

Titel:

Ausschreibung

Schlagwort:

Ausschreibung

Rechtsmittelinstanz:

BayObLG, Beschluss vom 11.09.2024 – 1/24 e

Fundstellen:

LSK 2023, 54824

ZfBR 2025, 112

Tenor

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlich Bevollmächtigten durch die Vergabestelle wird für notwendig erklärt.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.....,- €.

Auslagen sind nicht angefallen.

Tatbestand

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

1

1. Die VSt schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom ... im Offenen Verfahren Feuerlöschtechnik für die Baumaßnahme Generalsanierung ... aus.

2

Nur die ASt reichte ein Angebot ein. Das einzige Angebot belief sich auf eine Bruttosumme von x.....,xx EUR ohne Wartung bzw. x.....,x EUR inklusive Wartung.

3

2. Das bepreiste Leistungsverzeichnis der VSt vom 20.04.2023, unterstützt durch den als Unterauftragnehmer des eingeschalteten Generalplaners ... beauftragten Fachplaners ..., belief sich aufxx EUR brutto ohne Wartung bzw., EUR brutto inklusive Wartung.

4

Zur Chronologie der Kostenschätzung:

5

Die Kostenschätzung (Leistungsphase (LPh) 2 – Vorplanung) erfolgte im November 2019. Laut Fachplaner sei Grundlage der Massenermittlung die Vorplanung des Fachplaners gewesen. Kosten seien aus Annahmen von vergleichbaren Projekten ermittelt worden. Die Kostenschätzung sei bis in die 3. Ebene bearbeitet worden.

6

Die Kostenberechnung (LPh 3 – Entwurfsplanung) erfolgte im August 2020. Laut Fachplaner sei Grundlage der Massenermittlung die Entwurfsplanung des Fachplaners gewesen. Bei der Kostenberechnung sei das Submissionsergebnis aus einem ... in ... zu Grunde gelegt worden (Stand August 2019). Aufgrund der zeitlichen Verschiebung sei ein prozentualer Sicherheitsfaktor berücksichtigt worden. Die Kostenberechnung sei bis in die 3. Ebene bearbeitet worden.

7

Die Kostenberechnung (LPh 3 – Entwurfsplanung) wurde im Februar 2021 erstmals fortgeschrieben. Laut Fachplaner sei diese Kostenberechnung für den Fördermittelantrag erstellt worden. Grundlage sei die Kostenberechnung von August 2020 gewesen. Hier seien Kostensteigerungen zwischen August 2020 und Februar 2021 berücksichtigt worden. Die Preissteigerungen seien dem statistischen Bundesamt (Destatis) entnommen worden.

8

Die Kostenberechnung (LPh 3 – Entwurfsplanung) wurde im Mai 2022 erneut fortgeschrieben. Laut Fachplaner sei diese Kostenberechnung für den Fördermittelantrag erstellt worden.

9

Grundlage sei die Kostenberechnung von Februar 2021 gewesen. Hier seien Kostensteigerungen zwischen Februar 2021 und Mai 2022 berücksichtigt worden. Die Preissteigerungen seien dem statistischen Bundesamt (Destatis) entnommen worden.

10

Das bepreiste Leistungsverzeichnis (LPh 6 – Vorbereitung der Vergabe) erfolgte im April 2023. Laut Fachplaner sei Grundlage für die Massenauszüge die Ausführungsplanung des Fachplaners gewesen. Die Massenauszüge seien aus dem CAD-Berechnungsprogramm erstellt worden. Sicherheitsfaktoren seien bei der Massenermittlung berücksichtigt worden. Dies sei nicht nach einem pauschalen Wert erfolgt. Die Preise seien aus Angebotsabfragen bei Herstellern ermittelt worden, Internetrecherche und aus dem Submissionsergebnis einer vergleichbaren Ausschreibung von März 2023 zum Gewerk Feuerlöschtechnik. Bei dem bepreisten Leistungsverzeichnis sei ein Sicherheitsfaktor von rund 10% berücksichtigt worden.

11

3. Laut Vergabevermerk der VSt vom 23.08.2023 lag die Angebotssumme um ...x % über der eigenen Kostenschätzung.

12

Am 03.07.2023 führte die VSt deshalb eine Preisaufklärung durch.

13

Parallel überprüfte die VSt laut Vergabevermerk die Belastbarkeit der Kostenschätzung und stellte fest, dass diese auf realistischen Annahmen beruhe und insbesondere das derzeitige Preisniveau widerspiegle. Bei einzelnen Preispositionen sei vorsorglich ein Risikoaufschlag von 10% vorgenommen worden. Im Nachgang sei vorsorglich ein zusätzlicher Risikoaufschlag von weiteren 20% auf die Gesamtsumme der ursprünglichen Kostenschätzung hinzugerechnet worden.

14

Am 28.07.2023 führte die VSt erneut eine Preisaufklärung durch.

15

Am 02.08.2023 rügten die Bevollmächtigten der ASt das Vorgehen der VSt.

