



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 47/18

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Neubau von [...] Unterkunftsgebäuden, [...]“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die stellvertretende Vorsitzende Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Schuldt aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2018 am 15. Juni 2018 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens „Neubau von [...] Unterkunftsgebäuden, [...]“ die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte. Ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen tragen Antragstellerin und Antragsgegnerin jeweils selbst.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb europaweit im nicht offenen Verfahren die Erstellung von [...] Unterkunftsgebäuden für die [...] (Auftragsbekanntmachung vom [...], EU-Bekanntmachung [...]) aus. Ausgeschrieben ist der Neubau von [...] Unterkunftsziimmern im sog. Hotelstandard. Nachgefragt wird eine Generalunternehmerleistung für die schlüsselfertige Erstellung der [...] auf Grundlage der durch die Bauverwaltung erstellten Ausführungsplanung. Der Vertragszeitraum wird mit vier Jahren angegeben. Neben der Bauleistung sind ferner Wartungs- und Instandhaltungsleistungen Gegenstand des Vergabeverfahrens. In den Vergabeunterlagen ist für letztere als Vertragspartner [...] genannt. Die Ag wendet als Verfahrensrecht die VSVgV sowie die VS VOB/A an.

Die Maßnahme wurde laut Vergabeakte zur sog. Großmaßnahme erklärt (S. 4, Aktenvermerk vom 2. Dezember 2016 zur Begründung für den Einsatz eines Generalunternehmers; [...]). Der Vermerk definiert eine „Großmaßnahme“ für einzelne Baumaßnahmen oder die Summe mehrerer komplexer Baumaßnahmen einer Liegenschaft, wenn die Gesamtkosten einen bestimmten Mindestwert überschreiten, die Art und Komplexität der Baumaßnahmen von der normalen Arbeitslast der Bauverwaltung abweichen und die Durchführung der Baumaßnahme durch eine externe (der Bauverwaltung nicht angehörige) Projektorganisation (z.B. Generalunternehmer) durchgeführt wird. Die Ag begründete die Ausschreibung einer Generalunternehmerleistung mit wirtschaftlichen Einsparungen und Synergieeffekten, die bei einer Vergabe nach Gewerken nicht erzielt würden. Sie sah dies auch im Hinblick auf die notwendige Sicherheitsüberprüfung nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG): „Ein Generalunternehmer wird hierbei, allein aus wirtschaftlichem Eigeninteresse, die notwendige Sicherheitsüberprüfung bei den eigenen Mitarbeitern und Nachunternehmern konsequent im Vorfeld organisieren und umsetzen, um die geschuldeten terminlichen Festsetzungen einhalten zu können“ (S. 3 des Vermerks). Ferner stellte sie fest: „Durch die Bündelung der Planung und Ausführung aller Gewerke im Sinne des „Ganzheitlichen Bauens“ an einer Stelle, hat der Generalunternehmer die Alleinverantwortung hinsichtlich der Bauerfüllung der beteiligten Gewerke gegenüber dem Auftraggeber. Die Vorteile für die Bauverwaltung im Rahmen einer wirtschaftlichen

Bauabwicklung durch den GU sind daher die vertraglich zugesicherte Kostensicherheit (Abrechnung mittels Pauschale, Mengenrisiko beim Auftragnehmer) und die zugesicherte Terminalsicherheit“ (S. 4f. des Vermerks).

Auf Grundlage einer Entwurfsplanung schätzte die Ag den Auftragswert zunächst auf [...] €. Die Ag hat das Bauvorhaben in der Folge bis zur Ausführungsplanung ausgeplant und ein umfangreiches Leistungsverzeichnis erstellt. Die Ag ermittelte mit Unterstützung dreier Ingenieurbüros bis Ende 2017 die zu erwartenden Kosten für jede einzelne Position. Dabei wurden die Kosten überwiegend unter Zuhilfenahme einer gewerblichen Datenbank ([...]) auf der Basis des in der Branche gebräuchlichen Standardleistungsbuches-Bau ermittelt sowie in einzelnen Positionen auf „Erfahrungswerte des eingesetzten Planungsbüros“ zurückgegriffen. Auf Grundlage dieses bepreisten Leistungsverzeichnisses schätzte die Ag den Auftragswert nunmehr auf [...] €. Im Leistungsverzeichnis finden sich (fehlerhaft) doppelt abgefragte Positionen hinsichtlich der Gebäude [...]. Die hierdurch nicht anfallenden Kosten betragen laut eigener Berechnung der Ag etwa [...] €.

Die Antragstellerin (ASt) wurde nach dem Teilnahmewettbewerb neben fünf anderen Unternehmen mit Schreiben vom 19. Dezember 2017 zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Sie gab am 16. Februar 2018 ein Angebot über [...] € (zuzüglich [...] € für die abgefragte Instandhaltung) ab. Es wurde kein weiteres Angebot abgegeben.

Die Ag forderte am 20. Februar 2018 von der ASt die EFB-Blätter 221/222 und 223 nach. Die ASt reichte diese ein. Am 16. März 2018 fand ein Aufklärungsgespräch zu verschiedenen aufklärungsbedürftigen Punkten statt. Dabei handelte es sich aus Sicht der Ag um

- im Vergleich zum sog. Standardleistungsbuch erhöhte Einheitspreise,
- Positionen, bei denen möglicherweise die vorgegebenen Mengeneinheiten nicht beachtet wurden (z.B. m<sup>3</sup> statt m<sup>2</sup>),
- Verschiebung von Positionen zu Preisen und Mengeneinheiten im Technikgewerk,
- unterschiedliche Preise für gleiche Leistungen in verschiedenen Gebäuden sowie
- Kommafehler in vergleichbaren Positionen bei den Preisen.

Die ASt gab im Aufklärungsgespräch zu Protokoll, dass sie im abgegebenen Angebot keine Fehler erkennen könne. Selbst wenn es Unregelmäßigkeiten im Angebot gebe, so stimme doch der Endpreis für die [...] Unterkunftsgebäude. Die teilweise erhöht erscheinenden Preise seien der langen Bauzeit geschuldet, da man Preissteigerungen nicht vorhersehen könne. Es sei keine Preisgleitklausel ausgeschrieben, so dass keine Anpassung der Preise auf die Marktsituation in einigen Jahren möglich sei. Generell entsprechen die im

Standardleistungsbuch aufgeführten Einheitspreise nicht der Realität am Markt. Der Preis für die Baustelleneinrichtung enthalte bei der ASt einen Aufschlag wegen des SÜG, Zutrittsbeschränkung und Zufahrtsanmeldung [...]. Gegebenenfalls müsse zur Warenlogistik eine Fläche außerhalb der Liegenschaft angemietet werden. Eine Verschiebung der Positionen in Preisen und Einheiten gebe es in den Angebotsunterlagen der ASt nicht.

