

Leitsätze:

1. Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Bauauftrag bereits aufgehoben hat, kann ein Bewerber noch in zulässiger Weise die Vergabekammer anrufen und geltend machen, durch Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden Vergabevorschrift in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Der Bieter kann im Falle einer nicht unter die einschlägigen Tatbestände fallenden Aufhebung die Feststellung beantragen, dass er durch das Verfahren in seinen Rechten verletzt ist.
2. Als Feststellungsinteresse genügt jedes anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition der Antragstellerin in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Es ist jedenfalls gegeben, wenn die Feststellung zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dient und ein solcher Prozess mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist und nicht offenbar aussichtslos erscheint.
3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Bieter die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in der unter § 17 EU Abs. 1 VOB/A aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist. Die in § 17 EU Abs. 1 VOB/A geschriebenen Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens. Notwendige Voraussetzung für eine wirksame Aufhebung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, sodass eine Diskriminierung ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
**Bevollmächtigte**  
.....  
**(Antragstellerin - ASt -)**

**Vergabestelle:** .....  
**Bevollmächtigte**  
.....  
**(Vergabestelle - VSt -)**

**Baumaßnahme:** **Sanierung .....**  
**1. Bauabschnitt**

**Gewerk:** **Teilprojekt 1 Rohbau**

**Vergabeart** **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 05.07.2019 durch die Vorsitzende ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

### **B e s c h l u s s :**

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch die Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten verletzt ist.
2. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin und der Vergabestelle tragen die Antragstellerin und die Vergabestelle je zur Hälfte.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Vergabestelle war notwendig.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

### **S a c h v e r h a l t :**

#### **1.**

Die VSt schrieb den Rohbau für die Baumaßnahme ..... europaweit im Wege eines offenen Verfahrens aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxx veröffentlicht.

Die Angebotsfrist endete am xx.xx.xxxx 11:00 Uhr. Die Antragstellerin reichte rechtzeitig ihr Angebot ein.

Ausweislich des Submissionsprotokolls vom xx.xx.xxxx befand sich das Angebot der Antragstellerin nach Öffnung der Angebote mit x.xxx.xxx,xx € an erster Stelle. Der zweite Bieter lag bei x.xxx.xxx €.

## **2.**

Mit Schreiben vom 5.4.2019 informierte die Vergabestelle die Antragstellerin, dass das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren aufgehoben wird. Als Erläuterung wurde angegeben, dass kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt werden konnte.

Ein neues Vergabeverfahren werde angestrebt. Die Antragstellerin wird um Mitteilung gebeten bis 9.4.2019, ob sie sich an dem neuen Vergabeverfahren beteiligen möchte.

## **3.**

Am 5.4.2019 rügte die Antragstellerin die Aufhebung des Verfahrens. Die Aufhebung sei zurückzunehmen und der Auftrag sei an die Antragstellerin zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin entspreche den derzeitigen Marktpreisen. Es sei zu werten.

## **4.**

Mit Schreiben vom 15.4.2019 wies die Vergabestelle die Vergaberüge zurück. Sie führte aus, dass die Aufhebung des Verfahrens aus anderen schwerwiegenden Gründen nach § 17 EU Abs. 1 Nummer 3 VOB/A gerechtfertigt ist. Es sei kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden. Die abgegebenen Angebote lägen erheblich über der Kostenschätzung des Auftraggebers. Die Kostenschätzung stelle eine realistische, seriöse und nachvollziehbare Prognose dar. Das ausgeschriebene Leistungsverzeichnis sei vollständig bepreist worden. Es sei ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ermittelt worden. Das Verfahren war im Lichte des Grundsatzes der Sparsamkeit und Effizienz bei der Verwendung öffentlicher Mittel aufzuheben.

Selbst wenn kein normierter Aufhebungsgrund vorliegt, könne der Auftraggeber von einem Vergabeverfahren Abstand nehmen. Es bestehe kein Kontrahierungszwang.

## **5.**

Mit Nachprüfungsantrag vom 25.4.2019 beantragte die Antragstellerin:

1. der Vergabestelle aufzugeben, das Angebot der Antragstellerin nicht wegen eines „unangemessenen hohen Preises“ auszuschließen, sondern das Angebot in der Wertung zu belassen.
2. die Vergabestelle zu verpflichten, die Aufhebung der Ausschreibung gemäß Schreiben vom 5.4.2019 aufzuheben.
3. hilfsweise, gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Aufhebung der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt ist.
4. Die Gewährung von Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

Die Anträge seien zulässig und begründet.

Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass das Angebot der Antragstellerin vorliegend ganz erheblich über der bauseitigen Kostenschätzung liegt.

Die Kostenschätzung der Vergabestelle sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Sie enthalte keine Marktpreise. Es werde bestritten, dass die Vergabestelle ihre Preise vorliegend aus räumlich zeitlich und inhaltlich vergleichbaren Bauvorhaben gezogen hat. Die Baupreise seien im letzten Jahr deutlich gestiegen. Dies sei allgemein bekannt. In den letzten Monaten sei eine überdurchschnittlich hohe Anzahl an Aufhebungen von Vergabeverfahren erfolgt. In vielen Fällen seien auch in einem neuen Vergabeverfahren keine günstigeren Angebotspreise erzielt worden. Es sei zu befürchten, dass die Aufhebung dazu genutzt werde, Haushaltsmittel nachzubessern und gegebenenfalls den Leistungsumfang zu reduzieren. Dies sei kein Aufhebungsgrund im Sinne von § 17 EU VOB/A.

Ein Aufhebungsgrund liege nicht vor.

Eine mangelhafte Kostenschätzung sei kein Aufhebungsgrund. Das Angebot der Antragstellerin liege deutlich unter dem Angebot des Zweitbietenden. Wenn die bauseitige Kostenschätzung dennoch wiederum deutlich unter dem Angebotspreis der Antragstellerin liegt, könne diese keine Marktpreise enthalten.

Der Aufhebung müsse eine umfassende Interessenabwägung vorangehen. Die Aufhebung habe Ultima Ratio Charakter. Die Vergabestelle habe eine solche Interessenabwägung nicht durchgeführt.

Die Antragstellerin müsse beweisen, dass eine Nachfinanzierung nicht möglich ist. Hierbei komme es auf das festgelegte Budget für das Gesamtprojekt an.

Vorliegend hätte eine Einsparung bei nachfolgenden Gewerken erfolgen können.

Eine Darlegung der Vergabestelle fehle.

Die Antragstellerin habe Anspruch auf Belassung ihres Angebots in der Wertung und auf Aufhebung der Aufhebung. Hilfsweise habe sie Anspruch auf Feststellung, dass sie durch das Verfahren in ihren Rechten verletzt ist.

Die Antragstellerin habe Anspruch auf Einsichtnahme und Überprüfung der Kostenschätzung. Die Gewährung von Akteneinsicht sei entscheidungserheblich, d. h. zur Durchsetzung von Bieterrechten der Antragstellerin notwendig. Zur Akteneinsicht hinsichtlich der Kostengrundlage sei der Ansicht des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 28.12.2007, Verg 40/07) zu folgen. Die Mängel der Aufhebungsentscheidung könne die Antragstellerin nur aufzeigen, wenn sie die Kostenermittlung des Antragsgegners kennt.

## 6.

Die Vergabekammer hat den Antrag am 26.4.2019 zugestellt und um Übersendung der Vergabeakten gebeten.

## 7.

Die Vorsitzende hat aufgrund besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten die Frist des § 167 Absatz 1 Satz 1 GWB zuletzt bis einschließlich 2.8.2019 verlängert.

## 8.

Mit Schriftsatz vom 15.05.2019 beantragte die VSt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.

Der Haupt- und Hilfsantrag sei unbegründet.

Der Antrag, der sich gegen den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin richtet, sei offensichtlich unbegründet. Die Vergabestelle habe das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschlossen. Ein Ausschluss sei auch nicht gerügt worden. Der Antrag sei daher auch unzulässig.

Das gegenständliche Verfahren sei wirksam aufgehoben worden, sodass eine Aufhebung der Aufhebung keinesfalls in Betracht kommt.

Die Aufhebungsgründe des § 17 EU Abs. 1 VOB/A würden das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren zu beenden, nicht einschränken. Sie würden lediglich die Rechtmäßigkeit der Aufhebung regeln. Die Aufhebung sei vorliegend sachlich begründet und daher wirksam.

Die abgegebenen Angebote lägen deutlich über der aufgestellten Kostenschätzung.

