

BayObLG (Vergabesenat), Beschluss vom 06.12.2023 – Verg 7/23 e**Titel:**

Leistungen, Beschwerde, Vergabeverfahren, Bieter, Leistungsphase, Arbeitszeit, Vertragsschluss, Behinderung, Vergabeunterlagen, Verletzung, Ausschreibung, Zuschlag, Honorar, sofortige Beschwerde, Treu und Glauben, Grundsatz von Treu und Glauben

Amtliche Leitsätze:

- 1. Eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation ist unzumutbar, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß hinausgehen, das Bietern typischerweise obliegt, wobei eine die Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigende Abwägung der Interessen der Bieter und des öffentlichen Auftraggebers erforderlich ist. Vertragsbestimmungen, die jeweils für sich genommen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht unzumutbar machen, können eben diese Wirkung in ihrer Kombination haben (hier bejaht bei der Vorgabe absehbar nicht marktgerechter Maximalstundensätze für den auf Stundenhonorarbasis zu vergütenden Teil des Auftrags bei gleichzeitig mehrjähriger Vertragslaufzeit).**
- 2. Eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation kann nicht nur dann als unzumutbar zu werten sein, wenn sich die Gestaltung der Vergabeunterlagen auf die kalkulatorischen Herausforderungen der Bieter ungleich auswirkt; einen Vergaberechtsverstoß stellt es vielmehr auch dar, wenn die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers bewirken, dass für alle potentiellen Bieter eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar ist.**
- 3. Die Vergabe von Tragwerksplanungsleistungen muss nicht zwingend die Leistungsphase 1 umfassen. Hat die Vergabestelle von einer Ausschreibung der Leistungsphase 1 abgesehen, so ist der bezuschlagte Tragwerksplaner auch dann nicht zur kostenlosen Erbringung von Leistungen der Leistungsphase 1 verpflichtet, wenn notwendige Vorleistungen für die Ausführung der beauftragten Leistungen der Leistungsphase 2 fehlen.**

Orientierungssatz:

Zur Frage der (Un-)Zumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Angebotskalkulation bei stufenweiser Beauftragung von Tragwerksplanungsleistungen.

Rechtsgebiet:

Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Antragsbefugnis, Verletzung bieterschützender Rechte, Kaum marktgerechte Stundensätze, Lange Bindung an Vertragskonditionen, Preis- und Kalkulationsrisiken, Unzumutbare Kalkulation, Preis- und Kalkulationsrisiko, Verletzung subjektiver Rechte, Fehlerkorrektur, Rangfolge der Angebote, Ausschreibungspflicht, kaufmännisch vernünftige Kalkulation, stufenweise Beauftragung,

Maximalstundensätze, mehrjährige Vertragslaufzeit, kostenlose Leistungserbringung,
Ausschreibung Leistungsphase 1

vorgehend:

VK Südbayern, Beschluss vom 17.03.2023 - 3194.Z3-3 01-22-50 (Rechtskraft:
unbekannt)

ECLI:

ECLI:DE:BAYOBLG:2023:1206.VERG7.23E.0A

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 17. März 2023, 3194.Z3-3 01-22-50, in Ziffern 1., 2. und 4. aufgehoben.

II. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin die Vergabeunterlagen in Bezug auf das Preiskriterium unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu überarbeiten und den Bietern die Möglichkeit zu geben, ein neues Honorarangebot auf der Basis der überarbeiteten Unterlagen einzureichen.

III. Im Übrigen werden die sofortige Beschwerde und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen.

IV. Von den Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Eilverfahrens gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB und von den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer haben die Antragstellerin und die Antragsgegnerin jeweils die Hälfte zu tragen. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen und die im Beschwerdeverfahren angefallenen außergerichtlichen Kosten hat jede Verfahrensbeteiligte selbst zu tragen.

V. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 9.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1Die Antragsgegnerin beabsichtigt, Leistungen der „Tragwerksplanung Gebäude“ nach § 51 HOAI für die Erweiterung einer Grundschule im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben. Mit Auftragsbekanntmachung vom 26. Juli 2022 schrieb sie die entsprechenden Dienstleistungen europaweit aus.

2Die Beauftragung erfolgt gemäß Ziffer II.2.11) der Bekanntmachung stufenweise, beginnend mit der Leistungsphase 2 (Vorplanung) nach § 51 HOAI, und ist ab der Leistungsphase 3 für die Antragsgegnerin optional. Insoweit besagt § 3 Ziffer 2 des zu vergebenden Vertrags (im Folgenden: „Vertrag“), dass der Auftraggeber beabsichtigt, dem Auftragnehmer bei Fortsetzung der Planung und Durchführung der Baumaßnahme Leistungen weiterer Leistungsphasen zu übertragen. Einen Rechtsanspruch auf Gesamtbeauftragung hat der Auftragnehmer nicht, er ist jedoch verpflichtet, diese weiteren

Leistungen zu erbringen, wenn sie an ihn innerhalb von zwölf Monaten nach Fertigstellung der jeweils zuletzt übertragenen Leistungen vergeben werden.

3Der Auftragnehmer ist gemäß § 4 des Vertrags zur Erbringung der Grundleistungen aus den jeweiligen Leistungsbildern verpflichtet. Die Ermittlung der Vergütung richtet sich gemäß § 7 Satz 1 des Vertrags nach der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI) in der bei Ausschreibung gültigen aktuellen Fassung.

4Danach erhält der Auftragnehmer für Grundleistungen ein Honorar, das sich nach den in § 7 Ziffer 1 des Vertrags festgelegten Parametern in Abhängigkeit von den anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung auf der Grundlage der Entwurfsplanung sowie nach dem vereinbarten Zu- oder Abschlag richtet. Die Höhe dieses Zu- oder Abschlags auf das Gesamthonorar der Grundleistungen hat der Bieter im Angebot anzugeben.

5Des Weiteren gelten gemäß § 7 Ziffer 3 des Vertrags für Leistungen, die nach Zeitaufwand berechnet werden, die vereinbarten Stundensätze. Die vom Bieter geforderten Netto-Stundensätze für diese Leistungen sind ebenfalls im Honorarblatt einzutragen. Hierzu sehen die Vorgaben unter Ziffer 5 des Formblatts „Honorarangebot“ und § 7 Ziffer 3 des Vertrags – nach der Qualifikation des jeweiligen Mitarbeiters gestaffelte – Maximalstundensätze gemäß den im Ausschreibungszeitpunkt gültigen Orientierungswerten des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr aus dem Jahr 2021 vor (117 €/h für den Bürohhaber/Geschäftsführer, 82 €/h für Mitarbeiter mit technischen oder wirtschaftlichen Aufgaben und 61 €/h für technische Zeichner/CAD-Bearbeiter oder sonstige Mitarbeiter mit vergleichbarer Qualifikation und technischen oder wirtschaftlichen Aufgaben).

6Für diese – weder in der Auftragsbekanntmachung noch im Vertrag noch im Formblatt „Honorarangebot zum Vertrag“ inhaltlich näher beschriebenen – Leistungen, die nach Stundensätzen honoriert werden, enthält § 7 Ziffer 3 des Vertrags außerdem folgende Preisanpassungsklausel:

7Beträgt der vertragliche Leistungszeitraum mehr als fünf Jahre und ändert die Auftraggeberin – infolge einer Änderung der Orientierungswerte des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr – die bei ihr geltenden Höchstbeträge für Stundensätze, werden die hier vereinbarten Stundensätze frühestens nach Ablauf von fünf Jahren ab beidseitiger Vertragsunterzeichnung entsprechend angepasst.

8Bei allen anderen Verträgen gibt es keine dynamische Anpassung der Stundensätze.

9Besondere Leistungen, § 3 Abs. 2 HOAI (in der aktuellen Fassung vom 2. Dezember 2020; künftig HOAI 2021) i. V. m. Anlage 14 HOAI 2021, sind ausweislich der Bekanntmachung sowie § 4 des Vertrags nicht Gegenstand der Beauftragung. Die Antragsgegnerin ist jedoch befugt, die Ausführung zusätzlicher Leistungen vom Auftragnehmer zu verlangen. Insoweit bestimmen die von der Antragsgegnerin gestellten „Allgemeinen Vertragsbedingungen – AVB – für freiberufliche Leistungen INNERHALB der HOAI“ unter Ziffer 1.5:

10Nicht vereinbarte Leistungen, die der Auftraggeber zur Herstellung der baulichen Anlage fordert, hat der Auftragnehmer mit zu übernehmen, es sei denn, sein Büro ist auf derartige Leistungen nicht eingerichtet. Vergütungsanspruch und Vergütungshöhe richten sich nach den Bestimmungen der HOAI und sind vor Leistungsbeginn schriftlich zu vereinbaren.

11Notwendige Überarbeitungen von Unterlagen bei unverändertem Programm und bei nur unwesentlich veränderten Forderungen der Auftraggeberin begründen keinen Anspruch auf zusätzliches Honorar, soweit sie beim Auftragnehmer nicht einen wesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand verursachen. Soweit wegen Überschreitens der Wesentlichkeitsschwelle die

Überarbeitung von Unterlagen zu vergüten ist, richtet sich die Vergütung gemäß § 11 des Vertrags entweder nach Zeitaufwand oder nach dem Vomhundertsatz der jeweiligen (Teil-)Leistungsphase.

