



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 7/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Bogenrieder auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 2014 am 4. März 2014 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte [...] im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach vorangegangenem Teilnahmewettbewerb gemeinschaftsweit bekannt. Wesentliches Anliegen des Auftrags war es, eine breite gesellschaftliche Kommunikation und Transparenz für den Ausbau der Stromnetze zu schaffen, um eine mit den nationalen und europäischen Zielsetzungen in Einklang stehende Stromversorgung zu gewährleisten. Der Auftrag war Teil eines 10-Punkte-Sofortprogramms vom 28. September 2010 der damaligen Bundesregierung zur Umsetzung ihres Energiekonzepts. Die Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrags, dessen finanzielles Volumen [...] war festgelegt auf 5 Jahre ab Auftragserteilung. Das Ende der Bindefrist war zunächst vorgesehen [...].

Der Dienstleistungsauftrag bestand aus diversen „Arbeitspaketen“ (AP):

- AP 0 Einrichtung eines Projektbüros [...]
- AP 1 Bürgerdialog im Vorfeld von Planungs- und Genehmigungsverfahren
- AP 2 Informationsplattform im Internet
- AP 3 Informationsmaterialien
- AP 4 Presse-, Medien- und Öffentlichkeitsarbeit
- AP 5 Evaluierung der Maßnahmen.

Wie sich aus der Leistungsbeschreibung ergibt (ebenda, Rn. 3), sollte der zukünftige Auftragnehmer die Leistungen in enger und regelmäßiger Abstimmung mit der Ag erbringen. Die Ag sollte die Möglichkeit haben, einzelne Arbeitspakete zu kürzen oder zu erweitern, sofern sich im Verlauf der Maßnahmendurchführung die Notwendigkeit hierzu ergeben sollte.

Dem Auftragnehmer sollte es obliegen, sicherzustellen, die einzelnen Arbeitspakete in logistischer und organisatorischer Hinsicht auf bundesweiter Ebene durchführen zu können.

Die Finanzierung der Maßnahme sollte ursprünglich durch [...] und [...] gemeinsam erfolgen. Der Finanzierungsanteil des [...] sollte aus dem Bundeshaushalt erfolgen. Der Anteil des [...] sollte aus Mitteln des Energie- und Klimafonds (EKF, Modernisierungsoffensive Innovative Netze) bereitgestellt werden. Rechtsgrundlage für den EKF ist das Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1807 - EKFG), geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 29.7.2011 (BGBl. I S. 1702). Danach ist der EKF ein Sondervermögen des Bundes, dessen Zweck es ist, zusätzliche Programmausgaben zur Förderung einer umweltschonenden, zuverlässigen und bezahlbaren Energieversorgung sowie zum Klimaschutz zu ermöglichen (§ 2 Abs. 1 EKFG). Maßnahmen sind „zusätzlich“, wenn sie nicht bereits im Bundeshaushalt oder in der Finanzplanung des Bundes berücksichtigt sind (§ 2 Abs. 2 EKFG). Der EKF speist sich im Wesentlichen aus den Erlösen aus der Versteigerung von Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen.

Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge endete am 19. Februar 2013. Zu einer Entscheidung darüber, welche Unternehmen anschließend zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, kam es zunächst nicht. Mit Schreiben vom 7. März 2013 unterrichtete die Ag die Interessenten wie folgt:

„Die abschließende Bewertung der Teilnahmeanträge wurde zurückgestellt, weil die Finanzierung des Projektes aufgrund der finanziellen Entwicklung des Energie- und Klimafonds überprüft werden muss. Eine rasche Entscheidung wird angestrebt. Wir werden Sie zeitnah informieren.“

Mit Rundschreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) vom 16. April 2013 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung im EKF 2013 wurde die Aufteilung der EKF-Barmittel für 2013 und die Verpflichtungsermächtigungen für die Folgejahre gegenüber den Ressorts bekannt gemacht und zugewiesen (Entscheidungsvorlage des [...] vom 10. Mai 2013). Wie sich aus einer Pressemeldung des BMF vom 25. April 2013 ergibt, hat das Ministerium den anderen Bundesressorts für das Jahr 2013 rd. 70 % der Programmmittel des Wirtschaftsplans des EKF zur Verfügung gestellt. Die Verpflichtungsermächtigungen für die künftigen Jahre wurden bei den Programmen zur energetischen Gebäudesanierung, Elektromobilität und Internationaler Klima- und Umweltschutz zu 100 %, bei allen anderen Programmen zu 50 % zugewiesen (Pressemeldung des BMF vom 25. April 2013).

Daraufhin teilte die Ag den Interessenten in einem Schreiben vom 10. Mai 2013 mit, dass die „Finanzierung des Projekts sich in der Endabstimmung“ befinde und die erfolgreichen Teilnehmer voraussichtlich Ende Mai zur Angebotsabgabe aufgefordert würden. In einem Schreiben vom 23. Mai 2013 forderte die Ag fünf Teilnehmer, darunter die ASt, zur Abgabe erster Angebote bis zum 3. Juli 2013 auf. Die ASt und mehrere andere Bieter gaben Angebote ab. Nach Durchführung der 1. und 2. Verhandlungsrunde (23. Juli bzw. 6. August 2013) forderte die Ag die Bieter mit Schreiben vom 10. September 2013 zur Abgabe ihrer finalen Angebote auf Basis einer geänderten Leistungsbeschreibung (Stand: 6. September 2013) bis spätestens zum 25. September 2013 auf.

Ende November 2013 zog sich das [...] aus dem Vergabeverfahren zurück. Aufgrund des fortbestehenden Interesses an der alsbaldigen Durchführung des Projekts entschied das [...], das Projekt nunmehr als alleiniger Auftraggeber weiter zu führen. Der Wegfall der [...] Mittel für das Projekt aufgrund des Rückzugs dieses Ministeriums sollte durch Umschichtungen von Haushaltsmitteln erfolgen. Einer Entscheidungsvorlage des zuständigen Fachreferats des [...] vom 28. November 2013 ist zu entnehmen:

„Weiteres Vorgehen/Zeitplan:

Um im Januar 2014 mit der Initiative starten zu können, müsste der Zuschlag noch dieses Jahr erteilt werden. Dies setzt voraus, dass die unterlegenen Bieter bis zum 6. Dezember 2013 informiert werden. Ab diesem Tag würde dann die 10-tägige Stillhaltefrist laufen. Sollten währenddessen keine Nachprüfungsanträge seitens der unterlegenen Bieter gestellt werden, könnte dann die rechtliche Verpflichtung noch bis Freitag, dem 20. Dezember 2013, eingegangen werden. Erfolgt dies nicht, so wäre aufgrund der vorläufigen Haushaltsführung keine Auftragsvergabe vor Spätsommer 2014 möglich.....“

Die Ag unterrichtete die ASt mit Schreiben vom 3. Dezember 2013 über ihre Absicht, den Zuschlag auf deren Angebot zu erteilen. Gleichzeitig wurden die nicht berücksichtigten Bieter nach § 101 a GWB informiert, dass ihre Angebote nicht für den Zuschlag vorgesehen seien. Zur Zuschlagserteilung kam es jedoch nicht, weil ein unterlegener Wettbewerber mit einem am 12. Dezember 2013 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragte (Vergabekammer des Bundes, VK 2 – 122/13). Dieses Nachprüfungsverfahren löste das gesetzliche Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB aus. Die ASt war zu diesem Nachprüfungsverfahren, das Ende Januar 2014 durch die dortige Antragstellerin für erledigt erklärt worden ist, nach § 109 GWB von der Vergabekammer beigeladen worden.

Mit Rundschreiben vom 10. Dezember 2013 informierte das BMF alle obersten Bundesbehörden darüber, dass das Haushaltsgesetz 2014 erst nach Beginn des Haushaltsjahres 2014 verkündet werden würde. Bis dahin –voraussichtlich Juli 2014- richte sich die vorläufige Haushaltsführung nach Art. 111 Grundgesetz (GG). Ab dem 1. Januar 2014 seien die in dem Rundschreiben dargelegten Grundsätze zur vorläufigen Haushaltsführung anzuwenden. Inhaltlich legt das Rundschreiben zunächst die Restriktionen dar, die sich aus Art. 111 GG für Ausgaben im Rahmen der vorläufigen Haushaltsführung ergeben (Ausgaben ausschließlich zulässig für: Erhalt gesetzlich bestehender Einrichtung, Durchführung gesetzlich beschlossener Maßnahmen, Erfüllung rechtlich begründeter Verpflichtungen des Bundes, Fortsetzung von Bauten, Beschaffungen und sonstigen Leistungen, sofern durch den Haushaltsplan eines Vorjahres bereits Beträge bewilligt sind). Unter Ziffer 3. des Rundschreibens wird die Bewirtschaftung von Verpflichtungsermächtigungen erläutert. Was die *„Inanspruchnahme weiter geltender Verpflichtungsermächtigungen“* (Ziffer 3.1.) anbelangt, so heißt es:

„Die nach § 45 Absatz 1 Satz 2 BHO weiter geltenden, noch nicht in Anspruch genommenen Verpflichtungsermächtigungen des abgelaufenen Haushaltsplans dürfen nach Maßgabe der im Haushaltsplan 2013 angegebenen Jahresfälligkeiten für die Jahre ab 2015 in Anspruch genommen werden. (...) Für neue Maßnahmen –das sind Maßnahmen, die am 1. Januar 2014 noch nicht begonnen sind- dürfen Verpflichtungsermächtigungen nur in besonders begründeten Ausnahmefällen nach Maßgabe von § 38 Absatz 1 Satz 2 BHO in Anspruch genommen werden.“

In Bezug auf *„Erstmals ausgebrachte Verpflichtungsermächtigungen“* (Ziffer 3.2) heißt es, dass *„Verpflichtungsermächtigungen, die in der nach Nr. 1.2 maßgeblichen Grundlage ausgebracht sind, (...) nur in besonders begründeten Ausnahmefällen nach Maßgabe von § 38 Absatz 1 Satz 2 BHO mit Einwilligung des BMF in Anspruch genommen werden“* dürfen.