Die Antragstellerin habe eine Scheinaufhebung nicht vorgetragen. Eine solche liege auch nicht vor. Es werde umgehend ein neues Vergabeverfahren eröffnet, an dem die Antragstellerin wieder teilnehmen kann.

Der Bieter müsse sogar eine rechtswidrige Aufhebung hinnehmen.

Vorliegend sei die Aufhebung jedoch auch rechtmäßig.

Der hilfsweise Feststellungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Die Antragstellerin habe kein Feststellungsinteresse vorgetragen. Ein solches liege auch nicht vor. Die Aufhebung sei aus schwerwiegenden Gründen nach § 17 EU Abs. 1 Nummer 3 VOB/A gerechtfertigt. Es sei kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden. Die Kostenschätzung sei vertretbar und die abgegebenen Angebote lägen deutlich darüber.

Die Kosten der verfahrensgegenständlichen Baumaßnahme seien vorab realistisch geschätzt worden. Es sei ein qualifiziertes und erfahrenes Planungsbüro beauftragt worden. Das ausgeschriebene Leistungsverzeichnis sei vollständig bepreist worden. Es handle sich um wirklichkeitsnahe aktuelle Einheitspreise. Die Ermittlung der Einheitspreise sei methodisch auf der Grundlage der Datenbank für Baupreise (PKI), der Datenbank für Baupreise (WEKA), sowie unter Berücksichtigung von Vergleichsprojekten des Planungsbüros erfolgt. Das Schätzungsergebnis sei wirklichkeitsnah, es bilde die aktuellen Baupreise ab. Die Abweichung des günstigsten Angebots von der Kostenschätzung in Höhe von ca. 20 % lasse einen Rückschluss auf ein unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis ziehen. Vorliegend habe das günstigste Angebot 37 % über der Kostenschätzung gelegen. Diese überhöhten Preise müsse der Auftraggeber nicht hinnehmen.

Die Vergabestelle habe nach umfassender Interessenabwägung im Lichte des Grundsatzes der Sparsamkeit und Effizienz bei der Verwendung öffentlicher Mittel ermessensfehlerfrei entschieden. Die berechtigten Interessen der Bieter, die hinsichtlich der Angebotserstellung Aufwendungen getätigt haben, seien hierbei einbezogen worden.

Eine Aufhebung sei bereits gerechtfertigt, wenn lediglich das aufzuhebende Einzellos ein unwirtschaftliches Ergebnis aufweist. Auf die Finanzierbarkeit komme es vorliegend hingegen nicht an. Insbesondere gebe es bei dem ersten Gewerk des Rohbaus noch keine anderen Einsparungen zur Querfinanzierung.

## **9.**

Am 12.6.2019 und 25.6.2019 gewährte die Vergabekammer der Antragstellerin eingeschränkt Akteneinsicht durch Übersendung von Kopien unter Wahrung des Geheimnisses gem. § 165 Abs. 2 GWB.

## **10.**

Mit Schriftsatz vom 19.6.2019 teilte die ASt mit, dass die Kostenschätzung nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. Die Vergabestelle habe nicht die herangezogenen Vergleichsprojekte des Architekturbüros benannt. Es sei eine genaue Bezeichnung der angegebenen Datenbanken erforderlich, dass diese Datenbanken für diverse Gebäude und natürlich zu unterschiedlichen Zeiträumen Daten bereithalten.

Bei der bauseitigen Kostenschätzung sei nicht berücksichtigt worden, dass aufgrund der vorgesehenen sehr langen Bauzeit und der geplanten Durchführung in einzelnen Bauabschnitten erhebliche Baustellengemeinkosten und Baustelleneinrichtungskosten anfallen werden.

Die Vergabestelle habe weiterhin bei der Bildung des Budgets keinerlei Zuschläge auf die Kostenschätzung vorgenommen. Hierin liege ein methodischer Fehler, der die Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung rechtfertigt.

Die Vergabestelle habe nicht geprüft, ob eine Querfinanzierung aus weiteren Gewerken möglich ist. Hinsichtlich der Unwirtschaftlichkeit komme es auf das Gesamtbudget an. Hierzu habe die Vergabestelle nichts vorgetragen.

#### **11.**

Auf das Schreiben der ASt vom 1.7.2019 wird verwiesen.

