



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az: 3 VK LSA 17/16

Halle, 27.06.2016

§ 3 Abs. 5 g) VOL/A, § 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A

- falsche Bezeichnung der Vergabeart führt nicht zur Rechtsverletzung
- die Tatsache allein, dass Verhandlungen unterblieben sind, rechtfertigt nicht den Rückschluss auf eine Rechtsverletzung

Die Bezeichnung „Verhandlungsverfahren“ für die Durchführung der freihändigen Vergabe führt nicht zu einer Rechtsverletzung der Antragstellerin, da sich aus dem Protokoll des mit der Antragstellerin geführten Bietergesprächs ergibt, dass die Vergabe als freihändige Vergabe für ein Jahr erfolgen sollte und die Antragstellerin auch das daraus folgende Rechtsschutzverfahren nach § 19 Abs. 2 LVG LSA gewählt hat.

Die Tatsache allein, dass Verhandlungen unterblieben sind, rechtfertigt nicht den Rückschluss auf eine Rechtsverletzung. Im Verhandlungsverfahren ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, um seiner selbst willen Verhandlungen über die Angebote, insbesondere über die Preise, mit allen Bietern aufzunehmen. Er muss vielmehr nur über solche Angebote verhandeln, denen unter Berücksichtigung alsdann aufzunehmender Verhandlungen und ihrer voraussichtlichen Ergebnisse eine echte Chance eingeräumt werden kann, aus den Verhandlungen als das annehmbarste Angebot hervorzugehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Mai 2009 – VII-Verg 6/09).

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

gegen die

...

Antragsgegnerin

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in der Freihändigen Vergabe der ... - Verpachtung der Kantine der ..., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat ..., der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau ... und der ehrenamtliche Beisitzer Herr ... beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf ... Euro.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt im Wege der Freihändigen Vergabe auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) die Verpachtung der Kantine der ... zu vergeben.

Grundlage war die Kündigung des Pachtvertrages durch den bisherigen Pächter vom 29. April 2016 zum 30. Juni 2016.

Hierauf prüfte die Antragsgegnerin zunächst erfolglos die Möglichkeiten einer Inhouse-Vergabe, die jedoch mangels der Möglichkeiten des in Frage kommenden Anbieters aus dem Bereich der Landesverwaltung scheiterte.

Daraufhin stellte die Antragsgegnerin mit Vermerk vom 11. Mai 2016 fest, dass auf Grund der jährlichen Ausgaben grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden müsse, wegen der kurzen Kündigungszeiten von 3 Monaten, die gemäß der Kantinenrichtlinie des Landes Sachsen-Anhalt so kurz hätten gewählt werden mussten, die Fristen für eine öffentliche Ausschreibung nicht reichen würden, um eine lückenlose Versorgung der Studenten, Fortbildungsteilnehmer und Auszubildenden, zu der die Antragsgegnerin aus Fürsorgegründen verpflichtet sei, sicherzustellen. Wegen der abseitigen Lage der ... bestünde auch keine andere auswärtige Möglichkeit der Verpflegung von Studenten, Auszubildenden und Fortbildungsteilnehmern. Die Kündigung des Vertrages durch den Pächter sei nicht vorherzusehen gewesen und auch nicht von der Antragsgegnerin zu vertreten gewesen, so dass die Möglichkeit der freihändigen Vergabe nach § 3 Abs. 5 g) VOL/A wegen der Dringlichkeit der Leistung zulässig sei, allerdings unter der Bedingung, die Leistung nur für ein Jahr zu vergeben, um in dieser Zeit eine öffentliche Ausschreibung durchführen zu können.

Es wurden sechs Bieter zum Bietergespräch eingeladen und um Abgabe eines Angebotes gebeten. Im Rahmen der Bietergespräche wurden folgende Inhalte der Gespräche dokumentiert:

- Erläuterung der Situation der ...
- Freihändige Vergabe für ein Jahr
- Erläuterung der Ausführungszeit und der Angebotsfrist
- Hinweis auf bargeldloses Zahlungssystem
- Erläuterung der Zuschlagskriterien
- Erklärung der amtlich unentgeltlichen Verpflegung
- Hinweis auf Eiswagen Mai – Oktober

- Nennung der durchschnittlich anwesenden Personenzahl an der ...
- Erläuterungen zur Anzahl der anzubietenden Gerichte, Reinigungspflichten, Formulare

Die Antragstellerin stellte mit Schreiben vom 20. Mai 2016 verschiedene Bieteranfragen, die die Antragsgegnerin am 24. Mai 2016 für alle Bieter beantwortete.

Bis zum 30. Mai 2016 sind zwei Angebote eingegangen.

