

Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsname:	Ersatzneubau Gymnasium
Entscheidungsdatum:	17.12.2021
Aktenzeichen:	7 Verg 3/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2021:1217.7VERG3.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 17 Abs 1 Nr 2 VOBA2 2019
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17. Dezember 2021 – 7 Verg 3/21 –, juris

Leitsatz

1. Eine Aufhebung der Ausschreibung wegen grundlegender Änderung der Vergabeunterlagen nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2019 kann ausnahmsweise auch bei einer massiven Verschiebung der Ausführungszeit des Bauauftrags gerechtfertigt sein, wenn besondere Umstände hinzutreten.
2. Zur Ausübung des Ermessens bei der Aufhebungsentscheidung in einem solchen Fall.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 4. Oktober 2021, 1 VK LSA 10/21
Diese Entscheidung wird zitiert

Zeitschriften

Pascale Liebschwager, IZ 25/2022, 10

Praxisreporte

Julius Speth, jurisPR-VergR 6/2022 Anm. 3 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Julius Speth, jurisPR-VergR 6/2022 Anm. 3 (Anmerkung)

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den am 4. Oktober 2021 verkündeten Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Auslagen des Antragsgegners zu tragen.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf eine Gebührenstufe bis zu 19.000,00 € festgesetzt.

Gründe

A.

- 1 Der Antragsgegner, ein Landkreis, leitete durch die Absendung des Bekanntmachungstextes am 05.05.2021 die EU-weite Ausschreibung des Bauauftrages „Gymnasium W., Ersatzneubau, Los 9 WDVS“ im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) – Ausgabe 2019 – ein. Der Auftrag ist Bestandteil eines Bauvorhabens im Umfang von mehr als 7 Mio. Euro und wird überwiegend mit Finanzmitteln des Bundes gefördert. Der Auftraggeber schätzte den Umfang des Auftrags für Los 9 auf ca. 225.000,00 € brutto. Die Auftragsbekanntmachung wurde am 10.05.2021 veröffentlicht.
- 2 In der Auftragsbekanntmachung wurde als Ausführungsfrist die Zeit vom 27.08.2021 bis zum 23.12.2021 angegeben (Ziffer II.2.7). Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 14.06.2021, 10:00 Uhr, bestimmt (Ziffer IV.2.2), zum selben Zeitpunkt sollte die Angebotsöffnung erfolgen (Ziffer IV.2.7).
- 3 Die Formblätter 224 – „Angebot Lohngleitklausel“ –, 225 – „Stoffpreisgleitklausel – Einheitliche Fassung“ und 228 – „Stoffpreisgleitklausel Nichteisenmetalle“ – waren nicht Bestandteil der Vergabeunterlagen. Das Formblatt 214 – „Besondere Vertragsbedingungen“ – enthielt keine Vereinbarung zu Preisanpassungen.
- 4 Im Rahmen der Ausschreibung ließen sich 20 Unternehmen anlässlich des Downloads der Vergabeunterlagen registrieren.
- 5 Der Antragsgegner hob das Vergabeverfahren am 14.06.2021 vor dem Zeitpunkt des Angebotsöffnungstermins um 10.00 Uhr auf. Mit seinem Schreiben vom selben Tage, über die Vergabeplattform abgesandt um 09.29 Uhr, informierte der Antragsgegner die Bieter, darunter die Antragstellerin, darüber, dass das Vergabeverfahren aufgehoben worden sei, weil eine grundlegende Änderung der Vergabeunterlagen wegen einer Verschiebung der Ausführungsfrist um sechs Monate erforderlich sei. Am selben Tag sandte er auch eine Bekanntmachung der Aufhebung ab, welche am 18.06.2021 EU-weit veröffentlicht wurde.
- 6 Bis zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung waren insgesamt acht Angebote eingegangen, darunter das Angebot der Antragstellerin vom 02.06.2021 mit einem Angebotsendpreis von 323.058,82 € brutto.
- 7 Die Antragstellerin rügte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 17.06.2021 die Aufhebung des Vergabeverfahrens als vergaberechtswidrig und machte geltend, dass weder der angegebene noch sonst ein rechtmäßiger Grund für eine Aufhebung der Ausschreibung vorliege.
- 8 Der Antragsgegner half dieser Rüge nicht ab und teilte der Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 21.06.2021 mit, dass die mit den Rohbauleistungen beauftragte Bauunternehmung am 03.06.2021 vorab mündlich eine erhebliche Verzögerung mit der Fertigstellung der Leistungen angezeigt habe und hieraus massive Bauzeitverschiebungen für die Folgegewerke resultierten. Der Antragsgegner stellte die Neuausschreibung des Bauauftrags in einem erneuten Offenen Verfahren in Aussicht.
- 9 Mit Schriftsatz vom 01.07.2021 hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-An-

halt mit dem Ziel beantragt, dass der Antragsgegner verpflichtet werden möge, das ursprüngliche Vergabeverfahren fortzusetzen.