Ergänzt wurde dieses Rundschreiben durch ein weiteres Rundschreiben des BMF vom 18. Dezember 2013, welches die Bewirtschaftung der Einnahmen und Ausgaben des Sondervermögens EKF konkretisierte. Für Verpflichtungsermächtigungen wird hier u.a. auf Ziffer 3. des Rundschreibens vom 10. Dezember 2013 verwiesen.

In einem Vermerk vom 19. Dezember 2013 zu *„Aktueller Stand Vergabeverfahren, vorläufige Haushaltsführung und weiteres Vorgehen“* setzte sich die Ag mit der Gesamtlage in Bezug auf das in der Vergabe befindliche Vorhaben auseinander. Die Ag umreißt hier zunächst den Ablauf des Vergabeverfahrens. Sodann wird festgestellt, dass seit 1. Januar 2014 bis

voraussichtlich Ende Juli 2014 –avisierter Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundeshaushalts 2014- nach den Grundsätzen der vorläufigen Haushaltsführung wie konkretisiert durch die beiden Rundschreiben des BMF vom 10. und 18. Dezember 2013 zu wirtschaften sei. Danach dürften in dieser Phase nur Ausgaben gemäß der Ausnahmeregelung des Art. 111 GG geleistet werden, die zur Weiterführung der Staatsgeschäfte sachlich notwendig und unaufschiebbar seien. Nicht zulässig seien Ausgaben, die das Budgetrecht des Parlaments präjudizierten. Aufgrund des Nachprüfungsverfahrens zum Aktenzeichen VK 2-122/13 wäre ein Zuschlag frühestens in einem Zeitpunkt möglich, in dem selbst buchungstechnisch keine Verpflichtung für das Haushaltsjahr 2013 mehr eingegangen werden könnte (Mitte Januar 2014). Die bloße Einleitung des Vergabeverfahrens begründe noch keine rechtliche Verpflichtung im Sinne von Art. 111 GG; auch könne die [...] nicht als zulässige „Fortsetzungsmaßnahme“ nach Art. 111 GG bewertet werden, obwohl sie bereits im Jahr 2013 etatisiert worden sei. Es dürfe aber selbst nach weiter Auslegung kein Anlass zu Zweifeln an dem politischen und parlamentarischen Willen zur Fortsetzung gegeben sein. In der Zeit der vorläufigen Haushaltsführung sei es allein Sache des parlamentarischen Willens, zu entscheiden, ob neue Maßnahmen bewilligt werden könnten oder nicht. Für die demnach zu diesem Zeitpunkt als „neue Maßnahme“ zu qualifizierende [...] sei keine der in Art. 111 GG genannten gesetzlichen Ausnahmen einschlägig, so dass es nicht zulässig wäre, das Vergabeverfahren fortzuführen und den Zuschlag zu erteilen bzw. entsprechende Zahlungen zu veranlassen. Es sei nicht absehbar, ob die Mittel für die [...] in der Form und in der Höhe im Haushalt 2014 eingestellt werden würden. Die Ausnahmevoraussetzungen von Art. 112 GG für überplanmäßige Ausgaben oder überplanmäßige Verpflichtungserklärungen, nämlich ein unvorhergesehener und unabweisbarer Bedarf, lägen nicht vor, da der Bedarf für die [...] bereits seit Dezember 2012 absehbar gewesen sei, andererseits jedoch keine Anhaltspunkte für eine dringende Notwendigkeit eines umgehenden Kampagnenstarts aufgrund irreparabler Folgen für die Akzeptanz des [...] gegeben seien. Es seien daher schwerwiegende Gründe i.S.v. § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A gegeben, die eine Aufhebung rechtfertigten. Wie sich aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 26. Juni 2013) ergäbe, stellten fehlende Haushaltsmittel grundsätzlich einen wichtigen Grund dar. Vorliegend führe die vorläufige Haushaltsführung dazu, dass derzeit keine Mittel zur Durchführung der Kampagne vorhanden seien. Bei der Ermessensausübung seien auch mildere Mittel wie die Aussetzung des Vergabeverfahrens bis zur Verabschiedung des Haushalts zu prüfen. Dies setze aber eine unverändert fortbestehende Beschaffungsabsicht voraus, die in dieser Form schon deswegen nicht bestehe, weil es sich bei der [...] um einen dynamischen Prozess handle, bei dem sich auch die Anforderungen bezüglich der

Akzeptanzschaffung in Abhängigkeit von den Bedürfnissen der Beteiligten veränderten. So seien in den vergangenen Monaten die Akteure des [...], [...] wegen der steigenden Bedeutung des [...] zunehmend aktiv geworden. Auch der Koalitionsvertrag und die dort vorgesehene [...] werde in zeitlicher und räumlicher Hinsicht Veränderungen im Hinblick auf den [...] nach sich ziehen. Ferner bestehe in Bezug auf die haushaltsrechtliche Seite große Unsicherheit, da nicht absehbar sei, welche Prioritäten der neue Bundestag setzen werde und ob und in welchem Umfang in 2014 Haushaltsmittel für die Maßnahme bereitgestellt würden. Grundsätzlich gegen eine Aufhebung sprächen zwar die vergeblichen Aufwendungen der Bieter, die sie im Vertrauen auf einen erfolgreichen Vertragsabschluss getätigt hätten. Die fehlenden Haushaltsmittel schränkten aber das Ermessen der Ag nicht unerheblich ein. Auch solle der Auftrag nicht mehr in dieser Form vergeben werden. Deswegen müssten die monetären Interessen einzelner Bieter hinter der im Ergebnis sachgerechten Aufhebungsentscheidung zurück stehen.

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2013 teilte die Ag allen Bietern mit, das Vergabeverfahren nach § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A aufgehoben zu haben. Da das Vergabeverfahren im laufenden Haushaltsjahr nicht mehr abgeschlossen werden könne, kämen - so die Ausführungen der Ag - bis zur Verabschiedung des Haushaltsgesetzes 2014 die Regelungen der vorläufigen Haushaltsführung zur Anwendung. Diese sähen vor, dass die Haushaltsmittel vorrangig für laufende Maßnahmen einzusetzen seien.

Gegen die Aufhebung der Ausschreibung wandte sich die ASt mit Rügeschreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23. Dezember 2013. Die Ag lehnte es mit einem der ASt per Fax am 3. Januar 2014 übersandten Antwortschreiben ab, der Rüge abzuwehren.

2. Mit einem per Fax am 20. Januar 2014 bei der Vergabekammer eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte der Ag den Nachprüfungsantrag am darauffolgenden Tag.
 - a) Die ASt meint, antragsbefugt zu sein. Die Ag habe die Aufhebung des Vergabeverfahrens zu Unrecht auf § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A gestützt und damit die ASt in ihren Rechten verletzt. Wie sich aus dem Schreiben der Ag vom 3. Dezember 2013 ergebe, sei ihr Angebot für den Zuschlag vorgesehen gewesen. Somit drohe ihr durch die vergaberechtswidrige Aufhebungsentscheidung die Entstehung eines Schadens.

