

Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	01.11.2024
Aktenzeichen:	6 Verg 3/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2024:1101.6VERG3.24.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 1. November 2024 - 6 Verg 3/24 -, juris

Leitsatz

1. Im nationalen deutschen Recht sehen weder das allgemeine Zivilrecht noch das Vergaberecht eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers vor, ein von ihm eingeleitetes Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abzuschließen. Auch der fiskalisch handelnde öffentliche Auftraggeber kann sich auf die zivilrechtliche Privatautonomie berufen.
2. Bei der Entscheidung über eine Aufhebung der Ausschreibung – sei es vollständig oder teilweise, sei es in Form einer zeitlichen Zurückversetzung in ein früheres Stadium des Verfahrens oder in Form eines endgültigen Verzichts – sind die in § 97 GWB normierten Grundsätze des Vergabeverfahrens zu beachten, d.h. insbesondere der Wettbewerbsgrundsatz (Abs. 1 Satz 1), der Gleichbehandlungsgrundsatz (Abs. 2) sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Abs. 1 Satz 2).
3. Ein öffentlicher Auftraggeber ist bei der Entscheidung über die Beendigung des Vergabeverfahrens ohne Zuschlag stets verpflichtet, das Für und Wider einer Fortsetzung bzw. einer Beendigung des Verfahrens gegeneinander sorgsam abzuwägen und insoweit eine Ermessensentscheidung zu treffen. Aus der fortlaufenden Vergabedokumentation müssen eine sachgemäße Entscheidungsfindung plausibel und substanzial nachvollziehbar hervorgehen sowie durch sie Willkür und Manipulationsgefahr ausgeschlossen sein. Gleichwohl sind die von der Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Umstände und Gesichtspunkte, mit denen eine angefochtene Entscheidung nachträglich verteidigt werden soll, von der Nachprüfungsinstanz auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 21. Juni 2024, 1 VK LSA 2/24

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 21. Juni 2024 wird zurückgewiesen.

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

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf eine Wertstufe bis zu 65.000 € festgesetzt.

Gründe

A.

- 1 Der Antragsgegner, ein Landeseigenbetrieb, leitete am 06.07.2023 ein Vergabeverfahren für den oben genannten Bauauftrag auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) - Ausgabe 2019 - ein. Der Bauauftrag ist Bestandteil eines umfassenden Sanierungsprojekts, welches mit Mitteln des EFRE-Programms gefördert wird. Als Ausführungszeitraum des Bauauftrags war die Zeit vom 09.10.2023 bis zum 20.12.2024 vorgesehen.
- 2 In der Auftragsbekanntmachung wurde bezüglich der Befähigung zur Berufsausübung (Abschnitt III.1.1) gefordert, dass die Bieter ihre Eignung zugleich mit dem Angebot entweder durch Eintragung im PQ-Verzeichnis oder durch Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 oder durch EEE nachweisen sollten. Für den Fall, dass das Angebot eines nicht präqualifizierten Bieters in die engere Wahl gelangt, waren die im Formblatt 124 angegebenen Bescheinigungen auf gesondertes Verlangen vorzulegen. Gleiche Anforderungen galten für dritte Unternehmen, auf deren Fähigkeiten der Bieter sich zur Erfüllung des Auftrags beruft. Die Bekanntmachung enthielt den Verweis, dass das Formblatt 124 Bestandteil der Vergabeunterlagen sei. Bezuglich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit (Ziffer III.1.2) sowie bezüglich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit (Ziffer III.1.3) wurde jeweils auf Ziffer III.1.1 verwiesen. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Angebotspreis (Ziffer II.2.5).
- 3 Innerhalb der bis zum 08.08.2023, 11:00 Uhr, laufenden Angebotsfrist gingen die Angebote von sechs Bieter, darunter der Antragstellerin, ein. Das Angebot der Antragstellerin lag nach seiner Brutto-Angebotssumme auf dem zweiten Platz.
- 4 Ausweislich des Vergabevermerks vom 03.11.2023 ergab die Angebotsprüfung, dass insgesamt drei Angebote nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A wegen Unvollständigkeit und insgesamt zwei weitere Angebote nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A wegen verweigerter Mitwirkung an der Angebotsaufklärung auszuschließen seien. Die vermeintlichen Angebotsmängel, welche zum Ausschluss führten, bezogen sich dabei bei vier Bieter auf Eignungsfragen. Der Antragsgegner beabsichtigte die Vergabe des Auftrags an den einzigen verbliebenen Bieter. Er teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 06.11.2023 mit, dass deren Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei, weil das Formblatt 223, betreffend die Aufgliederung der Einheitspreise, nicht fristgerecht eingereicht worden sei.
- 5 Zwei Bieter, darunter die Antragstellerin, rügten jeweils den Ausschluss ihrer Angebote, worauf der Antragsgegner die Angebotsprüfung hinsichtlich dieser beiden Angebote fortsetzte und sie in die weitere Wertung einbezog. Die anderen drei Bieter, deren Angebote vom Ausschluss betroffen waren, erhoben keine Rüge. Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 13.11.2023 mit, dass der Ausschluss des Angebots zurückgenommen werde und das Angebot in der Wertung verbleibe.
- 6 Ausweislich der Fortschreibung des Vergabevermerks vom 05.12.2023 war nunmehr vorgesehen, unter den drei verbliebenen Hauptangeboten den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.
- 7 Im Rahmen der - entsprechend dem im Formblatt 124 vorgesehenen Bestbieterprinzip vorzunehmenden - weiteren Prüfung der Eignungsunterlagen der für den Zuschlag vor-

gesehenen Antragstellerin forderte der Antragsgegner die Vervollständigung der Referenzunterlagen. Nach Fristablauf und erneuter Prüfung teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 29.01.2024 mit, dass geforderte Eignungsunterlagen unvollständig seien, insbesondere fehle auf der Referenzbescheinigung für die Antragstellerin für ein Bauvorhaben (K.) die Unterschriftenseite des Referenzgebers, und es fehlten die vollständigen Referenzen für zwei von der Antragstellerin benannte Nachauftragnehmer.

