

Ändert der Auftraggeber die Vergabeunterlagen **wesentlich** – was bei einer Verschiebung um einen größeren Zeitraum gegeben sein dürfte – kann er auch an ein ganz neues Vergabeverfahren denken. Natürlich besteht dann erneut das Risiko von Nachprüfungsverfahren und die Fortsetzung des Teufelskreises von Verzögerung und Verschiebung, dieser Entscheidung muss sich der Auftraggeber aber stellen. 515

## 5. Verbleibende Pflichten

Auch nach Beendigung des Vergabeverfahrens treffen den Auftraggeber bestimmte Pflichten. Er ist zur **Aufbewahrung von Unterlagen und Angeboten** verpflichtet (bei Behörden etc. schon allein um eine Prüfung des Rechnungshofes zu ermöglichen), Muster etc. sind weiterhin Eigentum des Bieters und dürfen nicht ohne dessen Zustimmung entsorgt werden. Bieter sind daher um Abholung zu bitten bzw. um die Erlaubnis, die Gegenstände entsorgen zu dürfen. 516

Der Inhalt der Angebote und die Betriebsgeheimnisse der Bieter sind auch nach dem Zuschlag geheim zu halten. Die VOB/A sieht ausdrücklich ein Verwendungsverbot von Vorschlägen in anderen Nachprüfungsverfahren vor. 517

## II. Aufhebung

Die Aufhebung ist die in den Vergabeordnungen vorgesehene regelkonforme Beendigung von Vergabeverfahren, ohne dass dem Auftraggeber hieraus Nachteile erwachsen. Die Vorschriften gelten jeweils im Baubereich für „**Ausschreibungen**“, also öffentliche und beschränkte Ausschreibung sowie den vergleichbaren Verfahren im Oberschwellenbereich, offenen und nicht offenen Verfahren. Für freihändige Vergaben, Verhandlungsverfahren und wettbewerbliche Dialoge gelten diese Regelungen im Baubereich daher nicht. Diese Verfahren können daher, soweit Bauaufträge betroffen sind, unter leichteren Bedingungen aufgehoben werden. VgV und UVgO sehen hingegen vor, dass die Aufhebung von „Vergabeverfahren“ nur unter den genannten Voraussetzungen erfolgen darf, es sind also **alle** Vergabeverfahren betroffen. 518

Nach den praktisch gleichlautenden Vorschriften in § 63 VgV, § 48 Abs. 1 UVgO, § 17 VOB/A, § 17 EU VOB/A gibt es **vier Fälle**, bei denen eine Aufhebung erfolgen kann, nämlich wenn 519

- a) **kein Angebot** eingegangen ist, das den Bewerbungsbedingungen entspricht, 520

- b) sich die **Grundlagen des Vergabeverfahrens** wesentlich geändert haben,
- c) die Ausschreibung **kein wirtschaftliches Ergebnis** gehabt hat,
- d) andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Zu diesen Möglichkeiten im Einzelnen:

- 521 a) kein Angebot, das den Bewerbungsbedingungen entspricht:  
Öffentliche Auftraggeber sind an die von ihnen aufgestellten Vorgaben gebunden und können sich nicht nachträglich über diese Vorgaben hinwegsetzen. Fehlen also z.B. bei allen Angeboten vom Auftraggeber geforderte Nachweise (und werden sie auch nicht nachgereicht), so gibt es kein zuschlagsfähiges Angebot. In diesem Fall ist die Aufhebung eigentlich nur die formale Feststellung, dass ein Zuschlag **mangels ordnungsgemäßer Angebote** nicht erteilt werden kann. Warum schlussendlich kein Angebot zuschlagsfähig war, spielt für die bloße Feststellung dieser Tatsache keine Rolle.  
Liegt auch nur ein zuschlagsfähiges Angebot vor, greift dieser Aufhebungsgrund nicht.
- 522 b) Wesentliche Änderungen der Grundlagen des Vergabeverfahrens:  
Die Änderungen der Grundlagen müssen grundsätzlich **von außen** kommen. Der Auftraggeber kann nicht auf diese Weise Fehler der Vergabeunterlagen beseitigen oder ein anderes, nicht grundlegend anderes technisches Konzept einführen.  
Weil die Aufhebung ein Ausnahmefall ist, müssen die Änderungen so erheblich sein, dass es z.B. nicht ausreicht, den vorhandenen Bietern geänderte Vergabeunterlagen zu übersenden und auf diese Weise geänderte Angebote zu erreichen.  
Eine Aufhebung kann beispielsweise erfolgen, wenn ein grundlegend **anderes Konzept** verfolgt werden soll oder sich – z.B. infolge eines Nachprüfungsverfahrens – die Termine erheblich verschoben haben und daher die Angebote insgesamt neu kalkuliert werden müssen. Mögliche Fälle sind Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen, nachträgliche Erkenntnisse über wichtige kalkulations- oder ausführungsrelevante Umstände (z.B. Änderungen bei den Grundwasserhältnissen), eine **Haushaltssperre** oder Wegfall wichtiger Finanzierungselemente (wobei die für die Aufhebung herangezogenen Umstände stets nicht auf einem Verhalten des Auftraggebers beruhen dürfen).
- 523 c) kein wirtschaftliches Ergebnis:  
Dieser Aufhebungsgrund ist bei der VOB/A nicht ausdrücklich genannt. Inhaltlich ist er dort aber auch zutreffend. Er überschneidet

