



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 100/17

Halle, 15.01.2018

§ 19 Abs. 2 LVG LSA, § 17 Abs. 1 VOB/A, § 20 VOB/A

- keine aktuelle Kostenschätzung
- keine ausreichende und zeitnahe Dokumentation
- Aufhebung des Vergabeverfahrens war rechtswidrig

Die Regelung des § 17 Abs. 1 VOB/A ist keine, die die rechtliche Zulässigkeit einer Aufhebung beschreibt. Sie trifft lediglich Aussagen darüber, wann ein Auftraggeber eine Aufhebung kostenneutral vornehmen kann. Eine Aufhebung kann demnach nach § 17 Abs. 1 VOB/A nur unter der Prämisse rechtmäßig sein, dass den Auftraggeber keine tatbestandliche Verantwortlichkeit hinsichtlich der Aufhebungsgründe trifft.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren zeitnah zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

wegen

der Beanstandung der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften in der Öffentlichen Ausschreibung der Abwasserbeseitigung zum Bauvorhaben Mischwasserkanal 2. BA in hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin ist vergaberechtswidrig.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 23. Oktober 2017 im eVergabe-Portal schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme Mischwasserkanal 2. BA in, Vergabe-Nr., aus.

Die Angebotsfrist war auf den 10. November 2017, 09:30 Uhr festgelegt worden.

Gemäß Bekanntmachung waren Art und Umfang der Bauleistung wie folgt ausgeschrieben:
Mischwasserkanal

- Lieferung und Verlegung von Mischwasserkanal DN 800 – DN 500 aus GFK und DN 300 PVC-U
- Betonschächte DN 1.000 – DN 1.500 (28 Stück)
- Tiefbauarbeiten und Oberflächenwiederherstellung
- ca. 1.528 m Rohr DN 500 bis DN 800 GFK, DN 300 PVC-U
- inkl. Hausanschlussleitungen ca. 215m DN 160 PVC-U
- Bodenaushub ca. 11.200 m³

Nebenangebote hat die Antragsgegnerin ausweislich Buchstabe j) der Bekanntmachung als auch Ziffer 5 der - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen.

Zum Eröffnungstermin am 10. November 2017, 10.00 Uhr, lagen vier Hauptangebote und zwei Nebenangebote vor.

Die Prüfung und Wertung der Angebote erfolgte durch das von der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurbüro. Die der Kammer vorliegende Angebotsauswertung des Ingenieurbüros ist auf den 29. November 2017 datiert.

Danach wurde die Antragstellerin am 13. November 2017 aufgefordert, die Aufgliederung der Einheitspreise (FB 223) aufgrund von teilweise größeren Abweichungen in den Einheitspreisen bei ausgewählten Positionen vorzulegen. Die Antragstellerin legte die Einheitspreisaufgliederung am 14. November 2017 vor. Durch das Ingenieurbüro wurden keine Unstimmigkeiten in der Kalkulation festgestellt.

Von der Antragstellerin wurden zwei Nebenangebote abgegeben. Im Ergebnis der Wertung der Nebenangebote stellte das Ingenieurbüro fest, dass das 1. Nebenangebot mit einer Einsparung i. H. v. EUR (brutto) verbunden ist und in technischer und terminlicher

Hinsicht gleichwertig ist. Das 2. Nebenangebot ist aus technischer und rechtlicher Sicht des Ingenieurbüros nicht zu werten, da es nicht erschöpfend beschrieben ist.

Im Ergebnis der Prüfung und Wertung der Angebote hat das Ingenieurbüro der Antragsgegnerin mit dem Vermerk vom 29. November 2017 empfohlen, den Auftrag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Gemäß Vergabevermerk der Antragsgegnerin vom 20. November 2017 beläuft sich der geschätzte Auftragswert auf EUR (brutto). Grundlage hierfür war die Kostenberechnung der Entwurfs- und Genehmigungsplanung vom 05. August 2016.

Des Weiteren ist dem Vergabevermerk der Antragsgegnerin vom 20. November 2017 zu entnehmen, dass die Ausschreibung aufgehoben worden ist.

Die Antragsgegnerin begründete die Aufhebung der Ausschreibung mit Schreiben vom 20. November 2017 gegenüber den Bietern damit, dass das wirtschaftlichste Angebot Kosten ausweise, welche deutlich über den im Rahmen der Kostenberechnung ermittelten Kosten lägen. Die Antragsgegnerin sei nicht in der Lage die Differenz finanziell aufzufangen. Eine geplante Neuausschreibung solle in zwölf Monaten erfolgen.