Ihren Rügeobliegenheiten (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 GWB) habe die ASt genügt. Die 15-Tage-Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB stehe der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ebenfalls nicht entgegen. Diese Norm könne der ASt schon deshalb nicht entgegen gehalten werden, weil die Ag es entgegen Nr. 24 Anhang VII Teil A der Richtlinie 2004/18/EG unterlassen habe, die Bieter auf die Folgen einer Fristversäumnis hinzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet, weil die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig sei. Entgegen der Auffassung der Ag sei die ab dem 1. Januar 2014 geltende vorläufige Haushaltsführung kein tragfähiger Grund für eine auf § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A gestützte Aufhebung. § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A sei eine Ausnahmvorschrift, die nach der Rechtsprechung des BGH eng auszulegen sei. Für das Vorliegen eines „anderen schwerwiegenden Grundes“ im Sinne dieser Norm sei vorliegend nichts ersichtlich. Aufgrund der im Bundeshaushaltsplan 2013 vorgesehenen Verpflichtungsermächtigungen für die Finanzierung von Projekten aus dem EKF (Einzelplan 60, Titel 6092) sei es der Ag möglich, den Zuschlag auch ungeachtet der vorläufigen Haushaltsführung zu erteilen. Dies folge aus § 45 Abs. 1 Satz 2 Bundeshaushaltsordnung (BHO), wonach nicht in Anspruch genommene Verpflichtungsermächtigungen bis zur Verkündung dieses Gesetzes fortgelten.

Dem könne Art. 111 GG nicht entgegen gehalten werden. In den Anwendungsbereich des Art. 111 GG fielen lediglich Ausgaben während einer vorläufigen Haushaltsführung. Regelungen zu Verpflichtungsermächtigungen treffe die Norm hingegen nicht.

An diesem Ergebnis vermögen nach Ansicht der ASt auch die Rundschreiben des BMF vom 10. und 18. Dezember 2013 nichts zu ändern. Die Rundschreiben seien Verwaltungsanweisungen. Aufgrund ihrer Rechtsnatur könnten Verwaltungsanweisungen zulässigerweise nur andere Verwaltungsträger binden. Außenwirkung entfalteten diese nicht.

Selbst wenn die Haushaltsmittel derzeit nicht vorhanden sein sollten, könne die Ag sich hierauf nicht berufen, weil sie deren Wegfall selbst verschuldet habe. Der Ag seien die mit den Rundschreiben des BMF vom 10. und 18. Dezember 2013 getroffenen Anordnungen zuzurechnen.

Die ASt bestreitet, dass die Ag ihre Beschaffungsabsicht aufgegeben habe. Die Ag habe noch am 12. Dezember 2013 die Absicht gehabt, den Auftrag zu erteilen. Es sei nicht plausibel, dass die Vergabeabsicht nur wenige Tage später, am 20. Dezember 2013, entfallen sei. Die Ag habe weder in dem Aufhebungsschreiben vom 20. Dezember 2013 noch in dem Antwortschreiben vom 3. Januar 2014 klar zum Ausdruck gebracht, die Vergabeabsicht endgültig aufgegeben zu haben. Sämtliche öffentlichen Verlautbarungen, wie z.B. [...] ließen den Schluss zu, dass der [...] forciert werden solle. Wie im Koalitionsvertrag ausdrücklich festgehalten, bestehe nach wie vor der Bedarf, [...].

Im Übrigen weist die ASt darauf hin, dass der auf eine Laufzeit von fünf Jahren angelegte Vertrag sich durch ein hohes Maß an Flexibilität auszeichne. Es sei ohne Weiteres möglich, auf geänderte Situationen bzw. Anforderungen der Ag zu reagieren. Die Ag habe die Ausschreibung von Anfang an so konzipiert, dass der konkrete Inhalt der in den Arbeitspaketen zu erbringenden Leistungen erst bei Vertragsdurchführung festgelegt werde.

Aufgrund der fortbestehenden Vergabeabsicht sei alleine eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens, ggf. im Anschluss an eine kurzfristige Aussetzung, ermessensfehlerfrei. Das OLG Düsseldorf habe in einer Entscheidung vom 26. Juni 2013 (Az.: VII-Verg 2/13) zum Ausdruck gebracht, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei fortbestehender Beschaffungsabsicht eine bloße Aussetzung des Vergabeverfahrens zulasse. Eine vorläufige Haushaltsführung im Anschluss an eine Bundestagswahl sei ein üblicher Vorgang. Die Erfahrungen aus der Vergangenheit legten die Vermutung nahe, dass die vorläufige Haushaltsführung nur wenige Monate Bestand haben werde.

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 12. Februar 2014 trägt die ASt im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vor, dass auf der Grundlage von § 45 Abs. 1 S. 2 BHO ein Vertragsschluss unter Inanspruchnahme einer Verpflichtungsermächtigung aus dem Jahr 2013 auch während der vorläufigen Haushaltsführung möglich sei. Das der Norm innewohnende Ermessen sei durch die Ag selbst über die Rundschreiben des BMF vom 10. und 18. Dezember 2013, die Verwaltungsanweisungen darstellten, dahin ausgeübt worden, dass keine Vertragsschlüsse auf der Basis von Verpflichtungsermächtigungen aus 2013 erfolgen sollten, obwohl dies rechtlich durchaus möglich wäre. Dann liege aber kein schwerwiegender Grund für die Aufhebung vor, die anerkanntermaßen nicht dem Auftraggeber zuzurechnen sein dürften. Das Fehlen der Haushaltsmittel beruhe dann auf

einer Ermessensentscheidung, die der Ag selbst zuzurechnen sei, nämlich dergestalt, dass sie den Zuschlag nicht erteilen wolle.

Die in der mündlichen Verhandlung diskutierte vorläufige Einschätzung der Vergabekammer, wonach es der Ag nur deshalb an einem fortbestehenden Vergabewillen fehlen solle, weil sie angäbe, den Auftrag nicht mehr in der ausgeschriebenen Form vergeben zu wollen, teilt die ASt nicht. Der Primärrechtsschutz der Bieter gegen eine willkürliche Aufhebung würde vollständig aufgehoben, eine bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit sei kein angemessenes Äquivalent. Fehlender Vergabewille müsse daher vom Auftraggeber nachvollziehbar und plausibel begründet werden, wobei die Anforderungen an die Begründungstiefe umso höher seien, je naheliegender ein fortbestehender Vergabewille aufgrund sonstiger Indizien sei. Die von der Ag vorgebrachten Gründe seien nicht geeignet, einen fehlenden Vergabewillen zu begründen. Die politischen Fakten, wonach [...], sprächen eine andere Sprache. Aufgrund der Einlassungen der Ag, wonach sie derzeit noch nicht wisse, wie es mit [...] und den damit verbundenen kommunikativen Maßnahmen weitergehen solle, sei die zeitliche Aufschiebung der Zuschlagserteilung als milderer Mittel die sachlich gebotene Konsequenz.

Die ASt beantragt neben der Gewährung von Akteneinsicht mit nachgelassenem Schriftsatz vom 12. Februar 2014 zuletzt,

1. die Ag zu verpflichten, ihre Aufhebungsentscheidung vom 20. Dezember 2013 aufzuheben und das Vergabeverfahren fortzusetzen;

hilfsweise zu 1.:

- festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig war und die ASt in ihren Rechten verletzt wurde;
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären,

3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Ag aufzuerlegen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig. Ein Antrag auf Aufhebung der Aufhebung sei nicht statthaft, weil ein öffentlicher Auftraggeber nicht dazu gezwungen werden könne, gegen seinen erklärten Willen zu kontrahieren. Dies habe bereits der BGH in einer Entscheidung vom 18. Februar 2003 (Az.: X ZB 43/02) klargestellt.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Ag habe die Aufhebung des Vergabeverfahrens zu Recht auf § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A gestützt. Ein schwerwiegender Grund, der die Aufhebung rechtfertigen könne, sei nach ständiger Rechtsprechung der nachträgliche Wegfall der Haushaltsmittel (Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2011, VII-Verg 55/10). So liege es hier, die notwendigen Haushaltsmittel stünden derzeit nicht zur Verfügung. Nach den Erlassen des BMF vom 10. und 18. Dezember 2013 dürften die anderen Bundesministerien bis zur Verabschiedung des Haushaltsgesetzes 2014 gem. Art. 111 GG nur solche Ausgaben tätigen, die zur Weiterführung der Staatsgeschäfte sachlich notwendig und unaufschiebbar seien. Ermächtigungsgrundlage für die Rundschreiben sei § 5 BHO, wonach das BMF zuständig sei für den Erlass der allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu diesem Gesetz sowie zur vorläufigen und endgültigen Haushalts- und Wirtschaftsführung. Die Einleitung des Vergabeverfahrens Anfang 2013 als solche habe noch keine rechtliche Verpflichtung im Sinne des Art. 111 GG begründen können. Eine rechtliche Verpflichtung hätte nur entstehen können, wenn die Beauftragung in 2013 erfolgt wäre. Das sei indes nicht der Fall.

Eine Nutzung von Verpflichtungsermächtigungen aus dem Haushaltsjahr 2013 käme nicht in Betracht. Für diese gelten – so die Ag – die vorstehend genannten Grundsätze der vorläufigen Haushaltsführung entsprechend. Unverbrauchte Verpflichtungsermächtigungen könnten für neue Maßnahmen nur im Falle eines unvorhersehbaren und unabweisbaren Bedürfnisses genutzt werden (§ 38 Abs. 1 Satz 2 BHO). Im Haushalt 2013 vorgesehene Verpflichtungsermächtigungen hätten nur dann in den Folgejahren genutzt werden können, wenn die Beauftragung noch in 2013 erfolgt wäre. Das sei nicht der Fall.

