

Bundeskartellamt
15.9.2008
VK 2 - 91/08

Aufhebung einer Ausschreibung wegen Eintragung eines Gebrauchsmuster nach Beginn der Ausschreibung

In dem Nachprüfungsverfahren...

wegen der Vergabe "Lieferung von Planen - PLANE (Bearbeitungs-Nummer ...)"

hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Reh, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Sturhahn und den ehrenamtlichen Beisitzer Bonkowski auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2008 am 15. September 2008 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen. Die Aufhebung der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin war wirksam und hat Rechte der ASt nicht verletzt.
2. Die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

Gründe

A.

Die Antragsgegnerin (Ag) hat die o.g. Maßnahme in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung und ohne vorausgegangenen Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben. Das Verfahren bezeichnete sie in den Verdingungsunterlagen als "Verhandlungsverfahren im Wettbewerb". Für die Wahl der Verfahrensart maßgeblich war nach dem Vergabevermerk, dass hinsichtlich des zu beschaffenden 3-Lagen-Laminats "besondere technische Fertigungsfähigkeiten" erforderlich seien. Die Vorbeschaffungen hätten gezeigt, dass nur ein spezieller Firmenkreis die geforderten Prüfzertifikate und Nachweise für die Materialien sowie für die Qualitätssicherung erbringen könne. Außerdem könne es erforderlich werden, mit den Bietern über ihre Angebote zu verhandeln. Aus den genannten Gründen komme nur eine Vergabe im Verhandlungsverfahren nach § 3 a Nr. 2 Buchst. c VOL/A in Frage, an dem vier Unternehmen beteiligt würden.

Gemäß den Verdingungsunterlagen i.V.m. der diesen beigefügten Artikelliste bildete den Gegenstand des Auftrags die Lieferung von 764 Stück Schutz-/Abdeckplanen des Typs 2, von 3.050 Abdeckplanen des Typs 1, von 2.680 Stück 5-Farben-[Spezial]druck-Planen des Typs ... sowie von 914 Stück 5-Farben-[Spezial]druck-Planen des Typs Die technischen Anforderungen an die Planen waren in den Technischen Lieferbedingungen (TL) ... ([Spezial]- und Schutzplane) niedergelegt, die einen Bestandteil der Verdingungsunterlagen bildeten und die auszugsweise lauteten:

"Forderungen an das Material
Aufbau des Materials

Die [Spezial]- und Schutzplane besteht aus einem Verbundstoff (3-Lagen-Laminat) mit den Eigenschaften

- winddicht,
- wasserdicht,

- lichtdicht (lichtundurchlässig),
- atmungsaktiv.

Das Laminat besteht aus den drei Komponenten:

- Gewebe (Oberware) für die Warenoberseite,
- Membran mit Beschichtung,
- Kettenwirkware für die Warenunterseite

(...)

Forderungen an den 5 Farben [Spezial]druck und 3 Farben [Spezial]druck

Das Obermaterial muss den technischen Forderungen des 5 Farben [Spezial]druckes der [Organisation] nach TL 8305-0290 oder 3 Farben [Spezial]druckes der [Organisation] nach TL 8305-0297 entsprechen.

Membran/Beschichtung

Es ist eine geeignete lichtundurchlässige, eingefärbte Membran bzw. ein entsprechender /Membranverbund mit oder ohne farbige Beschichtungen zu verwendet, z.B. PES, PES/PURStrich.

(...)"

Als Zuschlagskriterien gab die Ag in den Verdingungsunterlagen an:

"1. Preis 2. Qualität 3. Einhaltung des Liefertermins

Keine feststehende Reihenfolge der Priorität"

Als "Lieferfrist/-termin" war der 31. Oktober 2008 genannt.

In dem vom Bieter auszufüllenden Formblatt ... - B 014a/11.2006 (Bieterangaben zum Angebot) war von den Bietern unter der Überschrift "Schutzrechtshinweis nach § 21 VOL/A" u.a. anzukreuzen, ob für den Gegenstand des Angebotes gewerbliche Schutzrechte bestehen bzw. beantragt sind.

Die Antragstellerin (ASt) hatte im Jahre 2004 ein Gebrauchsmuster beim Deutschen Patent- und Markenamt eintragen lassen. Die Gebrauchsmusterschrift DE 20 2004 012 271 U 1 2004.12.02 lautet auszugsweise wie folgt:

"Beschreibung

[0001] Die Erfindung betrifft eine Abdeckplane zur [zum Bedecken] von Gegenständen und Personen, insbesondere im ... Bereich und im

(...)

[0004] Der vorliegenden Erfindung liegt daher die Aufgabe zugrunde, eine Abdeckplane zu schaffen, die es ermöglicht, unter der Plane Licht und/oder Flammen bzw. Feuer zu ermöglichen.

[0005] Erfindungsgemäß wird diese Aufgabe durch eine Abdeckplane mit einer textilen Oberware, die mit einem ein- oder mehrfarbigen [Spezial]druck versehen ist, gelöst, wobei unter der textilen Oberware eine Membran angeordnet ist, die wenigstens lichtdicht eingefärbt ist und die mit der Oberware laminiert ist, und mit einer Web- oder Wirkware, die auf der von der Oberware abgewandten Seite der Membran angeordnet ist.

[0006] Anstelle einer Membran, die dafür vorgesehen ist, dass kein Licht- oder Feuerschein nach außen dringt, kann auch die textile Oberfläche auf der zu [bedeckenden] Seite mit einer lichtdichten Beschichtung versehen sein.

(...)

[0009] Eine sehr vorteilhafte Weiterbildung der Erfindung besteht darin, dass die Membran wasserdampfdurchlässig ausgebildet ist.

(...)

[0012] Dies bedeutet, die Membran erfüllt erfindungsgemäß einen doppelten Zweck, nämlich ein Nachaußendringen von Licht und die Vermeidung von Kondensation.

(...)

Schutzansprüche

1. Abdeckplane [zum abdecken] von Gegenständen und Personen, insbesondere im ... Bereich und im ..., mit einer textilen Oberware (1), die mit einem ein- oder mehrfarbigen [Spezial]druck (2) versehen ist, mit einer unter der textilen Oberware (1) angeordneten Membran (3), die wenigstens annähernd lichtdicht eingefärbt ist und die mit der Oberware (1) laminiert ist, und mit einer Web- oder Wirkware (5), die auf der von der Oberware (1) angewandten Seite der Membran (3) angeordnet ist.