Im Zuge der Wertung des Angebots der ASt führte die Ag einen "Wirtschaftlichkeitsvergleich" der Baugruppen 300 und 400 mit den von ihr geschätzten Kosten auf der Basis des bepreisten Leistungsverzeichnisses, den Preisen der ASt und zwei Vergleichsprojekten ([B]: Bauzeit [...] / 2016 - [...] / 2018 und [L] Bauzeit [...] / 2013 - [...] / 2016) durch. In dieser Rechnung ging die Ag nunmehr von einem „realistischen Auftragswert“ von [...] € aus (siehe Wirtschaftlichkeitsvergleich KG 300 / KG 400 vom 20. März 2018; [...]).

Mit Schreiben vom 6. April 2018 bestätigte die ASt gegenüber der Ag, dass es in ihrem Angebot keine Positionsverschiebungen gebe. Auch seien bei der Bepreisung der Positionen die vorgegebenen Mengeneinheiten berücksichtigt worden. Die Preise entsprächen den aktuellen Marktpreisen und seien daher nicht unwirtschaftlich. Es liege im Verantwortungsbereich des Bieters, wie er seinen Preis kalkuliere und zu welchen Preisen er die ausgeschriebenen Leistungen anbiete.

Mit Schreiben vom 10. April 2018 teilte die Ag mit, das Angebot der ASt komme nicht in die engere Wahl, weil begründete, nicht ausgeräumte Zweifel bezüglich eines unangemessen hohen Preises bestünden. Das Vergabeverfahren werde aufgehoben. Es sei beabsichtigt, ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Die ASt rügte die Entscheidung mit Schreiben vom 20. April 2018. Ihr Angebot sei gem. § 16 d EU VOB/A in die Wertung aufzunehmen. Die Ag teilte mit Schreiben vom 30. April 2018 mit, der Rüge nicht abzuweichen. Sie ist der Ansicht, dass sie ermessensfehlerfrei eine Kostenberechnung erstellt habe und das Angebot der Antragstellerin 34% über dieser liege. Dies stelle eine erhebliche Überhöhung dar. Zweifel an der Angemessenheit des Angebotspreises hätten nicht ausgeräumt werden können, weshalb das Angebot aufgrund des unangemessen hohen Preises auszuschließen sei.

2. Die ASt beantragte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Mai 2018 bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 14. Mai 2018 übermittelt.

- a) Die ASt richtet ihren Nachprüfungsantrag gegen die Bundesrepublik Deutschland als auch [...]. Sie verweist auf die in den Vergabeunterlagen bezeichneten zwei Vertragspartner (Bauftrag, Dienstleistungs-auftrag).

In ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass ein schwerwiegender Grund für eine Aufhebung der Ausschreibung nach § 17 VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht vorliege. Im Fall einer mangelhaften Kostenschätzung der Vergabestelle sei ein Aufhebungsgrund nicht gegeben. Die Kostenermittlung der Vergabestelle könne nur dann Maßstab für die Prüfung des Aufhebungsgrundes nach § 17 VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A sein, wenn sie den gegebenen Marktverhältnissen entspreche, weshalb ihr aktuelle Marktpreise zugrunde zu legen seien. Zweckmäßig sei eine vorherige Markterkundung durch den Auftraggeber. Eine objektiv ordnungsgemäße Kostenschätzung durch den Auftraggeber müsse auf der Grundlage aller verfügbaren sowie kostenrelevanten Faktoren und Daten angemessen und methodisch vertretbar erfolgen. Der Auftraggeber habe zu berücksichtigen, dass es sich bei der Kostenermittlung nur um eine Schätzung handele, von der die nachfolgenden Ausschreibungsergebnisse erfahrungsgemäß mitunter nicht unerheblich abweichen könnten. Der Auftraggeber habe deswegen für eine realistische Ermittlung des Kostenbedarfs einen ganz beträchtlichen Aufschlag auf den sich nach der Kostenschätzung ergebenden Betrag vorzunehmen. Die pauschale Behauptung einer internen Budgetüberschreitung könne ohne substantiierte Darlegung und Begründung keinen anderen schwerwiegenden Grund im Sinne des § 17 VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A darstellen. Es reiche jedenfalls nicht aus, eine Indexierung der abgefragten Vergangenheitsdaten auf den in der Zukunft liegenden Zeitpunkt der Leistungserbringung vorzunehmen. Zudem müsse eine rückwirkende Inflationsbereinigung erfolgen. Des weiteren wären branchen- und leistungsspezifische Entwicklungen zu berücksichtigen, insbesondere Kostensteigerungen in der Baubranche aufgrund erweiterter gesetzlicher Vorschriften und Auflagen. Auch Nachfrageentwicklungen und damit einhergehende Preissteigerungen seien zu berücksichtigen. In den letzten zwei Jahren seien die Marktpreise im Bau extrem angestiegen.

Die ASt bestreitet die Vergleichbarkeit der von der Ag aufgeführten Vergleichsbauvorhaben in [B] und [L]. Beide seien schon regional nicht vergleichbar. Auch sei die fehlende Indexierung des Projekts [B] (aufgrund der Berücksichtigung von Nachträgen auf der Basis der Urkalkulation) ein methodischer Fehler. Eine Indexierung im Vergleichsprojekt [L] von 2013 bis 2018 um 4,88% entspreche nicht einmal dem ohnehin mindestens 6 Monate hinterherhinkenden Baupreisindex.

