

---

**Datum:** 24.09.2002  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** Vergabesenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** Verg 48/02  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2002:0924.VERG48.02.00

---

**Tenor:**

1. Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 28.8.2002 (VK 1 – 65/02) bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern, wird zurückgewiesen.
  
2. Der Antragstellerin wird aufgegeben, sich bis zum 11.10.2002 zu erklären, ob die sofortige Beschwerde zurückgenommen wird.

---

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

I. Das ... als Vergabestelle forderte zur Vorbereitung einer die Anschaffung eines EDV-gestützten gemeinsamen Auswertungssystems für die Technische Aufklärung der Bundeswehr (GAST) betreffenden Auftragsvergabe durch Bekanntmachung im Bundesausschreibungsblatt vom 5.1.2001 im Wege einer "Freihändigen Vergabe mit vorgeschaltetem Öffentlichem Teilnahmewettbewerb" zur Einreichung von Teilnahmeanträgen auf. Die Teilnahme und die Ausführung des Auftrags unterlagen bestimmten Geheimhaltungs- und Sicherheitsvorschriften. Die Vergabestelle gab 15 Bewerbern – so auch der Antragstellerin – unter dem 28.8.2001 Gelegenheit zur Angebotsabgabe. Innerhalb der Angebotsfrist legte unter anderem die Antragstellerin in Bietergemeinschaft mit der ... ein Angebot vor.

Mit Schreiben vom 1.3.2002 teilte die Vergabestelle der ... auf Nachfrage mit, die "Pflicht zur Vorabinformation der unterlegenen Bieter nach § 13 VgV" werde "selbstverständlich" beachtet. Durch weiteres Schreiben vom 12.7.2002 gab die Vergabestelle der in der Bietergemeinschaft federführenden Antragstellerin bekannt, "dass Ihr Angebot nicht

1

2

3

berücksichtigt werden konnte". Ebenfalls am 12.7.2002 schlug die Vergabestelle einer konkurrierenden Bietergemeinschaft (ARGE GAST) den Auftrag zu.

Die Antragstellerin rügte den Inhalt der Mitteilung vom 12.7.2002 unter dem 18.7.2002 als nicht vereinbar mit den Vergabevorschriften und ließ mit Schreiben ihrer Rechtsanwälte an die Vergabestelle vom 25.7.2002 weitere Beanstandungen am Verfahren erheben.

Am 26.7.2002 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt, mit dem sie ihre Rügen wiederholt und beantragt hat, der Vergabestelle aufzugeben, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen. Im gleichen zeitlichen Zusammenhang erklärte die ... der Vergabestelle, sie nehme die Rüge vom 18.7.2002 zurück und sei an der Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens nicht interessiert. Die Bietergemeinschaft zwischen der Antragstellerin und der ... soll aufgehoben sein.

Die Vergabestelle ist dem Nachprüfungsantrag entgegengetreten.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 28.8.2002 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin verworfen. Hierfür hat es die Vergabekammer als entscheidend angesehen, dass der Nachprüfungsantrag erst eingegangen sei (nämlich am 26.7.2002), nachdem durch Vertragsabschluss mit der konkurrierenden Bietergemeinschaft vom 12.7.2002 die Vergabestelle den Zuschlag bereits anderweit erteilt habe. Der Nachprüfungsantrag sei deshalb nicht (mehr) zulässig. Die anderweitige Auftragsvergabe sei nicht wegen Verletzung der Informationspflicht der Vergabestelle gemäß § 13 Satz 4 der am 1.2.2001 in Kraft getretenen Vergabeverordnung nichtig. Diese Vorschrift sei – trotz anderslautender Mitteilung der Vergabestelle vom 1.3.2001 - nicht anwendbar, da das vorliegende Vergabeverfahren bereits vorher (jedenfalls mit der Bekanntmachung vom 5.1.2001 im Bundesausschreibungsblatt) begonnen habe, und begonnene Vergabeverfahren gemäß der Übergangsbestimmung des § 23 jener Vergabeverordnung nach bisherigem Recht abzuwickeln seien. Nach bisherigem Recht stehe eine Verletzung der Mitteilungspflicht der Vergabestelle über abgelehnte Angebote der Wirksamkeit der Auftragsvergabe nicht entgegen.