16

Laut Vergabevermerk kam die VSt zu dem Schluss, von der weiteren Aufklärung Abstand zu nehmen und das Vergabeverfahren aufzuheben, da aufgrund des im Vergleich zur Kostenschätzung, auch unter Berücksichtigung eines vorsorglichen zusätzlichen 20%-igen Risikozuschlages, extrem hohen Angebotspreises des einzig vorhandenen Angebots der ASt kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei.

17

4. Mit Schreiben vom 18.08.2023 teilte die VSt der ASt mit, dass das Vergabeverfahren gemäß § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgehoben worden sei, da kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde. Die ordnungsgemäß nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsprechung aktuell zur Ausschreibung erstellte Kostenschätzung sei durch das einzige erhaltene Angebot um mehr als ...% überschritten worden. Nach umfassender Abwägung aller Interessen habe sich die VSt deshalb für eine Aufhebung des Verfahrens entschieden. Es sei beabsichtigt, ein neues Vergabeverfahren mit einer möglichst breiten Marktansprache durchzuführen.

18

5. Mit Schreiben vom 21.08.2023 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt die Aufhebung des Vergabeverfahrens als vergaberechtswidrig. Gründe gemäß § 17 EU Abs. 1 VOB/A, die eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertigen könnten, würden nicht vorliegen. Sofern das Angebot der ASt über der Schätzung des Auftragswerts liegen sollte, sei dies Zeichen für eine sorgfaltswidrige Kostenschätzung. Offensichtlich solle die Aufhebung allein der Korrektur des erzielten Submissionsergebnisses dienen. Die Aufhebung sei der ASt gegenüber diskriminierend. Nachdem die Beschaffungsabsicht unverändert bestehe, sei die Entscheidung willkürlich und damit vergaberechtswidrig.

19

6. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 25.08.2023 teilte die VSt der ASt mit, dass der Rüge nicht abgeholfen werde.

20

Die Voraussetzungen für den Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A seien gegeben. Danach könne die Ausschreibung wegen fehlender Wirtschaftlichkeit aufgehoben werden. Das Angebot der ASt habe die auf aktuellen, wirklichkeitsnahen Annahmen und Daten basierende und mit Sicherheitszuschlägen versehene und damit vertretbare Kostenschätzung mehr als deutlich überschritten. Der Aufhebung sei auch eine umfassende Interessenabwägung vorausgegangen.

21

7. Mit Schriftsatz vom 11.09.2023, der Vergabekammer Nordbayern am gleichen Tag zugegangen, stellten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt einen Nachprüfungsantrag und beantragen,

I. Es wird festgestellt, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin zur Aufhebung des Vergabeverfahrens Az.: ... vom 18.08.2023, VergabeNr.: ... die Bieterrechte der Antragstellerin verletzt hat und diese Entscheidung wird aufgehoben und der Antragstellerin der Zuschlag auf ihr Angebot vom 06.06.2023 erteilt, hilfsweise die Antragsgegnerin angewiesen, unverzüglich diesen Zuschlag zu erteilen und angedroht, ein Zwangsgeld in Höhe von 25.000 € im Fall des Zuwiderhandelns festzusetzen.

II. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakte gewährt und zwar jedenfalls in die Unterlagen der Projektkalkulation der Ag., der Kostenermittlung gem. HOAI Anlage 10 zu § 34, Lph 6 (Grundleistungen), deren Aufteilung in Kostengruppen und Gewerke und die dazugehörigen Ansätze für Mengen und Massen, die erwartete Bauzeit und die Berücksichtigung von besonderen Faktoren der Preisbildung wie z.B. kleinteilige Arbeitsflächen, Kollisionsplanung bei Sanierungssituationen usw.

III. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und es wird festgestellt, dass die Beiziehung der Unterzeichner zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

22

Der Antrag sei zulässig und insbesondere nicht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Mit Schreiben vom 25.08.2023 habe die VSt der Rüge nicht abgeholfen. Der 25.08.2023 sei ein Freitag gewesen. Der 15. Kalendertag bezogen auf einen Werktag sei Montag, der 11.09.2023, gewesen.

23

Der Hauptantrag sei begründet. Ein sachlicher Rechtsgrund für die Aufhebung des Vergabeverfahrens, insbesondere wegen anderen schwerwiegenden Gründe gem. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, würde nicht vorliegen. Das Angebot der ASt sei marktkonform gewesen. Die VSt habe den Finanzbedarf zu gering bemessen.

24

Die VSt erkläre an der Vergabe der Leistung festhalten zu wollen, zugleich aber das Angebot der ASt zumindest nicht jetzt berücksichtigen zu wollen. Damit sei die Willkürschwelle überschritten. Sachliche Gründe seien nicht angegeben worden und würden auch nicht vorliegen.

25

Vielmehr sei die Entscheidung zur Aufhebung objektiv diskriminierend.

26

8. Mit Schriftsatz vom 29.09.2023 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt und beantragen,

I. Der Nachprüfungsantrag wird sowohl im Haupt- als auch Hilfsantrag zurückgewiesen.

II. Der Antrag auf Akteneinsicht wird nur beschränkt auf den nachfolgend unter III. dargestellten Umfang zugelassen.

III. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.

IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

27

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, da das Schriftformerfordernis des § 161 Abs. 1 S. 1 GWB durch die Einreichung des Nachprüfungsantrages lediglich mittels besonderen postalischen Anwaltspostfaches (beA) nicht beachtet worden sei.

28

Der Nachprüfungsantrag sei zudem unbegründet, da die Aufhebung des Vergabeverfahrens vom Aufhebungsgrund des § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A getragen sei.

29

Der Aufhebungsgrund der fehlenden Wirtschaftlichkeit sei in § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A als ein Unterfall der anderen schwerwiegenden Gründe anerkannt. Ein schwerwiegender Grund zur Aufhebung liege demnach vor, wenn die vor der Ausschreibung vorgenommene Kostenschätzung der Vergabestelle aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheine und die im Vergabeverfahren abgegebenen Angebote deutlich darüber lägen. Dies sei hier der Fall. Das einzig vorliegende Angebot der ASt überschreite die vertretbare Kostenschätzung der VSt mehr als deutlich, so dass nach ermessensfehlerfreien Interessensabwägung die Aufhebung des Vergabeverfahrens erfolgt sei.

30

Das bepreiste Leistungsverzeichnis sei im April 2023 und damit zeitnah vor Beginn der Ausschreibung (Mai 2023) erstellt worden. Kostensteigerungen seien bei den aktualisierten Kostenberechnungen stets berücksichtigt worden, wobei die Preissteigerungen den Angaben des statistischen Bundesamtes (Destatis) entnommen worden seien. Die in der Zwischenzeit aufgetretenen nicht unerheblichen Preissteigerungen seien in die Auftragswertschätzung mit eingeflossen. Es seien keine pauschalen Werte herangezogen worden, sondern aktuelle Preise die aus Angebotsabfragen bei Herstellern, Internetrecherche und aus dem Submissionsergebnis einer vergleichbaren Ausschreibung ermittelt worden seien. Vorliegend sei ein bepreistes Leistungsverzeichnis erstellt worden, das inhaltlich deckungsgleich mit den ausgeschriebenen Leistungen gewesen sei. In der Kostenschätzung sei ein Sicherheitszuschlag von rund 10% berücksichtigt worden.

31

Das Angebot der ASt belaufe sich auf eine Bruttoangebotssumme von x.....,xx EUR inkl. Wartung und übersteige die zeitnah vor Ausschreibungsbeginn aufgestellte Auftragswertschätzung deutlich um absolut x.....,xx EUR. Das entspreche einer relativen Überschreitung von ...,x%. Auch unter Berücksichtigung eines zusätzlichen Risikozuschlages von 20% betrage die relative Überschreitung immer noch ...,xx %, absolut,xx6 EUR.

32

In der Rechtsprechung würde die fehlende Wirtschaftlichkeit bei einer Abweichung von mehr als 20% von der Auftragswertermittlung angenommen. Das Angebot liege um nahezu ... % über der ursprünglichen Kostenschätzung vom April 2023 und um ... % über der mit weiteren Risikozuschlägen i.H.v. 20% nachträglich belegten Kostenschätzung.

33

Die deutliche Überschreitung ergebe sich vor allem aus den sehr hohen Stundenansätzen und den marktunüblichen Zuschlägen der ASt für die Allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn. Die VSt habe im Rahmen der Kostenschätzung die bestehenden Erschwernisse aufgrund der beengten Lage der Baustelle im Innenstadtbereich, die Herausforderungen aufgrund der Bestandssanierung und die Anforderungen aufgrund der Denkmaleigenschaft ausreichend berücksichtigt.

34

Die VSt habe bei der Entscheidung zur Aufhebung im Rahmen der Ermessensausübung eine umfassende Interessensabwägung zugrunde gelegt. Vorliegend sei nur ein einziges Angebot eingereicht worden. Dies stelle einen weitgehenden Ausfall des Wettbewerbs dar. Die VSt sei in eine erneute Markterkundung eingetreten, um die Voraussetzungen für eine erneute, wettbewerbsintensivere Ausschreibung zu klären. Zudem bestehe eine extrem hohe Abweichung des Angebotspreises von der vertretbaren Kostenschätzung. Die Aufhebung sei daher nicht als willkürlich anzusehen und sei auch nicht nur zum Schein erfolgt. In der Abwägung müsse das Interesse der ASt an einer Zuschlagserteilung hinter den hier vorrangigen Interessen der VSt an einer möglichst wirtschaftlichen Beschaffung zurückstehen. Die VSt habe dabei auch berücksichtigt, dass die Aufhebung erst am Ende des Verfahrens erfolgt sei. Dies sei jedoch dem Umstand geschuldet, dass die Gründe für die Aufhebung erst nach Angebotsabgabe und damit für den Auftraggeber unvorhersehbar zu Tage getreten seien. Die VSt habe zudem vorher den Versuch unternommen, durch Aufklärung der Angebotspreise mehr Klarheit über die Gründe zu erlangen. Auch sei geprüft worden, ob ein milderer Mittel gegenüber der Aufhebung bestehe. Eine Rückversetzung des Verfahrens als milderer Mittel sei wie auch Handlungsalternativen wie etwa eine Reduzierung des Leistungsumfanges vorliegend nicht in Betracht gekommen. Ebenso sei der VSt nicht zuzumuten, auf spätere Vergabegewinne in den verbleibenden Leistungen zu spekulieren. Eine Zuschlagserteilung sei auch vor dem Hintergrund der angespannten Haushaltslage der VSt mit dem Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung nicht zu vereinbaren.