- 10 Der Antragsgegner hat darauf verwiesen, dass angesichts der Preisentwicklungen bei den Baustoffkosten kein Unternehmen eine Preisgarantie für mehr als ein halbes Jahr geben könne. Im ausgeschriebenen Vertrag seien keine Vorkehrungen für unerwartete Preissteigerung getroffen worden, insbesondere sei keine Preisgleitklausel enthalten. Der Fördermittelgeber habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Kostenerhöhungen aufgrund von Materialpreissteigerungen nicht förderfähig seien, wenn im Vertrag keine diesbezüglichen Zusatzvereinbarungen getroffen worden seien. Der Antragsgegner hat weiter darauf verwiesen, dass zu erwarten sei, dass im Rahmen einer Neuausschreibung zu einem späteren Zeitpunkt ein veränderter Bieterkreis teilnehmen werde. Die Aufhebungsentscheidung sei zeitlich vor dem Öffnungstermin und ohne Kenntnis von den Angebotspreisen getroffen worden, um das Gleichbehandlungsgebot zu wahren.
- 11 Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die am 05.08.2021 ablaufende Entscheidungsfrist mit seiner Verfügung vom 03.08.2021 bis zum 09.09.2021 und mit seiner Verfügung vom 07.09.2021 bis zum 14.10.2021 verlängert.
- 12 Die Vergabekammer hat mit ihrem Schreiben vom 23.08.2021 darauf hingewiesen, dass ihres Erachtens zwar keine grundlegende Änderung der Vergabeunterlagen vorläge, der Sachverhalt aber als ein anderer schwerwiegender Grund für eine Aufhebung i.S.v. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu bewerten sei. Hiergegen hat die Antragstellerin Einwendungen erhoben.
- 13 Mit Beschluss vom 06.09.2021 hat die Vergabekammer der Antragstellerin auf deren Antrag eine eingeschränkte Einsicht in Unterlagen der Vergabedokumentation gewährt; wegen des Umfangs wird auf den Inhalt des Beschlusses sowie auf die in der Verfahrensakte des Nachprüfungsverfahrens enthaltenen Kopien der übersandten Unterlagen (BeiA Bl. 134 ff.) Bezug genommen.
- 14 Die Vergabekammer hat mit ihrem Beschluss vom 04.10.2021 den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne mündliche Verhandlung als unbegründet zurückgewiesen. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass offenbleiben könne, ob die Aufhebung auf § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A gestützt werden könne, und insbesondere auch, welchen Umfang die angedachten Änderungen der Vergabeunterlagen gehabt hätten. Der vom Antragsgegner angeführte Aufhebungsgrund sei - nach korrigierender rechtlicher Einordnung - jedenfalls nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gerechtfertigt. Die Aufhebung sei Ausdruck der vom Antragsgegner angestrebten Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Haushaltsdisziplin, die nur zu wahren sei, wenn der Vertragsschluss zeitnah vor der Ausführungszeit erfolge.
- 15 Am 14.10.2021 leitete der Antragsgegner ein erneutes Offenes Verfahren zur Vergabe des o.g. Bauauftrages unter Angabe eines um ca. 26,6 % erhöhten Auftragswerts bei gleichbleibendem Leistungsumfang ein. Als Ausführungszeit legte er den Zeitraum vom 21.03.2022 bis zum 11.08.2022 fest (Ziffer II.2.7 der Auftragsbekanntmachung). Der Schlusstermin für die Abgabe der Angebote wurde auf den 22.11.2021, 10:00 Uhr, bestimmt (Ziffer IV.2.2). Die hiesige Antragstellerin gab in diesem Verfahren ebenfalls ein Angebot ab.

