



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 Verg 1/22 = 16-VK 1/22 -

Verkündet am: 04.11.2022

gez. [...]  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## B e s c h l u s s

In dem Vergabenaachprüfungsverfahren

T. [...],

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt . [...],

gegen

[...],

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte .[...],

Beteiligte:

M. GmbH,

Beigeladene,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte [...]

hat der Vergabesenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Pellegrino, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kunte und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kramer auf die mündliche Verhandlung vom **23.09.2022**

beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 01.08.2022 gegen den Beschluss der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen vom 18.07.2022 – 16-VK 1/22 – wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antragstellerin, der Antragsgegnerin, hilfsweise der Beigeladenen, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Durchführung des Auftrages „[...]“ mit der Referenznummer [...] zu untersagen sowie der Antrag, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen, werden abgelehnt.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die durch die Eilanträge gemäß §§ 169 Abs. 3 GWB analog, 173 Abs. 1 S. 3 GWB verursachten Kosten, jeweils einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.
4. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 52.800,- € festgesetzt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ihres Angebotes in dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren. Sie beanstandet die Verwerfung ihres Nachprüfungsantrages durch die Vergabekammer als unzulässig und beantragt ergänzend die einstweilige Untersagung der Durchführung des Auftrages „bzw.“ die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde, vorrangig gegenüber der Antragsgegnerin, hilfsweise gegenüber der beigeladenen erfolgreichen Bieterin.

1. Die Antragsgegnerin veröffentlichte am 09.03.2022 eine Bekanntmachung zur Vergabe eines Auftrages über die Lieferung von Rechenclustern mit der Bezeichnung „Rechencluster, Referenz-Nr. der Bekanntmachung: [...]“. Danach sollte die Hard- und Software für einen Rechencluster als Gesamtsystem einschließlich Wartung und Gewährleistungsverlängerung beschafft werden. Die Mittel hierfür waren auf 1.056.000,- € brutto beschränkt, wovon 56.000,- € brutto auf Wartung und

Gewährleistungsverlängerung entfallen durften. Bei begrenztem Auftragswert sollte primär die Rechenleistung optimiert werden.

Die Kommunikation erfolgte elektronisch über eine Vergabepattform. Die Antragstellerin gab ein Angebot ab. Mit elektronisch übermitteltem Schreiben vom 19.05.2022 teilte die Antragsgegnerin mit, dass das Angebot der Antragstellerin von der Wertung ausgeschlossen werde, weil die angebotene Lieferung von Rechenknoten technisch von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweiche. So seien die angebotenen GPU-Rechenknoten, anders als in der Leistungsbeschreibung gefordert, untereinander nicht identisch. Ferner sei es physikalisch unmöglich, die angebotenen Server über einen einzigen bestimmten Switch zu verbinden und schließlich seien nur 3 anstatt 6 Racktüren angeboten worden. Zugleich kündigte die Antragsgegnerin an, dass sie beabsichtige, den Zuschlag am 30.05.2022, einem Montag, an die beigeladene M. GmbH zu erteilen.

Mit Schreiben vom 23.05.2022 rügte die Antragstellerin die Berechnung der Stillhaltefrist und den daraus folgenden frühesten Zuschlagstermin. Außerdem wandte sie sich gegen den Ausschluss ihres Angebotes. Die Antragsgegnerin wies die Rügen am 25.05.2022 zurück.

Am Montag, den 30.05.2022, um 09:16 Uhr übermittelte die Antragsgegnerin über die elektronische Vergabepattform eine Mitteilung an die beigeladene erfolgreiche Bieterin, mit der sie erklärte,

„... die Informations- und Wartepflicht zum Vergabeverfahren [...] ist beendet und wir informieren Sie hiermit, dass Sie den Zuschlag erhalten.“

Am selben Tag, um 09:41 Uhr, übermittelte die Vergabekammer per E-Mail-Nachricht den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 27.05.2022 an die Antragsgegnerin, der zuvor, am selben Tag um 00:49 Uhr bei der Vergabekammer eingegangenen war.

2. Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 27.05.2022 beehrte die Antragstellerin im Kern die Wiederholung der Wertung unter Berücksichtigung ihres Angebotes, ergänzt um Auskunfts- und Akteneinsichtsbegehren. Sie wendet sich gegen die Berechnung des Zuschlagstermins, gegen den Ausschluss ihres Angebotes und führt an, dass die von der Antragsgegnerin vermisste Eigenschaft der zu liefernden GPU-Rechenknoten in den Vergabeunterlagen nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen sei.

Die Vergabekammer gewährte Akteneinsicht in Teile der Vergabeakte und wies darauf hin, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, weil der Auftrag bereits vergeben

worden sei und diese Auftragsvergabe auch nicht wegen einer Verletzung der Stillhaltefrist unwirksam sei. Daraufhin wandte sich die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.06.2022, der nach Auskunft der Vergabekammer dort am 21.06.2022 eingegangen ist, gegen die angeführte Fristberechnung und rügte, dass die Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 GWB nicht wie von der Antragsgegnerin und der Vergabekammer angenommen am Sonntag, den 29.05.2022, sondern gemäß § 193 BGB am Montag, den 30.05.2022 geendet habe. Diese Vorschrift sei anwendbar, weil es sich bei § 134 Abs. 2 GWB nicht nur um eine an den Auftraggeber gerichtete Stillhaltefrist handele, sondern ausweislich der Gesetzesbegründung auch um eine Mindestüberlegungsfrist für den unterlegenen Bieter, vor dessen Ablauf der Bieter zumindest faktisch gezwungen sei, den Nachprüfungsantrag zu stellen, um sich die Möglichkeit effektiven Primärrechtsschutzes zu bewahren. Jedenfalls aber folge aus der Vorgabe des Art. 3 Abs. 4 S. 1 VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 03.07.1971, dass die Frist am folgenden Montag ende. Die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 S. 2 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 greife dagegen nicht. Angesichts dessen sei eine etwaige Auftragsvergabe vor Ablauf des 30.05.2022 jedenfalls nichtig.

