


<b>Gericht:</b>	OLG Rostock Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	30.09.2021
<b>Aktenzeichen:</b>	17 Verg 5/21
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGROST:2021:0930.17VER5.21.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 17 Abs 1 Nr 3 VgV, § 63 Abs 1 S 1 Nr 3 VgV, § 97 Abs 6 GWB, § 181 S 1 GWB
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Rostock, Beschluss vom 30. September 2021 – 17 Verg 5/21 –, juris

---

### Leitsatz

1. Selbst wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren in Bezug auf die Kosten gänzlich sorglos oder auf einer jedenfalls unzureichenden Grundlage einleitet, unterliegt er keinem Kontrahierungszwang; er muss im Falle einer Verfahrensaufhebung zum Zwecke der Erzielung eines wirtschaftlicheren Ergebnisses dann den durch die sorg- und rücksichtslose Ausschreibung verursachten Schaden ersetzen, ist aber nicht durch seinen Fehler in dem Vergabeverfahren „gefangen“.
2. An einer vertretbaren Kostenschätzung des öffentlichen Auftraggebers vor Einleitung des Vergabeverfahrens als Voraussetzung einer rechtmäßigen Verfahrensaufhebung im Sinne von §§ 17 Abs. 1 Nr. 3, 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV fehlt es, wenn lediglich Kostenberechnungen nach DIN 276 im Rahmen der Leistungsphasen 2 und 3 der HOAI zur Verfügung standen und Steigerungen der Baupreise seit deren Erstellung von knapp 13 Prozent unberücksichtigt geblieben sind.
3. Ein Bieter ist nicht gehindert, im Falle der Aufhebung eines Vergabeverfahrens einen hilfsweisen Feststellungsantrag auf deren Rechtswidrigkeit zu beschränken. Der Vergabesenat hat dann nicht der Frage nachzugehen, ob eventuell trotz einer rechtswidrigen Verfahrensaufhebung eine Rechtsverletzung der Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 6 GWB wegen des Vorliegens eines Ausschlussgrundes für ihr Angebot ausscheidet; vielmehr bleibt eine diesbezügliche Beurteilung nach dem Wortlaut des § 181 Satz 1 GWB der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten.

### Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern 3. Vergabekammer, 17. Juni 2021, 3 VK 9/20, Beschluss

nachgehend OLG Rostock Vergabesenat, 11. November 2021, 17 Verg 5/21, Beschluss

Diese Entscheidung zitiert

### Rechtsprechung

Vergleiche OLG Düsseldorf Vergabesenat, 10. Februar 2021, Verg 23/20

Vergleiche OLG Rostock Vergabesenat, 2. Oktober 2019, 17 Verg 3/19

Vergleiche BGH 10. Zivilsenat, 20. März 2014, X ZB 18/13

## Tenor

**I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer vom 17.06.2021 - 3 VK 9/20 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:**

**1. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens „[...] Baugruben, Verbau und Tiefgründung incl. Spezialtiefbau“ vom 09.09.2020 rechtswidrig erfolgt ist.**

**2. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.**

**II. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.**

**III. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen die Antragstellerin zu  $\frac{3}{4}$  und die Antragsgegnerin zu  $\frac{1}{4}$ . Die Antragstellerin trägt die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren und im Verfahren vor der Vergabekammer zu  $\frac{3}{4}$ , die Antragsgegnerin diejenigen der Antragstellerin zu  $\frac{1}{4}$ . Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.**

**IV. Die Hinzuziehung anwaltlichen Beistandes durch die Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.**

**V. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 260.000,00 € festgesetzt.**

## Gründe

- 1 I. Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit der Aufhebung eines Vergabeverfahrens.
- 2 Die Antragsgegnerin ist eine Stiftung bürgerlichen Rechts, deren satzungsgemäßer Zweck in der Förderung von Kultur, Wissenschaft und Forschung sowie im Betrieb des [...] als allgemeinbildende, wissenschaftliche, kulturelle, gemeinnützige und gesamtstaatliche repräsentative Einrichtung besteht; der Verwaltungsrat als oberstes und aufsichtsführendes Organ der Stiftung setzt sich mehrheitlich aus Vertretern der Hansestadt X, der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern sowie des Bundes zusammen.
- 3 Seit dem Jahr 2017 betreibt die Antragsgegnerin ein Bauvorhaben [...] in der X-er Altstadt. Im Ergebnis eines Planungswettbewerbes beauftragte die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang ein Architekturbüro mit den Generalplanungsleistungen. Dieses Architekturbüro erstellte Kostenberechnungen nach DIN 276 für das Gesamtbauvorhaben im Rahmen der Leistungsphase 2 der HOAI am 30.01.2019 sowie im Rahmen der Leistungsphase 3 der HOAI am 25.09.2019; in die letztere Berechnung flossen die Kostenermittlungen der verschiedenen Fachplaner ein einschließlich derjenigen für die Kostengruppe 310 (Baugrube/Verbau) vom 22.07.2019. Auf dieser Grundlage beantragte die Antragsgegnerin Fördermittel, wobei der Betrieb für Bau und Liegenschaften Mecklen-

burg-Vorpommern gemäß einer baufachlichen Prüfunterlage vom 05.12.2019 Gesamtkosten von knapp 40.000,00 € brutto als angemessen, zweckmäßig und damit förderfähig bestätigte. In der Folge beteiligen sich der Bund und das Land Mecklenburg-Vorpommern mit einem Förderanteil in Höhe von jeweils knapp 20.000.000,00 € an der Baumaßnahme.

- 4 Am [...] machte die Antragsgegnerin in einem EU-weiten offenen Verfahren die Ausschreibung des Auftrages zur Herstellung von Baugruben, Verbau und Tiefgründung einschließlich Spezialtiefbau für das Bauvorhaben bekannt mit dem Preis als alleinigem Zuschlagskriterium. Bestandteil der Vergabeunterlagen waren unter anderem eine Baubeschreibung und ein 190 Seiten umfassendes Leistungsverzeichnis.
- 5 Bei der Vergabeakte befanden sich zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung im Sinne einer Kostenschätzung nur die Kostenberechnungen des von der Antragsgegnerin in Anspruch genommenen Architekturbüros vom 30.01.2019 und vom 25.09.2019 für das Gesamtvorhaben.
- 6 Am 10.08.2020 nahm sodann das von der Antragstellerin mit dem Projektmanagement betraute Ingenieurbüro eine Bepreisung des zu den Ausschreibungsunterlagen gehörenden Leistungsverzeichnisses vor, wobei es zu einem Auftragswert in Höhe von 2.139.555,74 € brutto gelangte.
- 7 Nach dem Submissionsergebnis vom 25.08.2020 gab die Antragstellerin das einzige Angebot mit einer Auftragssumme in Höhe von 4.934.258,32 € brutto ab. Ausweislich des von dem Projektmanagement der Antragsgegnerin gefertigten Vergabevermerks zur Prüfungs- und Wertungsübersicht erfüllte das Angebot die in der Leistungsbeschreibung gestellten technischen Anforderungen und war unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit sachgerecht erstellt, sodass auf dieser Wertungsstufe kein Ausschluss erfolgte. Bei der Beurteilung der Preise im Rahmen der Angebotswertung fand sich unter anderem die Feststellung, dass das Angebot mit einer unerwartet hohen Angebotsendsumme abschließe; da nur dieses Angebot eingereicht worden sei, könne davon ausgegangen werden, dass die Preise der derzeitigen Markt-/Auftragslage geschuldet seien.
- 8 Weiterhin erstellte das Projektmanagement der Antragsgegnerin am 09.09.2020 unter Verwendung des Formblattes 351 einen Vergabevermerk über die Aufhebung des Verfahrens wegen des Vorliegens schwerwiegender Gründe, die sich im Sinne einer Unwirtschaftlichkeit der Vergabe aufgrund deutlicher Überschreitung der geprüften Kostenprognose durch die Angebotssumme um 129,8 Prozent ergebe.
- 9 Dieser Vergabevermerk gelangte so zu der Vergabeakte, ohne dass der am Ende des Formulars befindliche Kasten zu einem Einverständnis der Behördenleitung ausgefüllt war.
- 10 Mit Schreiben vom selben Tag teilte das Projektmanagement der Antragstellerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens unter entsprechender Begründung mit sowie die Absicht einer neuen Ausschreibung im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.
- 11 Mit Schreiben vom 11.09.2020 rügte die Antragstellerin die Verfahrensaufhebung; aufgrund ihrer Gestaltung des abgegebenen Angebotes sei davon auszugehen, dass offensichtlich die Kostenschätzung der Antragsgegnerin von Anfang an viel zu niedrig angesetzt gewesen sei. In ihrem Antwortschreiben vom 18.09.2020 ging die Antragsgegnerin

demgegenüber davon aus, dass das Angebot der Antragstellerin marktfremd sei und zu verschiedenen Positionen Kalkulationsfehler aufweise.