- 16 Gegen die vorgenannte, ihr am 11.10.2021 zugestellte Entscheidung der Vergabekammer richtet sich die mit Schriftsatz vom 25.10.2021 erhobene und am selben Tage per beA beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin.
- 17 Die Antragstellerin rügt in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Unterlassung einer mündlichen Verhandlung. Sie vertritt die Auffassung, dass die Vergabekammer nicht berechtigt gewesen sei, den vom Antragsgegner angeführten Aufhebungsgrund „auszutauschen“ und ihre eigene Ermessensentscheidung an die Stelle der Ermessensentscheidung des Antragsgegners zu setzen. Die Antragstellerin bestreitet die Behauptung des Antragsgegners, dass eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht in Betracht komme, weil eine Öffnung der auf der eVergabe-Plattform eingegangenen Angebote inzwischen technisch nicht mehr möglich sei. Die Vergabekammer sei zu Unrecht von einer Rechtmäßigkeit der Aufhebung ausgegangen. Die angeführte Bauzeitverschiebung sei nicht als anderer schwerwiegender Grund i.S.v. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu qualifizieren, weil die Verschiebung um sechs Monate schon nicht schwerwiegend und jedenfalls auch innerhalb eines bestehenden Vertrages kompensierbar sei. Eine gravierende Änderung der Preisermittlungsgrundlage sei vom Antragsgegner nicht, jedenfalls nicht mit Substanz dargelegt worden.
- 18 Für ihren Feststellungsantrag bestehe ein Feststellungsinteresse, weil sie beabsichtige, gegen den Antragsgegner Schadensersatzansprüche wegen einer rechtswidrigen Aufhebung geltend zu machen.
- 19 Die Antragstellerin beantragt zuletzt, insoweit auf einen gerichtlichen Hinweis reagierend,
- 20 den Beschluss der 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt vom 04.10.2021, 1 VK LVwA 10/21, aufzuheben und
- 21 2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Aufhebung des Offenen Verfahrens für die Vergabe der Bauleistungen Ersatzneubau ... Gymnasium W., Los 9 - Wärmedämmverbundsystem, vom 14.06.2021 aufzuheben und das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufhebung der Ausschreibung vom 14.06.2021 zurückzusetzen und fortzuführen,
- 22 3. hilfsweise zu Ziffer 2. für den Fall der Wirksamkeit der Aufhebung, festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens vom 14.06.2021 in ihren subjektiven Rechten verletzt ist,
- 23 hilfsweise zu Ziffer 2. für den Fall einer fehlerhaften Ermessensausübung, den Antragsgegner zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats über die Sache neu zu entscheiden.
- 24 Der Antragsgegner beantragt,
- 25 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.
- 26 Er verteidigt im Wesentlichen die angefochtene Entscheidung und vertieft u.a. die Ansicht, dass unter Berücksichtigung der aktuellen Situation ein schwerwiegender Grund in einer Bauverzögerung um mehr als sechs Monate liege, weil Lieferengpässe für Bauma-

terialien Einfluss auf die Leistungsfähigkeit von Unternehmen und insbesondere auf die Baustoffpreise hätten und er im Hinblick auf die Finanzierung des Bauvorhabens mit Zuwendungen jedes förderschädliche Verhalten vermeiden müsse.

- 27 Der Senat hat am 17.12.2021 einen Termin der mündlichen Verhandlung durchgeführt; wegen des Inhalts der mündlichen Verhandlung wird auf das Sitzungsprotokoll vom selben Tage Bezug genommen.

B.

- 28 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.
- 29 Die Vergabekammer ist zu Recht von der Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin ausgegangen; die von der Antragstellerin erhobene Rüge, dass die Aufhebung der Ausschreibung vergaberechtswidrig sei, ist nicht begründet.
- 30 I. Das Rechtsmittel der Antragstellerin ist zulässig.
- 31 Es ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft und wurde nach § 172 Abs. 1 bis 3 GWB frist- und formgerecht beim zuständigen Gericht (§ 171 Abs. 3 Satz 1 GWB) eingelegt.
- 32 Hinsichtlich des zu Ziffer 3. der Beschwerdeschrift gestellten Feststellungsantrages, der in seiner ursprünglichen Fassung im Rahmen eines auf Primärrechtsschutz gerichteten Nachprüfungsverfahrens unstatthaft gewesen wäre, hat die Antragstellerin auf Vorhalt des Senats klargestellt, dass der Antrag nur hilfsweise für den Fall der Erfolglosigkeit des auf einen Primärrechtsschutz gerichteten Antrags zu Ziffer 2. und des hierzu hilfsweise zu Ziffer 4. gestellten Antrags gestellt werde.
- 33 II. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht und von den Beteiligten des Beschwerdeverfahrens nicht angegriffen als zulässig angesehen.
- 34 Die allgemeinen Voraussetzungen für einen Zugang zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz (vgl. insbesondere §§ 99 Nr. 1, 103 Abs. 1 und 3, 106 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB) sind erfüllt. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin entspricht den formellen und inhaltlichen Anforderungen der §§ 160 Abs. 1, 161 GWB. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin am Vergabeverfahren antragsbefugt i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB, hat die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erfüllt und die Antragsfrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gewahrt. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages steht nicht etwa entgegen, dass der Antragsgegner die Ausschreibung des öffentlichen Bauauftrages bereits aufgehoben und damit das Vergabeverfahren vermeintlich beendet hat; die Rechtmäßigkeit und hilfsweise auch die Wirksamkeit dieser Aufhebung bilden zulässige Gegenstände des Nachprüfungsverfahrens (vgl. BGH, Beschluss v. 18.02.2002, X ZB 43/02 „Jugendstrafanstalt“, BGHZ 154, 32).
- 35 III. Der Senat kann offenlassen, ob in dem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer ohne eine mündliche Verhandlung entschieden werden durfte; jedenfalls hat der erkennende Senat eine mündliche Verhandlung der Rechtssache in der Beschwerdeinstanz durchgeführt und den Beteiligten ausreichend Gelegenheit zur mündlichen Erörterung der Sach- und Rechtslage gegeben.