12Ohne Erfolg rügte die Antragstellerin vor Abgabe ihres Teilnahmeantrags, dass die Ausschreibung auch die Leistungsphase 1 umfassen müsse, die Bindefrist von zwölf Monaten nach Fertigstellung der jeweils zuletzt übertragenen Leistungen unverhältnismäßig lang sei und die vorgegebenen Maximalstundensätze sowie die Anpassungsregelung unangemessen seien.

13Im Verlauf des deswegen eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens wurde sie in dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Losverfahren als eine von fünf Bewerbern ausgelost und zur Angebotsabgabe aufgefordert. Unter Aufrechterhalten ihrer Rügen reichte sie fristgerecht ein Erstangebot ein und nahm den ihr angebotenen Präsentationstermin wahr. Nach dem Ergebnis der von der Antragsgegnerin durchgeführten Wertung belegt die Antragstellerin derzeit aufgrund von Einbußen bei preislichen und nichtpreislichen Kriterien den letzten Platz.

14Im Nachprüfungsverfahren führte die Antragstellerin – soweit für das Beschwerdeverfahren noch von Interesse – im Wesentlichen aus: Die Nichtbeauftragung der Leistungsphase 1 nach der HOAI führe dazu, dass der spätere Auftragnehmer gezwungen sei, diese zwingend von einem Tragwerksplaner durchzuführende Leistung unentgeltlich zu erbringen. Die Vertragsklauseln zur Bindungsfrist und stufenweisen Beauftragung (§ 3 Ziffer 2 des Vertrags) und die vertraglich festgelegten Maximalstundensätze nebst Anpassungsklausel (§ 7 Ziffer 3 des Vertrags) bewirkten eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Regelung in § 3 Ziffer 2 des Vertrags habe zur Folge, dass angesichts der vorgesehenen Fertigstellung der Leistungen der Leistungsphase 2 Ende Juni 2023 (§ 6 Ziffer 1 des Vertrags) die Leistungen der Leistungsphase 6 im Extremfall „erst im Jahr 2027 zuzüglich der Planungszeit (somit wahrscheinlich erst im Jahr 2029)“ beauftragt werden könnten, weshalb die Ausführungsplanung (Leistungsphase 5) auf einer vor Jahren aufgestellten Kostenberechnung (Leistungsphase 3) beruhen könne. Die Regelung verhindere eine wirtschaftliche Abarbeitung der Aufgabenstellung durch den Auftragnehmer. Dieser werde auch durch die Festlegung der Maximalstundensätze in § 7 Ziffer 3 des Vertrags sowie die Regelung zur Anpassung der vereinbarten Stundensätze unangemessen benachteiligt. Die daraus folgende Unwirksamkeit der Klauseln könne (und müsse) mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemacht werden.

15Sie beantragte zuletzt,

der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs und vor Abgabe der ersten Angebote zurückzusetzen sowie die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Auffassung der Vergabekammer zu überarbeiten.

16Die Antragsgegnerin beantragte,

den Vergabenachprüfungsantrag zurückzuweisen.

17Von der Beauftragung der Leistungsphase 1 dürfe sie aufgrund des allein ihr obliegenden Leistungsbestimmungsrechts absehen. Die für die Erbringung der Leistungsphase 2 notwendigen Vorleistungen habe sie selbst erbracht. Für die Überprüfung der beanstandeten Vertragsklauseln auf ihre Wirksamkeit liege kein vergaberechtlicher

Anknüpfungspunkt vor. Die festgelegte Bindefrist und die Höhe der Maximalstundensätze seien zudem angemessen.

18Mit Beschluss vom 17. März 2023 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

19Zur Begründung ihrer Entscheidung führt sie im Wesentlichen aus: Im Nachprüfungsverfahren seien Vertragsklauseln nur bei Vorliegen einer entscheidungsrelevanten vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm zu prüfen. Die Antragstellerin sei durch die von der Antragsgegnerin vorgegebenen Vertragsbedingungen nicht in ihren Rechten verletzt, denn unter Abwägung der beteiligten Interessen sei der Antragstellerin eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht unzumutbar gewesen. Dass die von der Antragsgegnerin vorgesehenen Maximalstundensätze unangemessen niedrig seien, treffe bereits nicht zu. Gegen eine Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation spreche außerdem, dass die Stundensätze nur für zusätzliche Leistungen anwendbar seien, die Vergütung für den weit überwiegenden Anteil der zu erbringenden Leistungen sich aber nach der HOAI richte und auf das Gesamthonorar nach HOAI ein Zu- oder Abschlag frei vereinbart werden könne. Es sei nicht ersichtlich, dass erhebliche nach Zeitaufwand zu vergütende Leistungen zu erwarten seien oder regelmäßig abgefordert würden. Auch durch die Nichtbeauftragung der Leistungsphase 1 werde die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt. Für die erstmals in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Ansicht, dass die im Rahmen der Leistungsphase 1 zu erstellenden Unterlagen kalkulationsrelevant seien, fehle es an nachvollziehbaren Angaben dazu, welche Unterlagen aus der Leistungsphase 1 für eine Kalkulation benötigt würden und warum eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ohne diese Unterlagen nicht möglich sei. In der Vergabeakte gebe es auch keinen Hinweis darauf, dass ein Bieter aufgrund einer Mitarbeit an der Leistungsphase 1 der Tragwerksplanung vorbefasst gewesen sei.

20Gegen die ihr am 22. März 2023 zugestellte Zurückweisung des Nachprüfungsantrags hat die Antragstellerin am 3. April 2023 sofortige Beschwerde eingelegt.

21Zur Begründung führt sie unter Vertiefung ihres vor der Vergabekammer gehaltenen Vorbringens aus, sowohl die Nichtbeauftragung der Leistungsphase 1 als auch die gerügten vertraglichen Bestimmungen verletzen sie in ihren Rechten. Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, auch die Leistungsphase 1 zu beauftragen, denn es sei ihr schlicht unmöglich, diese Leistungen selbst zu erbringen. Aufgrund der weiteren Vorgaben in den Vergabeunterlagen (Dauer der einseitigen Bindefrist in Verbindung mit einer stufenweisen Beauftragung, Höhe der Maximalstundensätze nebst Anpassungsklausel) sei eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar. Die Vorgaben machten eine objektive kalkulatorische Berücksichtigung der vielfältigen Risiken unmöglich. Zudem sei nicht absehbar, in welchem Umfang zusätzliche Leistungen erforderlich würden und auf Basis der vereinbarten Stundensätze abgerechnet werden müssten. Da die vorgegebenen Maximalstundensätze ebenso wie die zum 5. Juli 2023 fortgeschriebenen Orientierungswerte (121 €/h für den Auftragnehmer, 86 €/h für Mitarbeiter [mit technischen oder wirtschaftlichen Aufgaben] und 64 €/h für sonstige Mitarbeiter) bereits gegenwärtig nicht mehr angemessen seien, zwingt die vorgegebene Beschränkung zu einer vergaberechtswidrigen Mischkalkulation. Eine Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht sichergestellt. Die beanstandeten Vorgaben bewirkten Preis- und Kalkulationsrisiken, die über das Maß hinausgingen, das Bietern typischerweise obliege.

22Die Antragstellerin beantragt,

1.den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 17. März 2023 (Geschäftszeichen: 3194.Z3-3_01-22-50) aufzuheben,

2.die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs und vor Abgabe der ersten Angebote zurückzusetzen, die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts zu überarbeiten und das Vergabeverfahren sodann ab diesem Zeitpunkt zu wiederholen,

3.hilfsweise, die Vergabekammer Südbayern zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden.

23Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird zurückzuweisen.

24Sie führt im Wesentlichen aus, die gerügten Vorgaben der Vergabeunterlagen hätten eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht unzumutbar erschwert. Die Leistungen der Leistungsphase 1 seien durch die Abstimmung mit dem Objektplaner im Rahmen der Machbarkeitsstudie weitestgehend abgedeckt. Die angeführten Preis- und Kalkulationsrisiken, die mit der Festlegung einer Bindungsfrist an die Vertragskonditionen verbunden seien, träfen alle Auftragnehmer, die längerfristige Projekte anböten, gleichermaßen und seien für langfristige Projekte typisch. Auch vorliegend seien von der Gestaltung der Vergabe- und Vertragsunterlagen alle Bieter in gleicher Weise betroffen und Herausforderungen, welche gerade die Antragstellerin in besonderem Maße träfen, nicht zu erkennen. Die Abrechnung nach Stundenaufwand trage nur einen geringen Bruchteil zu der zu erwartenden Gesamtvergütung bei. Unvorhergesehene und deshalb nachträglich zu beauftragende Tätigkeiten seien zwar denkbar, nur für die Überarbeitung von Unterlagen komme jedoch eine Vergütung nach den in § 7 Nr. 3 vereinbarten Stundensätzen in Betracht. Nachträglich beauftragte Besondere Leistungen könnten gegebenenfalls nach § 650g Abs. 2, § 650 BGB sogar nach tatsächlich erforderlichen Kosten abgerechnet werden. Es sei mithin ausgeschlossen, dass zusätzliche Leistungen ein Gewicht erreichten, welches für die Kalkulation oder auf anderer Basis die Wesentlichkeitsschwelle überschreite. Zudem dienten die Vorgaben berechtigten Interessen des öffentlichen Auftraggebers.