2. Abdeckplane [zum Bedecken] von Gegenständen und Personen im ... Bereich mit einer textilen Oberware (1) die mit einem ein- oder mehrfarbigen [Spezial]druck (2) versehen ist, wobei die textile Oberware (1) auf der zu [bedeckenden] Seite mit einer lichtdichten Beschichtung (7) versehen ist, und mit einer Web- und Wirkware (5), die auf der zu [bedeckenden] Seite der Oberware (1) angeordnet ist.

...)"

Von diesem Gebrauchsmuster hatte die Ag keine Kenntnis.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2008 forderte die Ag die ASt, die Beigeladene (Bg) sowie zwei weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe bis zum 10. April 2008 auf. Die ASt gab unter dem 8. April 2008 ein Angebot ab. In der Rubrik "Schutzrechtshinweis nach § 21 VOL/A" des Angebotsblatts nahm sie keine Eintragungen vor. Ebenso wenig hatte sie bei einer vorangegangenen, dieselbe Art von [Spezial]planen betreffenden Ausschreibung der Ag, in der sie im Februar 2008 den Zuschlag erhalten hatte, auf dem Angebotsblatt auf das eingetragene Schutzrecht hingewiesen.

Mit Schreiben vom 25. April 2008 teilte die Ag der ASt gemäß § 13 VgV mit, dass auf deren Angebot aus preislichen Gründen der Zuschlag nicht erteilt werden könne. Die Bg solle den Zuschlag erhalten.

Die ASt rügte daraufhin die beabsichtigte Vergabeentscheidung durch Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 5. Mai 2008. Die Ag habe eine falsche Vergabeart gewählt, es versäumt, die Zuschlagskriterien zu gewichten, keine ordnungsgemäße Eignungsprüfung vorgesehen und die Verdingungsunterlagen hinsichtlich der Zulassung von Nebenangeboten sowie der Bestimmungen zur losweisen Vergabe widersprüchlich formuliert. Darüber hinaus machte die ASt in der Rüge geltend, über ein Gebrauchsmuster für den Gegenstand der Ausschreibung zu verfügen, so dass die anderen Bieter jedenfalls aus Rechtsgründen den Auftrag nicht erfüllen könnten. Nach Prüfung der Gebrauchsmusterschrift teilte die Ag der ASt mit, der Gegenstand des Gebrauchsmusters weise nicht den für eine Schutzrechtsfähigkeit erforderlichen erfinderischen Schritt auf. Die Ag erwäge daher, einen Löschungsantrag beim Deutschen Patent- und Markenamt zu stellen. Der

Aufforderung der Ag, eine Nutzungsrechtsvereinbarung zugunsten der Bundesrepublik Deutschland an dem eingetragenen Gebrauchsmuster abzuschließen, ist die ASt nicht nachgekommen.

Mit Schreiben vom 13. Juni 2008, eingegangen am selben Tag, hat die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Dessen Ziel war es in erster Linie, die Ag zur Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der ASt zu verpflichten. Wegen des Gebrauchsmusterschutzes zugunsten der ASt sei allein diese zur Lieferung der ausgeschriebenen Plänen in der Lage. Die Vergabekammer hat die Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Ag am selben Tage veranlasst.

Mit Schreiben ebenfalls vom 13. Juni 2008 hat die Ag die Vergabe gemäß § 26 Nr. 1 Buchst. b VOL/A aufgehoben und die Bieter hierüber informiert. Eine Vergabe sei wegen der Klärung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Zeit nicht möglich. Die notwendigen Haushaltsmittel seien daher zurückgezogen worden. Die ASt hat die Aufhebung der Ausschreibung gegenüber der Ag mit Schreiben vom 18. Juni 2008 gerügt. Sie hält die Aufhebung der Ausschreibung für rechtswidrig und unwirksam und begehrt nach wie vor den Zuschlag im Rahmen des nach ihrer Auffassung fortzusetzenden Vergabeverfahrens. Hilfsweise begehrt sie die Feststellung, in ihren Rechten verletzt zu sein.

Die Ag hat mit Schreiben vom 2. Juli 2008 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) die Löschung des zugunsten der ASt eingetragenen Gebrauchsmusters beantragt. Dass der Anspruch 1 aus dem zugunsten der ASt eingetragenen Gebrauchsmuster die ausgeschriebenen Pläne umfasst, ist zwischen ASt und Ag unstrittig. Außer Streit steht ebenfalls, dass Lösungsverfahren vor dem DPMA gewöhnlich mindestens ein Jahr beanspruchen und etwaige Rechtsmittelverfahren erhebliche weitere Zeit in Anspruch nehmen.

Die ASt, die zunächst unter Hinweis auf die als fehlerhaft gerügte Verfahrensart und die unterlassene Gewichtung der Zuschlagskriterien Hilfsweise die Aufhebung der Ausschreibung beantragt hatte, vertritt nunmehr - nachdem die Ag eine solche Aufhebung ausgesprochen hat - die Auffassung, die Aufhebung der Ausschreibung sei unwirksam. Es sei zu vermuten, dass es sich um eine bloße Scheinaufhebung handle. Die Ag habe ihre Beschaffungsabsicht nicht aufgegeben. Ein Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 VOL/A liege nicht vor. Eine Aufhebung gemäß Buchst. b dieser Vorschrift scheide mit Blick auf das behauptete Fehlen von Haushaltsmitteln bereits deshalb aus, weil eine rechtmäßige Aufhebung voraussetze, dass der Auftraggeber den Aufhebungsgrund nicht zu vertreten habe; die Sicherung der Finanzierung eines Vorhabens falle aber in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers. Davon abgesehen sei das Fehlen von Haushaltsmitteln im vorliegenden Fall offenbar nur vorgeschoben worden. Andere Aufhebungsgründe gemäß § 26 Nr. 1 VOL/A seien ebenfalls nicht ersichtlich.

