

VgK Berlin  
25.7.2008  
VK-B2 07/08

1. Es liegt nach § 114 Abs. 1 GWB nicht in der Kompetenz der Vergabekammer, den Auftraggeber zur Beseitigung einer Rechtsverletzung zu verpflichten, wenn dadurch eine mittelbarer Zwang zur Vergabe des Auftrags entstünde, obwohl der Auftraggeber von der Auftragsvergabe endgültig Abstand genommen hat. Auf die Rechtmäßigkeit einer Aufhebung kommt es dabei nicht an.
2. § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB ist allein auf die Gewährung von Primärrechtsschutz ausgerichtet und bietet daher keine Rechtsgrundlage für einen isolierten Feststellungsantrag.
3. Bei dem Zeitpunkt der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Wegfall des Vergabewillens kommt es nicht auf den Zeitpunkt der endgültigen Aufgabe des Beschaffungswillens an, sondern auf den Zeitpunkt seiner Feststellung durch eine Nachprüfungsinstanz.
4. Der Detaillierungsgrad einer Kostenprognose hängt von der Art des Auftrages und dem Stand des Verfahrens ab. Ein Kostenansatz entspricht nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Kostenprognose, wenn der Auftraggeber die zwischenzeitlich eingetretene Baupreisentwicklung und Konkretisierung Leistungsanforderungen nicht berücksichtigt.
5. Soll die Einhaltung eines bestimmten Kostenrahmens als Vergabekriterium herangezogen werden, muss der Auftraggeber dies mit der Ausschreibung deutlich zum Ausdruck bringen. Begründet der Auftraggeber die Aufhebung mit dem Überschreiten des - vorab nicht mitgeteilten - Kostenrahmens, wird er damit den Anforderungen des § 97 GWB an ein transparentes Vergabeverfahren nicht gerecht, insbesondere wenn die geforderten Leistungen mit denen der Kostenprognose nicht übereinstimmen.
6. Im Verfahren gegen die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist nicht der gleiche strenge Maßstab an die Rügepflicht anzulegen, der während des Vergabeverfahrens besteht. Denn zu einer unmittelbaren Verzögerung der Auftragserteilung und daraus resultierender Kostenfolgen kann es nach der Aufhebung nicht mehr kommen.

**GWB §§ 97 Abs. 1, 107, 114**  
**VOB/A §§ 25a, 26**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren...

wegen Aufhebung des Vergabeverfahrens

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Schramm, die hauptamtliche Beisitzerin Menger sowie den ehrenamtlichen Beisitzer Berndt am 25. Juli 2008 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt ist.
2. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) tragen der Antragsgegner zu zwei Dritteln und die Antragstellerin zu einem Drittel.

4. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt der Antragsgegner zu einem Drittel. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Kosten selbst. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und den Antragsgegner wird für notwendig erklärt. Die Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) werden auf XXXX Euro festgesetzt.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner schrieb im Dezember 2006 den Auftrag "Schlüsselfertiger Neubau und/oder Umbau von ggf. vorhandener Gebäudesubstanz für die Nutzung als Hochschulgebäude (...) mittels Planung durch Architekten und Ingenieure sowie Verkauf der dafür vom Bieter zur Verfügung zu stellenden Liegenschaft an den Auftraggeber" im EU-weiten Verhandlungsverfahren mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb nach VOB/A aus. Im April 2008 hob sie das Vergabeverfahren aus schwerwiegenden Gründen auf.

Das Verfahren sollte der Umsetzung eines Senatsbeschlusses vom November 2005 dienen, wonach die Hochschule B, die derzeit an vier verschiedenen landeseigenen Standorten in Berlin angesiedelt ist, auf einen zentralen Standort zu konzentrieren ist. Zu den Standorten gehörte unter anderem die Liegenschaft B-Straße im Stadtteil P., wo neben der Regieabteilung auch das zur Hochschule gehörende A-Theater seine Spielstätte hat. Hauptstandort ist die S-Straße 104 im Stadtteil S.

Der Entscheidung des Antragsgegners war zunächst ein Initiativangebot der Antragstellerin vom Februar 2005 vorausgegangen, in dem die Gesamtkosten des Vorhabens ohne Verlegung des Teilbereichs A-Theater mit rund € (= € einschließlich Erwerbsnebenkosten) beziffert wurde. Der Antragsgegner prüfte daraufhin in den folgenden Monaten, wie teuer im Vergleich dazu eine Verwirklichung des Vorhabens auf landeseigenen Flächen werden würde. Eine vom ihm veranlasste vergleichende Gegenüberstellung vom August 2005 ergab, dass das Projekt auf landeseigenen Grundstücken Finanzmittel in Höhe von mindestens € in Anspruch nehmen werde, auf vier anderen Liegenschaften aber deutlich höher lagen, während die Herstellung auf dem privaten Grundstück der Antragstellerin mit € zuzüglich € ausgewiesen war. Nachträglich wurde der Kostenansatz für das A-Theater (unter Hinweis auf die Senatsvorlage XX/05) auf X.X00.000 € reduziert. Aus Sicht des Antragsgegners zeichnete sich ab, dass die Realisierung des Vorhabens auf einem privaten Grundstück mit Übernahme schlüsselfertig hergerichteter Gebäude möglicherweise günstiger werden könnte als eine Baumaßnahme in Eigenregie auf einem landeseigenen Grundstück. Der Antragsgegner stellte noch im selben Jahr die Kosten für die Zentralisierung der Hochschule B mit Verpflichtungsermächtigungen in Höhe von XX.X00.000 € für die Folgejahre (davon XX Mio. € für das Jahr 2008 und XX,X Mio. € für das Jahr 2009) in den Landeshaushalt ein.

Zur Ermittlung der Angebotslage führte der Antragsgegner zunächst im Februar 2006 ein Interessenbekundungsverfahren durch. Den Verfahrensunterlagen waren unter I.3 zwei alternative Raumlisten beigefügt, welche Größe, Nutzungszweck und Anordnung der erforderlichen Räume darstellten. Eine Raumliste umfasste den Gesamtbedarf an Räumen für einen Zentralstandort (mit m<sup>2</sup> Nutzfläche) unter Beibehaltung des A-Theaters in der B-Straße und die zweite Liste enthielt im Vergleich dazu den Gesamtbedarf bei Eingliederung des A-Theaters (als Studiobühne) in den Zentralstandort ( m<sup>2</sup> Nutzfläche). Die Mindestraumhöhe für die Studiobühnen wurde mit etwa 7-8m angegeben. Besondere technische Anforderungen an den Ausbau enthielten die Verfahrensunterlagen nicht. Mehrere Interessenten bekundeten ihr Interesse an der Durchführung des Vorhabens, wobei etwa die Hälfte von ihnen die voraussichtlichen Kosten des Projektes bezifferten. Die Antragstellerin beteiligte sich an dem Verfahren und bot die Projektrealisierung nur in der ersten Variante (ohne Verlagerung des A-Theaters) für XX.X00.000 € einschließlich Grundstücks- und Baukosten an. Damit bewegte sie sich nach Auswertung im mittleren Bereich der ihrer Höhe nach sehr breit gestreuten Kaufpreise, die die Interessenten angegeben hatten.

Im Dezember 2006 leitete der Antragsgegner das Vergabeverfahren ein. In der Bekanntmachung machte er nur noch die Variante 2 seines Nutzflächenbedarfs ( m<sup>2</sup>) zum Leistungsgegenstand, d.h. das A-Theater war in den Leistungsumfang (als Studiobühne I von drei Studiobühnen) einbezogen. Die Bewerber waren zunächst aufgefordert, anhand der Raumliste eine nachvollziehbare und nicht bindende Kostenprognose nach DIN 276 für die Kostengruppen 100 bis 500 und 700 einzureichen. Darüber hinaus hatten sie umfangreiche Nachweise zur Lage, eigentums- und planungsrechtlichen Situation sowie verkehrlichen Anbindung der angebotenen Liegenschaft einzureichen. Die Antragstellerin bewarb sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren und gab eine Kostenprognose für das Gesamtprojekt einschließlich Grundstücks- und Gebäudewert in Höhe von XX.X00.000 € (netto) ab. Dabei bezifferte sie den Preis für Gebäudetechnik (Kostengruppe 400) unter Berücksichtigung der Kosten für "Wasser, Abwasser, Gas; Wärmeversorgungsanlagen; Lufttechnische Anlagen; Elektro; Förderanlagen" auf X.XX0.000 €. Die Kosten für Bühnentechnische Anlagen (Kostengruppe 479) wies sie nicht gesondert aus. Auch die Prognosen der später in die nähere Auswahl gezogenen Mitbewerber bewegten sich in diesem Rahmen, wobei diese die Bühnentechnik ausdrücklich ausklammerten.