25Mit Beschluss vom 6. April 2023 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde ohne nähere Sachprüfung einstweilen verlängert. Mit Beschluss vom 20. Juli 2023 hat er die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel verlängert, die Zuschlagsprätendentin zum Verfahren beigeladen und den Beteiligten Gelegenheit gegeben, ergänzend zum Anwendungsbereich der Stundenhonorarvereinbarung vorzutragen sowie zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ein etwaiger Vergaberechtsverstoß im Zusammenhang mit den Vorgaben zum Stundenhonorar geeignet wäre, sich auf die Rangfolge der Angebote in der Weise auszuwirken, dass das Angebot der Antragstellerin auf eine aussichtsreiche Rangstelle vorrückt. Die am 14. Juli 2023 begonnene mündliche Verhandlung hat er am 11. Oktober 2023 fortgesetzt. Auf die jeweiligen Sitzungsniederschriften und die genannten Senatsentscheidungen sowie die Schriftsätze der Parteien wird ergänzend verwiesen.

II.

26Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

27Entgegen der Auffassung der Vergabekammer hat die Antragstellerin Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die es nicht erlauben, das Verfahren ohne Korrektur durch Zuschlag an die Beigeladene zum Abschluss zu bringen. Den Bietern ist auf der Basis der Vergabeunterlagen eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation insofern unzumutbar, als für die Vergütung der nach Stundenhonorar abzurechnenden Leistungen mit Bindungswirkung für einen extrem langen Zeitraum nach Vertragsschluss Maximalstundensätze vorgegeben sind, die Orientierungswerten entsprechen, welche im Ausschreibungszeitpunkt zwar noch gültig waren, aber bereits zu diesem Zeitpunkt einen allenfalls minimalen Sicherheitszuschlag ermöglichten. Durch die Kombination einer langen Bindung an die Vertragskonditionen mit engen Vorgaben, welche die Kalkulationsfreiheit der Bieter beschränken, wird diesen vorliegend die Möglichkeit genommen, das mit der langen Bindungsdauer einhergehende Preisrisiko durch entsprechenden Zuschlag bei der Kalkulation zu berücksichtigen; eine kalkulatorische Berücksichtigung des Risikos im Rahmen des Zuschlags auf das Honorar für Grundleistungen ist wegen des Verbots von Mischkalkulationen nicht möglich. Auf die damit verbundene Verletzung subjektiver Bieterrechte kann sich auch die Antragstellerin berufen. Die darüber hinausgehend erhobenen Beanstandungen führen jedoch nicht zum Erfolg, weshalb die von der Antragstellerin erstrebte Zurückversetzung des Verfahrens nicht erforderlich ist und die Vergabeunterlagen nur in Bezug auf die die Unzumutbarkeit bedingenden Vorgaben, nicht aber in dem von der Antragstellerin erstrebten weitergehenden Umfang zu überarbeiten sind.

281. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

29Insbesondere ist die Antragstellerin antragsbefugt, denn sie macht geltend, der gerügte Inhalt der Ausschreibungsunterlagen mache eine kaufmännisch sinnvolle Kalkulation unmöglich und unzumutbar, sodass die Angebote der Wettbewerber nicht vergleichbar seien; die Antragsgegnerin verstoße mit diesen Vorgaben gegen ihre Pflichten aus dem auch im Vergaberecht anwendbaren Grundsatz von Treu und Glauben. Sie beruft sich somit hinsichtlich der gerügten Vorgaben auf eine Verletzung in bieterschützenden Rechten, § 160 Abs. 2, § 97 Abs. 6 GWB.

302. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache insoweit Erfolg, als die Antragsgegnerin zu verpflichten ist, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Vergabeunterlagen in einer Weise zu überarbeiten, die der vorstehend beschriebenen unzumutbaren Beschränkung der Kalkulationsfreiheit abhilft, auf dieser Grundlage die ausgelosten Bieter erneut zur Abgabe eines Honorarblatts aufzufordern und die preisliche Wertung sowie die Angebotsgesamtwertung unter Beibehaltung der Zuschlags- und Wertungskriterien sowie der Wertungsergebnisse zu den Qualifikationskriterien zu wiederholen. In dieser Situation ist es ihr untersagt, die bereits angekündigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene ohne vorherige Verfahrenskorrektur vorzunehmen.

31a) Der Senat teilt zwar nicht die Auffassung der Antragstellerin, dass die beanstandeten Vertragsbestimmungen bereits jeweils für sich genommen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar machen. In ihrer Kombination hat ein Teil der beanstandeten Bedingungen jedoch eben diese Wirkung. Dadurch wird die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

32aa) Zu den vom öffentlichen Auftraggeber zu beachtenden Vorschriften über das Vergabeverfahren i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB zählen auch die für jedes Handeln der öffentlichen Verwaltung geltenden ungeschriebenen, aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem

Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) fließenden Grundsätze, soweit sie gerade auch den Schutz der potenziellen Auftragnehmer bezwecken (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2021, Verg 16/21, NZBau 2023, 194 Rn. 49 juris Rn. 64; Beschluss vom 28. Juni 2017, Verg 2/17 – Koppelungsverbot, NZBau 2018, 54 Rn. 17, 19 [juris Rn. 20, 22]; Schneevogl in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPKVergaberecht, 6. Aufl. Stand: 15. September 2022, § 97 GWB Rn. 176; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 97 Rn. 110).

33 Zu den bieterschützenden Verhaltenspflichten des öffentlichen Auftraggebers gehört das Verbot von Vorgaben, die eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation unzumutbar machen und dadurch die Aussichten des Bieters auf eine Berücksichtigung seines Angebots bei der Zuschlagserteilung beeinträchtigen können (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2023, 194 Rn. 49; Beschluss vom 21. April 2021, Verg 1/20, NZBau 2022, 611 Rn. 31 [juris Rn. 40 m. w. N.]; OLG Celle, Beschluss vom 19. März 2019, 13 Verg 7/18, NZBau 2019, 462 Rn. 81 [juris Rn. 102]; OLG München, Beschluss vom 6. August 2012, Verg 14/12, VergabeR 2013, 78 [juris Rn. 67]; Bulla, VergabeR 2023, 331 [332 f., 346]; Kobelt, NZBau 2023, 365 ff.; Dicks, NZBau 2014, 731 [735]). Eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation ist unzumutbar, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß hinausgehen, das Bietern typischerweise obliegt. Erforderlich ist eine die Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigende Abwägung der Interessen der Bieter und des öffentlichen Auftraggebers (OLG Düsseldorf NZBau 2022, 611 Rn. 31 [juris Rn. 40]).

34bb) Vorliegend hat die Antragsgegnerin eine lange Bindung an die vertraglichen Konditionen mit der kalkulationsbeschränkenden Festlegung niedriger Maximalstundensätze kombiniert und auf diese Weise Vorgaben gemacht, die eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation unzumutbar machen. Insoweit verletzt die Gestaltung der Vergabeunterlagen bieterschützende Rechte.

35(1) Die Vorgaben bewirken eine gewichtige Beschränkung der Kalkulationsfreiheit der Bieter.

36 Die Vergabekammer ist zwar im angegriffenen Beschluss mit ausführlichen und rechnerisch richtigen Darlegungen der Behauptung der Antragstellerin entgegengetreten, die vorgegebenen Höchstsätze für Stundenhonorare seien „bereits jetzt“ unangemessen niedrig. Jedoch führt die Regelung in § 7 Ziffer 3 des Vertrags dazu, dass die mit dem Honorarangebot verlangten Stundensätze für die Dauer von mindestens fünf Jahren ab beidseitiger Vertragsunterzeichnung und gegebenenfalls sogar für den gesamten darüber hinausgehenden Zeitraum der Vertragsdurchführung fortgelten. Selbst wenn die Orientierungswerte des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr an die weitere Marktentwicklung angepasst und somit – wie mittlerweile erwartungsgemäß geschehen – erhöht werden, bleibt der künftige Auftragnehmer an dann nicht mehr marktgerechte Stundensätze mindestens für fünf Jahre ab Vertragsunterzeichnung gebunden. Ob die Stundenhonorare nach Ablauf dieses ohnehin langen Zeitraums überhaupt angepasst werden, steht zudem nach dem klaren Wortlaut der Klausel in der alleinigen Entscheidungshoheit der Antragsgegnerin. Da Planungsleistungen weiterer Leistungsphasen vom erfolgreichen Bieter geschuldet sind, wenn sie innerhalb von zwölf Monaten nach Fertigstellung der jeweils zuletzt übertragenen Leistungen vergeben werden, und in diesem Zusammenhang auch die nach Zeitaufwand zu vergütenden zusätzlichen Leistungen zum vereinbarten Stundensatz zu erbringen sind, steht unter Berücksichtigung

der unschädlichen Unterbrechungszeiträume eine erhebliche Dauer der vertraglichen Beziehung, mithin ein nicht unbedeutender Risiko- und Kalkulationsfaktor im Raum.

37Nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls mag eine Bindung an den für eine Dienstleistung vereinbarten Preis für sich genommen auch dann nicht zu beanstanden sein, wenn trotz langer Vertragsdauer kein Anpassungsvorbehalt vereinbart wird. Vorliegend bleibt aber den Bietern durch die gleichzeitige Festlegung absehbar nicht marktgerechter Maximalstundensätze die Möglichkeit verwehrt, das mit der langen Bindungsdauer einhergehende Risiko kalkulatorisch einzupreisen.

