Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	20.12.2019
Aktenzeichen:	Verg 18/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2019:1220.VERG18.19.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2019 – Verg 18/19 –, juris

---

Tenor

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 15.05.2019 (VK 8/19-B) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Antragsgegner.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 216.000 EUR.

Gründe

I.

1 Mit eu-weiter Bekanntmachung vom 16.04.2016 schrieb der Antragsgegner die Vergabe eines Auftrags über den Trockenausbau des Neubaus E. (E.) auf dem Klinikgelände in E. 1 aus. Den Zuschlag erhielt die Antragstellerin. Der Angebotspreis lag bei 3,4 Millionen EUR. Nach etwa 1 ½ Jahren kündigte der Antragsgegner den Vertrag mit der Antragstellerin wegen verzögerter Bauausführung. Die Antragstellerin hatte ihre Arbeiten eingestellt und eine Fortsetzung im Ergebnis erfolglos davon abhängig gemacht, dass der Antragsgegner etwaige Nachforderungen, die ihrer Meinung nach durch geänderte Bauzeitenpläne entstanden sind, dem Grunde nach anerkennt. Ob der Antragsgegner zur Kündigung des Vertrags berechtigt war, wird derzeit im Rahmen eines beim Landgericht Köln anhängigen Rechtsstreits geklärt.

2 Nach der Kündigung des Vertrags erfolgte am 21.08.2018 die Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen der Antragstellerin, die der Antragsgegner mit einer Zahlung in Höhe von ca. 1,6 Millionen EUR vergütete. In den folgenden Monaten beauftragte der Antragsgegner die Beigeladene mit kleineren Interimsarbeiten im Trockenbau. Parallel dazu führte er mit vier interessierten Bewerbern ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb über die Vergabe der noch zu erbringenden Trockenbauarbeiten (Restleistungen) durch. Zum Submissionstermin am 21.11.2018 lag als einziges Angebot das Angebot der Beigeladenen über eine Bruttoangebotssumme von mehr als 5,7 Millionen EUR vor. Der Antragsgegner hielt das Angebot für unwirtschaftlich und hob das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb am 12.12.2018 auf.

3 Mit eu-weiter Bekanntmachung vom 21.12.2018 schrieb der Antragsgegner sodann die Vergabe der restlichen Trockenbauarbeiten *M. - E. - Trockenbauarbeiten - Ersatzvornahme* - im offenen Verfahren aus (2018/S 246-562752). Alleiniges Zuschlagskriterium war

der Preis. Der geschätzte Auftragswert betrug 2 Millionen EUR. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist waren neben dem Angebot der Antragstellerin zwei weitere Angebote eingegangen. Das Angebot der Antragstellerin lag mit einem Angebotspreis von ca. 4,3 Millionen EUR auf dem dritten Rang. Es überstieg die Preise des erst- und zweitplatzierten Angebots um etwa 1 Millionen EUR. Die Angebote der vor ihm rangierenden Bieter waren jedoch nicht zuschlagsfähig und mussten aus formalen Gründen ausgeschlossen werden. Am 19.02.2019 entschloss sich der Antragsgegner, die Beigeladene interimsweise mit einem Teil der im offenen Verfahren ausgeschriebenen Trockenbauleistungen - Ersatzvornahme - in einem Wert von 900.000 EUR brutto auf der Grundlage ihres Angebots vom 21.11.2018 zu beauftragen. Zur Begründung führte der Antragsgegner in einem Vermerk vom selben Tage aus, es fehlten der Baustelle "Trockenbauleistungen in der Fläche, um drohende Behinderungen und das unkontrollierte Abziehen von Schlüsselgewerken von der Baustelle sowie ggf. weitere Ansprüche auf Bauzeitenverlängerung der Firmen abzuwehren." Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Vermerk des Antragsgegners vom 19.02.2019 (VAkte Bl. 5-8) Bezug genommen. Den Auftrag erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen einen Tag später am 20.02.2019**.**

4 Mit Schreiben vom 08.03.2019 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin über die Beauftragung der Beigeladenen und die Aufhebung der Ausschreibung gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU, weil kein wirtschaftliches Angebot eingegangen sei. Die Aufhebung der Ausschreibung machte der Antragsgegner am 12.03.2019 im EU-Amtsblatt bekannt.