Parallel zur Ausschreibung führte das vom Antragsgegner beauftragte Architekturbüro eine Plausibilitätsprüfung zur Kostenprognose durch, indem es die Kosten für den Bau "G Institute der CU" (Realisierung 2005-2006) nach Kostengruppen 100 bis 700 gegliedert dem ausgeschriebenen Vorhaben gegenüberstellte. Die größeren Raumhöhen und die Bühnentechnik wurden dabei gesondert berücksichtigt. Diese Gegenüberstellung vom April 2007 wies für die Projektkosten einen höheren Betrag als die ursprünglich veranschlagten XX.X00.000 € aus. Das Büro schlug vor, der errechneten Differenz Verkaufserlöse aus aufzugebenden Liegenschaften gegen zu rechnen und verwies auf die "Option", sich im Verhandlungsverfahren "den bisher im Landeshaushalt aufgenommenen Kosten XX,X Mio. € annähern zu können." Die Folgerungen des Antragsgegners aus dem Ergebnis der Plausibilitätsprüfung lassen sich der Vergabeakte nicht unmittelbar entnehmen.

Die Antragstellerin gehörte zu den vier Bewerbern, die der Antragsgegner mit Schreiben vom April 2007 zur Abgabe eines Angebots aufforderte, das bis zum Juli 2007 eingereicht werden sollte. Mit der Angebotsaufforderung erhielten die ausgewählten Bewerber Vergabeunterlagen, denen unter anderem die Planungsvorgaben und Planungsaufgabe mit Raumliste, die Zuschlagskriterien (I.10 der Vergabeunterlagen) - Preis (Kaufpreis, Folgekosten insbesondere Betriebs- und Wartungskosten) - Qualität des Gebäudes ... - Städtebau und Gestaltung (...) - Funktionen (...), sowie eine umfangreiche funktionale Leistungsbeschreibung zu den Kostengruppen 300 - Hochbau mit Schließanlagen, 400 - Technische Gebäudeausrüstung, 479 - Bühnentechnik und 500 - Außenanlagen sowie ein Raumbuch.

Die Antragstellerin bot daraufhin den schlüsselfertigen Bau nebst Grundstück zunächst zu einem Gesamtpreis XX.X00.000 € in ihrem Hauptangebot an. Darüber hinaus reichte sie fünf Nebenangebote ein, die nicht berücksichtigt wurden, weil sie gemäß Ziffer II.1.9 der Vergabebekanntmachung nicht zugelassen waren. Für die günstigste Variante kalkulierte die Antragstellerin eine Gesamtsumme von XX.X00.000 €.

Auch die beiden konkurrierenden Angebote bewegten sich in diesem Rahmen und lagen über ihrer eigenen Kostenprognose. Die Bieter begründeten die Differenz mit Raum- und Funktionszeichnungen, die sich aus den bisherigen Unterlagen nicht erkennen ließen. Die Antragstellerin wies mit ihrem Angebot darauf hin, dass die in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens neu hinzugekommene "Forderung nach bestimmten lichten Raumhöhen" für die Studiobühnen und andere Räume einen bisher nicht geplanten zusätzlichen Neubau erfordere.

Der Antragsgegner suchte im Rahmen der Verhandlungsgespräche mit den Bietern Lösungsansätze für eine "Optimierung der Angebote". Dabei wurde den Bietern im ersten sogenannten "Werkstattgespräch" erklärt, dass die erforderliche Zustimmung des Abgeordnetenhauses von der Einhaltung des Kostenrahmens abhängt und daher eine Kostensenkung erforderlich sei. Mit Schreiben vom August 2007 wurden die Bieter zur Überarbeitung ihrer Angebote aufgefordert. Im

zweiten Werkstattgespräch sollten die Bieter ihre überarbeiteten Angebote gegenüber anwesenden Sachverständigen erläutern. Es wurden weitere Präzisierungen der Vergabeunterlagen besprochen und die Bieter aufgefordert, ihre Angebote aufgrund dieser Präzisierungen zu überarbeiten. Die letzte Überarbeitung erfolgte nach dem dritten Werkstattgespräch, auf das hin die Antragstellerin ihr Angebot nunmehr zu einem Preis von XX.X00.000 € anbot. In Ihrem Begleitschreiben dazu merkte sie an, dass die Bekanntmachung "bestimmte Merkmale der späteren funktionalen Ausschreibung" nicht erkennen lasse. Dies betreffe vor allem Anforderungen an den Schallschutz, den Umfang der bühnentechnischen Einrichtungen, die Funktionsschemata bezüglich Lage der Studiobühnen, das Erfordernis zweier Unterbühnen sowie Anforderungen an die Raumhöhen. Allein die erforderlichen Neubaukörper und die zusätzliche Bühnentechnik erhöhten die Baukosten gegenüber der eigenen Prognose um jeweils X.000.000 €.

In den folgenden Wochen wurden die Bieter über den Stand der laufenden Haushaltsberatungen informiert. Eine Bindefristverlängerung wurde mit allen Bietern vereinbart.

Am Februar 2008 erklärte die Antragstellerin dem Antragsgegner, dass sie bereit sei, den Zentralstandort ohne A-Theater im ersten Bauabschnitt zu einem Gesamtpreis in Höhe von XX.X00.000 € herzustellen und das A-Theater mit Nebenräumen bei Bedarf in einem zweiten Bauabschnitt zu einem späteren Zeitpunkt unmittelbar neben dem ersten Bauabschnitt zu errichten.

Nachdem der Antragstellerin zu Ohren gekommen war, dass der Antragsgegner das Verhandlungsverfahren aufzuheben gedachte, teilte sie diesem ihre Bedenken dazu mit. Sie machte geltend, dass ein Aufhebungsgrund nicht vorliege und daher eine eventuelle Aufhebung des Verfahrens rechtswidrig sei. Hinsichtlich der Abweichung zwischen Kostenprognose und den eingegangenen Angebotspreisen habe der Antragsgegner eine Anpassung vorzunehmen. Es sei ihm ohne Weiteres möglich, entweder die veranschlagte Summe zu erhöhen oder die vorgelegte funktionale Leistungsbeschreibung durch Reduzierung der Anforderungen anzupassen. Schließlich drohte sie für den Fall der Aufhebung die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Schadensersatzforderungen an.

Am März 2008 beschloss der Antragsgegner die Aufhebung des Vergabeverfahrens "entsprechend § 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A" aus schwerwiegenden Gründen. Die Aufhebungsanordnung wurde mit der fehlenden Wirtschaftlichkeit des Ausschreibungsergebnisses wegen der erheblichen Überschreitung der Kostenprognose begründet. Ihr legte der Antragsgegner nunmehr geschätzte Gesamtkosten in Höhe von XX.XXX.XX0 € zu Grunde. Die Abweichung von der ursprünglichen Kostenprognose von XX.X00.000 € begründete er mit der seit Anfang 2007 geltenden Erhöhung der Umsatzsteuer sowie der Grunderwerbssteuer. Die Angebote überschritten unter Anrechnung der Grunderwerbssteuer die korrigierte Kostenschätzung um 25,1 - 33,5%.

Die Mitteilung über die Aufhebung wurde der Antragstellerin am 4. April 2008, einem Freitag, gefaxt. Die Übertragung war um 14.56 Uhr abgeschlossen. Am 7. April 2008 beauftragte die Antragstellerin ihren Bevollmächtigten mit der Prüfung der Aufhebungsentscheidung. Durch diesen rügte sie gegenüber dem Antragsgegner die Aufhebung der Vergabe mit Schreiben vom 11. April 2008, das am selben Tag auch per Fax abgesendet wurde. Darin wiederholte sie im Wesentlichen die in den vorangegangenen Schreiben gemachten Ausführungen. Insbesondere stützte sie ihr Vorbringen darauf, dass der Antragsgegner offensichtlich versäumt habe, die Kostenschätzung nach Inhalt und Umfang der Leistungsbeschreibung anzupassen, wohingegen ihr Angebot sich im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren bewege und im Hinblick auf die vorgelegte Leistungsbeschreibung jedenfalls marktgerecht sei. Der Antragsgegner beantwortete die Rüge, ohne ihr jedoch abzuweichen.

