

Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	10.05.2023
Aktenzeichen:	Verg 45/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2023:0510.VERG45.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2023 – Verg 45/22 –, juris

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 13.10.2022, VK 1-83/22 BKartA, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Beigeladenen hat die Antragstellerin zu tragen.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen eine Verlängerung der Angebotsfrist, die die Antragsgegnerin den Bietern erst nach Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist auf der Vergabeplattform mitgeteilt hat.
- 2 Mit Bekanntmachung vom 20.06.2022 schrieb die Antragsgegnerin europaweit im offenen Verfahren Reparatur- und Wartungsarbeiten von elektrischen Einrichtungen in Gebäuden im D. in N. aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ..., Anlage Ast 1). Die Laufzeit des Vertrags beträgt ein Jahr (beginnend ab dem 01.10.2022) und kann durch den Auftraggeber dreimal um jeweils ein Jahr verlängert werden.
- 3 Schlusstermin für den Eingang der Angebote war zunächst der 19.07.2022 um 8:00 Uhr. Bis zum 13.07.2022 waren 36 Bieterfragen eingegangen, welche die Antragsgegnerin in acht Hinweisblättern jeweils veröffentlicht über die elektronische Vergabeplattform, beantwortete. Mit dem sechsten Hinweisblatt vom 13.07.2022 veröffentlichte die Antragsgegnerin zudem eine überarbeitete Leistungsbeschreibung. Die Bitte von Bietern, die Angebotsfrist um zwei Wochen zu verlängern, hatte sie jeweils mit dem vierten und dem fünften Hinweisblatt (Ziff. 13 und Ziff. 22) vom 06.07.2022 abgelehnt.
- 4 Am Nachmittag des 18.07.2022 ging bei der Antragsgegnerin die Rüge eines an diesem Nachprüfungsverfahren nicht beteiligten Bieters ein. Dieser forderte unter Verweis auf seinen mit dem vierten Hinweisblatt (Ziff. 13) abgelehnten Antrag auf Verlängerung der Angebotsfrist, die Frist zu verlängern mit der Begründung, die Hinweisblätter vier bis sieben sowie das sechste Hinweisblatt einschließlich der geänderten Leistungsbeschreibung seien erst am 13.07.2022 veröffentlicht worden, die Frist zur Angebotsabgabe sei vor diesem Hintergrund zu kurz. In Bezug auf die Bieterfrage Ziff. 14 rügte er zudem, dass verbindliche Vorgaben und damit kalkulationsrelevante Unterlagen fehlten. Die An-

tragsgegnerin veranlasste am selben Abend eine Bearbeitung und leitete die Rüge intern "mit der Bitte um weitere Bearbeitung" weiter.