3. Die Vergabekammer verwarf den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 18.07.2022 als unzulässig, da der Zuschlag bereits wirksam auf das Angebot eines anderen Bieters erteilt worden sei. Dem stehe auch ein Zuschlagsverbot nicht entgegen. Die in § 134 Abs. 2 GWB normierte Wartefrist sei mit Ablauf des 29.05.2022 und damit vor Auftragserteilung verstrichen gewesen. Unschädlich sei, dass es sich bei dem 29.05.2022 um einen Sonntag gehandelt habe, denn die Regelung des § 193 BGB sei auf die Fristberechnung nach § 134 Abs. 2 GWB nicht anwendbar. Auch Art. 3 Abs. 4 der VO (EG) Nr. 1182/71 gebiete keine andere Auslegung und auch keine Vorlage der entsprechenden Rechtsfrage an den EuGH, da diese Vorschrift nicht auf solche Fristen anwendbar sei, die von einem bestimmten Datum oder einem bestimmten Ereignis an rückwirkend berechnet werden. So liege es hier.

Ein Zuschlagsverbot folge auch nicht aus § 169 Abs. 1 GWB, denn ein solches entstehe erst mit Information des Auftraggebers durch die Vergabekammer über den Antrag auf Nachprüfung. Noch vor Absendung dieser Information durch die Vergabekammer habe die Antragsgegnerin aber den Zuschlag erteilt.

4. Gegen diesen Beschluss, der der Antragstellerin nach eigener Darstellung noch am 18.07.2022 zugestellt worden ist, wendet sich die Antragstellerin und Beschwerdeführerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 01.08.2022, die am selben Tag bei

Gericht eingegangen ist. Die Antragstellerin begehrt nunmehr die Feststellung der Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Auftragsvergabe, die Aufhebung des Vergabeverfahrens sowie die Feststellung der Rechtsverletzung. Einstweilen bis zur Entscheidung über diese Anträge begehrt sie, der Antragsgegnerin, hilfsweise der erfolgreichen Bieterin die Durchführung des Auftrages zu untersagen.

Zu Unrecht habe die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen. Die Antragstellerin wiederholt und vertieft ihr Vorbringen zur Fristberechnung. Der Verstoß gegen die Stillhaltepflicht führe auch zur Nichtigkeit der Auftragsvergabe.

Die Antragsgegnerin habe das Angebot der Antragstellerin auch zu Unrecht ausgeschlossen. Die Vorgabe, dass die anzubietenden GPU-Rechenknoten auch untereinander im Hinblick auf die Anzahl der in jedem GPU-Rechenknoten enthaltenen GPU-Rechenkarten identisch sein müssen, sei in der Leistungsbeschreibung nicht enthalten. Die weiteren zunächst angeführten Ausschlussgründe habe die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren nicht mehr aufrechterhalten.

Schließlich liege ein schwerwiegender, von Amts wegen zu berücksichtigender Vergabeverstoß darin, dass die Antragsgegnerin die Eignungskriterien nur durch Verweis auf die Vergabeunterlagen bekannt gemacht und auf diese Weise nicht wirksam aufgestellt habe, was eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens erfordere.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen vom 18.07.2022 aufzuheben,
2. den Auftrag der Antragsgegnerin in der Vergabe „[...]“ mit der Referenznummer [...] an die M. GmbH mit Zuschlagsschreiben vom 30.05.2022 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB für unwirksam zu erklären,
3. für die Dauer des Verfahrens der Antragsgegnerin die Durchführung des Auftrages in der Vergabe „[...]“ mit der Referenznummer [...] zu untersagen bzw. die aufschiebende Wirkung gemäß § 173 Abs. 1 S. 3 GWB bis zur Entscheidung über die Beschwerde anzuordnen,
4. hilfsweise, im Falle der Beiladung der Zuschlagsprätendentin, in dieser für die Dauer des Verfahrens die Durchführung des Auftrages in der Vergabe „[...]“ mit der Referenznummer [...] zu untersagen bzw. die aufschiebende

Wirkung gemäß § 173 Abs. 1 S. 3 GWB bis zur Entscheidung über die Beschwerde anzuordnen,

5. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist,
6. das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren (Vergabeverfahren „[...]“ mit der Referenznummer [...]) aufzuheben,
7. hilfsweise die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden,
8. hilfsweise der Antragsgegnerin aufzuerlegen, das Angebot der Beschwerdeführerin vom 04.05.2020 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenats erneut zu bewerten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verteidigt die angegriffene Entscheidung der Vergabekammer. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag aber auch unbegründet, weil die Antragsgegnerin die Antragstellerin zwingend vom Vergabeverfahren habe ausschließen müssen. Das Angebot der Antragstellerin weiche vom geforderten Leistungsinhalt ab; dass die GPU-Rechenknoten, die Teil des zu liefernden Rechenclusters seien, in jeder Hinsicht und damit auch mit Blick auf die Anzahl der in diesem GPU-Rechenknoten verbauten GPU-Karten identisch sein sollten, ergäbe sich deutlich aus der Leistungsbeschreibung, die im Übrigen auch von allen anderen Bietern so verstanden worden sei. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, hätte das Angebot der Antragstellerin aber selbst bei einer fiktiven Bewertung keine Aussicht darauf gehabt, den Zuschlag zu erhalten, da es mehrere 100 Punkte hinter dem erfolgreichen Angebot der Beigeladenen gelegen hätte.

Für die weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. Die Beigeladene hat mit Schriftsatz vom 13.09.2022 Stellung genommen.

## II.

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen vom 18.07.2022 ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft, § 171 Abs. 1 S. 1 GWB. Die Antragstellerin ist als Beteiligte des Nachprüfungsverfahrens auch beschwerdebefugt, § 171 Abs. 1 S. 2 GWB, und durch

die Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrages bereits formell beschwert. Die sofortige Beschwerde wurde zudem innerhalb der Notfrist des § 172 Abs. 1 GWB eingelegt und genügt den weiteren formalen Anforderungen des § 172 Abs. 2, Abs. 3 GWB.