- 36 1. Nach § 166 Abs. 1 Satz 3 Alt. 3 GWB ist eine Entscheidung nach Lage der Akten ausnahmsweise auch „bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags“ zulässig. Eine solche Verfahrensweise sollte die Ausnahme bleiben (vgl. nur Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss v. 20.03.2008, 1 Verg 6/07, OLGR 2008, 493, in juris Rz. 40 m.N.). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegen die Voraussetzungen der vorgenannten Vorschrift nicht nur dann vor, wenn sich die Unbegründetheit bereits ohne weiteres aus dem Nachprüfungsantrag selbst ergibt und hierüber zügig entschieden werden kann. Es ist der Vergabekammer auch dann nicht verwehrt, nach Aktenlage zu entscheiden, wenn sich die Unbegründetheit eindeutig erst nach bereits erfolgter Übermittlung des Nachprüfungsantrages an den Antragsgegner und aufgrund einer vertieften Prüfung der Sach- und Rechtslage anhand der übersandten Vergabeakten und des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten ergibt (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 09.08.2019, 7 Verg 1/19 „Gefangenentelefoniesystem“, VergabeR 2020, 521, in juris Rz. 33 m.w.N.). Der Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör kann in den nach diesen Voraussetzungen geeigneten Fällen auch durch die Erteilung schriftlicher Hinweise durch die Vergabekammer gewahrt werden.
- 37 2. Ob im vorliegenden Fall eine mündliche Verhandlung entbehrlich gewesen ist, lässt der Senat offen. Zwar sind die der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen vollständig aus der Vergabedokumentation zu entnehmen und nach der Offenlegung durch die Vergabekammer zwischen den Verfahrensbeteiligten auch unstrittig gewesen. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, sind Gegenstand der Nachprüfung jedoch mehrere nacheinander zu treffende und aufeinander aufbauende Wertungsentscheidungen des Antragsgegners, die sich u.U. einer Beurteilung in dem Sinne entziehen, dass sie „offensichtlich“ beanstandungsfrei seien.
- 38 3. Ein etwaiger Verfahrensfehler ist jedenfalls im Beschwerdeverfahren geheilt worden.
- 39 IV. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet. Das betrifft in erster Linie die Anträge zu Ziffern 2. und 4., welche auf einen Primärrechtsschutz in dem ursprünglichen Vergabeverfahren gerichtet sind.
- 40 1. Dabei geht der Senat von folgenden rechtlichen Maßstäben aus:
- 41 a) Nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A 2019 kommt eine rechtmäßige Aufhebung der Ausschreibung nur dann in Betracht, wenn ein in dieser Vorschrift vorgesehener Aufhebungsgrund vorliegt. Bei der Prüfung eines zur Aufhebung berechtigenden schwerwiegenden Grundes sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung strenge Maßstäbe anzulegen. Die Teilnehmer dürfen darauf vertrauen, dass sie im Rahmen der vergaberechtlichen Bestimmungen eine realistische Chance auf Amortisation ihrer jeweiligen Aufwendungen zur Ausarbeitung eines sorgfältig kalkulierten Angebots haben und dass diese Chance nur unter den in § 17 EU VOB/A 2019 genannten besonderen Voraussetzungen selbst dann entfallen kann, wenn der jeweilige Bieter das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Im Interesse einer fairen Risikobegrenzung verdient der Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot einen Vertrauensschutz davor, dass seine Amortisationschance nicht durch zusätzliche Risiken vollständig beseitigt wird, welche in den vergaberechtlichen Bedingungen keine Grundlage finden. Nach ihrer Funktion können die in der Vorschrift genannten Aufhebungsgründe auch nur dann eingreifen, wenn sie erst nach Beginn der Ausschreibung eingetreten sind oder dem Ausschreibenden jedenfalls vorher

nicht bekannt sein konnten (vgl. BGH, Urteil v. 25.11.1992, VIII ZR 170/91, BGHZ 120, 286, in juris Rz. 16; BGH, Urteil v. 24.04.1997, VII ZR 106/95, BauR 1997, 636, in juris Rz. 22; BGH, Urteil v. 08.09.1998, X ZR 48/97, BGHZ 139, 259, in juris Rz. 22; BGH, Urteil v. 08.09.1998,