sich zumindest teilweise mit dem Aufhebungsgrund aus Mangel an zuschlagfähigen Angeboten, weil die Zuschlagsfähigkeit auch an der fehlenden Wirtschaftlichkeit der Angebote liegen kann.

Ein wirtschaftliches Ergebnis wurde insbesondere dann verfehlt, wenn **nur Angebote mit einem unangemessen hohen Preis** eingegangen sind. In allen anderen Fällen muss eine „deutliche“ Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswerts vorliegen, was, jeweils im Einzelfall zu ermitteln ist (BGH v. 20.11.2012, X ZR 108/10). Eine Aufhebung ist aber auch rechtmäßig, wenn nach ordnungsgemäßer Schätzung des Auftragswertes keine weiteren Haushaltsmittel zur Verfügung stehen (OLG Düsseldorf v. 8.6.2011, VII - Verg 55/10). Außerdem wird vom Auftraggeber verlangt zu prüfen, ob eine wenige schwerwiegende Maßnahme wie eine Reduzierung des Leistungsumfanges oder der Qualitätsanforderungen möglich wäre. Dies ist ein Ausfluss des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

d) anderer wichtiger Grund:

524

Wie bei allen anderen Aufhebungsgründen muss es sich um Gründe halten, die es dem Auftraggeber **unzumutbar oder unmöglich** machen, das konkrete Vergabeverfahren fortzusetzen. Auch bei diesem Aufhebungsgrund darf nicht der Auftraggeber selber die Ursache gesetzt haben. Beginnt er z.B. ein Vergabeverfahren, ohne die Finanzierung gesichert zu haben, so ist ein Scheitern der Finanzierung kein solcher wichtiger Grund. Der Auftraggeber kann zwar das Vergabeverfahren dennoch beenden, ist jedoch ggf. Schadensersatzansprüchen von Bietern ausgesetzt. Anders liegt es, wenn der Wegfall der für die Finanzierung vorgesehenen Fördermittel auf einem Nachprüfungsverfahren beruht, da der Auftraggeber nunmehr nicht mehr in der Lage ist, die Fördermittel rechtzeitig abzurufen und abzurechnen. Voraussetzung ist aber, dass der Auftraggeber das Nachprüfungsverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten selber verursacht hat.