Der Zuschlag müsse auf das Angebot der ASt erteilt werden, weil aus rechtlichen Gründen - wegen des Schutzrechts der ASt hinsichtlich des Ausschreibungsgegenstandes - keiner der übrigen Bieter leistungsfähig sei. Das Gebrauchsmuster der ASt sei rechtsbeständig. Es fehle weder an der Neuheit noch an dem erforderlichen erfinderischen Schritt. Im Übrigen sei die Bg auch in tatsächlicher Hinsicht ungeeignet, weil es ihr an der erforderlichen Fachkunde und Leistungsfähigkeit mangle; insbesondere verfüge sie nicht über die in den Technischen Lieferbedingungen geforderten Zertifikate.

Entgegen der Auffassung der Ag sei die ASt mit ihren Rügen hinsichtlich der Verfahrensart, einer unzureichenden Eignungsprüfung, widersprüchlicher Verdingungsunterlagen und der fehlenden Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht nach § 107 Abs. 3 S. 2 GWB präkludiert. Die gerügten Vergabeverstöße seien erst aus den Verdingungsunterlagen hervorgegangen, so dass es auf die positive Kenntnis der ASt ankomme. Diese habe nach zehn Kalender- bzw. fünf Arbeitstagen durch ihre Bevollmächtigten die Rüge erhoben; dies sei als unverzüglich zu werten. Die Aufhebung der Ausschreibung habe die ASt ebenfalls unverzüglich gerügt. Soweit die Ag geltend mache, das Angebot der ASt sei wegen fehlender Angaben zu Schutzrechten zwingend auszuschließen, verkenne sie, dass § 25 Nr. 1 VOL/A nicht auf § 21 Nr. 3 VOL/A verweise. Die Angabe von Schutz-

rechten stelle eine bloße Obliegenheit des Bieters dar, deren Verletzung nicht mit dem Ausschluss geahndet werden dürfe.

Hinsichtlich des hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrags begründet die ASt ihr Fortsetzungsfeststellungsinteresse mit der Vorbereitung von Schadensersatzforderungen sowie einer Wiederholungsgefahr, die daraus resultiere, dass die Ag zum Mittel der Scheinaufhebung gegriffen habe, um einen Zuschlag auf das Angebot der ASt zu vermeiden.

Zurückgewiesen hat die ASt den nach der mündlichen Verhandlung erhobenen Vorwurf der Ag, die ASt sei nicht leistungsfähig, weil das Unternehmen, von dem die ASt vermutlich - wie bei dem Auftrag vom Februar 2008 - den [Spezial]druck ausführen lassen wolle, seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr über die erforderliche Zertifizierung verfüge und die ASt zu den beiden einzigen derzeit zertifizierten Unternehmen bisher keinen Kontakt aufgenommen habe. Die Ag habe - so die ASt - eine Angabe des für den [Spezial]druck vorgesehenen Unternehmens im Angebot nicht gefordert; es handele sich insoweit im Übrigen nicht etwa um einen Nachunternehmer, sondern um einen Vorlieferanten. Die ASt werde mit der Aufbringung des [Spezial]drucks selbstverständlich ein zertifiziertes Unternehmen beauftragen.

Die ASt hat ursprünglich beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten, insbesondere die Ag zu verpflichten, in der streitgegenständlichen Ausschreibung keinen Zuschlag zu erteilen;
2. die Ag zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen;
3. hilfsweise, die Aufhebung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens anzuordnen;
4. der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 111 GWB in die Vergabeakten zu dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu gewähren;
5. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die ASt für notwendig zu erklären;
6. der Ag die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß §§ 128 Abs. 4 GWB, 80 VwGO, einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten, aufzuerlegen.

Nach der von der Ag erklärten Aufhebung des Vergabeverfahrens beantragt die ASt nunmehr,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten, insbesondere die Ag zu verpflichten, in der streitgegenständlichen Ausschreibung keinen Zuschlag zu erteilen;
2. die Aufhebung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens aufzuheben und die Ag zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen;
3. hilfsweise festzustellen, dass die ASt in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren durch die Ag in ihren Rechten verletzt worden ist;
4. der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 111 GWB in die Vergabeakten zu dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu gewähren;
5. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die ASt für notwendig zu erklären;

6. der Ag die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß §§ 128 Abs. 4 GWB, 80 VwGO, einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten, aufzuerlegen.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zu verwerfen;
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

Ihrer Ansicht nach ist der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig. Die ASt hätte ihre Rügen hinsichtlich Verfahrensart, fehlender Gewichtung der Zuschlagskriterien, Widersprüchen in den Verdingungsunterlagen und fehlender Eignungsprüfung nach Auffassung der Ag bereits vor Angebotsabgabe erheben müssen. Überdies habe die ASt auch nach Erhalt der Vorabinformation gemäß § 13 VgV nicht unverzüglich reagiert. Sie sei daher mit ihren Rügen präkludiert. Außerdem unterliege die ASt dem Ausschluss, weil sie in ihrem Angebot nicht die geforderten Angaben zu etwaigen Schutzrechten gemacht habe. Wie sich nach der mündlichen Verhandlung herausgestellt habe, verfüge die - für den [Spezial]druck selbst unstreitig nicht zertifizierte - ASt offenbar auch über kein zertifiziertes Unternehmen, das den [Spezial]druck für sie entsprechend den technischen Lieferbedingungen ausführen könne. Sie sei deshalb ungeeignet. Im Übrigen sei die Aufhebung der Ausschreibung nicht zum Schein erfolgt; die Ag habe derzeit nicht die Absicht, den Auftrag zu vergeben, vielmehr solle zunächst das Ergebnis des Lösungsverfahrens für das eingetragene Schutzrecht abgewartet werden. Der von der Ag gestellte Lösungsantrag sei begründet, weil es der in dem zugunsten der ASt eingetragenen Gebrauchsmuster niedergelegten technischen Lehre sowohl an der Neuheit als auch an dem erforderlichen erfinderischen Schritt mangle.

Mit Beschluss vom 9. Juli 2008 ist die Bg zu dem Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden. Sie hat weder Anträge gestellt noch Stellungnahmen abgegeben.

Der ASt wurde unter Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt.

Die Beteiligten hatten Gelegenheit, ihre Standpunkte in der mündlichen Verhandlung am 14. Juli 2008 zu erläutern.