X ZR 99/96, BGHZ 139, 280, in juris Rz. 15). Ob ein anderer, also nicht ausdrücklich in der Vergabeordnung genannter schwerwiegender Grund vorliegt, welcher zur Aufhebung des Vergabeverfahrens berechtigt, ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung aufgrund einer umfassenden, alle für die Aufhebungsentscheidung maßgeblichen Umstände berücksichtigenden Interessenabwägung zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss v. 20.03.2014, X ZB 18/13 „Fahrbahnerneuerung I“, VergabeR 2014, 538, in juris Rz. 25 m.w.N.).

- 42 b) Die Voraussetzungen, von denen die Vorschrift eine rechtmäßige Aufhebung abhängig macht, sind von der Nachprüfungsinstanz grundsätzlich im vollen Umfange zu überprüfen. In Betracht kommt allenfalls die Einräumung eines Beurteilungsspielraums bei der Bewertung der tatbestandlichen Merkmale eines Aufhebungsgrundes. Insoweit ist die Nachprüfung der – in erster Stufe der Aufhebungsentscheidung des Auftraggebers zu treffenden – Feststellung des Vorliegens eines Aufhebungsgrundes abzugrenzen von der Nachprüfung der – in zweiter Stufe nachfolgenden – Ermessensentscheidung auf der Rechtsfolgenseite („kann aufheben“). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist es der Nachprüfungsinstanz danach nicht verwehrt, den vom Auftraggeber in tatsächlicher Hinsicht geltend gemachten Aufhebungsgrund rechtlich eigenständig zu bewerten und ggf. einer anderen Alternative von § 17 EU Abs. 1 VOB/A zuzuordnen.
- 43 2. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer ist die hier nachzuprüfende Aufhebungsentscheidung wegen einer wesentlichen Änderung der Grundlage der Ausschreibung gerechtfertigt.
- 44 a) Nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2019 ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, ein Vergabeverfahren aufzuheben, wenn sich dessen Grundlage wesentlich geändert hat. Dieser Aufhebungsgrund ist nach dem Vorausgeführten nur gegeben, wenn die Änderung erst nach der Einleitung des Vergabeverfahrens eintritt, wenn sie nicht vom Auftraggeber selbst verursacht wurde (vgl. dazu nur OLG Naumburg, Beschluss v. 13.10.2006, 1 Verg 6/06 „BAB: Erd- und Deckenbau III“, VergabeR 2007, 125, in juris Rz. 80 ff.), und wenn sie in dem Sinne wesentlich ist, dass sie die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließt (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 23.12.2014, 2 Verg 5/14 „Arzneimittelversorgung“, VergabeR 2015, 458, in juris Rz. 54 f.).
- 45 b) Nach diesen Maßstäben ist hier Folgendes festzustellen:
- 46 aa) Im vorliegenden Fall trat die vom Antragsgegner angeführte Änderung der Grundlage des Vergabeverfahrens zeitlich erst nach dessen Einleitung auf und bestand auch objektiv. Die Auftragnehmerin der Rohbauarbeiten teilte am 03.06.2021 mit, dass sich die Fertigstellung der Schalungs- und Betonarbeiten zur Herstellung der Wandscheiben um ca. sechs Monate verzögern werde. An der Tragfähigkeit dieser Mitteilung bestehen keine Zweifel, insbesondere beschränkte sich die Mitteilung nicht auf einen Zuruf, sondern sie erfolgte nur „vorab mündlich“ und wurde vom Antragsgegner geprüft, wie sich aus der E-Mail vom 07.06.2021 ergibt. Die Bauzeitverzögerung bedingte aus ex ante-Sicht eine Verschiebung des Ausführungsbeginns der ausgeschriebenen Arbeiten in Los 9 zur Aufbringung eines Wärmedämmverbundsystems um (mindestens) sechs Monate. Wie

die Neuausschreibung zeigt, wird vom Antragsgegner inzwischen eingeschätzt, dass eine Ausführung der Arbeiten von Los 9 erst sieben Monate nach dem ursprünglich vorgesehenen Zeitraum beginnen kann.