- 8 Nach dem Inhalt der Fortschreibung der Vergabeempfehlung der beratenden Architekten vom 18.01.2024 wurde nunmehr das Angebot der L. Hochbau GmbH aus S. (*künftig: Zuschlagsaspirantin*) als das annehmbarste Angebot bewertet. Auch hierüber wurde die Antragstellerin mit dem o.a. Schreiben vom 29.01.2024 informiert.
- 9 Nach erfolgloser Rüge hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 08.02.2024 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass dem Antragsgegner untersagt werden möge, den Zuschlag auf das Angebot der o.a. Zuschlagsaspirantin zu erteilen, und ihm aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Angebotswertung zu wiederholen. Dieser Nachprüfungsantrag ist unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 02/24 registriert und dem Antragsgegner am 08.02.2024 übermittelt worden.
- 10 Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die am 14.03.2024 auslaufende Entscheidungsfrist mit Verfügung vom 13.03.2024 bis zum 18.04.2024, mit Verfügung vom 17.04.2024 bis zum 23.05.2024 und mit Verfügung vom 22.05.2024 bis zum 27.06.2024 jeweils verlängert.
- 11 Am 20.03.2024 hat der Vorsitzende der Vergabekammer Hinweise zur vorläufigen Bewertung der Sach- und Rechtslage durch die Nachprüfungsinstanz erteilt. Darin heißt es, dass derzeit eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens vor Bekanntmachung „unausweichlich“ erscheine. In Ermangelung wirksam bekanntgegebener Eignungskriterien scheide eine Bewertung der Eignung sämtlicher am streitbefangenen Vergabeverfahren beteiligter Bieter generell aus. Eine Zuschlagserteilung sei vorliegend unmöglich. Die Veröffentlichung einer neuen Auftragsbekanntmachung sei aus Sicht der Vergabekammer „unabdingbar“. In der Zeit vom 20. bis zum 27.03.2024 fanden interne Beratungen in den verschiedenen, mit dem Verfahren befassten Fachabteilungen des Antragsgegners statt, deren Inhalt nicht dokumentiert ist. Mit E-Mail vom 27.03.2024 mahnte die Fachabteilung Baudurchführung eine Entscheidung im Hinblick auf die auslaufende Binfefrist der beiden verbliebenen Angebote an; darin brachte sie zum Ausdruck, dass angesichts der kammerseitig mitgeteilten Auffassung die Erteilung eines Zuschlags im vorliegenden Vergabeverfahren „mehr als unwahrscheinlich“ zu sein scheine. Sie tendiere daher zur Aufhebung der Ausschreibung und nachfolgender Neuaußschreibung. Eine abschließende Besprechung fand im Wege einer Videokonferenz statt, deren Inhalt bzw. Ergebnis ebenfalls nicht dokumentiert ist. Der Antragsgegner hat der Vergabekammer am 03.04.2024 mitgeteilt, dass er sich entschlossen habe, das Vergabeverfahren durch Aufhebung in den Stand vor Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückzuversetzen, die Bieter hierüber zu informieren und das Nachprüfungsverfahren sodann für erledigt zu erklären.
- 12 Der Antragsgegner informierte die Bieter, darunter die Antragstellerin, mit gleichlautenden Schreiben vom 04.04.2024 darüber, dass er sich mit dem Hinweis der Vergabekammer vom 20.03.2024 intensiv auseinandergesetzt und im Ergebnis der dortigen Auffas-

- sung angeschlossen habe. Unter den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln sei die Zurückversetzung in den Stand vor Veröffentlichung der Bekanntmachung nach seiner Einschätzung im konkreten Fall die einzige Möglichkeit, um einen fairen Wettbewerb wiederherzustellen. Er informierte die Bieter über die Aufhebung der Ausschreibung sowie über die Absicht einer erneuten Ausschreibung desselben Auftrags unter überarbeiteten Eignungsanforderungen.
- 13 Mit Schriftsatz vom 22.04.2024 hat die Antragstellerin einen neuen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht, mit dem sie die Aufhebung der Aufhebung und die Verpflichtung des Antragsgegners begeht, das Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in das Stadium vor der Angebotswertung zurückzuversetzen und fortzuführen, hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig sei und sie in ihren subjektiven Rechten verletze. Dieser Nachprüfungsantrag ist unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 07/24 registriert und dem Antragsgegner übermittelt worden.
- 14 Die Vergabekammer hat die Verfahren 1 VK LSA 02/24 und 1 VK LSA 07/24 durch Beschluss vom 31.05.2024 unter Führung des erstgenannten Verfahrens verbunden. Mit Beschluss vom 04.06.2024 hat es der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte ab der Entschlussfassung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens gewährt und den weitergehen- den Antrag auf Akteneinsicht zurückgewiesen.
- 15 Die Vergabekammer hat nach mündlicher Verhandlung vom 18.06.2024 durch Beschluss vom 21.06.2024 die Hauptanträge des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin zurück- gewiesen und auf die Hilfsanträge festgestellt, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin und die Aufhebung der Ausschreibung jeweils rechtswidrig waren. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass die Aufhebung der Ausschrei- bung wirksam gewesen sei, weil die Absicht einer Neuausschreibung unter wirksamer Bekanntmachung inhaltlich hinreichender und verbal transparenter Eignungsanforderun- gen eine sachliche Rechtfertigung biete. Der Ausschluss des Angebots der Antragstelle- rin wegen Nichteignung sei hingegen rechtswidrig gewesen, weil dem Antragsgegner ein Ausschluss wegen der Nichteinhaltung der Transparenzanforderungen aus § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB versagt gewesen sei. Die Aufhebung der Ausschreibung sei rechtswidrig, weil keiner der Aufhebungsgründe des § 17 EU Abs. 1 VOB/A vorgelegen habe.
- 16 Gegen diese ihr am 28.06.2024 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 12.07.2024 erhobene und am selben Tage beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin.
- 17 Die Antragstellerin verfolgt in der Beschwerdeinstanz ihren erstinstanzlichen Hauptan- trag auf Rückgängigmachung der Aufhebung weiter und macht insbesondere geltend, dass effektiver Primärrechtsschutz eines Teilnehmers am Vergabeverfahren gegen eine rechtswidrige Aufhebung jedenfalls bei fortbestehender Beschaffungsabsicht des öffent- lichen Auftraggebers nur dadurch gewährleistet sei, dass die Aufhebung der Ausschrei- bung rückgängig gemacht werde. Hilfsweise beruft sie sich darauf, dass der Verfahrens- verlauf, dort der mehrfache Versuch, das Angebot der Antragstellerin auszuschließen, die außergewöhnlich lange und tiefgreifende Prüfung der Angebote und der Umstand, dass die Zuschlagsaspirantin eine ortsansässige Wirtschaftsteilnehmerin sei, den Schluss auf eine willkürliche Entscheidung nahelege. Insoweit verweist sie ergänzend darauf, dass bereits eine vorangegangene Ausschreibung unter fragwürdigen Umständen aufge- hoben worden sei. Äußerst hilfsweise führt sie an, dass es an einem sachlichen Grund für die Aufhebung der Ausschreibung fehle, weil das Bekanntmachungsdefizit bezüglich der