- 12 Mit Eingang am Montag, dem 05.10.2020, brachte die Antragstellerin daraufhin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer an. Sie hat geltend gemacht, es fehle an einem glaubhaften und substantiierten Vorbringen der Antragsgegnerin zu einer tatsächlichen und ernsthaften Aufgabe ihrer bisherigen Vergabeabsicht; der Antragstellerin könne ein Primärrechtsschutz daher nicht versagt werden, wenn die Antragsgegnerin über die für die Verfahrensaufhebung angeführte Kostenüberschreitung hinaus keinen konkreten sachlichen Grund dargelegt habe. Im Falle einer rechtswidrigen, aber dennoch wirksamen Aufhebungsentscheidung habe die Antragstellerin ein Interesse an der Feststellung einer Verletzung ihrer Rechte als Grundlage eines Schadensersatzanspruches hinsichtlich der für die Angebotserstellung aufgewandten Kosten. Der Antragsgegnerin seien Verfahrensfehler vorzuhalten. Mangels einer bei der Vergabeakte befindlichen Dokumentation zu der Verfahrenseinleitung liege auch eine solche zu einer dabei zugrunde gelegten Kostenschätzung nicht vor. Die Heilung einer unzureichenden Dokumentation durch ein „Nachschieben“ im Nachprüfungsverfahren komme nicht in Betracht, wenn die zeitnah vollständige Aktenführung einer hier bestehenden Manipulationsgefahr entgegenwirken solle. Damit könne sich die Antragsgegnerin wegen einer negativen Beweiskraft der fehlenden Dokumentation nicht darauf berufen, dass sie sich bei der Einleitung des Vergabeverfahrens überhaupt auf irgendeine Kostenschätzung gestützt habe; das bepreiste Leistungsverzeichnis sei am 10.08.2020 erst nach der erfolgten Ausschreibung erstellt worden. In gleicher Weise sei der Vergabeakte keine eigene Aufhebungsentscheidung der Antragsgegnerin zu entnehmen; der öffentliche Auftraggeber dürfe zwar die Entscheidungsvorbereitung einem Dritten - wie hier dem Projektmanagement - überlassen, jedoch nicht die letztliche Verantwortung für die Vergabe an diesen übertragen. Schließlich sei in der Folge zudem von einem Ermessensausfall bei der Antragsgegnerin auszugehen; die Vermerke des Projektmanagements erschöpften sich in einer bloßen Tatsachenfeststellung, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen worden sei. Hinzukomme, dass die Kostenschätzung der Antragsgegnerin in Form des bepreisten Leistungsverzeichnisses vom 10.08.2020 methodische Fehler in Form der Nichtberücksichtigung von Nachunternehmerzuschlägen, der kostentreibenden Wirkung der erheblichen Komplexität und Vielschichtigkeit des Auftrages bei einem engen Zeitplan und der Risiken von Behinderungen durch die baubegleitende Bodendenkmalpflege sowie durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie aufweise; es sei jedwede Einstellung eines Wagniszuschlages unterblieben, und das von der Antragsgegnerin angeführte Baupreishandbuch sei als Grundlage ihrer Preisermittlungen mit einer Orientierung an einem standardisierten Leistungsverzeichnis von vornherein ungeeignet und zudem veraltet gewesen. Daneben sei die Kostenschätzung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Bewertung einer Vielzahl von Einzelpositionen des bepreisten Leistungsverzeichnisses fehlerhaft. Angesichts einer zu niedrigen Kostenschätzung könne die Antragsgegnerin im Übrigen kein zusätzliches Argument für die Verfahrensaufhebung daraus ableiten, dass ihr die notwendigen Mittel für die Annahme des Angebotes der Antragstellerin fehlten. Die Sicherstellung der Finanzierung aufgrund einer ordnungsgemäßen Ermittlung der Kosten sei die ureigene Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers. Davon abgesehen belaufe sich das Projektvolumen für das Gesamtvorhaben auf 40.000.00,00 €, sodass es eines Nachweises bedürfe, dass sämtliche Mittel bereits verbraucht oder zwingend gebunden seien und auch keine anderen Finanzierungsquellen oder Einsparmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Die Antragstellerin hat beantragt,

- 13 1. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten verletzt ist,
- 14 2a. der Antragsgegnerin für den Fall der unveränderten Vergabeabsicht aufzugeben, die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zur Vergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen zu unterlassen, das offene Verfahren in den Stand vor der Aufhebung vom 09.09.2020 zurückzusetzen und das offene Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,
- 15 b. hilfsweise,
- 16 die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der Antragstellerin zu verhindern,
- 17 c. sowie höchst hilfsweise,
- 18 festzustellen, dass die Aufhebung des offenen Verfahrens vom 09.09.2020 rechtswidrig erfolgt ist,
- 19 3. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 Abs. 1 GWB, insbesondere in den Vergabevermerk und die Kostenschätzung der Antragsgegnerin, zu gewähren,
- 20 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG M-V für notwendig zu erklären, und
- 21 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen.
- 22 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 23 1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
- 24 2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären, und
- 25 3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
- 26 Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, es fehle schon an einer Antragsbefugnis der Antragstellerin, weil sie ein eigenes Interesse an dem verfahrensgegenständlichen Auftrag nicht darlege; vielmehr erweckten ihr marktfremdes und unannehmbares Angebot sowie der Hinweis auf eine Verpflichtung der Antragsgegnerin, bei rechtswidriger Aufhebung des Vergabeverfahrens Kosten und Aufwendungen für die Angebotserstellung sowie die Rechtsverfolgung zu erstatten, dass es sich um ein bloßes „Scheinangebot“ gehandelt habe. Außerdem sei eine Zuschlagschance der Antragstellerin nicht gegeben, weil ihr Angebot wegen unangemessen hoher Preise zwingend auszuschließen sei und ihr damit kein Schaden drohe. Die Vergabeeinheit sei in einer Größe gebildet worden, dass sie von mittelständischen Unternehmen ausgeführt werden könne; es handele sich dabei bereits um ein Fachlos, welches gleichartige Leistungen beinhalte, und im Hinblick auf eine umfassende Mängelhaftung und die technischen Gegebenheiten vor Ort keiner weite-

ren Aufteilung bedurft habe. Jetzt beabsichtige man eine Aufteilung des Einzelfachloses in Leistungstitel bzw. in gewerkebezogene Lose mit teilfunktionaler Leistungsbeschreibung. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung hinsichtlich einer Verfahrensaufhebung seien die Anforderungen bei deutlicher Überschreitung der Kostenschätzung herabgesetzt; so könne schon eine Überschreitung der Kostenschätzung um 10 bis 15 Prozent Anlass für eine Aufhebungsentscheidung sein. Grundlage für die Ausschreibungsentscheidung sei die Kostenberechnung nach DIN 276 gewesen; bei der Zusammenstellung der Vergabeeinheit sei von den Fachplanern ein Budget in Höhe von 1.895.240,00 € ermittelt und im Rahmen der Fortschreibung eine geringfügige Korrektur wegen Sicherheitsmaßnahmen im Altbestand auf 1.904.745,06 € vorgenommen worden. Die Abweichungen des bepreisten Leistungsverzeichnisses von der Kostenberechnung nach DIN 276 resultierten aus Baupreisanpassungen in dem Zeitraum zwischen Erstellung der Kostenberechnung und Ausschreibung der Bauleistung. Die von der Antragstellerin monierten Positionen des bepreisten Leistungsverzeichnisses machten nur 10 bis 17,5 Prozent der Gesamtleistung aus; selbst bei einer fehlerhaften Preisermittlung durch die Antragsgegnerin hätte daher keine andere Entscheidung bezüglich der Vergabe getroffen werden können. Mit der Bestätigung der Entwurfsplanung seitens der Zuwendungsgeber bzw. der Bewilligung der Baumittel sei eine Aufteilung der genehmigten Kosten in die einzelnen Vergabeeinheiten vorgenommen worden, wobei die Gewerkebudgets die für die jeweiligen Vergaben zur Verfügung stehenden Mittel darstellten; angesichts der Höhe eines mit dem Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin verbundenen Verlustes habe ein solcher nicht durch einen Ausgleich mit anderweitig frei bleibenden Mitteln aufgefangen werden können.

