

Kapitel 17: Aufhebung der Ausschreibung

Die Aufhebung der Ausschreibung kann nur unter den **eher eng auszulegenden Voraussetzungen** der §§ 17 VOB/A/VOB/A-EU bzw. § 63 VgV und § 48 UVgO erfolgen.¹

Wichtig für das Verständnis ist dabei, dass die dort genannten **sog. »Aufhebungsgründe«** vorliegen müssen, wenn die Aufhebung nicht zu Schadensersatzansprüchen führen soll. Sind die dort genannten Gründe nicht einschlägig, und zwar insbesondere, weil die Aufhebung ihre Ursache in Konzeptionsmängeln auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers hat, so kann der öffentliche Auftraggeber zwar auch in einem solchen Falle eine Aufhebung vornehmen. Jedoch macht er sich in den Fällen nicht eingreifender Aufhebungsgründe **potenziell schadensersatzpflichtig**. Der **»große Schadensersatz«** (positives Interesse = entgangener Gewinn = 5 % aus der Brutto-Auftragssumme) kann jedoch höchstens dann erstritten werden, wenn der spätere Auftrag von den Leistungsspezifikationen her im Ergebnis auch in identischer Weise vergeben wurde.² Der **»kleine Schadensersatz«** (negatives Interesse = nutzlose Sach- und Personalaufwendungen im Rahmen der Angebotserstellung) kann prinzipiell immer und soweit erstritten werden, wie dem öffentlichen Auftraggeber ein Fehler im Rahmen der Lancierung der Ausschreibung vorgeworfen werden kann.

Der **Regelfall** der Beendigung eines Vergabeverfahrens ist die Zuschlagserteilung; der **Ausnahmefall** ist die Aufhebung des Verfahrens. Diesem grundsätzlichen Anspruch auf reguläre Fort- und Zuendeführung von Verfahren unterliegen alle Vergabeverfahren. Dies betrifft die förmlicheren Verfahren der »Ausschreibungen« im engeren Sinne, also Offenes Verfahren und Nichtoffenes Verfahren im Oberschwellenbereich oder Öffentliche Ausschreibung bzw. Beschränkte Ausschreibung unterhalb der EU-Schwelle. Die UVgO spricht in ihrem § 48 I insofern etwas konsequenter von »Vergabeverfahren« (s. a. § 63 VgV), demgegenüber die VOB/A und VOB/A-EU in ihren jeweiligen §§ 17 I von »Die Ausschreibung kann aufgehoben werden...«. Dessen unbeschadet gelten natürlich auch in der VOB/A die Anforderungen, dass in den Freihändigen Vergabeverfahren und in den Verhandlungsverfahren die Aufhebungsgründe gegeben sein müssen, damit die Aufhebung gerechtfertigt ist und sich die Vergabestelle keinen Schadensersatzansprüchen aussetzt.³ Der früher z. T. auch im Zusammenhang mit der irregulären Beendigung dieser formloseren Verfahren verwendete Begriff des »Verzichts auf die Vergabe« dürfte aber angesichts der klareren Regelung in der VgV bzw. UVgO, die auch als auf die VOB/A übertragbar anzusehen ist und die besagt, dass die Aufhebungsgründe in ausnahmslos allen Vergabeverfahren vorliegen müssen, letztlich auf eine unergiebige Wortklauberei hinauslaufen. Daher gilt, dass **im Ansatz in allen Vergabeverfahren und in allen Verfahrensstufen**, also auch noch nach der

1 Grundlegend: BGH, Beschl. v. 20.03.2014 (X ZB 18/13); BGH, Urt. v. 12.06.2001 (X ZR 150/99). Ferner: *Scharen*, NZBau 2003, 585.