Mit Schreiben vom 24. November 2017 beanstandete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Es sei für die Antragstellerin nicht erkennbar inwieweit die Antragsgegnerin versucht habe, die Vergabe trotz Budgetüberschreitung z. B. durch Reduzierung des Beschaffungsbedarfs oder Einwerben weiterer Geldmittel zu realisieren. Ferner sei sie der Ansicht, dass die am Ausschreibungsverfahren beteiligten Bieter realistische Marktpreise angeboten hätten. Nach nochmaliger Prüfung ihres Angebotes habe sie ein realistisches Angebot mit aktuellen Marktpreisen abgegeben. Aufgrund dessen gehe sie davon aus, dass die Kostenschätzung der Antragsgegnerin nicht vertretbar und zeitnah sei.

Da die Antragsgegnerin der Beanstandung der Antragstellerin nicht abhalf, stellte sie bei der 3. Vergabekammer mit Schreiben vom 07. Dezember 2017 einen Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens gestellt.

Die Antragstellerin beantragt

die Nachprüfung der Aufhebung des Vergabeverfahrens, das Vergabeverfahren fortzusetzen und in die Wertung und Bezuschlagung der Angebote einzutreten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin mit Schreiben vom 30. November 2017 mitgeteilt, dass sie der Beanstandung nicht abhelfen könne. Es sei eine sehr umfassende Interessenabwägung seitens der Antragsgegnerin erfolgt.

Kostengrundlage sei eine Kostenermittlung des planenden und baubegleitenden Ingenieurbüros, welche nach der DIN 276 erstellt worden wäre und auf aktuellen marktüblichen Preisen basiere. Die aktuelle Marktentwicklung sei berücksichtigt worden, so dass die Antragsgegnerin davon ausgehe, die ermittelten und geplanten Kosten seien wirklichkeitsnah.

Durch die Antragsgegnerin sei auch geprüft worden, inwieweit die Sicherung zusätzlicher Finanzmittel möglich wäre. Im Ergebnis hätten keine weiteren Finanzmittel akquiriert werden können. Mit E-Mail vom 30. November 2017 forderte die Antragsgegnerin von der Kommunalaufsicht des eine Bestätigung, dass sie nicht in der Lage sei, einen zusätzlichen Finanzbedarf von ca. TEUR durch eine zusätzliche Kreditaufnahme nachzufinanzieren. Auch die Prüfung einer zeitlichen Verschiebung anderer geplanter Investitionsmaßnahmen habe ergeben, dass die Umschichtung anderer Maßnahmen zugunsten der streitbefangenen Ausschreibung nicht möglich sei.

Ebenso sei von der Antragsgegnerin in einer Beratung am 20. November 2017 geprüft wurden, inwieweit leistungsmäßige Veränderungen des Bauauftrages möglich wären. Mit dem

Ergebnis, dass keine Möglichkeiten der Reduzierung des Leistungsumfanges bestünden ohne die Kernleistung zu reduzieren bzw. Abstriche an den Materialqualitäten durchzuführen.

Am 11. Dezember 2017 forderte die Kammer die Antragsgegnerin auf, die Vergabeunterlagen zum strittigen Verfahren vorzulegen. Dem kam die Antraggegnerin mit Schreiben vom 13. Dezember 2017 und 22. Dezember 2017 nach.

II.

Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA vom 19. November 2012, veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012, ausgegeben am 30.11.2012) ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 2 Abs. 2 LVG LSA. Der voraussichtliche Gesamtauftragswert von 150.000 EUR (netto) bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA geltend machen kann.

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist rechtswidrig, da es gegen § 17 Abs. 1 VOB/A verstößt. Die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Aufhebung der Ausschreibung wegen anderer schwerwiegender Gründe im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A liegen nicht vor.

Gemäß § 18 VOB/A wird ein Vergabeverfahren normalerweise mit der Erteilung des Zuschlags beendet. Der Auftraggeber hat aber auch die Möglichkeit unter den in § 17 Abs. 1 VOB/A geregelten Voraussetzungen ein Vergabeverfahren rechtmäßig aufzuheben. Die dort geregelten Aufhebungstatbestände sind eng auszulegen und abschließend (BGH, Urteil vom 08.09.1998 – X ZR 48/97; Beschluss vom 20.03.2014 – X ZB 18/13).

Vorliegend begründet die Antragsgegnerin die Aufhebung der Ausschreibung mit der mangelnden Finanzierbarkeit im Sinne eines anderen schwerwiegenden Grundes gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.