Mit Schreiben vom 21. April 2008, das am selben Tag bei der Vergabekammer einging, beantragt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Sie trägt vor, dass im Zeitpunkt der Überlegungen zur Zentralisierung der Hochschule B (im Jahr 2005) geplant gewesen sei, das A-Theater nicht in den zentralen Standort einzubeziehen, sondern

am ursprünglichen Standort weiter zu betreiben. Danach sollte sich die Kostenkalkulation für den Haushaltsansatz folgendermaßen berechnen: XX.X00.000 € Zentralisierungsvorhaben auf Grundlage des Angebots der Antragstellerin aus 2005 zuzüglich X.X00.000 € Sanierung des A-Theaters und X.000.000 € Erwerbskosten ergibt XX.X00.000 €. Die Neuerrichtung des A-Theaters am Zentralstandort sollte dagegen X.X00.000 € kosten. Erst nach erfolgreichem Teilnahmewettbewerb habe sie mit Empfang der Vergabeunterlagen festgestellt, dass die Leistungsbeschreibung unter Ziffer I.3 ("Raumliste/Raumprogramm - Gesamtbedarf für einen Zentralstandort") nun auch den Umzug und die Errichtung des A-Theaters am Zentralstandort vorsehe. Zudem seien in dem Raumprogramm der Leistungsbeschreibung vom April 2006 gegenüber der Raumliste des Teilnahmewettbewerbs zusätzliche Anforderungen gestellt worden. Es bestünden nunmehr flächenintensivere Anforderungen an die drei Studiobühnen bezüglich Grundrisse und Funktionsbeziehungen. Die Raumhöhen seien größer als ursprünglich angenommen. Die Raumhöhe des A-Theaters betrage nunmehr 12 m anstelle von 8 m. Die Raumhöhe für die Bewegungsräume betrügen mindestens 5 m bzw. 6 m anstelle von 4 m. Für die Räume XX seien ursprünglich 3,80 m vorgesehen worden. Für zwei Studiobühnen würden nunmehr Unterbühnen gefordert, die verlangte Studiotechnik, die in der Raumliste aus dem Teilnahmewettbewerb nur stichwortartig genannt worden sei, besitze nunmehr einen extrem hohen und umfangreichen Standard. Die Antragstellerin geht davon aus, dass die Anforderungen aus den Vergabeunterlagen zur Zeit der Erstellung der für den Haushaltsansatz maßgeblichen Kostenkalkulation im Jahr 2005 noch nicht ansatzweise vorgesehen und ersichtlich gewesen seien. Durch die behauptete Aufnahme des A-Theaters in den Zentralstandort und die erweiterte Leistungsbeschreibung seien zusätzliche Kosten im Vergleich zur Kostenschätzung für den Haushaltsansatz von 2005 entstanden. Die Kostensteigerung betrage rund X.000.000 € (X.X00.000 € für die zusätzliche Aufnahme des A-Theaters und ca. X.X00.000 € für die weiteren zusätzlichen Anforderungen). Zudem sei eine allgemeine Baukostensteigerung von X.X00.000 € zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin behauptet, die Aufhebungsmitteilung erst am Montag, dem 7. April 2008 zur Kenntnis genommen zu haben, da ihr Büro am vorhergehenden Freitagnachmittag nicht besetzt gewesen sei. Sie habe dieses Schreiben umgehend an ihren Prozessbevollmächtigten weitergeleitet, welcher es erst am darauf folgenden Tag erhalten habe.

Sie ist der Auffassung, sie sei durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt, da kein schwerwiegender Grund im Sinne aus § 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A vorgelegen habe. Insbesondere sei die Aufhebung nicht wegen Überschreitens der Kostenschätzung gerechtfertigt, weil die dem Verhandlungsverfahren zugrundeliegende Kostenschätzung mangels Anpassung an den erweiterten Leistungsgegenstand nicht ordnungsgemäß sei. Zudem habe die Eröffnung des Verhandlungsverfahrens mit der erweiterten Leistungsbeschreibung nicht erfolgen dürfen. Der Antragsgegner hätte die Kostenschätzung den geänderten Umständen anpassen und oder die Leistungsbeschreibung an die Vorgaben der ursprünglichen Kostenkalkulation aus dem Jahr 2005 anpassen müssen. Deshalb taue eine Kostenschätzung nicht als Grundlage einer Aufhebungsentscheidung, wenn zwischen der Kostenschätzung und der Angebotsphase eine Erweiterung der Leistungsbeschreibung eingetreten sei. Berücksichtige man die Steigerung der ursprünglichen Kostenschätzung des privaten Angebots von XX.X00.000 € um die erwähnten Mehrkosten, so übersteige ihr letztes Angebot von XX.X00.000 € eine ordnungsgemäß angepasste Kostenschätzung lediglich um 2%. Mit den in der Kostenprognose angesetzten X.X00.000 € für das A Theater seien nämlich nur die Sanierungskosten am jetzigen Standort gemeint gewesen, nicht aber ein Neubau auf dem zentralen Grundstück. Darüber hinaus sei die vom Antragsgegner veranlasste Plausibilitätsprüfung nicht sachgemäß. Insbesondere fehle es an der Vergleichbarkeit des Auftrags mit dem Bau der "G Institute der CU", da deren Bausumme nicht zur Überprüfung der Kostenprognose herangezogen werden könne. Die Hochschule bedürfe spezialisierter Bühnentechnik sowie die erforderlichen Raumhöhen und sei mit einem "einfachen Hochschulgebäude" nicht vergleichbar.

Die Antragstellerin ist des Weiteren der Meinung, dass vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen eine Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners eine Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB nicht erforderlich ist. Jedenfalls sei die eingelegte Rüge rechtzeitig erfolgt. Sie meint, die po-

sitive Kenntnis von einem Vergabeverstoß sei erst nach ausführlicher Erörterung der Sach- und Rechtslage mit ihrem Verfahrensbevollmächtigten zum Ende der 15. KW eingetreten. Zudem seien die Schreiben vom Januar und Februar 2008 als Rügen anzusehen.

Die Aufhebung verstoße außerdem gegen das Diskriminierungsverbot, weil sie letztlich erfolgt sei, um der Antragstellerin als Bestbieter nicht den Zuschlag erteilen zu müssen. Daneben macht sie einen Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt geltend, das Parlament der Aufhebungsentscheidung hätte zustimmen müssen.

Schließlich vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass eine Aufhebung der Aufhebung nicht vom Fortbestand des Beschaffungsinteresses abhängig sei. Jedenfalls bestehe Beschaffungsinteresse nach wie vor. Denn der Antragsgegner plane weiterhin die Zentralisierung der Hochschule B, lediglich auf einem anderen Grundstück. Dies entspreche wirtschaftlich dem Gegenstand des Verhandlungsverfahrens. Auch bei einer Realisierung des Projekts auf einem landeseigenen Grundstück bestehe der Vergabewille fort, da an dem wesentlichen Beschaffungszweck festgehalten werde.

Auch wenn der Antragsgegner von dem Auftrag in der vorliegenden Form Abstand nehmen sollte, sei jedenfalls der Hilfsantrag begründet. Denn der Antragsgegner habe die Aufhebung mangels Anpassung der Kostenschätzung selbst verschuldet. Er habe das Verhandlungsverfahren auf der Grundlage eines Finanzrahmens durchgeführt, der wesentliche Teile der von dem Antragsgegner verlangten Leistung nicht abdecke. In einem solchen Fall sei die Aufhebung stets rechtswidrig. Das Feststellungsinteresse ergebe sich hier aus dem Interesse an der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners aufzuheben,
2. hilfsweise, festzustellen, dass die Aufhebung des Antragsgegners rechtswidrig war,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen,

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig abzuweisen,
2. hilfsweise, den Nachprüfungsantrag als unbegründet abzuweisen,
3. den Hilfsfeststellungsantrag der Antragstellerin zu 2. abzuweisen,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für notwendig zu erklären,
5. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung des Antragsgegners aufzuerlegen,

Er ist der Auffassung, dass der vorliegende Auftrag gemäß § 100 Abs. 2 lit. h GWB vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts ausgenommen und damit der Nachprüfungsantrag nicht statthaft sei. Darüber hinaus sei der Antrag unzulässig, weil es an einer ordnungsgemäßen Rüge fehle. Ihm, dem Antragsgegner sei das Rügeschreiben erst am 14. April 2008 zugegangen,

die Antragstellerin habe aber bereits mit Eingang der Aufhebungsmitteilung am 4. April 2007 positive Kenntnis von dem behaupteten Vergabeverstoß erhalten. Er hält hier eine Rügefrist von maximal drei Tagen für angemessen, da sich die Antragstellerin bereits im Vorfeld schriftlich zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens geäußert und ihre rechtliche Meinung dargestellt habe und das Rügeschreiben im Wesentlichen dieselben Vorwürfe enthalte. Jedenfalls fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis. Denn der Vergabewille sei vorliegend entfallen, da der Bedarf nunmehr auf landeseigenen Grundstücken durchgeführt werde. Der von einem Immobiliengeschäft entkoppelte Auftrag habe einen weitaus umfangreicheren Markt und stelle daher wirtschaftlich ein aliud dar. Damit bestehe die ursprüngliche Vergabeabsicht nach Art und Umfang nicht fort. Zum anderen sei die Antragsbefugnis mangels Bindefristverlängerung erloschen. Demnach liege kein zuschlagsfähiges Angebot der Antragstellerin mehr vor.

