

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 15.12.2021
Aktenzeichen: Verg 12/21
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:1215.VERG12.21.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2021 – Verg 12/21 –, juris

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin und die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 5. März 2021 (VK 1 - 124/20) werden jeweils zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis EUR 30.000.000,00 festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Rechtmäßigkeit der Aufhebung der am ... EU-weit bekanntgegebenen Ausschreibung über die "Errichtung und Aufrechterhaltung eines Gesamtsystems Schwerer Transporthubschrauber" im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach der VSVgV (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer: ...).
- 2 Das Beschaffungsvorhaben umfasste neben der Lieferung von Luftfahrzeugen mit einer bestimmten Gesamtflottenleistung den Aufbau und den Betrieb der Flotte, einschließlich Ausrüstung, die Erbringung von Logistik- und Nutzerunterstützungsleistungen, wie die technische und fliegerische Ausbildung und die logistische Betreuung, Wartung und Instandhaltung der Hubschrauber über eine Zeitdauer von insgesamt 40 Jahren (§ 50 Abs. 1 Vertragsentwurf). Wegen der Einzelheiten wird auf den den Vergabeunterlagen beigefügten Vertragsentwurf (Band 6, Bl. 139 ff.) und die Leistungsbeschreibung (Band 7 der Vergabeakte) verwiesen. Die Leistungsanforderungen enthielten im Vergleich zu dem in der US-Armee eingesetzten Basismodell "MOTS-Modell" (Military off-the-shelf, Anm. d. Senats) des Hubschraubers zahlreiche neue oder modifizierte Konfigurationselemente. Wegen der Einzelheiten wird auf Ziff. 3.1.2 der Leistungsbeschreibung (Band 7, Bl. 86 ff. der Vergabeakte) verwiesen.
- 3 Die Antragsgegnerin schätzte die Kosten des zu vergebenden Auftrags auf insgesamt über EUR 20 Mrd. brutto. Dabei entfielen EUR 5.450.353.334,00 brutto auf die sogenannten investiven Kosten und EUR 15,1404 Mrd. auf die Nutzung und die Materialerhaltung (Vergabevermerk vom 25. September 2020, Herleitung der Kostenschätzung, Band 62, Bl. 93 ff. der Vergabeakte). Die geschätzten Kosten gliederten sich wie folgt auf:
- 4 "(1) investive Kosten

- 5 Beschaffung der Luftfahrzeuge nebst Missionsausrüstung
- 6 Ausbildung
- 7 Erstausbildung und Ausbildungsgerät
- 8 Ersatzteilerstbedarf (für die ersten zwei Jahre)
- 9 Boden- und Prüfgerät, Sonderwerkzeuge
- 10 Unvorhergesehenes/Sonstiges
- 11 Dokumentation
- 12 Infrastruktur
- 13 (2) Finanzbedarf Nutzung
- 14 Änderungen/Obsolenzen
- 15 Personalkosten
- 16 Regenerationsausbildung
- 17 Technische Logistische Betreuung
- 18 Materialbewirtschaftung
- 19 Instandhaltung".
- 20 Bei der Schätzung der zu erwartenden Kosten orientierte sich die Antragsgegnerin an den derzeit in der westlichen Hemisphäre beiden einzigen verfügbaren Transporthubschraubertypen CH-47F "Chinook" der Firma C. und dem Hubschrauber CH-53K der Antragstellerin, bei dem es sich um eine erstmals seit 2019 in Serie produzierte und seit 2020 bei der US Navy in einer Basisvariante eingesetzte Neuentwicklung handelte. Die Antragsgegnerin befragte sowohl beide Herstellerunternehmen als auch die US Navy zu verschiedenen Kosten und griff ferner auf Ergebnisse des "Abschlussberichts C. Studie [...] Risikominimierungsmaßnahmen zu Varianten der CH-47F in der Analysephase Schwerer Transport Hubschrauber vom 17. Oktober 2016" zurück (Vergabevermerke vom 25. und 28. September 2020, Band 62, Bl. 86 ff. und 93 ff. der Vergabeakte). Anhand dieser Angaben schätzte die Antragsgegnerin ausgehend von dem Modell CH-47F der Firma C. in der Variante der "Extended Range" die Kosten für die Beschaffung auf ca. EUR 70 Mio. je Stück bei einer Stückzahl von 60 Luftfahrzeugen, wobei EUR 57 Mio. auf den Gerätepreis, EUR 9 Mio. auf zusätzliche deutsche Missionsausrüstungsgüter und EUR 4 Mio. auf "Preiseskalationen und Sonstiges" entfielen. Die Gesamtkosten kalkuliert die Antragsgegnerin unter Anwendung der methodischen Vorgaben des "Handlungsleitfadens zum Life-Cycle Kostenmanagement im BAAINBw" und einer verwaltungsinternen Bereichsvorschrift sowie verschiedener Schätzmethoden - Expertenschätzung/-befragung, Analogiemethode, Parametrische Methode und Kalkulatorische Methode - mit Hilfe eines externen Dienstleisters.
- 21 Sie sah im Bundeshaushalt 2018 EUR 5,619 Milliarden zur Deckung der Gesamtkosten für die Beschaffung von Schweren Transporthubschraubern bis 2031 (sogenannten "in-

vestiver Kostenanteil") vor. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Anlagen Bf 2 und Bf 5 verwiesen. Die von der Antragsgegnerin auf EUR 15,1404 Mrd. geschätzten Kosten für die Nutzung und die Materialerhaltung sollten aus dem der Materialerhaltung sämtlicher Flugkörper der Bundeswehr gewidmeten Haushaltstitel 553 11 des Kapitels 1406 bestritten werden.