- 5 Die Antragstellerin reichte am 18.07.2022 um 23:13 Uhr ihr Angebot über die Vergabeplattform ein. Bis zum Ablauf der Frist gingen weitere Angebote, darunter das der Beigeladenen, ein.
- 6 Am 19.07.2022 um 16:16 Uhr desselben Tags veröffentlichte die Antragsgegnerin über die Vergabeplattform das neunte Hinweisblatt, mit dem sie den Bietern mitteilte, dass die Angebotsfrist bis zum 02.08.2022 um 8:00 Uhr verlängert werde, zudem kündigte sie die Veröffentlichung eines überarbeiteten Leistungsverzeichnisses an. Ob die Antragsgegnerin die Bieter bereits um 8:03 Uhr des 19.07.2022 über die Fristverlängerung informiert hatte - wie von der Beigeladenen vorgetragen - ist zwischen den Parteien streitig.
- 7 Die überarbeitete Leistungsbeschreibung, in welche die in den Hinweisblättern erteilten Informationen und Konkretisierungen aufgenommen wurden, einschließlich des angepassten Vertragstexts, in den die Bieterinformationen ebenfalls einbezogen wurden, veröffentlichte die Antragsgegnerin mit dem zehnten Hinweisblatt vom 27.07.2022. Zugleich wurde die Angebotsfrist bis zum 11.08.2022 um 8:00 Uhr verlängert.
- 8 Die Antragstellerin zog daraufhin - wie die übrigen Bieter - ihr ursprüngliches Angebot zurück und gab zum verlängerten Angebotsschlussstermin ein neues Angebot ab. Dabei lud sie (versehentlich) ein Angebot auf der Basis der noch nicht angepassten - alten - Vergabeunterlagen hoch.
- 9 Mit Schreiben vom 29.08.2022 (Anlage Ast 2) teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin nach § 134 GWB mit, dass beabsichtigt sei, das Angebot der Beigeladenen anzunehmen. Das Angebot der Antragstellerin sei nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausgeschlossen worden, weil sowohl das Leistungsverzeichnis als auch der Vertragsentwurf nicht in der aktuellen Fassung vorlägen, was eine Änderung der Vergabeunterlagen darstelle. Außerdem sei das Angebot der Antragstellerin auch preislich unterlegen.
- 10 Die Antragstellerin rügte mit Anwaltsschreiben vom 06.09.2022 (Anlage Ast 3), dass der Wiedereinstieg in das Vergabeverfahren per Bieternachricht nach Ende der ursprünglichen Angebotsfrist vergaberechtswidrig sei. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 07.09.2022 (Anlage Ast 4) zurück.
- 11 Am 08.09.2022 hat die Antragstellerin, vertreten durch ihre Verfahrensbevollmächtigten, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Entscheidung der Antragsgegnerin, eine bereits beendete Angebotsphase eines offenen Verfahrens nach dem Ende der Angebotsfrist wiederzueröffnen, stehe im diametralen Widerspruch zu den vergaberechtlichen Grundsätzen. Das Vergabeverfahren leide an einem derart schwerwiegenden Mangel, dass nur die Zurückversetzung in den Zeitpunkt vor Aufforderung zur Angebotsabgabe und damit die Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens diesen Mangel heilen könne. Der Wiedereinstieg in eine bereits beendete Angebotsphase sei vergaberechtswidrig, da dies dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit einer unzulässigen Einflussnahme auf das Vergabeverfahren biete. Er erhalte die Möglichkeit, bereits eingegangene Angebote zu öffnen oder in das Bieterfeld einzugreifen. Dabei sei es unerheblich, ob tatsächlich eine Manipulation durch die Antragsgegnerin vorliege. Ein Wiedereinstieg in die Angebotsphase sei auch nicht deshalb gerechtfertigt gewesen, weil die Antragsgegnerin die Notwendigkeit einer An-

passung des Leistungsverzeichnisses sowie des Vertrags erkannt habe. Für diesen Fall habe der Ordnungsgeber die Aufhebung des Verfahrens nach § 63 VgV vorgesehen. Der gerügte und angegriffene Verstoß gegen die Vergabevorschriften sei von ihr, der Antragstellerin, erst durch Hinweis ihres Verfahrensbevollmächtigten unmittelbar vor der Rüge erkannt worden und vorher auch nicht erkennbar gewesen.

12 Die Antragstellerin hat beantragt,

13 1. festzustellen, dass sie in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist;

14 2. gemäß § 168 Abs. 1 GWB geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern;

15 3. hilfsweise andere, zur Wahrung der Rechte der Antragstellerin notwendige Anordnungen zu treffen;

16 4. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen;

17 5. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB.

18 Die Antragsgegnerin hat beantragt,

19 1. den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

20 2. Der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

21 Die gemäß Beiladungsbeschluss vom 12.09.2022 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene hat beantragt,

22 1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen;

23 2. ihr Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren;

24 3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Beigeladene für notwendig zu erklären.

25 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Ansicht vertreten, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, da der geltend gemachte Vergaberechtsverstoß von der Antragstellerin hätte erkannt und vor Angebotsabgabe hätte gerügt werden müssen. Die noch vor dem Angebotsschlussstermin angestoßene Verlängerung der Angebotsfrist sei aufgrund von technischen Problemen in der Software der Vergabepattform nicht mehr rechtzeitig auf der Plattform veröffentlicht worden. Wegen der bestehenden technischen Probleme habe auch zunächst keine Möglichkeit bestanden, neue Hinweisblätter zu veröffentlichen. Bis zum Ablauf der verlängerten Angebotsfrist am 11.08.2022 sei keine Öffnung der Angebote erfolgt. Die Verschiebung des Angebotsschlussstermins sei nach § 20 Abs. 3 Nr. 2 VgV erforderlich gewesen. Durch die Verlängerung der Angebotsfrist sei den Bietern eine angemessene Frist eingeräumt worden, ihre Angebote an die geänderten Vergabeunterlagen anzupassen.