5 Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 15.03.2019 hat die Antragstellerin geltend gemacht, der am 20.02.2019 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag sei unwirksam. Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise zulässige Interimsvergabe lägen nicht vor. Auch die Aufhebung des offenen Verfahrens zur Beschaffung der restlichen Trockenbaumaßnahmen sei vergaberechtlich zu beanstanden. Die behauptete Unwirtschaftlichkeit des Angebots läge tatsächlich nicht vor, denn der Antragsgegner habe keine vertretbare Kostenschätzung bzw. Kostenberechnung für die noch zu erbringenden Trockenbauleistungen vorgenommen. Die zu 2 Millionen EUR führende Kostenschätzung sei nicht nachvollziehbar.

6 Die Antragstellerin hat beantragt,

7 1. festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über Trockenbauleistungen unwirksam ist;

8 2. festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens unwirksam ist und der Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in vergaberechtsfehlerfreier Weise zu berücksichtigten hat.;

9 3. hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens sie in ihren Rechten verletzt hat.

10 Der Antragsgegner hat beantragt,

11 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

12 Er hat die Auffassung vertreten, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, soweit die Antragstellerin die Unwirksamkeit des mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrags

festgestellt wissen will. Der direkt an die Beigeladene vergebene Auftrag unterfalle dem sog. 20 %- Privileg des § 3 Abs. 9 VgV mit der Folge, dass der 4. Teil des GWB nicht einschlägig und eine Nachprüfung nicht statthaft sei. Im Übrigen sei die in Rede stehende Interimsvergabe ohne vorherige öffentliche Ausschreibung aufgrund äußerster Dringlichkeit zulässig gewesen. Die Antragstellerin hätte unabhängig davon sowieso keine Chancen auf Erhalt des Zuschlags gehabt, weil ihr Angebot aufgrund der vorausgegangenen Kündigung des Vertrags gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB aus dem Wettbewerb genommen worden wäre.

13 Die Aufhebung der Ausschreibung sei nicht nur zum Schein erfolgt und sei vergaberechtsgemäß.

14 Mit Beschluss vom 15.05.2019 hat die Vergabekammer Rheinland dem Nachprüfungsantrag mit den Anträgen zu 1. und 3. stattgegeben und festgestellt, dass der am 20.02.2019 mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist und die Aufhebung des Vergabeverfahrens am 08.03.2019 die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Der Vertrag vom 20.02.2019 sei gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam, weil die Wartefrist mangels Vorabinformation noch nicht zu laufen begonnen habe und damit die Voraussetzungen des § 134 Abs. 3 S. 1 GWB nicht erfüllt seien. Ein Aufhebungsgrund gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU liege nicht vor. Die Auftragswertschätzung des Antragsgegners genüge nicht den Anforderungen. Vor der öffentlichen Ausschreibung am 21.12.2018 sei eine Kostenschätzung des Antragsgegners in der Vergabeakte nicht dokumentiert. Soweit der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung Screenshots vorgelegt habe, seien darin die Grundlagen der Berechnung nicht enthalten gewesen. Die Kostenschätzung, die sich aus dem Vermerk vom 6.3.2019 ergebe, genüge den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Kostenschätzung nicht. Zudem habe der Antragsgegner von dem gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EU eingeräumten Ermessen keinen Gebrauch gemacht. Es fehle an einer Interessenabwägung, so dass ein Ermessensausfall vorliege.