- Eignungsanforderungen keine Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt habe, denn es seien Angebote von geeigneten Bietern eingegangen. Schließlich habe der Antragsgegner auch kein Ermessen bei der Entscheidung über die Aufhebung ausgeübt.
- 18 Die Antragstellerin beantragt,
- 19 unter teilweiser Aufhebung der angefochtenen Entscheidung
- 20 die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner aufzuheben und den Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren fortzuführen sowie das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu werten.
- 21 Der Antragsgegner beantragt,
- 22 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 23 Er sieht Unionsrecht nicht verletzt, weil er die nach Art. 55 Abs. 1 RL 2014/24/EU vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe (*künftig: VRL*) vorgeschriebene Unterichtung der Bieter, insbesondere auch der Antragstellerin, vorgenommen habe. Er beruft sich auf die unionsrechtliche und nationale Rechtsprechung, wonach ein Vertragsabschlusszwang des öffentlichen Auftraggebers allein aufgrund des Umstandes der Einleitung eines Vergabeverfahrens nicht bestehe. Das Vorliegen des Aufhebungsgrundes nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A sei nicht davon abhängig, dass die erforderliche grundlegende Änderung der Vergabeunterlagen nicht auf ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers zurückzuführen sei. Die Fortführung des vorliegenden Vergabeverfahrens ohne die Möglichkeit einer wirksamen Prüfung und Bewertung der Eignung der Bieter sei rechtswidrig. Im Vergabeverfahren seien weder willkürliche noch diskriminierende Maßnahmen ergriffen worden; Gleches treffe auf das vorausgegangene Vergabeverfahren zu. Er – der Antragsgegner – sei bei der Aufhebung der Ausschreibung wegen der Gesamtumstände von einer Ermessensreduzierung auf Null ausgegangen.
- 24 Der Senat hat mit seinem Beschluss vom 16.08.2024 den Antrag der Antragstellerin, es dem Antragsgegner zu untersagen, bis zu einer abschließenden Entscheidung des Senats ein neues Vergabeverfahren zur Vergabe der streitgegenständlichen Bauleistungen durch Veröffentlichung einer EU-weiten Bekanntmachung einzuleiten, verworfen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Gründe des Beschlusses Bezug genommen. Der Senat hat mit weiterem Beschluss vom 29.08.2024 der Antragstellerin auf deren Antrag eine erweiterte Einsicht in die Vergabeakte des Antragsgegners – teilweise durch vollständige Überlassung von einzelnen Unterlagen, teilweise durch Übersendung von Dokumenten jeweils mit Teilschwärzungen zur Identität der Mitbewerber und zu Angebotsinhalten der Konkurrenzangebote – gewährt und den weitergehenden Antrag zurückgewiesen.
- 25 In der Rechtssache ist am 18.10.2024 mündlich verhandelt worden. Die Antragstellerin hat im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage insbesondere darauf verwiesen, dass ihres Erachtens ein Bündel von Indizien darauf schließen lasse, dass die Aufhebung aus sachwidrigen Gründen erfolgt sei. Zudem sei die Entscheidungsfindung für eine Aufhebung nicht hinreichend transparent, weil die einzelnen Erwägungen und insbesondere die Ausübung eines Ermessens nicht dokumentiert sei. Der Antragsgegner hat ergänzend darauf hingewiesen, dass das Aufgreifen von Beanstandungen zu verschiedenen Zeitpunkten des Verfahrens auch darauf zurückzuführen gewesen sei, dass mehrere Abteilungen arbeitsteilig die Prüfungen vorgenommen hätten. Über die Frage der Re-

aktion auf den Hinweis der Vergabekammer vom 20.03.2024 habe es einen regen Austausch der Fachabteilungen gegeben; letztlich sei man davon ausgegangen, dass es keine andere Möglichkeit als die Zurückversetzung gegeben habe, um zu einer rechtmäßigen Auftragsvergabe zu gelangen. Der Beschaffungsbedarf bestehe grundsätzlich auch fort, allerdings seien wegen des Zeitablaufs inzwischen auch Änderungen der Leistungsbeschreibung erforderlich, so wegen der vorgefundenen Bodenverhältnisse Änderungen der Fundamentpläne. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll von diesem Tage Bezug genommen.

- 26 Die Antragstellerin hat nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 22.10.2024 ergänzend Stellung genommen zu den in der Sitzung angesprochenen Rechts- und Bewertungsfragen; dieser Schriftsatz, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, ist Gegenstand der Schlussberatung des Senats gewesen.

B.

- 27 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig; sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.
- 28 Die Vergabekammer ist zu Recht von der Wirksamkeit der Aufhebung der Ausschreibung in Gestalt der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor der Absendung des Textes der Auftragsbekanntmachung ausgegangen; die von der Antragstellerin hiergegen mit der Beschwerde erhobenen Einwendungen sind im Ergebnis unbegründet.
- 29 I. Das Rechtsmittel der Antragstellerin ist zulässig.
- 30 1. Die Beschwerde ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft und wurde nach § 172 Abs. 1 bis 3 GWB frist- und formgerecht beim zuständigen Gericht (§ 171 Abs. 3 Satz 1 GWB) eingelegt. Die auch im Beschwerdeverfahren von Amts wegen zu prüfenden allgemeinen Voraussetzungen für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens (§§ 98 f., 103, 106 sowie 160 f. GWB) liegen vor.
- 31 2. Die Antragstellerin hat im Termin der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass sie lediglich eine teilweise Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer begeht, nämlich insoweit sie durch die Abweisung des auf Aufhebung der Aufhebung gerichteten Hauptantrages formell und materiell beschwert ist. Damit sind die Fragen, ob der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin und ob die Aufhebung des Vergabeverfahrens jeweils rechtswidrig waren (was die Vergabekammer jeweils festgestellt hat), nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.
- 32 II. Das Rechtsmittel ist unbegründet.
- 33 1. Die Vergabekammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Antragsgegner allein deswegen, weil er ein förmliches Verfahren zur Vergabe des o.a. öffentlichen Bauauftrags eingeleitet hat, nicht verpflichtet ist, in diesem Verfahren durch Zuschlagserteilung auch einen Bauvertrag abzuschließen.
- 34 a) Im nationalen deutschen Recht sehen weder das allgemeine Zivilrecht noch das Vergabe-recht eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers vor, ein von ihm eingeleitetes Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abzuschließen. Auch der fiskalisch handelnde öffentliche Auftraggeber kann sich auf die zivilrechtliche Privatautonomie berufen. Er muss einen Vertrag nicht abschließen, unabhängig davon, wie intensiv die auf einen Ver-