26 Die Beigeladene hat ausgeführt, die von der Antragsgegnerin vorgenommene Aufforderung, ein zweites Mal ein Angebot abzugeben, könne eine Teilaufhebung und Zurücksetzung des Beschaffungsvorgangs darstellen. Die Antragsgegnerin sei nicht verpflichtet gewesen, einen Zuschlag auf die ersten Angebote zu erteilen, die nicht mehr den ur-

sprünglichen Bedürfnissen entsprachen. Eine Verpflichtung zur kompletten Aufhebung des Vergabeverfahrens bestehe nicht.

27 Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurückgewiesen. Die Verlängerung der Frist zur Angebotsabgabe nach Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist sei nicht zu beanstanden. Die (Teil-)Aufhebung und Zurückversetzung des Vergabeverfahrens sei vergaberechtsfehlerfrei erfolgt. Es sei grundsätzlich dem Willen des öffentlichen Auftraggebers überlassen, ob, wann und mit welchem Inhalt er einen Auftrag vergebe. Er sei insbesondere nicht gehalten, einen Zuschlag auf ein Angebot mit einer Leistungsbeschreibung zu erteilen, das seinem Bedarf nicht oder in geringerem Umfang als ursprünglich angenommen entspreche. Die Entscheidung des Auftraggebers, die mit Blick auf die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 7 GWB) der uneingeschränkten Kontrolle der Nachprüfung unterliege, sei nicht zu beanstanden.

28 Gegen den ihr am 13.10.2022 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 26.10.2022 - eingegangen am selben Tag - sofortige Beschwerde eingelegt, mit der sie ihre Rügen wiederholt und vertieft.

29 Die Antragstellerin beantragt,

30 1. die Entscheidung der ersten Vergabekammer des Bundes vom 13.10.2022, VK 1 - 83/22, aufzuheben;

31 2. festzustellen, dass sie in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt wurde und gemäß § 168 Abs. 1 GWB geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

32 Die Antragsgegnerin beantragt,

33 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin und Beschwerdeführerin vom 26.10.2022 zurückzuweisen und den Beschluss der ersten Vergabekammer des Bundes vom 13.10.2022, VK 1 - 83/22 aufrechtzuerhalten;

34 Die Beigeladene beantragt,

35 1. den Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 13.10.2022, VK 1 - 83/22, nicht aufzuheben;

36 2. die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 26.10.2022 zurückzuweisen.

37 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer.

II.

38 Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag vom 08.09.2022 zu Recht zurückgewiesen.

39 1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist insgesamt zulässig.

40 a. Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB).