Der Aufhebungsantrag sei zudem unbegründet, da kein Verstoß gegen subjektive Rechte der Antragstellerin vorliege. § 26 VOB/A sei auf nur das Offene oder Nichtoffene Verfahren, nicht jedoch auf das Verhandlungsverfahren anwendbar. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht reiche Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Aufhebung aus. Ein solcher liege vor, weil das Haushaltsrecht den Antragsgegner zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung verpflichte. Bei unerwartet oder unangemessen hohen Angeboten sei daher die Aufhebung der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen. Der Kostenrahmen der Antragsgegner sei bei den letztverbindlichen Angeboten der Bieter um mindestens 25% überschritten. Zudem sei der Antragsgegner mangels zur Verfügung stehender Finanzmittel unfähig, den Zuschlag zu erteilen, da ein Kostenrahmen von XX.X00.000 € gesetzt wurde. Daneben sei im Falle der Neuausschreibung ohne Immobiliengeschäft eine erhöhte Wettbewerbsintensität zu erwarten. Er erklärt, eine ordnungsgemäße Kostenprognose durchgeführt zu haben. Die Gesamtkosten seien vor Beginn der Ausschreibung geschätzt worden. Noch vor Eröffnung des Vergabeverfahrens sei die Kostenprognose durch ein Interessenbekundungsverfahren verifiziert worden. Auf dieser Grundlage sei ein Finanzbedarf von XX.X00.000 bis XX.X00.000 € ermittelt worden. Der Einstellung von XX.X00.000 € in den Landeshaushalt sei die Erwägung vorausgegangen, dass in einem Vergabeverfahren sich die Angebote unter XX.X00.000€ senken ließen. Außerdem seien Abweichungen im Raumprogramm zu berücksichtigen gewesen, insbesondere die Einbeziehung des A-Theaters in den Zentralstandort. Daher seien für das A-Theater X.X00.000 € angesetzt worden. Im Interessebekundungsverfahren sei erwartet worden, dass die Anbieter das A-Theater in den Zentralstandort integrieren, Abweichungen seien nur in Ausnahmefällen zulässig gewesen. Zudem sei das Raumprogramm vorher festgelegt worden und Preisprognosen zwischen XX.000.000 und XX.000.000 € abgegeben worden. Überobligatorisch habe er, der Antragsgegner, die Kostenprognose im Laufe des Vergabeverfahrens weiter überprüft, indem er die Bewerber zu einer Schätzung ihrer Baukosten nach DIN 276 aufforderte und die Ergebnisse einem bereits fertig gestellten Vergleichsobjekt, dem Bau der "G Institute der CU", gegenüberstellte. Der eigene Kostenansatz habe sich im Ergebnis der Berechnungen bestätigt. Die Auswertung der Kostenprognose nach DIN 276 im Teilnahmewettbewerb habe ergeben, dass die Kosten auf Beträge zwischen XX.X00.000 und XX.X00.000 € geschätzt wurden. Die geringen Kosten sollen dabei auf den intensiven Wettbewerb im Vergabeverfahren zurückzuführen sein.

Die Kalkulation zum A-Theater über X.X00.000 € sei anhand des 34. Rahmenplans für den Hochschulbau nach dem Hochschulbauförderungsgesetz ermittelt worden. Der geschätzte Preis von X.X00.000 € beziehe sich daher gerade nicht auf die Sanierung am bisherigen Standort B-Straße.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, eine wesentliche Erweiterung des Leistungsumfangs habe im Vergleich zur Raumliste, als Grundlage der Kostenschätzung, nicht vorgelegen. Die Raumliste habe drei Studiobühnen vorgesehen, und damit das A Theater einbezogen. Zudem sei bei der Kostenschätzung nach DIN 276 die Bühnentechnik als Kostengruppe 479 zu beachten gewesen. Daher könne der Standard der Bühnentechnik keinen maßgeblichen Einfluss auf die ungewöhnliche Höhe der Angebote haben. Zudem seien keine flächenintensiveren Anforderungen gestellt worden, da die Umgänge für die Studiobühnen zu den Verkehrsflächen zählen, die nach anerkannten Regeln der Technik einzuplanen sind. Auch seien Unterbühnen selbstverständlicher Bestandteil einer Theaterbühne. Die Raumhöhe der Bühnen mit 12,00 m sei lediglich erwünscht gewesen.

Darüber hinaus liege kein Verstoß gegen das Diskriminierungsgebot vor, da der Antragsgegner das Vergabeverfahren nicht aufgehoben habe, um der Antragstellerin nicht den Zuschlag erteilen zu müssen.

Es liege aber auch kein Verstoß gegen § 26 VOB/A vor. Die vorliegenden Angebote hätten die geschätzten Gesamtkosten um über 25 % überschritten. Das sei ein schwerwiegender Grund, der eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertige, zumal die zugrunde gelegte Kostenprognose ordnungsgemäß erstellt worden sei.

Der Hilfsfeststellungsantrag sei ebenfalls unstatthaft, da er gemäß § 114 Abs. 2 S. 2 GWB ein laufendes Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt der Erledigung voraussetze. Vorliegend sei aber da die Erledigung schon mit Aufhebung des Vergabeverfahrens und damit schon vor Antragstellung eingetreten. Zudem habe die Antragstellerin kein Feststellungsinteresse vorgetragen.

Akteneinsicht ist der Antragstellerin in dem aus der Akte ersichtlichen Umfang mit Beschluss vom 14. Mai 2008 gewährt worden.

Im Übrigen wird auf den Inhalt der Verfahrensakte und der Vergabeakten verwiesen.

## II.

1. Der Hauptantrag, mit dem die Antragstellerin die Rücknahme der Aufhebung und Fortsetzung des Vergabeverfahrens begehrt, ist statthaft. Antragsgegner ist XXX. Verfahrensbeteiligter im Sinn des § 109 GWB ist der Auftraggeber und nicht die mit der Verfahrensabwicklung beauftragte Stelle. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB. Es handelt sich um einen öffentlichen Bauauftrag i.S.d. §§ 99 Abs. 3 GWB, 6 VgV, der den Schwellenwert des § 2 Nr. 4 VgV übersteigt. Der geschätzte Gesamtauftragswert der Baumaßnahme beträgt mindestens XX.X00.000 € ohne Grundstückswert und liegt damit jedenfalls deutlich über dem EU-Schwellenwert. Der Auftrag ist nicht gemäß § 100 Abs. 2 lit. h) GWB vom Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB ausgenommen, auch wenn er unter anderem einen Grundstückserwerb mit einbezieht. Es handelt sich um einen Bauträgervertrag, der die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte nach den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen beinhaltet, der gemäß § 99 Abs. 3 GWB, § 1a Nr. 1 Satz 3 VOB/A als Bauvertrag anzusehen ist, sofern die Bauleistung nicht nur eine ganz untergeordnete Bedeutung hat. Hier stehen der Neubau und die Gestaltung der Hochschule für Schauspielkunst wirtschaftlich eindeutig im Vordergrund. Das Grundstücksgeschäft ist dieser Baumaßnahme als notwendiger Bestandteil untergeordnet. Diese Sichtweise dürfte im Übrigen auch der Einschätzung des Antragsgegners entsprechen, der den Auftrag ja selbst nach VOB/A ausschrieb. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer des Landes Berlin ergibt sich aus § 18 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 VgV.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Mit ihrem Angebot hat sie ein Interesse am ausgeschriebenen Auftrag bekundet. Auch durch die Aufhebung eines Vergabeverfahrens kann ein Bieter in seinen Rechten verletzt sein und deshalb einen Anspruch auf Überprüfung sowie gegebenenfalls Aufhebung der Ausschreibung haben (EuGH, Urteil v. 2.6.05, C-15/04; v. 18.6.02, C92/00). Denn die Entscheidung über die Beendigung eines Vergabeverfahrens unterliegt ebenso wie eine Zuschlagsentscheidung den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist, dass die sonstigen Voraussetzungen der §§ 107, 108 GWB erfüllt sind (BGH, Beschluss v. 18.2.03, X ZB 43/02; OLG Naumburg, Beschluss v. 13.10.06, 1 Verg 7/06; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.11.03, Verg 59/03). Weiter ist erforderlich und hinreichend, dass der Bieter schlüssig behauptet, welche Vergaberechtsvorschriften der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens verletzt haben soll und dass der Bieter ohne die behauptete Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass ein drohender oder eingetretener Schaden auf die vermeintliche Verletzung der Vorschriften zurückzuführen ist (BGH, Beschluss v. 18.5.04, BGHZ 159, 186). Dabei ist noch nicht maßgebend, ob tatsächlich eine Rechtsverletzung stattgefunden hat. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gebietet es, dass der Bieter die Überprüfung des gerügten Verstoßes beanspruchen kann, ohne dass sein Vorbringen von vornherein wegen anderer, eigener Verstöße zurückgewiesen wird (BVerfG, Be-