Schon die Kostenschätzung und -berechnung seien nicht nachvollziehbar. So liege die Kostenberechnung ca. 23% über der Kostenschätzung. Beide Werte seien nicht korrekt ermittelt worden. Der zitierte Baukostenindex für Unterkunftsgebäude, Hotels, Herbergen sei nicht bekannt. Lege man auf der Basis der von der Ag ermittelten Flächen Kostenkennwerte zugrunde, so seien bereinigte Baukosten „mittel“ (aufgrund des gewünschten Ausstattungsstandards) für den Brutto-Rauminhalt mit [...] € anzusetzen, für die Brutto-Grundfläche mit [...] €. Wegen der besonderen Anforderungen an die Baudurchführung und des ausgeschriebenen Ausstattungsstandards seien für die Budgetbeschaffung und als Bewertungsbasis aber mindestens Baukosten von [...] € anzusetzen gewesen. Bei einer Preisbindung bis zum Juni 2022 seien Preissteigerungen in den Herstellkosten kalkulatorisch zu berücksichtigen. Unterstelle man eine jährliche Teuerungsrate von nur 2,25% dann lägen die Baukosten bei [...] €. Da die Herstellkosten in einer Generalunternehmerkalkulation grundsätzlich höher seien (hier [...]€) und man Umlagekosten aus dem Fremdleistungsteil berechnen müsse, seien die realistischen Schätzkosten auf [...] € anzusetzen. Die Verlagerung von Architekten- und Ingenieurleistungen in den Bereich des Generalunternehmers sei zusätzlich mit mindestens [...] € zu berücksichtigen. Damit ergebe sich eine realistische Bewertungsgrundlage von mindestens [...]. €.

Die ASt weist außerdem auf Fehler in der Ausschreibung hin. So lägen doppelt ausgeschriebene Leistungen in Höhe von [...] €, korrigiert [...] €, vor. Diese hätten bei der Wertung des Angebots der ASt abgezogen werden müssen.

Zu ihrer konkreten Kalkulation trägt die ASt vor, dass vermeintliche Unregelmäßigkeiten (Kommafehler) nur in einer minimalen Größenordnung – insbesondere im Vergleich zu den doppelt ausgeschriebenen Leistungen – vorlägen, nämlich nur in drei von über 15.000 Positionen. Im Hinblick auf die Pos. 6.16.4.130 [...] (Einheitspreis der ASt [...] €) sei es naheliegend, dass es sich um einen Übertragungsfehler handle. Dieser Umstand sei im Aufklärungsgespräch von der ASt eingeräumt worden. Sie habe weiter angeboten, diesen vermeintlichen Fehler im Rahmen der von der Ag zukünftig gewünschten Pauschalierung auszuräumen. Bei der Kalkulation der Position „Ortbeton [...]“ habe die ASt ein besonderes Wagnis von ca. [...] € einkalkuliert und dort umgelegt. Der aktuelle Tarifabschluss und die Preissteigerung beim Transportbeton im Vergleich zum Vorjahr von nahezu [...] würden diesem Bewertungsansatz Recht geben. Es sei bei einem aktuellen Betoneinkaufspreis in der Region [...] und einer Teuerungsrate sowie einem kalkulatorischen Zuschlag auf die Stoffkosten mit einem Einheitspreis von [...] €/m<sup>2</sup> zu

kalkulieren. Die ASt könne nicht nachvollziehen, wie mit dem von der Ag angesetzten EP von [...] €/m<sup>2</sup> die Lohn- und Gerätekosten abgedeckt werden sollten. Auch sei die Vergleichbarkeit der von der Ag im Nachprüfungsverfahren weiter benannten Objekte (privates Pflegeheim und ein staatliches Bauvorhaben) im Hinblick auf den Betonpreis sowohl sachlich als auch räumlich nicht belegt.

Des Weiteren sei die Kostenberechnung der Ag für die Baustelleneinrichtung mit [...] € erkennbar falsch. Die Kalkulation der ASt (Pos. [...]) sei insoweit korrekt. Die Berechnung der Ag decke hingegen nicht einmal die Kosten der Büro- und Tagesunterkünfte ab.

Vorliegend sei auch kein Aufhebungsgrund nach § 17 VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A gegeben. Hierfür wäre Voraussetzung, dass das einzige Angebot unangemessen hoch sei. Die Angemessenheit des Angebotspreises sei anhand feststehender, gesicherter Tatsachengrundlage durch eine Betrachtung des Preis-Leistungs-Verhältnisses innerhalb des vom Ausschluss bedrohten Angebotes zu ermitteln. Das habe die Ag hier nicht getan.

Das Angebot der ASt entspreche der ausgeschriebenen Leistung. Es obliege zudem dem Verantwortungsbereich des Bieters, wie er seinen Preis kalkuliert und zu welchen Preisen er die ausgeschriebene Leistung anbietet. Auch eine spekulative Erhöhung einzelner Positionen oder eine Mischkalkulation seien per se nicht vergaberechtswidrig.

Für das Vorliegen von Aufhebungsgründen treffe den Auftraggeber die Darlegungslast. Es wird bestritten, dass vorliegend vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens eine Interessenabwägung durchgeführt wurde.

Die ASt beantragt,

1. der Ag aufzugeben, das Angebot der ASt nicht wegen „begründeter nicht ausgeräumter Zweifel“ und auch nicht wegen „eines unangemessen hohen Preises“ auszuschließen, sondern das Angebot in der Wertung zu belassen,
2. die Ag zu verpflichten, die Aufhebung der Ausschreibung gemäß Schreiben vom 10. April 2018 aufzuheben,
3. hilfsweise gemäß § 168 Abs. 2 S. 2 GWB festzustellen, dass die ASt durch die Aufhebung der Ausschreibung durch die Ag in ihren Rechten verletzt ist,
4. die Gewährung von Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird für notwendig erklärt.

Eine Erweiterung des Nachprüfungsantrags auf einen zweiten Antragsgegner sei nicht erforderlich, weil der Vertragspartner des Instandhaltungsvertrags, [...], eine Behörde ohne Rechtspersönlichkeit sei.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt jedenfalls unbegründet. Die Ausschreibung habe aufgrund von § 17 VS Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 1 VOB/A aufgehoben werden dürfen. Es fehle an einer Rechtsverletzung der ASt. Jedenfalls könne die ASt aber keine Aufhebung der Aufhebung beanspruchen.