- 47 bb) Es unterliegt hier auch keinem Zweifel, dass die vorgenannte Veränderung der Bauzeit nicht vom Antragsgegner verursacht wurde bzw. für ihn bei Beginn der Ausschreibung der Leistungen für das Los 9 vorhersehbar war. Das macht die Antragstellerin auch nicht geltend.
- 48 cc) Diese Änderung ist hier ausnahmsweise auch als eine wesentliche Änderung der Grundlagen der Vergabeunterlagen anzusehen.
- 49 (1) Allerdings können Änderungen des Leistungsinhalts eine Aufhebung nur dann rechtfertigen, wenn sie ähnlich der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) wirken und die Ausführung des Auftrags entweder nicht mehr möglich oder für den Auftraggeber bzw. für den Auftragnehmer mit unzumutbaren Bedingungen verbunden wäre (vgl. Portz in: Röwekamp/ Kus/Marx/Portz/ Prieß, VgV, 2. Aufl. 2022, § 63 Rn. 43 f. m.w.N.). Für Bauzeitverschiebungen trifft das nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich nicht zu (vgl. BGH, Urteil v. 11.05.2009, VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47, in juris Rz. 46 ff., 60; BGH, Urteil v. 22.07.2010, VII ZR 213/08 „Küstenkanal“, BGHZ 186, 295, in juris Rz. 25, 32; BGH, Beschluss v. 23.09.2010, VII ZR 213/08, NZBau 2010, 748, in juris Rz. 5; BGH, Beschluss v. 10.01.2013, VII ZR 37/11, NZBau 2013, 190, in juris Rz. 2). Durch die im Vertrag vorgesehene Anpassung der Bauzeit an die veränderten Bedingungen (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a), Abs. 4 und 5 VOB/B 2019) und selbst durch die hierdurch u.U. verursachten Preisanpassungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B 2019) wird der Vertrag grundsätzlich weder erweitert noch dessen wirtschaftliches Gleichgewicht gestört.
- 50 (2) Etwas Anderes gilt hier ausnahmsweise wegen der besonderen Umstände des vorliegenden Einzelfalls.
- 51 Die Verzögerung des Ausführungsbeginns betraf einerseits eine zeitlich gravierende Verschiebung von mindestens sechs Monaten und verursachte mit hoher Wahrscheinlichkeit jedenfalls eine erhebliche Steigerung der Selbstkosten des jeweiligen Auftragnehmers für den gesamten Auftrag. Es ist gerichtsbekannt, dass die durch die Corona-Pandemie verursachten Lieferkettenstörungen ab Sommer 2021 nicht nur zu einer erheblichen Zunahme der Probleme mit der Verfügbarkeit von Baumaterialien, insbesondere auch von hier benötigten Dämmstoffen, führten, sondern auch zu massiven Preissteigerungen im Einkauf dieser Materialien. Inwieweit diese erhöhten Selbstkosten auch zu erhöhten Vergütungsansprüchen des jeweiligen Auftragnehmers führen konnten, war ungewiss, so dass zu Lasten des potenziellen Auftragnehmers eine erhebliche Verschiebung der Äquivalenz des Vertragsverhältnisses drohte. Denn im ausgeschriebenen Vertrag waren die in der Bauverwaltung üblichen Besonderen Vertragsbedingungen für Preisanpassungen wegen Materialpreiserhöhungen nicht enthalten. Soweit eine Weitergabe der erhöhten Selbstkosten an den Antragsgegner durchsetzbar gewesen wäre, hätte zu Lasten des Auftraggebers eine erhebliche Erhöhung der Gesamtvergütung für den Auftrag im Raum gestanden, welche schon bei isolierter Betrachtung ausnahmsweise als eine wesentliche Änderung der Grundlagen der Vergabeunterlagen in Betracht kommt (noch offengelassen in: BGH, Urteil v. 22.07.2010, VII ZR 213/08, a.a.O., in juris Rz. 35 a.E.). Dies spiegelt sich im Übrigen in der Neuausschreibung des Antragsgegners wider; dort wurde der geschätzte Gesamtwert der ausgeschriebenen Leistungen ohne Veränderungen des Leistungsumfangs um 26,6 % erhöht. Die hier durch hinreichende Anhaltspunkte untersetz-

te erhebliche Preissteigerung hätte, wie die Vergabekammer zutreffend festgestellt hat, im Widerspruch zu den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Antragsgegners zur Haushaltsdisziplin, zur Gewährleistung der Berechenbarkeit der finanziellen Belastungen der öffentlichen Hand und zur Einhaltung der zuwendungsrechtlichen Auflagen gestanden. Der zuletzt genannte Umstand wäre geeignet gewesen, die Finanzierung des ausgeschriebenen Auftrags zu gefährden.