- 27 Ein Mitarbeiter des Projektmanagements der Antragsgegnerin stellte im Februar 2021 einen Vergabevermerk zur Einleitung des Vergabeverfahrens unter Verwendung des Formblattes 111 fertig, den er im Oktober 2020 begonnen und zunächst bei seinen Unterlagen behalten hatte; diesem Vermerk war eine auf den 16.07.2020 datierte Kostenzusammenstellung zu dem ausgeschriebenen Auftrag beigefügt, welche auf eine Bruttogesamtsumme in Höhe von 1.895.240,00 € endete und diese aus Einzelpositionen gemäß den Kostengruppen der DIN 276 ermittelte.
- 28 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag sodann zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass die Dokumentation über die Verfahrenseinleitung nach § 8 VgV der Vergabeakte beizufügen sei; die Kosten des Verfahrens einschließlich der Auslagen der Antragsgegnerin hat die Vergabekammer der Antragstellerin auferlegt und die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für erforderlich erklärt. Die Vergabekammer hat dazu unter anderem ausgeführt, die Ausschreibung habe aufgehoben werden können, weil dafür schwerwiegende Gründe im Sinne von § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU bestanden hätten. Davon werde der in § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV ausdrücklich geregelte Aufhebungstatbestand der Nichterzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses miterfasst; die Verfahrensaufhebung sei insoweit gerechtfertigt, wenn eine vor der Ausschreibung ordnungsgemäß erstellte Kostenschätzung aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheine und das im Vergabeverfahren abgegebene Angebot deutlich darüber liege. Innerhalb des dabei zu beachtenden Prüfungsmaßstabes sei die Kostenschätzung und die Kostenermittlung der Antragsgegnerin nach DIN 276 als vertretbar anzusehen; sie sei plausibel aufgebaut und die Bepreisung sei unter Heranziehung sorgfältig ausgewählter Preisgrundlagen an dem jeweils aktuellen Preisstand erfolgt. Zwar sei das bepreiste Leistungsverzeichnis zu spät, weil erst nach der Ausschreibung erstellt worden, und die Regelung des § 3 Abs. 3 VgV

zum Zeitpunkt der Schätzung des Auftragswertes mit der Einleitung des Vergabeverfahrens sei bieterschützend. Nach § 97 Abs. 6 GWB müsse ein Verfahrensfehler den Bieter jedoch in seinen Rechten verletzt haben, wobei es in Anbetracht der allgemein bekannten Baupreissteigerungen und der zeitlichen Abläufe bei der Planung hier für die Antragstellerin dagegen von Vorteil gewesen sei, dass man ein bepreistes Leistungsverzeichnis möglichst zeitnah vor der Angebotsöffnung erstellt habe; die Antragstellerin habe dadurch keinen Wettbewerbsnachteil erlitten, vielmehr sei es dem Anliegen der Bieter entgegengekommen, die Baupreisentwicklung mit den höheren Ansätzen des bepreisten Leistungsverzeichnisses gegenüber der Kostenberechnung in die Bewertung einzubeziehen. Daher sei das bepreiste Leistungsverzeichnis als aktuellste Schätzung dem Vergleich mit dem Angebot der Antragstellerin für die Aufhebungsentscheidung zugrunde zu legen. Insgesamt seien relevante Fehler der so erfolgten Kostenschätzung ausgehend von den betreffenden Einwänden der Antragstellerin nicht zu erkennen. Unter dem Gesichtspunkt einer Budgetüberschreitung sei im Übrigen zu berücksichtigen, dass Haushaltsmittel geraume Zeit vor der eigentlichen Auftragswertschätzung beantragt und bewilligt würden; weise die dabei zugrundeliegende Kostenermittlung noch einen geringen Detaillierungsgrad auf und erschwere die frühe Prognose eine exakte Vorhersage der Marktpreise, sei dem durch einen internen Aufschlag Rechnung zu tragen, der allerdings schon mit 10,7 Prozent als ausreichend zu erachten sei und nicht bis zu Werten von 82 oder 129,8 Prozent gehen müsse. Stehe dem öffentlichen Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungsgrundes ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen hinsichtlich einer Verfahrensaufhebung zu, habe sich dieses hier wegen des Ausmaßes der Kostenüberschreitung auf null reduziert; jedenfalls seien an die Dokumentation der Entscheidungsgründe geringere Anforderungen zu stellen gewesen. Dürfe die Vergabestelle den Entscheidungsvorschlag eines Dritten nicht ungeprüft übernehmen, habe sich der allein entscheidungs- und vertretungsberechtigte Direktor der Antragsgegnerin die entsprechende Vorlage des für sie tätigen Ingenieurbüros durch Bestätigung in der mündlichen Verhandlung zu eigen gemacht; einen Beschluss habe er dazu nicht förmlich fassen und zur Akte bringen müssen, nachdem die Aufhebungsentscheidung schon vor dem Hintergrund der Entscheidungsstruktur mit seinem Willen versandt worden sei. In der Vergabeakte habe sich zunächst kein Vermerk über die Einleitung des Vergabeverfahrens befunden, sondern dieser sei erst im Februar 2021 fertiggestellt worden. Ein Verfahrensmangel, der ein Zurücksetzen des Verfahrens bedinge, folge daraus aber nicht, weil der Bieter einen Nachprüfungsantrag auf eine unzureichende Dokumentation nur dann stützen könne, wenn sie sich nachteilig auf seine Rechtsstellung im Verfahren ausgewirkt habe. Dafür ergäben sich hier keine Anhaltspunkte, weil die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße keinen Zusammenhang mit der Einleitung des Verfahrens aufwiesen; eine Kausalkette zwischen Dokumentationsmängeln und einem der Antragstellerin entstandenen oder drohenden Schaden sei nicht zu besorgen, soweit sie eine fehlerhafte Bewertung ihres Angebotes geltend mache. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.

- 29 Gegen diesen ihr am 19.06.2021 zugestellten Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 01.07.2021 erhobenen sofortigen Beschwerde. Sie wiederholt und vertieft ihre Darlegungen aus dem Verfahren vor der Vergabekammer. Die Antragsgegnerin gebe ihre Beschaffungsabsicht hinsichtlich des ursprünglichen Vorhabens nicht lediglich durch eine gewerkeweise Aufteilung des Auftrages auf. Nach der Wertung des § 3 Abs. 7 VgV bedürfe es zur Vermeidung von Umgehungen vielmehr einer funktionalen Betrachtung; es liege danach immer noch dasselbe Beschaffungsvorhaben vor, wenn neben der bloßen Aufspaltung des Auftrags keine wesentlichen Umplanungen vorgese-

hen seien, die den Gegenstand als einen anderen erscheinen ließen. Es widerspreche ansonsten dem Zweck der auf einen effektiven Primärrechtsschutz ausgelegten Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG, wenn die Nachprüfung der Aufhebungsentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers auf eine bloße Willkürkontrolle beschränkt werde; wollte man schon in bloßen Neuausschreibungen der verfahrensgegenständlichen Leistungen bereits eine den Primärrechtsschutz versagende Wirkung der Aufhebung des hier betroffenen Verfahrens erkennen, komme eine Vorlage zum Zwecke einer Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV in Betracht. §§ 97 Abs. 4 GWB, 5 VOB/A-EU forderten im Übrigen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers im Vorfeld eines Vergabeverfahrens über die Aufteilung des Auftrages in Teillöse, an welcher er sich später festhalten lassen müsse; nicht zuletzt habe die Antragsgegnerin selbst gegen eine losweise Aufteilung des Auftrags unter anderem aus technischen Gründen argumentiert. Die angebliche Neuausschreibung ziele zudem in zu missbilligender Weise darauf, dieselbe Leistung in einem anderen Bieterkreis vergeben zu können. Die Antragsgegnerin wolle die Ebene eines zuvor vorgesehenen Hauptauftragnehmers umgehen, um die Koordination der Nachunternehmergewerke in die eigene Hand zu nehmen; es ergäben sich damit jedoch keine Kostenvorteile, sondern die betreffenden Kosten und Risiken würden sich nur verlagern und die Antragsgegnerin doppelt und dreifach so teuer zu stehen kommen. Eine Aufhebung zur Korrektur im Verfahrensverlauf begangener Fehler bedinge schließlich ein entsprechendes Eingeständnis der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin habe im Verfahren vor der Vergabekammer den zeitlichen Ablauf der Erstellung des bepreisten Leistungsverzeichnisses und des auf den 16.07.2020 datierten Vergabevermerkes zunächst verschwiegen und durch falsche Angaben versucht, den Eindruck einer zeitnahen Anfertigung zu erwecken. Die Vergabekammer habe insofern den Sinn und Zweck der Dokumentation verkannt, Verfahrensmanipulationen aufdecken und beweisen zu können. Ebenso habe die Vergabekammer die Antragsgegnerin nicht zumindest am Inhalt des Leistungsverzeichnisses festgehalten, sondern unter anderem mit Quellenangaben aus wikipedia eine nicht bestehende eigene Sachkunde zur Entscheidungsgrundlage gemacht unter Außerachtlassung der bei dem Auftraggeber liegenden Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Aufhebungsentscheidung. Die Kostenberechnungen nach DIN 276 vom 30.01.2019 und vom 25.09.2019 seien für den vorliegenden Fall unergiebig, weil sie das übergeordnete Gesamtprojekt und nicht den hier konkret ausgeschriebenen Auftrag beträfen. Abgesehen davon, dass sich die Gewerkezuordnung bis Juli 2020 noch mehrmals geändert habe, stehe die Kostengruppe 310 mit ihrer nur knapp 28 Zeilen umfassenden Aufgliederung in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem späteren Leistungsverzeichnis, mit dem die Kostenschätzung übereinstimmen müsse; denn zum einen seien nicht alle Leistungen aus dieser Kostengruppe dem vorliegend relevanten Auftrag zugeschlagen worden, zum anderen beinhalte dieser zusätzliche Leistungen aus weiteren Kostengruppen. Die Antragstellerin beantragt,