15 Gegen diesen Beschluss wendet sich der Antragsgegner mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten sofortigen Beschwerde. Er wiederholt und vertieft sein bisheriges Vorbringen.

16 Der Antragsgegner beantragt,

17 den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 15.05.2019 (VK 8/19-B) aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

18 Die Antragstellerin beantragt,

19 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

II.

20 Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners hat keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat zu Recht festgestellt, dass der am 20.02.2019 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist (siehe unter 1.). Auch ist die Antragstellerin durch die Aufhebung der Ausschreibung *M. - E. - Trockenbauarbeiten - Ersatzvornahme* - (2018/S 246-562752) am 09.03.2019 in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt (siehe unter 2.).

1.

21 Der am 20.02.2019 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag "Trockenbau-Interimsarbeiten" über die Erbringung von Trockenbauarbeiten in dem Neubau-Vorhaben E. 1 RK-NB E. BT 1 Hauptgebäude (Auftragsnummer 3000024143) zu einem Preis von 900.000 EUR brutto ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB von Anfang an unwirksam. Er ist ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben worden, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist.

a.

22 Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Der 4. Teil des GWB und damit die Vorschriften über die vergaberechtliche Nachprüfung sind gemäß § 106 Abs. 1 GWB anwendbar, weil der festgelegte Schwellenwert überschritten ist.

23 Der hier gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB, Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU maßgebliche Schwellenwert für Bauleistungen (5.548.00 EUR) ist überschritten, obwohl der Wert des am 20.02.2019 erteilten Auftrags bei lediglich 900.000 EUR und der Wert des vom Antragsgegner gebildeten Fachlos Trockenbau bei rund 2.561.634 EUR liegt. Gemäß § 3 Abs. 7 VgV ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zusammenzurechnen, der hier für das gesamte Bauvorhaben bei etwa 65 Millionen EUR liegt.

24 Nichts zu seinen Gunsten kann der Antragsgegner aus § 3 Abs. 9 VgV herleiten. Nach dieser Vorschrift kann auf den Auftragswert des einzelnen Loses abgestellt werden, wenn der geschätzte Netto-Auftragswert des betreffenden Loses bei Bauleistungen unter 1 Millionen EUR liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 % des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt. Ob ein Auftrag unter das sog. 20 %-Kontingent fällt, ist zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, der Schätzung des Auftragswerts und der Bildung der Lose durch den Auftraggeber festzulegen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.02.2009, VII Verg 69/08), wobei diese Entscheidung, um eine Umgehung des Vergaberechts zu verhindern, im gesamten späteren Verlauf bindend ist. Die nachträgliche Zuordnung von Losen zu dem Kontingent ist unzulässig (OLG München, Beschl. v. 06.12.2012, Verg 25/12). Diese Rechtsprechung hat entgegen dem Vorbringen des Antragsgegners nach wie vor Bestand (siehe Senat, Beschluss v. 11.12.2019, Verg 53/18).

25 Der Antragsgegner hat eine solche Zuordnung bezüglich der hier in Rede stehenden Trockenbauarbeiten, die Gegenstand der Beauftragung vom 20.02.2019 sind, bei Einleitung des Vergabeverfahrens nicht vorgenommen. Aus der "Übersicht über die Vergaben des Projekts als Voraussetzung zur Prüfung der 80-20-Regel" vom 19.03.2019 (VA Bl. 23 ff.) folgt, dass der Antragsgegner nur das Fachlos Trockenbauarbeiten mit einem Nettoauftragswert von rd. 2,5 Mio. EUR (brutto 2,825 Mio. EUR) gebildet und eine weitere Unterteilung dieses Fachloses in Teillose nicht stattgefunden hat. Dies wird bestätigt durch den *Vergabevermerk VOB/A* v. 18.03.2019 (VA Bl. 1, 3). Dort heißt es unter Ziff. 1.6 Aufteilung in Teil- und/oder Fachlose möglich?:

26 "*Auf eine weitere Losaufteilung wurde verzichtet, da das Gewerk eine sinnvolle Einheit darstellt und die weitere Aufteilung des Trockenbaus technisch und wirtschaftlich nicht sinnvoll erschien.*"

b.