Die Voraussetzungen des Art. 112 GG für eine überplanmäßige Ausgabe bzw. überplanmäßige Verpflichtungsermächtigungen lägen ebenfalls nicht vor.

Diese Entwicklung sei für die Ag im maßgeblichen Zeitpunkt, der Einleitung des Vergabeverfahrens, nicht voraussehbar gewesen. Zu diesem Zeitpunkt sei die Finanzierung gesichert gewesen. Die Ag sei zum damaligen Zeitpunkt von einer Zuschlagserteilung noch im Sommer 2013 ausgegangen. Dass sich das Vergabeverfahren im Frühjahr 2013 aufgrund der Finanzierungsschwierigkeiten im EKF verzögert habe, habe die Ag seinerzeit genauso wenig vorhersehen können wie die Tatsache, dass das Vergabeverfahren bis zum Beginn der vorläufigen Haushaltsführung am 1. Januar 2014 noch nicht durch Zuschlagserteilung beendet sein würde.

Die Beschaffungsabsicht sei vollständig entfallen. Im Ausgangspunkt zutreffend sei zwar, dass [...]. Dies lasse aber keinen Rückschluss darauf zu, welchen Inhalt und Umfang [...] haben werde. Fest stehe derzeit lediglich, dass die Anforderungen an [...] nach Beendigung der vorläufigen Haushaltsführung andere sein werden als sie es in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren waren.

Die Aufhebung der Ausschreibung sei ermessensfehlerfrei. Angesichts der fehlenden Haushaltsmittel sei das Ermessen der Ag ohnehin eingeschränkt gewesen (Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2013, VII-Verg 2/13). Eine Aussetzung des Vergabeverfahrens bis zur parlamentarischen Verabschiedung des Haushaltsplans 2014 komme im Ergebnis nicht in Betracht, weil die Beschaffungsabsicht entfallen und unklar sei, ob und in welchem Umfang Haushaltsmittel für eine Kampagne bereitgestellt werden.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten sei notwendig, weil mit der beantragten Aufhebung der Aufhebung bereits prozessual eine besondere Schwierigkeit verbunden sei, die nicht im originären Aufgabenbereich der Ag liege. Spezialkenntnisse seien erforderlich. Auch materiell gehe es nicht um rein auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen, sondern mit der Aufhebung um ein besonderes Rechtsproblem.

3. Der ASt ist unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Einsicht in die Vergabeakte gewährt worden.

In der mündlichen Verhandlung am 7. Februar 2014 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

Der ASt wurde antragsgemäß die Gelegenheit gegeben, im Rahmen eines nachgelassenen Schriftsatzes bis zum 12. Februar 2014 zum Schriftsatz der Ag vom 5. Februar 2014 Stellung zu nehmen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Ag vom 19. Februar 2014 wird zurückgewiesen.

Mit Verfügung der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 21. Februar 2014 wurde die reguläre Entscheidungsfrist aufgrund der besonderen rechtlichen Schwierigkeiten des Verfahrens um zwei Wochen bis einschließlich 10. März 2014 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache aber unbegründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

- a) Die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags setzt nach § 102 GWB voraus, dass ein öffentlicher Auftrag Streitgegenstand ist. Da [...] zwanglos und unstreitig einen Rahmenvertrag nach § 4 EG VOL/A, gerichtet auf Dienstleistungsaufträge im Sinne von § 99 Abs. 1, 4 GWB darstellt, spielt im Rahmen der Statthaftigkeit ausschließlich der Aspekt der Aufhebung eine Rolle. Das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren nach §§ 107 ff. GWB stellt ein Instrument des Primärrechtsschutzes dar, so dass für die Statthaftigkeit des Rechtsschutzes eine Zuschlagsmöglichkeit überhaupt eröffnet sein muss. Wird aber durch den Antragsgegner gar kein laufendes Vergabeverfahren betrieben, so kann es auch keine Zuschlagsmöglichkeit geben. Einem Nachprüfungsbegehren ist in diesem Fall grundsätzlich die Statthaftigkeit abzusprechen (ausführlich zur Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags nach wirksamer Zuschlagserteilung Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00, sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. November 2010 – VII Verg 28/10).

Obwohl die Aufhebung des Vergabeverfahrens –insoweit erst einmal ebenso wie die wirksame Zuschlagserteilung als Regelfall- beendet, mithin keine Zuschlagschance

eröffnendes Vergabeverfahren mehr gegeben ist, steht die Aufhebung der Statthaftigkeit des Nachprüfungsbegehrens der ASt nicht entgegen. Ein für die Statthaftigkeit des Primärrechtsschutzes wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Möglichkeiten der Beendigung des Vergabeverfahrens liegt nämlich darin, dass die Aufhebung das Vergabeverfahren nicht in irreversibler Art und Weise beendet. Dies ergibt sich im Gegenschluss aus der in § 114 Abs. 2 S. 1 GWB vorgesehenen Regelung, wonach ein wirksam erteilter Zuschlag nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, selbst nicht durch die Vergabenachprüfungsinstanzen im Falle der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens. Die Aufhebung dagegen ist hier nicht genannt, so dass die Aufhebungsentscheidung reversibel und einer Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist. Das Vergabeverfahren ist nach Aufhebung noch nicht definitiv beendet (vgl. zum Vorstehenden grundlegend Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02).

Für die danach zu bejahende Statthaftigkeit des Nachprüfungsbegehrens der ASt kommt es entgegen der Auffassung der Ag nicht auf den fortbestehenden bzw. –vorliegend- gerade nicht fortbestehenden Beschaffungswillen der Ag an.

- b) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Als Bieterin, die sogar für den Zuschlag vorgesehen war, hat sie definitiv Interesse am Auftrag. Die ASt macht auch die Verletzung eigener Rechte geltend, da der Vorschrift des § 20 EG Abs. 1 VOL/A, auf deren Verletzung die ASt sich beruft, das vergaberechtliche Gebot zu entnehmen ist, Vergabeverfahren nur aus den dort genannten Gründen aufzuheben. Dieses Gebot hat drittschützende Wirkung (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Februar 2003, a.a.O., zu § 26 Nr. 1a VOB/A a.F.). Wäre die Aufhebung des Vergabeverfahrens ihrerseits zu revidieren und das Vergabeverfahren fortzusetzen, so stünde der ASt nach dem Inhalt der Mitteilung der Ag vom 3. Dezember 2013 der Zuschlag zu. Infolge der Aufhebung ist der ASt mithin ein Schaden entstanden.
- c) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 GWB) vollumfänglich genügt. Die mit Schreiben vom 20. Dezember 2013 mitgeteilte Aufhebung des Vergabeverfahrens hat sie bereits mit Schreiben vom 23. Dezember 2013 beanstandet.

Darüber hinaus hat die ASt die 15-Tage-Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gewahrt. Die Ag teilte der ASt in ihrem Schreiben vom 3. Januar 2014 mit, der Rüge nicht abhelfen zu wollen. Mithin wurde die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB am darauffolgenden Tag, dem 4. Januar 2014, in Lauf gesetzt und endete am 18. Januar 2014. Da dieser Tag auf einen Samstag fiel, endete die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags erst am darauffolgenden Montag, dem 20. Januar 2014 (§ 193 BGB analog). Der am 20. Januar 2014 per Fax bei der Vergabekammer eingegangene Nachprüfungsantrag war demnach fristgerecht gestellt. Damit bedarf es keiner Entscheidung der Frage, ob der ASt die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB überhaupt entgegengehalten werden kann (vgl. zu dieser Problematik grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Dezember 2009, Az.: VII-Verg 37/09).

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

a) Dem auf die Fortführung des aufgehobenen Vergabeverfahrens gerichteten Hauptantrag der ASt kann unabhängig vom Vorliegen eines Aufhebungsgrunds nach § 20 EG Abs. 1 VOL/A bereits deswegen nicht entsprochen werden, weil die Ag die Beschaffungsabsicht in Bezug auf den streitgegenständlichen Auftrag aufgegeben hat.

aa) Der Hauptantrag zu 1. ist darauf gerichtet, die Aufhebungsentscheidung zu revidieren und die Ag zu verpflichten, das Verfahren fortzusetzen. Dieser Antrag kann nicht erfolgreich sein, da die Ag ihre Beschaffungsabsicht für den streitgegenständlichen Auftrag definitiv aufgegeben hat. Dies hat die Ag mehrfach unmissverständlich deutlich gemacht. Damit scheidet ein Ausspruch durch die Vergabekammer dahin, die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren fortzuführen, schon im Ansatz aus. Auch für die Ag als öffentlicher Auftraggeber gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Dieser Grundsatz beinhaltet als eine Ausprägung die Vertragsfreiheit. Danach besteht kein Kontrahierungszwang. Die bloße Tatsache, dass die Ag einmal ein Vergabeverfahren begonnen hat, verpflichtet die Ag weder zivil- noch vergaberechtlich dazu, einem der Bieter und mithin den Auftrag überhaupt zu erteilen. Folglich könnte die Vergabekammer auch in dem Fall, wonach –unterstellt- die Aufhebungsentscheidung nicht von einem der in § 20 EG Abs. 1 VOL/A genannten Gründe gedeckt wäre, die Ag entgegen der Aufgabe ihres Beschaffungswillens nicht zur Fortführung des Vergabeverfahrens und mithin nicht zur Erteilung des Zuschlags auf eines der abgegebenen Angebote zwingen (vgl.

grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2011, Verg 55/10; dem folgend OLG München, Beschluss vom 28. August 2012, Verg 11/12).