- 30 1. den Beschluss der Vergabekammer vom 17.06.2021 – 3 VK 9/20 – aufzuheben,
- 31 2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten verletzt ist,
- 32 3. die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der Antragstellerin zu verhindern,
- 33 namentlich für den Fall der unveränderten Vergabeabsicht der Antragsgegnerin
- 34 a. der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung in dem beabsichtigten neuen Vergabeverfahren zur Vergabe derselben Leistungen zu untersagen und ihr stattdessen aufzu-



- geben, das am 09.09.2020 aufgehobene offene Verfahren in den Stand vor der Aufhebung zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortführen,
- 35 oder anderenfalls
- 36 b. festzustellen, dass die Aufhebung des offenen Verfahrens am 09.09.2020 durch die Antragsgegnerin rechtswidrig erfolgt ist,
- 37 4. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen und die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragsgegnerin, und
- 38 5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer war notwendig.
- 39 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 40 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,
- 41 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer sowie die der Antragsgegnerin entstandenen notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen, und
- 42 3. festzustellen, dass für die Antragsgegnerin die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer notwendig war.
- 43 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter weitgehendem Verweis auf ihren Vortrag vor der Vergabekammer. Mängel der Dokumentation zu der Verfahrenseinleitung seien unerheblich, weil hier stattdessen die Verfahrensaufhebung gegenständlich sei. Das Angebot der Antragstellerin habe an mehreren Stellen spekulative Preisangaben mit der Folge eines so genannten „Aufpreises“ und einer fehlenden Zuschlagsfähigkeit enthalten; auch wenn das Angebot nicht aus diesem Grunde ausgeschlossen worden sei, müsse sich eine dahingehende Prüfung im Falle einer Verfahrensfortsetzung anschließen. Soweit die Antragstellerin wiederholt die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens beantragt habe, lasse sich eine umfangreiche Beweisaufnahme mit dem Eil- und summarischen Charakter des Nachprüfungsverfahrens regelhaft nicht vereinbaren.
- 44 Anfang Juli 2021 machte die Antragsgegnerin hinsichtlich der hier relevanten Bauleistungen drei nationale öffentliche Ausschreibungen bekannt mit einer Aufteilung in „Baugruben – Verbauarbeiten und Tiefgründungen“, „Erdarbeiten zur Herstellung von zwei Baugruben, Abbrucharbeiten von Gründungsbauteilen und Kellergeschossen, Tiefbauarbeiten“ sowie „Verbauarbeiten zur Herstellung von zwei Baugruben – Düsenstrahlarbeiten/Unterfangungen“; die Antragstellerin hat sich an der erst- sowie der letztgenannten dieser Ausschreibungen beteiligt und zu allen drei Vergabeverfahren zwischenzeitlich ein neues Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer eingeleitet, das sich vorrangig auf die Untersagung eines dortigen Zuschlages richtet.
- 45 Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, vor diesem Hintergrund sei das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin für den vorliegenden Nachprüfungsantrag entfallen, weil sie keinen Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB auf Verlängerung der aufschiebenden

Wirkung gestellt habe, welcher nur bis zum Ablauf der Beschwerdefrist möglich gewesen sei. Ihr Ziel einer Untersagung der Zuschlagserteilung in einem neuen Vergabeverfahren und der Zurückversetzung der hier verfahrensgegenständlichen Ausschreibung in den Stand vor der Aufhebung könne sie nun nicht mehr erreichen. Dem Erlass eines Zuschlagsverbots in dem vorliegenden Verfahren stünden die anderweitige Rechtshängigkeit und die Gefahr womöglich widersprüchlicher Doppelentscheidungen entgegen; ein Wiedereintritt in die aufgehobene Ausschreibung komme nicht in Betracht, weil diese aufgrund der neuen Vergabeverfahren nicht mehr existiere.

- 46 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.
- 47 Der Direktor der Antragsgegnerin ergänzte den von dieser im Nachgang zu der Entscheidung der Vergabekammer zu der Vergabeakte gebrachten Vermerk über die Einleitung des Vergabeverfahrens auf dem Formblatt 111 mit Datum vom 15.07.2021 handschriftlich dahingehend, dass die ihm beigelegte Kostenzusammenstellung vor Verfahrenseinleitung vorgelegen habe, und holte seine Unterschrift hinsichtlich des Einverständnisses der Vergabestelle nach; den Vergabevermerk über die Verfahrensaufhebung unter Verwendung des Formblattes 351 hatte er bereits zuvor am 30.06.2021 um die entsprechende Zeichnung ergänzt.
- 48 II. Die zulässige sofortige Beschwerde ist teilweise begründet.
- 49 A. Die Antragstellerin bleibt zwar mit ihren Hauptanträgen, eine Verletzung in ihren Bieterrechten festzustellen und der Antragsgegnerin einen Zuschlag in einem neuen Vergabeverfahren zu untersagen sowie die Fortführung des aufgehobenen Verfahrens aufzugeben, erfolglos.
- 50 1. Der Nachprüfungsantrag ist insoweit seinerseits zulässig.
- 51 a. Unerheblich für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens überhaupt ist zum einen der Einwand der Antragsgegnerin, der Antragstellerin gehe es nur darum, aufgrund eines Scheinangebotes vermeintliche Schadensersatzansprüche durchzusetzen. Tragfähige Anzeichen für ein derart rechtsmissbräuchliches Handeln, die in einer Gesamtwürdigung den sicheren Schluss erlaubten, dass die Antragstellerin solchermaßen ausschließlich prozesszweckfremde Ziele verfolgte (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2016, Az.: V ZR 230/15, - zitiert nach juris -, Rn. 23), sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen; die Antragsgegnerin kommt auf diesen Gesichtspunkt im Zusammenhang mit ihrem Beschwerdevorbringen auch selbst nicht mehr zurück.
- 52 b. Ebenso wenig kann der Antragstellerin zum anderen schon auf der Stufe der Zulässigkeit der Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren unter dem Gesichtspunkt verwehrt werden, dass ihr Angebot aus anderen als den von ihr zur Überprüfung gestellten Gründen von einer Zuschlagschance auszuschließen gewesen sei; vielmehr bleibt diese Frage der Begründetheitsprüfung vorbehalten (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006, Az.: X ZB 14/06, - zitiert nach juris -, Rn. 30 ff. m. w. N.).
- 53 c. Auch ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin nicht deshalb entfallen, weil sie trotz der Einleitung dreier neuer Vergabeverfahren zur Beschaffung der hier ebenfalls betroffenen Leistungen durch die Antrags-

gegnerin keinen Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB binnen einer dafür geltenden Frist gestellt hat.