Es liege ein „anderer schwerwiegender Grund“ nach § 17 VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vor. Das Angebot der ASt liege deutlich über der Kostenschätzung der Vergabestelle. Diese genüge den Anforderungen an ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis. Anzeichen für eine nennenswerte Veränderung der bei der Schätzung zugrunde gelegten Preise gegenüber dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe bestünden nicht. Die Ag habe dynamische Baudaten aus einem aus statistischer Sicht fortwährend aktualisierten System ([...]) verwendet. Da der Baubeginn für Juni 2018 vorgesehen war, seien nur geringe Kostensteigerungen zwischen Kostenschätzung und Ausführung zu berücksichtigen. Im Zuge der Angebotsprüfung sei die Kostenschätzung anhand von Kosten unlängst abgeschlossener Bauprojekte [...] validiert worden. Hierbei seien die Kostengruppen 300 und 400 des Angebots der ASt mit zwei Vergleichsprojekten (Bau von Unterkunftsgebäuden in [L] und [B]) verglichen worden. Beim Vergleichsprojekt 1 ([B]) sei keine Indexierung vorgenommen worden, weil die Fertigstellung für September 2018 vorgesehen sei und Nachträge bereits in die Kostenberechnung eingeflossen seien. Beim Vergleichsprojekt 2 ([L]) sei die zwischenzeitliche Baukostensteigerung (Bauzeit von Dezember 2013 bis Februar 2016) durch eine dem Baukostenindex entsprechende Kostensteigerung von 4,88% berücksichtigt worden. Vergleichsmaßstab seien die Kosten in Bezug auf Unterkunftseinheiten ([...]) sowie Kosten [...] beziehungsweise der Vergleich pro m<sup>2</sup>. Diese Vergleichskosten wichen nach den Berechnungen der Ag vom Angebot der ASt erheblich ab. Die Objekte seien auch regional vergleichbar. Eine Korrektur der



Kostenschätzung hätte nicht aufgrund besonderer Anforderungen nach dem SÜG (hier: nur einmalige Prüfung) oder wegen des Ausstattungsstandards (hier: kein gehobener Standard) vorgenommen werden müssen. Auch könne man nicht pauschal die gesamten Baukosten – wie von der ASt veranschlagt – mit einer Teuerungsrate von 2,25% versehen. So würden die weitaus kostenintensivsten Rohbaumaßnahmen bereits zu einem frühen Zeitpunkt fertig gestellt. Etwaige Umlagekosten für Nachunternehmerleistungen seien bereits in den BKI-Kennziffern statistisch genau abgebildet.

Die von der Ag doppelt ausgeschriebenen Positionen spielten für die immense Überschreitung des Schätzpreises durch die ASt keine Rolle.

Auch die Einwände der ASt gegen die Kostenschätzung bei der Position „Ortbeton [...]“ griffen nicht durch. Der von der Ag geschätzte Einheitspreis von [...] €/m<sup>2</sup> decke sich mit aktuellen Einheitspreisen aus verschiedenen Bauvorhaben, die die Ag zur Validierung ermittelt habe; so z.B. bei einem privaten Bauvorhaben (Pflegeheim[...] €/m<sup>2</sup>) und einem staatlichen Bauvorhaben mit einem Einheitspreis von [...] €/m<sup>2</sup>. Die Ag führt die Berechnung der Einheitspreise näher aus.

Eine Aufhebung sei ferner auch nach § 17 VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zulässig, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Das Angebot der ASt sei das einzige Angebot. Es enthalte jedoch unangemessen hohe Preise, so dass ein Zuschlag nach § 16 d VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A nicht erteilt werden dürfe. Ferner enthalte es nicht die geforderten Preise und müsse auch gemäß § 13 VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen werden. So fänden sich im Angebot der ASt an verschiedenen Stellen Preise, die augenscheinlich nicht den kalkulierten Preisen entsprächen und unangemessen hoch seien bzw. spekulativen Charakter aufwiesen. An einzelnen Position lägen offensichtlich Kommafehler vor (z.B. Position 6.16.4.130: [...] € statt [...] €). Bei der wichtigen Position „Ortbeton [...]“, die einen Großteil der Innenwände beschreibe und in allen [...] Gebäuden in beachtlichen Mengen vorkomme (zwischen [...] und [...]), habe die ASt jeweils einen EP von [...] € pro m<sup>2</sup> eingetragen. Eine Vorposition mit einer etwas dickeren Stahlbetonwand, die aber pro Gebäude lediglich 20m<sup>3</sup> an Masse besitze, habe sie hingegen mit einem EP von [...] € pro m<sup>3</sup> bepreist (u.a. Pos. 2.01.09.0220). Für die Ag sei offensichtlich, dass hier entweder fälschlicherweise der Preis für eine m<sup>3</sup>-Position übernommen worden sei oder die Bepreisung einen gewollt spekulativen Charakter besitze. Aufgrund der großen Menge

der in den entsprechenden Positionen zu erbringenden Leistungen komme es hier zu einer Kostensteigerung im Millionenbereich. Ein angemessener Preis läge nach Standardleistungsbuch bei [...] € pro m<sup>2</sup>. Die ASt habe schriftsätzlich eingeräumt, dass sie hier einen Großteil des von ihr gesehenen Wagnisses ([...] €) sowie die Gerätekosten für einen Hochbaukran umgelegt habe. Der Baukran habe aber in der „Baustelleneinrichtung Allgemein“ angegeben werden müssen (Pos. [...]). Die Einrechnung des Wagnisses verhindere die Vergleichbarkeit der Angebote. Weitere Preise entsprächen nicht der Kalkulation (Positionen 5.13.4.280 – [...]: Abweichung von [...] €; Pos. 6.14.4.130 [...]: Abweichung von [...] €; Pos. 2.16.4.60 [...]: Abweichung von [...] €; Pos. 3.16.4.300 [...]: Abweichung von [...] €).

In dem Aufklärungsgespräch habe die ASt nicht zu einer Aufklärung der Preise beigetragen. Vielmehr habe sie sich mit dem Hinweis begnügt, dass es im Verantwortungsbereich des Bieters liege, seinen Preis zu kalkulieren und zu entscheiden, zu welchen Preisen er die ausgeschriebenen Leistungen anbiete. Nach Auffassung der Ag seien die von der ASt angegebenen Preise nicht die intern kalkulierten Preise. Dies werde durch den schriftsätzlichen Vortrag der ASt nun offenbar in Frage gestellt. Ein Angebot, das die geforderten Preise nicht enthalte, sei zwingend auszuschließen.

