

## Keine Neuausschreibung ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung

**Vergaberecht.** Auftraggeber können Vergabeverfahren nach Eingang der Angebote aufheben und die Leistung neu ausschreiben, wenn sie die Vergabeunterlagen wesentlich überarbeiten müssen.

VK Lüneburg, Beschluss vom 19. Juli 2021,  
Az. VgK-24/2021

Rechtsanwalt  
Dr. Martin Schellenberg  
von Heuking Kühn  
Lüer Wojtek



Quelle: Heuking

---

### DER FALL

Die Ausschreibung für die Beschaffung von Polizei-Schutzwesten stand von Beginn an unter keinem guten Stern: Zuerst wollte die Behörde einem Bieter den Zuschlag geben, dagegen legte jedoch ein Konkurrent einen Nachprüfungsantrag ein. Die VK beanstandete den Wertungsprozess, und die erneute Wertung führte dazu, dass der andere Bieter den Auftrag erhalten sollte. Dagegen wandte sich wiederum der erste Bieter mit einem Nachprüfungsantrag. Auch hier wurden

Bewertungsfehler festgestellt und die Rückversetzung angeordnet. Schließlich hob die Behörde die Ausschreibung auf und kündigte eine Neuausschreibung an. Auch dagegen wurde geklagt. Jetzt gab die Kammer der Auftraggeberin aber Recht: Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht verpflichtet, eine Ausschreibung durch Zuschlag zu beenden. Allerdings handelte die Behörde ermessensfehlerhaft, weil die Aufhebung unverhältnismäßig war.

---

### DIE FOLGEN

Dass öffentliche Auftraggeber grundsätzlich zur Aufhebung berechtigt sind, ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut (§ 63 Abs. 1 S. 2 VgV). Gerichte haben sich nur sehr selten darüber hinweggesetzt und sind von einer „Scheinaufhebung“

ausgegangen. Um eine solche handelt es sich, wenn offensichtlich ist, dass der Auftraggeber die Ausschreibung aufhebt, um den Zuschlag auf einen unliebsamen Bieter zu verhindern, und dann die Leistung wieder genau so an den Markt bringt.

---

### WAS IST ZU TUN?

Neu an der Entscheidung der VK Niedersachsen ist, dass sie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Aufhebungsentscheidung betont. Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass die Bieter mit der Angebotsabgabe eine schützenswerte Rechtsposition erhalten haben. Sie resultiert aus einem vorvertraglichen Schuld- und Vertrauensverhältnis, das durch die Ausschreibung entsteht. Aus dieser Rechtsposition heraus können Bieter zwar keine Aufhebung verhindern, sie können jedoch gegebenenfalls Schadenersatzansprüche geltend machen. Ob ein solcher Anspruch tatsächlich in relevanter Höhe besteht, ist vom Einzelfall abhängig. Ein

Bieter, der bei Fortführung der Ausschreibung den Auftrag bekommen musste, kann sogar den entgangenen Gewinn einfordern. Auftraggeber, die eine Ausschreibung aufheben möchten, müssen daher dokumentieren, dass sich der Bedarf oder der Markt so weit verändert hat, dass sich dadurch die ursprünglichen Ausschreibungsgrundlagen maßgeblich verändert haben. Eine Marktänderung kann dann vorliegen, wenn sich das Verfahren lange hinzieht und die Marktpreise mittlerweile andere Dimensionen erreicht haben. Eine Bedarfsänderung kann z.B. in einer geänderten Leistungsbeschreibung dokumentiert werden. (redigiert von Anja Hall)