Mit ihrer gegen diesen Beschluss gerichteten und mit dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels nach § 118 GWB verbundenen sofortigen Beschwerde macht die Antragstellerin gegen die die Verwerfung ihres Nachprüfungsantrages durch die Vergabekammer tragende Begründung geltend, das Vergabeverfahren habe im Rechtssinn erst mit der Angebotsaufforderung der Vergabestelle vom 28.8.2001, also nach Inkrafttreten der (neuen) Vergabeverordnung, begonnen. Deshalb sei § 13 Satz 4 der (neuen) Vergabeverordnung anzuwenden. Der Teilnahmewettbewerb, den die Vergabestelle durch die Bekanntmachung vom 5.1.2001 angeregt habe, sei nicht Bestandteil des Vergabeverfahrens gewesen. Demnach treffe den Vertragsabschluss mit der anderen Bietergemeinschaft vom 12.7.2002 die Nichtigkeitsfolge des § 13 Satz 4 VgV, da die Vergabestelle nicht (14 Kalendertage) vorher, sondern erst unter demselben Datum habe verlauten lassen, dass sie das von ihr, der Antragstellerin, in Bietergemeinschaft mit der ... abgegebene Angebot nicht berücksichtigt habe.

II. Der im gegenwärtigen Stadium des Beschwerdeverfahrens allein zu bescheidende Antrag der Antragstellerin, gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung ihres Rechtsmittels bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern, hat keinen Erfolg. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die gemäß § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist endende Suspensivwirkung der sofortigen Beschwerde nicht

zu verlängern und der dahingehende Antrag des Antragstellers zurückzuweisen, wenn das zugleich eingelegte Rechtsmittel in der Hauptsache voraussichtlich unbegründet ist. So liegt es im vorliegenden Fall. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nach Lage der Dinge nicht begründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Recht (als unzulässig) verworfen.

In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob das vorliegende Vergabeverfahren von einer Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften des 4. Teils des GWB gemäß § 100 Abs. 2 Buchst. d) oder e) GWB ausgenommen ist und einem Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB deshalb ohnehin entzogen ist. Unter die genannten Bestimmungen des § 100 GWB fallen Aufträge, die – worauf im vorliegenden Fall Einiges hindeutet - in Übereinstimmung mit den Rechts- und Verwaltungsvorschriften in der Bundesrepublik Deutschland für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach diesen Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert oder wenn der Schutz wesentlicher Interessen der Sicherheit des Staates es gebietet (Abs. 2 Buchst. d), sowie solche Aufträge, die dem Anwendungsbereich des Art. 223 Abs. 1 Buchst. b) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unterliegen (Abs. 2 Buchst. e). Ebenfalls keiner Entscheidung bedarf, ob die Antragstellerin nach behaupteter Aufhebung der Bietergemeinschaft mit der ... für den Nachprüfungsantrag überhaupt noch antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB ist. Dass kein Ausnahmefall nach § 100 Abs. 2 GWB vorliegt und die Antragsbefugnis gegeben ist, mag zu Gunsten der Antragstellerin unterstellt werden. 10

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist – wie die Vergabekammer zu Recht entschieden hat – aber unzulässig, weil die Antragstellerin diesen Antrag erst am 26.7.2002 und damit zu einem Zeitpunkt angebracht hat, nachdem die Vergabestelle durch wirksamen Vertragsabschluss mit der Bieterin ARGE GAST vom 12.7.2002 den Zuschlag bereits erteilt hatte. Sobald das Vergabeverfahren durch wirksame Erteilung des Auftrags an einen Bieter abgeschlossen ist, kann die Vergabekammer mit einem Nachprüfungsantrag in zulässiger Weise nicht mehr angerufen werden (vg. BGH NZBau 2001, 151, 152). 11