- 22 Zuschlagskriterium war nach der Bekanntmachung der "niedrigste Preis" (Ziff. IV.2.1 der Auftragsbekanntmachung).
- 23 Nach erfolgreich bestandenem Teilnahmewettbewerb forderte die Antragsgegnerin am 24. Juni 2019 die Antragstellerin zur Angebotsabgabe auf. Neben der Antragstellerin wurde die Firma C. als einziges weiteres Bieterunternehmen zum Verfahren zugelassen. Beide Unternehmen gaben jeweils ein indikatives Angebot ab. Der Angebotspreis der Antragstellerin überstieg die von der Antragsgegnerin geschätzten Gesamtkosten - also die Summe der Kosten für den "investiven Bereich" und der Kosten für Nutzung und Erhaltung - nur geringfügig. Weil die Angebotspreise beider Bieter jedoch für den "investiven Anteil" die Kostenschätzung der Antragsgegnerin um etwa das Doppelte überstiegen und für diesen Kostenbereich ausreichende Haushaltsmittel nicht bereitgestellt worden waren, trat die Antragsgegnerin mit den Bietern in Verhandlungen ein und unternahm den Versuch, "Kostentreiber" und die Gründe für das Abweichen von ihrer Kostenschätzung zu identifizieren, konnte jedoch im Hinblick auf die technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung kein nennenswertes Einsparpotential ausmachen.
- 24 Mit Schreiben vom 29. September 2020 erklärte die Antragsgegnerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens und begründete ihre Entscheidung damit, dass im Verfahren kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei, weil die eingegangenen Angebote die vorhandenen Haushaltsmittel erheblich überschritten (Band 62, Bl. 86 und 88 f. d. Vergabeakte).
- 25 Die Antragstellerin rügte die Aufhebung des Vergabeverfahrens am 8. Oktober 2020 und machte im Kern eine fehlerhafte Kostenschätzung geltend. Die Antragsgegnerin half der Rüge am 18. Dezember 2020 (Anlage ASt 5 zum Nachprüfungsantrag) nicht ab.
- 26 Am 20. November 2020 stellte die Antragsgegnerin im Rahmen eines sogenannten Foreign-Military-Sales-Verfahren (FMS-Verfahren) bei der US-amerikanischen Regierung eine Anfrage hinsichtlich Preis und Verfügbarkeit der bei den US-Streitkräften eingesetzten Basismodelle der Antragstellerin und der Firma C.
- 27 Nachdem im Bundeshaushalt 2018 und 2019 jeweils Verpflichtungsermächtigungen für die Anschaffung der Hubschrauber vorgesehen waren, berücksichtigte der Deutsche Bundestag nach einer sogenannten Bereinigungssitzung des Haushaltsausschusses am 26. November 2020 die benötigten Finanzmittel für den Bundeshaushalt 2021 nicht mehr.
- 28 Die Antragstellerin hat am 30. Dezember 2020 einen Nachprüfungsantrag gestellt und beantragt,
- 29 die mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 29. September 2020 mitgeteilte Aufhebungsentscheidung aufzuheben und das Verhandlungsverfahren unter Einbeziehung des Erstangebots der Antragstellerin fortzuführen;

- 30 hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebungsentscheidung der Antragsgegnerin rechts-
widrig war und sie, die Antragstellerin, in ihren Rechten verletzt hat.
- 31 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 32 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 33 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 5. März 2021 (VK 1-124/20) festgestellt,
dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt,
und den Nachprüfungsantrag im Übrigen zurückgewiesen. Die Antragstellerin habe kei-
nen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens und dessen Fortset-
zung, weil die Antragsgegnerin einen sachlichen Grund für die Aufhebungsentscheidung
vorgetragen habe und die Aufhebung nicht missbräuchlich sei. Die Aufhebung des Ver-
gabeverfahrens sei jedoch rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin die materiellen Vor-
aussetzungen für den von ihr herangezogenen Aufhebungsgrund des § 37 Abs. 1 Nr. 3
VgV nicht nachgewiesen habe. Die Kostenschätzung der Antragsgegnerin sei nicht ord-
nungsgemäß. Sie enthalte in Bezug auf die Leistungsbestandteile, die von dem US-Mo-
dell beider Anbieter abweichen, keine näher begründete und nachgewiesene Daten-
grundlage. Es sei insbesondere nicht erkennbar, ob die Antragsgegnerin die Anpassungs-
kosten für den Einbau der zusätzlichen deutschen Ausrüstungsgegenstände und der Ver-
änderung vorhandener US-Ausrüstung in dem technisch komplexen Hubschrauber me-
thodisch korrekt eingespeist habe. Es wäre erforderlich gewesen, das durch den Einsatz
externer Experten generierte Schätzergebnis in der Vergabeakte zu dokumentieren. Hin-
zu trete der von der Antragsgegnerin selbst eingeräumte Schätzfehler im Umfang von
EUR 190 Mio.
- 34 Gegen diese Entscheidung haben sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegne-
rin jeweils fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Antragstellerin ist der Auf-
fassung, dass die Aufhebungsentscheidung willkürlich erfolgt sei und ihr deshalb ein An-
spruch auf Fortsetzung des Verhandlungsverfahrens zustehe. Die Antragsgegnerin habe
unverändert die Absicht, die ausgeschriebenen Schweren Transporthubschrauber zu be-
schaffen.
- 35 Die Antragstellerin beantragt,
- 36 die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben, soweit sie den auf Fortführung des
Vergabeverfahrens gerichteten Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen
hat, und der Antragsgegnerin aufzugeben, das Verhandlungsverfahren unter Einbezie-
hung des Angebots der Antragstellerin fortzuführen.
- 37 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 38 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen sowie
- 39 den Beschluss der Vergabekammer abzuändern und den Nachprüfungsantrag der An-
tragstellerin auch im Hilfsantrag zurückzuweisen.
- 40 Die Antragstellerin beantragt,
- 41 die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen.