schluss v. 29.7.04, NVwZ 2004, 1224, 1226). Im Fall der Aufhebung ist darzulegen, dass diese wegen fehlender oder unzureichender Gründe zu Unrecht erfolgt sei, den Bieter dadurch in seinen Rechten verletze, und dass ihm dadurch die realistische Chance, den Auftrag zu erhalten, entgangen sei. Diesen Maßgaben genügt das Vorbringen der Antragstellerin. Sie legt dar, dass sie ein wirtschaftlich vertretbares Angebot abgegeben hat, das ihrer Ansicht nach von den Preisvorstellungen des Antragsgegners nur unwesentlich abweiche. Der Antragsgegner sei in unzutreffender Weise davon ausgegangen, dass ein schwerwiegender, zumindest sachlicher Grund zur Aufhebung bestehe. Auf einen sachlichen Grund komme es nicht an, ein schwerwiegender Aufhebungsgrund bestehe nicht. Jedenfalls sei der Grund vor Einleitung des Vergabeverfahrens voraussehbar gewesen und könne damit keine Aufhebung rechtfertigen. Mit diesem Vorbringen macht die Antragstellerin eine Rechtsverletzung geltend, die einen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung zumindest nicht ausschließt. Durch eine ungerechtfertigte Aufhebung droht ihr auch ein Schaden. An die Darlegung eines entstandenen oder drohenden Schadens sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Die Kausalität zwischen Vergaberechtsverstoß und Schaden ist nicht gesondert darzulegen. Nicht antragsbefugt soll nach diesem Maßstab nur ein Unternehmen sein, bei dem offensichtlich keine Rechtsbeeinträchtigung vorliegt (BVerfG, Beschluss v. 29.7.04, NVwZ 2004, 1224, 1226). Mit ihrem Angebot hätte die Antragstellerin eine Chance auf die Erteilung des Zuschlags gehabt. Dabei kommt es im Verhandlungsverfahren nicht allein darauf an, dass der Bieter das wirtschaftlich günstigste Angebot vorgelegt hat, sondern dass er nach dem Stand des Verfahrens noch eine reelle Chance hatte, als günstigster Bieter aus dem Verfahren hervorzugehen. Dies ist der hier Fall, da neben dem Preis die Qualität der Liegenschaft, die städtebauliche Gestaltung und die Funktionalität des Baus eine Bedeutung hat, so dass eine abschließende Bewertung die Auswahl der Antragstellerin nicht ausschliesse. Der vom Antragsgegner geltend gemachte Wegfall des Vergabewillens steht der Antragsbefugnis nicht entgegen, weil die Antragstellerin geltend macht, dass die Beschaffungsabsicht fortbestehe und damit der Vergabewille nicht weggefallen sei. Damit ist ein Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung zumindest nicht ausgeschlossen. Ob die Antragsbefugnis entfällt, wenn der Auftraggeber vor oder mit der Aufhebung nach außen kund getan hat, dass er endgültig von dem Auftrag Abstand nehme und damit der Antragsteller keine Chance darauf hätte, den begehrten Auftrag zu erhalten (so im Fall VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 4.2.08, VK SH 28/07 unter Berufung auf OLG Frankfurt, Beschluss v. 11.5.04, 11 Verg 8/04; 11 Verg 9/04; 11 Verg 10/04), mag hier dahinstehen. Denn der Antragsgegner hat hier keine entsprechende Entscheidung dokumentiert und nach außen bekannt gemacht. Den Bietern wurde lediglich die erhebliche Kostenüberschreitung als Grund der Aufhebung mitgeteilt. Über die "Unterbringung auf einem landeseigenen Grundstück" hat der Antragsgegner offenbar erst nach Bekanntmachung der Aufhebung entschieden (Nichtöffentliche Sitzung des Hauptausschusses am 23. April 2008). Im Übrigen ist zu bedenken, dass dem am Auftrag interessierten Unternehmen die Überprüfung der Aufhebungsentscheidung offen stehen muss. Von einem unabänderbaren Willen des Ausschreibenden kann nicht von vornherein ausgegangen werden. Vielmehr bedarf es zunächst der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen, ob ein solcher Einzelfall vorliegt (BGH, Urt. v. 18.2.03, X ZB 43/02).

Schließlich lässt auch der Wegfall der Bindefrist die Antragsbefugnis nicht entfallen. Denn zum einen hat die Antragstellerin nie eine Verlängerung der Bindefrist abgelehnt, sondern durch ihr erneutes Angebot vom Februar 2008 ihr Interesse am Auftrag dieses mit Stellung des Nachprüfungsantrags noch einmal bekräftigt. Mit seinem Nachprüfungsantrag bringt der Bieter deutlich zum Ausdruck, dass er auch weiterhin ein grundsätzliches Interesse am Auftrag hat (Weyand, *ibr-online-Komm. Vergaberecht*, § 107 GWB, Rn1657). Zum anderen ermöglicht und erfordert das Verhandlungsverfahren ohnehin den Abschluss eines Vertrages, der wegen der in der Ausschreibung nicht abschließend beschriebenen Leistung nicht streng an nur ein zuschlagsfähiges Angebot gebunden ist. Das Interesse am Auftrag auf Basis des erreichten Verhandlungsstandes besteht nach Bekundungen der Antragstellerin jedenfalls fort. Aus Sicht eines verständigen Auftraggebers wird das Verhalten des Bieters dahin aufgefasst werden müssen, dass dieser sich auch bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens an sein Angebot gebunden hält. Eine gegenteilige Haltung des Bieters wäre widersprüchlich und treuwidrig (2. VK Bund, Beschluss v. 26.2.07, VK 2-09/07). Die einseitige Abstandnahme des Auftraggebers vom Vertrag kann den Wegfall der Antragsbefugnis und damit der Überprüfbarkeit seiner Entscheidung nicht bewirken.

Die Antragstellerin hat den geltend gemachten Verstoß eine Woche nach Aufhebungsmitteilung mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten per Telefax auch gerügt. Die Rüge erfolgte damit unverzüglich im Sinn des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die vorab an den Antragsgegner gerichteten Schreiben sind nicht als Rügen anzusehen. Denn vorsorgliche Rügen kennt das Vergaberecht nicht. Eine Rügeobliegenheit hält die Kammer auch im Verfahren gegen die Aufhebung einer Ausschreibung für erforderlich (anders VK Brandenburg, Beschluss v. 17.9.02, VK 50/02). Andernfalls würde für den Auftraggeber ein unzumutbarer Zustand der Rechtsunsicherheit erzeugt, dessen Ende zudem wegen nicht bestehender Fristen zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens offen bliebe. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners hält die Kammer allerdings die Rüge im vorliegenden Fall noch für unverzüglich. Angesichts der ungewöhnlich langen Dauer des vorangegangenen Vergabeverfahrens und der Hinweisschreiben des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin musste der Antragsgegner jedenfalls in diesem Fall auch nach einer Woche damit rechnen, dass bei ihm eine Rüge eingeht. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass im Verfahren gegen die Aufhebung eines Vergabeverfahrens nicht der gleiche strenge Maßstab an die Rügepflicht anzulegen ist wie während des Vergabeverfahrens. Denn zu einer unmittelbaren Verzögerung der Auftragserteilung und daraus eventuell resultierenden Kostenfolgen kann es nach der Aufhebung nicht mehr kommen. Eine Rüge vor Angebotsabgabe wegen möglicherweise zu gering eingeschätzter Gesamtkosten war nicht erforderlich. Denn aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen konnte nicht entnommen werden, dass die für den Auftrag zur Verfügung stehenden Mittel auf den Betrag von XX.X00.000 € begrenzt sein sollten.