- 54 aa. Denn obwohl die eingangs genannte Vorschrift nur von einer „Verlängerung“ spricht, ist ein solcher Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB so lange möglich, wie noch kein Zuschlag erteilt wurde. Die zeitliche Begrenzung des kraft Gesetzes bestehenden Zuschlagsverbots dient den Interessen des Auftraggebers; solange er von der Möglichkeit, den Zuschlag zu erteilen, keinen Gebrauch macht, soll der Bieter die Möglichkeit haben, den Zuschlag zu verhindern. Das Gleichgewicht im System der Eilverfahren wäre gestört, wenn man ihm diese Möglichkeit verwehren wollte (vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, jurisPK Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, § 173 Rn 63 ff. m. w. N.).
- 55 bb. Hinzukommt, dass Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ein konkretes formelles Vergabeverfahren ist, auf das sich die Eingriffsbefugnisse der Nachprüfungsinstanzen zumindest prinzipiell hinsichtlich der Maßnahmen der Vergabestelle beschränken. Im Falle einer parallelen Neuausschreibung der Leistungen durch den öffentlichen Auftraggeber kann der Bieter primären Rechtsschutz gegen einen damit einhergehenden vermeintlichen Vergaberechtsverstoß daher allein in einem Nachprüfungsverfahren erlangen, welches sich auf die zweite Ausschreibung bezieht; in diesem gesonderten Nachprüfungsverfahren besteht sowohl die Möglichkeit der Auslösung bzw. Wiederherstellung eines Zuschlagsverbots als auch diejenige der Anordnung einstweiliger Maßnahmen zur vorläufigen Aussetzung des Vergabeverfahrens, und dies gegebenenfalls lange vor einer möglichen Zuschlagsreife (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 31.07.2006, Az.: 1 Verg 6/06, - zitiert nach juris -, Rn. 15 ff. m. w. N.). Umgekehrt schützt ein Zuschlagsverbot den Antragsteller mithin nur vor der eher theoretischen Möglichkeit, dass der Auftraggeber von sich aus das Verfahren wieder aufnimmt, fortführt und einem Konkurrenten den Zuschlag erteilt, wenn sich der Nachprüfungsantrag gegen die Aufhebung der Ausschreibung richtet; in dem durch Neuausschreibung des Auftrags möglicherweise nach Organisationsänderungen auch noch unter Regie einer anderen Vergabestelle neu begründeten selbständigen Vergabeverfahren entfaltet das für das vorherige Verfahren geltende Verbot dagegen keine Wirkung (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 10.04.2003, Az.: 1 Verg 1/03, - zitiert nach juris -, Rn. 30).
- 56 2. In seinem vorrangig verfolgten Umfang ist der Nachprüfungsantrag allerdings unbegründet; denn die Aufhebung der Ausschreibung war jedenfalls gemäß § 17 Abs. 1 VOB/A-EU rechtswirksam, während an dieser Stelle dahinstehen kann, ob sie mangels eines Aufhebungsgrundes im Sinne von § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU rechtswidrig war.
- 57 a. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens müssen Bieter nicht nur hinnehmen, wenn sie von einem der in §§ 63 Abs. 1 Satz 1 VgV, 17 Abs. 1 VOB/A-EU aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist; vielmehr bleibt es der Vergabestelle regelmäßig unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein gesetzlicher Aufhebungsgrund vorliegt.
- 58 aa. Dies folgt daraus, dass die Bieter zwar nach § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält, aber ausweislich § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt. 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. Liegen Aufhebungsgründe nicht vor, bleibt der Bieter grundsätzlich auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränkt. Bei fortbestehendem Beschaffungswillen ist die Aufhebung allerdings an den Grundprinzipien des Vergaberechts (Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, keine Diskriminierung ausländischer Unternehmen) zu messen. Nur in Ausnahmefällen kann danach ein Anspruch auf „Aufhebung der Aufhebung“ und Fortsetzung des Vergabeverfahrens angenommen werden, insbesondere 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 (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 02.10.2019, Az.: 17 Verg 3/19, Rn. 52; BGH, Beschluss vom 20.03.2014, Az.: X ZB 18/13, Rn. 21; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.02.2021, Az.: Verg 23/20, Rn. 52, jeweils zitiert nach juris).

- 59 bb. Die in § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV enthaltene Feststellung, wonach der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht zur Zuschlagserteilung verpflichtet ist, fehlt zwar in § 17 VOB/A-EU; dennoch besteht auch im Anwendungsbereich der VOB/A-EU keine Verpflichtung zur Zuschlagserteilung (vgl. Burgi/Dreher-Mehlitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., 2019, § 17 VOB/A-EU Rn. 13 m. w. N.) bzw. die Vorgaben des europäischen Rechts sind in der VOB/A-EU lediglich insoweit umgesetzt worden, wie sie nicht bereits auf gesetzlicher Ebene im GWB oder in den übergreifend geltenden Vorschriften der VgV geregelt sind (vgl. Burgi/Dreher-Langenbach, a. a. O., § 1 VOB/A-EU Rn. 5). Die Vergaberichtlinie 2014/24/EU wiederum beinhaltet keine ausdrücklichen Vorgaben für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens, sondern setzt lediglich in Art. 55 Abs. 1, 84 Abs. 1 lit. g) den Verzicht auf eine Vergabe voraus und trifft in diesem Zusammenhang Regelungen zu Unterrichts- und Dokumentationspflichten (vgl. Burgi/Dreher-Mehlitz, a. a. O., § 63 VgV Rn. 11 m. w. N.).
- 60 cc. Die umfangreichen Ausführungen der Antragstellerin zur Frage der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV gehen bereits deshalb an Sache vorbei, weil sich der Senat - wie in der mündlichen Verhandlung erörtert und unten näher auszuführen - jedenfalls im vorliegenden Verfahren weder auf eine bloße Willkürkontrolle beschränkt noch hinsichtlich des Aufhebungsgrunds ungeprüfte Erklärungen des Auftraggebers als gegeben ansieht. Mangels Entscheidungserheblichkeit kommt eine Vorabentscheidung insoweit nicht in Betracht. Im Übrigen weicht der Senat nicht von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs - insbesondere den antragstellerseits zitierten Urteilen vom 18.06.2002 (C-92/00), 02.06.2005 (C-15/04) und 05.04.2017 (C-391/15) - ab. Auch der Senat geht davon aus, dass Aufhebungsentscheidungen einer effektiven Nachprüfung, ob sie gegen Vergabegrundsätze verstoßen, zugänglich sein müssen, und nimmt sie hier gerade vor. Mehr ergibt sich aus der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG nicht. Sie betrifft lediglich die Einrichtung und formale Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens; materiell-rechtliche Prüfungsmaßstäbe und insbesondere das Prinzip, dass der Auftraggeber nach allgemeinem Vertragsrecht nicht gezwungen ist, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen (vgl. Ziekow/Völlink-Herrmann, Vergaberecht, 4. Aufl., 2020, § 63 VgV Rn. 24 m. w. N.), hat sie dagegen nicht zum Gegenstand. Danach ist die dem Auftraggeber durch das materielle Vergaberecht stillschweigend verliehene Befugnis, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten, weder auf Ausnahmefälle begrenzt noch muss sie auf schwerwiegende Gründe gestützt werden; bleibt die betreffende Ent-

scheidung gleichwohl den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts unterworfen, beschränkt sich die Richtlinie 89/665/EWG darauf, die in den Mitgliedstaaten vorhandenen Mechanismen zu koordinieren, um die vollständige und tatsächliche Anwendung der Vergaberichtlinien sicherzustellen, und verpflichtet die Mitgliedstaaten (nur), geeignete Verfahren zu schaffen, in denen Vergabeverfahren auf Rechtsverstöße überprüft werden können (vgl. nicht anders gerade die von der Antragstellerin angeführte Entscheidung EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Az.: C-92/00, - zitiert nach juris -, Rn. 40 ff. und 58 ff.). Eine Veranlassung für eine Vorlage nach Art. 267 AEUV ist auch deshalb nicht zu erkennen.

- 61 b. In dem vorliegenden Fall fehlte es der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht weder an einem sachlichen Grund für die Verfahrensaufhebung, noch stellt sich diese in einer Orientierung an den Grundprinzipien des Vergaberechts als diskriminierend oder rechtsmissbräuchlich dar.
- 62 aa. Von sachlichen Überlegungen war die Aufhebung der Ausschreibung bereits insoweit getragen, als das Angebot der Antragstellerin die preislichen Erwartungen der Antragsgegnerin unabhängig davon (mit einem Faktor von mehr als 2) deutlich verfehlte, ob die vorgenommene Kostenschätzung vertretbar war oder dahingehende Ermittlungen vor der Verfahrenseinleitung überhaupt angestellt wurden.
- 63 In diesem Zusammenhang braucht der Senat nicht festzustellen, ob die auf den 16.07.2020 datierte, erst im Nachprüfungsverfahren zur Akte gelangte Kostenzusammenstellung bei Einleitung des Verfahrens tatsächlich vorgelegen hat. Für die Feststellung der preislichen Erwartungen der Antragsgegnerin kann der Senat vielmehr das unstrittig am 10.08.2020 erstellte und zur Dokumentation genommene bepreiste Leistungsverzeichnis zugrunde legen. Dass es nicht bei Einleitung des Verfahrens vorgelegen hat, ist für die Frage, welche Erwartungen der Auftraggeber hatte, ohne Belang. Auch spielt für die tatsächlichen Erwartungen keine Rolle, ob es auf zutreffender Grundlage und nach anerkannten Methoden erstellt und die Preisvorstellung realistisch war. Allein maßgeblich ist, dass der Antragsgegner tatsächlich mit Kosten in dieser Höhe plante. Davon ist der Senat überzeugt. Das bepreiste Leistungsverzeichnis wurde wenige Tage nach der Ausschreibung und noch vor Ablauf der Angebotsfrist und Öffnung des Angebots der Antragstellerin verfasst. Zu diesem Zeitpunkt bestand für die Antragsgegnerin keinerlei Anlass, quasi im Vorgriff auf eine spätere Verfahrensaufhebung einen (falls das Angebot der Antragstellerin angemessen wäre: deutlich) zu niedrigen Preis anzusetzen. Vielmehr machte die Antragsgegnerin immer wieder deutlich, an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens interessiert zu sein.
- 64 Selbst wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren in Bezug auf die Kosten gänzlich sorglos oder auf einer jedenfalls unzureichenden Grundlage - insbesondere einer fachlich nicht vertretbaren Kostenschätzung - einleitet, unterliegt er gerade keinem Kontrahierungszwang. Davon geht auch die Antragstellerin aus. Der Auftraggeber muss dann den durch die sorg- und rücksichtslose Ausschreibung verursachten Schaden ersetzen, ist aber nicht durch seinen Fehler in dem Vergabeverfahren „gefangen“. Er ist auch nicht darauf beschränkt, durch Verhandlungen mit dem einzigen Bieter, dessen Angebot wie hier mehr als doppelt so hoch wie die Erwartungen des Auftraggebers ist, doch noch die Erzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses zu versuchen. Ebenso begegnet es bereits vergaberechtlichen Bedenken, die nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VOB/A in Verbindung mit § 3 Abs. 3 VgV für den Beginn des Vergabeverfahrens erforderliche