- 42 Ihren auf den Erlass vorläufiger Maßnahmen sowie auf Einsicht in die Akten des FMS-Verfahrens gerichteten Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 1. Juni 2021 (Bl. 189 ff. d.GA.) zurückgenommen.

II.

- 43 Die sofortigen Beschwerden der Antragstellerin und der Antragsgegnerin haben jeweils keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im Hauptantrag zurecht zurückgewiesen, weil dieser zulässig, jedoch unbegründet ist (unten 1.). Zulässig und begründet ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin jedoch im Hilfsantrag, so dass die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen war (unten 2.).
- 44 1. Der gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens gerichtete Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens und dessen Fortführung unter Einbeziehung ihres Erstangebots.
- 45 a. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren grundsätzlich auch dann wirksam aufheben, wenn keiner der im Einzelfall zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände - hier des § 37 Abs. 1 S. 1 VSVgV - vorliegt (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13 - juris, Rn. 20). Da ein Kontrahierungszwang der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers zuwiderlaufen würde, kann er jederzeit auf die Vergabe eines Auftrags verzichten, unabhängig davon, ob die gesetzlich normierten Aufhebungsgründe erfüllt sind (Senatsbeschluss vom 17. April 2019, VII-Verg 36/18 - juris, Rn. 89). Liegen Aufhebungsgründe nicht vor, bleibt der Bieter grundsätzlich auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränkt (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02 - juris, Rn. 20; Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021 - VII-Verg 21/20, VII-Verg 22/20 und VII-Verg 23/20; Lischka in Müller-Wrede, VgV/UVgO Kommentar, 2017, § 63 VgV Rn. 22).
- 46 Ein Anspruch eines Bieters auf Weiterführung des Vergabeverfahrens kommt deshalb nur unter besonderen Umständen etwa dann in Betracht, wenn der Auftraggeber für die Aufhebung der Ausschreibung keinen sachlich gerechtfertigten Grund angegeben hat und sie deshalb willkürlich ist oder die Aufhebung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nur zu dem Zweck erfolgt, Bieter zu diskriminieren (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13 - juris, Rn. 21; Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021 - VII-Verg 21/20, VII-Verg 22/20 und VII-Verg 23/20, und vom 10. November 2010, VII-Verg 28/10 - juris, Rn. 42; OLG Rostock, Beschluss vom 2. Oktober 2019, 17 Verg 3/19 - juris, Rn. 52). Dem hat sich die Literatur angeschlossen (siehe Mehrlitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, § 63 VgV Rn. 86; Hofmann/Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 63 VgV, Stand: 25.03.2019, Rn. 89; Herrmann in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 63 VgV Rn. 25; Lischka in Müller-Wrede, VgV/UVgO, 2017, § 63 VgV Rn. 106; Portz in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2020, § 63 Rn. 23). Auf die Frage, ob die Vergabeabsicht des öffentlichen Auftraggebers fortbesteht oder nicht, kommt es, wenn ein sachlicher Grund für die Aufhebung vorliegt, nicht an (siehe Lischka, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 2017, § 63 VgV Rn. 106 m.w.N.).