2. Der Vertragsschluss mit der Bieterin ARGE GAST ist nicht gemäß § 13 Satz 4 VgV nichtig. Auch darin ist der Vergabekammer beizupflichten. Die Vorschrift des § 13 VgV bestimmt, dass der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, hierüber spätestens 14 Tage vor dem Vertragsschluss mit dem Bieter, welcher den Zuschlag erhalten soll, zu informieren hat. Ein Vertrag darf vor Ablauf der Frist nicht geschlossen werden. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig. § 13 VgV ist auf das vorliegende Vergabeverfahren jedoch nicht anzuwenden. 12

Die (neue) Vergabeverordnung – und damit auch § 13 VgV - ist am 1.2.2001 in Kraft getreten. Gemäß der Übergangsbestimmung des § 23 VgV werden zu diesem Zeitpunkt bereits begonnene Vergabeverfahren nach dem Recht, das zum Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens galt, beendet. Das vorliegende Vergabeverfahren hat vor dem 1.2.2001, und zwar spätestens mit der am 5.1.2001 erfolgten Vergabebekanntmachung im Bundesausschreibungsblatt (möglicherweise bereits früher, nämlich mit der Absendung der Bekanntmachung durch die Vergabestelle, was hier indes auf sich beruhen kann), begonnen. In der förmlichen Bekanntmachung kam zweifelsfrei der verbindliche Wille der Vergabestelle zum Ausdruck, das Verfahren zur Vergabe des in Rede stehenden öffentlichen Auftrags einzuleiten. Das vorliegende Vergabeverfahren war deshalb nach dem bis zum 31.1.2001 geltenden Recht durchzuführen. Dieses frühere Recht – und zwar auch in Gestalt der Vergabeverordnung a.F. – enthielt keine dem § 13 VgV vergleichbare Bestimmung. 13

Die schriftliche Erklärung der Vergabestelle vom 1.3.2002, sie werde die Pflicht zur Vorabinformation der unterlegenen Bieter nach § 13 VgV "selbstverständlich beachten", führt zu keiner Anwendung dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall. Die Anwendbarkeit von § 13 VgV richtet sich – worauf schon die Antragsgegnerin hingewiesen hat – nach der oben dargestellten objektiven Rechtslage. Der Auftraggeber verfügt demgegenüber nicht über die rechtliche Kompetenz, das Inkrafttreten von § 13 VgV zeitlich vorzuverlagern und auf diese Weise – wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat – über die Reichweite der Nichtigkeitsfolge des Satzes 4 zu disponieren. Wenn man den Auftraggeber im Übrigen auch gemäß der bis zum 31.1. 2001 geltenden Rechtslage für verpflichtet halten will, die unterlegenen Bieter vor Zuschlag und Vertragsschluss über die Ablehnung ihrer Angebote zu unterrichten (dies in Verbindung mit § 27 a Nr. 1 VOL/A sowie im Anschluss an die Entscheidung des EuGH NJW 2000, 569 – Alcatel), so führt die Verletzung einer solchen den Auftraggeber treffenden Pflicht in Ermangelung einer entsprechenden Rechtsgrundlage jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit des Vertragsschlusses.

3. Die Antragstellerin wendet gegen das vorstehend begründete Ergebnis mit ihrer sofortigen Beschwerde allerdings ein, das vorliegende Vergabeverfahren habe erst mit der Angebotsaufforderung durch die Vergabestelle vom 28.8.2001 (mithin nach Inkrafttreten der Vergabeverordnung) begonnen. Dagegen handele es sich bei dem Teilnahmewettbewerb im Rahmen der – von der Vergabestelle in der Bekanntmachung so bezeichneten - Vergabeart der Freihändigen Vergabe nach § 3 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A nicht um einen Bestandteil des Vergabeverfahrens, sondern um ein selbständiges und der Erkundung des möglichen Bewerberkreises dienendes Vorschaltverfahren. Auf Grund dieser Auslegung gelangt die Antragstellerin dazu, dass § 13 VgV auf das vorliegende Verfahren anzuwenden und der ohne vorherige Information der unterlegenen Bieter abgeschlossene Leistungsvertrag unwirksam sei. Damit hat sie indes keinen Erfolg. 15