27 Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere ist die Antragstellerin gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

28 Durch den geltend gemachten Verstoß gegen die aus § 12 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A-EU folgende eu-weite Bekanntmachungspflicht, ist der Antragstellerin ein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen entstanden. Hierfür genügt, wenn ein Schadenseintritt durch die geltend gemachte Rechtsverletzung ursächlich und nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (Dicks in Ziekow/Völlink, GWB, § 160 Rn. 22).

29 Diese Anforderungen sind erfüllt, auch wenn der Antragsgegner geltend macht, die Antragstellerin wäre in jedem Fall gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen gewesen, weil sie die Erfüllung des im Jahr 2016 geschlossenen Vertrags unberechtigterweise davon abhängig gemacht habe, dass der Antragsgegner etwaige Nachforderungen wegen veränderter Bauzeitenpläne dem Grunde nach anerkennt, und es infolgedessen zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags durch Kündigung gekommen sei. Ein Schadenseintritt durch Beeinträchtigung der Zuschlagschancen der Antragstellerin ist bei dieser Sachlage nicht offensichtlich ausgeschlossen.

30 Zwar beruft sich der Antragsgegner auf § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, jedoch hat er bisher unter Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens einen hierauf gestützten Ausschluss des Angebots der Antragstellerin in den vorangegangenen Verfahren, an denen sich die Antragstellerin nach Kündigung des Vertrags aus dem Jahr 2016 beteiligt hat, nicht vorgenommen. Dass es sich bei dem Ausschluss des Angebots der Antragstellerin offensichtlich um die einzig richtige Entscheidung handelt, mithin von einer Ermessenreduzierung auf 0 auszugehen ist, ist nicht ersichtlich.

c.

31 Der Antragsgegner hat den Auftrag an die Beigeladene ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union vergeben. Dies war ihm nicht aufgrund Gesetzes gestattet.

aa.

32 Der Antragsgegner hat die Beigeladene am 20.02.2019 mit einem Teil der insgesamt noch zu beschaffenden Trockenbauarbeiten zu einem Preis von 900.000 EUR beauftragt, ohne seine Vergabeabsicht zuvor bekannt zu machen.

33 Der Antragsgegner kann sich nicht auf die Bekanntmachung vom 21.12.2018 berufen, die die Beschaffung der gesamten bisher noch nicht erbrachten Trockenbauarbeiten betrifft. Es liegen insoweit zwei eigenständige Vergabeverfahren vor, die im Hinblick auf einzuhaltende vergaberechtliche Anforderungen unabhängig voneinander zu betrachten sind. Das mit eu-weiter Bekanntmachung vom 21.12.2018 eingeleitete offene Verfahren hatte die Vergabe sämtlicher bis dahin noch nicht erbrachter Trockenbauarbeiten zum Gegenstand und war am 19./20.02.2019 noch nicht beendet. Die Aufhebung des Verfahrens erfolgte erst am 08.03.2019. Bevor der Antragsgegner jedoch eine Aufhebung des Verfahrens in Betracht gezogen hat, war ein akuter Bedarf an Trockenbauarbeiten entstanden, der durch die Beauftragung der Beigeladenen am 20.02.2019 gedeckt worden ist. Allein die Tatsache, dass die am 20.02.2019 beauftragten Trockenbauarbeiten zu-

gleich auch Bestandteil der Ausschreibung vom 21.11.2018 sind und nur einmal ausgeführt werden können und sollen, führt nicht dazu, dass die eu-weite Bekanntmachung des Gesamtauftrags am 21.12.2018 zugleich das Bekanntmachungserfordernis für die anschließend an die Beigeladene vergebene Teilleistung erfüllt.

bb.