Durch Verfügungen des Vorsitzenden der Vergabekammer wurde die Entscheidungsfrist mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 15. September 2008.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

B.

Der nur teilweise zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

I. Der Nachprüfungsantrag ist lediglich teilweise zulässig.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ist nach § 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da der ausgeschriebene Auftrag dem Bund gemäß § 98 Nr. 1 GWB zuzurechnen ist. Der Nachprüfungsantrag ist auch statthaft, da die für Dienstleistungsaufträge einschlägigen Schwellenwerte überschritten werden. Soweit die ASt beantragt, die Aufhebung der Ausschreibung aufzuheben, kann ein solches Begehren zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden (vgl. BGH, Beschl. v. 18. Februar 2003 - X ZB 43/02).

2. Die ASt verfügt hinsichtlich des mit dem Hauptantrag angestrebten Zuschlags über die erforderliche Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch das unterbreitete Angebot dokumentiert und schlüssig dargelegt, dass wegen des für sie eingetragenen Gebrauchsmusters ihr Angebot bezuschlagt werden müsse. Es erscheint daher nach dem Vortrag der ASt nicht ausgeschlossen, dass ihre Rechte durch eine - wie von der ASt behauptet - nur zum Schein erfolgte oder zumindest aufzuhebende Aufhebung der Ausschreibung verletzt worden sein könnten und dass die ASt hierdurch geschädigt worden ist. Die von der Ag im Nachprüfungsverfahren vorgetragenen, aber seitens der ASt bestrittenen Ausschlussgründe haben bei der Prüfung der Antragsbefugnis außer Betracht zu bleiben.

Die Antragsbefugnis bezüglich des Hauptantrages ist auch nicht deswegen zu verneinen, weil die ASt zur Begründung ihres ursprünglichen Hilfsantrages, der auf die Aufhebung der Ausschreibung gerichtet war, selbst eine Reihe von Gründen für die Aufhebung der Ausschreibung vorgetragen hat, die einem - rechtmäßigen - Zuschlag im Rahmen des streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahrens entgegenstehen könnten. Denn bei der Prüfung der Antragsbefugnis ist hinsichtlich der Schlüssigkeit des Vorbringens auf die jeweiligen Anträge und das zu ihrer Begründung jeweils Angeführte abzustellen; die von der ASt getroffene Unterscheidung zwischen Haupt- und Hilfsvortrag ist in diesem Rahmen zu respektieren. Die für den ursprünglichen, inzwischen nicht mehr verfolgten Hilfsantrag angeführten Gründe sind daher bei der Beurteilung der Frage, ob die ASt hinsichtlich des Hauptantrages die Möglichkeit einer Verletzung ihrer Rechte und eines daraus resultierenden Schadens dargelegt hat, nicht zu berücksichtigen. Dies ändert freilich nichts daran, dass die Vergabekammer, die an die gestellten Anträge nicht gebunden und zur Amtsermittlung verpflichtet ist, im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Hauptantrags durchaus auch Gesichtspunkte berücksichtigen kann, die Gegenstand des Hilfsvorbringens sind.

3. Bezüglich der mit dem aktuellen Hilfsantrag angestrebten Feststellung, die Ag habe die ASt in ihren Rechten verletzt, ergibt sich das erforderliche besondere Feststellungsinteresse zwar entgegen der Auffassung der ASt nicht aus einer Wiederholungsgefahr, die aus der nach ihrer Ansicht nur zum Schein erfolgten Aufhebung der Ausschreibung abzuleiten sei. Denn sollte es sich tatsächlich um eine Scheinaufhebung handeln, so dauerte das ursprüngliche Vergabeverfahren fort, so dass es bereits an der Erledigung des Vergabeverfahrens und damit an jener Voraussetzung fehlte, die erst zur Prüfung des auf Fortsetzungsfeststellung gerichteten Hilfsantrages führen kann. Da die Ag den Ausgang des Lösungsverfahrens abzuwarten gedenkt, besteht für die ASt auch kein Anlass zu der Befürchtung, die Ag werde ein rechtsbeständiges Gebrauchsmusterrecht der ASt missachten. Ein Feststellungsinteresse ist aber unter dem weiteren von der ASt angeführten Gesichtspunkt anzuerkennen, dass die begehrte Feststellung die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen erleichtern kann, die im Falle einer unberechtigten Aufhebung der Ausschreibung nicht von vornherein auszuschließen sind.

4. Die ASt ist jedoch mit einem wesentlichen Teil ihres Vorbringens nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB präkludiert.

a) Sie kann zwar noch damit gehört werden, dass die Ag eine in der VOL/A nicht vorgesehene Verfahrensart gewählt, die Gewichtung der angegebenen Zuschlagskriterien unterlassen, die Verdingungsunterlagen teilweise widersprüchlich formuliert und darin keine ordnungsgemäße Eigentumsprüfung vorgesehen habe. Denn hinsichtlich dieser Rügen steht nicht fest, dass die ASt bereits vor Einholung anwaltlichen Rates die nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB erforderliche positive Kenntnis der vergaberechtlichen Beanstandungswürdigkeit erlangt hatte; eine nach § 107 Abs. 3 S. 2 GWB ausreichende Erkennbarkeit genügt dagegen nicht, da sich die möglichen Vergabefehler nicht bereits aus einer - hier unterbliebenen - Bekanntmachung, sondern erst aus den Verdingungsunterlagen ergeben. Bis zur Rüge der Vergabefehler durch die Verfahrensbevollmächtigten der ASt verstrichen zwar nach Erhalt der Vorabinformation gemäß § 13 VgV zehn Kalendertage. Unter Berücksichtigung der im vorliegenden Fall für die Beurteilung des Sachverhalts durch die zu Rate gezogenen Anwälte erforderlichen Zeit, einer angemessenen Überlegungsfrist sowie des Umstandes, dass nur fünf der zehn Kalendertagen auch Arbeitstage waren, ist diese

Reaktion hinsichtlich der o.g. Rügen indes noch als unverzüglich zu werten. Ebenfalls unverzüglich hat die ASt auch die Aufhebung der Ausschreibung gerügt.

b) Hinsichtlich ihres jedenfalls für den Hauptantrag zentralen Vorbringens, wegen des zugunsten der ASt eingetragenen Gebrauchsmusters komme allein diese als Auftragnehmerin in Betracht, hat die ASt dagegen ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 1 VOL/A nicht genügt.