- 41 aa. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse an dem Auftrag dokumentiert.
- 42 bb. Die Antragstellerin macht zudem geltend, dass sie durch das vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt sei. Sie behauptet, die Antragsgegnerin habe in vergaberechtswidriger Weise nach dem Ablauf der Angebotsfrist die Angebotsphase wiedereröffnet und unter Verstoß gegen § 20 Abs. 3 VgV die Angebotsfrist verlängert.
- 43 cc. Die Antragsbefugnis setzt gemäß § 160 Abs. 2 GWB neben dem Interesse des Antragstellers am Auftrag und der Darlegung einer Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB voraus, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Hierfür genügt, wenn ein Schadenseintritt durch die geltend gemachte Rechtsverletzung ursächlich und nicht offenkundig ausgeschlossen ist, denn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind an die Darlegung eines drohenden Schadens aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes keine strengen Anforderungen zu richten (BGH, Beschl. v. 10.11.2009 - X ZB 8/09, Rn 32; Senat, Beschl. v. 18.04.2018 - VII Verg 56/17, Rn 17, zitiert nach juris). Da ein Nachprüfungsverfahren grundsätzlich darauf abzielen muss, als Bieter berücksichtigt zu werden (EuGH NZBau 2010, 63, 66 Rn. 36), besteht der drohende Schaden darin, dass durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten auf den Zuschlag zumindest verschlechtert werden können (BGH, Beschl. v. 10.11.2009 - X ZB 8/09, Rn 32; Senat, Beschl. v. 18.04.2018 - VII Verg 56/17, Rn 17, zitiert nach juris). Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann bereits eine Zurückversetzung eines Verfahrens zu einer Verschlechterung der Zuschlagschancen führen, wenn dadurch - wie vorliegend - weiteren Bietern die Möglichkeit einer Angebotsabgabe eröffnet wird, ohne dass es darauf ankäme, ob der den Antrag stellende Bieter selbst bei der erneuten Angebotsabgabe einen formalen Fehler begangen hat oder nicht.
- 44 b. Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht unzulässig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB. Die Antragstellerin hätte den in der Fristverlängerung und dem Wiedereintritt - mit geänderten Vergabeunterlagen - in die Angebotsphase liegenden vermeintlichen Vergaberechtsverstoß nicht bereits in dem Zeitpunkt erkennen können, als die Fristverlängerung den Bietern am 19.07.2022 bekannt gemacht worden ist.
- 45 aa. Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Vergaberechtsverstöße, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften ist objektiv zu bestimmen. Eine die Rügeobliegenheit auslösende Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften ist - immer bezogen auf den konkreten Einzelfall - zu bejahen, wenn der Verstoß von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann (Senat, Beschl. v. 03.04.2019 - VII Verg 49/18, juris Rn 183; Beschl. v. 26.07.2018 - VII Verg 23/18; Beschl. v. 28.03.2018 - VII Verg 54/17, juris Rn 17 und Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn 37). Dabei muss sich die Erkennbarkeit sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (*Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 49). In Bezug auf die zu rügenden Vergaberechtsverstöße, welche sich aus den Vergabeunterlagen ergeben (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB), ist für eine Präklusion mithin er-

forderlich, dass der Inhalt der Unterlagen bei laienhafter rechtlicher Bewertung, also ohne Bemühung besonderen Rechtsrats, auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutet. Das setzt regelmäßig voraus, dass die Rechtsvorschriften, gegen die verstoßen wird, zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehören (Senat, Beschl. v. 26.07.2018 - VII Verg 23/18; Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn 37; OLG München, Beschl. v. 22.10.2015 - Verg 5/15, juris Rn 43). Eine Rügepräklusion kommt damit in der Regel nur für auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhende und ins Auge fallende Rechtsverstöße in Betracht (vgl. *Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 49). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebotes beziehungsweise seiner Bewerbung auffallen muss (Senat, Beschl. v. 03.08.2011 - VII Verg 16/11, ZFBR 2021, 72, 74).

- 46 bb. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe war der in der Fristverlängerung und dem Wiedereintritt - mit geänderten Vergabeunterlagen - in die Angebotsphase liegende vermeintliche Vergaberechtsverstoß für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter nicht erkennbar. Die Bieterinformation im neunten Hinweisblatt ist zwar Bestandteil der Vergabeunterlagen. Auch ist vorliegend eine Erkennbarkeit der den vermeintlichen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen in tatsächlicher Hinsicht - nämlich die Mitteilung der Fristverlängerung und der damit verbundene Wiedereintritt in die Angebotsphase mit geänderten Vergabeunterlagen - gegeben. Demgegenüber fehlt es jedoch an einer Erkennbarkeit in rechtlicher Hinsicht. Für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter des angesprochenen Personenkreises ist bei Anwendung der üblichen Sorgfalt und üblichen Kenntnis bei laienhafter rechtlicher Bewertung nicht feststellbar, ob die Fristverlängerung nach Ablauf der Angebotsfrist auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutet. Vertiefte rechtliche Kenntnisse, die es erlauben, die Vergaberechtskonformität einer Wiedereröffnung der Angebotsphase - einschließlich einer Differenzierung zwischen wirksamer und rechtmäßiger Wiedereröffnung - zu beurteilen, können von einem durchschnittlichen Bieter nicht erwartet werden.
- 47 2. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg.
- 48 Die Verlängerung der Angebotsfrist und der Wiedereintritt in die Angebotsphase mit geänderten Vergabeunterlagen erfolgte vergaberechtsfehlerfrei. Ein Verstoß gegen den Grundsatz eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB) liegt nicht vor.
- 49 a. Die seitens der Antragsgegnerin den Bietern erst nach Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist mitgeteilte Fristverlängerung stellt vergaberechtlich eine Wiedereröffnung der Angebotsfrist in Form einer Teilrückversetzung des Vergabeverfahrens (horizontale Teilaufhebung) dar. Eine Fristverlängerung nach Ablauf der Angebotsfrist nach § 20 Abs. 3 VgV scheidet aus (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 12.01.2010 - Verg W 5/09 Rn 80; *Dieckmann*, in: *Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal*, 3. Aufl., § 15 VgV Rn 9). Mit Fristablauf war die Angebotsphase beendet, so dass es einer teilweisen Rückversetzung des Verfahrens bedurfte.
- 50 b. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine (Teil-)Aufhebung und Zurückversetzung des Vergabeverfahrens auch nach Abgabe der Angebote und sogar nach Öffnung der Angebote möglich und vergaberechtlich nicht ausgeschlossen.