Selbst wenn man aber der Auffassung sei, die Aufhebung der Ausschreibung sei unrechtmäßig, fehle es an der weiteren Voraussetzung für die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung. Der öffentliche Auftraggeber könne eine Ausschreibung aufheben, wenn ein sachlicher Grund hierfür bestehe, eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen sei und die Aufhebungsentscheidung nicht willkürlich oder lediglich zum Schein erfolge. Für eine Bezuschlagung des Angebots der ASt fehlten hier die Haushaltsmittel. Die Ag erwäge, das Projekt zum Zweck der Kosteneinsparung zu ändern.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten am 7. Juni 2018 (ASt) und am 8. Juni 2018 (Ag) nicht nachgelassene Schriftsätze eingereicht. Diese Schreiben wurden bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt (§ 167 Abs. 2 GWB).

## II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist in den Hauptanträgen nicht begründet. Die ASt obsiegt hingegen mit ihrem Hilfsantrag.

1. Einziger Antragsgegner ist als Auftraggeber sowohl für den ausgeschriebenen Bauauftrag als auch für die Wartungs- und Instandhaltungsleistungen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch [...]. Zwar ist nach den Vergabeunterlagen Vertragspartner der Wartungs- und Instandhaltungsleistungen im Unterschied zur Bauleistung das [...]. Dieses ist allerdings – so die Angabe der Ag – eine Behörde ohne Rechtspersönlichkeit im Geschäftsbereich des [...] und wird auch hier durch die [...] vertreten.
2. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
  - a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Insbesondere steht die Erledigung des Vergabeverfahrens infolge der Aufhebung der Ausschreibung nicht der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens entgegen (§ 168 Abs. 2 Satz 2 2. Alt. GWB). Denn anders als die Zuschlagserteilung wirkt die Aufhebung der Ausschreibung nicht als absolute Zäsur, die Primärrechtsschutz ausschließt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2013, VII-Verg 2/13; BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02).
  - b) Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Indem sie sich mit dem Nachprüfungsantrag gegen eine ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens wendet und die Fortführung des Vergabeverfahrens beansprucht, macht sie auch eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend. Mangels Wertung ihres Angebots droht ihr durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß auch ein Schaden zu entstehen.
  - c) Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit ihren Rügeschreiben vom 20. April 2018 nachgekommen. Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.
  - d) Das für den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag (zu 3.) erforderliche besondere Feststellungsinteresse ergibt sich aus der nicht grundsätzlich auszuschließenden

Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs und der Bindungswirkung gemäß § 179 Abs. 1 GWB, die ein festgestellter Vergaberechtsverstoß für ein solches im Übrigen gesondert zu führendes Verfahren entfalten würde. Im vorliegenden Fall hat die ASt das einzige Angebot abgegeben und hatte daher eine Aussicht auf die Erteilung des Zuschlags (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2007, X ZR 18/07).

3. Der Nachprüfungsantrag ist in den beiden Hauptanträgen nicht begründet, da die ASt keinen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebungsentscheidung und Beendigung des Vergabeverfahrens durch Berücksichtigung ihres Angebots hat. Der auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung gerichtete Hilfsantrag ist hingegen erfolgreich.

a) Soweit die ASt mit ihren Hauptanträgen die Fortführung des Vergabeverfahrens beantragt, sind diese Anträge als unbegründet zurückzuweisen. Denn die ASt hat keinen Anspruch darauf, dass die Ag das Vergabeverfahren in der bisherigen Form fortsetzt.

aa) Unabhängig davon, ob ein Aufhebungsgrund i.S.d. § 17 VS Abs. 1 VOB/A vorliegt, kann ein öffentlicher Auftraggeber von einem Vergabeverfahren Abstand nehmen. Er kann von den Nachprüfungsinstanzen nicht gegen seinen Willen verpflichtet werden, trotz der ausdrücklich erklärten Aufhebung das Verfahren fortzusetzen und damit den Auftrag zu erteilen. Grundsätzlich bleibt es der Vergabestelle unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2013, VII-Verg 16/13). Denn es kann unabhängig von den in dieser Vorschrift aufgeführten Tatbeständen verschiedene Gründe geben, die den öffentlichen Auftraggeber daran hindern, eine einmal in die Wege geleitete Ausschreibung ordnungsgemäß mit der Erteilung eines Zuschlags an einen Bieter zu beenden. Notwendige Voraussetzung für die Aufhebung einer Ausschreibung ist deshalb nur, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder lediglich zum Schein erfolgt (BGH, Urteil vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. November 2010, VII-Verg 28/10). Denn auch im Vergabeverfahren gilt der Grundsatz der Privatautonomie, nach dem der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages ausschließlich in der Entscheidungsgewalt des Ausschreibenden liegt. Eine Verpflichtung zur Vergabe von Aufträgen durch die Nachprüfungsinstanzen wäre zudem mit dem auch das Vergaberecht

beherrschenden Grundsatz der Sparsamkeit und Effizienz bei der Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel nicht zu vereinbaren (so schon: BGH, Urteil vom 8. September 1998, X ZR 48/97).

Ein sachlicher Grund für die Aufhebung liegt hier vor. Dieser besteht darin, dass das einzige eingegangene Angebot die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel der Ag erheblich übersteigt. Die Ag hat ferner angekündigt, das Projekt zum Zwecke von Kosteneinsparungen zu ändern. Es liegt deshalb auch kein unveränderter Beschaffungswille in Bezug auf die streitgegenständlichen Leistungen vor.

Dass die Ag den Fehler, der zur Aufhebung des Vergabeverfahrens führte, möglicherweise selbst zu vertreten hat, weil ihre Kostenschätzung nicht ordnungsgemäß erfolgte und sie deshalb zu wenig Haushaltsmittel eingeworben hat, steht einer wirksamen Aufhebung nicht entgegen. Auch in diesem Fall ist das Interesse der ASt hinreichend dadurch geschützt, dass sie Schadensersatz dafür verlangen kann, dass sie vergeblich ein Angebot auf eine fehlerhafte Ausschreibung hin erstellt hat (vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 8. September 1998, X ZR 48/97; BGH, Urteil vom 5. November 2002, X ZR 232/00; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015, VII-Verg 29/14 m.w.N.; OLG München, Urteil vom 12. Dezember 2014, 1 U 498/13).