Eine mangelnde Finanzierbarkeit kann einen die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtfertigenden anderen schwerwiegenden Grund darstellen. Voraussetzung ist dabei zum einen, dass der Auftraggeber den Kostenbedarf mit der gebotenen Sorgfalt ermittelt hat. Weiter muss die Finanzierung des ausgeschriebenen Vorhabens bei Bezuschlagung auch des günstigsten wertungsfähigen Angebotes scheitern oder jedenfalls wesentlich erschwert sein. Dies erfordert in einem ersten Schritt, dass der Auftraggeber die Kosten für die zu vergebenden Leistungen sorgfältig ermittelt. In einem zweiten Schritt hat er zu berücksichtigen, dass es sich bei der Kostenermittlung nur um eine Schätzung handelt, von der die nachfolgenden Ausschreibungsergebnisse erfahrungsgemäß mitunter nicht unerheblich abweichen (OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016 - 13 Verg 5/15).

Vorliegend fehlt es an der vergaberechtlichen Zulässigkeit der Aufhebung, denn die Kostenschätzung der Antragsgegnerin ist nicht ordnungsgemäß erfolgt.

Die Antragsgegnerin legte dem streitbefangenen Vergabeverfahren einen Auftragswert von EUR (brutto) zu Grunde. Dieser Wert entspricht der Kostenberechnung der Entwurfs- und Genehmigungsplanung vom 05. August 2016 und den eingestellten Mitteln im Investitionsplan 2018. Die Auftragsbekanntmachung der Baumaßnahme erfolgte am 23.

Oktober 2017. Den Vergabeunterlagen ist nicht zu entnehmen, inwieweit die Kostenberechnung vom August 2016 vor der Bekanntmachung nochmals geprüft bzw. aktualisiert wurde. Weiterhin wird festgestellt, dass die Kostenberechnung vom August 2016 auf Leistungen basiert, welche vom Leistungsverzeichnis der Ausschreibung abweichen. Der Schätzungsgegenstand und die ausgeschriebene Leistung sind nicht deckungsgleich. Es kann somit auch nicht von einer realistischen Ermittlung des Kostenbedarfs für die zu vergebende Leistung ausgegangen werden.

Das beauftragte Ingenieurbüro legte erst mit E-Mail vom 22. November 2017 eine Erläuterung zur Kostenberechnung der Antragsgegnerin vor. Diese ist auf den 21. November 2017 datiert. Die Aufhebung der Ausschreibung erfolgte aber bereits am 20. November 2017. In dieser Erläuterung führt das Ingenieurbüro aus, dass die Kalkulationsgrundlage der Kostenberechnung für die o. g. Baumaßnahme auf Angebotspreise vorangegangener Projekte der Jahre 2015 bis 2017 basiert.

Für die Kammer ist nicht ableitbar, wie Erfahrungswerte aus dem Jahr 2017 schon Grundlage für die Kostenberechnung im August 2016 sein konnten. Die aktuelle Marktentwicklung wurde dementsprechend nicht bei der Ermittlung der Kosten berücksichtigt.

Ferner ist der Vergabeakte zu entnehmen (E-Mail vom 22. November 2017), dass die Antragsgegnerin vorsieht eine Empfehlung für ihre Mitarbeiter und Planer zu erarbeiten, was unter einer „aktuellen Kostenermittlung“ konkret zu verstehen ist.

Dies lässt ebenfalls darauf schließen, dass die Antragsgegnerin selbst Zweifel an der für das Vergabeverfahren angesetzten Kostenschätzung zeigt.

An einer korrekten und zeitnahen Kostenschätzung mangelt es insofern. Entgegen der von der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin getroffenen Aussage sind die ermittelten und geplanten Kosten nicht wirklichkeitsnah.

Die Regelung des § 17 Abs. 1 VOB/A ist keine, die die rechtliche Zulässigkeit einer Aufhebung beschreibt. Sie trifft lediglich Aussagen darüber, wann ein Auftraggeber eine Aufhebung kostenneutral vornehmen kann. Eine Aufhebung kann demnach nach § 17 Abs. 1 VOB/A nur unter der Prämisse rechtmäßig sein, dass den Auftraggeber keine tatbestandliche Verantwortlichkeit hinsichtlich der Aufhebungsgründe trifft (1. VK LSA, Beschluss vom 20.04.2015 - 1 VK LSA 03/15).