2 BGH, Urt. v. 05.11.2002 (X ZR 232/00).

3 Siehe: OLG Celle, Beschl. v. 20.12.2010 (13 Verg 15/10).

Submission⁴, das Verfahren aufgehoben und in den Stand vor Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückversetzt werden kann. Die Aufhebung bildet jedoch immer einen **Ausnahmefall**. Mildere Mittel sind stets zu prüfen.⁵

- 2 **Gründe** für den Ausnahmefall einer Aufhebung können sein, dass
 - kein Angebot eingegangen ist, das den (Ausschreibungs-)Bedingungen entspricht (z.B. alle Angebote formal auszuschließen sind),
 - sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat (Situation eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage wie dem Untergang des Sanierungsobjektes oder z.B. eine bahnbrechende neue Erfindung),
 - das Verfahren kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat (dies ist nur in § 48 I Nr. 3 UVgO und § 63 I Nr. 3 VgV geregelt; alle Angebote liegen dann bspw. weit über der Kalkulation und den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln),⁶
 - andere schwerwiegende Gründe existieren (sonstige externe Ereignisse, sich herausstellende Nichtdurchführbarkeit⁷ bzw. Unmöglichkeit,⁸ unlauteres Verhalten eines Mitbewerbers,⁹ öffentliche Auftraggeber verlegt seinen Sitz oder wird insolvent¹⁰, Wegfall des Beschaffungsinteresses infolge stark verzögerten Nachprüfungsverfahrens,¹¹ überraschender Zuständigkeitsverlust des öffentlichen Auftraggebers,¹² nicht aber eine andere interne Willensbildung infolge eines neuen Dienststellenleiters¹³), die im Wege einer Interessenabwägung zu würdigen sind.¹⁴
- 3 Zentrale Bedingung all dieser Aufhebungsgründe ist, dass die **Umstände**, welche zu der Aufhebung der Ausschreibung führen, **der Vergabestelle zuvor nicht bekannt gewesen sein dürfen**.¹⁵ Besaß die Vergabestelle jedoch schon vorher Kenntnisse, welche auf die Erforderlichkeit einer späteren Aufhebung hindeuteten, so ist die Aufhebung nicht gerechtfertigt.¹⁶ **Schadensersatzansprüche** können dann drohen. Gleichzeitig stellt dies dann einen Verstoß gegen das **Gebot der Ausschreibungsreife** dar.¹⁷ Diese war früher einmal extra in den §§ 16 VOB/A bzw. VOL/A geregelt, sie findet sich heute in § 2 VI VOB/A 2019 und § 2 VIII VOB/A 2019 wieder. Im Rahmen der Recht-

4 OLG Brandenburg, Beschl. v. 12.01.2016 (Verg W 4/15).

5 VK Thüringen, Beschl. v. 07.07.2022 (4003–392–2022-E-004-WAK).

6 OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.05.2013 (11 Verg 4/13): Angebot > 80 % über Schätzpreis.
OLG Celle, Beschl. v. 13.01.2011 (13 Verg 15/10): Finanzlücke.

7 OLG Schleswig, Beschl. v. 15.04.2011 (1 Verg 10/10).

8 OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.09.2011 (Verg W 10/11).

9 OLG München, Beschl. v. 04.04.2013 (Verg 4/13).

10 Beispiele nach *Portz*, chem. DStGB.

11 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.01.2018 (VII-Verg 41/16).

12 VK Südbayern, Beschl. v. 23.11.2016 (Z3–3–3194–1–20–03/15).

13 VK Brandenburg, Beschl. v. 11.10.2017 (VK 8/17).

14 BGH, Beschl. v. 20.03.2014 (X ZB 18/13).

15 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.11.2010 (VII-Verg 28/10).