- bb) Weitergehende Ansprüche wie ein Anspruch auf Weiterführung des Vergabeverfahrens (oder ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung des positiven Interesses) kommen nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht. Das ist etwa der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber durch die Aufhebung in rechtlich zu missbilligender Weise die formalen Voraussetzungen dafür schafft, den Auftrag außerhalb des bisherigen Vergabeverfahrens an einen bestimmten Bieter vergeben zu können (so BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13; Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 6/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2010, VII-Verg 50/10 m.w.N.).

Anhaltspunkte für eine solche Scheinaufhebung liegen nicht vor. Insgesamt waren sechs Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Die ASt ist die einzige Bieterin, die ein Angebot abgegeben hat. Anhaltspunkte, dass die Aufhebung aus rechtlich zu missbilligenden Gründen erfolgte, etwa um einen anderen Bieter zu bevorzugen, sind hier nicht ersichtlich. Vielmehr stehen angesichts der Überschreitung der veranschlagten Summe die entsprechenden Haushaltsmittel nicht

zur Verfügung. Zudem will die Ag den Auftrag neu vergeben. An dem Vergabeverfahren kann sich die ASt wieder beteiligen.

b) Der Hilfsantrag ist allerdings begründet, weil das Vergabeverfahren zwar aus sachlichem Grund, also wirksam, aber rechtswidrig aufgehoben wurde (dazu unter aa und bb). Die ASt wird hierdurch in ihren Rechten verletzt (dazu unter cc).

aa) Die Ag hat im Nachprüfungsverfahren nicht hinreichend belegt, dass sie ihren Finanzierungsbedarf ordnungsgemäß ermittelt hat. Sie hat daher den Aufhebungsgrund zu vertreten.

Die Ag macht geltend, es liege wegen der deutlichen Überschreitung der Kostenschätzung ein „anderer schwerwiegender Grund“ nach § 17 VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vor. Ferner sei die Aufhebung auch nach § 17 VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zulässig, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche, das Angebot der ASt enthalte unangemessen hohe Preise. Angesichts der Überschreitung der Kostenberechnung der Ag (nach Bepreisung des Leistungsverzeichnisses) durch den von der ASt angebotenen Preis um ca. 34% lässt sich zwar eine relativ deutliche Abweichung zu ihrer Kostenschätzung feststellen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Dezember 2007, VII-Verg 54/06, dortige Abweichung: 50%). Vorliegend kann aber dahinstehen, auf welchen Grund i.S.d. § 17 VS Abs. 1 Nr. 1 oder 3 VOB/A die Aufhebung in diesem Zusammenhang gestützt werden kann, denn eine rechtmäßige Aufhebung setzt stets voraus, dass der Aufhebungsgrund dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen ist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2010, VII-Verg 50/10 m.w.N.).

Fehler wie die Doppelbepreisung einiger Positionen hat die Ag im Nachprüfungsverfahren selbst eingeräumt. Dies erklärt den Abstand zwischen Kostenschätzung der Ag und dem Preis der ASt aber nur zu einem geringen Teil. In der Gesamtschau mit den übrigen Indizien ist aus folgenden Gründen von einer unzureichenden Kostenermittlung der Ag auszugehen:

Für die Schätzung muss die Vergabestelle oder der von ihr gegebenenfalls beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen (BGH, Urteile vom 29. November 2016, X ZR 122/14; vom 20. November 2012, X ZR 108/10). Die Ag hat zwar umfangreiche Ermittlungen angestellt, um die Kosten der verfahrensgegenständlichen Baumaßnahme vorab realistisch zu schätzen. So hat die

Ag das ausgeschriebene Leistungsverzeichnis vollständig bepreist und für die gebotene Deckungsgleichheit der Gegenstände der Schätzung mit denen der ausgeschriebenen Maßnahme gesorgt (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2012, X ZR 108/10).

In diesem Zusammenhang bestehen keine vergaberechtlichen Bedenken dagegen, dass die genaue Vorgehensweise bei der Ermittlung der Einzelpreise durch die Ag hier erst während des laufenden Nachprüfungsverfahrens vorgetragen worden ist. So wie eine Dokumentation insgesamt grundsätzlich im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden kann (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10), können diesbezüglicher Vortrag und Unterlagen erst recht im laufenden Nachprüfungsverfahren der Vergabeakte zugeführt werden (ggf. auch erst aufgrund der Amtsermittlungen der Vergabekammer, § 163 Abs. 1 GWB). Nach dem schriftlichen Vortrag und den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung hat die Ag die Einzelpreise ermittelt, indem die von ihr beauftragten Ingenieurbüros das Leistungsverzeichnis im Wesentlichen unter Rückgriff auf eine dynamische Preisdatenbank des gewerblichen Anbieters [...] auf der Basis des sogenannten Standardleistungsbuchs-Bau bepreist haben. Diese Datenbank enthält laut ihrer Webseite auch regionalisierte Marktpreise für standardisierte Bauleistungen. In einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses, die offenbar in der Datenbank nicht verfügbar waren, wurde von der Ag auf „Erfahrungswerte“ der Planer zurückgegriffen. Außerdem hat die Ag in der Vergabeakte dokumentiert, dass sie bei der Bewertung des Angebots der ASt Erfahrungen aus früheren Vergabeverfahren (Vergleichsprojekte [B] und [L]) zur Validierung einbezogen hat.