2. Die sofortige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Zwar hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zu Unrecht als unzulässig angesehen, jedoch gebietet dieser Umstand keine abweichende Entscheidung, da der Nachprüfungsantrag unbegründet ist.

a) Zu Unrecht hat die Vergabekammer allerdings den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen. Der Nachprüfungsantrag ist statthaft und zum überwiegenden Teil auch im Übrigen zulässig.

aa) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag sind gegeben. Insbesondere ist die Antragsgegnerin als wissenschaftliche Hochschule ausweislich ihres Internetauftritts als Körperschaft öffentlichen Rechts verfasst; anerkannt ist, dass wissenschaftliche Hochschulen in Form der Körperschaft öffentlichen Rechts öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB sind (vgl. nur BeckOK VergabeR/Bungenberg/Schelhaas, 24. Ed. 30.4.2022, GWB § 99 Rn. 34). Auch der Schwellenwert für den hier in Rede stehenden Lieferauftrag, der gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. Nr. L 94, S. 65) 215.000,- € beträgt, ist vorliegend überschritten. Schließlich ist die Zuständigkeit der Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen gegeben.

bb) Entgegen der Ansicht der Vergabekammer ist der Nachprüfungsantrag auch statthaft.

Zutreffend ist zwar die Ansicht der Vergabekammer, dass ein Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 1 GWB grundsätzlich nur solange der statthafte Rechtsbehelf ist, wie ein Vergabeverfahren noch nicht durch einen wirksamen Zuschlag abgeschlossen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00 –, BGHZ 146, 202, Rn. 24 ff., juris). Das Nachprüfungsverfahren dient nur dazu, einem Bieter Rechtsschutz in einem laufenden Vergabeverfahren zu gewähren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Mai 2009 – VII-Verg 68/08 –, Rn. 63, juris; OLG Celle, Beschluss vom 04. Mai 2001 – 13 Verg 5/00 –, Rn. 30, juris). Sobald der Zuschlag wirksam erteilt ist und eine damit verbundene Rechtsverletzung des Bieters nicht mehr verhindert werden kann, können die Vergabekammern nicht mehr in zulässiger Weise angerufen werden. Die

Entscheidung über etwaige Schadensersatzansprüche des Bieters obliegt dann allein den hierfür zuständigen Zivilgerichten (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00 –, BGHZ 146, 202, Rn. 25, juris).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch in den beiden in § 135 Abs. 1 GWB (n.F.) genannten Fällen. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 135 Abs. 1 GWB folgt, dass der Bieter einen der beiden dort genannten Vergaberechtsverstöße mit dem Ziel der Feststellung der Unwirksamkeit eines – notwendig bereits erteilten – öffentlichen Auftrages in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen kann. Auch nach Zuschlagserteilung kann deshalb binnen der in § 135 Abs. 1 GWB genannten Fristen vor der Vergabekammer ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden mit dem Ziel, dass einer der beiden im Gesetz genannten Vergaberechtsverstöße festgestellt wird. In dem Fall, dass ein Verstoß festgestellt wird, ist der mit dem Zuschlag zunächst schwebend wirksame Vertrag von Anfang an unwirksam. § 135 Abs. 1 GWB regelt damit den Spezialfall der Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags trotz eines bereits erteilten Zuschlags (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. April 2017 – VII-Verg 38/16 –, Rn. 23, juris; Beschluss vom 12. Juni 2019 – VII-Verg 54/18 –, Rn. 43, juris; Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 1. April 2022 – 2 Verg 1/21 –, Rn. 74, juris).

Ein solches Begehren hat die Antragstellerin bereits im Nachprüfungsverfahren verfolgt. Auch wenn ihre verfahrenseinleitend gestellten Nachprüfungsanträge auf die Neubewertung gerichtet waren, so hat sie – nachdem sie von der Zuschlagserteilung in Kenntnis gesetzt worden war – mit Schriftsatz vom 20.06.2022 auch die Nichtigkeit des mit der Zuschlagsmitteilung vom 30.05.2022, 09:16 Uhr zugleich geschlossenen Vertrages mit der Beigeladenen geltend gemacht. An einem solchen Nachschieben eines bestimmten Begehrens im Sinne des § 161 Abs. 1 S. 2 GWB sowie der Begründung hierfür im Sinne des § 161 Abs. 1 S. 1 GWB ist die Antragsgegnerin nicht gehindert. Bei der Formvorschrift des § 161 Abs. 1 S. 2 GWB, wonach der Antrag ein bestimmtes Begehren enthalten „soll“, handelt es sich nicht um eine zwingende Formvorschrift derart, dass nur die verfahrenseinleitend gestellten Anträge zu berücksichtigen wären. Dies korrespondiert mit der Vorgabe in § 168 Abs. 1 S. 2 GWB, wonach die Vergabekammer an die Anträge nicht gebunden ist (vgl. auch Beck VergabeR/Horn/Hofmann, 4. Aufl. 2022, GWB § 161 Rn. 8). Aus § 161 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach der Antrag unverzüglich zu begründen ist, folgt zudem, dass ein Auseinanderfallen von Antrag und Begründung unschädlich ist, soweit kein schuldhaftes Zögern vorliegt (vgl. Beck VergabeR/Horn/Hofmann, 4. Aufl. 2022, GWB

§ 161 Rn. 9). Ein schuldhaftes Zögern liegt aber nicht vor, wenn die Antragstellerin wie hier erst im Nachprüfungsverfahren von der Zuschlagserteilung erfährt und innerhalb der Frist des § 135 Abs. 2 S. 1 GWB einen Verstoß gegen die Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 GWB geltend macht.

Für die Frage der Statthaftigkeit des auf § 160 Abs. 1 i.V.m. § 135 Abs. 1 GWB gestützten Nachprüfungsantrags kommt es auch nicht darauf an, ob einer der in § 135 Abs. 1 GWB aufgeführten Vergaberechtsverstöße im Ergebnis zu bejahen ist. Die Frage eines Verstoßes gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB betrifft sowohl die Statthaftigkeit als auch die Begründetheit des Nachprüfungsantrags (sog. doppelrelevante Tatsache). In solchen Fällen ist eine rechtliche Argumentation, nach der ein Verstoß gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB zu bejahen ist, nicht schon im Rahmen der Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs, sondern erst im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. April 2017 – VII-Verg 38/16 –, Rn. 24, juris).

Dementsprechend durfte vorliegend die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags nicht mit dem Argument verneint werden, dass der Zuschlag bereits erteilt gewesen sei, da die Antragstellerin sich auch auf einen Verstoß gegen §§ 135 Abs. 1 Nr. 1, 134 Abs. 2 GWB beruft und dafür geltend macht, dass die Antragsgegnerin den Zuschlag verfrüht, mithin vor Ablauf der zu beachtenden Wartefrist erteilt habe.

cc) Die Antragstellerin ist zum überwiegenden Teil auch antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB.