- 47 b. Ein solcher Ausnahmefall, in dem die Antragstellerin einen Anspruch auf Fortführung des Vergabeverfahrens geltend machen könnte, kann nicht festgestellt werden. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin war weder willkürlich (unten aa.), noch diente sie dazu, unter Umgehung des Vergaberechts dem Mitbieter der Antragstellerin den Auftrag zu erteilen (unten bb.). Es liegt auch kein vergleichbarer Fall vor (unten cc.).
- 48 aa. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens war nicht willkürlich.
- 49 Willkürlich ist die Aufhebung des Vergabeverfahrens nur dann, wenn sie unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Willkür liegt erst dann vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in eklatanter Weise missgedeutet wird (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021 - VII-Verg 21/20, VII-Verg 22/20 und VII-Verg 23/20; für Verwaltungshandeln allgemein vgl. BVerfGE 74, 102, 127). Hierfür liegen bei der Aufhebung des Verhandlungsverfahrens durch die Antragsgegnerin keine Anhaltspunkte vor. Die Antragsgegnerin hat ihre Entscheidung damit begründet, dass das Verhandlungsverfahren unter Berücksichtigung der geschätzten Gesamtkosten und der dafür zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel nicht mit Aussicht auf eine wirtschaftlich vertretbare Zuschlagserteilung zu Ende geführt werden könne. Diese Begründung ist angesichts der erheblichen Überschreitung der Angebotspreise der beiden einzigen Erstangebote von der Kostenschätzung der Antragsgegnerin im investiven Bereich auch dann nicht willkürlich, wenn sie eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 VSVgV - wie von der Vergabekammer entschieden - nicht tragen sollte, weil an die Rechtmäßigkeit der Aufhebung andere Anforderungen zu stellen sind als an die Willkürfreiheit. Die Begründung ist auch nicht vorgeschoben. Die Antragsgegnerin hat sich in den Verhandlungen mit den Bietern um eine Kostensenkung und Reduzierung der Leistungsanforderungen durch Streichung von "Kostentreibern" erfolglos bemüht. Schließlich war die Aufhebungsentscheidung auch deshalb sachlich gerechtfertigt, weil im Bundeshaushalt keine ausreichenden Haushaltsmittel für die Beschaffung der von den beiden Bietern angebotenen Transporthubschrauber zur Verfügung standen (vgl. zur sachlichen Rechtfertigung wegen fehlender Haushaltsmittel Senatsbeschlüsse vom 26. Juni 2013, VII-Verg 2/13 - juris, Rn. 26, und vom 8. Juni 2011, VII-Verg 55/10 - juris, Rn. 28, 33 ff.; OLG München Beschluss vom 12. Juli 2005, Verg 8/05). Es ist Sache des Haushaltsgesetzgebers zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er Mittel für eine Beschaffung bereitstellt. Dass es sich bei dem Gesetzgeber um ein Organ der Antragsgegnerin handelt, lässt die sachliche Rechtfertigung nicht entfallen.
- 50 Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Antragsgegnerin hätte durch Anpassung ihres Beschaffungsbedarfs, etwa durch Einkauf des Basismodells eines sogenannten Military-off-the-Shelf-Hubschraubers, ihr Ziel ohne Weiteres in einem Vergabeverfahren hätte erreichen können, ist dieses Vorbringen nicht geeignet, ein willkürliches Verhalten zu begründen. Es steht jeder Vergabestelle grundsätzlich frei, die auszuschreibende Leistung nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in dieser - den autonom bestimmten Zwecken entsprechenden - Gestalt dem Wettbewerb zu öffnen (Senatsbeschlüsse vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16 - juris, Rn. 42; vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12 - juris, Rn. 43, und vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12; OLG Celle, Beschluss 11. September 2018, 13 Verg 4/18 - juris, Rn. 15 ff.). Lässt sich die gewünschte Leistung nicht

mit den eingeplanten finanziellen Mitteln erlangen, ist der öffentliche Auftraggeber nicht gehalten, seine Beschaffungswünsche an die Angebotspreise anzupassen.

- 51 bb. Es liegt auch kein Fall der Scheinaufhebung vor.
- 52 Die Behauptung der Antragstellerin, die Aufhebung des Verhandlungsverfahrens habe nur dem Zweck gedient, die Transporthubschrauber von der Mitbieterin zu erwerben, ist schon deshalb nicht haltbar, weil sich die Antragsgegnerin im FMS-Verfahren gar nicht auf das Modell der Mitbieterin festgelegt hat. Die von der Antragsgegnerin an die US-amerikanische Regierung gestellte Anfrage bezog sich auf beide Modelle, sowohl auf das von der Antragstellerin angebotene Modell CH53K als auch auf den von der Mitbieterin angebotenen Transporthubschrauber. Von einer Diskriminierung der Antragstellerin kann vor diesem Hintergrund keine Rede sein.
- 53 cc. Anders als die Antragstellerin meint, liegt auch kein mit den beiden vorgenannten Fallgruppen "wertungsmäßig vergleichbarer Fall" vor. Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren nicht unter dem Vorwand aufgehoben, "denselben Beschaffungsgegenstand" unter Umgehung des Vergaberechts "willkürlich" im FMS-Verfahren zu erwerben. Die Antragstellerin hat selbst vorgetragen (Beschwerdeschrift, S. 13, B. 63 d.GA.), dass die Anfrage der Antragsgegnerin im FMS-Verfahren ein Basismodell des Schweren Transporthubschraubers und damit eine vom ursprünglich ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstand erheblich abweichende Leistung betrifft, die den Anforderungen des im Vergabeverfahren ausgeschriebenen deutschen Bedarfsträgers gerade nicht entspricht. Dass das in § 145 Ziff. 4 lit. a GWB gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Beschaffungsverfahren schon deshalb "wertungsmäßig" einer willkürlichen Auftragsvergabe gleichzustellen ist, weil die Antragsgegnerin -so wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat - in dem eingeleiteten FMS-Verfahren die Möglichkeit hat, eine willkürliche Vergabeentscheidung zu treffen, indem sie trotz der Anfrage für zunächst beide Modelle sich im weiteren Verlauf auf ein Modell festlegt und diese Entscheidung keiner Überprüfung zugänglich ist, begründet allein diese Möglichkeit ohne Hinzutreten weiterer, hier nicht vorliegender Anhaltspunkte den Willkürvorwurf nicht.
- 54 2. Der auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens gerichtete Hilfsantrag ist zulässig und begründet.
- 55 a. Der Feststellungsantrag ist statthaft. Dem steht nicht entgegen, dass das Vergabeverfahren vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens aufgehoben worden ist.
- 56 In Fällen, in denen der Antragsteller mit dem Ziel der Erlangung primären Vergaberechtsschutzes die Aufhebung des ausgeschriebenen Vergabeverfahrens zum Gegenstand einer Nachprüfung macht, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses des Antragstellers auf dessen Antrag auch zur Feststellung der durch die Aufhebung eingetretenen Rechtsverletzung befugt, obwohl der Fall eines nach § 178 S. 4 i.V.m. § 168 Abs. 2 S. 2 GWB zulässigen Fortsetzungsfeststellungsantrages nicht vorliegt, weil die trotz Rechtswidrigkeit wirksame Aufhebung bereits erfolgt war, bevor der Nachprüfungsantrag gestellt wurde (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13, juris Rn. 21; Senatsbeschluss vom 8. März 2005, VII-Verg 40/04, juris Rn. 15; OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2016 13 Verg 5/15).
- 57 b. Die Antragstellerin hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens dargetan.