Es trifft schon der rechtliche Ansatz der Antragstellerin nicht zu, wonach die Rechtsgrundlage des von der Vergabestelle durchgeführten Teilnahmewettbewerbs in § 3 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A (also in einer das rein nationale Vergabeverfahren betreffenden Regelung) zu sehen sei. Das Verfahren richtet sich – da der Auftragswert hier den Schwellenwert von 200.000 Euro überschreitet – nach den für die europaweiten Vergabeverfahren geltenden Rechtsvorschriften (§§ 97 ff., 100 Abs. 1 GWB, 1 Abs. 1 Satz 1 VgV a.F., 1 a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A, 2. Abschnitt, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.5.1997). Wäre dies anders und handelte es sich um ein allein den Vorschriften über die nationalen Auftragsvergaben unterliegendes Verfahren, dann wäre der Nachprüfungsantrag im Übrigen schon aus diesem Grunde unzulässig, da nach § 102 GWB nur die Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne von § 100 Abs. 1 GWB, die europaweit zu erfolgen hat, einem Nachprüfungsverfahren zugänglich ist. Die Beantwortung der Frage, ob der Öffentliche Teilnahmewettbewerb im Rechtssinn mit zum Vergabeverfahren zählt, und ob bereits die Einleitung dieses Wettbewerbs das Vergabeverfahren beginnen lässt, richtet sich deswegen nach dem die Arten der Vergabe regelnden § 101 GWB, dem § 3 a VOL/A inhaltlich entspricht. Für die Anwendung der genannten Rechtsvorschriften ist es ohne Bedeutung, dass die Vergabestelle ausweislich der Bekanntmachung im vorliegenden Fall die Vergabeart einer "Freihändigen Vergabe" gewählt hat sowie eine europaweite Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (vgl. § 3 a Nr. 1 Abs. 3 VOL/A) unterlassen und sich auf eine Bekanntmachung im Bundesauschreibungsblatt beschränkt hat. Es sind durch diese Art der Bekanntmachung zwar Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt worden, da die Veröffentlichung europaweit hätte erfolgen müssen. Die Frage, ob das Vergabeverfahren mit dem Aufruf zum Öffentlichen Teilnahmewettbewerb begonnen hat, ist jedoch an Hand derjenigen Vorschriften zu beantworten, die der wahren Rechtsnatur des Vergabeverfahrens 16

entsprechen. Dies sind hier die Bestimmungen über das europaweite Vergabeverfahren in der Vergabeart des Verhandlungsverfahrens.

Der Wortlaut von § 101 Abs. 4 GWB macht unter der amtlichen Überschrift "Arten der Vergabe" indessen deutlich, dass in der Vergabeart des Verhandlungsverfahrens der vorgeschaltete öffentliche Teilnahmewettbewerb im Rechtssinn Teil des Vergabeverfahrens ist. Denn Verhandlungsverfahren sind hiernach Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber *mit* oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Den gleichen Regelungsgehalt weist § 3 a Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOL/A auf. Danach können Aufträge im Verhandlungsverfahren *mit* oder ohne vorheriger Öffentlicher Vergabebekanntmachung (d.h. mit oder ohne vorherigem Öffentlichem Teilnahmewettbewerb) vergeben werden. Die genannten Vorschriften sind ihrem Wortlaut nach so aufzufassen, dass die vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung oder der vorherige Öffentliche Teilnahmewettbewerb zusammen mit den eigentlichen Verhandlungen im Rechtssinn das Vergabeverfahren in der Vergabeart des Verhandlungsverfahrens bilden. Das ist im Übrigen auch nach dem für die nationalen Vergaben geltenden § 3 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A nicht anders. Denn auch diese Bestimmung spricht unter der Überschrift "Arten der Vergabe" von der Freihändigen Vergabe *mit* Öffentlichem Teilnahmewettbewerb.