Voraussetzung ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB, dass die Antragstellerin ein Unternehmen ist, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht; hierbei ist darzulegen, dass dem Unternehmen ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(1) Ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag bedarf keiner näheren Darlegung, wenn es – wie hier – durch die Abgabe eines Angebotes belegt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131, Rn. 18, juris).

(2) Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist die schlüssige Behauptung erforderlich und regelmäßig ausreichend, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlaufe des Vergabeverfahrens missachtet worden sein sollen (vgl.

BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 – X ZB 7/04 –, BGHZ 159, 186, Rn. 21, juris; Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131, Rn. 20, juris).

Die Antragstellerin hat die Möglichkeit einer Verletzung der bieterschützenden Regelungen der § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, § 121 GWB dadurch hinreichend dargelegt, dass sie vorgetragen hat, dass die Leistungsbeschreibung die von der Antragsgegnerin vermisste Eigenschaft der angebotenen GPU-Rechenknoten nicht, jedenfalls nicht in der gebotenen Deutlichkeit erkennen lasse, als dass dies einen Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin rechtfertige. Auch die im weiteren Verlauf des Nachprüfungsverfahrens angeführte Rüge, dass ein Verstoß gegen die Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 GWB vorliege, reicht als Darlegung einer Verletzung einer bieterschützenden Vorschrift aus. Dasselbe gilt für die Darstellung, dass die Eignungskriterien nicht in hinreichender Weise veröffentlicht worden seien.

(3) Die Antragstellerin hat hinsichtlich des gerügten Ausschlusses auch die Möglichkeit eines Schadenseintritts im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB hinreichend dargelegt. Dabei kann es offenbleiben, ob ein Schaden dann nicht hinreichend dargetan ist, wenn feststeht, dass das Angebot des ausgeschlossenen Bieters auch bei seiner Berücksichtigung keine Aussicht auf Erfolg gehabt haben könnte. Ein drohender Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB ist vielmehr bereits dargetan, wenn der Vortrag des Antragstellers ergibt, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. Ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – X ZB 8/09 –, BGHZ 183, 95, Rn. 32, juris m.w.N.), insbesondere wenn – auf Grundlage des Vortrages des Antragstellers – eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in Betracht kommt (vgl. Ziekow/Völlink/Dicks, 4. Aufl. 2020, GWB § 160 Rn. 23). Da im Fall einer auch hier gerügten unklaren Leistungsbeschreibung und dem darin liegenden Verstoß gegen § 121 GWB eine Rückversetzung oder Aufhebung des Vergabeverfahrens in Betracht kommt (vgl. Ziekow/Völlink/Trutzel, 4. Aufl. 2020, GWB § 121 Rn. 22 f; BeckOK VergabeR/Stein/Wolf, 25. Ed. 31.1.2021, GWB § 121 Rn. 31; vgl. auch Tresselt/Braren, NZBau 2020, 562 [563]), ist vorliegend die Möglichkeit eines Schadens hinreichend dargelegt.

Da die Beschwerdeführerin demnach in zulässiger Weise einen Ausschluss ihres Angebotes unter Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, § 121 GWB rügt, kann es

offenbleiben, ob die isolierte Darlegung eines Verstoßes gegen die Wartefrist geeignet sein kann, einen möglichen Schaden des unterlegenen Bieters zu begründen (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 – VII-Verg 9/17 –, Rn. 51 ff., juris).

(4) Soweit die Antragstellerin allerdings auch rügt, dass die Eignungskriterien nicht in hinreichender Weise bekannt gemacht worden seien, so ist die erhobene Rüge bereits unzulässig, da es insoweit an der Darlegung der Möglichkeit des Eintritts eines Schadens fehlt, § 160 Abs. 2 GWB. Selbst wenn man einmal unterstellt, dass die Veröffentlichung der Eignungskriterien nicht wie geschehen hätte erfolgen dürfen, so legt die Antragstellerin nicht dar, dass ihr insoweit ein Schaden entstanden wäre. Die Antragstellerin wurde nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen. Sie legt auch nicht dar, dass sie einzelne Eignungsanforderungen nicht oder nicht rechtzeitig erkannt habe und dass sich dadurch ihre Zuschlagchancen verschlechtert hätten. Die Situation unterscheidet sich grundlegend von derjenigen nach Ausschluss eines Bieters wegen Nichterfüllung fehlerhaft bekanntgemachter Eignungsanforderungen. Während in jener Konstellation ein drohender Schaden auf der Hand liegt, fehlt es vorliegend an Anhaltspunkten einer Benachteiligung der Antragstellerin. Eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle ohne Rücksicht auf eine Beeinträchtigung der Antragstellerin ist auch dann nicht eröffnet, wenn andere Rügen zulässig erhoben worden sein sollten (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 12. August 2020 – 17 Verg 3/20 –, Rn. 37, juris).

Auch soweit die Antragstellerin Dokumentationsmängel rügt, zeigt sie nicht auf, inwieweit sich die diesbezüglichen Mängel gerade auch auf ihre Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. März 2004 – VII-Verg 1/04 –, Rn. 6, juris).

dd) Die Antragstellerin ist weder mit der Rüge des Verstoßes gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, § 121 GWB noch mit der Rüge einer Verletzung der Stillhaltefrist präkludiert.

(1) Die Antragstellerin hat sich gegen den beanstandeten Ausschluss ihres Angebotes innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gewandt.

Die Rügeobliegenheit des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB entsteht, wenn der Bieter im Verlauf des Vergabeverfahrens Kenntnis von dem gerügten Vergaberechtsverstoß erlangt. Dies setzt positive Kenntnis aller tatsächlichen Tatumstände, aus denen die Beanstandung im Nachprüfungsverfahren abgeleitet wird, sowie die zumindest laienhafte rechtliche Wertung voraus, dass sich aus ihnen eine Missachtung von

Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergibt (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131, Rn. 35, juris).