Dem Postulat, wonach die Aufhebungsentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers – die zivilrechtlich betrachtet nichts anderes darstellt als die Entscheidung, keines der abgegebenen Angebote anzunehmen- einer vergaberechtlichen Überprüfung zugänglich sein muss (vgl. zum Erfordernis der Überprüfbarkeit von Aufhebungsentscheidungen EuGH, Urteil vom 18. Juni 2002, Rs. C-92/00, sowie Urteil vom 16. Oktober 2003, Rs. C-244/02), ist im hier vorliegenden Fall der Aufgabe des Beschaffungswillens dadurch Rechnung zu tragen, dass die Vergabenachprüfungsinstanzen sich auf die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung beschränken, wenn es an einem wichtigen Grund im Sinne von § 20 EG Abs. 1 VOL/A fehlt (so ausführlich Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Februar 2003, a.a.O.).

bb) Eine andere Beurteilung des Hauptantrags käme ausschließlich dann in Betracht, wenn die Ag nur zum Schein vorgäbe, die Beschaffungsabsicht aufgegeben zu haben, in Wirklichkeit aber an dem Beschaffungsvorhaben festhielte. In einem solchen –extremen- Fall wäre von einer Scheinaufhebung auszugehen und der in Wirklichkeit fortbestehende Beschaffungswille wäre maßgeblich; die Vergabekammer wäre dann befugt, den Auftraggeber zur Fortführung des Vergabeverfahrens zu verpflichten, ohne entgegen der sub aa) dargelegten Grundsätze einen Kontrahierungszwang auszulösen.

Von einer solchen Scheinaufhebung geht hier die ASt aus, die die Aufgabe des Beschaffungswillens ausweislich ihres Schriftsatzes vom 3. Februar 2014 für „offensichtlich vorgeschoben“ hält und als „mit der Realität nichts zu tun“ habend ansieht. Auch nach ausführlicher Erörterung dieses Aspekts in der mündlichen Verhandlung bleibt die ASt in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 12. Februar 2014 bei ihrer Auffassung. Als Begründung für ihre Annahme führt die ASt hier einmal an, dass es aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes nicht ausreichen dürfe, wenn ein Auftraggeber einfach behaupte, keinen Vergabewillen mehr zu haben; das Fehlen müsse vielmehr plausibel und nachvollziehbar begründet werden, wobei sich die Anforderungen an die Begründungstiefe umso mehr erhöhten, je naheliegender ein tatsächlich fortbestehender Vergabewille aufgrund sonstiger Indizien sei. Hier sprächen die politischen Fakten zur Fortführung des [...] für den Fortbestand des Beschaffungswillens.

(1) Ganz abgesehen davon, dass der Vorhalt einer Scheinaufhebung einen durchaus schwerwiegenden Vorwurf impliziert, stellt sich bereits im Ansatz die Frage, inwieweit ein nicht fortbestehender Vergabewille überhaupt justitiabel im Nachprüfungsverfahren sein kann. Müsste der Auftraggeber sich rechtfertigen, warum und wieso er den Auftrag nicht mehr erteilen will, so stünde dies in Widerspruch zu den oben dargelegten Grundsätzen der Vertragsfreiheit. Es ist gerade Ausdruck der Vertragsfreiheit, aus welchen Gründen auch immer Abstand von der Vergabe nehmen zu dürfen; würde man die Gründe einer Überprüfung unterziehen, so liefe das darauf hinaus, dem Auftraggeber bei Fehlen eines „vernünftigen“ oder „triftigen“ Grundes entgegen seiner Vertragsfreiheit aufzugeben, dass er Vergabewillen „zu haben hat“, ihm also den Vergabewillen zu verordnen. Der Vergabekammer steht nicht die Befugnis zu, sich hier an die Stelle des Auftraggebers zu setzen und die dem Auftraggeber obliegenden Entscheidungen an seiner Statt vorzunehmen. Es kann nur auf den tatsächlich vorhandenen Vergabewillen bzw. auf dessen Fehlen ankommen, unabhängig davon, ob dieses Fehlen plausibel ist oder nicht.

(2) Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen kann es bezüglich eines auf Fortführung des Vergabeverfahrens gerichteten Rechtsschutzbegehrens eines Antragstellers daher lediglich sein, Fälle einer Scheinaufhebung, in denen ein in Wirklichkeit fortbestehender Vergabewille gegeben ist, zu identifizieren. Es ist sicherzustellen, dass die Aufhebung nicht als Maßnahme der Diskriminierung einzelner Bieter –hier der ASt- missbraucht wird (vgl. zu diesem Maßstab Bundesgerichtshof, Urteil vom 12. Juni 2001 – X ZR 150/99, sowie Beschluss vom 18. Februar 2003, a.a.O.). Ausschließlich vor diesem Hintergrund ist die Frage nach den Gründen für die Aufgabe des Beschaffungswillens zu stellen.

Vorliegend kann definitiv festgehalten werden, dass der von der ASt unterstellte Fall einer Scheinaufhebung nicht gegeben ist. Die Ag hat im Gegenteil plausible und damit sachliche Gründe dafür angeführt, warum sie das vorliegende Vergabeverfahren nicht mit einer Zuschlagserteilung beenden möchte. Von einer willkürlichen, die ASt diskriminierenden Aufhebung kann nicht die Rede sein. Im Einzelnen:

(a) Es trifft zwar zu, dass [...]. Es ist auch nicht fernliegend, dass [...]. Dies stellt die Ag indes auch nicht in Abrede. Die Ag hat aber deutlich gemacht, dass der Inhalt einer [...] bzw. eines hierauf gerichteten Auftrags –wenn dessen Realisierung zukünftig angedacht sein sollte- wesentlich anders aussehen wird als die aufgehobene Ausschreibung. Es geht mithin nach diesen internen, im Fluss befindlichen

Überlegungen der Ag, die sie im Nachprüfungsverfahren offen gelegt hat, aller Voraussicht nach nicht um die Aufgabe des Beschaffungswillens in toto, sondern wohl eher um eine Neuausschreibung unter geänderten Prämissen. Die Frage der Scheinaufhebung stellt sich also nicht unter dem Gesichtspunkt der gänzlichen Aufgabe des Beschaffungswillens als vielmehr unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlich geänderten Beschaffungsabsicht.

- (b) Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die nahe legen, die Ag könnte ihre Beschaffungsabsicht inhaltlich nur deswegen geändert haben, um die ASt nicht zum Zuge kommen zu lassen, sie mithin zu diskriminieren.

Die streitgegenständliche Ausschreibung zielte im Wesentlichen darauf ab, [...].

[...]. So wäre es nach den Einlassungen der Ag denkbar, auf einzelne Arbeitspakete, wie etwa die Einrichtung eines Projektbüros [...], komplett zu verzichten. Nicht unrealistisch ist danach ferner, dass die Ag angesichts der Brisanz des Themas [...] in der aktuellen öffentlichen Wahrnehmung diverse Arbeitspakete an sich ziehen will und damit Inhouse bearbeiten möchte, [...]. Ebenso wenig kann ausgeschlossen werden, dass andere Leistungspakete hinzukommen könnten, die gar nicht Bestandteil der streitgegenständlichen Ausschreibung waren. In der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer hat die Ag darauf hingewiesen, bei dem Thema [...], so dass bei einer zukünftig zu planenden [...] eingebrachten Vorstellungen mit zu berücksichtigen wären.

Der streitgegenständliche Auftrag und seine konkrete Ausgestaltung sind eng mit den Inhalten der Politik verknüpft. [...].

- (c) Ergänzend und im Sinne einer Kontrollüberlegung kommt hinzu, dass es losgelöst von haushaltsrechtlichen Fragestellungen vergaberechtlich nicht zulässig gewesen wäre, den Zuschlag jetzt auf das Angebot der ASt zu erteilen und den Auftrag danach an die aktuellen, geänderten Bedürfnisse anzupassen:

Die derzeit angedachten Änderungen, auf welche die Ag im vorliegenden Verfahren rekurriert hat, sind so gravierend, dass sie nicht mehr durch die aufgehobene Ausschreibung gedeckt wären. Zwar handelt es sich um einen Rahmenvertrag.