35

9. Mit Schriftsatz vom 11.10.2023 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt, dass der Antrag per qualifiziert elektronisch signierter E-Mail über das beA im Verfahren über EGVP die Schriftform des § 161 Abs. 1 S. 1 GWB erfülle.

36

10. Mit Schriftsatz vom 19.10.2023 wiederholten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt, dass die Schriftform nicht eingehalten worden sei und die Aufhebung rechtmäßig sei.

37

11. Am 24.10.2023 wurde der ASt auf Antrag ergänzend Akteneinsicht gewährt.

38

12. Mit Schriftsatz vom 31.10.2023 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der ASt Stellung. Es liege ein Verstoß gegen Anlage 15 zu §§ 55, 56 HOAI i.V.m. DIN 276 Gliederungstiefe Ebene 3 vor. Zudem weise die Kostenplanung Kostensteigerungen in der Zeit von 2020 bis 2023 auf. Daraus folge, dass die Kalkulation auf enorme Kostensteigerungen angelegt gewesen sei. Bei einer Ausschreibung, die auf enorme Kostensteigerung angelegt sei, sei eine Aufhebung aus „anderem schwerwiegenden Grund“ nicht möglich. Die VSt habe die Kosten auch nicht kontinuierlich fortgeschrieben.

39

13. Mit Schriftsatz vom 10.11.2023 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt. Der Versuch der ASt die Vertretbarkeit der Auftragswertschätzung durch angebliche Fehler in früheren Planungsstadien in Frage zu stellen, gehe fehl. Grundlage für die Aufhebungsentscheidung sei allein die Auftragswertschätzung in Form des bepreisten Leistungsverzeichnisses vom 20.04.2023 gewesen. Diese Kostenschätzung und deren Vertretbarkeit sei alleiniger Maßstab für die Beurteilung, ob eine Aufhebung wegen Unwirtschaftlichkeit gerechtfertigt gewesen sei.

40

Die ASt setze sich nicht mit dem Vergabevermerk zur Aufhebung und den Gründen in der Antragserwiderung auseinander. Stattdessen würden angebliche Verstöße behauptet. Ein – unterstellter – Verstoß wäre jedoch für die Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidung unerheblich. Unabhängig davon seien die behaupteten Mängel ohnehin nicht gegeben.

41

14. Mit Schriftsatz vom 16.11.2023 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der ASt erneut Stellung. Ein schwerwiegender Grund gem. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A liege nicht vor. Die VSt habe keine Interessenabwägung durchgeführt. Hierzu sei bisher nichts vorgetragen worden. Das Verhalten der VSt sei offenkundig auf der Grundlage einer Kalkulation von Kosten erfolgt, die realitäts- und marktfremd sei oder einen ruinösen Ansatz erzwingen würde.

42

15. Mit Schriftsatz vom 28.11.2023 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt. Der Vergabevermerk zur Aufhebungsentscheidung vom 28.08.2023 enthalte eine umfassende Interessenabwägung. Die Auftragswertberechnung sei ordnungsgemäß und vertretbar. Die VSt habe die Rahmenbedingungen ausreichend im Leistungsverzeichnis berücksichtigt. Die Behauptung, zu den in der Auftragswertschätzung angenommenen Kosten könne kein auskömmliches Angebot kalkuliert werden, sei nicht zutreffend.

43

16. Mit Schriftsatz vom 30.11.2023 wiederholten und vertieften die Verfahrensbevollmächtigten der ASt ihre Auffassung.

44

17. Mit Schriftsatz vom 05.12.2023 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt. Der Ausschreibung habe eine detaillierte und den Vorgaben der HOAI entsprechende Auftragswertschätzung in Form eines bepreisten Leistungsverzeichnisses zugrunde gelegen, das identisch mit dem der Ausschreibung zugrunde gelegten Leistungsverzeichnis sei und zeitnah vor dem Beginn der Ausschreibung aufgestellt worden sei.

45

Der Hauptantrag sei unzulässig, weil die Vergabekammer Entscheidungen des Auftraggebers nicht ersetzen dürfe.

46

18. Am 09.10.2023 und zuletzt am 22.11.2023 hat die Vergabekammer wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten die Entscheidungsfrist gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB bis einschließlich 19.01.2024 verlängert.

47

19. In der mündlichen Verhandlung vom 08.12.2023 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

48

Die ASt stellt folgende Anträge:

Die Aufhebung wird aufgehoben.

Der ASt wird der Zuschlag auf ihr Angebot vom 06.06.2023 erteilt.

Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass die ASt durch die Aufhebung in ihren Rechten verletzt ist.

49

20. Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

Gründe

50

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

51

Der Nachprüfungsantrag ist über das beA bei der Vergabekammer eingegangen, was den Formerfordernissen des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB in analoger Anwendung des § 130a Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2 ZPO entspricht (so auch VK Südbayern, B.v. 28.09.2020 – 3194.Z3-3_01-20-11; VK Rheinland, B.v. 18.11.2022 – VK 35/22 – L).

52

a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

53

b) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

54

c) Bei dem ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.

55

d) Bei Addition sämtlicher Bauaufträge für die „Generalsanierung ...“ wird der maßgebliche Schwellenwert überschritten.

56

e) Die ASt ist antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB, denn sie hat ihr Interesse an dem öffentlichen Auftrag mit der Abgabe eines Angebotes nachgewiesen und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Sie hat zudem dargelegt, dass ihr durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens ein Schaden zu entstehen droht.

57

f) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen. Insbesondere liegt keine Präklusion gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB vor. Danach ist der Antrag unzulässig, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Die ASt wurde durch Schreiben der VSt vom 25.08.2023 über die Nichtabhilfe informiert. Der Nachprüfungsantrag wurde am 11.09.2023 bei der Vergabekammer noch rechtzeitig gestellt. Für die Berechnung der Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gelten im Hinblick auf § 31 Abs. 1 VwVfG die Vorschriften der §§ 187 bis 193 BGB entsprechend. Aus dem für das Fristende hier anzuwendenden § 193 BGB folgt, dass das rein rechnerisch auf Samstag, den 09.09.2023 fallende Fristende auf den Ablauf des nächsten Werktags, mithin Montag, den 11.09.2023 hinausgeschoben wird.

58

g) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

59

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch hinsichtlich des Hauptantrages unbegründet (a). Der Hilfsantrag ist bereits unzulässig (b) und überdies auch unbegründet (c).

60

a. Der (Haupt-) Antrag auf Aufhebung der Aufhebung ist unbegründet. Die ASt ist durch die Aufhebungsentscheidung der VSt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

61

Erst recht steht der ASt deshalb auch kein Anspruch auf Bezuschlagung ihres Angebots zu. Eine Auslegung ihres Antrags „Der ASt wird der Zuschlag auf ihr Angebot vom 06.06.2023 erteilt“ kann daher letztlich dahinstehen. Unabhängig davon, ob der Antrag auf Zuschlagserteilung durch die Vergabekammer selbst oder als Antrag auf Verpflichtung der VSt auszulegen ist, kommt vorliegend eine Zuschlagserteilung aufgrund der wirksamen Aufhebung jedenfalls nicht in Betracht.

62

Der (Haupt-) Antrag auf Aufhebung der Aufhebung ist unbegründet, da die Aufhebung wirksam erfolgt ist.

63

Ein öffentlicher Auftraggeber ist aufgrund eines einmal eingeleiteten Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht zur Zuschlagserteilung verpflichtet. Auch dann, wenn kein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VOB/A vorliegt, kann er von einem Vergabeverfahren Abstand nehmen. Da ein Kontrahierungszwang der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers zuwiderlaufen würde, kann dieser deshalb jederzeit auf die Vergabe des Auftrags verzichten, unabhängig davon, ob die gesetzlich normierten Aufhebungsgründe erfüllt sind (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 15.12.2021, VII-Verg 12/21; B.v. 10.02.2021, VII-Verg 22/20).

64

Nur in Ausnahmefällen kann ein Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens angenommen werden. Das ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung keinen sachlichen Grund vorweisen kann und sie deshalb willkürlich ist oder wenn die Aufhebung bei fortbestehender

Beschaffungsabsicht nur zu dem Zweck erfolgt, Bieter zu diskriminieren (vgl. BGH, B.v. 20.03.2014, X ZB 18/13; OLG Düsseldorf, B.v. 15.12.2021, VIIVerg 12/21).

65

Ein solcher Ausnahmefall, der der ASt einen Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens einräumen würde, ist vorliegend nicht gegeben. Weder ist die Aufhebung der Ausschreibung ohne sachlichen Grund, das heißt willkürlich, noch verfolgt sie den Zweck die ASt zu diskriminieren und andere Bieter zu bevorzugen.

66

Die Aufhebung war nicht willkürlich. Willkürlich ist die Aufhebung des Vergabeverfahrens nur dann, wenn sie unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Willkür liegt erst dann vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm in eklatanter Weise nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in eklatanter Weise missdeutet wird (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 15.12.2021, VII-Verg 12/21).