- 58 aa. Das für einen Feststellungsantrags notwendige Feststellungsinteresse liegt hier vor, weil der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. Dieses Interesse hat die Antragstellerin hinreichend vorgetragen (zu den Anforderungen vgl. Senatsbeschlüsse vom 7. August 2019, VII-Verg 9/19 - juris, Rn. 20, und vom 22. Februar 2017, VII-Verg 29/16 - juris, Rn. 13; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, Verg 8/12 - juris, Rn. 56; OLG Koblenz, Beschluss vom 4. Februar 2009, 1 Verg 4/08 - juris, Rn. 28). Sie hat in ihrem Nachprüfungsantrag (dort S. 23 unter Ziff. 2.5) noch ausreichend dargelegt, dass sie erhebliche Kosten zur Erstellung ihres indikativen Angebots und der Teilnahme am Vergabeverfahren zu tragen hatte, die infolge der Aufhebung des Vergabeverfahrens nutzlos aufgewendet sind.
- 59 bb. Dem Feststellungsinteresse steht nicht entgegen, dass die ursprünglich bereitgestellten Haushaltsmittel im Bundeshaushalt nach der Bereinigungssitzung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages vom 21. November 2020 nicht mehr zur Verfügung stehen. Hierdurch sind die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs, deren Vorbereitung der hier verfolgte Feststellungsantrag dient, nicht weggefallen.
- 60 Der Bieter kann einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geltend machen, wenn er das vorvertragliche Schuldverhältnisses zum Auftraggeber und einen schuldhaften Vergaberechtsverstoß des Auftraggebers nachweisen kann. Beide Voraussetzungen sind grundsätzlich dann erfüllt, wenn ein Bieter an einem Vergabeverfahren teilgenommen und der Auftraggeber ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise aufgehoben hat. Darüber hinaus muss der Bieter grundsätzlich aber auch darlegen und beweisen, dass er bei ordnungsgemäßigem Vergabeverlauf eine reelle und echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten (BGH, Urteil vom 9. Juni 2011, X ZR 143/10; Queisner in BeckOK Vergaberecht, 21. Edition, Stand: 31. Januar 2021, § 63 VgV Rn. 68).
- 61 Der Antragstellerin kann eine reelle Chance auf den Erhalt des Zuschlags nicht deshalb abgesprochen werden kann, weil das Vergabeverfahren zu einem späteren Zeitpunkt wegen Wegfalls der Haushaltsmittel aufgehoben worden wäre. Zwar kann es einen zur Aufhebung berechtigenden Grund darstellen, wenn ursprünglich bereitgestellte Haushaltsmittel nicht mehr zur Verfügung stehen (BGH, NZBau 2013, 180). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Wegfall der Haushaltsmittel durch eine eigene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers selbst herbeigeführt worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, des Senats und anderer Oberlandesgerichte ist eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nur dann rechtmäßig, wenn der öffentliche Auftraggeber den Aufhebungsgrund nicht selbst schuldhaft herbeigeführt hat (BGH BeckRS 1998 30023538; Senatsbeschlüsse vom 16. November 2010, VII-Verg 50/10; vom 8. Juli 2009, VII-Verg 13/09, und vom 8. März 2005 VII-Verg 40/04; OLG München, Beschluss vom 4. April 2013, Verg 4/13; OLG Naumburg, Beschluss vom 27. Februar 2014, 2 Verg 5/13).
- 62 Diese Voraussetzungen lägen bei einer auf den Wegfall der Haushaltsmittel gestützten Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht vor. Die Antragsgegnerin, und zwar ihr Haushaltsgesetzgeber, war für den Wegfall der Mittel selbst verantwortlich, denn dieser war Folge der von der Antragsgegnerin getroffenen Entscheidung, das Vergabeverfahren über die Lieferung der Schweren Transporthubschrauber aufzuheben.