Rahmenverträge sind mit Unsicherheiten in Bezug auf den Umfang der tatsächlich abgerufenen Einzelleistungen belastet und weichen insoweit, wie sich aus § 4 EG VOL/A und den zugrundeliegenden unionsrechtlichen Vorgaben ergibt, zulässigerweise vom Grundsatz der erschöpfenden Leistungsbeschreibung ab. Zwingend ist allerdings, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem insgesamt fünf verschiedene „Arbeitspakete“ vertraglich definiert werden, jedes der fünf Arbeitspakete bei Vertragsdurchführung auch tatsächlich zum Zuge kommen muss. Ein kompletter Wegfall ganzer Arbeitspakete ist nicht zu vergleichen mit einem mengenmäßig reduzierten Abruf und nicht mehr durch die Offenheit des Rahmenvertrags gedeckt. Analoges gilt für das Hinzutreten gänzlich neuer, im Rahmenvertrag bislang nicht vorgesehener Leistungspakete. Ein anderer Bieterkreis könnte sich angesprochen fühlen. Eine solche Änderung eines Vertrags während seiner Laufzeit ist daher als wesentlich anzusehen und stellt vergaberechtlich eine Neuvergabe mit der Konsequenz dar, dass der Auftraggeber korrekterweise ein neues Vergabeverfahren, gerichtet auf den Auftrag in seiner neuen Gestalt, durchzuführen hat (zur Notwendigkeit, bei Hinzutreten neuer Leistungsbestandteile einen Rahmenvertrag durch eine neue Ausschreibung für den Wettbewerb zu öffnen, ausführlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Februar 2014 – VII-Verg 32/13). Auch wenn man die neue, noch ins nationale Recht umsetzungsbedürftige Bestimmung des Art. 72 der novellierten Europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie als Kontrollmaßstab heranzieht, die sich mit „Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit“ befasst, wäre eine derartige Vertragsänderung nicht ohne Neuausschreibung zulässig; die dort im Einzelnen aufgeführten Ausnahmen sind hier nicht einschlägig.

Die Ag verhält sich korrekt, indem sie nicht einen Vertrag auf einer Basis abschließt, die in dieser Form nicht mehr gewollt ist, mit der dann zwingenden Folge, dass der Vertrag erheblich modifiziert und abgeändert werden müsste. Ein derartiges Vorgehen würde die Pflicht zur Neuausschreibung verletzen. Der vergaberechtlich gebotene Weg ist im Gegenteil, bei einer inhaltlich wesentlich geänderten Beschaffungsabsicht nach Aufhebung der bisherigen Ausschreibung unmittelbar den geänderten und damit anderen Leistungsgegenstand in den Wettbewerb zu stellen. Für eine Scheinaufhebung bzw. eine nur zum Schein erfolgte Abänderung des Beschaffungswillens ist nichts ersichtlich, zumal ein neuer, inhaltlich geänderter Auftrag seinerseits auch wieder in den vergaberechtlichen Wettbewerb gestellt würde

(vgl. ebenso VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 6. Februar 2013, VK 1-35/12, zu der Konstellation, dass ein öffentlicher Auftraggeber bereits vor Zuschlagserteilung entschlossen ist, Änderungen in Bezug auf den ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstand vorzunehmen und daher aufhebt).

Auch diese Kontrollüberlegungen zeigen, dass es sachliche Gründe für die Aufhebung gibt.

Eine in der Intention, einem anderen Unternehmen den Auftrag unter Umgehung der ASt „zuschustern“ zu wollen, nur vorgegebene Aufgabe oder Änderung des Beschaffungswillens und mithin die von der ASt insinuierte Scheinaufhebung kann bei dieser Sachlage ausgeschlossen werden. Der Hauptantrag zu 1. ist damit bereits aus diesem Grund und unabhängig vom Vorliegen eines Aufhebungsgrunds i.S.v. § 20 EG VOL/A nicht erfolgreich.

- b) Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung ist ebenfalls zurückzuweisen. Die Einschätzung der Ag, wonach „andere schwerwiegende Gründe“ im Sinne des § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A die Aufhebung, der Ausnahmecharakter zukommt, rechtfertigen, ist nicht zu beanstanden.

aa) Die Ag hat ihre Überlegungen, die letztendlich zur Aufhebungsentscheidung geführt haben, in ihrem Vermerk vom 19. Dezember 2013 dargelegt. Dieser Vermerk ist gleichzeitig die wesentliche Grundlage für die Überprüfung durch die Vergabekammer, ergänzt durch die zusätzlichen Erläuterungen und Ausführungen der Ag in dem vorliegenden Verfahren.

Nach den Ausführungen der Ag im Vermerk wurde die Maßnahme im Jahr 2013 etatisiert. Es ist folglich unstreitig zwischen Ag und ASt, dass es jedenfalls zunächst Haushaltsmittel in Form von Verpflichtungsermächtigungen für die Durchführung der als fünfjährige Maßnahme [...] gegeben hat. Ausweislich ihres Vermerks geht die Ag in der Folge nicht davon aus, dass die Haushaltsmittel definitiv nicht mehr zur Verfügung stehen; dies legt sie jedenfalls nicht dar. Stünde die Haushaltsmittel definitiv nicht mehr zur Verfügung, so stünde das Vorhandensein eines „wichtigen Grundes“ von vornherein nicht in Frage (vgl. zu dieser Konstellation OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2013 – VII-Verg 2/13 zum Wegfall von Haushaltsmitteln nach Landesrecht Nordrhein-Westfalen). Die Ag übt

vielmehr ausdrücklich Ermessen in Bezug auf die Aufhebungsentscheidung aus. Entgegen der Auffassung der ASt bedeutet dies aber nicht, dass es zwingend und automatisch an einem wichtigen Grund für die Aufhebungsentscheidung fehlt; nicht nur rechtlich gebundene, sondern auch Ermessensentscheidungen sind geeignet, einen wichtigen Grund darzustellen. Es kommt in diesem Fall entscheidend darauf an, ob die Ermessensausübung fehlerfrei erfolgte. Dies ist vorliegend der Fall. Der Zuschlag hätte aufgrund des Zuschlagsverbots nach § 115 Abs. 1 GWB, ausgelöst durch das Nachprüfungsverfahren VK 2-122/13, frühestens im Januar 2014 erfolgen können. Im Januar 2014 war bereits nach den Grundsätzen der vorläufigen Haushaltsführung zu wirtschaften. Eine Gesamtschau der für den etatlosen Zeitraum relevanten Vorschriften macht deutlich, dass hier sowohl die Eingehung von Verpflichtungen als auch die Leistung von Zahlungen nur eingeschränkt zulässig ist, um das verfassungsrechtliche Gebot der Budgethoheit des Parlaments (vgl. Art. 110 Abs. 2 GG – Feststellung des Haushaltsplans durch Haushaltsgesetz vor Beginn des Rechnungsjahres) nicht über Gebühr einzuschränken. Exakt hierauf hat die Ag bei ihren Abwägungen maßgeblich abgestellt, indem sie in das Zentrum ihrer Überlegungen gestellt hat, dass das Parlament nicht präjudiziert werden soll. Im Einzelnen:

(1) Die Grundsätze der vorläufigen Haushaltsführung sind für den Bund in Art. 111 GG „Ausgaben vor Etatgenehmigung“ enthalten, der mit der Durchbrechung des Grundsatzes der Vorherigkeit des Haushaltsplans infolge nicht rechtzeitiger Verabschiedung des Haushaltsplans rechnet und eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage zur vorläufigen Haushaltsführung für die Exekutive bereitstellt, um eine etatlose Zeit zu überbrücken. Dabei ist die Vorschrift durch zwei Determinanten geprägt, nämlich auf der einen Seite durch die Notwendigkeit, laufende Ausgaben zu bestreiten, auf der anderen Seite durch die Bedeutung des parlamentarischen Budgetvorbehalts (zum Vorstehenden Kube, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 111, RdNr. 1 f.). Danach darf die Bundesregierung Ausgaben vor Feststellung des neuen Haushalts durch Gesetz nur in den dort enumerativ aufgezählten Ausnahmekonstellationen tätigen. Die ASt hat zwar grundsätzlich recht mit ihrem Hinweis, dass Art. 111 GG unmittelbar nur die Leistung von Zahlungen erfasst, also nicht die erstmalige Eingehung von Verpflichtungen, die vorliegend zur Debatte steht. Die Vorschrift erlaubt der Exekutive aber auch die erstmalige Eingehung von Verpflichtungen, die zu Ausgaben im laufenden Rechnungsjahr führen können, sofern die Ausgabe selbst gestattet ist; mit Blick auf den Schutzzweck der Norm –Ausgleich zwischen den Erfordernissen der laufenden Staatsverwaltung und dem

parlamentarischen Budgetrecht- macht es keinen Unterschied, ob die Ausgabe unmittelbar anfällt oder aufgrund einer vorgeschalteten Verpflichtung erst später zu tätigen ist (so Kube, a.a.O., Art. 111, RdNr. 62).