- 51 aa. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Bieter die Aufhebung des Vergabeverfahrens, von engen, hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen, nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in den einschlägigen Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen (wie etwa § 63 VgV oder § 17 Abs. 1 VOB/A EU) aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Vielmehr bleibt es der Vergabestelle grundsätzlich unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt. Dies folgt daraus, dass die Bieter zwar einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 6 GWB), aber nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt (BGH, Beschl. v. 20.03.2014 - X ZB 18/13, NZBau 2014, 310; BGH, Urt. v. 05.11.2002 - X ZR 232/00, NZBau 2003, 168 = VergabeR 2003, 163). Bei der rechtlichen Überprüfung einer vollständigen oder auch nur teilweisen Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist zwischen der Wirksamkeit und der Rechtmäßigkeit der (Teil-) Aufhebungsentscheidung öffentlicher Auftraggeber zu unterscheiden (Senat, Beschl. v. 12.01.2015 - VII Verg 29/14, juris Rn 24).
- 52 (1) Während eine von den Vergabe- und Vertragsordnungen gedeckte und somit rechtmäßige Aufhebung (wie etwa nach § 63 VgV oder § 17 Abs. 1 VOB/A EU) zur Folge hat, dass die Aufhebung keine Schadensersatzansprüche wegen eines fehlerhaften Vergabeverfahrens begründet, kann dem Bieter im Falle einer nicht unter die einschlägigen Tatbestände fallenden Aufhebung ein auf die Erstattung des negativen Interesses gerichteter Schadensersatzanspruch zustehen (vgl. BGH, Beschl. v. 20.03.2014 - X ZB 18/13, NZBau 2014, 310; BGH, Urt. v. 09.06.2011 - X ZR 143/10, NZBau 2011, 498 Rn 16- Rettungsdienstleistungen II; Senat, Beschl. v. 12.01.2015 - VII Verg 29/14, juris Rn 24).
- 53 (2) Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Aufhebung eines Vergabeverfahrens wirksam ist. Ein öffentlicher Auftraggeber kann grundsätzlich nicht verpflichtet werden, einen Auftrag auf der Grundlage einer Ausschreibung zu erteilen, die er als fehlerhaft erkannt hat. Dies ist Folge der Vertragsfreiheit, die auch für im Wege öffentlicher Ausschreibungen vergebene Aufträge gilt. Notwendige Voraussetzung für eine vollständige oder auch nur teilweise Aufhebung einer Ausschreibung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine (Teil-) Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder nur zum Schein erfolgt (BGH, Urt. v. 18.02.2003, X ZB 43/02 - juris Tz. 14; BGH, Urt. v. 05.11.2002, X ZR 232/00 - juris Tz. 19; BGH, Urt. v. 08.09.1998, X ZR 48/97 - juris Rn. 32; Senat, Beschl. v. 12.01.2015 - VII Verg 29/14, juris Rn 25; Senat, Beschl. v. 10.11.2010, VII-Verg 28/10 - juris Rn. 42; Beschl. v. 08.07.2009, VII-Verg 13/09 - juris Rn. 21; Beschl. v. 22.07.2005, VII-Verg 37/05 - juris Rn. 21; Beschl. v. 16.02.2005, VII-Verg 72/04 - juris Rn. 22). Eine bereits erfolgte Submission schließt eine solche Fehlerkorrektur nicht aus. Zwar ist richtig, dass ein transparenter Wettbewerb wegen der damit verbundenen Manipulationsgefahr nicht mit einer im Belieben des Auftraggebers stehenden Wiederholung der Angebotsabgabe zu vereinbaren ist. Es steht aber gerade nicht im Belieben öffentlicher Auftraggeber, vor oder nach Submission den Bietern Gelegenheit zu einer Änderung ihrer Angebote einzuräumen. Dies unterliegt vielmehr uneingeschränkt der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen (Senat, Beschl. v. 12.01.2015 - VII Verg 29/14, juris Rn 23; Senat, Beschl. v. 05.01.2011, VII-Verg 46/10 - juris Rn. 30).