#### **12.**

Mit Schriftsatz vom 2.7.2019 teilte die Vergabestelle mit, dass eine Scheinaufhebung nicht vorliegt. Die Antragstellerin habe keine nachvollziehbaren Gründe für eine Scheinaufhebung genannt. Die Aufhebung habe einen sachlichen Grund.

Die Aufhebung sei auch gerechtfertigt aus anderen schwerwiegenden Gründen nach § 17 EU Abs. 1 Nummer 3 VOB/A. Die Kostenschätzung sei durch das beauftragte fachkundige Planungsbüro zweifelsfrei professionell und seriös erstellt worden. Sämtliche Positionen des Ausschreibungs-LV seien mit realistischen Einheitspreisen versehen worden. Dies gelte auch für die Schätzung der Kosten für die Baustelleneinrichtung. Die Antragstellerin habe die Baustelleneinrichtung überhöht angeboten. Dies ergebe sich aus dem Vergleich mit den anderen Angeboten.

Die Vergabestelle habe einen Sicherheitszuschlag kalkuliert, indem sie das Budget höher geplant habe als das Ergebnis der Kostenschätzung.

Eine Querfinanzierung sei nicht möglich. Durch eine Querfinanzierung könne zudem nicht die fehlende Wirtschaftlichkeit des Ausschreibungsergebnisses geheilt werden.

Auf den Schriftsatz wird im Übrigen verwiesen.

#### **13.**

Mit Schreiben vom 3.7.2019 teilte die Antragstellerin mit, dass es nicht ausreiche, wenn die Vergabestelle lediglich behaupte, die Zahlen aus ihrer Kostenschätzung seien aus aktuellen und vergleichbaren Baumaßnahmen entnommen worden. Es fehle ein konkreter Vortrag, aus welchen Baumaßnahmen die Preise übernommen wurden und auch ein entsprechender detaillierter Vortrag zu Inhalt und Umfang der vermeintlichen Vergleichsbauvorhaben.

Ein ähnliches Versagen der Akteneinsicht komme vorliegend nicht in Betracht.

Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die Antragstellerin mit, dass es sich bei der Aufhebung des Vergabeverfahrens um eine Scheinaufhebung handle. Es bestehe der Verdacht, dass die erste Ausschreibung lediglich der Markterkundung diene. Dies sei ersichtlich, da das neue

Leistungsverzeichnis aufgrund der Bietergespräche überarbeitet worden ist. Es seien teilweise Mengenänderungen erfolgt und es sei jetzt eine Staubschutzwand ausgeschrieben.

Das vorliegende Nachprüfungsverfahren diene im Hinblick auf den Feststellungsantrag der Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses. Das Feststellungsinteresse sei gegeben.

Die Kosten der Baustelleneinrichtung seien ordnungsgemäß kalkuliert durch die Antragstellerin.

Es werde bestritten, dass die Vergleichsprojekte des Architekturbüros mit dem streitgegenständlichen Projekt tatsächlich vergleichbar sind. Der Sachvortrag der Vergabestelle sei unsubstantiiert hinsichtlich der Kostenschätzung. Die von der Vergabestelle benannten Datenbanken würden sich jeweils auf verschiedene Gebäudearten beziehen.

Auch hinsichtlich der angeblich mangelnden Finanzierbarkeit fehle es vorliegend an einem substantiierten Vortrag der Vergabestelle.

Auf das Schreiben der Antragstellerin vom 4.7.2019 wird verwiesen.

#### **14.**

In der mündlichen Verhandlung am 5.7.2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin stellt die Anträge 2 bis 4 aus dem Nachprüfungsantrag vom 25.4.2019.

Die Vergabestelle bleibt bei ihren schriftsätzlichen Anträgen vom 15.5.2019.

### **Begründung:**

#### **1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.
- c)** Bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d)** Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB. Die Gesamtprojektkosten für die Sanierung übersteigen den Schwellenwert von 5,548 Mio €. Die hier streitgegenständlichen Rohbauarbeiten mit einem geschätzten



Auftragswert von knapp xxx.000 € sind ein Fachlos dieser Maßnahme. Die Vergabestelle hat die Ausschreibung als Offenes Verfahren im Amtsblatt der EU bekannt gemacht und das Fachlos somit dem Kontingent zugeordnet, das EU-weit auszuschreiben ist.

- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch die Aufhebung ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.

Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Bauauftrag bereits aufgehoben hat, kann ein Bewerber noch in zulässiger Weise die Vergabekammer anrufen und geltend machen, durch Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden Vergabevorschrift in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein (BGH v. 18.02.2003 – X ZB 43/02). Der Bieter kann im Falle einer nicht unter die einschlägigen Tatbestände fallenden Aufhebung die Feststellung beantragen, dass er durch das Verfahren in seinen Rechten verletzt ist (BGH v. 20.03.2014 – X ZB 18/13).

Die Antragstellerin besitzt insoweit das erforderliche Feststellungsinteresse wegen möglicher Schadensersatzansprüche gegen die Vergabestelle. Als Feststellungsinteresse genügt jedes anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition der Antragstellerin in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Es ist jedenfalls gegeben, wenn die Feststellung zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dient und ein solcher Prozess mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist und nicht offenbar aussichtslos erscheint (VK Südbayern, Beschluss vom 5.10.2016-Z3-3-3194-1-33-08/16).

Vorliegend hat die Antragstellerin neben dem Feststellungsantrag auch Primärschutz begehrt. Während ein isolierter Antrag auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfahrensaufhebung, mit dem nicht zugleich Primärrechtsschutz nachgesucht wird, unzulässig ist (OLG Celle, Beschluss vom 19.3.2019-13 Verg 1/19), ist bei einem ernsthaften Begehren auf Primärrechtsschutz ein Feststellungsinteresse gegeben.

Die Feststellung einer Rechtsverletzung ist vorliegend geeignet einen Schadensersatzanspruch vorzubereiten.

- f) Die ASt hat mit Schreiben vom 5.4.2019 rechtzeitig die Aufhebung der Ausschreibung gerügt.

## 2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit die ASt die Aufhebung der Aufhebung verlangt. Die Aufhebung der Ausschreibung ist wirksam erfolgt und daher nicht aufzuheben. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit er die Rechtmäßigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens angreift.

- a) Ein Anspruch auf Fortsetzung des Verfahrens besteht nicht, wenn die Aufhebung nicht aus rechtlich zu missbilligendem Grund erfolgt ist (BGH v. 20.03.2014 – X ZB 18/13). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Bieter die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in der unter § 17 EU Abs. 1 VOB/A aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist (BGH v. 05.11.2002 – X ZR 232/00).

Die in § 17 EU Abs. 1 VOB/A geschriebenen Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV, Rdnr. 18).

Notwendige Voraussetzung für eine wirksame Aufhebung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, sodass eine Diskriminierung ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt (VK Brandenburg, Beschluss vom 11.10.2017-VK 8/17).

Für das Vorliegen einer Scheinaufhebung ist der Antragsteller beweispflichtig.

Ansatzpunkte für eine diskriminierende Scheinaufhebung sind vorliegend nicht zu erkennen. Der Vortrag der Antragstellerin, dass es sich um eine Scheinaufhebung handelt, weil das neue Leistungsverzeichnis Änderungen enthält, überzeugt nicht. Ein willkürliches und diskriminierendes Vorgehen der Vergabestelle liegt selbst dann nicht vor, wenn die Vergabestelle Erkenntnisse aus der ersten Ausschreibung im neuen Leistungsverzeichnis verwertet. Solche Änderungen deuten nicht per se

daraufhin, dass die erste Ausschreibung nur als Markterkundung, bzw. nur zum Schein erfolgte. Vielmehr ist die Vergabestelle vorliegend offensichtlich auch weiterhin daran interessiert, den Auftrag im Wettbewerb zu vergeben. Die Antragstellerin teilte in der mündlichen Verhandlung mit, dass sie sich auch am neueren Vergabeverfahren nach Aufforderung beteiligt hat.

Die Frage der Rechtmäßigkeit des Aufhebungsgrundes ist hingegen im Feststellungsantrag zu prüfen. Der Hauptantrag der Antragstellerin ist daher im Ergebnis abzuweisen.

- b)** Die AST wird durch die Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die Aufhebung erfolgt hier in vergaberechtswidriger Weise, weil die von der VSt für die Aufhebung des Vergabeverfahrens aufgeführten Gründe des § 17 EU Abs. 1 VOB/A nicht durchgreifen.

Nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A kann eine Ausschreibung unter den dort normierten Voraussetzungen aufgehoben werden.

Ein Aufhebungsgrund liegt vorliegend nicht vor.