Nach Auswertung der Angebote empfiehlt die Antragsgegnerin den Zuschlag an die ... GmbH zu erteilen.

Mit Schreiben vom 3. Juni 2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der ... GmbH zu erteilen.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 8. Juni 2016 das Vergabeverfahren gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA.

Sie erklärte, dass das Verfahren als Verhandlungsverfahren bezeichnet gewesen sei und somit mindestens eine Verhandlungsrunde nach § 119 Abs. 5 GWB mit den Bietern hätte geführt werden müssen. Die Erteilung des Zuschlags ohne weitere Verhandlungen sei nicht zulässig.

Die Antragsgegnerin half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 legte die Antragsgegnerin die Vergabeunterlagen der Vergabekammer zur Prüfung vor.

Die Antragstellerin beantragt,

die Fortsetzung des Verhandlungsverfahrens unter Wertung ihres Angebotes.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2016 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden. Ihr wurde die Möglichkeit gegeben, hierzu schriftlich Stellung zu nehmen.

Insbesondere wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass ihr Antrag zwar zulässig, aber nach derzeitiger Aktenlage unbegründet sei, da sie keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen könne.

Insbesondere seien Verhandlungen im Rahmen einer freihändigen Vergabe nicht zwingend vorgesehen und insbesondere die Vorschriften des GWB, aus denen die Antragstellerin die Verhandlungspflicht herleite, nicht auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden.

Die Antragstellerin hat sich mit Schreiben vom 20. Juni 2016 geäußert.

Sie führt aus, dass aus den Vergabeunterlagen nicht ersichtlich gewesen sei, dass es kein Verhandlungsverfahren nach den Vorschriften des GWB sei und darüber hinaus eine freihändige Vergabe nicht zulässig gewesen sei, da die Ausnahmetatbestände des § 3 Abs. 5 VOL/A nicht vorlägen und auch nicht dokumentiert seien. Die Durchführung einer freihändigen Vergabe verletze demnach die Antragstellerin in ihren Rechten. Das Verfahren sei daher förmlich neu auszuschreiben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

II.

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. November 2012) ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Entscheidend für die Feststellung der Zuständigkeit ist hier die Beurteilung der übergebenen Kostenschätzung für die Bauleistung. Diese liegt unterhalb der in § 106 GWB i.V.m. Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der jeweils geltenden Fassung geregelten Schwellenwerte.

Damit ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt nach Ziffer 3 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (Bek. des MW vom 17.04.2013, MBL LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 50.000 Euro bei Lieferungen und Leistungen 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 Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet, da das Vergabeverfahren rechtmäßig ist und die Antragstellerin eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA nicht geltend machen kann.

Die Durchführung der freihändigen Vergabe gemäß § 3 Abs. 5 g) VOL/A als zeitlich begrenzten Ausnahmefall ist vorliegend nicht zu beanstanden.

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A sind freihändige Vergaben Verfahren, bei denen sich die Auftraggeber mit oder auch ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählte Unternehmen wenden, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Gemäß § 3 Abs. 5 g) VOL/A ist eine freihändige Vergabe zulässig, wenn die Leistung aufgrund von Umständen, die die Auftraggeber nicht voraussehen konnten, besonders dringlich ist und die Gründe für die besondere Dringlichkeit nicht dem Verhalten der Auftraggeber zuzuschreiben sind.

Die Entscheidung, eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe durchzuführen, beinhaltet einen durch die Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Vergabestelle. Die Nachprüfungsinstanzen sind daher lediglich befugt, die Einhaltung der Grenzen dieses Beurteilungsspielraums und dabei insbesondere zu überprüfen, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, die Vergabestelle von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum zutreffend interpretiert hat und ob die Einschätzung auf unsachgemäßen bzw. willkürlichen Erwägungen beruht.

Die Gründe der Dringlichkeit sind durch die Antragsgegnerin umfassend dokumentiert worden. Die Dringlichkeit resultiert aus der Verpflichtung der ..., die Verpflegung ihrer Studenten, Fortbildungsteilnehmer und Auszubildenden aus Fürsorgegründen sicherzustellen, da insbesondere auf Grund der Ortslage der ... eine anderweitige Versorgung schwer möglich ist. Eine objektive Dringlichkeit besteht nicht nur in Katastrophenfällen, denn in diesen Fällen wäre auch die Durchführung einer freihändigen Vergabe bereits schwierig. Aus den kurzen Kündigungszeiten resultiert nicht automatisch ein Verschulden der Antragsgegnerin. Die dringlichen Gründe, die für die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Fristen verantwortlich sind, sind nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen und waren für ihn nicht vorhersehbar. Außerdem trägt die Antragsgegnerin dem Wettbewerbsgrundsatz dahingehend

Rechnung, dass sie die Vergabe als Interimsvergabe für ein Jahr gestaltet hat und dies auch sämtlichen angefragten Bietern mitgeteilt hat.