ordnungsgemäße Kostenschätzung - und nicht nur deren Dokumentation - später nachzuholen. In dieser Situation kann der Auftraggeber versuchen, durch Aufhebung des vergaberechtswidrig eingeleiteten Vergabeverfahrens und Neuausschreibung ein wirtschaftlicheres Ergebnis zu erzielen. Ein wirtschaftlicheres Ergebnis kann sich dabei insbesondere bei einer Änderung der Rahmenbedingungen - etwa hinsichtlich des Leistungsinhalts, der Ausführungszeit oder der Losaufteilung - ergeben. Insofern besteht in dem vorliegenden Fall ein wesentlicher Unterschied zwischen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung und den neu eingeleiteten Vergabeverfahren darin, dass die Leistungen nicht mehr insgesamt gegenüber einem (General)Unternehmer beauftragt werden sollen, sondern in drei Einzelaufträge aufgeteilt worden sind. Ob Bauleistungen solchermaßen in ihrer Gesamtheit einem Generalunternehmer übergeben werden oder stattdessen eine Einzelvergabe erfolgt, ist bereits für sich genommen eine generell an sachlichen Kriterien orientierte Entscheidung des Auftraggebers; die Antragstellerin verweist beispielsweise selbst darauf, dass etwa Nachunternehmerzuschläge entfielen, wenn entsprechende Koordinationsleistungen nicht mehr erbracht werden müssen (vgl. auch Kleine-Möller/Merl/Glöckner-Rehbein, Handbuch Baurecht, 6. Aufl, 2019, § 3 Rn. 58, zum Generalunternehmer- und Generalübernehmervertrag: „Mit dem Abschluss dieser Bauverträge will der Bauherr sicherstellen, dass ihm bei der Durchführung des Bauvorhabens nur ein einziger Vertragspartner gegenübersteht, der für die Gesamtleistung nur einen pauschalen Vergütungsanspruch hat und dem Bauherrn für die rechtzeitige und vertragsgemäße Ausführung der Gesamtleistung allein verantwortlich ist.“). Wenn die Antragsgegnerin danach (doch) die Alternative der Beauftragung von Einzelunternehmern wählt, mag dies spiegelbildlich mit anderweitigen Termin- und Kostenrisiken sowie solchen bezüglich der Gewährleistung verbunden sein. Da deren Realisierung - unabhängig von den pessimistischen Vorhersagen der Antragstellerin - allerdings prinzipiell ungewiss und nicht von vornherein zwingend ist, ist die Übernahme dieser Gefahren von der durch das Vergaberecht eben nicht eingeschränkten Dispositionsfreiheit der Antragsgegnerin gedeckt. Dem angebotenen Sachverständigenbeweis ist diese Frage nicht zugänglich. Keinesfalls kann dieser Umstand dadurch überspielt werden, dass man das Vorgehen der Antragsgegnerin in einer Art prophylaktischer Fürsorge als willkürlich qualifiziert; das Vergaberecht soll die Rechte des Bieters im Wettbewerb schützen, nicht aber den Auftraggeber vor sich selbst (so auch Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 20.07.2015, Az.: Z3-3-3194-1-17-03/15, - zitiert nach juris -, Rn. 75 ff.).

- 65 Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht im Hinblick darauf, ob der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin letztlich aus dem Finanzierungspuffer gedeckt werden könnte. Der Auftraggeber ist nicht gezwungen, diese für das Gesamtvorhaben vorgehaltene Reserve bereits bei einem der ersten Teilaufträge weitgehend aufzubrechen und sich so in den Handlungsmöglichkeiten greifbar zu beschränken und nicht unerheblichen Risiken für das weitere Vorhaben auszusetzen.
- 66 bb. Kein anderes Ergebnis folgt aus den von der Antragstellerin weiterhin angeführten Losaufteilungsgrundsätzen der §§ 97 Abs. 4 GWB, 5 VOB/A-EU, obwohl zutreffend ist, dass die Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer noch dahingehend argumentiert hatte, dass es sich um einen gleichartige Leistungen beinhaltenden Auftrag handele, welcher im Hinblick auf eine umfassende Mängelhaftung und die technischen Gegebenheiten vor Ort keiner weiteren Aufteilung bedurft habe.
- 67 (1) Denn zum einen sehen §§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB, 5 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A-EU nur vor, dass mehrere Teil- oder Fachlose unter solchen Umständen zusammen vergeben

werden „dürfen“, nicht jedoch „müssen.“ Eine Ermessensreduzierung auf null zu Gunsten der Antragstellerin kommt dabei nach dem Schutzzweck der genannten Vorschriften nicht in Betracht, weil dieser darin besteht, den Mittelstand durch die losweise Vergabe öffentlicher Aufträge besonders zu berücksichtigen (vgl. Säcker/Meier-Beck/Bien/Montag-Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2018, § 97 GWB Rn. 216 f. m. w. N.). Damit kann sich ein Bieter nicht umgekehrt darauf berufen, dass zu seinen Gunsten eine Generalbeauftragung zu erfolgen habe.

- 68 (2) Geht die Antragstellerin zum anderen davon aus, dass von dem öffentlichen Auftraggeber im Vorfeld eines Vergabeverfahrens eine Entscheidung über die Aufteilung des Auftrages in Teillose zu treffen sei, an welcher er sich später festhalten lassen müsse, ist daran (nur) richtig, dass eine solche Entscheidung später nicht mehr nachholbar ist; damit stellt das Fehlen entsprechender Angaben in dem Vergabevermerk bei dennoch vorgenommener Abweichung von der losweisen Vergabe einen Vergabemangel dar, der im Vergabenachprüfungsverfahren zu der Aufhebung der angegriffenen Vergabeentscheidung im Umfang der davon betroffenen Leistungen führt (vgl. Säcker/Meier-Beck/Bien/Montag-Knauff, a. a. O., § 97 GWB Rn. 253 m. w. N.). Dies betrifft jedoch nur das jeweils betroffene Vergabeverfahren und schließt damit nicht aus, dass der Auftraggeber im Falle einer Neuausschreibung die insoweit dann erforderliche erneute Entscheidung abweichend trifft. Dies gilt erst recht, wenn der Auftraggeber in der Losaufteilung gerade ein Werkzeug sieht, doch noch ein wirtschaftliches Ergebnis zu erzielen.
- 69 cc. Schließlich ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin die Möglichkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens gerade dafür einsetzen wollte, die Antragstellerin zu diskriminieren. Denn sie wollte die Leistungen zwar umgehend erneut vergeben, dies jedoch nicht unter manipulativen Umständen, sondern in einem offenen, auch der Antragstellerin erneut eröffneten Wettbewerb (vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2014, Az.: X ZB 18/13, - zitiert nach juris -, Rn. 21), an dem sie sich unstreitig hinsichtlich zweier von drei der neuen Ausschreibungen beteiligt hat.
- 70 c. Die Aufhebungsentscheidung war spätestens mit der Unterzeichnung des betreffenden, durch das Projektmanagement der Antragsgegnerin erstellten Vergabevermerkes durch ihren Direktor am 30.06.2021 wirksam; eine eigene Entscheidung der Antragsgegnerin als Vergabestelle war damit gegeben (vgl. dazu OLG München, Beschluss vom 15.07.2005, Az.: Verg 14/05, - zitiert nach juris -, Rn. 11 m. w. N.)
- 71 B. Dagegen ist der für den Fall der Verneinung eines Primärrechtsschutzes hilfsweise angebrachte Feststellungsantrag der Antragstellerin nicht nur ebenfalls zulässig, sondern auch begründet.
- 72 1. Nach den §§ 168 Abs. 2 Satz 2, 178 Satz 4 GWB besteht in Konstellationen der vorliegenden Art, in denen der Antragsteller mit dem Ziel der Erlangung primären Vergaberechtsschutzes die Aufhebung des ausgeschriebenen Vergabeverfahrens zum Gegenstand einer Nachprüfung macht, die Befugnis zur Feststellung von deren Rechtswidrigkeit, wenn sich herausstellt, dass trotz eines Vergabeverstößes aufgrund des dem Auftraggeber zustehenden Entscheidungsspielraums eine auf die Fortsetzung des aufgehobenen Vergabeverfahrens gerichtete Anordnung nicht ergehen kann. Das Feststellungsinteresse der Antragstellerin resultiert aus der Bindungswirkung der getroffenen Feststellung gemäß § 179 Abs. 1 GWB für einen späteren Schadensersatzprozess. Es ist auch angesichts der dezidierten Darlegungen der Antragstellerin zu einzelnen ebenso wie zu übergreifenden Mängeln der Kostenschätzung der Antragsgegnerin nicht offensichtlich

ausgeschlossen, dass der Antragstellerin zumindest Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zusteht.

