



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 18/19

Halle (Saale), 6. Juni 2019

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A

- Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtmäßig
- Voraussetzungen gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A lagen vor

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens wird damit begründet, dass eine erhebliche Überschreitung des geschätzten Auftragswertes, nämlich 42,34 % beim Hauptangebot, eingetreten ist und die Nebenangebote nicht gleichwertig waren.

Wann eine Aufhebung einer Ausschreibung wegen deutlicher Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswerts rechtmäßig ist, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, dass einerseits den öffentlichen Auftraggebern nicht das Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung zugewiesen wird, andererseits die Aufhebung aber auch kein Instrument zur Korrektur der in Ausschreibungen erzielten Submissionsergebnisse sein darf (BGH, Urteil vom 20.11.2012-XZR 108/10).

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung der für die Baumaßnahme:- Tiefbauarbeiten in, Vergabe-Nr., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

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

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 15. März 2019 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben, Tiefbauarbeiten in, Vergabe-Nr., aus.

Die Leistung umfasste:

*Tiefbauarbeiten, Außenanlagen, Umfang der Leistung: - 50 m-Laufbahn mit An- und Auslaufbereich, - Kleinspielfeld in einer Größe von mindestens 15*30 m, für Zweifelderball und Kleinfeldfußball etc., - Kunststoffbelag für den Schul- und Freizeitsport auf einer Fläche von ca. 1.100 qm, - Weitsprunganlage mit Anlaufbahnen im Bereich des Kleinspielfeldes, - 2 Kleinfeldtore mit Kippsicherung, 2 Netzpfosten für Federball, etc., - Zufahrt für Wartungsfahrzeuge aus ca. 400 qm wassergebundener Wegedecke, - Einfriedung mit ca. 115 m Stabgitterzaun, in 1,60 m Höhe, - 500 cbm Böschung zurück bauen.*

Zum Eröffnungstermin am 26. März 2019, 13:00 Uhr, lagen ein Hauptangebot und drei Nebenangebote von nur einem Bieter, nämlich der Antragstellerin, vor.

Alle Angebote lagen jedoch erheblich über der Kostenschätzung der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin informierte die Antragstellerin mit Schreiben vom 29. März 2019 gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle. Zur Begründung führte sie aus, dass das Hauptangebot unangemessen hoch sei. Es liege mit 42,34 % über der Kostenberechnung. Die drei Nebenangebote würden nicht das Planungsziel erfüllen und nicht den Anspruch des Nutzers. Gemäß § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A dürfe auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden.

Die Antragsgegnerin hob das Vergabeverfahren auf, da kein Angebot eingegangen war, welches den Ausschreibungsbedingungen entsprach. Mit Schreiben vom 29. März 2019 teilte sie dies der Antragstellerin mit.

Mit Schreiben vom 2. April 2019 beanstandete die Antragstellerin die Aufhebung der Ausschreibung bei der Antragsgegnerin. Es sei keine Norm angegeben worden, nach der eine Aufhebung zulässig sei. Auch sei eine Aufklärung nach § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A nicht erfolgt. Das Vorgehen der Antragstellerin sei widersprüchlich. Einerseits solle das Vergabeverfahren aufgehoben werden, andererseits solle das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen werden. Beides schließe sich aus. Es sei unzutreffend, dass das Hauptangebot

unangemessen hoch sei. Das Angebot entspreche der üblichen Preiskalkulation der Antragstellerin bei anderen Bauvorhaben. Die Antragstellerin habe parallel an einer Ausschreibung teilgenommen und sei dort Bestbieter geworden. Die Beweislast für ein unangemessen hohes Angebot habe die Antragsgegnerin zu tragen.

Weiter habe die Antragsgegnerin eine falsche Vergleichsermittlung der zugrunde gelegten zu erwartenden Kosten gewählt. Entsprechend HAOI seien die Kosten in der Leistungsphase 6 auf der Grundlage eines bepreisten Leistungsverzeichnisses zu ermitteln. Ebenfalls sei die Ablehnung der drei Nebenangebote nicht nachzuvollziehen. Diese Angebote seien technisch gleichwertig. Die Antragstellerin erwarte eine ergänzende Begründung nach § 19 Abs. 2 VOB/A. Darüber hinaus beantragt sie Akteneinsicht. Da aus Sicht der Antragstellerin kein wirksamer Ausschluss und keine wirksame Aufhebung erfolgt sei, solle die Antragsgegnerin den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilen. Die Antragstellerin hätte sonst einen Anspruch auf Schadenersatz in Form des sogenannten Erfüllungsschadens.