Die Vergabestelle beruft sich auf das Vorliegen anderer schwerwiegender Gründe nach § 17 EU Abs. 1 Nummer 3 VOB/A.

Hierunter kann auch ein unwirtschaftliches Ergebnis der Ausschreibung fallen (entsprechend § 63 Abs. 1 Nummer 3 VgV).

Ein unwirtschaftliches Ergebnis liegt vor, wenn auch das wirtschaftlichste Angebot erheblich über dem Preis liegt, der nach ordnungsgemäßer Schätzung des Auftragswertes ermittelt worden war (Herrmann, Vergaberecht Kommentar, Ziekow/Völlink, 3. Aufl., § 63 VgV, Rn. 45).

Vorliegend hat die Vergabestelle die Ordnungsgemäßheit der Kostenschätzung nicht ausreichend dargelegt. Darüber hinaus hat die Vergabestelle ihr Entschließungsermessen im Sinne des § 17 EU Abs. 1 VOB/A nicht ausreichend ausgeübt, bzw. dokumentiert.

- aa)** Kann der öffentliche Auftraggeber nicht belegen, dass die zur Grundlage der Aufhebungsentscheidung gemachte Kostenschätzung ordnungsgemäß und innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraumes erstellt worden ist, wird die Aufhebung nicht gerechtfertigt (Herrmann, Vergaberecht Kommentar, Ziekow/Völlink, 3. Aufl., § 63 VgV, Rn. 45).

Der BGH setzt für eine ordnungsgemäße Kostenschätzung voraus, dass die Vergabestelle oder der von ihr gegebenenfalls beauftragte Fachmann für die Schätzung Methoden wählt, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen. Wie genau die Berechnung auszusehen hat, ist aber eine Frage des Einzelfalls. Auch mit angemessener Sorgfalt durchgeführte Schätzungen sind nur Prognoseentscheidungen. Bei der Ordnungsgemäßheit der Kostenschätzung geht es nicht vorrangig darum, dass die Preise tatsächlich den Marktpreisen entsprechen. Es kommt darauf an, dass die Methodik der Kostenermittlung grundsätzlich geeignet ist, Marktpreise im Voraus zu schätzen (Mehlitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Burgi/Dreher, 3. Aufl., § 63 VgV, Rn. 39 ff).

Das Ergebnis der Schätzung muss mit dem Leistungsverzeichnis der konkret durchgeführten Ausschreibung übereinstimmen und die Schätzung der zugrundegelegten Preise muss im Zeitpunkt der Bekanntmachung aktuell sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.3.2019-Verg 42/18).

Vorliegend ist in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Kostenschätzung folgendes dokumentiert:

*Die Kostenschätzung wurde im Auftrag der Vergabestelle durch das Architekturbüro ..... erstellt. Dabei wurde das der Ausschreibung zugrunde liegende Leistungsverzeichnis positionsweise mit wirklichkeitsnahen aktuell Einheitspreise versehen. Dadurch wurde die Deckungsgleichheit mit dem Leistungsgegenstand sichergestellt. Die Ermittlung der Einheitspreise erfolgte methodisch im Einzelnen folgendermaßen:*

- *Datenbank für Baupreise (BKI)*
- *Datenbank für Baupreise (WEKA)*
- *Vergleichsprojekte Architekturbüro RRP*

Das bepreiste Leistungsverzeichnis ist auf den 19.2.2019 datiert.

Die Kostenberechnung ist somit ausreichend aktuell.

Die Vergabekammer stellt fest, dass das bepreiste Leistungsverzeichnis nicht in allen Positionen dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibung entspricht. Es finden sich zum Teil unterschiedliche Positionen, zum Teil unterschiedliche Mengenangaben (vgl. Positionen 01.01.0001-01.01.0009; 02.02.0007; 02.04.0001, 02.04.0002, 03.03.0007). Die Kostenschätzung basiert somit zum Teil auf anderer Grundlage im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung. In welcher Breite eine Abweichung erfolgt, und ob diese Abweichung die Kostenschätzung insgesamt nicht ordnungsgemäß erscheinen lässt, kann vorliegend jedoch offen bleiben.