tragsschluss gerichteten Verhandlungen gewesen sind. Das gilt auch, wenn keiner der in der einschlägigen Vergabevorschrift – hier § 17 EU Abs. 1 VOB/A – geregelt, zu einer Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist (vgl. nur Seebo in: MüKo-EuDtWettbR (Säcker) – Vergaberecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2019, § 17 EU VOB/A Rn. 5, 7 und 9; Mehlitz in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 17 VOB/A-EU Rn. 13 mit Verweis auf § 63 VgV Rn. 16 f., jeweils m.w.N.). Die Möglichkeit eines öffentlichen Auftraggebers, eine von ihm eingeleitete Ausschreibung beim Vorliegen eines sachlichen Grundes ohne Zuschlag zu beenden, ist auch notwendige Folge davon, dass ein Zweck des Vergaberechts gerade darin besteht, der öffentlichen Hand eine die Bindung der ihr anvertrauten Mittel an das Gebot sparsamer Wirtschaftsführung beachtende Beschaffung bei angemessenem Mitteleinsatz zu ermöglichen und die Situation der öffentlichen Hand in dieser Hinsicht durch die Organisation eines fairen, wirksamen und transparenten Wettbewerbs zu verbessern. Damit wäre die Annahme, dass ein einmal eingeleitetes Vergabeverfahren in jedem Falle mit einem Zuschlag abzuschließen ist, schlechthin unvereinbar, weil es viele Gründe geben kann, die – unabhängig davon, ob ein nach der maßgebenden vergaberechtlichen Vorschrift vorgesehener Grund für eine rechtmäßige Aufhebung vorliegt – den Ausschreibenden hindern, eine einmal in die Wege geleitete Ausschreibung ordnungsgemäß mit der Erteilung des Zuschlags an einen Bieter zu beenden. (vgl. BGH, Urteil v. 05.11.2002 „Ziegelverblendung“ – VergabeR 2003, 163, in juris Rz. 19 m.w.N.). Die Vergabe öffentlicher Aufträge dient nicht dem Bieterinteresse, sondern allein der Befriedigung des öffentlichen Beschaffungsbedarfs. Will der Auftraggeber diesen Bedarf – aus welchen Gründen auch immer – nicht weiterverfolgen und sieht er deshalb von der Erteilung des Zuschlags ab, werden hierdurch keine Bieterrechte verletzt (zuletzt BGH, Urteil v. 08.12.2020 – XIII ZR 19/19 „Flüchtlingsunterkunft“ – BGHZ 228, 15, Rz. 21; so schon Summa VergabeR 2007, 734). Diese Sichtweise hat auch der Normgeber übernommen: In § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV heißt es ausdrücklich, dass der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den Zuschlag zu erteilen. Hiermit hat der Normgeber ausweislich der Begründung des Verordnungsentwurfs keine Änderung der bislang bestehenden und für den Bereich der Vergabe öffentlicher Bauaufträge gleichermaßen geltenden Rechtslage bezweckt, sondern aus Gründen der Rechtsklarheit die hierzu ergangene Rechtsprechung aufgegriffen und klarstellend kodifiziert (vgl. Portz in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2. Aufl. 2022, § 63 Rn. 17 m.w.N.; so auch Pauka in: MüKo-EuDtWettbR (Säcker), Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 63 VgV Rn. 7; Mehlitz, a.a.O., § 63 VgV Rn. 17). Auch aus Bietersicht kann ein Teilnehmer am Vergabeverfahren zwar darauf vertrauen, dass das Vergabeverfahren nach den zuvor bekannt gegebenen „Spielregeln“ geführt wird, was einschließt, dass eine Aufhebung nur rechtmäßig und deswegen entschädigungslos hinzunehmen ist, wenn einer der normierten Aufhebungsgründe vorliegt, nicht aber darauf, dass das Verfahren stets mit einem Zuschlag abgeschlossen wird. Unterbleibt die Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags, so kommt regelmäßig nur eine Entschädigung im Hinblick auf das Vertrauen in Betracht, nicht im Ergebnis nutzlose Aufwendungen für die Erstellung des Angebots und die Teilnahme am Vergabeverfahren tätigen zu müssen (vgl. BGH, Beschluss v. 18.02.2003 – X ZB 43/02 „Jugendstrafanstalt“ – BGHZ 154, 32, in juris Rz. 19; BGH, Beschluss v. 20.03.2014 – X ZB 18/13 „Fahrbahnerneuerung I“ – VergabeR 2014, 538, in juris Rz. 20). Schließlich liegt es – spiegelbildlich dazu – grundsätzlich auch nicht in der Kompetenz der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen, im Rahmen von § 168 Abs. 1 GWB zur Beseitigung einer Rechtsverletzung eine Maßnahme anzuordnen, welche für einen öffentlichen Auftraggeber, der trotz Einleitung eines Vergabeverfahrens einen Auftrag nicht mehr erteilen will, einen rechtlichen oder tatsächlichen Zwang bedeutete, sich doch vertraglich zu binden (vgl. BGH, Be-