- 63 c. Der Feststellungsantrag ist begründet. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens über die Lieferung von Schweren Transporthubschrauben (2019/S 042-096682) war rechtswidrig und hat die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die Aufhebung genügt nicht den für eine rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens in § 37 Abs. 1 VSVgV aufgestellten Voraussetzungen. Es liegt weder ein Fall nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 VSVgV (unten aa.) noch ein anderer schwerwiegender Grund im Sinne von § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VSVgV (unten bb.) vor.
- 64 aa. Nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 VSVgV kann ein Vergabeverfahren aufgehoben werden, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde. Das Ergebnis eines Vergabeverfahrens ist dann nicht wirtschaftlich, wenn keines der Angebote anhand der vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Zuschlagskriterien (§ 127 Abs. 3 bis 5 GWB) ein günstiges Preis-Leistungs-Verhältnis bietet, das heißt wenn die im Vergabeverfahren abgegebenen Gebote die vor der Ausschreibung vorgenommene Kostenschätzung deutlich überschreiten (BGH, Urteil vom 20. November 2012, X ZR 108/10; OLG Dresden, Beschluss vom 28. Dezember 2018, Verg 4/18 - juris, Rn. 33). Voraussetzung hierfür ist, dass auch das wirtschaftlichste Angebot erheblich über dem Preis liegt, der nach einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswerts erzielt worden war. Maßgebende Bezugsgröße ist der Gesamtpreis, nicht der Vergleich einzelner Positionen (BGH, Urteil vom 21. Oktober 1976, VII ZR 327/74 - juris, Rn. 13 f.; Senatsbeschluss vom 9. Februar 2009, VII Verg 66/08 - juris, Rn. 60; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. Juli 2009, 15 Verg 3/09 - juris, Rn. 25; OLG Koblenz, Beschluss vom 28. Juni 2017, Verg 1/17 - juris, Rn. 27 ff.; Voppel in Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Auflage 2018, § 63 Rn. 25; Laumann in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgo, 2. Auflage 2019, § 63 VgV Rn. 27, 29). Dies kann im Streitfall nicht festgestellt werden.
- 65 Die Antragsgegnerin hat schon nicht das wirtschaftlichste Angebot mittels des von ihr in Anlage 2 zu B-V 040 bekannt gemachten Bewertungsverfahrens (Band 6, Bl. 119 ff., 124 der Vergabeakte) anhand der niedrigsten Kennzahl ermittelt, sondern allein den Angebotspreis in den Blick genommen. Der niedrigste Preis war aber - anders als es in der Auftragsbekanntmachung heißt - nicht das einzige Zuschlagskriterium. Vielmehr waren in der Leistungsbeschreibung, in der Anlage COMP Compliance Matrix, in Anlage 1 zu B-V 040 sowie in Anhang 1 und Anhang 2 zu Anlage 2 zu B-V 040 "Bewertungsverfahren" weitere mit bis zu maximal 10 Punkten zu wertende Kriterien genannt.
- 66 Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin nicht den Gesamtangebotspreis mit den von ihr geschätzten Gesamtkosten verglichen, sondern allein auf die Kosten für einen Teilbereich des zu vergebenden Auftrags, nämlich auf die sogenannten investiven Kosten abgestellt.
- 67 bb. Die Antragsgegnerin kann die Aufhebung des Vergabeverfahrens auch nicht auf § 37 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV stützen, weil ein anderer schwerwiegender Grund nicht besteht.
- 68 Zwar hat sich die Antragsgegnerin auf diesen Aufhebungsgrund nicht explizit berufen. Das Aufhebungsschreiben der Antragsgegnerin ist jedoch dahin auszulegen, dass die Antragsgegnerin ihre Entscheidung auch auf § 37 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV stützt, weil sie zur Begründung ihrer Entscheidung nicht nur auf die Unwirtschaftlichkeit der eingegangenen Angebote, sondern zugleich auf die Überschreitung der vorhandenen Haushaltsmittel abstellt.

- 69 Fehlende Haushaltsmittel können - wie bereits dargelegt - einen schwerwiegenden Grund darstellen, der die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtfertigt. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die unzureichende Finanzierung nicht auf einer fehlerhaften Kostenschätzung beruht (BGH, Urteil 20. November 2012, X ZR 108/10, NZBau 2013, 180; Senatsbeschluss vom 13. März 2019, VII-Verg 42/18) und dass zusätzliche Mittel nicht bewilligt werden können (Senatsbeschluss vom 26. Juni 2013, VII-Verg 2/13; OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2016, 13 Verg 5/15; Lischka in Müller-Wrede, VgV/UVgO Kommentar 2017, § 63 VgV Rn. 56). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Antragsgegnerin hat schon nicht dargetan, dass Haushaltsmittel zur Finanzierung des ausgeschriebenen Auftrags nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung standen (unten (1)). Zudem war die Schätzung der Antragsgegnerin über die Höhe der "investiven" Kosten fehlerhaft (unten (2)) und es war der Antragsgegnerin möglich, bereitgestellte Haushaltsmittel aus anderen Haushaltstiteln für die Finanzierung der "investiven" Kosten umzuschichten (unten (3)).
- 70 (1) Es kann nicht festgestellt werden, dass keine ausreichenden Haushaltsmittel zur Verfügung standen.
- 71 Der Angebotspreis der Antragstellerin für den ausgeschriebenen Auftrag überstieg die von der Antragsgegnerin geschätzten Gesamtkosten nur unwesentlich. Die für die Anschaffung der Schweren Transporthubschrauber im Haushaltsplan im Kapitel 1405 Titel 554 22 bereitgestellten Verpflichtungsermächtigungen sowie die im Kapitel 1406 Titel 553 11 eingeplanten Haushaltsmittel für die Materialerhaltung der Flugkörper reichten nahezu aus, den von der Antragstellerin angebotenen Preis zu befriedigen.
- 72 Fehlende Haushaltsmittel kann die Antragsgegnerin nicht damit begründen, dass im investiven Bereich die Angebote die geschätzten Kosten um mehr als das Doppelte überstiegen haben. Da die Vergabeunterlagen die von der Antragsgegnerin ausschließlich aus haushaltsrechtlichen Gründen vorgenommene Unterscheidung zwischen "investiven" Kosten und Erhaltungskosten nicht nachvollzogen haben und keinerlei Vorgaben enthielten, welche Kosten die Bieter als Anschaffungskosten zu kalkulieren hatten, konnte die Antragsgegnerin ohne weitere Angebotsaufklärung gar nicht beurteilen, welche der von der Antragstellerin angebotenen Einzelpreise haushaltsrechtlich tatsächlich dem "investiven Bereich" zuzuordnen waren. Es spricht viel dafür, dass die Antragstellerin und wohl auch die Beigeladene Kostenpositionen in die Anschaffungspreise einkalkuliert haben, die die Antragsgegnerin den Folgekosten zugeordnet hat. So war etwa eine Zuordnung der Kosten für "Dauerleistung Informationssicherheitsdokumentation" (Pos. 4 im Preisblatt, S. 13/64, Band 10 der Vergabeakte) sowohl zum "investiven" Bereich als auch zu den Erhaltungskosten möglich, weil die Dokumentation sowohl bei der Inbetriebnahme als auch während der gesamten Nutzungsdauer zu leisten ist. Dasselbe gilt für die vertraglichen Risiken wegen der alleinigen Verantwortung des Auftragnehmers für die Lufttüchtigkeitszulassung. Die Antragstellerin hat diese Kosten bei den Stückkosten eingepreist (investiver Bereich), wohingegen auch eine Umlegung der Kosten auf die gesamte Nutzungsphase möglich gewesen wäre, weil die Lufttüchtigkeit über die gesamte Nutzungsdauer aufrecht erhalten bleiben und gegebenenfalls während der Nutzungsdauer eine neue Zulassung beantragt werden muss.
- 73 (2) Die Antragsgegnerin hat die Kosten für den "investiven" Bereich auch fehlerhaft geschätzt. Die Kostenschätzung bildet die Missionsanforderungen der Leistungsbeschrei-