(2) Ebenfalls von Relevanz für den Zeitraum der vorläufigen Haushaltsführung ist § 45 Abs. 1 S. 2 BHO, wonach nicht in Anspruch genommene Verpflichtungsermächtigungen fortgelten, wenn das Haushaltsgesetz für das nächste Haushaltsjahr nicht rechtzeitig verkündet wird. Danach wäre die Inanspruchnahme einer Verpflichtungsermächtigung, die der Haushaltsgesetzgeber 2013 im Haushaltsplan eingestellt hat (vgl. § 38 BHO), auch 2014 möglich. Allerdings greift hier das Rundschreiben des BMF vom 10. Dezember 2013, das für die Inanspruchnahme von weiter geltenden, noch nicht in Anspruch genommenen Verpflichtungsermächtigungen in Ziffer 3.1 Einschränkungen vorsieht. Für das Haushaltsjahr 2014 darf danach keine Verpflichtungsermächtigung aus 2013 in Anspruch genommen werden, erst wieder für Haushaltsjahre ab 2015. Für Maßnahmen wie die vorliegende, die nämlich am 1. Januar 2014 noch nicht begonnen worden sind, dürfen Verpflichtungsermächtigungen nur in besonders begründeten Ausnahmefällen nach Maßgabe von § 38 Abs. 1 S. 2 BHO –also bei unvorhersehbarem oder unabweisbarem Bedarf- in Anspruch genommen werden. Entgegen der Auffassung der ASt handelt es sich bei den Einschränkungen, die das BMF in den genannten Rundschreiben für die Inanspruchnahme von Verpflichtungsermächtigungen während der vorläufigen Haushaltsführung vorsieht, nicht um eine optionale, selbst gesetzte Vorgabe der als Einheit „Bundesrepublik Deutschland“ anzusehenden Ag, also der Ag selbst; es handelt sich hierbei vielmehr um die konkrete Umsetzung verfassungsrechtlich gebotener Vorgaben in Gestalt eines erläuternden Handlungsleitfadens durch das nach der Geschäftsverteilung der Bundesregierung zuständige Finanzministerium an die Ressorts. Das BMF ist nach § 5 BHO gesetzlich ermächtigt, allgemeine Verwaltungsvorschriften zur BHO sowie zur vorläufigen und endgültigen Haushalts- und Wirtschaftsführung zu erlassen. Die Rundschreiben des BMF gelten verbindlich für alle Ressorts und für alle Aufträge und müssen durch die Ressorts beachtet werden. Der vorliegende Auftrag kann keine Privilegierung erfahren.

(3) Es spricht vorliegend wenig dafür, dass Ausnahmetatbestände entweder von Art. 111 GG oder aber von §§ 37, 38 BHO (die laut BMF-Rundschreiben gelten), greifen. Es bedarf diesbezüglich aber auch keiner abschließenden Entscheidung, denn es ist nicht entscheidungserheblich, ob die Ag möglicherweise entgegen der dargelegten

Rahmenbedingungen befugt gewesen wäre, den Zuschlag unter Inanspruchnahme von Ausnahmevoraussetzungen durchzusetzen. Sie hat sich für die Aufhebung entschieden und ihr diesbezügliches Ermessen ausgeübt. Nur diese Entscheidung ist zu überprüfen. Die Ermessensausübung wird nicht deswegen rechtswidrig, weil es möglicherweise auch andere Entscheidungsoptionen gegeben hätte (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2013, a.a.O., sub Ziffer B.II.1.e. des Beschlusses zu dem Grundsatz, wonach das bloße Vorhandensein von Handlungsalternativen eine Ermessensausübung nicht per se fehlerhaft macht). Offen bleiben kann insbesondere, ob der Auffassung gefolgt werden kann, dass bereits der Beginn eines Vergabeverfahrens, nicht erst die Zuschlagserteilung als Inanspruchnahme einer Verpflichtungsermächtigung anzusehen ist mit der Folge, dass es sich bei der Erteilung des Zuschlags um die „Erfüllung einer rechtlich begründeten Verpflichtung des Bundes“ im Sinne von Art. 111 Abs. 1 lit. b) GG handelt (so Dittrich, Kommentar zur BHO, 38. AL, September 2008, § 38, RdNr. 5.1). Ganz abgesehen davon, dass die ASt diese Gesichtspunkte in ihrem Vortrag nicht vorbringt, wird die Ermessensausübung zugunsten der Ag durch das Rundschreiben des BMF gestützt, wonach die gem. § 45 Abs. 1 S. 2 BHO weiter geltenden Verpflichtungsermächtigungen aus dem Jahr 2013 für 2014 verfallen und erst für die Jahre ab 2015 in Anspruch genommen werden dürfen (vgl. Ziffer 3.1 des Rundschreibens vom 10. Dezember 2013). Auch wenn diese Auslegung von § 45 Abs. 1 S. 2 BHO durch das BMF in der Literatur teilweise kritisch gewürdigt wird (so Dittrich, a.a.O., 45. AL, Juli 2013, § 45, RdNr. 4.2, 4.3), so handelt es sich doch offenbar um die gängige Praxis der Finanzverwaltung nicht nur des Bundes, sondern auch auf Landesebene, wie die Ausführungen des OLG Düsseldorf in der Entscheidung des Senats vom 26. Juni 2013 (a.a.O.) unter Ziffer B.II.1.c) für die Praxis in Nordrhein-Westfalen belegen. Der Senat hat diese Vorgaben ausdrücklich gebilligt und in seiner Entscheidung insgesamt deutlich gemacht, dass die mit Verfassungsrang ausgestattete Haushaltsprärogative des Gesetzgebers auch im Vergabeverfahren zu beachten ist (Ziffer B.II.1.a) der Entscheidung mit Hinweis auf den Beschluss des Senats vom 8. Juni 2011 – VII-Verg 55/10). Wie bereits dargelegt, kommt es nicht darauf an, ob die Ag auch zu einer anderen Entscheidung –der Durchsetzung des Zuschlags- hätte kommen können; zur Überprüfung steht vielmehr ihre Ermessensausübung so, wie sie tatsächlich erfolgt ist. Die Vorgaben des BMF durfte [...] nicht einfach unbeachtet lassen.

Der Haushaltsprärogative des neuen Bundestags kommt vorliegend eine besondere Bedeutung zu, worauf der Aufhebungsvermerk zu Recht hinweist. Es handelt sich bei [...]

nicht um eine Standardmaßnahme ohne bzw. nur mit untergeordneter politischer Relevanz. Bei Aufträgen wie beispielsweise der Vergabe eines Reinigungsauftrags für öffentliche Gebäude oder bei Pförtner- und Bewachungsdienstleistungen wäre die politische Relevanz als gering einzustufen, mithin eine Präjudizierung des neuen Haushaltsgesetzgebers auf der Basis einer Verpflichtungsermächtigung viel eher hinnehmbar. In einem solchen Fall wäre des Weiteren davon auszugehen, dass die Entscheidung, derartige Standardleistungen zu beschaffen, auch für den neuen Haushaltsgesetzgeber nicht disponibel im Sinne von verzichtbar sein dürfte, er mit anderen Worten auch selbst die fragliche Leistung in gleicher Weise beschaffen müsste. Anders liegen die Dinge bei der streitgegenständlichen [...], die eng mit politischen Entscheidungen und Inhalten verknüpft ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist auf obige Ausführungen zu verweisen. Der aus dem Verfassungsrecht abgeleitete Grundsatz, wonach die Haushaltshoheit des aktuellen Gesetzgebers –und damit sein politischer Spielraum- für die seiner Disposition unterliegenden Haushaltsmittel durch die Inanspruchnahme von Verpflichtungsermächtigungen aus früheren Haushaltsjahren nur eingeschränkt werden soll, wo dies auch wirklich erforderlich ist, ist hier deutlich stärker tangiert. Es ist keineswegs ermessensfehlerhaft, dass die Ag bewusst von einem solchen Präjudiz abgesehen hat, auch wenn sie die Zuschlagserteilung –was angesichts des BMF-Rundschreibens zwar höchst zweifelhaft ist, im Ergebnis aber offen bleiben kann- möglicherweise hätte durchsetzen können. Die Ag hat ihre Ermessensausübung an den verfassungsrechtlichen Vorgaben ausgerichtet und damit dem verfassungsrechtlich gewünschten Regelfall zur Geltung verholfen. Dass die Ausnahmevoraussetzungen von § 37 BHO –Unabweisbarkeit der Maßnahme- nicht vorliegen, versteht sich schon angesichts [...] von selbst. Die Ag hat auch die Belange der Bieter und die Tatsache, dass deren Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren nunmehr nutzlos sind, in ihre Erwägungen eingestellt, so dass hier kein Ermessensausfall gegeben ist.