38Preisanpassungsvorbehalte dienen regelmäßig dazu, das Gleichgewicht von Preis und Leistung bei längerfristigen Dauerschuldverhältnissen zu bewahren. Sie nehmen dem Leistungserbringer das wirtschaftliche Risiko für langfristige Kalkulationen ab; gleichzeitig sichern sie den Vertragspartner vor einer Einpreisung von Sicherheitszuschlägen bei Vertragsschluss (vgl. Wurmnest in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 106). Fehlt in einem längerfristigen Dauerschuldverhältnis eine Preisanpassungsklausel, kann das anfängliche Gleichgewicht von Preis und Leistung während der Laufzeit der vertraglichen Bindung gestört werden. Dieses wirtschaftliche Risiko wird der Leistungserbringer regelmäßig bei der Kalkulation seines langfristigen Angebotspreises durch entsprechenden Aufschlag berücksichtigen. Entsprechendes gilt grundsätzlich für den Fall, dass eine Preisanpassung zwar vertraglich vorbehalten ist, das wirtschaftliche Risiko aber – wie es vorliegend aufgrund der vorgesehenen Verzögerung einer zudem freibleibenden Preisanpassung der Fall ist – dadurch allenfalls teilweise abgedeckt wird.

39Vorliegend ist es den Bietern aufgrund der niedrigen Deckelung der Maximalstundensätze keinesfalls möglich, einen Sicherheitszuschlag im Hinblick auf die lange Dauer der Konditionenbindung einzukalkulieren. Die von der Antragsgegnerin herangezogenen Orientierungswerte des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr stammen aus dem Jahr 2019. Die entsprechenden Höchstsätze dürften zwar noch innerhalb der Bandbreite derjenigen Stundensätze liegen, die auf der Basis der Umfrage des Ausschusses der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V. (AHO) zur wirtschaftlichen Lage der Ingenieure und Architekten 2021 als bei Ausschreibung noch angemessen angesehen werden konnten. Allerdings hat die Antragstellerin zutreffend darauf hingewiesen, dass die festgelegten Höchstsätze diejenigen Beträge unterschreiten, die sich unter Verwendung des AHO-Stundenrechners (abrufbar unter: <https://www.aho.de/service/stundensatzrechner/>) bei Zugrundelegung der von der Vergabekammer herangezogenen Parameter ergeben. Zu berücksichtigen ist weiter, dass sowohl erhebliche Preissteigerungen, etwa im Bereich der Elektrizität, als auch signifikante Kostensteigerungen für Personal bereits im Ausschreibungszeitraum zu beobachten waren und weitergehende belastende Auswirkungen insbesondere des Kriegs Russlands gegen die Ukraine auf die Marktbedingungen nicht ausgeschlossen werden konnten, sondern eher nahelagen. Dass die Orientierungswerte bereits während der überschaubaren Dauer des Nachprüfungsverfahrens angehoben worden sind, entspricht angesichts der Veränderungen des Marktumfelds seit 2019 der bereits im Ausschreibungszeitpunkt objektiv zu erwartenden Entwicklung. Der Umstand, dass die zur Festlegung von Maximalstundensätzen verwendeten Orientierungswerte schon jetzt als überholt angesehen werden müssen, kann als objektive Bestätigung für das bereits bei Ausschreibung greifbar naheliegende Risiko bedeutsamer Kostensteigerungen gelten, das

im Verlauf der Vertragsdurchführung bei ausbleibender oder verzögerter Preisanpassung für die nach Stundenhonorar zu vergütenden Leistungen das vertragliche Gleichgewicht bedroht. Angesichts des niedrigen Niveaus der vorgegebenen Maximalstundensätze ist es den Bietern nicht möglich, dieses Risiko durch entsprechenden Zuschlag auf den Stundenhonorarsatz zu berücksichtigen.

40Entgegen der Ansicht der Vergabekammer besteht nicht die Möglichkeit, das Risiko im Rahmen der Kalkulation des Zu- oder Abschlags auf das Gesamthonorar der Grundleistungen zu berücksichtigen. Würde die beschränkte Kalkulationsfreiheit bei den Stundenhonorarsätzen durch einen Risikozuschlag auf das Gesamthonorar der Grundleistungen ausgeglichen, führte dies zu einer vergaberechtlich unzulässigen Mischkalkulation (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04, BGHZ 159, 186 [juris Rn. 24]), denn nach dem Vertrag sind die zu erbringenden Grundleistungen kostenbasiert zu vergüten. Der geforderte oder gewährte Zu- oder Abschlag auf diesen Teil des Honorars betrifft die Vergütung für die nach dem Vertrag zu erbringenden Grundleistungen, nicht aber für zusätzlich zu erbringende und nach Stundensätzen zu vergütende Leistungen, die die Antragsgegnerin nicht konkret ausgeschrieben hat, aber im Rahmen ihres einseitigen Anordnungsrechts, das sie sich in Ziffer 1.5 der Allgemeinen Vertragsbedingungen vorbehalten hat, zusätzlich fordern kann.

41Gleichfalls nicht beizutreten ist der Ansicht der Antragsgegnerin, wonach der Anwendungsbereich der Stundensatzvergütung derart eng begrenzt sei, dass den so zu vergütenden Leistungen kein für die Kalkulation wesentliches Gewicht beizumessen sei.

42Zwar sind nachträglich beauftragte Grundleistungen wegen des Verweises in § 7 Satz 1 des Vertrags auf die HOAI kostenbasiert mit dem für die zusätzlich übertragene Leistungsphase vorgesehenen Prozentsatz zu vergüten, § 8 Abs. 1 HOAI; nachträglich beauftragte Teilleistungen einer von § 4 des Vertrags nicht umfassten Leistungsphase wie beispielsweise der Leistungsphase 1 sind auf der Grundlage der sich aus den entsprechenden Ermittlungstabellen ergebenden Teilleistungswerte zu vergüten, § 8 Abs. 2 HOAI (vgl. Fuchs/Seifert in Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 3. Aufl. 2022, HOAI § 10 Rn. 24; Preussner in Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, HOAI § 8 Rn. 29 ff. und Rn. 45 ff.). Für nachträglich beauftragte Besondere Leistungen führt der vertragliche Verweis auf die HOAI mangels einschlägiger Vergütungsregelung jedoch nicht weiter.

43Entgegen der Meinung der Antragsgegnerin ist nach der Vertragsgestaltung davon auszugehen, dass solche Besonderen Leistungen ebenso wie sonstige nachträglich beauftragte Leistungen, für die die HOAI keine Honorare regelt, nach den vereinbarten Stundensätzen vergütet werden. Eine Verpflichtung des Auftragnehmers, auch solche Leistungen auszuführen, kann sich im Verlauf der Vertragsdurchführung aufgrund der in § 650q Abs. 1 BGB i. V. m. § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB vorgesehenen und der in Ziffer 1.5 AVB vorbehaltenen einseitigen Anordnungsbefugnis der Auftraggeberin ergeben. Nach der dispositiven gesetzlichen Konzeption streben die Vertragsparteien ein Einvernehmen über die Änderung und über die infolge der Änderung zu leistende Mehrvergütung an, § 650q Abs. 1 i. V. m. § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB. Wenn keine Einigung zustande kommt und der Auftragnehmer nach § 650q Abs. 1 i. V. m. § 650b Abs. 2 BGB verpflichtet ist, der Anordnung des Auftraggebers nachzukommen, richtet sich der Vergütungsanspruch für den vermehrten Aufwand gemäß § 650q Abs. 2 Satz 2, § 650c BGB nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten,

Wagnis und Gewinn. Bei Planungsleistungen besteht der Mehraufwand in der Regel in der zusätzlich aufgewendeten Arbeitszeit des Architekten oder Ingenieurs, wovon auch der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung ausgegangen ist (vgl. BT-Drs. 18/8486 S. 68 f.). Danach ist der zusätzlich geleistete Stundenaufwand zu vergüten. Nichts anderes gilt, wenn die Antragsgegnerin von ihrem vertraglichen Anordnungsrecht Gebrauch macht. Die Vergütungsregelung in § 7 Ziffer 3 des Vertrags stellt sich als antizipierte Einigung über die Höhe des Stundensatzes dar, die zum Zuge kommt, wenn nachträglich weitere Leistungen beauftragt werden, für die keine spezifische Bestimmung der HOAI greift. Nach dieser vertraglichen Regelung, die dispositivem Gesetzesrecht vorgeht, soll wegen der Höhe des Stundenhonorars keine streitanfällige Ermittlung nach § 650c Abs. 1 BGB stattfinden (vgl. Stelzner in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl. Stand: 1. Februar 2023, § 650q Rn. 60 f.), sondern die bereits bei Vertragsschluss getroffene Entgeltvereinbarung für solche vergütungspflichtigen Leistungen, die nach Zeitaufwand berechnet werden, greifen. Ein Bieter, der sein Angebot zu den in den Vergabeunterlagen vorgegebenen preislichen Bedingungen eingereicht hat, ist im Fall einer Zuschlagserteilung an die vertragliche Festlegung gebunden. Ein Anspruch auf weitergehende Vergütung steht ihm auch dann nicht zu, wenn er die Vergütungsvorgaben für unangemessen niedrig erachtet (vgl. BGH, Urt. v. 31. Januar 2017, X ZR 93/15 – Kreisstraßenbewirtschaftung, VergabeR 2017, 604 [juris Rn. 15]; Urt. v. 19. April 2016, X ZR 77/14 – Westtangente Rüsselsheim, VergabeR 2016, 479 [juris Rn. 24 f.]).