- schluss v. 16.02.2003 - X ZB 43/02 „Jugendstrafanstalt“ - BGHZ 154, 32, in juris Rz. 19; vgl. auch Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR, 5. Aufl. 2024, § 168 Rn. 24, 26; Seebo, a.a.O., § 17 EU VOB/A Rn. 8).
- 35 b) Dem steht im Bereich der EU-weiten Ausschreibungspflicht - wie hier - das Unionsrecht nicht entgegen. Die Richtlinie - hier ist die Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe (künftig: VRL) einschlägig - enthält keine Bestimmung über Voraussetzungen der Beendigung eines Vergabeverfahrens ohne Zuschlagserteilung. Die in Art. 55 Abs. 1 VRL normierte Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Teilnehmer des Vergabeverfahrens über den Ausgang desselben zu unterrichten, setzt die Möglichkeit eines Verzichts des öffentlichen Auftraggebers auf die Vergabe des Auftrags voraus, ohne deren Voraussetzungen zu regeln. Die Befugnis des öffentlichen Auftraggebers zum Verzicht auf einen Vertragsabschluss ist nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht beschränkt auf Ausnahmefälle, so dass auch bloße Zweckmäßigkeitserwägungen einen solchen Verzicht rechtfertigen können (vgl. EuGH, Urteil v. 16.09.1999 - C-27/98 „Metalmeccanica Frasasso SpA“ - NZBau 2000, 153, Rn. 33 zur Richtlinie 93/37/EWG - Bau-KRL; EuGH, Urteil v. 18.06.2002 - C-92/00 „Hospital Ingenieure“ - VergabeR 2002, 361, Rn. 47 zur RL 92/50/EWG - DL-KRL; EuGH, Beschluss v. 16.10.2003 - C-244/02 „Kauppatalo Hansel Oy“ - Rn. 36 zur Richtlinie 93/36/EWG - Liefer-KRL; Portz, a.a.O., § 63 VgV Rn. 3 m.w.N.). Das vorliegende Nachprüfungsverfahren bietet deswegen entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch keine Veranlassung für ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof.
- 36 2. Allerdings bewegt sich der öffentliche Auftraggeber bei der Entscheidung über die Beendigung eines von ihm eingeleiteten Vergabeverfahrens ohne Zuschlag nicht in einem rechtsfreien Raum. Vielmehr sind auch bei der Entscheidung über eine Aufhebung - sei es vollständig oder teilweise, sei es in Form einer zeitlichen Zurückversetzung in ein früheres Stadium des Verfahrens oder in Form eines endgültigen Verzichts - die in § 97 GWB normierten Grundsätze des Vergabeverfahrens zu beachten, d.h. insbesondere der Wettbewerbsgrundsatz (Abs. 1 Satz 1), der Gleichbehandlungsgrundsatz (Abs. 2) sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Abs. 1 Satz 2; vgl. auch EuGH, Urteil v. 18.06.2002 - C-92/00 „Hospital Ingenieure“ - VergabeR 2002, 361, Rn. 62; dazu schon ausführlich Kaeble ZfBR 2003, 657). Die Einhaltung dieser Grundsätze, die nach § 97 Abs. 6 GWB als subjektive Bieterrechte ausgestaltet sind, kann Gegenstand der vergaberechtlichen Nachprüfung sein. Eine Anordnung der Fortführung des Vergabeverfahrens durch die vergaberechtliche Nachprüfungsinstanz kommt deswegen in Betracht, wenn die Aufhebung als ein Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeit erscheint, z.B. nur zum Schein erfolgt, um außerhalb des Vergabeverfahrens den Auftrag an ein Unternehmen zu erteilen, welches im laufenden Vergabeverfahren den Zuschlag nicht bekommen hätte, oder um einen Bieter, der in dem Vergabeverfahren eine echte Zuschlagschance hat, zu benachteiligen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 13.05.2003 - 1 Verg 2/03 „Thermische Abfallbehandlung II“ - VergabeR 2003, 588, in juris Rz. 46 ff.), wenn die Aufhebung rechtsirrtümlich (z.B. in der fehlerhaften Annahme des Vorliegens von Ausschlussgründen für sämtliche eingegangene Angebote oder in irriger Annahme des Vorliegens eines Zuschlagshindernisses) (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 13.10.2006 - 1 Verg 7/06 „BAB: Erd- und Deckenbau IV“ - nach juris, dort Rz. 41 ff.) oder sonst ohne sachlichen Grund erfolgt (vgl. z.B. OLG München, Beschluss v. 04.04.2013 - Verg 4/13 „Ortbetonpfähle“ - VergabeR 2013, 729, in juris Rz. 49 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.01.2015 - VII-Verg 29/14 „Polizeipräsidium“ - VergabeR 2015, 435, in juris Rz. 24

ff.), oder wenn die Aufhebung auf einer fehlerhaften Ermessensausübung beruht bzw. unverhältnismäßig ist (vgl. OLG München, Beschluss v. 31.10.2012 - Verg 19/12 „Kinderpalliativzentrum“ - VergabeR 2013, 487, in juris Rz. 39, 43; ebenso OLG Naumburg, Beschluss v. 13.10.2006 - 1 Verg 7/06 „BAB: Erd- und Deckenbau IV“ - nach juris, dort Rz. 53 ff.; vgl. allgemein zu den Anwendungsfällen BGH, 20.03.2014 - X ZB 18/13 „Fahrbahnerneuerung I“ - VergabeR 2014, 538, in juris Rz. 21; Portz, a.a.O., § 63 VgV Rn. 21 m.w.N.; VK Berlin, Beschluss v. 08.09.2024 - VK B 1 - 39/23; Reidt, a.a.O., § 168 GWB Rn. 28 m.w.N.). Der Senat hat bereits im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage im Termin der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Anordnung der Fortführung des Vergabeverfahrens durch die Nachprüfungsinstanz einer Verpflichtung zur Zuschlagserteilung nicht gleichsteht. Der öffentliche Auftraggeber kann u.U. auch in diesem Falle das Vergabeverfahren ohne Zuschlagserteilung durch erneute Aufhebung - natürlich unter Beachtung der Auffassung der Nachprüfungsinstanz - abschließen. Die Verpflichtung zur Zuschlagserteilung bildet eine absolute Ausnahme. Im vorliegenden Fall sind jedoch die Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner nicht gegeben.

- 37 3. Der erkennende Senat vermag - ebenso wie die Vergabekammer - keine konkreten Anhaltspunkte für die von der Antragstellerin geltend gemachte, sie diskriminierende Vorgehensweise des Antragsgegners festzustellen.
- 38 a) Die Vergabekammer hat in ihrer insoweit angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt, dass sich die Antragstellerin schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht mit Erfolg auf den Verlauf des vorangegangenen Vergabeverfahrens berufen kann, welches bereits auf die Vergabe u.a. auch der streitgegenständlichen Bauleistungen gerichtet gewesen ist. Dieses vorangegangene Vergabeverfahren ist durch Aufhebung beendet worden, ohne dass einer der Teilnehmer - darunter auch die hiesige Antragstellerin - einzelne Maßnahmen des Antragsgegners in diesem vorangegangenen Vergabeverfahren, insbesondere auch die Aufhebung, als vergaberechtswidrig gerügt und zum Gegenstand einer vergaberechtlichen Nachprüfung gemacht hätte. Damit ist dieses Vergabeverfahren einer vergaberechtlichen Überprüfung durch die Vergabekammer oder den Vergabesenat entzogen. Die Nachprüfung nach §§ 155 ff. GWB soll einen Primärrechtsschutz als Individualrechtsschutz während des schon begonnenen und noch laufenden Vergabeverfahrens eröffnen, nicht eine allgemeine und hier sogar retrospektive Rechtmäßigkeitskontrolle. Ob ausnahmsweise etwas Anderes gelten kann, wenn sich im Lichte des Vergabeverfahrens, welches nunmehr Gegenstand einer vergaberechtlichen Nachprüfung ist, der Verdacht einer diskriminierenden Behandlung desselben Bieters bereits im vorangegangenen Verfahren ergibt, kann hier offenbleiben. Der Senat hat die Gründe der Aufhebung durch Gewährung von partieller Akteneinsicht offengelegt. Danach ist ersichtlich, dass die Aufhebung des vorangegangenen Vergabeverfahrens darauf gestützt wurde, dass die Angebotspreise sämtlicher zuschlagsfähiger Angebote ganz erheblich über der - nochmals geprüften - Kostenschätzung des Antragsgegners (zwischen 45,8 % und 82,3 %) lagen und deswegen als unwirtschaftlich angesehen wurden. Anhaltspunkte für personenbezogene Grundlagen dieser Entscheidung sind nicht ersichtlich.
- 39 b) Der Senat schließt sich der Bewertung der Vergabekammer an, dass die Mitteilung des Antragsgegners vom 11.09.2023 über den fristgerechten Eingang aller Unterlagen - zeitlich nach dem Ablauf der für die Einreichung zusätzlicher Unterlagen gesetzten Frist und vor der ersten Vergabeempfehlung der Architekten des Antragsgegners - weder so gemeint noch nach objektivem Empfängerhorizont von der Antragstellerin so verstanden