(4)Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt. Die Wahl eines mildereren Mittels im Sinne einer Aussetzung des Vergabeverfahrens oder eines Zurückstellens der Zuschlagserteilung stellte sich vorliegend schon aufgrund der in Bezug auf den ausgeschriebenen Auftrag aufgegebenen Beschaffungsabsicht nicht. Das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 26. Juni 2013, a.a.O., im Übrigen eine Ermessensausübung pro Aufhebung sogar trotz fortbestehenden Beschaffungswillens gebilligt, vgl. dort sub Ziffer B.II.1.e.). Die Ag hat eine fehlerfreie Ermessensausübung vorgenommen.

Ein schwerwiegender Grund i.S.v. § 20 EG VOL/A für die Aufhebung liegt nach alledem vor.

bb) Es ist der Ag auch nicht etwa deswegen verwehrt, sich auf diesen schwerwiegenden Grund zu berufen, weil sie den Aufhebungsgrund selbst verschuldet hätte. Die Ursachen dafür, dass der Zuschlag nicht mehr vor der vorläufigen Haushaltsführung erteilt werden konnte, liegen nicht im Verantwortungsbereich der Ag und waren auch nicht vorhersehbar (vgl. zu diesen, die Berufung auf einen wichtigen Grund ausschließenden Aspekten OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2013, a.a.O., sub B.II.2. unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 8. September 1998, X ZR 48/97).

(1) Die Gründe, die zunächst zur Verzögerung des Vergabeverfahrens und zur wiederholten Verlängerung der Zuschlagsfrist geführt haben, sind nicht durch die Ag zu vertreten. Die Ag machte die Ausschreibung [...] im Supplement zum Amtsblatt der EU gemeinschaftsweit bekannt. Zu diesem Zeitpunkt waren der Ag die Umstände nicht bekannt, die zum späteren Fehlen der erforderlichen Haushaltsmittel führen sollten:

Zum Zeitpunkt des Beginns des Vergabeverfahrens bestand auf Seiten [...].

Die Einnahmen des Sondervermögens EKF stammen gem. § 4 Abs. 1 EKFG insbesondere aus den Erlösen aus der Versteigerung von Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (sog. CO₂-Zertifikate). Zur Umsetzung des EKF ist ein jährlicher Wirtschaftsplan zu erstellen, in dem alle Einnahmen und Ausgaben zu veranschlagen sind. Der Wirtschaftsplan wird mit dem Haushaltsgesetz festgestellt. Da die Preise für die CO₂-Zertifikate seit Mitte 2011 deutlich gesunken sind, reichten die damit verbundenen niedrigeren Einnahmen des EKF im Jahr 2013 nicht aus, den Finanzierungsbedarf des Sondervermögens zu decken. Ende Januar 2013 und damit nach Ausschreibungsbeginn verfügte das BMF per Rundschreiben einen Bewilligungsstopp für EKF-Mittel. Deshalb informierte die Ag die Interessenten mit Schreiben vom 7. März 2013 über die Finanzierungsschwierigkeiten des EKF und kündigte an, das Vergabeverfahren einstweilen ruhen zu lassen. Aufgrund des Schreibens der Ag vom 7. März 2013 waren die Finanzierungsschwierigkeiten allen Interessenten frühzeitig bekannt.

Mit einem Schreiben vom 10. Mai 2013 teilte die Ag den Interessenten mit, dass die Finanzierung des Projekts sich nunmehr in der Endabstimmung befinde und die erfolgreichen Teilnehmer voraussichtlich Ende Mai zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten. Dass auch zu diesem Zeitpunkt die Finanzierung von Programmausgaben aus dem EKF nicht gesichert war, unterstreicht ein „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ und zur Änderung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung“ (BT-Drs. 17/14664 vom 2.9.2013). Mit diesem Gesetzentwurf beabsichtigte die damalige Bundesregierung, eine Ermächtigung zu schaffen, um dem EKF jährlich einen Zuschuss aus dem Bundeshaushalt nach Maßgabe des jährlichen Haushaltsgesetzes gewähren zu können. Da dieser Gesetzentwurf vor Ablauf der 17. Wahlperiode nicht mehr rechtzeitig verabschiedet werden konnte, verfiel dieser am Ende der Wahlperiode (Diskontinuitätsprinzip). Gleiches gilt für den Gesetzentwurf für den Haushaltsplan 2014 (Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 9. August 2013, BT-Drs. 17/14300), der ebenfalls wegen des Diskontinuitätsprinzips verfallen ist, was eine wesentliche Ursache dafür darstellt, dass die vorliegende Auftragsvergabe haushaltstechnisch nicht mehr abgesichert war. Dieser Haushaltsplanentwurf konnte vor Ablauf der 17. Legislaturperiode nicht mehr von den parlamentarischen Gremien abschließend beraten und verabschiedet werden. Die Ag ist Teil der Exekutive. Auf den Zeitpunkt der Verabschiedung des Haushaltsgesetzes durch die parlamentarischen Gremien hat diese keinen Einfluss. Daher kann insoweit ein schuldhaftes Verhalten der Ag nicht festgestellt werden.

Nach der Entscheidung des [...] Ende des Jahres 2013, das ausgeschriebene Projekt nicht weiter zu verfolgen, lag die Finanzierungsverantwortung alleine beim [...], das - wie bereits ausgeführt - seinen Finanzierungsanteil aus Mitteln des EKF bestreiten wollte. In einer an den zuständigen Staatssekretär gerichteten Entscheidungsvorlage vom 28. November 2013 schlug das federführende Referat [...] vor, die nicht mehr zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel [...] durch eine Aufstockung von [...] -Mitteln aus dem EKF [...] auszugleichen. In der Entscheidungsvorlage wurde darüber hinaus darauf hingewiesen, dass die Umsetzung des ausgeschriebenen Auftrags Anfang des Jahres 2014 voraussetze, dass der Zuschlag noch im Jahr 2013 erteilt werden könne. Sollte der Zuschlag bis Ende 2013 nicht erteilt werden können,

“...wäre aufgrund der vorläufigen Haushaltsführung keine Auftragsvergabe vor Spätsommer 2014 möglich.....“

(2) Das bei der erkennenden Vergabekammer mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2013 anhängig gemachte Parallelverfahren (Az.: VK 2-122/13) und das dadurch ausgelöst Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB führten allerdings dazu, dass der Zuschlag nicht mehr vor Ablauf des Jahres 2013 erteilt werden konnte. Die Tatsache, dass ein anderer Bieter Rechtsschutz gesucht hat, kann der Ag nicht als Verschulden zugerechnet werden, [...].

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag somit vollumfänglich zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Danach hat die unterliegende ASt Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Was die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag als öffentlichem Auftraggeber anbelangt, so ist dies auf der Grundlage einer differenzierenden Einzelfallbetrachtung zu entscheiden. Ein maßgeblicher Gesichtspunkt ist dabei vor dem Hintergrund, dass der öffentliche Auftraggeber als Adressat des Vergaberechts diese Regeln grundsätzlich zu beherrschen hat, die Frage, ob sich das Nachprüfungsverfahren hauptsächlich um auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazugehörigen Vergaberegeln dreht. In diesem Fall wird die Notwendigkeit anwaltlichen Beistands regelmäßig zu verneinen sein (vgl. zum Vorstehenden zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Januar 2014 – VII-Verg 11/13 m.w.N.). Unter Anwendung dieser Grundsätze ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag als notwendig anzuerkennen. Zwar geht es im vorliegenden Verfahren zentral um die Aufhebungsentscheidung der Ag, die eine Ermessensentscheidung darstellte. Es ist davon auszugehen, dass die Ag selbst ohne Weiteres in der Lage gewesen wäre, ihre eigene Ermessensentscheidung im Nachprüfungsverfahren zu erläutern und zu verteidigen. Dies spricht einerseits gegen die Notwendigkeit anwaltlichen Beistands. Andererseits ist der Ag darin beizupflichten, dass die Überprüfung einer Aufhebungsentscheidung durchaus prozessuale Besonderheiten und Schwierigkeiten aufwirft, so insbesondere die Frage nach der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags sowie nach der

Bedeutung und den Folgen des aufgegebenen Beschaffungswillens. Erschwerend ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Aufhebung eng verzahnt war mit haushaltsrechtlichen Fragestellungen. Dies warf vorliegend besondere Schwierigkeiten auf, die letztendlich auch die Verlängerung der Entscheidungsfrist durch die Vergabekammer erforderlich machten. Auch wenn davon auszugehen ist, dass die Ag mit dem Haushaltsrecht besser vertraut sein muss als die ASt, fällt der Aspekt der „Waffengleichheit“ mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt zusätzlich ins Gewicht. Schlussendlich ist die ASt dem Vortrag der Ag, die die Notwendigkeit der Hinzuziehung explizit begründet hat, nicht entgegengetreten.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.