bung nur unzureichend ab und geht offensichtlich von viel zu geringen Einrückkosten aus.

- 74 Die Kostenschätzung ist als ein der eigentlichen Ausschreibung vorgeschalteter Vorgang mit Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet; sie kann nicht an den gleichen Maßstäben wie das Angebot der Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren gemessen werden. Ihrem Gegenstand nach bildet sie eine Prognose, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbarer Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde. Dem Charakter der Prognose entsprechend können dabei lediglich die bei ihrer Aufstellung vorliegenden Erkenntnisse berücksichtigt werden, nicht jedoch solche Umstände, die erst im Nachhinein bei einer rückschauenden Betrachtung erkennbar und in ihrer Bedeutung ersichtlich werden. Aus der Sicht der Beteiligten sind ihre Ergebnisse hinzunehmen, wenn die Prognose aufgrund der bei ihrer Aufstellung objektiv vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheint. Daran wird es regelmäßig fehlen, wenn sie auf erkennbar unrichtigen Daten beruht, insbesondere, wenn sie eine vorhersehbare Kostenentwicklung unberücksichtigt lässt oder ungeprüft und pauschal auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhende Werte übernimmt (BGH Urteil vom 8. September 1998, X ZR 99/96, juris Rn. 23; Senatsbeschlüsse vom 13. März 2019, VII-Verg 42/18 - juris, Rn. 31, und vom 29. August 2018, VII-Verg 14/17). Für die Schätzung muss die Vergabestelle oder der von ihr beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis ernsthaft erwarten lassen. Die Gegenstände der Schätzung und der ausgeschriebenen Maßnahme müssen deckungsgleich sein. Maßgeblich dafür sind im Ausgangspunkt die Positionen des Leistungsverzeichnisses, das der konkret durchgeführten Ausschreibung zu Grund liegt. Das Ergebnis der Schätzung ist verwertbar, soweit sie mit diesem Leistungsverzeichnis übereinstimmt. Es ist gegebenenfalls anzupassen, soweit die der Schätzung zugrunde gelegten Preise oder Preisbemessungsfaktoren im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens nicht mehr aktuell waren und sich nicht unerheblich verändert haben (BGH Urteil vom 20. November 2012, X ZR 108/10 - juris Rn. 19 f.; BGH, Urteil vom 5. November 2002, X ZR 232/00 - juris Rn. 16; Senatsbeschluss vom 13. März 2019, VII-Verg 42/18 - juris, Rn. 31).
- 75 Diesen Anforderungen genügt die Schätzung der Antragsgegnerin aus mehreren Gründen nicht.
- 76 (a) Die Antragsgegnerin hat bei ihrer Kostenschätzung nicht berücksichtigt, dass für die Erfüllung der im Sinne einer funktionalen Leistungsbeschreibung vorgegebenen Missionsanforderungen weitere Ausrüstungsgegenstände notwendig sind, die zwar nicht explizit in den Vergabeunterlagen gefordert, jedoch gleichwohl für die Erfüllung der Missionsanforderungen erforderlich waren. So hat die Antragstellerin unwidersprochen vorgetragen (Ss. v. 12. Mai 2021, S. 12, Bl. 145 d.GA.), dass beispielsweise zusätzlich zu den in der Leistungsbeschreibung explizit geforderten Ausrüstungsgegenständen ein ... anzubieten war, um die Missionsanforderung Nr. LFZ.01.01.38 (S. 46 der Leistungsbeschreibung, Band 7, Bl. 46 der Vergabeakte) erfüllen zu können, wonach "das Lfz [...] ... durchführen können [...]", dessen Integration kostenaufwendige Flugtests in Gebieten mit entsprechender Witterung nach sich gezogen hätte. Ob die Kosten dieser und der 50 weiteren von der Antragstellerin genannten Konfigurationen in die Kostenschätzung der Antragsgegnerin eingeflossen sind, ist nicht ersichtlich.
- 77 (b) Zudem hat die die Antragsgegnerin den Integrationsaufwand der geforderten spezifisch deutschen Konfigurationselemente in Zeile 59 der Kostenschätzung (Anlage Bf 5)