16 OLG Naumburg, Beschl. v. 27.02.2014 (2 Verg 5/13): Zu teures Contracting-Modell.

17 OLG Naumburg, Beschl. v. 16.09.2002 (1 Verg 2/02).

mäßigkeit der Aufhebung kann sich der Auftraggeber insbesondere nicht auf einen Aufhebungsgrund berufen, den er selbst schuldhaft herbeigeführt hat.¹⁸

Die Vergabestelle muss eine Aufhebung der Ausschreibung nach pflichtgemäßem **4 Ermessen** («kann aufgehoben werden» – sog. Entschließungsermessen)¹⁹ prüfen. Der Bieter hat **keinen einklagbaren Anspruch auf die Aufhebung der Aufhebung**, sondern lediglich auf Prüfung der fehlerfreien Ausübung des Ermessens. Der Auftraggeber muss prüfen und sorgfältig abwägen, ob dieses Vorgehen wirklich gerechtfertigt ist.²⁰ Die Ermessensausübung muss unbedingt dokumentiert sein; Aktenvermerke und Verlautbarungen in Aufhebungsschreiben nach der Devise: »*Wir müssen aufheben; es besteht keine andere Möglichkeit als aufzuheben etc.*« belegen, dass das Aufhebungsermessen nicht erkannt und auch nicht ausgeübt wurde, und machen die Aufhebungsentscheidung infolgedessen mindestens ermessensfehlerhaft (Ermessensausfall).²¹ Die Aufhebung der Ausschreibung bildet lediglich die **ultima ratio**.²² Im Zusammenhang mit Aufhebungsentscheidungen spielen Gesichtspunkte des Bieterschutzes und des Vertrauens der Bieter auf eine Fortführung zum regulären Zuschlag eine bedeutsame Rolle.²³

Dementsprechend übt die Vergabestelle das ihr durch § 17 I VOB/A-EU eingeräumte **5 Ermessen** bei der Aufhebung der Ausschreibung **nicht fehlerfrei** aus, wenn sie dabei **allein darauf abstellt**, dass das **Ausschreibungsergebnis 19,3 % über der letzten Kostenberechnung liegt**, sie mit Steuermitteln sparsam und wirtschaftlich umzugehen hat und die Einteilung der Haushaltsmittel eine Überschreitung der berechneten Kosten nicht zulässt. Denn sie erwägt nicht, ob nicht andere Maßnahmen ohne Aufhebung des Verfahrens insgesamt den Interessen aller Beteiligten besser gerecht werden könnten. So hätte sie die Umstände, die die einzige Bieterin bei der Kalkulation und Abgabe des Angebots zur Preisbildung bewogen, aufklären können.²⁴ Eine **Überschreitung der Kostenschätzung um 17 %** durch das Angebot des Bestbieters stellt im Übrigen keine so beträchtliche Abweichung vom Schätzwert dar, dass diese die Aufhebung des Vergabeverfahrens zu rechtfertigen geeignet wäre.²⁵

► **Merke:**

Die **Kostenberechnung** gemäß DIN 276 in Gestalt der sog. »**fortgeschriebenen Kostenermittlung**« (bepreistes LV) bildet die **Grundlage der vergaberechtlichen Kostenschätzung** (§ 3 I VgV).

18 OLG München, Beschl. v. 28.08.2012 (Verg 11/12).

19 VK Westfalen, Beschl. v. 06.05.2015 (VK 1–11/15).

20 OLG Koblenz, Beschl. v. 23.12.2003 (1 Verg 8/03); OLG Naumburg, Beschl. v. 19.10.2000 (1 Verg 9/00).

21 OLG Schleswig, Beschl. v. 15.04.2011 (1 Verg 10/10); OLG Celle, Beschl. v. 10.06.2010 (13 Verg 18/09).

22 BGH, Beschl. v. 18.02.2003 (X ZB 43/02); OLG München, Beschl. v. 22.01.2016 (Verg 13/15).

23 BGH, Urt. v. 16.12.2003 (X ZR 282/02); OLG Dresden, Urt. v. 10.02.2004 (20 U 1697/03).

24 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.09.2013 (15 Verg 3/13).