Die Antragstellerin beantragt

die Zuschlagerteilung auf ihr Angebot.

Die Antragsgegnerin beantragt

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin habe die Angebote der Antragstellerin ausgeschlossen. Damit habe kein zuschlagsfähiges Angebot mehr vorgelegen und das Vergabeverfahren sei zwangsläufig aufzuheben gewesen. Die von der Antragstellerin geforderte Aufklärung nach § 16d Abs. 1 Nr. 2 beziehe sich auf unangemessen niedrige Angebote und nicht auf unangemessen hohe.

Auch habe die Antragsgegnerin die Kostenberechnung mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses in der Leistungsphase 6 durchgeführt. Daraufhin sei die Öffentliche Ausschreibung erfolgt. Die Nebenangebote der Antragstellerin seien nicht gleichwertig. Bei der Beurteilung stehe dem Auftraggeber ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung. Die Antragsgegnerin habe ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt. Die Begründung liege der Antragstellerin bereits vor. Außerdem seien auch ihre Nebenangebote unangemessen hoch.

Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, dass die ausgeschriebenen Leistungen zum größten Teil dem allgemeinen Leistungsbild eines Fachbetriebs für Wege- und Landschaftsbauarbeiten entsprächen. Insofern sei von regionalen Unterschieden auszugehen. Die Differenz zwischen den ortsbezogenen Korrekturfaktoren (.....) von und im Jahr 2018 betrage 17,4 %. Die Behauptung der Antragstellerin, in diesem Bereich seien Preissteigerungen von bis zu 10 % üblich, sei in keiner Weise belegt.

Die vorliegende Kostenschätzung sei in keiner Weise zu beanstanden.

Da die Antragsgegnerin der Beanstandung nicht abhalf, übergab sie die Vergabeakte der 3. Vergabekammer zur Nachprüfung.

Mit Schreiben vom 27. Juli 2017 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer angehört worden.

Hierauf erklärte die Antragstellerin, dass die Kostenschätzung grob fahrlässig gefertigt worden sei. Dies ergebe sich bereits zwingend aus den erheblichen Abweichungen zu den Angeboten. Zum Nachweis fügt sie ihre eigene Berechnung zu einigen Leistungspositionen in der Kostenschätzung der Antragsgegnerin vor. Es sei offensichtlich kein verpreister Kostenanschlag zu ortsüblichen Marktpreisen gefertigt worden, sondern allenfalls eine Kostenschätzung.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin 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. November 2012) ist die 3. Vergabekammer beim

Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA.

Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro ohne Umsatzsteuer bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Zur Beurteilung der Zuständigkeit der Vergabekammer ist die Schätzung des Auftragswertes der Auftraggeberseite von Relevanz. Die Kostenschätzung belief sich auf Euro. Auf die auftraggeberseitige Schätzung des Auftragswertes kommt es ausnahmsweise dann an, wenn Gesichtspunkte erkennbar sind, die die Objektivität in Frage stellen. Vorliegend entspricht die tatsächlich ausgeschriebene Leistung offensichtlich nicht der ursprünglich eingeschätzten Leistung. Letztlich hat die Auftraggeberseite dies durch die Formulierung des Absageschreibens bestätigt. Aus den dort ausgeführten 42,34 % lässt sich in Verbindung mit der Angebotshöhe der Antragstellerin erkennen, dass die Auftraggeberseite einen Höchstbetrag von Euro als obere Grenze akzeptiert.

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 fristgemäß gerügt.

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

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist nicht zu beanstanden.

Gemäß § 8 LVG LSA und § 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. Allerdings 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. Die Aufhebung aus anderen und nicht gerechtfertigten Gründen (rechtswidrige Aufhebung) kann jedoch zum Schadensersatz verpflichten.