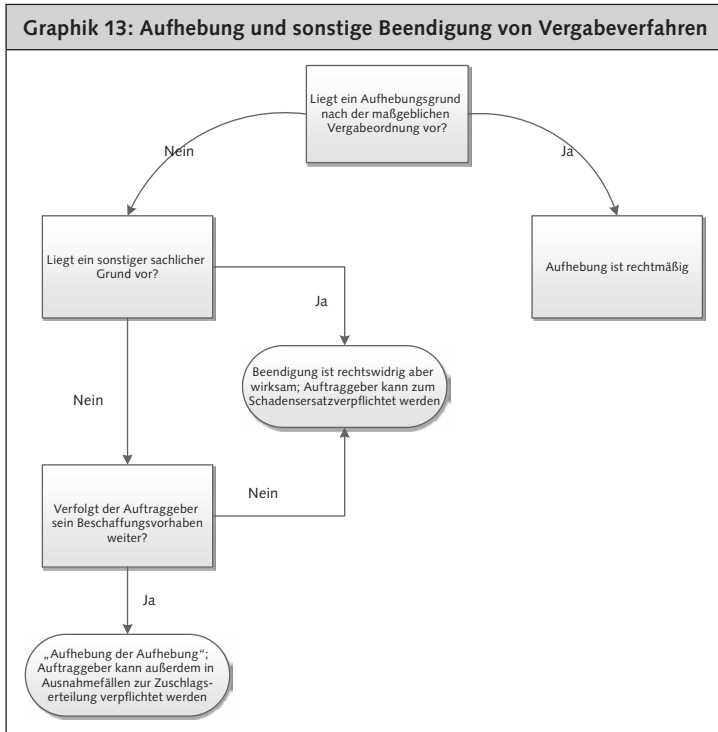
### III. Sonstige Beendigung/Einstellung

Der Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren aber auch beenden, wenn keiner der Aufhebungsgründe vorliegt. Ein Auftraggeber ist vor allem nicht dazu verpflichtet, ein Vergabeverfahren mit der Beauftragung eines Bieters abzuschließen. **Er kann jederzeit vom Vertragsschluss absehen** (EuGH v. 16.9.1999, C-27/98 und v. 18.6.2002, C-92/00; BGH 5.11.2002, X ZR 232/00). Hierfür kann in Unterscheidung zur rechtmäßigen Aufhebung (bei Vorliegen eines Aufhebungsgrundes) von „sonstiger Beendi-

525

gung“ oder „Einstellung“ (so § 37 VSVgV: „Aufhebung und Einstellung des Vergabeverfahrens“) gesprochen werden.

- 526 Damit der Auftraggeber ein Verfahren beenden darf, muss ein sachlicher Grund vorliegen und die Beendigung bzw. Einstellung darf nicht nur erfolgen, um einen (möglicherweise unerwünschten) Bieter zu diskriminieren. Dabei darf der Auftraggeber – im Unterschied zur Aufhebung – den sachlichen Grund sogar selber verschuldet haben, z.B. in dem er eine ungenaue oder falsche Leistungsbeschreibung vorgegeben hatte und nun Korrekturen vornehmen will.
- 527 Eine Verfahrensbeendigung ist dann unzulässig und auf Anweisung der Nachprüfungsinstanzen rückgängig zu machen, wenn **kein sachlich gerechtfertigter Grund** vorliegt oder die Aufhebung nur zu dem Zweck erfolgt, um Bieter zu diskriminieren (OLG Düsseldorf v. 8.7.2009, Verg 13/09). Diese sog. „**Aufhebung der Aufhebung**“ ist genau genommen die „Rückgängigmachung einer Verfahrenseinstellung, für die kein sachlicher Grund vorlag“.
- 528 Verfolgt der Auftraggeber sein Beschaffungsvorhaben weiter, kann er über die reine Rückgängigmachung der Aufhebung dazu verpflichtet werden, den Zuschlag zu erteilen. Die Verpflichtung zur Zuschlagserteilung ist allerdings ein absoluter Ausnahmefall und kommt in der Praxis nur ganz selten
- 529 Eine Beendigung eines Vergabeverfahrens, ohne dass ein Grund zur Aufhebung vorliegt, kann allerdings Schadensersatzansprüche von Bietern hervorrufen, die unten in Rdnr. 660 ff. näher dargestellt sind.



## 6. Teil

### Rechtsschutz

Die Aufforderung an den Auftraggeber, sich bei Vergaben nach Recht und Gesetz zu verhalten, ist natürlich ganz wichtig. Aber nicht immer führt dies dazu, dass Auftraggeber dies auch wirklich tun – oder zumindest liegt es in der Natur der Sache, dass übergangene Bewerber und Bieter einen tatsächlichen oder vermeintlichen Rechtsverstoß sehen und ihn auch geltend machen wollen. Für Unternehmen geht es bei öffentlichen Aufträgen häufig um wichtige wirtschaftliche Fragen, bis hin zur Existenzsicherung. 530