44Die Behauptung der Antragsgegnerin, ein möglicher Anwendungsbereich für eine Abrechnung nach Zeitaufwand bestehe ausschließlich für die Überarbeitung von Unterlagen, deren Aufwand die Wesentlichkeitsschwelle (§ 11 des Vertrags) übersteige, trifft somit nicht zu. Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers, das der Gesetzgeber auch für Architekten- und Ingenieurverträge vorgesehen hat und das der Antragsgegnerin zudem in Ziffer 1.5 AVB vertraglich eingeräumt ist, entspricht einem praktischen Bedürfnis. Nachträgliche Änderungen der vertraglich vereinbarten Leistung lassen sich bei einem in der Regel dynamischen Planungsvorgang kaum vermeiden und sind eher die Regel als die Ausnahme (so Stelzner in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl. Stand: 1. Februar 2023, § 650q Rn. 29). Dass die Festlegung eines Höchststundensatzes im Rahmen der Gesamtkalkulation des Honorars nur von marginaler Bedeutung sei, kann vor diesem Hintergrund nicht angenommen werden. Darauf, ob der Schwerpunkt der Leistungen bei den Grundleistungen liegen wird, kommt es nicht entscheidend an, zumal eine diesbezügliche Prognose ohnehin mangels konkreter Anhaltspunkte nicht verlässlich angestellt werden kann.

45(2) Das den Bietern auferlegte Preis- und Kalkulationsrisiko geht über das Maß hinaus, das Bietern typischerweise obliegt. Ihnen ist auch unter Berücksichtigung der Interessen der Antragsgegnerin eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar.

46Wie bereits ausgeführt, wird typischerweise die Vereinbarung einer Festvergütung kalkulatorisch durch einen Risikozuschlag auf den langfristigen Angebotspreis berücksichtigt. Vorliegend ist den Bietern, wie ebenfalls bereits ausgeführt, durch die Vertragsgestaltung die Freiheit genommen worden, das mit der Vorgabe einer Festvergütung verbundene wirtschaftliche Risiko bei ihrer langfristigen Kalkulation einzupreisen. Die Antragsgegnerin, für die typischerweise die Sicherheit eines Festpreises mit dem Nachteil eines entsprechend kalkulierten Risikozuschlags verbunden wäre, hat sich

dieses Nachteils dadurch entledigt, dass sie eine Deckelung vorgegeben hat, die angesichts der Marktumgebung – wenn überhaupt – allenfalls einen sehr eingeschränkten Spielraum für kalkulatorische Erwägungen belässt. Der Vorzug von Preisstabilität ist aber typischerweise nicht ohne den gebotenen Risikozuschlag zu erlangen.

47Das Interesse der Antragsgegnerin an einer Kostenbegrenzung bei längerfristiger Vertragsdauer und damit an einer Bindung an die Angebotspreise, ist berechtigt. In die Abwägung einzustellen ist auch das Interesse der Antragsgegnerin an einer nur stufenweisen Beauftragung, zumal eine stufenweise Beauftragung mit den Leistungen der Leistungsphasen nicht unüblich ist. Die Antragstellerin beanstandet zwar, dass die Bindung einseitig bleibt. Allerdings macht sie damit im Kern (nur) ihr Vergütungsinteresse geltend, denn bei einer freien Kündigung nach Beauftragung mit sämtlichen Planungsleistungen der Leistungsphasen 2 bis 6 hätte sie nach § 648 Satz 2 BGB Anspruch auf die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung der ersparten Aufwendungen und eines anderweitigen tatsächlichen oder böswillig unterlassenen Erwerbs. Dem steht das jedenfalls gleichwertige Interesse der Antragsgegnerin an einem sparsamen Umgang mit öffentlichen Haushaltsmitteln gegenüber. Allerdings hat die Antragsgegnerin nach den Gesetzmäßigkeiten des Marktes für die langfristige Bindung des Bieters an den Festpreis typischerweise das Risiko eines Sicherheitszuschlags auf den Angebotspreis zu tragen.

48Das Interesse der Bieter, den Sicherheitszuschlag zu kalkulieren und einzupreisen, überwiegt vorliegend das Interesse der Antragsgegnerin daran, sich Preissicherheit ohne entsprechenden Zuschlag versprechen zu lassen. Wie hoch der Anteil derjenigen Leistungen, die nach Stundensatz zu vergüten sind, am Gesamtauftrag sein wird, lässt sich angesichts des regelmäßig dynamischen Planungsgeschehens und auch hier nicht abschätzen. Vor diesem Hintergrund ist es den am Auftrag interessierten Bietern nicht zumutbar zu wählen, ob sie von einem Angebot für den Gesamtauftrag insgesamt absehen oder ein auf der Hand liegendes kalkulatorisches Risiko wegen der beschränkenden Vorgaben nicht einpreisen. Hingegen ist es der Antragsgegnerin ohne weiteres möglich und auch zuzumuten, unter Wahrung ihrer Interessen das Kalkulationshemmnis durch Änderungen in der Vertragsgestaltung, für die mehrere Möglichkeiten offenstehen, zu beseitigen.

49(3) Mit diesen Erwägungen weicht der Senat entgegen der Meinung der Antragsgegnerin nicht von dem Maßstab ab, an dem nach oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung die Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Angebotskalkulation gemessen wird.

50Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Beschluss vom 21. April 2021 (NZBau 2022, 611) das aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB) herzuleitende Verbot der Unzumutbarkeit einer für den Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation als vergaberechtliche Anknüpfungs„norm“ bezeichnet (juris Rn. 40), die den Weg ins Vergabenachprüfungsverfahren öffnen kann. Danach gilt – wie bereits ausgeführt – der Grundsatz, dass eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation dann unzumutbar ist, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß hinausgehen, das Bietern typischerweise obliegt (st. Rspr.; OLG Düsseldorf NZBau 2022, 611 [juris Rn. 40] m. w. N.; Beschluss vom 7. Dezember 2011, Verg 96/11, ZfBR 2012, 308 [juris Rn. 15 f.]; OLG München, Beschluss vom 6. August 2012, Verg 14/12 – Mengenkorridor, VergabeR 2013, 78 [juris Rn. 67]; VK Bund, Beschluss vom 19. Oktober 2022, VK 1 – 85/22, juris Rn. 41; auch Beschluss vom

4. August 2020, VK 1 – 46/20, juris Rn. 79 ff; VK Westfalen, Beschluss vom 12. Juli 2022, VK 3 – 24/22, juris Rn. 77, 79).

51Der Maßstab wird entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht dadurch geprägt, dass sich die Gestaltung der Vergabeunterlagen ungleich auf die kalkulatorischen Herausforderungen der Bieter auswirkt. In der vom Oberlandesgericht Düsseldorf am 21. April 2021 entschiedenen Sache wurde das Unternehmen, das sich mit dem Nachprüfungsantrag gegen den Abrechnungsmodus in den Vergabeunterlagen wandte, durch die Gestaltung vor kalkulatorische Herausforderungen gestellt, die nur dieses Unternehmen als Inhaber eines Anwendungspatents betrafen. Im Hinblick auf den subjektiven Rechtsschutz, dem die Vergabenachprüfung dient, war (nur) dieses Unternehmen berechtigt, den Vergabeverstoß geltend zu machen. Mit der Entscheidung, in der die Umstände des Einzelfalls beleuchtet und unter den Grundsatz subsumiert werden, nach dem die Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Angebotskalkulation zu beurteilen ist, wird der Grundsatz nicht auf diese spezielle Fallkonstellation beschränkt. Einen Vergaberechtsverstoß stellt es vielmehr auch dar, wenn die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers bewirken, dass für alle potentiellen Bieter eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 6. August 2012, Verg 14/12 – Mengenkorridor, VergabeR 2013, 78 [juris Rn. 67]).

52Im Streitfall liegt aus den dargelegten Gründen ein solcher Verstoß vor, weil die Kalkulationsfreiheit der Bieter in unzumutbarer Weise eingeschränkt worden ist. Der Senat beurteilt lediglich den konkreten Einzelfall auf der Grundlage anerkannter Rechtsgrundsätze. Weder eine Divergenz zu tragenden Grundsätzen der Rechtsprechung noch ein unzulässiger Eingriff in die Vertragsautonomie noch ein Überschreiten der der rechtsprechenden Gewalt gesetzten Grenzen sind zu erkennen.

53Die Meinung der Antragsgegnerin, künftig könne nicht mehr prognostiziert werden, welche Maßstäbe für öffentliche Auftraggeber gelten sollen, teilt der Senat nicht. Das Erfordernis einer die Gesamtumstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigenden, wertenden Entscheidung, das mit der Beurteilung der „Unzumutbarkeit“ verbunden ist, führt generell zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Die hier vorliegende Konstellation, in der sich erst durch das Zusammenspiel von mehreren, für sich genommen akzeptablen Vertragsklauseln eine Unzumutbarkeit ergibt, stellt insofern keine Besonderheit dar.

54b) Der Vergaberechtsverstoß ist auch geeignet, sich auf die Rangfolge der Angebote in der Weise auszuwirken, dass das Angebot der Antragstellerin auf eine aussichtsreiche Rangstelle vorrückt. Er hat deshalb eine Verletzung subjektiver Rechte der Antragstellerin i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB bewirkt.

55aa) Das Nachprüfungsverfahren dient der Verwirklichung subjektiver Bieterrechte, nämlich der Wahrung der Zuschlagschancen im Rahmen eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Nur derjenige, dessen Chancen auf den Auftrag durch den Vergaberechtsverstoß beeinträchtigt werden können, wird durch ein fehlerhaftes Vergabeverfahren in seinen Bieterrechten beeinträchtigt (OLG München, Beschluss vom 12. Mai 2011, Verg 26/10 – Leittechnik, NZBau 2011, 630 [634, juris Rn. 73]; Opitz in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 127 Rn. 178 m. w. N.).