Hinsichtlich der Methodik der Kostenermittlung ist schließlich problematisch, dass die Vergabeunterlagen lediglich allgemein auf Datenbanken und Vergleichsprojekte verweisen. Aus den allgemeinen Verweisen ist nicht zu ersehen, wie das Architekturbüro im Einzelnen vorgegangen ist und worauf es konkret abgestellt hat bei der Kostenschätzung. Hinsichtlich der pauschal genannten „Vergleichsprojekte“ kann aus der Dokumentation nicht nachvollzogen werden, inwiefern eine Vergleichbarkeit der Projekte gegeben ist und um welche Projekte es sich handelt. Auch die konkrete Anwendung der Datenbanken und die konkrete Beachtung von Preissteigerungen ist nicht dokumentiert.

Mit dem pauschalen Verweis auf vergleichbare Ausschreibungen und Datenbanken liefert die Vergabestelle keinen hinreichenden Beleg, dass die zur Grundlage der Aufhebungsentscheidung gemachte Kostenschätzung ordnungsgemäß und innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes erstellt worden ist. Für die Vergabekammer ist es aufgrund der vorhandenen pauschalen Begründung in der Dokumentation nicht möglich, die Ordnungsgemäßheit der Kostenschätzung hinsichtlich ihrer Methodik zu überprüfen (vgl. VK Bund, 19.9.2014-VK 1-70/14).

Auch im Nachprüfungsverfahren ist hinsichtlich der Kostenberechnung keine ausreichend konkrete Ausführung erfolgt. Es kann somit vorliegend offen bleiben, ob ein Nachschieben im Nachprüfungsverfahren rechtmäßig gewesen wäre.

Der Vortrag der Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren, hinsichtlich einer Kostenüberschreitung der Antragstellerin bei der Position Baustelleneinrichtung und hinsichtlich eines ausreichenden Sicherheitszuschlags zwischen Kostenberechnung und Kostenbudget ändern hieran nichts. Auch sie belegen die Ordnungsgemäßheit der Kostenschätzung nicht konkret genug.

Auch die Ausführungen der Vergabestelle in der mündlichen Verhandlung, das Architekturbüro habe ein ebenfalls von ihr betreutes .....projekt herangezogen und hierbei den neusten Baukostenindex berücksichtigt, genügt in Gesamtschau noch nicht, um eine ordnungsgemäße Kostenschätzung zu belegen.

**bb)** Die Vergabestelle hat darüber hinaus ihr Ermessen nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A nicht ausreichend ausgeübt, bzw. nicht dokumentiert. Es existiert kein einheitlicher Maßstab dafür, welches Maß der Überschreitung der Schätzung des Auftragswertes eine Unwirtschaftlichkeit des Ergebnisses begründet. Die Beurteilung ist stets anhand der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen (Herrmann, Vergaberecht Kommentar, Ziekow/Völlink, 3. Aufl., § 63 VgV, Rn. 42)

Nach § 17 Abs. 1 VOB/A steht es im Entschließungsermessen der Vergabestelle, ob sie diese Maßnahme ergreift, wenn ihrer Meinung nach ein Aufhebungsgrund

vorliegt (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 17 VOB/A 2016, Rn. 10). Die Vergabestelle übt nur dann in rechtmäßiger Weise ihr Ermessen aus, wenn sie die zu beachtenden Belange des Bestbieters in ihre Abwägung einstellt.

Im Vergabevermerk wurden die Belange der Antragstellerin in die Ermessenserwägungen nicht ausreichend eingestellt. In der Dokumentation über die Aufhebungsentscheidung findet sich folgende Darstellung:

*Die Aufhebung des offenen Verfahrens ist aus anderen schwerwiegenden Gründen nach § 17 EU Abs. 1 Nummer 3 VOB/A gerechtfertigt, da für beide eingereichten Angebote unangemessen hohe Preise festzustellen sind.*

*Nach § 16 d EU Abs. 1 Nummer 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. Von einem anderen schwerwiegenden Grund ist unter anderem auszugehen, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde. Dies ist der Fall, wenn die vor der Ausschreibung vorgenommene Kostenschätzung des Auftraggebers aufgrund der bei Ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Informationen und Daten als vertretbar erscheint und die im Vergabeverfahren abgegebenen Angebote deutlich darüber liegen.*

...

*Da demnach der im Zuge der Verfahrensvorbereitung aufgestellten Kostenschätzung von ca. xxx.000 € brutto realistische Ansätze zugrunde lagen, ist von einer erheblichen Überschreitung und damit von einem unwirtschaftlichen Ergebnis auszugehen.*

...