17

Diese Auslegung wird gleichermaßen durch den Zweck des Öffentlichen Teilnahmewettbewerbs bestätigt. Der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb dient regelmäßig dazu, die Eignungsvoraussetzungen der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei den Bewerbern zu ermitteln und entsprechende Nachweise von ihnen zu verlangen (siehe § 7 a Nr. 2 VOL/A). Der Teilnahmewettbewerb schließt ab mit einer Überprüfung der Eignung der Bewerber und mit der Auswahl derjenigen Bewerber durch den Auftraggeber, die in einem Verhandlungsverfahren ein Angebot einreichen sollen (siehe § 7 a Nr. 3 VOL/A). Die Prüfung und Bejahung der Eignung eines Bewerbers durch den Auftraggeber ist hiernach im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Öffentlichem Teilnahmewettbewerb eine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Bewerber zur Einreichung eines Angebots aufgefordert wird. Die Eignungsprüfung und die auf Grund der Teilnahmeanträge erfolgende Auswahl unter den Bewerbern gehören damit wegen des Funktionszusammenhangs ebenso selbstverständlich zum Teilnahmewettbewerb, wie dieser zum Vergabeverfahren zählt. Genauso hat es ausweislich des Bekanntmachungstextes die Vergabestelle verstanden. Die im Hinblick auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit von Bewerbern verlangten Nachweise und Unterlagen (siehe Zeilen 59 ff. und 138 ff. der Bekanntmachung im Bundesausschreibungsblatt) zielten auf eine Überprüfung der Eignung von Bewerbern ab. Die von der Antragstellerin zitierte und der hier vorgenommenen Auslegung widersprechende Meinung vor allem von Fett in Müller-Wrede, VOL/A, § 3 Rn. 33, wonach der Teilnahmewettbewerb ein selbständiges förmliches Vorschaltverfahren darstelle, welches mit der Bekanntmachung beginne und (bereits) mit dem Eingang der Teilnahmeanträge ende, widerspricht dem Wortlaut und Sinn der genannten vergaberechtlichen Vorschriften. Der Senat schließt sich ihr zumal deswegen nicht an, weil diese Auffassung mit dem aus objektiver Sicht angebrachten Verständnis einer Vergabebekanntmachung mit Aufruf zum Teilnahmewettbewerb nicht im Einklang steht. Denn der Auftraggeber bringt – wie die Antragsgegnerin mit Recht betont – (schon) durch eine solche Bekanntmachung seine Absicht einer bestimmten Auftragsvergabe zum Ausdruck.

18

Diesem Verständnis steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass die Vergabestelle in der Bekanntmachung (Bundesausschreibungsblatt Zeile 176 ff.) darauf aufmerksam gemacht hat, "dass die haushalterischen Voraussetzungen (Bemerkung: für eine Auftragsvergabe) derzeit

19

noch nicht vorliegen". Diese Erklärung beinhaltet, dass die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen jedenfalls aber geschaffen werden sollen. Genauso wenig berechtigt der Umstand zu Zweifeln an der vorstehenden Auslegung, dass die Vergabestelle – nach Bekanntmachung ihrer Vergabeabsicht am 5.1.2001 – die ausgewählten Bewerber (erst) unter dem 28.8.2001 dazu aufgefordert hat, Angebote einzureichen. Der dazwischen liegende bloße Zeitablauf von mehr als sieben Monaten konnte einem Bewerber allein keine Veranlassung dazu geben, die Bekanntmachung nebst Aufruf zum Teilnahmewettbewerb nicht bereits als die Einleitung des Vergabeverfahrens aufzufassen.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Sie ergeht zusammen mit der Hauptsacheentscheidung. 20

J... D... W... 21