Das Unterbleiben von Verhandlungen führt ebenfalls nicht zu einer Verletzung der Rechte der Antragstellerin. Verhandlungen im Rahmen der freihändigen Vergabe sind um Unterschwellenbereich nicht zwingend vorgeschrieben. Auch die Bezeichnung als Verhandlungsverfahren führt nicht zu einer Verpflichtung des Auftraggebers, mit den Bietern zu verhandeln.

Selbst in europaweiten Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte ist der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, mit allen oder mehreren Bietern zu verhandeln oder überhaupt Gespräche über die Angebote und die Auftragsbedingungen zu führen. Es lässt sich aus keiner vergaberechtlichen Bestimmung ein allgemeiner Anspruch des Bieters auf Durchführung von Verhandlungen herleiten, wenn ein öffentlicher Auftrag im Wege des Verhandlungsverfahrens vergeben werden soll. Ob Verhandlungen mit den Bietern geführt werden, liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle (OLG Düsseldorf, B. v. 10.06.2015 - Az.: VII-Verg 39/14)

Die Tatsache allein, dass Verhandlungen unterblieben sind, rechtfertigt nicht den Rückschluss auf eine Rechtsverletzung. Im Verhandlungsverfahren ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, um seiner selbst willen Verhandlungen über die Angebote, insbesondere über die Preise, mit allen Bietern aufzunehmen. Er muss vielmehr nur über solche Angebote verhandeln, denen unter Berücksichtigung alsdann aufzunehmender Verhandlungen und ihrer voraussichtlichen Ergebnisse eine echte Chance eingeräumt werden kann, aus den Verhandlungen als das annehmbarste Angebot hervorzugehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Mai 2009 – VII-Verg 6/09).

In Bezug auf die hier streitige freihändige Vergabe unterhalb der Schwellenwerte ist zu bedenken, dass die Kündigung des Vertrages durch die Antragstellerin damit begründet wurde, dass eine weitere wirtschaftliche Betreibung der Kantine zu den bisherigen Preisen nicht mehr möglich ist.

Die Preise des günstigeren Bieters liegen jedoch noch unterhalb der bisherigen Preise der Antragstellerin, so dass die Antragsgegnerin auf Grund der Begründung der Kündigung nicht damit rechnen konnte, dass durch eine Verhandlung mit der Antragstellerin deren Angebot wirtschaftlicher sein würde als das günstigere des Mitbieters.

Insofern ist der Verzicht auf weitere Verhandlungen nicht zu beanstanden.

Die Bezeichnung „Verhandlungsverfahren“ für die Durchführung der freihändigen Vergabe führt nicht zu einer Rechtsverletzung der Antragstellerin, da sich aus dem Protokoll des mit der Antragstellerin geführten Bietergesprächs ergibt, dass die Vergabe als freihändige Vergabe für ein Jahr erfolgen sollte und die Antragstellerin auch das daraus folgende Rechtsschutzverfahren nach § 19 Abs. 2 LVG LSA gewählt hat.

Eine Verletzung der Rechte der Antragstellerin aus der Wahl der freihändigen Vergabe anstelle der öffentlichen Ausschreibung ist zu verneinen, denn mit ihrer Rüge vom 8. Juni 2016 machte sie ausdrücklich die Verletzung ihrer Rechte geltend, die daraus resultieren, dass nicht über ihr Angebot verhandelt wurde. Die Möglichkeit der Verhandlung besteht im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung jedoch gerade nicht, so dass die Antragstellerin hieraus keine Verletzung ihrer Rechte ziehen kann.

Das Vergabefahren der Antragsgegnerin im Rahmen der freihändigen Vergabe als Interimslösung für höchstens ein Jahr in Vorbereitung auf eine im Folgenden durchzuführende öffentliche Ausschreibung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 - 3 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Nachprüfung keinen Erfolg i.S.v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA hatte und die Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer i.V.m. § 19 Abs. 5 Satz 2 LVG LSA i.V.m. § 3 Abs.1 lfd. Nr. 3 und 4 AllGO LSA und berücksichtigen dabei die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes der Vergabepfung. Die Gebühr beträgt mindestens 100,00 Euro, soll aber den Betrag von 1.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 19 Abs. 5 Satz 3 LVG LSA i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 VwKostG LSA).

Die Gesamtkosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von 450,00 Euro (§ 19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von 29,21 Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ... Euro hat bis zum 18.07.2016 durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzzeichens ... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, BIC: MARKDEF1810, IBAN: DE21810000000081001500 zu erfolgen.

IV.

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

...

...