- 73 2. Der hilfsweise Feststellungsantrag ist zudem begründet, weil die Entscheidung der Antragsgegnerin bezüglich der Aufhebung der Ausschreibung abweichend von der Auffassung der Vergabekammer nicht vom Tatbestand des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU - entspricht § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV - gedeckt war.
- 74 a. Ein Aufhebungsgrund nach diesen Vorschriften mangels der Erzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses des Vergabeverfahrens scheidet jedenfalls daran, dass es an einer der Bekanntmachung der Ausschreibung vorangegangenen ordnungsgemäßen Kostenschätzung der Antragsgegnerin fehlte.
- 75 aa. Im Interesse einer fairen Risikobegrenzung verdient der Bieter mit dem "annehmbaren Angebot" Vertrauensschutz davor, dass seine Amortisationschance nicht durch Risiken vollständig beseitigt wird, die in den vergaberechtlichen Bestimmungen keine Grundlage finden. Er darf mit Blick auf die mit Kosten und Arbeitsaufwand verbundene Erarbeitung eines Angebots bei einer öffentlichen Ausschreibung erwarten, dass die mit seiner Beteiligung verbundenen Aufwendungen nicht von vornherein nutzlos sind, insbesondere, dass der Auftraggeber nicht leichtfertig ausschreibt und die Ausschreibung nicht aus anderen als den in §§ 63 VgV, 17 VOB/A-EU genannten Gründen beendet. Dieses Vertrauen wird gestützt durch § 2 Abs. 8 VOB/A-EU, wonach der Auftraggeber erst dann ausschreiben soll, wenn alle Verdingungsunterlagen fertiggestellt sind und innerhalb der angegebenen Frist mit der Ausführung - nicht mit der Ausschreibung - begonnen werden kann; bestätigt wird die Schutzwürdigkeit dieser Erwartung durch § 2 Abs. 7 Satz 2 VOB/A-EU, wonach eine Ausschreibung zum Zwecke der Markterkundung ausdrücklich untersagt ist. Diese den §§ 63 VgV, 17 VOB/A-EU zugrundeliegende Wertung der Interessen des öffentlichen Auftraggebers einerseits und der Teilnehmer an der Ausschreibung andererseits schließt die Heranziehung von Gründen, die dem Ausschreibenden vor der Einleitung des Verfahrens bekannt waren und mit deren Vorliegen oder Eintritt bei der Vergabeentscheidung er rechnen musste, zur Rechtfertigung einer Aufhebung grundsätzlich aus. Änderungen etwa in den Grundlagen der Finanzierung können danach einen schwerwiegenden, die Aufhebung der Ausschreibung ermöglichenden Grund allein dann bilden, wenn sie auf nicht voraussehbaren, die Finanzierung des Vorhabens, auf die der Auftraggeber seine bisherige Bauabsicht gestützt hat, in nicht unwesentlichem Umfang berührenden Umständen beruhen. Der Teilnehmer an einer Ausschreibung darf erwarten, dass der Auftraggeber vor der Ausschreibung mit der gebotenen und ihm möglichen Sorgfalt prüft, ob die Finanzierung auch unter Berücksichtigung der erkennbaren Eventualitäten für das in Aussicht genommene Vorhaben ausreicht. Kommt er dem nicht oder nicht mit der gebotenen Sorgfalt nach, kann das Auftreten einer Finanzierungslücke nicht als Grund für die Aufhebung einer Ausschreibung nach §§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV, 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU mit der Folge herangezogen werden, dass die an dem Verfahren teilnehmenden Bieter schlechthin keinen Ersatz für ihre infolge des enttäuschten Vertrauens auf den rechtmäßigen Verlauf des Verfahrens erlittenen Schäden erhalten. Nach diesen Grundsätzen scheidet eine von den genannten Vorschriften gedeckte Aufhebung der Ausschreibung regelmäßig aus, wenn die fehlende Finanzierung auf Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs und der daran anschließenden Einwerbung der benötigten Mittel zurückzuführen ist (vgl.



BGH, Urteil vom 08.09.1998, Az.: X ZR 99/96, - zitiert nach juris -, Rn 15 ff., zu §§ 16 und 26 VOB/A a. F.).

- 76 bb. Eine vor der Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin erfolgte ordnungsgemäße Kostenschätzung ist nicht ersichtlich.
- 77 (a) Auf die Kostenberechnungen des von der Antragsgegnerin in Anspruch genommenen Architekturbüros nach DIN 276 vom 30.01.2019 und vom 25.09.2019 lässt sich dafür nicht abstellen, weil sie sich auf das Gesamtvorhaben bezogen. Sie waren damit einer ordnungsgemäßen Kostenschätzung (gerade) für den zu vergebenden Auftrag im Hinblick (bloß) auf einen Teil der auszuführenden Arbeiten nicht gleichzusetzen, auch wenn sie die betreffenden Bereiche im Prinzip zwangsläufig miteinschlossen. Die Gegenstände der Schätzung und der ausgeschriebenen Maßnahme müssen nämlich deckungsgleich sein; maßgeblich dafür sind im Ausgangspunkt die Positionen des Leistungsverzeichnisses, das der konkret durchgeführten Ausschreibung zugrunde liegt (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2012, Az.: X ZR 108/10, - zitiert nach juris -, Rn. 20). Es bedurfte danach zunächst des Zwischenschrittes einer Zusammenstellung derjenigen Leistungen aus dem Gesamtvorhaben, die aufgrund der beabsichtigten Ausschreibung vergeben werden sollten, um in der Folge der Schätzung der Gesamtkosten denjenigen (Teil)Aufwand entnehmen zu können, welcher für den ausgeschriebenen Auftrag zu erwarten war. So entstammen die hier relevanten Arbeiten insbesondere unterschiedlichen Kostengruppen der DIN 276, ohne diese ihrerseits wiederum jeweils voll abzudecken.
- 78 (b) Eine so ausgerichtete Kostenschätzung ist erst dem im Februar 2021 fertiggestellten Vergabebericht unter Beifügung einer auf den 16.07.2020 datierten Kostenzusammenstellung zu dem ausgeschriebenen Auftrag zu entnehmen, welche eine aus Einzelpositionen gemäß den Kostengruppen der DIN 276 ermittelte Bruttogesamtsumme in Höhe von 1.895.240,00 € auswies. Es kann insofern allerdings bereits dahinstehen, ob die Antragsgegnerin eine Dokumentation auf diese Weise nachholen konnte und welche beweisrechtlichen Konsequenzen sich anderenfalls ergäben (vgl. etwa für eine negative Beweiswirkung des [fehlenden] Inhaltes der Vergabeakte, die nicht ohne Weiteres beispielsweise durch Zeugenbeweis entkräftet werden könne, OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006, Az.: 9 Verg 2/06, - zitiert nach juris -, Rn. 31, und dem folgend Kapellmann/Messerschmidt-Schneider, VOB/Teil A und B, 7. Aufl., 2020, § 8 VgV Rn. 10, sowie Stein/Wolters, Gesteigerte Bewertungsanforderungen infolge der „Schulnoten-Rechtsprechung“, NZBau 2020, 339/340, jeweils m. w. N.; dagegen [nur] für eine Beweislastumkehr OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10.2006, Az.: 1 Verg 6/06, - zitiert nach juris -, Rn. 46 ff.). Denn eine Schätzung des Auftragswertes auf dieser Grundlage genügte bereits den dabei an die Obliegenheiten des Auftraggebers zu stellenden Anforderungen nicht.
- 79 (aa) So bedingt die Annahme eines schwerwiegenden Grundes zur Aufhebung der Ausschreibung wegen überhöhter Preise in dem eingegangenen Angebot, dass die vor der Einleitung des Verfahrens vorgenommene Kostenschätzung der Vergabestelle aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erschien; für die Schätzung muss die Vergabestelle oder der von ihr gegebenenfalls beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen (vgl. BGH, a. a. O., Rn. 18 f. m. w. N.).
- 80 (bb) Dem wird die hier erörterte Kostenzusammenstellung schon nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin insofern nicht gerecht, als (erst) das bepreiste Leistungs-

verzeichnis vom 10.08.2020 Baupreisanpassungen in dem Zeitraum zwischen der Erstellung der Kostenberechnungen nach DIN 276 vom 30.01.2019 und 25.09.2019 einerseits und der Einleitung der Ausschreibung der Bauleistung am 16.07.2020 andererseits berücksichtigt habe; führte dies jedoch zu einer Überschreitung eines aufgrund der Kostenzusammenstellung nach DIN 276 angenommenen Auftragswertes um (2.139.555,74 € - 1.895.240,00 € =) 244.315,74 € und damit (244.315,74 € : 1.895.240,00 € = gerundet) knapp 13 Prozent, verweist doch die Antragsgegnerin gleichzeitig selbst darauf, dass eine Überschreitung der Kostenschätzung um 10 bis 15 Prozent bereits Anlass für eine Aufhebungsentscheidung sein kann (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 02.06.2006, Az.: Verg 12/06, - zitiert nach juris -, Rn. 106: 10 Prozent). Hat die Antragsgegnerin in ihrer Kostenschätzung bei Einleitung des Vergabeverfahrens Preissteigerungen in einem solchen Umfang nicht erfasst, kann von einem wirklichkeitsnahen und damit ordnungsgemäßen Schätzungsergebnis nicht ausgegangen werden.