*Vorliegend lag das günstigste Angebot für das betreffende Los ... ganz erheblich über der Kostenschätzung. Bei dieser Größenordnung ist die Grenze überschritten, bis zu der vom Auftraggeber gegebenenfalls noch erwartet werden könnte, die überhöhten Preise hinzunehmen. Daher wird das, dem Auftraggeber eingeräumte Ermessen nach, sorgfältiger Abwägung der Interessen, der beteiligten Bieter, an einer Verfahrensbeendigung, durch Zuschlagserteilung und des Auftraggebers an einer wirtschaftlich vertretbaren Beschaffung dahingehend ausgeübt, dass das laufende offene Verfahren aufgehoben wird.*

Wann die Aufhebung einer Ausschreibung wegen deutlicher Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswertes rechtmäßig ist, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, dass einerseits den öffentlichen Auftraggebern nicht das Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung zugewiesen wird, die Aufhebung andererseits aber auch kein Instrument zur Korrektur der in Ausschreibungen erzielten Submissionsergebnisse sein darf. Dabei muss der Auftraggeber auch den Preis aufklären und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Jedenfalls handelt der öffentliche Auftraggeber ermessensfehlerhaft, weil die Interessen der betroffenen Bieter nicht hinreichend berücksichtigt sind, wenn er keine Handlungsalternativen zur Aufhebung erwägt und dies auch dokumentiert (Herrmann, Vergaberecht Kommentar, Ziekow/Völlink, 3. Aufl., § 63 VgV, Rn. 42). Vorliegend liegen die Angebote aller Bieter 37 % und mehr über der Kostenschätzung der Vergabestelle.

Die Vergabestelle stellt in ihrer Dokumentation darauf ab, dass insofern die Grenze überschritten sei, bis zu der die Vergabestelle überhöhte Preise hinnehmen muss. Allein diese Ausführung genügt nicht dem zu fordernden Maß einer umfassenden Interessenabwägung. Zwar spricht die Vergabestelle von einer „sorgfältigen Abwägung der Interessen“. Wie diese im Einzelnen aussieht, ist jedoch nicht dokumentiert. Die Vergabestelle hat weder die Interessen des Bieters dokumentiert. Noch hat sie eine Auseinandersetzung mit eventuellen Handlungsalternativen zur Aufhebung dokumentiert.

Auch im Nachprüfungsverfahren hat die Vergabestelle keine weitere Auseinandersetzung eingebracht, bzw. keine weitere Interessenabwägung vorgenommen und damit dokumentiert.

Das Ermessen wurde somit, soweit für die Vergabekammer erkenntlich, nicht ordnungsgemäß ausgeübt.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a)** Die ASt und die VSt tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen jeweils beide teilweise unterlegen sind (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB). Da ein isolierter Nachprüfungsantrag auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfahrensaufhebung, mit der nicht zugleich um Primärrechtsschutz nachgesucht wird, unzulässig ist, hat die Antragstellerin gleichermaßen vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags abzuwägen, wie ihre

Aussichten für einen durchgreifenden Primärrechtsschutz liegen. Geht die Antragstellerin selbst von einem nicht durchgreifenden Primärrechtsschutz aus, ist sie gerade gehalten, einen reinen Schadensersatzprozess vor den Zivilgerichten anzustreben. Verfolgt sie dennoch einen Primärrechtsschutz um zu einem zulässigen Feststellungsantrag zu gelangen, ist es billig, ihr die Kosten des Unterliegens des Antrags auf Primärrechtsschutz aufzuerlegen.

**b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt und der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

**c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt und die VSt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt und der VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Insbesondere war die Antragstellerin anwaltlich vertreten, sodass es auch der Vergabestelle nicht abzusprechen ist gleichermaßen einen Anwalt hinzuzuziehen.

**d)** Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €. Da keine Beiladung erforderlich war, wird die Gebühr um xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert und ist hälftig von der ASt zu x.xxx,- € und von der VSt zu x.xxx € zu tragen.

Der von der ASt geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet.

Der Betrag von x.xxx,- € wird der Antragstellerin nach Bestandskraft zurückerstattet.

Die Vergabestelle erhält eine Kostenrechnung in Höhe von x.xxx,- €.

Auslagen sind nicht angefallen.



**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....