- 52 Andererseits betraf die Bauzeitverschiebung eine Verschiebung von der zweiten Jahreshälfte des laufenden Kalenderjahres in das Frühjahr und den Sommer des nächsten Kalenderjahres und damit in eine Zeit, welche typischerweise mit einer höheren Auslastung der Baukapazitäten des angesprochenen Bieterkreises verbunden ist. Im Falle eines „frühen“ Zuschlags wäre der Antragsgegner mit den erheblichen Risiken einer wegfallenden Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers konfrontiert gewesen.
- 53 Hinzu kommt schließlich, dass sich der Antragsgegner wegen der Dauer der Verschiebung von mehr als sechs Wochen bereits zu Beginn der Ausführung durch eine Zuschlagserteilung keinen durchsetzbaren Anspruch auf Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verschaffen konnte, denn nach § 6 Abs. 7 VOB/B 2019 wäre für jede der Vertragsparteien, auch für den Auftragnehmer, ein eigenständiges Kündigungsrecht begründet worden. Im Falle einer Kündigung durch den Auftragnehmer wäre er dessen Vergütungsansprüchen ausgesetzt, weil der Auftragnehmer die Bauzeitverzögerung nicht zu vertreten hatte.
- 54 In der Gesamtschau dieser Situation hätte ein Zuschlag auf ein ursprünglich und unter anderen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen abgegebenes Angebot für beide Vertragsparteien erhebliche Unwägbarkeiten bedeutet, was die Bewertung rechtfertigt, dass hier in der massiven Verschiebung der Bauzeit eine vertragswesentliche Änderung lag.
- 55 dd) Nur ergänzend ist darauf zu verweisen, dass die Vorschrift des § 132 GWB, welche den Umgang mit wesentlichen Änderungen während der Vertragslaufzeit regelt, hier weder direkt anwendbar ist, weil sie eine Neuausschreibungspflicht nach bereits erfolgter Zuschlagserteilung betrifft, noch analog anwendbar ist (vgl. OLG Celle, Beschluss v. 24.10.2019, 13 Verg 9/19, VergabeR 2020, 230, in juris Rz. 30 ff.; ähnlich bereits BGH, Urteil v. 22.07.2010, VII ZR 213/08, a.a.O., in juris Rz. 33).
- 56 3. Der Antragsgegner hat die bei dem Vorliegen eines Aufhebungsgrundes nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A 2019 zu treffende Ermessensentscheidung in nicht zu beanstandender Weise getroffen.
- 57 a) Der öffentliche Auftraggeber ist auch bei dem Vorliegen eines Aufhebungsgrundes nicht stets zur Aufhebung verpflichtet, sondern nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift „kann“ er die Ausschreibung aufheben. Die Ausübung dieses Ermessens kann von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob der Auftraggeber sein Ermessen ausgeübt hat, ob er in seine Ermessensausübung sämtliche für und wider eine Aufhebung der Ausschreibung sprechenden Umstände einbezogen hat und ob er mit seiner Entscheidung den Ermessensspielraum und insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (vgl. nur OLG Naumburg, Beschluss v. 13.10.2006, 1 Verg 7/06 „BAB: Erd- und Deckenbau IV“, in juris Rz. 41 ff.; OLG Koblenz, Beschluss v. 23.12.2003, 1 Verg 8/03, VergabeR 2004, 244, in juris Rz. 30; OLG Celle, Beschluss v. 10.06.2010, 13 Verg 18/09, in juris Rz. 20; OLG München, Beschluss