67

Hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor. Die VSt beruft sich für die Aufhebung des Vergabeverfahrens auf die fehlende Wirtschaftlichkeit als einen Unterfall der anderen schwerwiegenden Gründe in § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Dies stellt ein grundsätzlich anerkennenswertes Motiv dar. Die VSt hat in ihrem Vergabevermerk vom 23.08.2023 die Aufhebungsentscheidung ausführlich dokumentiert. Im Rahmen der Ermessensausübung hat sie eine umfassende Interessensabwägung zugrunde gelegt. Demnach habe ein weitgehender Ausfall des Wettbewerbs vorgelegen, da nur ein einziges Angebot eingereicht worden sei. Zudem habe eine extrem hohe Abweichung des Angebotspreises von der vertretbaren Kostenschätzung bestanden. Die VSt sei daher in eine erneute Markterkundung eingetreten, um die Voraussetzungen für eine erneute, wettbewerbsintensivere Ausschreibung zu klären.

68

Die VSt kann sich somit auf sachliche Gründe für die Aufhebung berufen. Die Aufhebung ist daher nicht als willkürlich anzusehen. Wenn die ASt der Auffassung ist, dass keine andere Entscheidung als die Zuschlagserteilung an die ASt möglich sei und schon deshalb die Aufhebung des Vergabeverfahrens willkürlich sei, ist dem nicht zu folgen.

69

Auch liegt kein Fall einer Scheinaufhebung vor. Anhaltspunkte dafür, dass die Aufhebung dazu dient, die ASt zu diskriminieren und andere Bieter zu bevorzugen, sind nicht ersichtlich. Es ist nicht davon auszugehen, dass die VSt lediglich die formalen Voraussetzungen dafür schaffen will, den Auftrag an einen bestimmten Bieter vergeben zu können. Hierfür spricht bereits, dass neben der ASt kein weiterer Bieter am streitgegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen hat. Vielmehr ist es so, dass die Ausschreibung laut der VSt nun so gestaltet werden soll, dass eine größere Marktbreite erreicht wird. Eine Bevorzugung eines bestimmten anderen Bieters ist hierin nicht erkennbar. Im Übrigen kann die Vergabekammer in der Behauptung der ASt, die Kostenschätzung der VSt sei auf das Budget der VSt abgestellt worden und nicht auf die Marktpreise, keine Diskriminierung im obigen Sinne erkennen.

70

b. Der erstmals in der mündlichen Verhandlung gestellte Hilfsantrag auf Feststellung, „dass die ASt durch die Aufhebung in ihren Rechten verletzt ist“, ist unzulässig und unbegründet.

71

Die Vergabekammer geht davon aus, dass die anwaltlich bevollmächtigte ASt einen Fortsetzungsfeststellungsantrag stellen wollte und legt den Hilfsantrag zu Gunsten der ASt dahingehend aus, dass die Feststellung beantragt worden ist, dass die Aufhebung rechtswidrig war und die ASt dadurch in ihren Rechten verletzt worden ist.

72

Allerdings ist der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag mangels Darlegung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses bereits unzulässig.

73

Die ASt hat kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung dargelegt. Ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist ein gesondertes Feststellungsinteresse, das vom Antragsteller darzulegen ist (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 15.12.2021, VII-Verg 12/21; OLG Düsseldorf, B.v. 25.10.2023 – Verg 18/23; OLG München, B.v. 19.07.2012, Verg 8/12; Blöcker in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 168 Rn. 94). Das für den Antrag notwendige Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 7.08.2019, VII-Verg 9/19). Ein solches Feststellungsinteresse kann gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient, eine hinreichend konkrete, an objektiven Anhaltspunkten festzumachende Wiederholungsgefahr besteht oder die Feststellung zur Rehabilitation des Bieters erforderlich ist, weil der angegriffenen Entscheidung ein diskriminierender Charakter zukommt. Das Feststellungsinteresse ist mit der Umstellung der ursprünglichen Anträge auf den Feststellungsantrag explizit zu begründen (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 30.06.2021, VII-Verg 43/20; OLG Düsseldorf, B.v. 25.10.2023 – Verg 18/23).

74

Dies ist vorliegend nicht erfolgt. Bei dem Feststellungsantrag gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB handelt es sich um einen eigenständigen Antrag. Dieser und das Feststellungsinteresse bedürfen, wie zuvor ausgeführt, einer eigenen, gesonderten Begründung. Die anwaltlich vertretene ASt hat den Feststellungsantrag nicht ausreichend begründet. Sie hat nicht ansatzweise dargelegt, auf welchen der vorgenannten Aspekte sich für sie das besondere Feststellungsinteresse gründet. Die ASt hat zwar nach Erörterung der Sach- und Rechtslage ihren Hilfsantrag in der mündlichen Verhandlung gestellt, dabei aber nur unzureichende Ausführungen zum Feststellungsinteresse getätigt. Trotz expliziter Nachfrage seitens des Vorsitzenden der Vergabekammer an die anwaltlich vertretene ASt, worin ihr Feststellungsinteresse besteht, erwiderte die ASt lediglich, dass ihr Feststellungsinteresse darin bestehe, dass keine andere Entscheidung der VSt als die Zuschlagserteilung an die ASt möglich sei. Die ASt sei die einzige Bieterin daher sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Dieser Vortrag der ASt stellt keine ausreichende Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses dar und reicht nicht, um ein Feststellungsinteresse bejahen zu können.