Dennoch ist die Ag ihrer Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die für die konkreten Leistungen geschätzten Preise nicht in dem erforderlichen Umfang nachgekommen, um ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis zu gewährleisten. Sie hat auch auf Nachfrage der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung nicht mehr vorgetragen. So hat die Ag zwar aktuelle Preise aus der genannten Datenbank in dem nach und nach bis etwa Ende 2017 bepreisten Leistungsverzeichnis verwendet. Das ist für sich genommen erst einmal nachvollziehbar und begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken. Es ergibt sich aus der reinen Bepreisung der einzelnen Positionen aber nicht, ob die bei einer vierjährigen Bauzeit naturgemäß anfallenden Risiken im Hinblick auf Preissteigerungen und zusätzlichen organisatorischen Aufwand infolge der Ausschreibung einer Generalunternehmerleistung bei der

Schätzung berücksichtigt wurden. Tatsächlich hat sich von den sechs zur Teilnahme aufgeforderten Unternehmen nur ein einziges Unternehmen an dieser Ausschreibung beteiligt. Hieraus lässt sich durchaus ein Indiz für die Komplexität des ausgeschriebenen Bauvorhabens herleiten. Offenbar ist das hier abgeforderte Angebot auf einen schlüsselfertigen Bau durch einen Generalunternehmer durch besondere Anforderungen gekennzeichnet. Anstelle der losweisen Vergabe von einzelnen (aufeinander aufbauenden) Gewerken in mehreren Bauabschnitten werden hier typische Leistungen des Auftraggebers im Hinblick auf die Projektkoordinierung und -leitung auf den Generalunternehmer verlagert. So ist das Projekt seitens der Ag selbst auch als sog. Großmaßnahme deklariert worden, also als eine Baumaßnahme mit relativ hohen Gesamtkosten und von überdurchschnittlicher Art und Komplexität (S. 4, Aktenvermerk vom 2. Dezember 2016 zur Begründung für den Einsatz eines Generalunternehmers; [...]). Motivation der Ag für die gewählte Form der Generalunternehmerleistung war es, Synergieeffekte sowohl im Hinblick auf den Bauablauf, die Projektleitung als auch im Hinblick auf die Sicherheitsprüfung nach SÜG der auf der Baustelle tätigen Personen zu erreichen. Besonders vorteilhaft erschien der Ag das gewählte Modell im Hinblick auf die Kosten- und Terminalsicherheit sowie die Risikoübernahme durch den Generalunternehmer.

Dass die Ag die mit einer solchen Vorgehensweise verbundenen Kostenrisiken positiv wie negativ berücksichtigt hat, spiegelt sich bei der angewandten Kostenschätzung nach Einzelpreisen gemäß Standardleistungsbuch-Bau nach Auffassung der Kammer aber nicht hinreichend wider. Insbesondere ist nicht klar, an welchen Stellen der Kostenschätzung die Ag von Einsparmöglichkeiten ausgeht und an welchen Stellen sie zusätzliche Leistungen des Generalunternehmers berücksichtigt (zum Beispiel zusätzliche organisatorische Kosten durch den erforderlichen Einsatz zahlreicher Nachunternehmer), eventuelle Steigerung von Materialkosten oder auch Aufwand wegen besonderer Sicherheitsmaßnahmen auf der Baustelle nach SÜG. Jedenfalls auf den entsprechenden Vortrag der ASt hin hätte die Ag sich substantiiert nicht nur mit den aus ihrer Sicht bestehenden Einsparmöglichkeiten beim Generalunternehmereinsatz, sondern auch mit gegebenenfalls hieraus ebenfalls resultierenden Kosten- und Preissteigerungen auf Seiten des zukünftigen Auftragnehmers auseinandersetzen müssen.

Auch ist unklar, ob die zur Validierung des Angebotspreises der ASt für Unterkunftseinheiten und [...] herangezogenen Erfahrungen aus früheren



Vergabeverfahren ([B]: Bauzeit [...] /2016 - [...] /2018 und [L] Bauzeit [...] /2013 - [...] /2016) hinreichend vergleichbar sind. In zeitlicher Hinsicht hat die Ag sich zwar bei der Überprüfung der baulichen Kostengruppen 300 und 400 von aktuellen Bauprojekten leiten lassen. Allerdings ist nach dem Vortrag der Ag schon nicht klar, ob es sich bei den herangezogenen Projekten um Generalunternehmerleistungen für die schlüsselfertige Erstellung von Unterkunftsgebäuden handelte, in denen entsprechende zusätzliche Kosten insbesondere für den Einsatz von Nachunternehmern berücksichtigt worden wären.

Ferner ist allenfalls das Vergleichsobjekt [B] vom Standard her vergleichbar mit dem hier ausgeschriebenen Hotelstandard (d.h. ein Badezimmer pro [...]). Die [L] ist schon vom Unterbringungsstandard (nämlich ein Badezimmer für zwei [...]) und den damit verbundenen Baukosten nicht hinreichend vergleichbar. Auch sind etwaige Preissteigerungen der Vergleichsobjekte durch Einholung amtlicher statistischer Werte nicht im erforderlichen Maß berücksichtigt. So hat die Ag bei [L] eine Baupreissteigerung von 4,88% einbezogen. Sie stellt hierfür auf die Fertigstellung des Bauvorhabens im 1. Quartal 2016 ab. Die Preise für die Unterkunftseinheiten dürften jedoch aus der Zuschlagsphase, nämlich 2013 stammen. Daher hätte eine Steigerung der Baukosten laut „Baupreisindex für den Neubau von Wohngebäuden einschließlich Umsatzsteuer“ des Statistischen Bundesamtes zwischen Ende 2013 und Angebotsabgabeschluss Anfang 2018 um ca. 11,9 Prozentpunkte (108,1 bis 120, bezogen auf den Ausgangswert 100 im Jahr 2010) zu Grunde gelegt werden müssen (Quelle: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Preise/bpr110.html>). Entsprechendes gilt für das Vergleichsprojekt [B]. Hier hat die Ag keine Baupreissteigerung eingerechnet, da man durch Nachträge auf dem neuesten Stand sei. Diese Nachträge vermitteln jedoch im Hinblick auf die aktuellen Baupreise keinen Aufschluss. Denn die Nachträge beruhen auf den vor zwei Jahren abgegebenen Angeboten. Stattdessen wäre hier nach o.g. Baupreisindex auf das Jahr 2016 als Baubeginn abzustellen und damit von einer allgemeinen Steigerung der Baukosten von 5,9% (114,1 bis 120) auszugehen. Im Ergebnis hätten für beide Projekte in der Vergleichsrechnung mit dem hier ausgeschriebenen Vorhaben daher höhere Baukostensteigerungen berücksichtigt werden müssen.

Die „Erfahrungswerte“, auf die sich die von der Ag hinzugezogenen Ingenieure/Planungsbüros zusätzlich gestützt haben sollen, vermögen die Ordnungsmäßigkeit ihrer Kostenschätzung deshalb nicht zu belegen, weil die Ag

insbesondere zur Vergleichbarkeit dieser Erfahrungen (schlüsselfertiger Bau durch Generalunternehmer, Ausstattungsstandard) nichts in der Vergabeakte ausgeführt oder im Nachprüfungsverfahren vorgetragen hat.