56Voraussetzung für den Erfolg des Nachprüfungsantrags ist daher, dass der Antragsteller bei ordnungsgemäßem Vergabeverfahren eine Zuschlagschance hat oder gehabt hätte. Scheidet ein Zuschlag zugunsten eines Bieters von vorneherein aus (etwa weil sein Angebot

zwingend auszuschließen ist oder er in der Wertung zweifelsfrei weit abgeschlagen ist) und steht darüber hinaus fest, dass der Bieter selbst bei ordnungsgemäßer Korrektur des Vergabeverfahrens den Zuschlag nicht erhalten kann, ist sein Nachprüfungsantrag mangels Eingriffs in seine geschützten Bieterrechte unbegründet (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019, Verg 13/19 – Ticketsystem, VergabeR 2021, 112 [juris Rn. 106]; KG, Beschluss vom 15. Februar 2019, Verg 9/17, juris Rn. 61).

57bb) Vorliegend kann eine Änderung der Bieterreihenfolge zugunsten der Antragstellerin nach Fehlerkorrektur nicht ausgeschlossen werden.

58Die Stundensätze fließen zwar ausweislich der Beschaffungsunterlagen (Formblatt III.16.1 Zuschlagskriterien) nicht in die Wertung des Kriteriums „Honorar“ ein. Da der Preis zudem nicht das einzige Zuschlagskriterium ist, sind in die Beurteilung auch die bereits bestehenden und im Einzelnen ungerügt akzeptierten Wertungsergebnisse zu den nichtpreislichen Gesichtspunkten einzubeziehen. Insoweit ist der Senat nicht von der Argumentation der Antragstellerin im Schriftsatz vom 25. August 2023 überzeugt, mit dem erstmals vorgetragen wurde, dass sich die fest vorgegebenen Maximalstundensätze insofern auch auf die Bewertung in den Qualitätskriterien ausgewirkt hätten, als die Antragstellerin nicht mit ihren qualifiziertesten, erfahrensten und am besten für das Vorhaben geeigneten Mitarbeitern habe kalkulieren können und das „finanziell passende“, weniger qualifizierte Projektteam auch die Bewerbungs- und Präsentationsunterlagen ausgearbeitet habe. Die Einlassung, das Projektteam wäre ohne die Vorgabe ganz anders aufgestellt worden, sodass die Antragstellerin sowohl sich als auch den ausgearbeiteten Lösungsvorschlag entsprechend besser hätte präsentieren können, widerspricht bereits ihrer Behauptung, ihr sei aufgrund der festgeschriebenen Maximalstundensätze nichts anderes übriggeblieben, als erhebliche Risikozuschläge in ihrem Honorarangebot (Gesamthonorar der Grundleistungen) vorzusehen und damit eine vergaberechtswidrige Mischkalkulation vorzunehmen. Es kann mithin ausgeschlossen werden, dass sich der Vergaberechtsverstoß auf die Bewertung der Antragstellerin in den Qualitätskriterien ausgewirkt hat.

59Eine Freigabe der Kalkulation bezogen auf die Stundensätze oder auch andere mögliche Gestaltungen, mit denen der oben dargestellte Verstoß beseitigt wird, können sich entgegen der Meinung der Antragsgegnerin dennoch auf den Rang der Antragstellerin auswirken. Es kann bereits nicht ausgeschlossen werden, dass Bieter das Kostensteigerungsrisiko bei der Bemessung des Zu- oder Abschlags auf das Gesamthonorar der Grundleistungen unterschiedlich berücksichtigt haben, soweit es bei der Kalkulation der Stundensätze nicht eingepreist werden konnte. Eine Kompensationsmöglichkeit in dieser Form hat auch die Vergabekammer in der angegriffenen Entscheidung für zulässig erachtet. Ist es aber zur Fehlerkorrektur erforderlich, vollständig neue Honorarangebote auf der Grundlage überarbeiteter Vergabeunterlagen einzuholen, eröffnet sich insoweit für die Antragstellerin eine zweite Chance auf Abgabe eines Honorarangebots und damit die Möglichkeit, ein verbessertes Wertungsergebnis jedenfalls hinsichtlich des Preiskriteriums zu erzielen.

60Es ist auch nicht auszuschließen, dass die Antragstellerin dadurch die Einbußen bei den Qualitätsmerkmalen kompensieren kann. Nach den Zuschlagskriterien fließt das Hauptkriterium „Preis“ mit einem Gewicht von 15% in die Angebotswertung ein. Für das günstigste Honorar werden 5 Punkte, für das mindestens doppelt so teure Angebot 0 Punkte vergeben; dazwischen wird auf eine Kommastelle genau linear interpoliert. Beim

Preiskriterium sind höchstens 75 von insgesamt maximal 500 Punkten zu erzielen. Weil die künftigen Wertungsergebnisse der neuen Honorarangebote insgesamt offen sind, ist es rechnerisch nicht ausgeschlossen, dass das Angebot der Antragstellerin auf den ersten Rang vorrückt.

613. Zur Fehlerkorrektur genügt es, die Vergabeunterlagen in Bezug auf das Preiskriterium unter Beachtung der unter Ziffer 2. dargelegten Rechtsauffassung des Senats zu überarbeiten, den Bietern die Möglichkeit zu geben, ein neues Honorarangebot auf der Basis der überarbeiteten Unterlagen einzureichen und die preisliche Wertung auf dieser Grundlage sowie die Gesamtwertung unter Aufrechterhaltung der in den nichtpreislichen Kriterien erzielten Wertungsergebnisse zu wiederholen.

62Da – wie dargelegt – keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Vergaberechtsverstoß auf den ausgearbeiteten Lösungsvorschlag und die Präsentation ausgewirkt hat, ist die von der Antragstellerin erstrebte Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs weder geboten noch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.

634. Die mit der sofortigen Beschwerde auch im Übrigen weiterverfolgten Rügen greifen nicht durch. Gründe für die von der Antragstellerin erstrebte weiterreichende Korrektur durch Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs oder für eine weitergehende Überarbeitung der Vergabeunterlagen bestehen insoweit nicht.

64a) Durch die Nichtausschreibung der Leistungen der Leistungsphase 1 wird die Antragstellerin nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Es besteht daher kein Anlass, die Antragsgegnerin zu einer Ausschreibung der Leistungsphase 1 anzuhalten.

65Mit der Vorgabe sind weder die Grenzen der Bestimmungsfreiheit bei der Wahl des Beschaffungsgegenstands überschritten noch ergibt sich daraus ein Verstoß gegen das Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB).

66Die Antragsgegnerin hat nachvollziehbare, sachliche Gründe dafür vorgetragen, dass sie von einer Ausschreibung der Leistungen der Leistungsphase 1 abgesehen hat. Es kann dahinstehen, ob die Darstellung der Antragsgegnerin in der Sache zutrifft, wonach im Rahmen der Abstimmungen mit dem Objektplaner bereits eine Grundlage geschaffen worden ist, auf die der Tragwerksplaner mit der ausgeschriebenen Leistung aufsetzen kann. Die von einem Tragwerksplaner im Rahmen der Leistungsphase 1 zu erbringenden Leistungen sind jedenfalls eindeutig nicht Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung. Sollte sich im Stadium der Leistungserbringung herausstellen, dass notwendige Vorleistungen für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen der Leistungsphase 2 fehlen, kann der beauftragte Tragwerksplaner deren Erbringung von der Antragsgegnerin einfordern und – falls sich seine eigenen Leistungen dadurch verzögern sollten – Behinderung anzeigen, § 642 BGB (vgl. BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2023, Verg 17/22, juris Rn. 85 ff.; Beschluss vom 8. Februar 2023, Verg 17/22, juris Rn. 5 ff.; Hebel/Seifert in Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, HOAI § 51 Rn. 25). Der Auftragnehmer muss diese Leistungen jedoch nicht selbst und ohne Vergütung erbringen (vgl. BGH, Urt. v. 23. November 2006, VII ZR 110/05, NZBau 2007, 180 Rn. 14, 16).

67Wird der erfolgreiche Bieter mit zusätzlichen Leistungen der Leistungsphase 1 beauftragt, gelten die oben dargestellten vertraglichen Bestimmungen über die dann

geschuldete Vergütung. Relevante Beeinträchtigungen der Bieter in ihrer Kalkulation infolge der unterlassenen Ausschreibung der Leistungsphase 1 sind somit nicht ersichtlich. Aufgrund der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung sind auch die Bedenken der Antragstellerin gegen die Vergleichbarkeit der Angebote insoweit unberechtigt.

68Auch im Beschwerdeverfahren hat die Antragstellerin keine Angaben dazu gemacht, welche Unterlagen aus der Leistungsphase 1 sie für eine Kalkulation benötigen würde und warum eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ohne diese Unterlagen nicht möglich sei. Für eine Störung des chancengleichen Wettbewerbs wegen Beteiligung eines Unternehmens, das aufgrund einer Mitarbeit an der Leistungsphase 1 der Tragwerksplanung als vorbefasst zu gelten hätte, ist gleichfalls nichts ersichtlich.

69b) Die Verpflichtung des künftigen Auftragnehmers, weitere Planungsleistungen zu den angebotenen Konditionen zu erbringen, wenn sie an ihn innerhalb von zwölf Monaten nach Fertigstellung der jeweils zuletzt übertragenen Leistungen vergeben werden, bewirkt für sich genommen keine Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation.