25 OLG München, Urt. v. 12.12.2013 (1 U 498/13).

Der **Kostenvoranschlag** ist die sog. »fortgeschriebene Kostenermittlung« auf der Basis der Ausführungsplanung (LPH 5 und 6), inklusive des Auspreisens der Leistungsverzeichnisse. Wohlgemerkt: **Kostenvoranschlag**.

Der **Kostenanschlag** bezieht sich demgegenüber auf die Leistungsphasen nach der Ausschreibung, und zwar die LPH 7 und 8. Dort geht es um die dann bereits eingegangenen Angebote mit ihren geprüften Summen.²⁶

Durch die **im Jahre 2018 neu gefasste DIN 276** wurde bei den Stufen der Kostenermittlung der Kostenvoranschlag neu eingeführt und der Kostenanschlag so definiert, wie er auch schon bisher in der Praxis gelebt wurde. So hatte bereits die HOAI 2013 mit dem Auspreisen der Leistungsverzeichnisse durch den Architekten eine neue Stufe der Kostenermittlung geschaffen. Die neu gefasste DIN 276 definiert nunmehr den Kostenvoranschlag als Kostenermittlung auf Basis der Ausführungsplanung und der Vorbereitung der Vergabe (LPH 5 und 6).

- 6 Ob – angesichts der Maxime einer zeitnahen Dokumentation – die Erwägungen und Gründe für die Aufhebung **nachgeschoben** werden können und ob es der Dokumentationspflicht genügt, wenn dieses Nachschieben in anwaltlichen Schriftsätzen erfolgt, ist eher fraglich.²⁷ Moderne Vergabeplattformen **erlauben es bspw. auch gar nicht mehr**, bspw. eine »aktualisierte vergaberechtliche Kostenschätzung« **nachzuschieben**, wenn die **Auftragsbekanntmachung abgesendet wurde** und damit der gemäß § 3 I VgV maßgebliche Zeitpunkt verstrichen ist. Wie gerade gezeigt, kann und darf gar keine vergaberechtliche Kostenschätzung mehr in Form eines Kostenanschlages, also auf Basis der eingegangenen Angebote, vorgenommen werden.
- 7 Unter Umständen kann sich das Ermessen **auf Null reduzieren**.²⁸ Doch diese Fälle sind der Erfahrung nach eher selten.²⁹ Selbst bei zwingenden formalen Ausschlussgründen, und erst recht bei der Eignungsprüfung,³⁰ sind meist erhebliche Beurteilungsspielräume vorhanden und es ist ggf. auch (rechtsfolgenbezogen) das sog. »pflichtgemäße Ermessen« auszuüben.³¹

26 *Kappei*, Deutsches Architektenblatt (DAB) 6/2018, S. 7: »Der Kostenanschlag nach neuer DIN wird dann endlich das, was er für alle Architekten schon immer war: die Kostenermittlung auf Basis der Vergabe und der Ausführung (LP 7 und 8). Da es sich bei beiden Kostenermittlungen im Rahmen einer baubegleitenden Planung um einen Prozess und nicht um eine einmalige Kostenermittlung handelt, sind immer zwei Leistungsphasen genannt.«.

27 OLG Celle, Beschl. v. 20.12.2010 (13 Verg 15/10); OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.10.2008 (12 U 91/08).

28 OLG Celle, Beschl. v. 08.04.2004 (13 Verg 6/04): Aufhebung »von Amts wegen« (§ 114 I 2 GWB) wg. intransparenter Kriterien. S.a. VK Südbayern, Beschl. v. 29.07.2009 (Z3-3-3194-1-27-05/09).

29 Ermessensreduzierung auf Null verneint vom OLG Bremen, Beschl. v. 17.03.2003 (Verg 2/2003). Vgl. VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 24.10.2003 (VK 24/03).

30 LG Arnsberg, Urt. v. 08.02.2012 (2 O 244/11).

31 OLG Celle, Beschl. v. 10.06.2010 (13 Verg 18/09).