. Müller in Ory/Weth, jurisPK-ERV Band 2, 2. Aufl. Stand: 13. August 2024, ZPO § 130a Rn. 12).

**23**

b) Die Beschwerdeführerin hat bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ausschließlich die Beseitigung der Aufhebung des Vergabeverfahrens sowie die Feststellung begehrt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet sei, ihr, der Antragstellerin, den Zuschlag zu erteilen. Dieses Rechtsschutzbegehren kommt in den Anträgen zu I., II. und III. (2) zum Ausdruck. Dem Antrag zu III. (1) kommt – aus den im Hinweisbeschluss dargelegten Erwägungen – darüber hinaus keine eigenständige Bedeutung zu.

**24**

Nach der Aufhebung einer Ausschreibung ist ein Nachprüfungsverfahren zwar insoweit statthaft, als die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Aufhebung der Aufhebung und Fortsetzung des Vergabeverfahrens begehrt wird (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02, BGHZ 154, 32 Rn. 15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. August 2023, VII-Verg 3/23, juris Rn. 30 ff.).

**25**

Dieses Ziel kann die Antragstellerin allerdings mittlerweile schon deshalb nicht mehr erreichen, weil auf die erneute Ausschreibung am 6. Mai 2024 der Zuschlag erteilt wurde. Damit ist der Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin gedeckt. Eine Aufhebung der Aufhebung kommt nur bei fortbestehendem Vergabewillen in Betracht (vgl. Blöcker in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, § 168 Rn. 75 f.). Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB. Gründe, aus denen der am 6. Mai 2024 erteilte Zuschlag unwirksam sein könnte, hat die Antragstellerin weder vorgetragen noch sind sie

sonst ersichtlich. Der Einwand der Antragstellerin, das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt worden sei, sei nicht auskömmlich, ist unbehelflich.

**26**

Der Nachprüfungsantrag war im Übrigen aus den im Hinweisbeschluss vom 31. Mai 2024 dargelegten Gründen auch unbegründet.

**27**

3. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ergibt sich aus § 175 Abs. 2, § 71 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

**28**

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.