70Zwar hat die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde ergänzend zu den Kalkulationsrisiken vorgetragen, die mit der stufenweisen Beauftragung bei gleichzeitiger Bindung an die vertraglichen Konditionen einhergehen; die Preis- und Kalkulationsrisiken gehen jedoch nicht über das Maß hinaus, das Bieter typischerweise obliegt.

71Trotz der potentiell langen Vertragslaufzeit und der wirtschaftlichen Auswirkungen der gegenwärtigen Krisen, insbesondere des seit dem 24. Februar 2022 andauernden Kriegs Russlands gegen die Ukraine, ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation der hier abgefragten Planungsleistungen über die gesamte voraussichtliche Vertragslaufzeit seriös möglich und nicht unzumutbar. Erfahrungswerte über die Geldentwertung in vorangegangenen Zeiträumen mögen als teilweise nicht mehr repräsentativ angesehen werden können und eine Prognose der weiteren Inflationsentwicklung mag mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden sein. Als Planungsbüro ist die Antragstellerin aber hauptsächlich von steigenden Energiepreisen und Gehältern betroffen, während die ungewöhnlich heftigen Preisschwankungen in der Baubranche und die teils massiven Preisanstiege für Baumaterialien als Folge insbesondere des Kriegs und der damit verbundenen Wirtschaftssanktionen (vgl. nur VK Westfalen, Beschluss vom 12. Juli 2022, VK 3 – 24/22, NZBau 2022, 621 Rn. 70 [juris Rn. 81 ff.]; Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251; Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Städteentwicklung und Bauwesen [BMWSB] vom 25. März 2022, letztmalig verlängert mit Erlass vom 6. Dezember 2022 [betreffend Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs] bis zum 30. Juni 2023) ihre Einkaufskosten nicht berühren. In ihrer Kalkulation wird sie durch die Ungewissheit der künftigen Preisentwicklungen daher weit weniger stark betroffen als etwa ein Bauunternehmen, das (erst) aus den während der Bauphase erstellten Bewehrungsplänen den konkreten Bedarf an Bewehrungsstahl für das Bauvorhaben ersieht. Die jüngsten Preissteigerungen können zudem bereits bei der Kalkulation der Angebotspreise berücksichtigt werden. Es ist daher nicht zu erkennen, dass den Bietern durch die vertragliche Regelung, die keinen Anspruch auf Erhöhung des Honorars – etwa aufgrund der stufenweisen Beauftragung – vorsieht, ein unzumutbares Kalkulationsrisiko auferlegt würde. Wie die jeweiligen Bieter ihre Preise mit Blick auf die Schwierigkeit einer Prognose künftiger wirtschaftlicher Entwicklungen kalkulieren, beruht auf ihrer Kalkulationsfreiheit. Unterschiedliche Risikoannahmen sind entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht auf ein vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerin

zurückzuführen, sondern auf die unternehmerische Freiheit der Bieter (vgl. auch VK Bund, Beschl. v. 19. Oktober 2022, VK 1 – 85/22, VergabeR 2023, 402 [juris Rn. 42]).

72Mit dem Argument, eine Ausführungsplanung in der Leistungsphase 5 könne keinesfalls auf einer Kostenberechnung aus der Leistungsphase 3 fußen, wenn diese bereits „einen gewissen Zeitraum, wenn nicht gar Jahre vorher“ aufgestellt worden ist, dringt die Antragstellerin ebenfalls nicht durch. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2, § 6 Abs. 1, § 2 Abs. 11 Satz 1 HOAI 2021 sind der Ermittlung des Architektenhonorars für Grundleistungen (unter anderem) die durch die Kostenberechnung auf der Grundlage der Entwurfsplanung ermittelten anrechenbaren Kosten zugrunde zu legen, wenn keine Honorarvereinbarung getroffen worden ist. Eine Fortschreibung der anrechenbaren Kosten entsprechend der nachträglichen Preisentwicklung ist nach diesem Konzept nicht gewollt (noch zur HOAI 2009: BGH, Ur. v. 18. Dezember 2014, VII ZR 350/13, BGHZ 204, 19 Rn. 24; OLG Koblenz, Ur. v. 3. August 2016, 10 U 344/13, juris Rn. 53). Die im Vertrag enthaltene Regelung, dass der Auftragnehmer aus der stufenweisen Beauftragung keine Erhöhung seines Honorars ableiten könne, steht damit im Einklang und ist nicht unüblich (vgl. OLG Koblenz, Ur. v. 3. August 2016, 10 U 344/13, juris Rn. 11 f.). Der Umstand, dass es grundsätzlich zulässig wäre, Abweichendes zu vereinbaren, bedeutet nicht, dass dem Tragwerksplaner ein Festhalten an diesem der HOAI zugrundeliegenden Konzept unzumutbar wäre. Die Honorartafeln und der Basishonorarsatz der HOAI 2021 bilden nach dem Willen des HOAI-Verordnungsgebers ein angemessenes Honorar ab, das eine qualitative Planungsleistung ermöglicht (Bulla, VergabeR 2023, 331 [341]), wobei das Kostensteigerungsrisiko bei der Kalkulation des Zu- oder Abschlags auf die Vergütung für die Grundleistungen berücksichtigt werden kann.

73Auch das mit der potentiellen Länge der Vertragslaufzeit verbundene Risiko, dass das für das Projekt anfänglich eingesetzte Personal nicht für die gesamte Vertragsdurchführung zur Verfügung stehen wird, führt nicht zu einer Unzumutbarkeit der Kalkulation. Zutreffend hat die Vergabekammer darauf hingewiesen, dass es der Antragstellerin vertraglich nicht verwehrt ist, während der Unterbrechungszeiten ihre am Projekt beteiligten Mitarbeiter anderweitig einzuteilen und bei Fortführung des Projekts andere, freie Mitarbeiter anzubieten. Soweit nach § 8 Ziffer 2 des Vertrags der Auftragnehmer darauf hinzuwirken habe, dass die im Vertrag genannten Mitarbeiter über die gesamte Vertragsdauer bzw. während der jeweiligen Leistungsphase eingesetzt werden, sei die Antragsgegnerin bei einer (mehrmaligen) mehrmonatigen Unterbrechung des Leistungsabrufs zwischen den einzelnen Leistungsphasen nach Treu und Glauben dazu verpflichtet, ihre Zustimmung zu einer Auswechslung der Mitarbeiter zu erteilen. Diese Verpflichtung folgt aus § 241 Abs. 2 BGB; einer ausdrücklichen Regelung im Vertragstext bedarf es hierfür nicht. Hinzu kommt, dass das streitgegenständliche Projekt nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin als „eher kleiner“ anzusehen ist, sodass nichts für die Annahme spricht, das durch das Projekt während der Bearbeitungszeiten jeweils gebundene Personal stelle das Gros ihrer Belegschaft dar.

74Die Antragstellerin zeigt zwar auf, dass der Umfang der erforderlichen Einarbeitungszeiten nach Unterbrechungen nicht konkret vorhersehbar ist; es erscheint jedoch gleichfalls zumutbar, dies in einem Risikoaufschlag zu berücksichtigen. Obwohl nicht sicher vorausgesagt werden kann, in welchem Umfang solche Einarbeitungszeiten anfallen werden, erscheint es möglich, einen Risikozuschlag seriös zu kalkulieren. Immerhin hält es die Antragstellerin unter Berücksichtigung der in der Vergangenheit beobachteten

Personalfuktuation für „sehr wahrscheinlich“, dass Teile des Personals am Ende des Projekts gar nicht mehr in ihrem bzw. im Unternehmen des späteren Auftragnehmers beschäftigt sein werden. Auch wenn die Entwicklung im Einzelnen nicht vorhersehbar ist und nach § 3 Ziffer 2 des Vertrags lediglich der Auftragnehmer verpflichtet ist, den Auftraggeber rechtzeitig auf die Notwendigkeit der Anschlussbeauftragung hinzuweisen, während Anlaufzeiten nicht vereinbart sind, ist nicht ersichtlich, dass die Risikoannahmen völlig willkürlich und nicht mehr Ausdruck der unternehmerischen Freiheit der Bieter wären.

75Auch soweit die Antragstellerin moniert, dass aufgrund der Regelung in § 3 Ziffer 2 des Vertrags einseitig der künftige Auftragnehmer gebunden bleibe, während die Antragsgegnerin in ihrer Entscheidung über das „Ob“ und das „Wann“ der Beauftragung mit den weiteren Leistungen der Leistungsphasen 3 bis 6 frei bleibe, ist ein Verstoß gegen bieterschützende Rechte nicht zu erkennen. Nach allgemeinem Vertragsrecht sind auch einseitig verpflichtende Verträge möglich, mithin solche, die keine Abnahmepflicht des Auftraggebers, sondern lediglich eine Dienstleistungs- oder Lieferverpflichtung des Auftragnehmers vorsehen (vgl. BGH, Urt. v. 18. Januar 1989, VIII ZR 311/87, NJW 1990, 1233 [juris Rn. 18, 23]; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, Verg 28/14, NZBau 2016, 235 Rn. 104 [juris Rn. 152]). Es ist nicht dargelegt, dass die Einseitigkeit der Bindung mit einem Risiko einherginge, das der künftige Auftragnehmer im Rahmen seiner Kalkulation nicht oder nicht in zumutbarer Weise berücksichtigen könnte. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass den künftigen Auftragnehmer eine substantielle Vorhaltepflcht treffe. Hinsichtlich der Verpflichtung, Personal für den Auftrag vorzuhalten, wird auf die Ausführungen im vorstehenden Absatz verwiesen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Bindungsfrist – anders als im Verfahren Verg 17/22 des Bayerischen Obersten Landesgerichts – nur für den Zeitraum von zwölf (nicht 24) Monaten nach Fertigstellung der jeweils zuletzt übertragenen Leistungen gilt; in die Interessenabwägung sind außerdem zu Gunsten der Antragsgegnerin der Aufwand und die zeitlichen Unwägbarkeiten einzustellen, die mit jeweils gesonderten Vergabeverfahren verbunden wären.