Soweit man davon ausgeht, dass mit der Ankündigung des Auftraggebers über einen beabsichtigten Ausschluss eines Angebotes eine Rügefrist zu laufen beginnen kann (vgl. Ziekow/Völlink/Dicks, 4. Aufl. 2020, GWB § 160 Rn. 41), so könnte auf diese Weise vorliegend frühestens mit der Vorabinformation vom 19.05.2022 Kenntnis von dem bevorstehenden Vergaberechtsverstoß begründet worden sein. Dass die Antragstellerin zuvor die gerügte Unklarheit der Leistungsbeschreibung erkannt hätte, hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt. Ausgehend hiervon hat die Antragstellerin eine Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB rechtzeitig erfüllt, indem sie sich mit Schreiben vom 23.05.2022 gegenüber der Antragsgegnerin gegen die Begründung des angekündigten Ausschlusses wandte. Andere Präklusionsvorschriften sind nicht einschlägig.

(2) Dasselbe gilt, soweit man annehmen wollte, dass mit Zugang der Vorabinformation Kenntnis von der Bemessung der Stillhaltefrist und dem darin nach Auffassung der Antragstellerin liegenden Vergaberechtsverstoß begründet worden sein sollte; auch insoweit hätte die Antragstellerin einer Rügeobliegenheit rechtzeitig genügt.

ee) Die Antragstellerin hat den geltend gemachten Verstoß gegen § 134 Abs. 2 GWB auch rechtzeitig zum Gegenstand ihres Nachprüfungsantrages gemacht. Gemäß § 135 Abs. 2 S. 1 GWB kann eine Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 135 Abs. 1 GWB – u.a. wegen Verstoßes gegen die Stillhaltefrist, § 135 Abs. 1 Nr. 1, 134 Abs. 2 GWB – nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach Information der betroffenen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages geltend gemacht worden ist. Dies ist hier der Fall.

Eine fristenauslösende Information über den erfolgten Vertragsabschluss, die nicht gleichzusetzen ist mit der gemäß § 134 Abs. 1 GWB erforderlichen Vorabinformation (vgl. Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, 4. Aufl. 2022, GWB § 135 Rn. 65), hat die Antragstellerin frühestens mit Zugang des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 30.05.2022 erhalten, den die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren an die Vergabekammer gerichtet hatte. Dass die Antragsgegnerin zuvor über den am 30.05.2022 erfolgten Vertragsschluss informiert und diese Information auch den Mindestanforderungen der Art. 2f Abs. 1 der hier einschlägigen Richtlinie 89/665/EWG (Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und

Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33, zul. geänd. d. RL 2014/23/EU, ABl. Nr. L 94 vom 28. März 2014, S. 1) genügt, hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt.

Auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 30.05.2022 hat die Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 20.06.2022 reagiert, der nach Auskunft der Vergabekammer am 21.06.2022 und damit jedenfalls innerhalb der Frist des § 135 Abs. 2 S. 1 GWB dort eingegangen ist.

Nach allem erweist sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, soweit er einen unrechtmäßigen Ausschluss ihres Angebotes auf Grundlage einer unklaren Leistungsbeschreibung und eine Verletzung der Stillhaltefrist rügt, als zulässig.

b) Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet, soweit die Antragstellerin die Aufhebung der angegriffenen Entscheidung der Vergabekammer, die Feststellung der Unwirksamkeit der Auftragserteilung an die Beigeladene, die Aufhebung des Vergabeverfahrens und die Feststellung begehrt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.

Denn der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin ist nicht zu beanstanden. Ein etwaiger Verstoß gegen Stillhaltefrist für sich genommen vermag dem Nachprüfungsantrag nicht zur Begründetheit zu verhelfen.

aa) Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV begegnet keinen Bedenken.

(1) Nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV sind Angebote von der Wertung auszuschließen, bei denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen wurden. Eine solche unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen liegt vor, wenn Unternehmen von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweichen, wenn sie also eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbieten (vgl. BR-Drucks. 87/16 vom 29.02.2016, S. 211, § 57 zu Nummer 4; MüKoEuWettbR/Pauka/Krüger, 4. Aufl. 2022, VgV § 57 Rn. 23). Zur Sicherung eines fairen Wettbewerbes darf der Auftraggeber nur Angebote berücksichtigen, die seinen Vorgaben entsprechen und daher vergleichbar sind (vgl. BR-Drucks. 87/16 vom 29.02.2016, S. 211, § 57 zu Nummer 4; BeckOK VergabeR/von Wietersheim, 25. Ed. 31.7.2022, VgV § 57 Rn. 19). Demnach genügt bereits die formale Abweichung für einen Ausschluss des Angebots, ohne dass es auf die Wettbewerbsrelevanz, Wesentlichkeit oder Geringfügigkeit der Abweichung ankäme

(vgl. OLG München, Beschluss vom 21. April 2017 – Verg 1/17 –, Rn. 64, juris; BeckOK VergabeR/von Wietersheim, 25. Ed. 31.7.2022, VgV § 57 Rn. 19a). Was konkret - als Mindestanforderung - nachgefragt wurde, ist anhand der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze (§§ 133 und 157 BGB) aus der Sicht eines verständigen und fachkundigen potentiellen Bieters durch Auslegung der Leistungsbeschreibung zu ermitteln (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – X ZR 78/07 –, Rn. 10, juris; OLG München, Beschluss vom 21. April 2017 – Verg 1/17 –, Rn. 64, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2016 – VII-Verg 41/15 –, Rn. 31, juris). Sofern sich bei der Auslegung ergibt, dass eine Leistungsbeschreibung zu unbestimmt oder unklar ist, genügt sie ihrerseits den Anforderungen des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht und ist vergaberechtswidrig. In diesem Fall kann ein „Abweichen“ des Bieters auch nicht zu dessen Ausschluss führen (vgl. OLG München, Beschluss vom 21. April 2017 – Verg 1/17 –, Rn. 64, juris; BeckOK VergabeR/von Wietersheim, 25. Ed. 31.7.2022, VgV § 57 Rn. 19j).

(2) Ausgehend hiervon ist der Angebotsausschluss vorliegend nicht zu beanstanden.