Dass das Schätzungsergebnis der Ag auch in ihrem – bereits im Vergleich zur Entwurfsplanung erhöhten – Umfang nach der Ausführungsplanung nicht hinreichend wirklichkeitsnah war, spiegelt sich letztlich auch in der eigenen Einschätzung der Ag im Rahmen der Angebotswertung wider. So wird in einem „Wirtschaftlichkeitsvergleich“ der entscheidenden Baugruppen 300 und 400 nunmehr von einem „realistischen Auftragswert“ von [...] € ausgegangen, anstelle der zunächst knapp [...] € nach dem bepreisten Leistungsverzeichnis (siehe Wirtschaftlichkeitsvergleich KG 300 / KG 400 vom 20. März 2018; [...]). Ein weiterer Vergabefehler der Ag liegt in diesem Zusammenhang darin, dass sie sich bei ihrer Entscheidung, das Vergabeverfahren aufzuheben, weil das einzige Angebot über ihrer Kostenschätzung lag, überhaupt nicht mit diesem nunmehr von ihr selbst für realistisch gehaltenen Auftragswert auseinandergesetzt hat.

- bb) Soweit die Ag im Nachprüfungsverfahren die Aufhebung auch darauf stützt, dass kein ordnungsgemäßes Angebot der ASt gemäß § 17 VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A eingegangen sei, vermag die Kammer dem nicht zu folgen.

Die Ag ist der Auffassung, das Angebot der ASt enthalte nicht die geforderten Preise und müsse auch gemäß § 16 VS Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen werden. Jedoch führen die von der Ag bemerkten Abweichungen von vergleichbaren EP-Angaben im Rahmen des etwa 4.500 Seiten starken Leistungsverzeichnisses nicht zu der Schlussfolgerung, das Angebot der ASt enthalte nicht die geforderten Preise. Die Ag führt hier die Positionen 6.16.4.130 [...] ([...] € statt wie zuvor [...]€) sowie 5.13.4.280 [...] ([...] € statt [...] €), 2.16.4.60 [...] ([...] € statt [...] €) und 3.16.4.300 – [...] ([...] € statt [...] €) an. Die Ag hat insoweit eine „Fehlersumme“ von [...] € anhand der von ihr vorgenommenen Korrekturen errechnet.

Grundsätzlich gilt, dass ein Kalkulationsirrtum des Bieters nicht verhindert, dass das Angebot in der Wertung bleibt. Erkennt der Auftraggeber im Vergabeverfahren einen Kalkulationsirrtum, hat er den Bieter darauf hinzuweisen. Ob der Bieter trotz eines vom Auftraggeber erkannten oder sich aufdrängenden Kalkulationsirrtums an seinem Angebot festgehalten werden darf, beurteilt sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen

(vgl. Dicks in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. 2014, § 13, Rn. 61). Der Wertung ist grundsätzlich das unveränderte Angebot zugrunde zu legen.

Hier ist eine Aufklärung seitens der Ag erfolgt. Im Aufklärungsgespräch hat die ASt zu den genannten Abweichungen erklärt, dass sie sich an ihr Angebot gebunden fühle. Zu einem Ausschluss des Angebots aus der Wertung kommt es daher nicht. Selbst wenn man der Meinung folgen würde, es handele sich hier um Übertragungsfehler und die ASt habe dies auch eingeräumt, so führt dies aus den oben genannten Gründen nicht zum Ausschluss des Angebots der ASt wegen unvollständiger Angaben.

Dies gilt im Übrigen auch für die von der Ag bemängelte Kalkulation der Positionen „Ortbeton [...]...“ für die Rohbauarbeiten der [...] Gebäude. Die ASt hat schriftsätzlich dargelegt, wie sie diese Position mithilfe der nach Formblatt 222 (Preisermittlung bei Kalkulation über die Endsumme) zu kalkulierenden Umlagen einschließlich eines Teuerungszuschlags, Krankkosten (Hochbaukran) und eines besonderen Wagnisses kalkuliert hat. So will sie diesen Preis auch abrechnen. Es handelt sich hierbei also um den tatsächlich von der ASt in dieser Leistungsposition beanspruchten und damit nicht um einen möglicherweise fehlenden Preis i.S.d. § 13 VS Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Entgegen der Auffassung der Ag konnte auch der Baukran dort und nicht notwendigerweise in der Baustelleneinrichtung Allgemein kalkuliert werden (Pos. [...]). Die Vorgaben im Leistungsverzeichnis sind insoweit nicht eindeutig im Sinne der Auslegung der Ag zu verstehen, dass es sich hier um eine verbindliche Kalkulationsvorgabe handelt. Die Formulierung könnte auch als eine reine Zuständigkeitsverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu verstehen sein („Dem Auftragnehmer obliegt es selbst, wie der Bauablauf der Baumaßnahme erfolgen soll. Dies beinhaltet ebenso die Anzahl der Kräne, die der Auftragnehmer benötigt und auch eigenständig festlegt.“).

- cc) Die ASt ist durch die rechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens, die auf Fehlern der Ag in der Kostenschätzung beruht, in ihren Rechten verletzt, weil sich die ASt mit einem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt hat, das nach der Aufhebung gegenstandslos ist. Denn in dem vorgesehenen neuen Vergabeverfahren muss die ASt auf der Grundlage des geänderten Leistungsverzeichnisses ein neues Angebot erstellen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten.

Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die ASt mit ihrem Begehren nur in ihrem Hilfsantrag durchgedrungen ist. Denn ihren beiden Hauptanträgen, das Angebot der ASt in der Wertung zu lassen und die Aufhebung des Vergabeverfahrens aufzuheben, ist nicht entsprochen worden, lediglich ihr Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung hatte Erfolg. Dies ist mit einer Unterliegensquote in Höhe von 50% zu bemessen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Dezember 2006, VII-Verg 43/06).

Da ASt und Ag durch die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten die gleichen Aufwendungen hatten, werden diese von beiden Verfahrensbeteiligten selbst getragen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 5. März 2012, VII-Verg 65/11; 12. Mai 2011, VII-Verg 21/11 und 22. Februar 2010, VII-Verg 62/09).

### 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 Beschwerdebegründung 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.