76Kein anderes Ergebnis verlangt das in § 650r BGB geregelte Sonderkündigungsrecht oder die dahinterstehende gesetzgeberische Wertung. Das mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung zum 1. Januar 2018 eingeführte Sonderkündigungsrecht des Bestellers in § 650r Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber mit dem Schutz vor den Rechtsfolgen eines übereilt abgeschlossenen umfassenden Architektenvertrags begründet; in der Praxis bestehe ein Bedürfnis zur vorzeitigen Lösung vom Vertrag auch im B2B-Bereich (vgl. BT-Drs. 18/8486 S. 69). Danach sieht der Gesetzgeber das Sonderkündigungsrecht als Ausgleich für den Auftraggeber an, wenn er von der Möglichkeit der Vereinbarung von Stufenverträgen keinen Gebrauch gemacht hat. Durch die Einführung des Sonderkündigungsrechts wird für den Besteller das Vergütungsrisiko gegenüber einer freien Kündigung erheblich reduziert. Demgegenüber steht dem Architekten nach § 650r Abs. 2 BGB nur dann ein Sonderkündigungsrecht zu, wenn der Besteller nach Übermittlung der Unterlagen gemäß § 650p Abs. 2 BGB (Planungsgrundlage nebst Kosteneinschätzung) keine Zustimmung zu den Planungsgrundlagen erteilt oder trotz gesetzter Erklärungsfrist schweigt (vgl. Voit in BeckOK BGB, 68. Ed. 1. November 2022, § 650r Rn. 1). Den Besteller erachtet der Gesetzgeber für in besonderem Maße schutzbedürftig, weil eine Auswechslung des Architekten für ihn regelmäßig mit erheblichen Mehrkosten und mit der Schwierigkeit verbunden ist, kurzfristig einen anderen Fachplaner zu finden, der das Bauprojekt zu Ende führt (so BT-Drs. 18/8486 S. 69). Wird von dem Sonderkündigungsrecht Gebrauch

gemacht, schuldet der Auftraggeber nach § 650r Abs. 3 BGB Vergütung nur für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. Auswirkungen haben diese Regelungen auch auf die Vergütungspflicht des Auftraggebers nach freier Kündigung (dazu: BGH, Urt. v. 17. November 2022, VII ZR 862/11, juris Rn. 29). Mit der in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck kommenden Interessenlage und Risikoverteilung steht die von der Antragsgegnerin vorgegebene einseitige Bindung des Tragwerksplaners im Einklang.

77 Angesichts des klaren Wortlauts der vertraglichen Regelungen über die Einseitigkeit der Bindung und die Freiheit der Antragsgegnerin in der Entscheidung über die Beauftragung weiterer Leistungsstufen geht auch der Vorwurf fehl, der Gegenstand der Beauftragung sei nicht hinreichend bestimmt. Wenn der Erklärungsinhalt bei vernünftiger Betrachtung vom Empfängerhorizont aus eine sinnvolle, den angestrebten Vertragszweck erkenntlich machende, in sich geschlossene, verständliche Regelung enthält, ist der Vertragsgegenstand bestimmt oder jedenfalls bestimmbar (N. Henrici in Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, BGB § 650 p Rn. 31). Die Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, der Leistungsinhalt wird durch die Vertragsgestaltung klar beschrieben. Keine Frage der Bestimmtheit ist es, ob, wann und in welchem Umfang der Auftraggeber von seinem ihm darin eingeräumten Recht zur stufenweisen Beauftragung im Rahmen des Vertragsvollzugs Gebrauch macht.

78 Der Senat verkennt nicht, dass die vertraglichen Vorgaben – stufenweise Beauftragung, Einseitigkeit der Bindung, Vertragslaufzeit, keine Berücksichtigung nachträglicher Baukostenentwicklungen in der Abrechnungsgrundlage – nicht unerhebliche Belastungen des Auftragnehmers und Schwierigkeiten der Kalkulation bewirken. Die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Strukturen des Honorarrechts sind jedoch von der rechtsprechenden Gewalt hinzunehmen und demzufolge bei der Würdigung der vertraglichen Gestaltung zu berücksichtigen.

79c) Auf die Frage, ob die vorgegebene Höhe der Maximalstundensätze und der vorgesehene Anpassungsmodus jeweils für sich genommen einen Vergaberechtsverstoß begründen, kommt es für die Entscheidung nicht mehr an.

80 Lediglich allgemein ist darauf hinzuweisen, dass dem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 58 Abs. 2 Satz 3 VgV die Möglichkeit offensteht, auch Festpreise vorzugeben.

81d) Eine eigenständige AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln nach dem Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB findet im Vergabenachprüfungsverfahren nicht statt (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2022, 611 Rn. 30 [juris Rn. 39] m. w. N.; Beschluss vom 12. Juli 2021, 22 U 8/21, NZBau 2021, 743 Rn. 62 [juris Rn. 119]; VK Hamburg, Beschluss vom 19. Juni 2012, Vgk FB 2/12, juris Rn. 35; zum Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen auch BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012, X ZB 9/11 – Abfallentsorgung II, NZBau 2012, 586 Rn. 11).

III.

82 Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen folgt aus § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB. Der Erfolg der Antragstellerin bleibt hinter dem Ziel ihres Nachprüfungsantrags deutlich zurück, denn an den Vergabeunterlagen sind weit weniger Korrekturen vorzunehmen, als die Antragstellerin erstrebte, und entgegen ihrer Intention hat auch die Wertung der nichtpreislichen Zuschlagskriterien Bestand. Allerdings erhält die Antragstellerin die Gelegenheit, ein vollständig neu kalkuliertes Honorarangebot

einzureichen. Bei wertender Betrachtung obsiegen und unterliegen beide Beteiligte in etwa gleichem Umfang. Deshalb erscheint es angemessen, sie an den Verfahrenskosten hälftig zu beteiligen und hinsichtlich der zur Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen keinen Kostenerstattungsanspruch zuzuerkennen (zu den maßgeblichen Grundsätzen vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 Rn. 76; BayObLG, Beschluss vom 6. September 2023, Verg 5/22, juris Rn. 60 m. w. N.). Eine Entscheidung, ob die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer erforderlich war, ist im Hinblick darauf, dass die dadurch verursachten Kosten von den Beteiligten jeweils selbst zu tragen sind, nicht erforderlich. Bei den im Beschluss der Vergabekammer festgesetzten Gebühren hat es sein Bewenden.

83Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren einschließlich des Eilverfahrens gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB beruht auf § 175 Abs. 2, § 71 GWB. Aus den dargestellten Erwägungen entspricht es der Billigkeit, auch die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens hälftig zu verteilen und keine Erstattung außergerichtlicher Kosten anzuordnen. Nichts anderes gilt im vorliegenden Fall hinsichtlich der Kosten des Eilverfahrens, obwohl der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zunächst Erfolg hatte. Regelmäßig folgt die Kostenentscheidung für das Verfahren nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB derjenigen für das Hauptsacheverfahren (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 2. Oktober 2019, 17 Verg 3/19, NZBau 2020, 113 Rn. 59 [juris Rn. 84]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. März 2021, 11 Verg 18/20, juris [Ziffer 2. des Tenors]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Januar 2016, 11 Verg 8/15, juris Rn. 5; OLG Celle, Beschluss vom 7. Juni 2007, 13 Verg 5/07, ZfBR 2007, 611 [616, juris Rn. 87]; kritisch: Gröning in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 178 Rn. 56 ff.; Krohn in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 182 Rn. 112). In der vorliegenden Sache sind keine Gründe ersichtlich, die es unbillig erscheinen ließen, die Kostenverteilung des Eilverfahrens an derjenigen des Hauptsacheverfahrens auszurichten und eine Differenzierung insoweit zu unterlassen (vgl. zu speziellen Verfahrenskonstellationen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018, Verg 38/17, juris Rn. 71; OLG Celle, Beschluss vom 10. Juni 2010, 13 Verg 18/09, juris Rn. 43; auch KG, Beschluss vom 13. Januar 2020, Verg 9/19, IBRRS 2020, 1327 [unter Gliederungspunkt II.]; Krohn in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 182 Rn. 114 m. w. N.).

84Da sich die Beigeladene am Verfahren vor dem Beschwerdegericht nicht aktiv beteiligt hat, besteht kein Anlass, ihr einen Anspruch auf Erstattung etwaiger Aufwendungen zuzuerkennen.

85Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG, wobei der Senat berücksichtigt hat, dass Leistungen teilweise nur optional vergeben werden (vgl. BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13 – Bioabfallvergärungsanlage, NZBau 2014, 452 Rn. 10 ff.; BayObLG, Beschluss vom 5. August 2022, Verg 7/22, juris Rn. 11; OLG München, Beschluss vom 21. Oktober 2019, Verg 13/19, NZBau 2020, 263 Rn. 69 ff.; Zinger NZBau 2020, 695 [696]).

86Danach beläuft sich der Streitwert auf maximal 9.000,00 €.

Zitiervorschlag:

BayObLG Beschl. v. 6.12.2023 – Verg 7/23 e, BeckRS 2023, 36361

[□ Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)