Gegenstand der Leistungsbeschreibung ist der beabsichtigte Erwerb eines Rechenclusters durch die Antragsgegnerin. Im Abschnitt 1 des „Beiblatt 1: Leistungsbeschreibung und Mindestanforderungen“ werden ausdrücklich als Mindestanforderungen bezeichnete technische Anforderungen an den zu liefernden Rechencluster definiert. Nach Abschnitt 1.1 besteht der zu liefernde Rechencluster primär aus Rechenknoten und einem sie verbindenden Hochleistungsnetzwerk; ergänzend dazu wird – neben weiteren Komponenten – ein Administrationsnetzwerk eingerichtet, über das der Zugriff der Nutzer unter Heranziehung weiterer Komponenten erfolgt. Die Anzahl der mindestens zu liefernden Prozessorkerne wird in Abschnitt 1.3 in einer als Mengengerüst bezeichneten Tabelle („Beiblatt 1 Tabelle 1“) in Abhängigkeit zur Anzahl der angebotenen HighMemory-Rechenknoten und GPU-Karten festgelegt. Die vorgesehenen Rechenknoten gliedern sich in 3 verschiedene Gruppen, die als Basis-Rechenknoten, GPU-Rechenknoten und HighMemory-Rechenknoten bezeichnet werden. Die Mindestanforderungen an die jeweiligen Rechenknoten werden im Leistungsverzeichnis in jeweils eigenen Abschnitten geregelt.

In Abschnitt 1.7 („Basis-Rechenknoten“) wird der Begriff Rechenknoten einleitend definiert als eine logische, für sich betriebsfähige Einheit, die mindestens Prozessoren, Arbeitsspeicher, Massenspeicher und Netzwerkkomponenten umfasst und deren Betriebszustand sich unabhängig von anderen Rechenknoten und ohne diese

notwendigerweise zu beeinflussen ändern kann. Für die Basis-Rechenknoten wird in Abschnitt 1.7, Ziffer 2 festgelegt, dass alle Basis-Rechenknoten untereinander identisch sein müssen. In Abschnitt 1.8 („HighMemory-Rechenknoten“) wird einleitend festgelegt, dass HighMemory-Rechenknoten eine Variation der Basis-Rechenknoten in Bezug auf Arbeitsspeicher und Prozessoren darstellen. Auch dort wird die Vorgabe gestellt, dass alle HighMemory-Rechenknoten identisch sein müssen.

Schließlich wird in Abschnitt 1.9 („GPU-Rechenknoten“) einleitend definiert, dass diese eine Variation der Basis-Rechenknoten in Bezug auf eine Ausstattung mit GPU-Karten und Prozessoren darstellen.

Im Anschluss heißt es dort:

„1. Es müssen mindestens 8 GPU-Karten in GPU-Rechenknoten mit Steigerung der Mindestmenge der GPU-Karten abhängig von der Gesamtanzahl der angebotenen Prozessorkerne in Basis-Rechenknoten nach Beiblatt 1 Tabelle 1 angeboten werden.

2. Alle GPU-Rechenknoten müssen untereinander identisch sein.

3. Es müssen mindestens zwei GPU-Karten pro GPU-Rechenknoten angeboten werden.

4. Es dürfen nicht mehr als vier GPU-Karten pro GPU-Rechenknoten angeboten werden.

[...]

#### 1.9.1 Prozessoren und Rechenleistung

[...]

3. Werden zwei oder drei GPU-Karten pro GPU-Rechenknoten angeboten, so muss mindestens ein Prozessorsockel bestückt mit einem Prozessor in jedem GPU-Rechenknoten angeboten werden.

4. Werden vier GPU-Karten pro GPU-Rechenknoten angeboten, so müssen mindestens zwei Prozessorsockel bestückt mit jeweils einem Prozessor in jedem GPU-Rechenknoten angeboten werden.

[...]

### 1.9.3 GPU-Erweiterungskarten

[...]

1. Jeder der anzubietenden GPU-Rechenknoten muss mindestens zwei identische GPU-Karten enthalten.
2. Jeder der anzubietenden GPU-Rechenknoten darf nicht mehr als vier identische GPU-Karten enthalten. Konfigurationen die mehr als vier GPU-Karten pro GPU-Rechenknoten enthalten sind unzulässig.

[...]“

Das Angebot der Antragstellerin bietet die Lieferung von 6 GPU-Rechenknoten mit insgesamt 16 identischen GPU-Karten an, wobei die GPU-Rechenknoten teils mit 2 und teils mit 3 GPU-Karten bestückt werden sollen. Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass sich aus der vorgenannten Leistungsbeschreibung eine Vorgabe, dass alle GPU-Rechenknoten untereinander auch eine identische Anzahl von GPU-Karten enthalten müssten, nicht, jedenfalls nicht mit der hinreichenden Klarheit, die einen Angebotsausschluss rechtfertigen könne, ergebe.

Dieser Auffassung vermag sich der Senat bei Auslegung der in der Leistungsbeschreibung genannten Mindestbedingungen nicht anzuschließen. Ausgehend von der im Abschnitt 1.9 einleitend gegebenen Definition, dass es sich bei einem GPU-Rechenknoten um einen Rechenknoten handele, der sich von Basis-Rechenknoten unter anderem in der Ausstattung mit GPU-Karten unterscheide, stellt die Ausstattung mit GPU-Karten prägendes Merkmal des GPU-Rechenknoten dar. Auch die weiteren folgenden Vorgaben der Leistungsbeschreibung sprechen für ein solches Verständnis, denn dort wird ersichtlich davon ausgegangen, dass die Anzahl der GPU-Karten ein wesentliches Merkmal der GPU-Rechenknoten ist. So gibt die Leistungsbeschreibung in Abschnitt 1.9, Ziffern 3 und 4, vor, dass mindestens 2 und höchstens 4 GPU-Karten pro GPU-Rechenknoten angeboten werden. In Abschnitt 1.9.1, Ziffern 3 und 4, werden zudem unterschiedliche technische Anforderungen für die beiden Fälle vorgegeben, dass entweder 2 oder 3 GPU-Karten „pro GPU-Rechenknoten“ oder aber 4 GPU-Karten „pro GPU Rechenknoten“ verwendet werden. Dann aber erfasst die Vorgabe, dass die GPU-Rechenknoten untereinander identisch sein müssen, zwingend auch das Ausstattungsmerkmal der GPU-Karten.

Ausgehend hiervon ist die Vorgabe, dass alle GPU-Rechenknoten untereinander identisch sein müssen, bei Auslegung der Leistungsbeschreibung nach Maßgabe der

§§ 133, 157 BGB aus Sicht eines Erklärungsempfängers dahingehend zu verstehen, dass die einzelnen GPU-Rechenknoten sich auch in der Anzahl der verwendeten GPU-Karten nicht unterscheiden dürfen. Dieser Vorgabe haftet auch keine Unklarheit an, die dem Ausschluss insoweit abweichender Angebote entgegenstünde.