2. Der Hauptantrag ist unbegründet, weil der Wegfall der Vergabeabsicht einen Anspruch auf Aufhebung des Vergabeverfahrens entfallen ließ. Ein Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung kann unabhängig vom Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes im Sinn von § 26 VOB/A dann entfallen, wenn der Auftraggeber von dem Auftrag endgültig Abstand nehmen möchte oder der ausgeschriebene Auftrag jedenfalls nicht mehr in der Weise zur Ausführung kommt, dass eine erneute Ausschreibung den gleichen Gegenstand betrifft (BGH, Urteil v. 5.11.02, X ZR 232/00; Urteil v. 16.12.03 X ZR 282/02; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 3.1.05, Verg 72/04; OLG Celle, Beschluss v. 22.5.03, 13 Verg 9/03). Denn auch ein öffentlicher Auftraggeber kann nicht gezwungen werden, einen bestimmten Vertrag abzuschließen (KG, Beschluss vom 10.12.02, KartVerg 16/02). Besteht dagegen die Absicht, die ausgeschriebenen Leistungen nicht mehr oder nicht von Dritten durchführen zu lassen, wäre eine Fortführung des Vergabeverfahrens sinnlos. Nur sofern der Auftraggeber eine Wiederholung der Ausschreibung oder Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags beabsichtigt, ohne dass ein schwerwiegender Aufhebungsgrund vorlag und ohne Änderungen, die auch im Rahmen des ursprünglichen Vergabeverfahrens hätten vorgenommen werden können, hat ein potentieller Auftragnehmer einen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung und Fortführung des Vergabeverfahrens (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.1.05, Verg 45/04; BayObLG, Beschluss v. 15.7.02, Verg 15/02; OLG München, Beschluss vom 27.1.06, Verg 1/06; OLG Naumburg, Beschlüsse v. 13.10.06, 1 Verg 6/06 und 7/06). Der Antragsgegner hat in diesem Verfahren unmissverständlich erklärt, dass er den zentralen Neubau der Hochschule für Schauspielkunst - abweichend von den bisherigen Plänen und der hier aufgehobenen Ausschreibung - nun auf einem landeseigenen Grundstück durchführen werde. Dies hat die Antragstellerin nicht ausdrücklich bestritten. Dem steht auch ihr Vortrag im Schriftsatz vom 24. Juli 2008 nicht entgegen, der Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses verlange nunmehr eine vergleichende Betrachtung der Kosten auf einem privaten und auf einem landeseigenen Grundstück. Denn unabhängig davon, dass der Vortrag verspätet ist, handelt es sich bei der Befassung des Hauptausschusses lediglich um einen Berichtsauftrag der für die Auftragsvergabe zuständigen Senatsverwaltung an das über den Landeshaushalt entscheidende Parlament. Diesen Auftrag hatte der Hauptausschuss bereits am 23. April 2008 erteilt. Der Hauptausschuss ist jedenfalls nicht das für die Auftragsvergabe zuständige Entscheidungsgremium. Auch wenn dieser eine erneute Gegenüberstellung von Kosten bei öffentlicher und privater Trägerschaft fordern sollte, wäre damit nicht in Zweifel gestellt, dass die zuständige Exekutive von dem Vorhaben in der ursprünglichen Form Abstand genommen hat. Im Übrigen bestätigt das Protokoll der Sitzung des Hauptausschusses vom 9. Juli 2008 den Vortrag des Antragsgegners, dass nur noch geeignete landeseigene Grundstücke als Standorte für Hochschule geprüft werden. Diesen Bericht nahm der Ausschuss zur Kenntnis.

Das Vorgehen des Antragsgegners ist - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch als Aufgabe der Vergabeabsicht anzusehen. Die Frage, ob ein von der Vergabestelle weiter verfolgtes Vorhaben mit dem ausgeschriebenen identisch ist, ist nach wirtschaftlichen und technischen, nicht hingegen nach formellen Kriterien zu beurteilen (OLG Dresden, Beschluss v. 10.07.03, W Verg 16/02). Die Verwirklichung des Vorhabens auf einem landeseigenen Grundstück stellt nach Auffassung der Kammer eine so wesentliche Änderung des Vergabegegenstandes dar, dass sie von dem aufgehobenen Ausschreibung, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Ausschreibung im Wege des Verhandlungsverfahrens erfolgte, in keinem Fall mit umfasst ist. Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass mit dem Bau auf einem eigenen Grundstück Grundenerwerbskosten in Höhe von X.000.000 - X.000.000 € und damit 20% der Gesamtkosten entfielen. Zudem erscheint der Vortrag des Antragsgegners, dass er mit der Ausschreibung eines reinen Bauauftrages auf einen größeren Angebotsmarkt zurückgreifen könne, ohne Weiteres plausibel. Denn Liegenschaften, die die speziellen Vorgaben der Ausschreibung erfüllen, stehen in dem gewünschten räumlichen Bereich nur in begrenztem Maß zur Verfügung. Der Antragsgegner strebt hier zwar weiterhin den Neubau der Hochschule für Schauspielkunst an einem zentralen Standort an. Er nimmt aber davon Abstand, die Arbeiten von einem Bauträger auf einem Privatgrundstück erstellen zu lassen und einen schlüsselfertigen Bau samt Grundstück zu erwerben. Vielmehr plant er nunmehr, ein passendes landeseigenes Grundstück zu suchen und den Bauauftrag selbst öffentlich auszuschreiben. Damit ändert er den Ausschreibungsgegenstand so grundlegend, dass dieser nicht mehr von der Ausschreibung des laufenden Verfahrens gedeckt wird, auch wenn das Verhandlungsverfahren weitere Spielräume lässt. Letztlich wäre die bloße Umstellung im selben Verfahren eine Umgehung des Offenen Verfahrens, das nach VOB/A vorrangig durchzuführen ist. Alle Unternehmen, die lediglich Bauleistungen und kein geeignetes Grundstück anbieten können, wären ohne Not vom Wettbewerb ausgeschlossen, obwohl sich nunmehr die Chance zu einem breiteren Angebotsmarkt böte. Auf eine rechtmäßige oder rechtswidrige Aufhebung kommt es indes nicht an. Wenn der Vergabewille nicht mehr fortbesteht, muss der Primärrechtsschutz versagt bleiben (VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 4.2.08, VK SH 28/07), denn der Ausschreibende kann nicht gezwungen werden, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen (BGH, Beschluss v. 18.02.03, X ZB 43/02; Urt. v. 5.11.02, X ZR 232/00).

Es liegt nach § 114 Abs. 1 GWB nicht in der Kompetenz der Vergabekammer, den Auftraggeber zur Beseitigung einer Rechtsverletzung zu verpflichten, wenn dadurch eine mittelbarer Zwang zur Vergabe des Auftrags entstünde, obwohl der Auftraggeber von der Auftragvergabe endgültig Abstand genommen hat.

3. Hilfsantrag Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist dagegen zulässig und begründet. Entgegen dem Wortlaut des § 114 Abs. 1 Satz 1, 1. HS. GWB kommt allerdings eine isolierte Feststellung ohne die Anordnung von Maßnahmen nach dieser Vorschrift nicht in Betracht. Denn §114 Abs. 1 GWB ist allein auf die Gewährung von Primärrechtsschutz ausgerichtet. Die Entscheidung der Vergabekammer besteht aus zwei (untrennbaren) Elementen, der Feststellung der Rechtsverletzung und der Anordnung der Maßnahmen, resultierend aus dem Zweck, im noch laufenden Vergabeverfahren eine Rechtsverletzung des Antragstellers zu verhindern oder zu beseitigen (Boesen, Vergaberecht, Komm. zum 4. Teil des GWB, 1. A. 2000, § 114 Rn 60; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 2. A. 2005, § 114 Rn 1070). In der Rechtsprechung wird allerdings vertreten, dass die Vergabekammer bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses des Antragstellers, der die Aufhebung eines Vergabeverfahrens mit dem Ziel der Erlangung primären Vergaberechtsschutzes zum Gegenstand einer Nachprüfung gemacht hat, auf dessen Antrag auch zur Feststellung der durch die Aufhebung eingetretenen Rechtsverletzung befugt ist, wenn sich herausstellt, dass trotz des Vergabeverstößes aufgrund des dem Auftraggeber zustehenden Entscheidungsspielraums eine auf die Fortsetzung des aufgehobenen Vergabeverfahrens gerichtete Anordnung nicht ergehen kann (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.3.05, Verg 40/04; VK Südbayern, Beschluss v. 17.08.04, 20-04/04). § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB steht der Statthaftigkeit eines solchen Feststellungsantrags nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift ist die bloße Feststellung einer Rechtsverletzung ausdrücklich vorgesehen. Dies setzt allerdings voraus, dass sich ein zunächst zulässiger Antrag im Laufe des Nachprüfungsverfahrens durch Aufhebung, Erteilung des Zu-

schlags oder in sonstiger Weise erledigt hat. Dies war hier der Fall. Wie oben (II.1.) ausgeführt, war der Nachprüfungsantrag ursprünglich zulässig. Er hat sich im Laufe des Nachprüfungsverfahrens auf sonstige Weise erledigt.