- v. 31.10.2012, Verg 19/12 „Kinderpalliativzentrum“, VergabeR 2013, 487, in juris Rz. 39, 42).
- 58 b) Nach diesen Maßstäben begegnet die Aufhebungsentscheidung vom 14.06.2021 keinen Bedenken.
- 59 aa) Im vorliegenden Fall steht die aktive Ermessensausübung des Antragsgegners nicht im Zweifel und ist in ihren Grundzügen auch hinreichend dokumentiert. Unabhängig von der rechtlichen Zuordnung des von ihm in Anspruch genommenen Aufhebungsgrundes hat der Antragsgegner die für und wider eine Aufhebung sprechenden Umstände berücksichtigt und gegeneinander abgewogen, wie sich aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen den Mitarbeitern des Antragsgegners ergibt.
- 60 bb) Es existieren auch keine Anhaltspunkte für einen Ermessens Fehlgebrauch. Der Antragsgegner hat, wie insbesondere seine E-Mail vom 11.06.2021, aber auch seine Rügeantwort an die Antragstellerin vom 21.06.2021 zeigen, eine Unzumutbarkeit der Zuschlagserteilung für alle Beteiligten deswegen angenommen, weil die bis zum 14.06.2021 abzugebenden Angebote die bis zum Frühjahr 2022 stattfindende Entwicklung der Materialkosten nicht abbilden konnten. Er hat aus dem Umfang der Preiserhöhungen innerhalb kürzester Zeit sowie aus dem Umstand, dass Lieferanten von Baumaterialien derzeit keine langlaufenden Preisgarantien mehr abgeben, nachvollziehbar und vertretbar gefolgert, dass Bieter bei künftigen Ausschreibungen mit erheblichen Preisunterschieden und auch mit Risikozuschlägen auf die ursprünglich kalkulierten Materialpreise anbieten würden, so dass sich eine größere Preisspreizung ergeben könnte und deswegen ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb für alle Betroffenen, insbesondere aber für ihn zur Minimierung der finanziellen Risiken führte. Schließlich hat er berücksichtigt, dass die erhebliche Verschiebung der Bauzeit unter den besonderen Bedingungen der Auswirkungen der Corona-Pandemie zu einer Veränderung des Teilnehmerfeldes einer Ausschreibung und damit u.U. auch zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen könnten. Er hat damit ausgewogen nicht nur eigene Belange, sondern auch objektive Interessen der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer berücksichtigt und durch den gewählten Zeitpunkt der Aufhebung den Geheimwettbewerb im Rahmen der erneuten Ausschreibung im Offenen Verfahren gewahrt.
- 61 4. War die Aufhebung der Ausschreibung am 14.06.2021 rechtmäßig, wie vorausgeführt, so sind sämtliche Anträge der sofortigen Beschwerde unbegründet. Es kommt weder eine Anordnung der Fortsetzung des ursprünglichen Vergabeverfahrens – sei es durch Zuschlagserteilung (Antrag zu 2.) oder durch erneute Entscheidung über die Aufhebung (Hilfsantrag zu 4.) – noch eine Feststellung der Verletzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin im Vergabeverfahren in Betracht.
- 62 V. Hilfsweise ist darauf zu verweisen, dass der auf den Primärrechtsschutz gerichtete Nachprüfungsantrag auch unbegründet gewesen wäre, wenn die Aufhebung – anders als der Senat meint – rechtswidrig gewesen wäre.
- 63 1. Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass ein öffentlicher Auftraggeber selbst dann, wenn kein Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A besteht, nicht schlechthin gezwungen ist, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen (vgl. BGH, Urteil v. 08.09.1998, X ZR 99/96, a.a.O., in juris Rz. 29; BGH, Urteil v. 05.11.2002, X ZR 232/00 „Ziegelverblendung“, VergabeR 2003, 163, in juris Rz. 19). Ein Bieter muss die Aufhebung einer Ausschreibung grundsätzlich nicht nur dann hinneh-

men, wenn sie von einem der in den einschlägigen Bestimmungen für das Vergabeverfahren aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb rechtmäßig ist, sondern auch dann, wenn die Aufhebung zumindest sachlich gerechtfertigt und ohne Verletzung der vergaberechtlichen Verfahrensgrundsätze getroffen worden und deswegen wirksam ist (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 16.09.2002, 1 Verg 2/02, 1 Verg 2/02, ZfBR 2003, 182; OLG Naumburg, Beschluss v. 23.12.2014, 2 Verg 5/14 „Arzneimittelversorgung“, VergabeR 2015, 458, in juris Rz. 58).

- 64 2. Diese Anforderungen sind hier erfüllt. Die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners beruht, wie die Vorausführungen zeigen, auf sachgerechten und willkürfreien Erwägungen. Zudem hat der Antragsgegner die Aufhebungsentscheidung in Unkenntnis der Angebotsinhalte getroffen, so dass es ausgeschlossen ist, dass mit dieser Entscheidung eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bzw. des Diskriminierungsverbots einherging.
- 65 VI. 1. Die Entscheidung über die Kostentragung im Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 GWB. Sie umfasst sowohl die Kosten des Antragsverfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB als auch die Kosten des Hauptsacheverfahrens.
- 66 2. Die Festsetzung des Gegenstandswertes des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat legt dabei die geprüfte Angebotssumme des Hauptangebotes der Antragstellerin zugrunde.