mit EUR 130 Mio. deutlich zu niedrig angesetzt und erhebliche finanzielle Entwicklungsaufwendungen unberücksichtigt gelassen. Hierfür spricht bereits, dass beide im Wettbewerb um den Auftrag stehende Bieter deutlich höhere Einrüstkosten kalkuliert haben. Die Antragsgegnerin ist bei ihrer Schätzung davon ausgegangen, dass die Einrüstung der zusätzlich geforderten Missionskomponenten ohne besonderen Entwicklungsaufwand möglich sei, weil - so ihre Begründung - "durch die Integration von marktverfügbaren Ausrüstungsgegenständen" in einem "marktverfügbaren Hubschrauber keine Entwicklungsleistungen im eigentlichen Sinne" erforderlich würden (Ss. v. 14. Januar 2021, S. 21, Bl. 402 d. Vergabekammerakte) und sich ein "Rüstsatz [...] aus einer zellenseitigen Festeinrüstung und einem bei Bedarf kurzfristig einrüstbaren Gerätesatz (loser Anteil) [zusammensetzt]" (Band 1, Bl. 38 der Vergabeakte). Diese Annahme ist nicht vertretbar. Welche belastbaren Daten und Erkenntnisse ihrer Annahme zugrunde liegen, ergibt sich aus dem Vortrag der Antragsgegnerin nicht. Da die Ausrüstungsgegenstände in den Hubschrauber eingepasst und mit dessen System verbunden werden müssen, mithin eine vollständige Kompatibilität gewährleistet werden muss, spricht vielmehr einiges dafür, dass der technische und finanzielle Aufwand deutlich größer als angenommen ist. Hinzukommt, dass der Hubschrauber mit den eingebauten Ausrüstungsgegenständen das Zulassungsverfahren erneut durchlaufen muss, um dessen Lufttüchtigkeit auch in der veränderten Konfiguration zu bestätigen. So hat die Antragstellerin allein die Kosten für die Integration der in der Leistungsbeschreibung geforderten zehn HF-Funkgeräte mit EUR 200 Mio. - und damit deutlich über den von der Antragsgegnerin geschätzten Kosten - angegeben, weil die ...im Hubschrauber durch technische Analysen, Softwaretests, Prüfstandtests, Systemintegrations- und Luftfahrttests verifiziert werden müssen.

- 78 (c) Der Antragsgegnerin sind bei ihrer Schätzung ferner methodische Fehler unterlaufen. Soweit sich die Antragsgegnerin bei der Kostenschätzung primär auf Daten des Modells CH-47 der Firma C. gestützt hat (vgl. Vergabevermerke vom 25. und 28. September 2020, Band 62, Bl. 86 ff. und 93 ff. der Vergabeakte), hätte sie bei Anwendung der Analogiemethode berücksichtigen müssen, dass es sich bei dem Modell der Antragstellerin um eine Neuentwicklung handelte, die mit modernster integrierter Elektronik ausgestattet ist und die - so der unwidersprochene Vortrag der Antragstellerin (Bl. 143 f. d.GA.) - aus diesem Grund höhere Einrüstkosten für die spezifisch auf die Bedürfnisse der Antragsgegnerin zugeschnittenen Ausrüstungsgegenstände erwarten ließ. Zudem hat die Antragsgegnerin etwa bei der Schätzung der Kosten für die Erst- und Zusatzausbildung des Personalkörpers (Zeilen 76 und 77, Anlage Bf 5), die ebenfalls allein auf Herstellerangaben der Firma C. beruht, außer Acht gelassen, dass die Ausbildung von technischem Personal für ältere und seit Jahren im Flugbetrieb befindliche Luftfahrzeuge aufgrund von bereits vorhandenen Erfahrungswerten deutlich günstiger ist, als die Personalschulung an Neufahrzeugen, wie dem Modell der Antragstellerin.
- 79 (3) Der Antragsgegnerin ist die Berufung auf fehlende Haushaltsmittel für den "investiven Bereich" schließlich deshalb verwehrt, weil sie keine Bemühungen unternommen hat, die erforderlichen Haushaltsmittel zu erlangen. Sie hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vielmehr eingeräumt, dass eine Umschichtung bewilligter Haushaltsmittel, so etwa für investive Kosten und Kosten für die Erhaltung der Luftfahrzeuge vorbehaltlich der Zustimmung des Haushaltsgesetzgebers möglich gewesen sei. Die Antragsgegnerin hat indessen keine Bemühungen unternommen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen.

III.

- 80 Die Kostenentscheidung folgt aus § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Es entspricht der Billigkeit, die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschließlich der Kosten des Verfahrens nach § 169 Abs. 3 GWB, die Teil der Kosten des Beschwerdeverfahrens sind (Umkehrschluss aus GKG KV 1630), gegeneinander aufzuheben, weil die Beteiligten mit ihren Rechtsmitteln jeweils erfolglos geblieben sind.
- 81 Die Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 2 GKG.