34 Der Antragsgegner konnte nicht ausnahmsweise von einer eu-weiten Bekanntmachung seiner Vergabeabsicht absehen.

35 Nach § 12 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 und 2 VOB/A-EU sind Unternehmen durch Auftragsbekanntmachung aufzufordern, am Wettbewerb teilzunehmen. Dies gilt für alle Arten der Vergabe nach § 3 VOB/A-EU, ausgenommen Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist gemäß § 3 a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU allerdings nur dann zulässig, wenn wegen der äußersten Dringlichkeit der Leistung aus zwingenden Gründen infolge von Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht verursacht hat und nicht voraussehen konnte, die in § 10 a, § 10 b EU und § 10c EU Abs. 1 vorgeschriebenen Fristen nicht eingehalten werden können. Die Darlegungs- und Feststellungslast für die Voraussetzungen der Ausnahme trägt der öffentliche Auftraggeber (EuGH 15.10.2009 C-275/08 - *Kommission/Deutschland*, Rn. 56; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.07.2010, 15 Verg 6/10; Gnittke/Hattig, Müller-Wrede, Vergaberecht, GWB § 135 Rn. 56), wobei diese Ausnahmeregelungen sehr eng auszulegen sind und eine sorgfältige Abwägung, Begründung und umfassende Dokumentation erfordern (EuGH 15.10.2009 C-275/08 - *Kommission/Deutschland*, Rn. 55).

36 Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen des Antragsgegners nicht. Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob es sich bei der Aufhebung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb am 12.12.2018 und der bevorstehenden Aufhebung des am 21.12.2018 eingeleiteten offenen Verfahrens um Ereignisse handelt, die der Antragsgegner nicht verursacht hat und nicht voraussehen konnte. Dringliche und zwingende Gründen, die die Einhaltung der in anderen Verfahren mit Bekanntmachung vorgeschriebenen Fristen - in einem offenen Verfahren kann in der Regel von einer Mindestfrist von ca. 34 Kalendertagen ausgegangen werden (Osseforth in Burgi/Dreher, Vergaberecht 3. Aufl., § 3a VOB/A-EU Rn. 87) - nicht zuließen, sondern eine sofortige Beauftragung der Beigeladenen mit Trockenbauarbeiten notwendig machten, ergeben sich aus dem Vortrag des Antragsgegners nicht.

37 Dringliche und zwingende Gründe kommen nur bei akuten Gefahrensituationen und höherer Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Gefahren und Schäden für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern (Senat, Beschl. v. 10.06.2015, Verg 39/14; OLG Naumburg, Beschl. v. 14.03.2014, 2 Verg 1/14; OLG Celle, Beschl. v. 29.10.2009, 13 Verg 8/09; OLG München Beschl. v. 05.10.2012, Verg 15/12). Äußerste Dringlichkeit kann regelmäßig nicht mit bloßen wirtschaftlichen Erwägungen begründet werden. Weder die Ausführungen des Antragsgegners in seinem Vermerk vom 19.02.2019 (VA Bl. 5 ff) noch sein Vorbringen in der Beschwerdeschrift vom 29.05.2019 (GA Bl. 53) rechtfertigen die Annahme einer akuten Gefahrensituation, die zur Vermeidung von Schäden der Allgemeinheit eine sofortige Beauftragung der Beigeladenen erforderte. Den Ausführungen auf Seite 7 des Vermerks vom 19.02.2019 ist zu entnehmen, dass es dem Antragsgegner darum ging, weitere Verzögerung bei der Fertigstellung des Neubaus zu verhindern. Es sollte deshalb zügig mit den Gewerken begonnen werden, die auf den Trockenbau in der Fläche aufsatteln und ihm

zeitlich nachfolgen, damit das "unkontrollierte Abziehen von Schlüsselgewerken von der Baustelle sowie ggf. weitere Ansprüche auf Bauzeitenverlängerung" abgewehrt werden. Eine akute Gefahrensituation mit drohenden Schäden für Leib und Leben ist dem Vermerk nicht zu entnehmen, wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat. Zwar hat der Antragsgegner in der Beschwerdebegründung weiteren Vortrag hierzu gehalten. So hat er ausgeführt, eine