75

Der Vergabekammer ist es auch verwehrt, eine etwaige Begründung des für die Zulässigkeit des Feststellungsantrages notwendigen Feststellungsinteresses von Amts wegen aus dem Vorbringen zum Nachprüfungsantrag herzuleiten und zu prüfen (vgl. VK Brandenburg, B.v. 08.09.2017 – VK 6/17). Dies betrifft etwa die Ausführungen der ASt, wonach vermeintlich die Willkürschwelle überschritten sei und die Entscheidung der VSt zur Aufhebung diskriminierend sei. Im Übrigen würde selbst diese Argumentation vorliegend kein Feststellungsinteresse begründen. Es käme allenfalls die Geltendmachung eines Rehabilitationsinteresses in Betracht, allerdings wäre die ASt auch damit nicht durchgedrungen. Denn ein Rehabilitationsinteresse kann ein Feststellungsinteresse nur dann begründen, wenn der angegriffenen Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers ein diskriminierender, rufschädigender Charakter zukommt. Es bedürfte einer schwerwiegenden Verletzung grundlegender Rechte der ASt durch den öffentlichen Auftraggeber mit Wirkung nach außen (vgl. OLG Celle, B.v. 30.10.2014 – 13 Verg 8/14; Schäfer, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 178 Rn. 40). Davon kann hier mit Blick auf die Entscheidung der VSt, das Vergabeverfahren aufgrund fehlender Wirtschaftlichkeit nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufzuheben, aber keine Rede sein. Es reicht gerade nicht, dass das betroffene Bieterunternehmen die von ihm beanstandete Maßnahme als diskriminierend empfunden hat (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 25.10.2023 – Verg 18/23).

76

c. Unabhängig davon, dass der Feststellungsantrag bereits unzulässig ist, ist dieser überdies auch unbegründet.

77

Entgegen der Auffassung der ASt wird die Aufhebungsentscheidung der VSt von § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A getragen.

78

Die VSt hat ihre Aufhebungsentscheidung tragfähig damit begründet, dass aufgrund des im Vergleich zur Kostenschätzung, auch unter Berücksichtigung eines vorsorglichen zusätzlichen 20%-igen Risikozuschlages, extrem hohen Angebotspreises des einzig vorhandenen Angebots der ASt kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei. Die ordnungsgemäß und aktuell zur Ausschreibung erstellte Kostenschätzung sei durch das einzige erhaltene Angebot um mehr als ...% überschritten worden. Nach umfassender Abwägung aller Interessen habe sich die VSt deshalb für eine Aufhebung des Verfahrens entschieden.

79

Ein unwirtschaftliches Ergebnis der Ausschreibung aufgrund eines Angebot, welches den ordnungsgemäß ermittelten Auftragswert deutlich übersteigt, stellt einen schwerwiegenden Grund im Sinne des § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A dar (vgl. VK Niedersachsen, B.v. 08.06.2020 – VgK09/2020).

80

Hierfür muss die vor der Ausschreibung vorgenommene Kostenschätzung der Vergabestelle aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheinen und die im Vergabeverfahren abgegebenen Gebote deutlich darüber liegen (vgl. BGH, U.v. 20.11.2012 – X ZR 108/10). 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. Die Gegenstände der Schätzung und der ausgeschriebenen Maßnahme müssen deckungsgleich sein. Maßgeblich dafür sind im Ausgangspunkt die Positionen des Leistungsverzeichnisses, das der konkret durchgeführten Ausschreibung zugrunde liegt (VK Südbayern, B.v. 29.01.2018 – Z3-3-3194-1-53-11/17). Die Schätzung der zugrunde gelegten Preise muss im Zeitpunkt der Bekanntmachung aktuell sein (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 13.03.2019-Verg 42/18).

81

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 (vgl. VK Nordbayern, B.v. 05.07.2019 – RMF-SG21-3194-4-23).

82

Die Feststellung der Unwirtschaftlichkeit erfordert eine aktuelle und ordnungsgemäße Ermittlung des Auftragswerts. Geeignete Grundlage hierfür ist – wie vorliegend der Fall – ein bepreistes Leistungsverzeichnis nach Leistungsphase 6 d der Anlage 10 zu § 34 HOAI. Das bepreiste Leistungsverzeichnis ist die dem Beginn der Vergabe zeitlich nächstgelegene Dokumentation (vgl. VK Nordbayern, B.v. 05.07.2019, RMF SG21- 3194-4-23; VK Baden-Württemberg, B.v. 31.01.2020 – 1 VK 69/19) der aktuellen Kostenermittlung. Sie ist daher mit deutlichem Abstand das beste Instrument, um zu dokumentieren, ob die Preise der Submission deutlich über den berechtigten Erwartungen des Auftraggebers liegen (vgl. VK Niedersachsen, B.v. 08.06.2020 – VgK-09/2020).

83

Diese Maßstäbe zugrunde gelegt, erscheint der Vergabekammer die vor der Ausschreibung vorgenommene Kostenschätzung der VSt als vertretbar.