Die am 5. Mai 2008 erhobene Rüge erfolgte insoweit nicht unverzüglich, vielmehr hätte die ASt spätestens bei Angebotsabgabe ihr Schutzrecht geltend machen müssen. Erst den Ausgang der Wertung abzuwarten, um sodann unter Hinweis auf das Gebrauchsmuster zu behaupten, ein Zuschlag auf eines der anderen Angebote komme von vornherein nicht in Betracht, vielmehr hätte allein mit der ASt verhandelt werden dürfen, entspricht nicht der Obliegenheit, erkannte Vergabeverstöße unverzüglich zu rügen. Ein taktisches Zuwarten, wie es die ASt hier offenbar praktiziert hat, soll durch § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerade verhindert werden.

Dass die ASt erst nach Erhalt der Vorabinformation nach § 13 VgV erkannt haben könnte, ihr stehe bezüglich des Ausschreibungsgegenstandes ein Gebrauchsmuster zu, ist weder vorgebracht worden, noch sprechen irgendwelche Anhaltspunkte für eine solche Möglichkeit. Diese ist im Gegenteil auszuschließen, da die Eintragung des Gebrauchsmusters gerade im Hinblick auf Aufträge wie den hier streitgegenständlichen erfolgt sein wird, die ASt als kleineres, spezialisiertes Unternehmen einen guten Überblick über ihre Gebrauchsmuster haben dürfte und durch die ausdrückliche Frage im Angebotsblatt, ob bezüglich des Ausschreibungsgegenstandes gewerbliche Schutzrechte bestehen, die Aufmerksamkeit der ASt in besonderem Maße auf diesen Punkt gelenkt wurde. Ebenso wenig kann angenommen werden, der ASt sei erst durch die Vorabinformation nach § 13 VgV bewusst geworden, dass nicht sie allein von der Ag zur Angebotsabgabe aufgefordert worden war. Hiergegen sprach bereits entscheidend, dass das Vergabeverfahren in den Verdingungsunterlagen unübersehbar als "Verhandlungsverfahren im Wettbewerb" bezeichnet worden war.

Es ist daher davon auszugehen, dass die ASt bereits während der Angebotsfrist erkannt hat, dass die Ag den streitgegenständlichen Auftrag in Unkenntnis oder unter Missachtung des zugunsten der ASt eingetragenen Gebrauchsmusters im Wettbewerb vergeben wollte, obwohl aus Sicht der ASt allein die Auftragsvergabe an die ASt in Betracht kam. Die Grundsätze von Treu und Glauben, denen die Regelung des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB Rechnung trägt, hätten es daher geboten, frühzeitig - spätestens mit Angebotsabgabe - auf das Gebrauchsmuster und die daraus zu ziehenden Konsequenzen hinzuweisen. Dies gilt in besonderem Maße dann, wenn der Auftraggeber - wie hier die Ag - im Angebotsblatt ausdrücklich die Angabe etwaiger Schutzrechte fordert. Eine nachvollziehbare Erklärung dafür, dass die Ag dieser Aufforderung gleichwohl nicht nachgekommen ist, wurde seitens der ASt nicht gegeben, obwohl die Vergabekammer diese Frage in der mündlichen Verhandlung deutlich angesprochen hatte.

Die ASt hätte ihre Rügeobliegenheit aber selbst dann verletzt, wenn man einen Hinweis der ASt darauf, wegen eines bestehenden Schutzrechtes dürfe allein ihrem Angebot der Zuschlag erteilt werden, erst ab dem Zeitpunkt für erforderlich hielte, da für die ASt feststand, dass die Ag einem anderen Bieter den Zuschlag erteilen wollte. Diese Gewissheit hatte die ASt bereits seit Erhalt der Vorabinformation am 25. April 2008. Gleichwohl hat sie noch zehn Kalender- bzw. fünf Arbeitstage bis zur (anwaltlichen) Rüge am 5. Mai 2008 verstreichen lassen. Eine solche Zeitspanne kann hinsichtlich des hier in Rede stehenden Rügevorbbringens nicht mehr als unverzügliche Reaktion gewertet werden. Insbesondere bedurfte es keines anwaltlichen Rates für die Einschätzung, dass der beabsichtigte Zuschlag zu beanstanden sei, weil er das bestehende Schutzrecht der ASt außer Acht lasse. Für jeden verständigen Bieter liegt es vielmehr auf der Hand, dass die Eintragung eines Gebrauchsmusters gerade dazu dient, sich für den geschützten Gegenstand eine exklusive Lieferantenstellung zu sichern. Es fehlt deshalb jeder Anhaltspunkt dafür, dass die ASt einen unter Missachtung ihres Schutzrechtes vorgesehenen Zuschlag auf das Angebot der Bg bis zur Einholung anwaltlichen Rates als rechtmäßig beurteilt haben könnte. Der Vorwurf, auf das Angebot der Bg dürfe der Zuschlag wegen des zugunsten der ASt eingetragenen Gebrauchsmusters nicht er-

teilt werden, hätte deshalb spätestens bis zum 30. April 2008 erhoben werden müssen. Auch aus diesem Grunde ist die ASt daher mit ihrem aus dem Bestehen des Schutzrechts abgeleiteten Vorbringen präkludiert.

II.

Der Nachprüfungsantrag erweist sich - soweit er nicht bereits unzulässig ist - als unbegründet.