- werden konnte, dass die inhaltliche Prüfung sämtlicher Unterlagen abgeschlossen und zu keinen Beanstandungen geführt habe. Bei dieser Mitteilung handelte es sich um eine Eingangsbestätigung. Im Übrigen umfasste die Mitteilung zugleich die Aufforderung, eine Differenz zwischen den angeführten Kosten im Formblatt 221, Punkt 3.5, und der Summe der Positionen gemäß Formblatt 235 zu erklären, woraus sich eindeutig ergab, dass die inhaltliche Prüfung gerade nicht abgeschlossen war.
- 40 c) Auch der von der Antragstellerin angeführte Umstand, dass der Antragsgegner nach ursprünglicher Bewertung der Angebote in seinem Vergabevermerk vom 03.11.2023 u.a. auch das Angebot der Antragstellerin wegen einer vermeintlichen Änderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen hat, deutet nicht auf eine Diskriminierung der Antragstellerin hin. Auf die Rüge der Antragstellerin hat er diese Bewertung selbst korrigiert und das Angebot der Antragstellerin in die weitere Prüfung und Wertung der Angebote einzogen. In dem nachfolgend erarbeiteten Vergabevorschlag vom 04.12.2023 war das Angebot der Antragstellerin sogar für die Zuschlagserteilung vorgesehen.
- 41 d) Der nachfolgende Wiedereinstieg des Antragsgegners in die Eignungsprüfung beruhte einerseits auf der Vergabekonzeption: Wird die Wirtschaftlichkeit des Angebots allein nach dem niedrigsten Angebotspreis bewertet, so kommt der Eignungsprüfung eine besondere Bedeutung auch für die Qualitätssicherung zu. Das zeigt sich auch im vorliegenden Vergabeverfahren, denn sowohl die Fachabteilung Baudurchführung als auch die beratenden Architekten des Antragsgegners führten jeweils eine sorgfältige Eignungsprüfung bei allen Bieter und deren Nachunternehmern durch. Andererseits führte das vom Antragsgegner angewandte Bestbieterprinzip, wie es im Formblatt 124 angelegt ist und auch der Regelung in § 8 TVergG LSA entspricht, zu einer zweistufigen Prüfung der Eignung, zunächst ausschließlich auf der Grundlage von Eigenerklärungen der Bieter und danach – für den Fall, dass das Angebot eines Bieters als das annehmbarste im Wettbewerb für die Erteilung des Zuschlags in Betracht kommt – nochmals auf der Grundlage gesondert abzufordernder weiterer Eignungsunterlagen. Angesichts mehrfacher Neubeurteilungen, welches der Angebote zuschlagsfähig ist, und der durch das Hinzutreten oder den Wegfall eines Angebots bewirkten Veränderung der Platzierungen sind abwechselnd die Angebote verschiedener Bieter als erstplatzierte Angebote angesehen worden, was jeweils eine erneute vertiefte Eignungsprüfung des jeweiligen Bestbieters auslöste und dadurch zu einer zeitlichen Streckung des Vergabeverfahrens führte. Eine Ungleichbehandlung der Antragstellerin ist nicht zu erkennen.
- 42 e) Die Absicht des Antragsgegners, das Angebot der Antragstellerin erneut, nunmehr wegen verbliebener Zweifel an der Eignung insbesondere zweier zum Einsatz vorgesehener Nachunternehmer, auszuschließen, ist weder bei isolierter Betrachtung noch in der Gesamtschau der vorgenannten Umstände als Anhaltspunkt für eine Diskriminierung der Antragstellerin zu bewerten. Der Antragsgegner hat seine Ausschlussentscheidung auf von ihm konkret benannte Mängel der Eignungsunterlagen der Antragstellerin gestützt. Die Bewertung der Vergabekammer, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtswidrig war, beruhte dem gegenüber ausschließlich darauf, dass der Antragsgegner ungeachtet der tatsächlichen Feststellungen schon aus rechtlichen Gründen eine Eignungsbewertung nicht vornehmen durfte, weil er keinerlei Eignungsanforderungen wirksam aufgestellt hatte, welche als Prüfungsmaßstab oder gar als Rechtfertigung für einen Angebotsausschluss in Betracht gekommen wären. Die Intensität der Eignungsprüfung der Antragstellerin unterschied sich dabei weder von derjenigen des ursprünglichen