Der Auffassung der Antragstellerin, dass es sich bei den Rechenknoten letztendlich um Server handele, die eine Basis für GPU-Karten darstellten und dass die von der Antragstellerin als solche Basis angebotenen Rechenknoten untereinander identisch seien, vermag sich der Senat demgegenüber nicht anzuschließen. Dass die Ausstattung mit GPU-Karten prägendes Ausstattungsmerkmal des GPU-Rechenknoten ist, ergibt sich unmissverständlich aus der abschnittseinleitend gegebenen Definition des Begriffes GPU-Rechenknoten, die auch für die Auslegung der anschließend aufgeführten Anforderungen maßgebend ist. Weshalb sich die Vorgabe, dass die GPU-Rechenknoten untereinander identisch sein müssten, sich nicht auf dieses wesentliche Ausstattungsmerkmal beziehen sollte, bleibt im Dunkeln. Träfe die Annahme der Antragstellerin zu, dass es keine Rolle spielte, in welchem Umfang GPU-Rechenknoten (abweichend von Basis-Rechenknoten) mit GPU-Karten ausgestattet werden, hätte es der Auftraggeber im Übrigen bei der Vorgabe, die Basis-Rechenknoten müssten untereinander identisch sein, belassen können und müssen.

Die Antragstellerin hat auch nicht dargelegt, dass aus Sicht eines Erklärungsempfängers aus dem Verkehrskreis der angesprochenen Hersteller von solchen Rechenclustern ein anderes Verständnis der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses wegen besonderer technischer Umstände anzunehmen sei. Ihre Ausführung, dass es technisch auf eine exakte Identität der GPU-Rechenknoten mit Blick auf die Anzahl der jeweils verwendeten GPU-Karten deshalb nicht ankomme, weil es unproblematisch möglich sei, eine ausgewogene Ansteuerung auch ungleich verteilter GPU-Karten mit Rechenvorgängen durch die verwendete Software sicherzustellen, vermag ein solches abweichendes technisches Verständnis jedenfalls nicht zu belegen. Auf diese Weise stellt die Antragstellerin vielmehr lediglich die Zweckmäßigkeit der Vorgaben der Antragsgegnerin infrage. Dies allein rechtfertigt aber keine Abweichung von für sich genommen eindeutigen Vorgaben der Leistungsbeschreibung (vgl. OLG Celle Beschl. v. 19. Februar 2015 – 13 Verg 12/14, BeckRS 2015, 12548 Rn. 43; OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Juni 2012 – 11 Verg 12/11 –, Rn. 85, juris), da es Sache des Auftraggebers ist, den eigenen Bedarf bis hin dazu zu definieren, welche Anforderungen er an die von ihm gewünschte Leistung stellt (vgl. OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2008 – Verg 10/08 –, Rn. 32, juris;

Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 30. Januar 2014 – Verg W 2/14 –, Rn. 47, juris). Der Auftraggeber ist auch nicht verpflichtet, in der Ausschreibung eine weitergehende Vielfalt von technischen Lösungen zuzulassen (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 30. Januar 2014 – Verg W 2/14 –, Rn. 47, juris). Daher muss auch der Darstellung der Antragsgegnerin, dass die Aufteilung der GPU-Karten technisch sehr wohl einen Unterschied mache, nicht nachgegangen werden.

Insgesamt ist die Vorgabe der Leistungsbeschreibung bei deren Auslegung daher als eindeutig anzusehen; die Abweichung des Angebotes der Antragstellerin von der Vorgabe, untereinander identische GPU-Rechenknoten anzubieten, trägt auch den (zwingenden) Ausschluss ihres Angebotes.

bb) Da der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nicht zu beanstanden ist, bedarf es auch keiner abschließenden Beurteilung der Frage – und mit ihr auch keiner Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof –, ob die Antragsgegnerin die Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 S. 2 GWB zutreffend berechnet hat.

Zwar ist ein öffentlicher Auftrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen § 134 GWB verstoßen hat. Ein solcher Verstoß kann auch in der Verletzung der Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 GWB liegen, wonach der öffentliche Auftraggeber einen Vertrag mit dem erfolgreichen Bieter erst nach Ablauf der in § 134 Abs. 2 GWB geregelten Frist schließen darf, die im Fall der – wie hier erfolgten – Versendung der Vorabinformation auf elektronischem Wege 10 Tage beträgt.

Jedoch dient das Nachprüfungsverfahren auch, soweit es auf die Feststellung der Unwirksamkeit des vergebenen Auftrages gemäß § 135 Abs. 1 GWB gerichtet ist, nicht einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern dem Individualschutz des einzelnen Bieters. Eine rein „abstrakte“ Unwirksamkeitserklärung würde dazu führen, dass ein Bieter, der auch bei einer ordnungsgemäßen Vorabinformation keine Aussicht auf den Zuschlag gehabt hätte, eine neue Ausschreibung veranlassen könnte. Er könnte damit, auch wenn die Nichtberücksichtigung seines Angebotes zu recht erfolgt ist, durch ein neues Ausschreibungsverfahren seine Position verbessern, indem er nun ein geändertes Angebot vorlegt. Das ist nicht der Sinn eines Nachprüfungsverfahrens. Dieses soll einem zu Unrecht nicht berücksichtigten Bieter die Möglichkeit verschaffen, zu einer rechtmäßigen Berücksichtigung seines Angebotes und gegebenenfalls zum Zuschlag zu gelangen. Hat sich aber der Vergaberechtsverstoß nicht kausal für den

Bieter ausgewirkt, ist also sein Angebot auch bei ordnungsgemäßem Ablauf des Nachprüfungsverfahrens aus anderen Gründen zu Recht nicht berücksichtigt worden, ist er im Endergebnis in seiner Rechtsposition nicht beeinträchtigt; er hat weder einen Anspruch auf eine Wiederholung oder Neudurchführung des Ausschreibungsverfahrens noch auf eine Feststellung nach § 135 Abs. 1 GWB (vgl. OLG München, Beschluss vom 31. Januar 2013 – Verg 31/12 –, Rn. 55, juris zu § 101 b Abs. 2 GWB; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 – VII-Verg 9/17 –, Rn. 53, juris). Demnach hat sich hier ein etwaiger Vergaberechtsverstoß, der in der Nichteinhaltung der Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 GWB liegen könnte, nicht kausal zu Lasten der Antragstellerin ausgewirkt, weil ihr Angebot ohnehin auszuschließen war.