Wenn ein Nachprüfungsverfahren gerade die Aufhebung der Ausschreibung zum Gegenstand hat, kann es sich allerdings nicht zugleich durch diese erledigen. Eine Erledigung könnte beispielsweise durch eine zwischenzeitliche Auftragserteilung eintreten, weil hierdurch das Vergabeverfahren endgültig beendet wird.

Nach Auffassung der Kammer kann die Erledigung aber auch dann eintreten, wenn eine Aufhebung des Vergabeverfahrens angegriffen wird und die Vergabekammer feststellt, dass der Vergabewillen entfallen ist. Dabei ist hinsichtlich der Erledigung nicht auf den Zeitpunkt der endgültigen Aufgabe des Beschaffungswillens, sondern auf den Zeitpunkt seiner Feststellung durch eine Nachprüfungsinstanz abzustellen. Denn zum einem ist die Absicht nur erheblich, wenn sie auch allen Bietern kundgetan wird, zum anderen wäre eine ungerechtfertigte Aufgabe der Vergabeabsicht nicht mehr rechtlich überprüfbar, wenn nachträglich festgestellt würde, dass sie vor Beginn des Nachprüfungsverfahrens erfolgte. Letzteres widerspräche den vom EuGH (Urt. v. 18.6.02, C-92/00; v. 2.6.05, C-15/04) festgestellten europarechtlichen Anforderungen an die Überprüfbarkeit von Aufhebungsentscheidungen. Zudem sprechen Gründe der Prozessökonomie für eine Feststellungsentscheidung (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.3.05, Verg 40/04). Denn die Vergabekammer ist bereits mit der Kernfrage der Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidung im Rahmen der Gewährung von Primärrechtsschutz befasst. Dieser Verfahrensstand entspricht dem eines nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, aber vor Zustellung erteilten Zuschlags. Denn auch im Fall der angefochtenen Aufhebung tritt die Erledigung nicht bereits vor Beginn des Nachprüfungsverfahrens mit der Aufhebungsentscheidung ein, sondern erst der endgültigen Beendigung des Vergabeverfahrens, deren Vorliegen oder Nicht-Vorliegen im Nachprüfungsverfahren festgestellt wird. Da nach diesen Maßstäben der Wegfall des Vergabewillens erst im Rahmen dieser Entscheidung festgestellt worden ist, hat sich das Vergabeverfahren durch Aufhebung damit endgültig erledigt. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ist eröffnet.

Ein Feststellungsinteresse hat die Antragstellerin, weil sie ein Interesse an der Geltendmachung von Schadensersatz darlegt.

Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten verletzt, weil der Antragsgegner durch seine Vorgehensweise die Aufhebungsgründe selbst herbeigeführt hat. Damit hat er das Recht des Bieters auf ein ordnungsgemäßes und transparentes Vergabeverfahren (§97 Abs. 1 und 7 GWB) verletzt.

Die Aufhebung war weder nach dem Maßstab des § 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A gerechtfertigt, noch genügte sie den Anforderungen an ein transparentes Vergabeverfahren. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist diese Vorschrift auch im Verhandlungsverfahren mit vorangegangenen Teilnahmewettbewerb anwendbar § 26 VOB/A (VK Brandenburg, Beschluss v. 17.9.02, VK 50/02). Das ergibt sich bereits aus § 26a Abs. 2 VOB/A, wonach die Einstellung eines Verhandlungsverfahrens mit vorausgegangener Vergabebekanntmachung wie die Aufhebung einer Ausschreibung zu behandeln ist. Aber auch wenn man mit dem Antragsgegner von der Nichtgeltung des § 26 VOB/A für die Verfahrenseinstellung ausginge, wäre der Auftraggeber damit nicht von allen vergaberechtlichen Vorgaben freigestellt. Vielmehr müsste sich die Entscheidung, das Verfahren nicht fortzuführen, auch in diesem Fall an den Grundsätzen des § 97 GWB, insbesondere am Transparenzgebot messen lassen (1. VK Bund, Beschluss v. 28.4.03, VK 1-19/03; VK Brandenburg, Beschluss v. 14.12. 07, VK 50/07). Damit wären der Überprüfbarkeit der Einstellungsentscheidung dem § 26 VOB/A entsprechende Maßstäbe zugrunde zu legen.

Bei Anwendung dieser Voraussetzung sieht die Kammer keine hinreichende Rechtfertigung der Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners. Die nicht unwesentliche Überschreitung des vorgesehenen Mittelansatzes ist zwar grundsätzlich als anderer schwerwiegender Grund (§ 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A) zur Aufhebung einer Ausschreibung anzusehen. Auch wirtschaftliche Gründe des

Auftraggebers können einen schwerwiegenden Grund darstellen, insbesondere wenn die eingestellten Finanzmittel nicht ausreichen (Ingenstau/Korbion VOB Komm. 13. A. Teil A § 26 Rn 9; Jasper in: Beck'scher VOB-Komm. § 26 VOB/A Rn 38).

Voraussetzung ist aber weiterhin, dass die Finanzlücke bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar war und die Kostenschätzung sich im marktgerechten Rahmen bewegt (Dähne in: Kapellmann/Messerschmidt, Komm zu § 26 VOB/A Rn 15). Eine genaue Kostenberechnung kann dazu nicht verlangt werden, weil es sich um eine Prognose handelt. Vielmehr genügt der Auftraggeber den Anforderungen an die gebotene Sorgfalt bei der Ermittlung des Kostenbedarfs, wenn er eine zeitnahe Aufstellung ausarbeitet, die alle bis dahin erkennbaren Daten in einer der Materie angemessenen und vertretbaren Weise unter Berücksichtigung vorhersehbarer Kostenentwicklung einbezieht (BGH Urteil v. 5.11.02, X ZR 232/00; v. 8.9.98, X ZR 99/96). Dabei gibt es keine Regel über den Detaillierungsgrad der Aufstellung. So kann beispielsweise bei der Errichtung eines Bauwerkes statt der Ausführung einzelner Leistungspositionen auch die Errechnung der Kosten auf Grundlage des Kubikmetervolumens und pauschalierter Beträge für Erschließung, Geräte, Außenanlagen und Baunebenkosten ausreichen, wenn entsprechende Erfahrungswerte existieren (BGH a.a.O.). Wie genau eine Prognose sein muss, hängt vielmehr von der Art des Auftrages und dem Stand des Verfahrens ab.

Der vom Antragsgegner zugrunde gelegte Kostenansatz entspricht, zumindest in seiner ohne Rücksicht auf die Baupreisentwicklung und die fortschreitende Differenzierung der Leistungsanforderungen unveränderten Form, diesen Anforderungen nicht. Denn der Antragsgegner hat weder anhand eigener Berechnungen substantiiert dargelegt oder dokumentiert, dass das Vorhaben unter den Bedingungen der funktionalen Leistungsbeschreibung tatsächlich zu der im Jahr 2005 angesetzten Summe machbar ist, noch hat er nachvollziehbar dargelegt, dass eine Aufstockung der veranschlagten Haushaltssumme beantragt und endgültig abgelehnt wurde. Die Plausibilitätsprüfung des beauftragten Architektenbüros X kann, auch wenn sie pauschale Mehrbeträge für Bühnentechnik und höhere Räume einsetzt, Zweifel an der Vergleichbarkeit Germanistischer Institute mit dem bestehenden Projekt nicht ausräumen. Überdies kommt diese selbst gerade zu dem Ergebnis, dass die Projektkosten in der ursprünglichen Höhe nicht haltbar sind. Die vorgeschlagene Gegenrechnung mit Einnahmen des Landeshaushalts spricht eher dafür, dass seitens des Antragsgegners an der einmal festgelegten Summe festgehalten wurde, ohne dass diese durch sich allmählich konkretisierende leistungs- und objektbezogene Kalkulationen untermauert wurde.