38 weitere Verzögerung der Fertigstellung des Klinikgebäudes sei zur Gewährleistung einer medizinischen Versorgung der Patienten nicht mehr hinnehmbar gewesen, weil die Nutzung des Bestandgebäudes aufgrund erheblicher baulicher Mängel nur begrenzt und zeitlich befristet möglich gewesen und infolgedessen eine konkrete Unterbrechung der medizinischen Versorgung der Bevölkerung abzuwenden gewesen wäre. Dieser Vortrag ist jedoch zu pauschal und durch keine prüfbaren Tatsachen belegt. Es fehlen jegliche Angaben dazu, ab wann das Bestandsgebäude nicht mehr genutzt werden durfte. Auch erschließt sich nicht, warum eine Unterbrechung der medizinischen Versorgung zu befürchten war, wenn die Trockenbauarbeiten in der Fläche nicht sofort beauftragt werden. Abgesehen davon, dass der Antragsgegner keine Angaben dazu gemacht hat, wie viele Patienten in dem Bestandsgebäude seinerzeit untergebracht waren bzw. in dem Diagnose- Therapie- und Forschungszentrum behandelt werden, stellt sich die Frage, ob und für wie lange ggf. ein Ausweichquartier zur Verfügung gestanden hätte. Da hierzu jegliche Ausführungen fehlen und auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht ergänzt worden sind, lassen die Ausführungen des Antragsgegners die erforderliche sorgfältige Abwägung, Begründung und Dokumentation vermissen.

2.

39 Ohne Erfolg wendet sich der Antragsgegner mit der sofortigen Beschwerde gegen die Feststellung, dass die Aufhebung der Ausschreibung vom 08.03.2019 die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

a.

40 Die Aufhebung des am 21.12.2018 bekannt gemachten Vergabeverfahrens *M. , E. , Trockenbauarbeiten Ersatzvornahme* (2018/S 246-562752) ist vergaberechtlich zu beanstanden.

41 Die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens sind in § 17 Abs. 1 VOB/A-EU geregelt. Nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn - außerhalb der Fälle der Nr. 1 und 2 - andere schwer wiegende Gründe für eine Aufhebung bestehen. Das Vorliegen schwer wiegender Gründe richtet sich nach einer Interessenabwägung der maßgeblichen Verhältnisse im Einzelfall (Senat, Beschluss v. 31.01.2018, VII Verg 41/16). Dafür, dass die tatsächlichen Voraussetzungen einer Aufhebung der Ausschreibung vorliegen, ist im Nachprüfungsverfahren der öffentliche Auftraggeber darlegungs- und beweisbelastet (Senat, Beschluss v. 31.01.2018, VII Verg 41/16). Seiner Darlegungslast ist der Antragsgegner vorliegend nicht ausreichend nachgekommen. Zwar können schwer wiegende, eine Aufhebung des Verfahrens rechtfertigende Gründe vorliegen, wenn die Ausschreibung zu keinem wirtschaftlichen Ergebnis geführt hat. Voraussetzung hierfür ist aber, dass auch das wirtschaftlichste Angebot erheblich über dem Preis liegt, der nach einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswerts ermittelt worden war (BGH, Urteil 20.11.2012, X ZR 108/10, NZBau 2013, 180; Senat, Beschl. v. 13.03.2019, Verg 42/18). Dies kann vor-

liegend gestützt auf das Vorbringen des Antragsgegners nicht festgestellt werden. Allein die Tatsache, dass der Angebotspreis der Antragstellerin mit rd. 4,3 Millionen EUR mehr als doppelt so hoch ist wie die Schätzung des Auftragswerts durch den Antragsgegner, reicht hierfür nicht aus. Die Kostenschätzung, die der Antragsgegner mehr als 2 Monate nach der eu-weiten Bekanntmachung am 21.12.2018 in seinem Vermerk vom 06.03.2019 (V-Akte Bl. 21, 11) festgehalten hat, genügt nicht den Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße Kostenschätzung zu stellen sind. Sie ist daher nicht geeignet, um feststellen zu können, dass der Angebotspreis erheblich über dem Marktwert der ausgeschriebenen Leistungen liegt.