Und natürlich können die Auffassungen, **wie eine Vorschrift anzuwenden** ist, im Einzelnen auseinandergehen. All dies führt dazu, dass die Anwendung des Vergaberechts nicht betrachtet werden kann, ohne auch die Durchsetzung des Rechts darzustellen. 531

Rechtsschutz dient grundsätzlich den Interessen der Parteien, also in Nachprüfungsverfahren denen von Antragsteller, Auftraggeber und dem beigeladenen Unternehmen. Zugleich führt die Rechtsprechung aber auch dazu, die Regeln für die Durchführung von wirtschaftlichen und rechtstreuen Beschaffungen mit allgemeiner Wirkung klarzustellen – sowohl für Vergaben des betroffenen Auftraggebers als auch für andere Auftraggeber. Rechtsschutz hat daher eine vom Gesetzgeber zu Recht hervorgehobene Bedeutung. 532

### I. Mögliche Rechtswege

Die Überprüfung von Vergabeverfahren kann, je nach Rechtsschutzziel und Vorliegen spezifischer Voraussetzungen, durch ganz unterschiedliche Gerichte und Instanzenzüge erfolgen. 533

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich im Wesentlichen auf den sog. **Primärrechtsschutz**, mit dem der Rechtsschutzsuchende einen bevorstehenden Zuschlag verhindern will. Beim sog. **Sekundärrechtsschutz** geht es um die nachträgliche Überprüfung einer Vergabeentscheidung mit dem Ziel, Schadensersatz zu erlangen. Außerdem beschränkt sich die Darstellung auf Vergabeverfahren nach GWB und den Vergabeverordnungen sowie nach UVgO und VOB/A. 534

- 535 Neben den darzustellenden Verfahren des primären Rechtsschutzes kann das Vergaberecht aber noch in zahlreichen anderen Verfahren eine Rolle spielen, z.B.:
- vor **Strafgerichten** bei der Frage, ob eine Untreue-Handlung begangen wurde oder nicht;
  - vor **Verwaltungsgerichten** bei der Überprüfung von Rückforderungsbescheiden, wenn ein Zuwendungsgeber diese wegen Verstoßes gegen das Vergaberecht zurückfordern will;
  - bei einer Kündigung aus wichtigem Grund kann es vor dem **Arbeitsgericht** um einen Verstoß gegen das Vergaberecht und damit gegen die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis gehen.
- 536 Entscheidungen können schließlich auch vom **EuGH**, insbesondere in Vorlageverfahren oder Vertragsverletzungsverfahren, kommen.
- 537 Natürlich hat auch das **BVerfG** wichtige Entscheidungen zum Vergaberecht getroffen, so hat es z.B. die Zweiteilung des Primärrechtsschutzes gebilligt.
- 538 Auch in anderen Verfahren kann es im Einzelfall zur Überprüfung von vergaberechtlichen Entscheidungen kommen, so z.B. bei der Frage, welche Aufwendungen für die Herstellung einer Hausanschlussleitung an einen Grundstückseigentümer weiterberechnet werden können (HessVerwG, v. 25.4.2012, 5 A 1514/11).
- 539 Dies macht deutlich, dass das Vergaberecht **zahlreiche Schnittstellen** zu anderen Rechtsbereichen hat und dass der Abschluss eines Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag keinesfalls bedeutet, dass ein Vergabeverfahren nicht mehr intensiv durchleuchtet und bewertet werden könnte.

## II. Zweiteilung des Rechtsschutzes

- 540 **Wie bei den Vergabeverfahren selber ist auch der Rechtsschutz gegen beabsichtigte Zuschlagserteilungen geteilt.** Die Aufteilung in Ober- und Unterschwellenrecht setzt sich beim Rechtsschutz sogar mit besonderer Intensität fort.
- 541 Im **Oberschwellenbereich** findet die Nachprüfung in Verfahren nach §§ 155 ff. GWB vor der Vergabekammer und dem OLG als Beschwerdeinstanz statt. Für Verträge mit einem Auftragswert **unterhalb der EU-Schwellenwerte** muss der primäre Rechtsschutz nach allgemeinen Regeln, also bei zivilrechtlichen Verträgen vor den Zivilgerichten, gesucht werden.