- Bestbieters noch von derjenigen des zuletzt als Zuschlagsaspiranten vorgesehenen Mitbewerbers.
- 43 4. Der Antragsgegner stützt seine Aufhebungsentscheidung auf sachliche Gründe. Diese rechtfertigen die Beendigung des im Juli 2023 begonnenen Vergabeverfahrens.
- 44 a) Der Antragsgegner stützt seine Aufhebungsentscheidung darauf, dass er durch den – auch nach Auffassung des Senats rechtlich zutreffenden – Hinweis der Vergabekammer bemerkt habe, dass eine Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren nicht in Betracht kommt. Denn der Antragsgegner kann die ihm obliegende Verpflichtung, einen öffentlichen Bauauftrag nur an ein für die Ausführung des konkreten Auftrags auch geeignetes Unternehmen zu vergeben, nicht erfüllen. Ein bestimmtes Eignungsniveau lässt sich nicht durchsetzen, weil die Eignungsanforderungen insgesamt nicht wirksam bekanntgemacht worden sind. Die bei ihm bisher noch vorhandenen Zweifel an der Eignung einzelner Bieter können jedenfalls nicht zu einer Entscheidungsgrundlage gemacht werden. Einziges Entscheidungskriterium bei der Auswahl des Vertragspartners bleibt danach der niedrigste Angebotspreis. Damit droht dem Antragsgegner auch, das mit dem eingeleiteten Vergabeverfahren angestrebte wettbewerbliche Ergebnis zu verfehlt (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 24.10.2006 – 11 Verg 6/06 – unveröffentlicht; OLG Frankfurt, Beschluss v. 02.03.2007 – 11 Verg 14/06 „BAB 5: Streckenbeeinflussungssystem“ – NZ-Bau 2007, 466, in juris Rz. 47; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.04.2009 – VII-Verg 73/08 „Klärschlamm-Entsorgung“ – nach juris, dort Rz. 24; OLG Celle, Beschluss v. 03.07.2018 – 13 Verg 8/17 „Einwohnermeldesystem“ – NZBau 2019, 213, in juris Rz. 42). Die besorgte Verfehlung des Beschaffungsziels stellt eine sachliche Rechtfertigung für die Aufhebung der Ausschreibung dar.
- 45 b) Die Entscheidung des Antragsgegners für eine Aufhebung in Gestalt der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor der Absendung des Textes der Auftragsbekanntmachung an das Pflichtmedium zeigt auch, dass der Antragsgegner nicht etwa beabsichtigte, das Verfahren nur zum Schein aufzuheben und einem anderen Bieter als der Antragstellerin den Zuschlag außerhalb des Vergabeverfahrens zu erteilen. Vielmehr hat der Antragsgegner bereits in seiner Information über die Aufhebung an die Bieter die Absicht der Neuausschreibung, also der Einleitung eines neuen förmlichen Verfahrens, kundgetan. Der Vergabedokumentation ist zu entnehmen, dass erneut ein Offenes Verfahren durchgeführt werden soll.
- 46 5. Der Wirksamkeit der Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners stehen auch die Einwendungen der Antragstellerin im Hinblick auf eine notwendige Ermessensausübung nicht entgegen.
- 47 a) Allerdings ist ein öffentlicher Auftraggeber bei seiner Entscheidung über die Beendigung des Vergabeverfahrens ohne Zuschlag stets verpflichtet, das Für und Wider einer Fortsetzung bzw. einer Beendigung des Verfahrens gegeneinander sorgsam abzuwägen und insoweit eine Ermessensentscheidung zu treffen. Selbst wenn dem öffentlichen Auftraggeber ein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 EU Abs. 1 VOB/A zur Seite steht, ist die Aufhebung rechtswidrig, wenn er dieses Ermessen nicht oder fehlerhaft ausübt. Die Notwendigkeit einer Abwägung der sich gegenüberstehenden betroffenen Interessen besteht umso mehr, wenn kein die Rechtmäßigkeit der Aufhebung vermittelnder Grund gegeben ist. Eine ordnungsgemäße Ausübung eines Ermessensspielraums setzt grundsätzlich voraus, dass der Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt wurde, dass die o.a. Verfahrensgrundsätze eingehalten wurden, keine schwädrigen Erwägungen in die Entschei-

dung eingeflossen sind, die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte angemessen und vertretbar gewichtet wurden und der durch die einschlägigen Rechtsnormen bzw. durch die vom öffentlichen Auftraggeber selbst vorgegebene Rahmen bzw. Maßstab beachtet wird.

- 48 b) Der Antragstellerin ist auch darin zu folgen, dass grundsätzlich die Dokumentation des Vergabeverfahrens die Informationsgrundlage dafür bietet, ob diese Vorgaben eingehalten wurden. Der nach § 2 VgV auch auf die Vergabe von Bauaufträgen anzuwendende § 8 VgV (vgl. auch Klarstellung in § 20 EU VOB/A) verlangt insoweit neben einem abschließenden und zusammenfassenden Vergabevermerk mit bestimmten Pflichtinformationen (Abs. 2) eine fortlaufende Dokumentation des Vergabeverfahrens, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist (Abs. 1). Hiervon wird auch die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Aufhebung des Vergabeverfahrens umfasst (vgl. nur OLG Naumburg, Beschluss v. 17.12.2021 – 7 Verg 3/21 „Ersatzneubau Gymnasium“ – VergabeR 2022, 668, in juris Rz. 60). Gemessen an den Zwecken dieser Dokumentationspflicht bedarf es somit einer in Textform gebrachten Niederlegung, die in einem engeren zeitlichen Zusammenhang mit den zu dokumentierenden Gründen bzw. Vorgängen steht, sodass eine sachgemäße Entscheidungsfindung plausibel und substanzell nachvollziehbar ist sowie Willkür und Manipulationsgefahr ausgeschlossen sind (vgl. Brauser-Jung in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2. Aufl. 2022, § 8 Rn. 25 m.w.N.). Gleichwohl kann die nach § 8 Abs. 1 VgV vorgeschriebene Dokumentation grundsätzlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden, d.h. dass auch die vom öffentlichen Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Umstände und Gesichtspunkte, mit denen die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung nachträglich verteidigt werden soll, von der Nachprüfungsinstanz auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen sind. Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat insoweit eine Verhältnismäßigkeitsbetrachtung angestellt und hierzu grundsätzlich ausgeführt:
- 49 „Der Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabevermerk zeitnah niedergelegt worden sind. Vielmehr ist, soweit es die Frage der möglichen Heilung von Dokumentationsmängeln im Vergabevermerk betrifft, einerseits zu berücksichtigen, dass insbesondere die zeitnahe Führung des Vergabevermerks die Transparenz des Vergabeverfahrens schützen und Manipulationsmöglichkeiten entgegenwirken soll. Andererseits gibt das Gesetz der Vergabekammer – was für die Beschwerdeinstanz entsprechend zu gelten hat – vor, bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf zu achten, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird (§ 110 Abs. 1 Satz 4 GWB a.F. – jetzt § 163 Abs. 1 Satz 4 GWB). Mit dieser dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz verpflichteten Regelung wäre es ... nicht vereinbar, bei Mängeln der Dokumentation im Vergabevermerk generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert von einer Berücksichtigung im Nachprüfungsverfahren abzusehen und stattdessen eine Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens anzuordnen. Dieser Schritt sollte vielmehr Fällen vorbehalten bleiben, in denen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation lediglich im Nachprüfungsverfahren nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragerteilung zu gewährleisten.“ (vgl. BGH, Beschluss v. 08.02.2011 – X ZB 4/10 „S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I“ – BGHZ 188, 200, in juris Rz. 73).