- 54 bb. Gleiches gilt für die Aufhebung einzelner Verfahrensabschnitte des Vergabeverfahrens (horizontale Teilaufhebung), durch die das Vergabeverfahren in einen bestimmten Verfahrensstand zurückversetzt wird (vgl. Senat, Beschl. v. 12.01.2015 - VII Verg 29/14, juris Rn 25; Herrmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 63 VgV Rn 11). Wie die Vergabenachprüfungsinstanzen (vgl. § 168 Abs. 1 S. 1 GWB) darf auch die Vergabestelle selbst das Vergabeverfahren in einen bestimmten Stand zurückversetzen.
- 55 c. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe war die vorliegende teilweise Zurücksetzung des Vergabeverfahrens und Wiedereröffnung der Angebotsphase nicht missbräuchlich, sondern sachlich gerechtfertigt und damit wirksam. Anhaltspunkte für eine vergaberechtswidrige Diskriminierung einzelner Bieter oder eine Manipulation liegen nicht vor. Eine unzulässige Einflussnahme auf das Vergabeverfahren durch die Antragsgegnerin wird auch seitens der Antragstellerin nicht behauptet, die auf die bloße potenzielle Manipulationsmöglichkeit abstellt. Vorliegend hat die Antragstellerin die Angebotsfrist verlängert, weil zusätzliche Informationen betreffend das Angebot, nämlich das 4. bis 7. Hinweisblatt, und damit einhergehend kalkulationsrelevante Unterlagen nicht sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist den Bietern zur Verfügung gestanden hatten (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 VgV), was auch von einem Bieter gerügt worden war. Die mit der Fristverlängerung einhergehende Wiedereröffnung der Angebotsphase erfolgte damit vorliegend erkennbar zur Vermeidung einer zu kurzen Angebotsfrist und damit zur Behebung eines Verfahrensfehlers. Zudem war eine Öffnung der Angebote bis zum Ablauf der verlängerten Angebotsfrist nicht vorgenommen worden, wobei für die Öffnung der Angebote bei der Antragsgegnerin auch nicht die Vergabestelle, sondern eine organisatorisch getrennte Angebotssammelstelle zuständig ist. Schließlich hatte sich der Bieterkreis durch die Wiedereröffnung der Angebotsphase nicht verändert.

III.

- 56 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
- 57 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen hat die Vergabekammer vergaberechtsfehlerfrei nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG bejaht.
- 58 Der Beschwerdewert wird auf bis 550.000,00 EUR festgesetzt. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des auf die fest vorgesehene Laufzeit entfallenden Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senat, Beschl. v. 10.02.2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Eine Verlängerungsoption ist grundsätzlich mit fünf Prozent der Hälfte des Auftragswerts für diesen Zeitraum zu berücksichtigen (BGH, Beschl. v.18.03.2014 - X ZB 12/13, NZBau 2014, 452). Vorliegend bestand eine dreimalige Verlängerungsoption von jeweils einem Jahr. Fünf Prozent des so ermittelten Gesamtauftragswerts belaufen sich auf bis 550.000,00 EUR.