1. Der Hauptantrag, mit dem eine Verpflichtung der Ag dazu begehrt wird, der ASt im Rahmen des fortzusetzenden Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen, kann aus einer Reihe von Gründen keinen Erfolg haben.

a) Soweit die ASt der Auffassung ist, der bei der Bieterauswahl grundsätzlich bestehende Spielraum des Auftraggebers sei hier zugunsten der ASt auf Null reduziert, kann dieser Argumentation schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die ASt mit dem einzigen Argument, das für eine solche Ermessensreduzierung sprechen könnte - ihrem Vortrag, das für die ASt eingetragene Gebrauchsmuster schließe den Zuschlag auf ein anderes Angebot aus -, nach dem oben unter B I 4 b Gesagten gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB nicht mehr gehört werden kann.

b) Den Antrag, den Zuschlag zugesprochen zu bekommen, wird man zwar dahin verstehen können, dass die ASt - soweit ein solcher Ausspruch ausscheidet - wenigstens eine erneute Bewertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer anstrebt. Gründe für eine solche neue Wertung hat die ASt - abgesehen von ihrer Argumentation mit dem Gebrauchsmusterrecht, mit der sie präkludiert ist - indessen nicht angeführt. Im Übrigen scheidet eine Verpflichtung der Ag zur Neuwertung der Angebote auf der Grundlage der bestehenden Verdingungsunterlagen bereits deshalb aus, weil die Ag - wie von der ASt selbst zutreffend ausgeführt wurde - zwar Zuschlagskriterien benannt, aber keine Gewichtung vorgenommen bzw. bekannt gemacht und damit gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen hat, das in § 9 a Nr. 1 Buchst. c VOL/A einen besonderen Ausdruck findet. Dieser Mangel der Ausschreibung macht eine ordnungsgemäße Wertung der vorliegenden Angebote unmöglich, da es hierfür eines gemäß § 9 a Nr. 1 Buchst. c VOL/A bekannt gegebenen Wertungsmaßstabes bedürfte. Dass auch die Wahl der Verfahrensart - eines von der ASt zutreffend gerügten Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, ohne Bekanntmachung und mit mehreren Bietern, das in dieser Form in der VOL/A keine Stütze findet -, der Möglichkeit entgegensteht, auf eines der vorliegenden Angebote rechtmäßig den Zuschlag zu erteilen, sei an dieser Stelle nur ergänzend erwähnt.

c) Entgegen der Auffassung der ASt scheiden ein Zuschlag bzw. eine neue Wertung im laufenden Verfahren aber vor allem auch deshalb aus, weil die Ag das Vergabeverfahren wirksam aufgehoben hat. Die ASt hat zwar die Vermutung geäußert, es handele sich lediglich um eine Scheinaufhebung, so dass das ursprüngliche Vergabeverfahren fortlaufe. Dies trifft jedoch nicht zu. Vielmehr steht zur Überzeugung der Vergabekammer fest, dass die Ag jedenfalls vor Abschluss des gebrauchsmusterrechtlichen Lösungsverfahrens nicht beabsichtigt, den streitgegenständlichen oder einen inhaltsgleichen Auftrag zu vergeben. Dies wird bestätigt durch den - von der ASt nicht substantiiert bestrittenen - Umstand, dass die Haushaltsmittel, die für den Auftrag ursprünglich durchaus zur Verfügung standen, inzwischen zurückgezogen worden sind, weil bis zur Klärung der gebrauchsmusterrechtlichen Lage eine Auftragsvergabe gerade nicht stattfinden soll. Es kann daher keine Rede davon sein, dass die Ag plane, ein nur zum Schein aufgehobenes Vergabeverfahren tatsächlich fortzuführen oder in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufhebung einen unveränderten oder nicht nennenswert veränderten Auftrag zu vergeben.

d) Eine Aufhebung der Aufhebung der Ausschreibung scheidet ebenfalls aus. Denn sie kommt lediglich dann in Betracht, wenn der Vergabewille des Auftraggebers fortbesteht (vgl. BGH, Beschl. v. 18. Februar 2003 - X ZB 43/02). Aus dem soeben zu c) Gesagten ergibt sich indes, dass die Ag jedenfalls bis zum Abschluss des Gebrauchsmuster-Lösungsverfahrens nicht beabsichtigt, den Auftrag zu vergeben. Wann und mit welchem Gegenstand eine Neuausschreibung stattfinden wird, ist derzeit völlig offen. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Ag - sollte das

Gebrauchsmuster der ASt Bestand haben - Planen künftig so ausschreiben wird, dass andere Bieter ohne Inanspruchnahme der geschützten technischen Lehre den Auftrag erfüllen können.

Bei dieser Sachlage würde - unterstellt man die übrigen Voraussetzung für die Aufhebung der Aufhebung - die Annahme eines fortbestehenden Vergabewillens einen Kontrahierungszwang begründen, der mit der (negativen) Vertragsabschlussfreiheit der Ag ersichtlich nicht zu vereinbaren wäre. Ist demnach richtigerweise ein fortbestehender Vergabewille zu verneinen, so kann die Ag schon aus diesem Grunde nicht zur Aufhebung der Aufhebung sowie zur Fortsetzung des Vergabeverfahrens verpflichtet werden.

e) Ob die Aufhebung der Ausschreibung auch deswegen keine Rechte des ASt verletzt und keinen Schaden für sie verursacht hat, weil das Angebot der ASt wegen fehlender Angaben zu dem später geltend gemachten Schutzrecht oder mangels Eignung der ASt hätte ausgeschlossen werden müssen, bedarf somit bezüglich des Hauptantrages keiner abschließenden Klärung. Dieser ist vielmehr bereits aus den vorstehenden Gründen insgesamt zurückzuweisen.

2. Der Hilfsantrag ist ebenfalls unbegründet. Die Aufhebung der Ausschreibung war rechtmäßig; sie beruht auf Gründen, die der Ag nicht vorzuwerfen sind, so dass der ASt - unabhängig davon, ob ihr Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen - daraus keine Schadensersatzansprüche entstehen können.

a) Die ASt durfte die Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 VOL/A aufheben, um bei einer etwaigen erneuten Ausschreibung den Ausgang des von ihr betriebenen Lösungsverfahrens hinsichtlich des für die ASt eingetragenen Gebrauchsmusters berücksichtigen zu können. Es kann dahinstehen, ob die Ag sich für die Aufhebung zutreffend auf Buchst. b der Vorschrift berufen hat, denn sofern dies nicht der Fall sein sollte, wäre jedenfalls § 26 Nr. 1 Buchst. d VOL/A einschlägig.