Der Antragsgegner hatte für sich offenbar als ein wesentliches Vergabekriterium angesehen, dass der Kostenrahmen von XX.X00.000 € einschließlich Grunderwerbskosten nicht überschritten werden darf. Dies hat er aber entgegen § 25a Nr. 1 VOB/A und dem Transparenzgebot als Vorgabe nicht festgelegt. Eine Aufhebung allein unter diesem Gesichtspunkt kam also nicht in Betracht. Sofern der Antragsgegner andererseits von einer Erweiterung dieses Rahmens ausgegangen ist, wäre die Aufhebung pflichtwidrig, weil er nicht geprüft hat und offenbar mangels aussagekräftiger, verwertbarer eigener Kostenschätzung auch nicht prüfen konnte, inwieweit eine Aufstockung der in den Haushalt eingestellten Verpflichtungsermächtigungen erforderlich sein würde. Hierfür, das heißt für die Option einer Änderung der eingestellten Haushaltssumme spricht der Bericht der Senatsverwaltung für Wissenschaft, Forschung und Kultur an den Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses vom 4. November 2005, die "Änderungen bei den Ausgaben in den Haushaltsjahren ab 2008" nicht ausschließt. Allein aus dem Umstand der Ausschreibung kann zwar nicht abgeleitet werden, dass diese immer zu einer Auftragserteilung führen muss. Die Bedingung der strikten Einhaltung der einmal festgeschriebenen Haushaltssumme bei im Wesentlichen vorgegebenem Leistungsprogramm barg aber das Scheitern des Verfahrens bereits in sich, wenn die vorgegebene Summe nicht eingehalten wurde, ohne dass dies als Kriterium von vornherein auch bekannt gemacht worden war. Das konnte weder zu einer sachgerechten Beurteilung der Angebote und der darin aufgeführten Preise zu noch zu adäquaten Verhandlungsergebnissen führen.

Der Antragsgegner hat keine, zumindest keine dokumentierte, Kalkulationsgrundlage, auf der er einschätzen konnte, ob das Angebot der Antragstellerin sowie die weiteren Angebote unangemessen hoch sind oder ob sein bisheriger Kostenansatz zu niedrig war und deshalb aufgestockt werden müsste. Zwischen Beendigung des Interessenbekundungsverfahrens und dem Vergabeverfahren ist aus den Akten keine eigene Kalkulation des Antragsgegners, zumindest zu den erforderlichen Ausstattungsmerkmalen ersichtlich. Die daraus resultierende Unsicherheit bei der Bewertung der Angebote kann ihm nicht zum Vorteil gereichen. Sie verhindert vielmehr die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens, auf die der Bieter gemäß § 97 Abs. 7 GWB ein Anspruch hat. Das Verfahren war damit weder transparent noch konnte die Wirtschaftlichkeit der Angebote tatsächlich überprüft werden.

Dem Antragsgegner ist zwar zuzugestehen, dass zu Beginn des Projekts eine lediglich "grobe Schätzung" (BGH Urteil vom 5.11.02, X ZR 232/00) hinreichend war. Mit zunehmender Detaillierung der Leistungsanforderungen hätte er dies allerdings entsprechend anpassen müssen, um ein klares Bild von der Kalkulation der eingereichten Angebote zu bekommen. Eine solche Differenzierung auf Grundlage differenzierter Planungsvorgaben lässt sich den Vergabeakten und dem Vortrag des Antragsgegners nicht entnehmen. Dabei geht es nicht um die Verlagerung des A-Theaters und deren Kosten. Denn die von der Antragstellerin selbst vorgelegte Raumliste vom 6. Januar 2006, die sie nach eigenen Aussagen aus dem Internet herunter lud und zur Grundlage der Kostenprognose machte, enthielt bereits drei Studiobühnen, also auch das A-Theater. Vielmehr waren die funktionale Leistungsbeschreibung, die gewünschten Raumhöhen sowie die zusätzlichen Ausstattungsmerkmale wie Unterbühne, Bühnentechnik und die Lage der Studiobühnen zueinander in den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb nicht enthalten oder nicht in dem Konkretisierungsgrad beschrieben. Damit musste der Antragsgegner nicht unerhebliche Abweichungen der Angebote im Vergleich zur Kostenprognose der Bewerber erwarten. Hiermit setzte er sich den Vergabeakten zufolge bei der Beurteilung der Angebote nicht auseinander. Im Gegenteil, er ließ bei der Gegenüberstellung der Kostenprognosen nach DIN 276 - offenbar mit Blick auf den Endpreis - außer Acht, dass die an anderer Stelle mit etwa X.000.000 € anzusetzende Kostengruppe 479 (Bühnentechnik) von den Bietern wegen ihrer Meinung nach nicht hinreichender Anhaltspunkte nicht kalkuliert worden war. Hierauf gehen die Vergabevermerke nicht ein.

Im Übrigen merkt die Kammer an, dass die fehlende Dokumentation des Interessenbekundungsverfahrens und sich daraus ergebender Kostenbetrachtungen eine genaue Prüfung der Kostenschätzung anhand der vorgelegten Unterlagen nicht oder nur eingeschränkt ermöglichte. Die Dokumentation des Vergabevorgangs ist insoweit unvollständig, als die Errechnung des Gesamtauftragswertes nirgends in den Vergabeakten niedergelegt ist und Kostenabweichungen nur im Ergebnis festgehalten sind. Auch sonst fehlt ein zusammenfassender Vermerk über zu erwartende Kosten. Damit musste zu Lasten des Antragsgegners festgestellt werden, dass eine tragfähige, in sich schlüssige und nachvollziehbare sowie die besonderen Umstände einer Schauspielschule berücksichtigende eigene Kostenprognose des Auftraggebers entsprechend dem Konkretisierungsgrad des jeweiligen Verfahrensstandes weder vor dem Verhandlungsverfahren noch im Verfahren erstellt wurde.

Nach alledem basierte weder die Durchführung noch die Einstellung des Verhandlungsverfahrens auf einer Kostenkalkulation, die den Anforderungen des § 97 Abs. 1 GWB an ein transparentes Vergabeverfahren gerecht wird. Dadurch wurde die Antragstellerin in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt.

Inwieweit die Antragstellerin selbst durch zu niedrig angesetzte Kostenschätzungen ohne Spezifizierung zu dem unfundierten Kostenansatz beigetragen hat, ist für die Feststellung der Rechtsverletzung nicht maßgebend und daher nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Dies wäre im Rahmen eines eventuellen Mitverschuldens zu untersuchen.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren unterlegen ist.

Da der Hauptantrag zurückzuweisen war, ist die Antragstellerin mit ihrem Begehren, das Vergabeverfahren fortzusetzen, nicht durchgedrungen und insoweit unterlegen. Sie war allerdings hinsichtlich der Feststellung einer Vergaberechtsverletzung als wesentlichem Verfahrensgegenstand erfolgreich. Dies ist entsprechend zu gewichten. Eine Kostenteilung würde diesem Ausgang des Verfahrens nicht gerecht. Wegen des Unterliegens des Antragsgegners hinsichtlich der Frage der Rechtsverletzung, hält die Kammer es für angemessen, ihm einen Anteil in Höhe von zwei Dritteln der Kosten aufzuerlegen. Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 €. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert gemäß Angebotspreis (Angebot der Antragstellerin in Höhe von unter XXX € netto abzüglich XXXX € Grundstückskosten) unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Da eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und Verfahrensbevollmächtigte beauftragt waren sowie umfangreiches Aktenmaterial auszuwerten war, andererseits keine Bieter beigelegt wurden, bewegte sich der Verwaltungsaufwand der Vergabekammer noch im durchschnittlichen Rahmen. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hält die Kammer den der Gebührentabelle entsprechenden Betrag von XXXX € für angemessen. Billigkeitsgründe für eine Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung der Beteiligten war notwendig. Unabhängig davon, ob die Beauftragung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle wegen der einzuhaltenden Fristen im Nachprüfungsverfahren regelmäßig als notwendig anzuerkennen ist (OLG Naumburg, Beschluss vom 6.10.04, 1 Verg 12/04), handelt es sich hier um ein bedeutsames, insbesondere in tatsächlicher, aber auch rechtlicher Hinsicht umfangreiches, komplexes und schwieriges Nachprüfungsverfahren. Hierzu bedurfte es auf beiden Seiten einer vertieften rechtlichen Begleitung des Verfahrens durch externen Sachverstand.

#### IV.

Rechtsmittelbelehrung

...