Angesichts dessen kann auch die vom Senat im Beschluss vom 25.08.2022 aufgeworfene Frage im Ergebnis offenbleiben, ob der in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur vertretenen Auffassung gefolgt werden kann, dass auch vor dem Hintergrund der Regelung des Art. 3 Abs. 4 S. 1 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 03.07.1971 (ABl. Nr. L 124 vom 08.06.1971, S. 1) der Ablauf der Stillhaltefrist an einem Sonntag unschädlich sei. Allerdings bestehen nach Ansicht des Senats hiergegen zumindest deshalb Bedenken, weil Art. 3 Abs. 4 S. 1 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 eine Verlängerung einer am Sonntag ablaufenden Frist auf den sich anschließenden Arbeitstag anordnet und hiervon gemäß Art. 3 Abs. 4 S. 2 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 nur dann eine Ausnahme vorgesehen ist, wenn es sich um eine rückwärts berechnete Frist handelt. Entgegen der nahezu einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Mai 2008 – VII-Verg 11/08 –, Rn. 21, juris; BKartA, 2. VergK des Bundes, Beschluss vom 28.06.2021 – VK 2-77/21, juris Rn. 21; Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 82 Rn. 6; BeckOK VergabeR/von Wietersheim, 24. Ed. 30.4.2022, VgV § 82 Rn. 17; MüKoEu-WettbR/Fülling, 4. Aufl. 2022, VgV § 82 Rn. 10) – erscheint es zumindest zweifelhaft, dass es sich bei § 134 Abs. 2 GWB um eine solche rückwärts „berechnete“ Frist handelte (vgl. Kafedzic, Vergabeblog.de vom 16/08/2021, Nr. 47673). Die Regelung des Art. 2a Abs. 2 der RL 89/665/EWG (Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33, zul. geänd. d. RL 2014/23/EU, ABl. EG Nr. L 94 vom 28. März 2014, S. 1), deren Umsetzung § 134 Abs. 2 GWB dient, knüpft für den Fristbeginn an das Ereignis der isolierten

Zuschlagsentscheidung an und bemisst die sich daran anschließende Frist für die Zukunft. Ebenso knüpft § 134 Abs. 2 S. 2 GWB an das fristauslösende Ereignis der Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 GWB an und bemisst die sich daran anschließende Frist mit 10 Tagen, mithin vom Ereignis aus betrachtet für die Zukunft. Eine rückwärts berechnete Frist wäre eine solche, die – wie etwa § 123 Abs. 1 AktG – von dem fristauslösenden Ereignis aus betrachtet einen in die Vergangenheit reichenden Zeitraum bestimmt. Da Art. 3 Abs. 4 S. 2 der VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 auf die Berechnung der Frist abstellt, dürfte es auf die in der obergerichtlichen Rechtsprechung angeführte Erwägung, welche Rechtswirkungen am Fristenende eintreten (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Mai 2008 – VII-Verg 11/08 –, Rn. 21, juris; BKartA, 2. VergK des Bundes, Beschluss vom 28.06.2021 – VK 2-77/21, juris Rn. 21; Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 82 Rn. 6; BeckOK VergabeR/von Wietersheim, 24. Ed. 30.4.2022, VgV § 82 Rn. 17; MüKoEu-WettbR/Fülling, 4. Aufl. 2022, VgV § 82 Rn. 10), dagegen nicht ankommen.

Da es auf diese Frage letztlich aber nicht entscheidungserheblich ankommt, bedurfte es insoweit – anders als noch im Beschluss vom 25.08.2022 erwogen – keiner Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof.

3. Die Eilanträge der Antragstellerin waren jedenfalls mangels Erfolgsaussicht aus den vorstehenden Gründen als unbegründet abzulehnen. Offenbleiben kann daher, ob der Vergabesenat berechtigt ist, auf die Vorschrift des § 169 Abs. 3 S. 1 GWB, die unmittelbar im Nachprüfungsverfahren Anwendung findet, zurückzugreifen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2016 – VII-Verg 40/16 –, Rn. 16, juris zu § 115 Abs. 3 GWB a.F.; OLG Rostock, Beschluss vom 21. Juli 2017 – 17 Verg 3/17 –, Rn. 4, juris; Vavra/Willner, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 173 Rn. 36). Ebenso offenbleiben kann, ob der hilfsweise gestellte Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gemäß § 173 Abs. 1 S. 3 GWB in der vorliegenden Situation, in der sich die Antragstellerin gegen einen vermeintlich zu Unrecht erteilten Zuschlag auch mit einem Feststellungsantrag gemäß § 135 Abs. 1 GWB wehrt, zulässig ist.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 175 Abs. 2 in Verbindung mit § 71 S. 2 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten ihrer erfolglos gebliebenen sofortigen Beschwerde zu tragen. Billigkeitsgesichtspunkte, die eine abweichende Kostenverteilung rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Gleiches gilt für die Kosten des erfolglosen Eilantrages gemäß § 169 Abs. 3 GWB analog sowie den hilfsweise gestellten Antrag gemäß § 173

Abs. 1 S. 3 GWB; auch insoweit richtet sich die Kostenlast nach dem jeweiligen Obsiegen und Unterliegen in der Hauptsache (vgl. OLG Celle Beschl. v. 11. Juni 2015 – 13 Verg 4/15, BeckRS 2015, 11003 Rn. 115).

Die Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch die Antragstellerin und die Beigeladene bedarf für den Beschwerderechtszug keiner gesonderten Tenorierung; sie folgt unmittelbar kraft Gesetzes aus § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB (vgl. OLG Celle Beschl. v. 11. Juni 2015 – 13 Verg 4/15, BeckRS 2015, 11003 Rn. 116; OLG Koblenz Beschl. v. 27. Januar 2021 – Verg 1/19, BeckRS 2021, 10061 Rn. 77; Beck VergabeR/Vavra/Willner, 4. Aufl. 2022, GWB § 175 Rn. 14).

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 50 Abs. 2 GWB.

Dr. Pellegrino

Dr. Kunte

Dr. Kramer