42 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 v. 08.09.1998, X ZR 99/96, juris Rn. 23; Senatsbeschluss vom 29.08.2018, 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 v. 20.11.2012, X ZR 108/10, juris Rn. 19 f.; BGH, Urteil v. 05.11.2002, X ZR 232/00, juris Rn. 16). Ob eine solche Kostenermittlung gegeben ist, ist daher eine Frage des Einzelfalls.

43 Die Schätzung des Antragsgegners genügt diesen Anforderungen nicht und kann deshalb nicht herangezogen werden. Ausgangspunkt der Kostenschätzung des Antragsgegners war der Wert des ursprünglichen am 02.11.2016 erteilten Auftrags in Höhe von ca. 3 Mio. EUR zuzüglich erteilter Nachtragsaufträge in Höhe von ca. 330.000 EUR und zukünftig noch zu erwartender Nachträge in Höhe von ca. 50.000 EUR. Von dieser Summe hat der Antragsgegner den Wert der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen der Antragstellerin mit rd. 1,6 Millionen EUR in Abzug gebracht, sodass er insgesamt einen Wert von ca. 1,9 Millionen EUR für die zu beschaffenden restlichen Trockenbauarbeiten ermittelt hat. Dieser methodische Ansatz hält einer Überprüfung nicht stand. Ausgangspunkt der Schätzung sind die Angebotspreise der Antragstellerin aus dem Jahr 2016. Ob die Preise zwei Jahre später Ende des Jahres 2018 noch Gültigkeit hatten oder ob es zwischenzeitlich - konjunktur- oder materialbedingt - zu Preissteigerungen gekommen ist,

hat der Antragsgegner nicht überprüft oder in Erwägung gezogen. Unberücksichtigt geblieben ist auch die besondere Situation, die durch die Kündigung des Vertrags mit der Antragstellerin und die Bauzeitenverlängerungen eingetreten war und die sich preiserhöhend auswirken kann. Der Bieter musste bei der Kalkulation seiner Preise berücksichtigen, dass er vor Leistungsaufnahme, die nach Wunsch des Antragsgegners sehr schnell anzustreben war (GA Bl. 57), den vorhandenen Leistungsstand erfassen und die Vorleistungen überprüfen musste. Zudem bestand infolge der eingetretenen Verzögerungen besonderer Zeitdruck, auf den gegebenenfalls durch einen höheren Personaleinsatz zu reagieren war.

44 Weitere Anhaltspunkte für eine unzureichende Kostenschätzung des Antragsgegners sind die Angebotspreise der übrigen Bieter, deren Angebote aus rein formalen Gründen ausgeschlossen worden sind. Auch ihre Preise liegen deutlich und zwar zwischen 36 % und 42 % über der Kostenschätzung des Antragsgegners. Das indikative Angebot der Beigeladenen in dem im Herbst 2018 durchgeführten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb liegt sogar mehr als 1 Millionen EUR über dem Angebot der Antragstellerin.