aa) Dafür, dass § 26 Nr. 1 Buchst. b VOL/A den maßgeblichen Aufhebungsgrund bildet, könnte sprechen, dass die Frage der Rechtsbeständigkeit des zugunsten der ASt eingetragenen Schutzrechtes erhebliche Auswirkungen auf wesentliche Fragen der Ausschreibung hat. Insbesondere kann sie die zu wählende Vergabeart und die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung beeinflussen. Hätte das Gebrauchsmuster der ASt Bestand, so käme bei unveränderter Leistungsbeschreibung ein Verhandlungsverfahren gemäß § 3 Nr. 2 Buchst. c VOL/A in Betracht, weil der Auftrag nur von der ASt durchgeführt werden könnte. Gerade dieser Umstand dürfte wiederum einen Anreiz für die Ag bieten, die Leistungsbeschreibung so zu verändern, dass nicht auf die durch das Gebrauchsmuster geschützte technische Lehre zurückgegriffen werden muss. Hat das Gebrauchsmuster dagegen keinen Bestand, kann die Ag an der bisherigen Leistungsbeschreibung festhalten, ohne sich einem Monopol der ASt auszuliefern. Die Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters betrifft daher grundlegende Fragen der Ausschreibung. Allerdings ist das Gebrauchsmuster nicht erst nach Einleitung des Vergabeverfahrens eingetragen worden, so dass sich lediglich der Kenntnisstand der Ag im Laufe des Vergabeverfahrens geändert hat. Die nachträgliche Kenntniserlangung von bereits zu Beginn des Verfahrens vorhandenen, für die Ausschreibung wesentlichen Gesichtspunkten dürfte allerdings der Änderung der Umstände selbst gleichzustellen sein, wenn der Auftraggeber seine anfängliche Unkenntnis nicht zu vertreten hatte (vgl. Lischka in Müller-Wrede, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 26 Rz. 51). Die Ag hatte im vorliegenden Fall keine Veranlassung, nach Schutzrechten zu forschen, denn bei den zuvor durchgeführten Ausschreibungen bezüglich des gleichen Beschaffungsgegenstandes hatte sie keinerlei Hinweise auf das Schutzrecht der ASt erhalten, obwohl sie explizit danach gefragt hatte. Die anfängliche Unkenntnis der Ag von dem Gebrauchsmuster ist daher nicht der Ag zuzurechnen, sondern der ASt, die die geforderten Angaben zum Schutzrecht auch in der vorangegangenen Ausschreibung nicht gemacht hatte, obwohl das Gebrauchsmuster längst zu ihren Gunsten eingetragen worden war. Die nachträgliche Erlangung der Kenntnis von dem Schutzrecht kann daher als ein Umstand gewertet werden, der die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich geändert hat.

Sieht man § 26 Nr. 1 Buchst. b VOL/A dagegen nicht als einschlägig an, weil sich nicht die Umstände verändert haben, sondern lediglich die Kenntnis der Ag von ihnen, so greift der Auffangtat-

bestand des § 26 Nr. 1 d VOL/A ein. Denn angesichts der oben skizzierten Bedeutung des Schutzrechtes eines Bieters an dem Ausschreibungsgegenstand steht die nachträgliche Kenntniserlangung hiervon den Fällen des Buchst. b nicht nach.

bb) Die Wesentlichkeit bzw. das Gewicht der Kenntniserlangung von dem zugunsten der ASt eingetragenen Gebrauchsmuster kann nicht etwa mit der Erwägung verneint werden, die Ag müsse die gebrauchsmusterrechtliche Lage im laufenden Vergabeverfahren abschließend beurteilen und gemäß dem Ergebnis dieser Beurteilung die Zuschlagsentscheidung treffen. Ein solcher Zwang zum Abschluss eines einmal eingeleiteten Vergabeverfahrens bei unvorhergesehenem Auftreten schutzrechtlicher Fragestellungen lässt sich insbesondere nicht der Entscheidungspraxis des Oberlandesgerichts Düsseldorf entnehmen. Dieses hat zwar in einem Fall, in dem sich patentrechtliche Fragen stellten, entschieden, dass Vergabestellen und -nachprüfungsinstanzen im Rahmen der Eignungsprüfung auch zu klären haben, ob der Bieter rechtlich in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Diese Prüfung könne auch schwierige patentrechtliche Fragen umfassen, für deren Beurteilung sich der Auftraggeber notfalls sachverständiger Hilfe zu versichern habe (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Februar 2005 - Verg 91/04). Diese Ausführungen bezogen sich jedoch auf eine Fallgestaltung, in der der Auftraggeber gewillt war, dem Beigeladenen trotz des vom Antragsteller geltend gemachten Patentrechts den Zuschlag zu erteilen. Dass in einem solchen Fall der Auftraggeber verpflichtet ist, die patentrechtliche Lage zu beurteilen und er sich dieser Aufgabe nicht durch Hinweis darauf entziehen kann, er sei wegen der Zuständigkeit der patentrechtlichen Prüfungsinstanzen hierzu ebensowenig berufen wie die Vergabekammern und -senate, leuchtet ein.

Die zitierte Entscheidung betrifft indessen nicht die im vorliegenden Fall zu beantwortende Frage, ob der Auftraggeber dann, wenn die Rechtsbeständigkeit eines Schutzrechtes von ihm bezweifelt wird, die Klärung durch die Fachbehörden und -gerichte abwarten darf, ehe er eine Zuschlagsentscheidung trifft und ob es gerechtfertigt ist, die Ausschreibung aufzuheben, wenn diese fachrechtliche Klärung voraussichtlich nicht einmal binnen Jahresfrist erfolgt sein wird. Dem Auftraggeber diese Möglichkeit zu verwehren und ihn stets zum "Durchentscheiden" einer umstrittenen schutzrechtlichen Fragestellung zu verpflichten, wäre weder mit dem Beurteilungsspielraum zu vereinbaren, der dem Auftraggeber grundsätzlich hinsichtlich der Zweckmäßigkeit seines vergaberechtlichen Vorgehens zusteht, noch ließe sich ein solcher Zwang zum Abschluss eines einmal eingeleiteten Vergabeverfahrens durch Zuschlag damit vereinbaren, dass der Auftraggeber grundsätzlich keinem Kontrahierungszwang unterliegt.