84

Die VSt hat die Ordnungsgemäßheit der Kostenschätzung ausreichend dargelegt. Die VSt bzw. deren beauftragter Fachplaner wählte für die Schätzung eine Methode, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft hat erwarten lassen. Die Gegenstände der Schätzung und der ausgeschriebenen Maßnahme sind deckungsgleich. Die Methodik der Kostenermittlung wurde im Vergabebericht bzw. in den Vergabeunterlagen ausführlich erläutert. Im November 2019 erfolgte die erste Kostenschätzung (Leistungsphase 2) anhand von vergleichbaren Projekten. Die Leistungsphase 3 wurde im August 2020 erstellt, hierbei wurde das Submissionsergebnis aus einem ... in ... zu Grunde gelegt worden und ein prozentualer Sicherheitsfaktor berücksichtigt. Im Februar 2021 und im Mai 2022 wurde die Kostenberechnung jeweils fortgeschrieben und Kostensteigerungen berücksichtigt. Die Preissteigerungen wurden dem statistischen Bundesamt (Destatis) entnommen.

85

Das vorliegend entscheidende (siehe hierzu die obigen Ausführungen) bepreiste Leistungsverzeichnis nach Leistungsphase 6 Buchst. d) der Anlage 10 zu § 34 HOAI wurde im April 2023 zeitnah vor Beginn der Ausschreibung erstellt. Grundlage für die Massenauszüge war die Ausführungsplanung des Fachplaners gewesen. Die Massenauszüge wurden aus einem CAD-Berechnungsprogramm erstellt und es wurden Sicherheitsfaktoren bei der Massenermittlung berücksichtigt. Diese erfolgten nicht nach einem pauschalen Wert. Die Preise wurden aus Angebotsabfragen bei Herstellern, Internetrecherche und aus dem aktuellen (März 2023) Submissionsergebnis einer mit dem streitgegenständlichen Projekt vergleichbaren Ausschreibung zum Gewerk Feuerlöschtechnik (Generalsanierung ...) ermittelt. Zudem wurden bei dem bepreisten Leistungsverzeichnis Erschwernisse und Zuschläge sowie ein Sicherheitsfaktor von rund 10% berücksichtigt. Das bepreiste Leistungsverzeichnis ist deckungsgleich mit den ausgeschriebenen Leistungen und datiert auf den 20.04.2023. Die Ausschreibung erfolgte kurz danach mit europaweiter Bekanntmachung vom 10.05.2023, sodass die Kostenberechnung im Zeitpunkt der Bekanntmachung ausreichend aktuell gewesen ist.

86

Das Angebot der ASt überschreitet auch deutlich die vertretbare Kostenschätzung der VSt.

87

Wann eine erhebliche Überschreitung der Kostenschätzung vorliegt, kann nicht pauschal festgelegt werden. Dies ist anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden. Die Ansätze innerhalb der Rechtsprechung variieren deswegen erheblich; grundsätzlich wurde eine Aufhebung bei einer Überschreitung um 10% bis 50% als rechtmäßig angesehen (vgl. VK Mecklenburg-Vorpommern, B.v. 17.06.2021 – 3 VK 9/20 m.w.N.). Diese Grenzen werden im vorliegenden Fall bei einer Überschreitung von nahezu ...% eindeutig überschritten. Das Angebot der ASt beläuft sich auf eine Bruttosumme von x.....,xx EUR ohne Wartung bzw. x.....,xx EUR inklusive Wartung, das bepreiste Leistungsverzeichnis hingegen aufxx EUR brutto ohne Wartung bzw.,xx EUR brutto inklusive Wartung.

88

Nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A steht dem öffentlichen Auftraggeber bei seiner Aufhebungsentscheidung ein Ermessen („kann“) zu, das von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt dahin überprüft werden kann, ob die Vergabestelle ihr Ermessen ausgeübt hat, ob sie das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist und keine sachwidrigen Erwägungen in die Wertung eingeflossen sind (vgl. OLG München, B.v. 06.12.2012 – Verg 25/12). Weiterhin ist auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

89

Die Entscheidung der VSt genügt diesen Anforderungen und lässt Ermessensfehler nicht erkennen. Unter Beachtung der Vorgaben der Rechtsprechung führte die VSt eine umfassende Interessensabwägung durch. Die VSt hat eine eigene Ermessensentscheidung getroffen und hierbei die Belange der ASt in die Ermessensabwägungen ausreichend eingestellt. Hinsichtlich der detailreichen Ausführungen wird auf den mehrseitigen Vergabevermerk der VSt vom 23.08.2023 verwiesen. Nach Auffassung der Vergabekammer hat die VSt ihr Ermessen vergaberechtsfehlerfrei ausgeübt.

90

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

91

a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

92

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 GWB.

93

c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 182 Abs. 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 VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Auch die ASt war gleichermaßen rechtsanwaltlich vertreten.

94

d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme 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.....,- €. Da ohne Beiladung entschieden werden konnte, wird die Gebühr um ...,- € auf x.....,- € reduziert.

95

e) Der von der ASt geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Nach Bestandskraft der Entscheidung erhält die ASt über den Differenzbetrag eine Kostenrechnung i.H.v. x.....,- €.