45 Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner die eingegangenen Angebote durch ein Architekturbüro hat prüfen lassen, das Ergebnis dieser Prüfung aber nicht akzeptiert hat. Das Prüfungsergebnis des Architekturbüros ist in der Vergabeakte nicht dokumentiert. Hierauf in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angesprochen, hat der Antragsgegner keine Erklärung abgegeben. Abgesehen davon, dass insoweit ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht vorliegt, deutet das Verhalten des Antragsgegners nach Ansicht des Senates darauf hin, dass die Prüfung des Architekturbüros Unzulänglichkeiten in der Kostenschätzung des Antragsgegners aufgedeckt hat, diese aber von dem Antragsgegner ignoriert worden sind. Es ist kein anderer Grund ersichtlich und von dem Antragsgegner auch nicht vorgetragen, der ansonsten ein Zurückhalten des Prüfungsergebnisses erklärlich macht.

b.

46 Durch die unrechtmäßige Aufhebung der Ausschreibung vom 08.03.2019 sind die Zuschlagschancen der Antragstellerin beeinträchtigt worden.

47 Der Antragsgegner kann dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass das Angebot der Antragstellerin in jedem Fall gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen worden wäre.

48 Selbst wenn ein Bieter in seinem Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt worden ist, ist sein Nachprüfungsantrag nicht begründet, wenn ihm tatsächlich weder ein Schaden entstanden noch ein solcher wahrscheinlich ist. Droht wegen einer Rechtsverletzung kein Schaden, mithin keine Beeinträchtigung der Aussichten auf Erhalt des Auftrags, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berechtigt, in das Vergabeverfahren einzugreifen (Senat, Beschluss vom 15.06.2010, VII-Verg 10/10, juris Rn. 20, 21).

49 Hier kann indes nicht festgestellt werden, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen ist und keine Chancen auf den Zuschlag hat.
Nach dieser Vorschrift kann der öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft

erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung geführt hat. Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des genannten Ausschlussgrundes steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessenspielraum bei der Entscheidung über den Ausschluss des Bieters zu. Er hat unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Prognoseentscheidung dahingehend zu treffen, ob der Bieter trotz des Ausschlussgrundes den öffentlichen Auftrag ordnungsgemäß erfüllen wird.

50 Der Antragsgegner hat hier keine durch die Nachprüfungsinstanzen überprüfbare Ermessensentscheidung getroffen. Auf Seite 9 seines Vergabevermerks vom 18.03.2019 führt der Antragsgegner unter Ziff. 5 *Eignungsprüfung* zwar aus, es verblieben massive Zweifel an der Eignung der Antragstellerin, weil sie im Rahmen der Bauausführung gerade des Auftrags, der die vorliegende Ausschreibung notwendig gemacht habe, wegen Leistungsverweigerung gekündigt worden sei. Von einem Ausschluss gestützt auf diese Tatsachen werde aber vorerst abgesehen, weil das Angebot unwirtschaftlich sei.

51 Es kann ferner nicht festgestellt werden, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin die einzig richtige Entscheidung ist, mithin ein Fall der sog. Ermessensreduzierung auf 0 vorliegt. Dies gilt allein schon deshalb, weil der Antragsgegner selbst im Anschluss an das im Herbst 2018 eingeleitete Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit der Antragstellerin in Verhandlungen über die Fortführung des Trockenbaus eingetreten ist. Die zur fristlosen Kündigung des Vertrags vom 06.08.2018 führenden Gründe - Leistungseinstellung der Antragstellerin infolge der verweigerten Anerkennung von Nachtragsforderungen wegen Bauverzögerungsschäden durch den Antragsgegner - standen solchen Verhandlungen offenbar nicht im Wege. Vielmehr traute der Antragsgegner der Antragstellerin durchaus zu, die Arbeiten ordnungsgemäß zu Ende zu führen.

III.

52 Die Kostenentscheidung beruht auf § § 175 Abs. 2 iVm § 78 GWB. Da sich die Beigeladene an dem Beschwerdeverfahren nicht beteiligt hat, entspricht es der Billigkeit, dass etwaige Kosten der Beigeladenen von der Beigeladenen selbst zu tragen sind.

53 Die Bestimmung des Beschwerdewerts beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.