- 81 (cc) Dahinstehen kann danach noch, ob Kostenberechnungen nach DIN 276 im Rahmen der Leistungsphasen 2 und 3 der HOAI überhaupt im Sinne aktueller und ordnungsgemäßer Kostenschätzungen als Grundlage der Beurteilung einer Unwirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe in Betracht kommen (vgl. verneinend Vergabekammer Niedersachsen, Beschluss vom 08.06.2020, Az.: VgK-09/2020, - zitiert nach juris -, Rn. 93 m. w. N.). Dies stünde nicht zuletzt deshalb in Frage, weil bei derartigen Kostenberechnungen gemeinhin ein Toleranzrahmen von (sogar) 20 bis 25 Prozent hinsichtlich einer Abweichung der Soll- von den Ist-Kosten anzunehmen ist (vgl. Fuchs/Berger/Seifert-Fuchs/Berger, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 2. Aufl. 2020, § 6 HOAI Rn. 28 m. w. N.), dem die Antragsgegnerin noch unabhängig von in der Folge (zusätzlich) eingetretener Baupreissteigerungen nicht Rechnung getragen hätte.
- 82 (c) Die Erstellung des bepreisten Leistungsverzeichnisses erfolgte unstreitig erst am 10.08.2020 nach der Bekanntmachung der Ausschreibung. Soweit dies damit noch vor der Öffnung der Angebote erfolgte, mag zwar eine Manipulationsgefahr auszuschließen sein. Die damit verbundene Nachholung eines eigentlich vor Einleitung des Vergabeverfahrens vorzunehmenden Verfahrensschrittes änderte jedoch nichts daran, dass die Antragsgegnerin bereits zuvor ohne ausreichende Sachverhaltsermittlung die Antragstellerin mit der Ausschreibungsbekanntgabe zu der Abgabe eines vergeblichen Angebotes veranlasst hatte.
- 83 cc. Zumindest für die hier ausdrücklich beantragte Feststellung (nur) einer Rechtswidrigkeit der Verfahrensaufhebung bedarf es - anders als ansonsten bei Einbeziehung einer damit einhergehenden Rechtsverletzung - im Übrigen keiner weiteren Aufklärung dahingehend, ob das Angebot der Antragstellerin gemäß §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, 1. Alt. VOB/A-EU wegen eines unangemessen hohen Preises auszuschließen gewesen wäre, weil es nicht marktgerecht bzw. die Kostenschätzung der Antragsgegnerin im Ergebnis doch zutreffend war. Die Antragstellerin war nicht gehindert, ihren hilfswisen Feststellungsantrag so zu beschränken; er gewährleistet auch in diesem Umfang, dass die im Nachprüfungsverfahren bereits erarbeiteten Ergebnisse erhalten bleiben und eine nochmalige gerichtliche Prüfung derselben Sach- und Rechtsfragen in einem späteren Schadenersatzprozess vermieden werden (vgl. Burgi/Dreher-Antweiler, a. a. O., § 168 GWB Rn. 56 m. w. N.), während der Senat auch bei fehlender Bindung an die Anträge analog § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB (vgl. Burgi/Dreher-Vavra, a. a. O., § 178 GWB Rn. 7 m. w. N.) nicht gezwungen sein kann, von Amts wegen der Frage nachzugehen, ob eventuell trotz der rechtswidrigen Verfahrensaufhebung eine Rechtsverletzung der Antragstellerin gemäß

§ 97 Abs. 6 GWB wegen des Vorliegens eines Ausschlussgrundes für ihr Angebot ausscheidet (vgl. BGH, Beschluss vom 18.02.2003, Az.: X ZB 43/02, - zitiert nach juris -, Rn. 26). Eine diesbezügliche Beurteilung bleibt damit der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten, soweit nach dem Wortlaut des § 181 Satz 1 GWB die „echte Chance“ des Bieters auf einen Zuschlag (auch) zu den Tatbestandsvoraussetzungen einer ihm zustehenden Schadensersatzforderung gehört.

- 84 b. Ebenso kann offen bleiben, ob der Antragsgegnerin weitere Verfahrensfehler vorzuhalten wären wie etwa eine mangelhafte Ermessensausübung im Hinblick auf eine Verfahrensaufhebung gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU (vgl. dazu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.09.2013, Az.: 15 Verg 3/13, - zitiert nach juris -, Rn. 47 m. w. N.).
- 85 III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 175 Abs. 1, 71 Satz 1, 182 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 GWB. Da die Antragstellerin lediglich hinsichtlich des hilfsweise gestellten Feststellungsantrages obsiegt, war eine Kostenverteilung von  $\frac{3}{4}$  zu  $\frac{1}{4}$  zu ihren Lasten als sachgerecht zu erachten (vgl. in einem ähnlichen Fall OLG Rostock, Beschluss vom 02.10.2019, Az.: 17 Verg 3/19, - zitiert nach juris -, Rn. 84). Gleiches gilt hinsichtlich der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer, über die bei Abänderung der dortigen Entscheidung ebenfalls zu entscheiden ist (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 25.11.2020, Az.: 17 Verg 1/20, - zitiert nach juris -, Rn. 90).
- 86 IV. Die Hinzuziehung anwaltlichen Beistandes im Verfahren vor der Vergabekammer war gemäß §§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB, 80 Abs. 2 VwVfG für erforderlich zu erklären. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts durch ein Unternehmen auf Bieterseite ist in vergaberechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich als im Sinne dieser Vorschriften notwendig anzusehen. Dass ein Bieter auch ohne die Einschaltung eines Rechtsanwalts zu einer ausreichenden und umfassenden Interessenwahrnehmung in der Lage ist, kann allenfalls dann angenommen werden, wenn sich im Einzelfall ausschließlich einfache und ohne weiteres zu beantwortende Sach- und Rechtsfragen stellen, und der Bieter aufgrund seiner Ressourcen und Erfahrungen zweifelsfrei in der Lage ist, seine Position im konkreten Fall auch prozessual adäquat zu vertreten. Dies kann auch bei Großunternehmen oder Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, weil es jedem Unternehmen freisteht, wie es die Wahrnehmung seiner rechtlichen Belange organisiert (vgl. Burgi/Dreher-Krohn, a. a. O., 3. Aufl., 2017, § 182 GWB Rn. 45 m. w. N.). Für die Antragsgegnerin bleibt es in dieser Frage bei der Entscheidung der Vergabekammer. Einen weitergehenden Antrag betreffend das Beschwerdeverfahren hat die Antragsgegnerin nicht gestellt. Insoweit ergäben sich allerdings keine Abweichungen.
- 87 V. Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Danach ist im Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer ein Betrag in Höhe von fünf Prozent der Bruttoauftragssumme anzusetzen; die Regelung pauschaliert so aus Gründen der Vereinfachung die Gewinnerwartung (vgl. BT-Drucks 13/9340, S. 23). Grundlage der Wertbestimmung ist deshalb der konkrete Preis des Angebots, auf das der Antragsteller die Zuschlagserteilung begehrt; auf die Kostenschätzung ist nur bei Fehlen eines Angebots zurückzugreifen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 06.07.2000, Az.: 1 Verg 1/99, - zitiert nach juris -, Rn. 33; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, jurisPK Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, VT 2 zu § 182 GWB Rn. 9 und 12). Beläuft sich der in dem vorliegenden Fall von der Antragstellerin angebotene Preis auf 4.934.258,32 € brutto, errechnet sich daraus ein Streitwert in Höhe

von  $(4.934.258,32 \text{ €} \times 5 \% =) 246.712,92 \text{ €}$ . Er fällt in die Gebührenstufe von bis zu 260.000,00 €.