- 50 Diese noch zur Rechtslage unter Geltung der VOL/A 2009 ergangene Rechtsprechung wird, soweit ersichtlich einhellig, auf die Regelungen des § 8 VgV übertragen (vgl. nur OLG München, Beschluss v. 09.03.2018 – Verg 10/17 „Straßenaufbruch“ – VergabeR 2018, 437, in juris Rz. 55; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.05.2018 – Verg 13/18 – in juris Rz. 39 f. m.w.N.; KG Berlin, Beschluss v. 15.02.2019 – Verg 9/17 „Notarztleistungen“ – in juris Rz. 59 f.; auch Brauser-Jung, a.a.O., § 8 VgV Rn. 29 m.w.N.; Langenbach in: Burgi/ Dreher, Vergaberecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 8 VgV Rn. 10, 11 auch unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien).
- 51 c) Nach diesen Maßstäben sind hier die Gründe des Antragsgegners für seine Entscheidung zur Aufhebung durch die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor der Absendung des Textes der Auftragsbekanntmachung – was dem Beginn eines neuen Vergabeverfahrens entspricht (arg ex § 3 Abs. 3 VgV) – hinreichend dokumentiert worden, insbesondere durch den Inhalt des Informationsscheibens an die Bieter vom 04.04.2024. Bereits diesem Schreiben ist – ebenso wie dem konstanten Vorbringen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren – eindeutig zu entnehmen, dass der Antragsgegner keine rechtmäßige Alternative gesehen hat, den öffentlichen Bauauftrag im laufenden Vergabeverfahren noch zu vergeben. Durch den Hinweis der Vergabekammer vom 20.03.2024, auf dessen Inhalt der Antragsgegner sich bei der Begründung seiner Entscheidung ausdrücklich bezogen hat, ist ihm vermittelt worden, dass im laufenden Vergabeverfahren eine Eignungsprüfung nicht vorgenommen werden kann, weil es an einer wirksamen Bekanntmachung von Eignungskriterien und hierzu erforderlichen Eignungsunterlagen fehlte. Eine Heilung der unwirksamen Bekanntmachung konnte danach nur durch eine erneute Auftragsbekanntmachung erfolgen. Die durch den Bekanntmachungsfehler des Antragsgegners verursachte Unzulässigkeit einer Eignungsprüfung im laufenden Verfahren stand im eklatanten Widerspruch zu dem in § 2 EU Abs. 3 VOB/A normierten Grundsatz, wonach öffentliche Aufträge nur an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen, die nicht nach § 6e EU ausgeschlossen sind, vergeben „werden“. Die vom Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren für seine konkrete Entscheidungssituation ab 20.03.2024 geltend gemachte Reduzierung seines Ermessensspielraums auf Null stellt eine zulässige nachträgliche Konkretisierung und Ergänzung dieser ursprünglich dokumentierten Erwägungen dar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.02.2021 – Verg 23/20 „Arbeitsvermittlung“ – in juris Rz. 73 m.w.N.). Den drei E-Mails der Fachabteilungen vom 27.03.2024 ist weiter zu entnehmen, dass Mitarbeiter des Antragsgegners Handlungsalternativen gesucht, aber nicht gefunden haben. Aus Sicht des Antragsgegners bestanden durchgreifende Zweifel an der Eignung der Antragstellerin nach den Maßstäben der unwirksam aufgestellten Eignungskriterien, weswegen zuletzt die Absicht bestanden hatte, den Zuschlag auf das preislich ungünstigere Angebot der o.g. Zuschlagsaspirantin zu erteilen. Inzwischen sind weitere Gesichtspunkte hinzgetreten, welche einer Fortführung des Vergabeverfahrens entgegenstehen: Auch für die Angebote der beiden verbliebenen Bieter sind die Bindefristen jeweils seit längerem abgelaufen, so dass bei einer künftigen Zuschlagerteilung die Wirksamkeit der Beauftragung nach § 150 Abs. 1 BGB von einer Annahmeerklärung des Zuschlagsempfängers abhängig und wegen der Verzögerung des Zuschlags und der damit verbundenen Verschiebung der Ausführungsfrist eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B analog zu besorgen wäre. Schließlich hat der Antragsgegner darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf Erkenntnisgewinne des Antragsgegners (z.B. vom Baugrund und dort verlaufenden Erd-

leitungen) und Arbeiten anderer Gewerke Veränderungen der Leistungsbeschreibung der hier zu beschaffenden Bauleistungen erforderlich geworden sind.

- 52 d) Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass ein Rückgängigmachen der Aufhebung der Ausschreibung durch die Nachprüfungsinstanz im vorliegenden Falle auch nicht von seinen Befugnissen nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB umfasst wäre. Hieran hält er auch in Ansehung der Stellungnahme der Antragstellerin vom 22.10.2024 fest. Danach ist die Nachprüfungsinstanz berechtigt, unabhängig von der Formulierung der Anträge durch die Beteiligten „geeignete Maßnahmen“ anzugeordnen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Die angeordnete Maßnahme muss geeignet sein, um eine konkret festgestellte Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers i.S.v. § 97 Abs. 6 GWB zu beseitigen. An dieser Eignung zur Abhilfe fehlt es hier für eine Aufhebung der Aufhebung. Die Anordnung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens mit den zwei verbliebenen Bieterinnen – der Antragstellerin und der derzeitigen Zuschlagsaspirantin – führte nicht zu einem rechtmäßigen Vergabeverfahren. Es bliebe dabei, dass mangels ordnungsgemäßer Bekanntmachung der Eignungskriterien und Eignungsnachweise eine Eignungsprüfung überhaupt nicht durchgeführt werden könnte. Darüber hinaus wurden zu einem früheren Stadium des Vergabeverfahrens die Angebote von vier Bieterinnen ausgeschlossen jeweils im Hinblick auf die vermeintlich wirksamen Anforderungen an die Eignung entweder wegen fehlender Eignungsunterlagen oder wegen mangelnder Mitwirkung an der Aufklärung der Eignung. Die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens lediglich in den Stand des Vergabevorschlags vom 04.12.2024 führte zu einem erheblichen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter.

C.

- 53 I. Die Entscheidung über die Kostentragung im Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 Abs. 2, 71 GWB.
- 54 1. Nach § 71 Satz 1 GWB, auf dessen entsprechende Anwendung § 175 Abs. 2 GWB verweist, hat das Beschwerdegericht über die Kostentragung im Beschwerdeverfahren und darüber zu entscheiden, ob einem der Verfahrensbeteiligten die zur zweckentsprechenden Erledigung des Beschwerdeverfahrens notwendigen Kosten eines anderen Verfahrensbeteiligten auferlegt werden sollen. Insoweit ist dem Gericht ein Ermessen eingeräumt; die Anordnung der Kostentragung soll der Billigkeit entsprechen. Nach Satz 2 dieser Vorschrift sind Kosten, welche u.a. durch ein unbegründetes Rechtsmittel veranlasst worden sind, dem Rechtsmittelführer aufzuerlegen.
- 55 2. Nach diesen Maßstäben waren hier der im Beschwerdeverfahren unterlegenen Antragstellerin die gerichtlichen Kosten (Gebühren und Auslagen) des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen und auch die erstattungsfähigen Aufwendungen des Antragsgegners. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt auch keine Intransparenz der Gründe der Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners vor, welche eine anderweitige Verteilung der Kostenlast zu rechtfertigen geeignet wäre.
- 56 II. Die Festsetzung des Gegenstandswertes des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat legt dabei die geprüfte Angebotssumme des Hauptangebotes der Antragstellerin zugrunde und bestimmt in ständiger Rechtsprechung den Gegenstandswert – auch zur Wahrung der Vertraulichkeit des Inhalts des Angebots der Antragstellerin – nach den im Kostenrecht geltenden Wertstufen.