Zu prüfen ist in Fallgestaltungen wie der vorliegenden daher lediglich, ob die schutzrechtliche Streitigkeit vom Auftraggeber aus vertretbaren Gründen als so gewichtig eingestuft wurde, dass er von der Auftragsvergabe im laufenden Vergabeverfahren abgesehen und zum Mittel der Aufhebung gegriffen hat. Dies ist hier zu bejahen. Die Ag hat zwar die Neuheit der durch das Gebrauchsmuster geschützten technischen Lehre bezweifelt und darüber hinaus bestritten, dass ihr ein erfinderischer Schritt zugrunde liege. Die ASt hat ihre gegenteilige Auffassung jedoch eingehend verteidigt. Die Ag musste daher für den Fall des Zuschlags auf das Angebot der Bg gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen der ASt und der Bg und ggf. sogar die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der ASt gegen die Ag gewärtigen. Dass durch solche Prozesse wegen behaupteter Schutzrechtsverletzungen die Lieferungen möglicherweise erheblich verzögert werden würden, konnte die Ag nicht mit hinreichender Sicherheit ausschließen. Insbesondere war nicht gesichert, dass das Verletzungsgericht sein Verfahren bis zur Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamtes aussetzen würde, statt einer Unterlassungsklage der ASt stattzugeben. Denn nach der Rechtsprechung ist bei Aussetzungen des Verfahrens wegen Vorgeiflichkeit der patentbehördlichen Entscheidungen Zurückhaltung geboten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Februar 2005 - Verg 91/04 m.w.N.). Dass die Ag sich auf derartige zivilrechtliche Auseinandersetzungen nicht einlassen, sondern den Abschluss des Lösungsverfahrens abwarten wollte, erscheint daher durchaus nachvollziehbar. Darüber hinaus eröffnet ihr dieses mit der Aufhebung der Ausschreibung verbundene Zuwarten die Möglichkeit, die Leistungsbeschreibung zu verändern, wenn das Gebrauchsmuster der ASt wider Erwarten Bestand haben sollte.

Abgesehen von diesen Erwägungen ist schließlich nicht ersichtlich, weshalb die ASt ein rechtlich schützenswertes Interesse daran haben sollte, dass der Auftraggeber trotz umstrittener Schutzrechtslage zugunsten eines anderen Bieters "durchentscheidet" und diesem - nicht aber der ASt - den Zuschlag erteilt; genau dies - ein Zuschlag auf das Angebot der Bg - wäre aber die Konsequenz, wenn man die Ag verpflichten wollte, eine Zuschlagsentscheidung auf der Grundlage ihrer derzeitigen Rechtsauffassung zur Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters der ASt zu treffen.

Die Aufhebung der Ausschreibung findet nach alledem ihre Rechtfertigung in § 26 Nr. 1 Buchst. b bzw. Buchst. d VOL/A.

b) Für die Aufhebungsentscheidung besteht darüber hinaus ein weiterer wesentlicher Grund gemäß § 26 Nr. 1 Buchst. d VOL/A. Dieser liegt darin, dass die Ausschreibung mit so schweren Vergabefehlern behaftet war, dass ein Zuschlag im laufenden Verfahren nicht in Betracht kam. Es handelt sich dabei um die bereits oben unter B II 1 b genannten Mängel: Die Ag hat nicht nur ein - unabhängig von der Schutzrechtslage - falsches Vergabeverfahren gewählt, sondern auch die Gewichtung - ja sogar die Reihung - der drei genannten Zuschlagskriterien unterlassen. Es handelt sich hierbei zwar um Vergabeverstöße, für die die Ag verantwortlich ist. Im Gegensatz zu § 26 Nr. 1 Buchst. b lässt Buchst. d jedoch für Verschuldensgesichtspunkte keinen Raum (vgl. Portz in Kurlartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 2007, § 26 Rz. 52). Vielmehr ist entscheidend, ob der Vergabeverstöß ein solches Gewicht hat, dass ein Zuschlag im laufenden Verfahren mit der Bindung des Auftraggebers an Recht und Gesetz nicht zu vereinbaren wäre und den Bietern mit Blick auf die Schwere des Fehlers zugemutet werden kann, auf diese Bindungen des Auftraggebers Rücksicht zu nehmen (vgl. BGH, Beschl. v. 12. Juni 2001 - X ZR 150/99). Dies ist hier der Fall. Zutreffend hatte die ASt daher die genannten Vergabeverstöße zum Anlass genommen, gerade die nunmehr von ihr bekämpfte Aufhebung der Ausschreibung im Rahmen ihres ursprünglichen Hilfsantrages zu verlangen.

c) Die soeben unter b genannten Vergabefehler rechtfertigen es allerdings nicht, die Ag hinsichtlich des Feststellungsantrages der ASt als teilweise unterliegend einzustufen und festzustellen, dass die Ag Rechte der ASt verletzt hat. Zwar können bei der Aufhebung einer Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 Buchst. d VOL/A wegen vom Auftraggeber verschuldeter schwerwiegender Verfahrensfehler Schadensersatzansprüche der Bieter begründet sein. Dies gilt jedoch nicht für rechtmäßige, unverschuldete Aufhebungen. Da die Aufhebung sich nach dem oben zu B II 2 a Gesagten jedenfalls auch auf solche von der Ag unverschuldeten Aufhebungsgründe stützt und diese die Aufhebungsentscheidung tragen, ist die Aufhebung insgesamt nicht nur gerechtfertigt, sondern der ASt können ihretwegen auch keine Schadensersatzansprüche zustehen. An der Feststellung der soeben unter b aufgeführten Verstöße besteht daher kein schützenswertes Interesse der ASt, so dass diese Vergabefehler auch nicht zu einem Teilunterliegen der Ag führen können.

Der Nachprüfungsantrag konnte nach alledem keinen Erfolg haben.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Auslagen der Bg in entsprechender Anwendung der §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO der ASt aufzuerlegen, kam nicht in Betracht. Denn die Bg hat weder Sachanträge gestellt noch durch Schriftsätze oder ihre Beteiligung an der mündlichen Verhandlung das Verfahren wesentlich gefördert (vgl. hierzu Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 5. August 2005 - Verg 31/05; vom 23. November 2004 - VII Verg 69/04; vom 17. Mai 2004 - Verg 12/03; vom 29. April 2003 - Verg 47/02). Sie hat damit kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und ist im Verhältnis zur ASt nicht als obsiegende Partei anzusehen.