Die Antragsgegnerin hat die Kostenschätzung nicht mit der gebotenen Sorgfalt ermittelt. Die Fehlerhaftigkeit der Kostenschätzung führt mithin dazu, dass die Antragsgegnerin die Aufhebungsgründe zu vertreten hat.

Aufgrund dessen stellt im streitbefangenen Verfahren eine mangelnde Finanzierbarkeit keinen anderen schwerwiegenden Grund dar, welcher die rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtfertigt. Eine rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen eines anderen schwerwiegenden Grundes im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kommt somit nicht in Betracht.

Gleichwohl ist der Auftraggeber nicht verpflichtet den Zuschlag zu erteilen und den Vertrag zu schließen, wenn die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht gegeben sind. Grundsätzlich hat ein Bieter keinen Anspruch darauf, dass ein Vergabeverfahren durch einen Zuschlag beendet wird (VK Bund, Beschluss vom 14.08.2017, VK 1-75/17).

Die Antragsgegnerin hatte einen sachlich gerechtfertigten Grund, um das Vergabeverfahren aufzuheben.

Das Vorliegen eines sachlichen Grundes wird u. a. dann angenommen, wenn der öffentliche Auftraggeber feststellt, dass er aus haushaltsmäßigen Gründen auf die konkret ausgeschriebene Beschaffung verzichten muss, weil er entweder keine Mittel mehr in der benötigten Höhe zur Verfügung hat oder ihm die Beschaffung schlicht zu teuer ist (VK Bund, Beschluss vom 11.06.2008, VK 1-63/08; VK Lüneburg, Beschluss vom 13.03.2017, VgK-02/2017).

Vorliegend besteht der sachliche Grund für die Aufhebung darin, dass die eingegangenen Angebote die der Antragsgegnerin zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel erheblich überschreiten. Die im Investitionsplan 2018 für die Baumaßnahme eingestellten Haushaltsmittel belaufen sich auf EUR. Das Angebot der Antragstellerin, als wirtschaftlichstes Angebot, liegt mit über 38 v. H. über den der Antragsgegnerin zur Verfügung

stehenden Mittel. Der Antragsgegnerin stehen kurzfristig keine Mittel in der hier benötigten Höhe zur Verfügung. Dies wird ebenfalls mit Schreiben vom 14. Dezember 2017 durch die Kommunalaufsicht des vorläufig bestätigt. Darüber hinaus besteht die Beschaffungsabsicht weiter. Dies soll im Wege eines neuen Vergabeverfahrens in zwölf Monaten erfolgen.

Das Vergabeverfahren wurde aus dem sachlichem Grund fehlender Haushaltsmittel wirksam aufgehoben. Der öffentliche Auftraggeber unterliegt keinem Kontrahierungszwang.

Dem Begehren der Antragstellerin die Aufhebung der Ausschreibung aufzuheben und in die Wertung zurückzusetzen kann daher nicht entsprochen werden.

Das Vergabeverfahren verstößt auch insgesamt gegen § 20 VOB/A.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren zeitnah zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Der öffentliche Auftraggeber hat damit alle Verfahrens- und Entscheidungsschritte jeweils zu dokumentieren. Das ist im Sinne des Transparenzgebotes zwingende Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren.

Dem Vergabeverfahren mangelt es in sich an einer zeitnahen ordnungsgemäßen Dokumentation. Unter anderem findet das Wertungsergebnis des beauftragten Ingenieurbüros in dem der Kammer vorliegenden Vergabevermerk der Antragsgegnerin vom 20. November 2017 keinerlei Berücksichtigung. Auch sind die durch die Antragsgegnerin vorgenommenen Interessenabwägungen i. R. d. Entscheidung über die Aufhebung nicht zeitnah dokumentiert. Diese werden erst nach Aufhebung der Ausschreibung (20. November 2017) i. R. d. Mitteilung der Nichtabhilfe an die Antragstellerin vom 30. November 2017 aufgeführt.

Das Ergebnis der Ausschreibung ist das Ergebnis einer auftraggeberseitigen Fehleinschätzung im Vorfeld der Ausschreibung. Sie fällt in den tatbestandlichen Verantwortungsbereich der Antragsgegnerin, ist demnach also nicht geeignet, die Antragsgegnerin im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A schadlos zu stellen.

Die Aufhebung der Ausschreibung war vergaberechtswidrig, da sie unter Verstoß gegen § 17 VOB/A erfolgte.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA.

Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat, sind keine Kosten zu seinen Lasten zu erheben.

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

.....

.....