Die Regelung des § 17 Abs. 1 VOB/A ist also 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 gerechtfertigt sein, dass den Auftraggeber keine tatbestandliche Verantwortlichkeit hinsichtlich der Aufhebungsgründe trifft (1 VK LSA 03/15).

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung. Diese Ermessensentscheidung kann von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich daraufhin, ob die Vergabestelle überhaupt ihr Ermessen ausgeübt hat (Ermessensnichtgebrauch) oder ob sie das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten, von einem nicht zutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, sachwidrige Erwägungen in die Wertung mit eingeflossen sind oder der Beurteilungsmaßstab nicht zutreffend angewandt worden ist (Ermessens Fehlgebrauch).

Entscheidet sich der Auftraggeber für die Aufhebung, muss er also entscheidungsrelevante Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig dokumentieren.

Im vorliegenden Fall begründet die Antragsgegnerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens damit, dass eine erhebliche Überschreitung des von ihr geschätzten Auftragswertes, nämlich 42,34 % beim Hauptangebot, eingetreten ist und die Nebenangebote nicht gleichwertig waren. Wann eine Aufhebung einer Ausschreibung wegen deutlicher Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswerts rechtmäßig ist, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, dass einerseits den öffentlichen Auftraggebern nicht das Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung

zugewiesen wird, andererseits die Aufhebung aber auch kein Instrument zur Korrektur der in Ausschreibungen erzielten Submissionsergebnisse sein darf (BGH, Urteil vom 20.11.2012-XZR 108/10).

Die Aufhebung einer Ausschreibung ist regelmäßig dann nicht vergaberechtskonform, wenn die fehlende Finanzierung auf Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs und der sich daran anschließenden Einwerbung der benötigten Mittel zurückzuführen ist. Dies erfordert erstens, dass der Auftraggeber die Kosten für die zu vergebenden Leistungen sorgfältig ermittelt und zweitens berücksichtigt, dass es sich bei der Kostenermittlung nur um eine Schätzung handelt, von der die Ausschreibungsergebnisse erheblich abweichen können (BGH, Urteil vom 09.09.1998-XZR 99/96; Urteil vom 20.11.2012-XZR 108/10; Senat, Beschluss vom 13.01.2011-13 Verg 15/10).

Die Antragsgegnerin hat dokumentiert, dass sie die Kostenberechnung sorgfältig vorgenommen hat. Das von der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurbüro hat die Berechnung der Einheitspreise auf Grundlage der Marktpreise von vergleichbaren, ausgeschriebenen und vergebenen Vorhaben erstellt und den üblichen Aufschlag zur Kostenschätzung berücksichtigt. Das bekanntgemachte und an die Bieter versendete Leistungsverzeichnis stimmt mit den Positionen im bepreisten Leistungsverzeichnis der Antragsgegnerin überein.

Gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig, so § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A, und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist in Textform vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten Lösungen oder sonstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Ermessensausübung nach § 17 Abs. 1 VOB/A kann der Auftraggeber auch eine Aufklärung eines unangemessen hoch erscheinenden Angebots vornehmen. Die Antragsgegnerin hat dies im vorliegenden Fall nicht getan, da ihr schlichtweg die erforderlichen Haushaltsmittel für eine derartige Kostenüberschreitung fehlten.

Der Auftraggeber unterliegt auch keinem Kontrahierungszwang. Er kann nicht gezwungen werden, eine Leistung zu beauftragen, die er sich nicht leisten kann oder will.

Die Antragsgegnerin kann sich mit Erfolg auf den Aufhebungsgrund gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A berufen, da die Tatbestandsvoraussetzungen (Bestehen anderer schwerwiegender Gründe) vorliegen. Die Überschreitung der Kostenschätzung gegenüber den abgegebenen Angeboten um 42,34 % stellt vorliegend einen anderen schwerwiegenden Grund dar. Auf die Feststellung der Gleichwertigkeit der Nebenangebote kommt es hier nicht mehr an, da auch diese erheblich über der Kostenschätzung lagen.

Die Antragsgegnerin hat die entscheidungsrelevanten Gründe sorgfältig und vollständig dokumentiert. Die Aufhebung der Ausschreibung war nicht zu beanstanden, da die Antragsgegnerin das ihr durch § 17 Abs. 1 VOB/A eingeräumte Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

Aus diesen Gründen war der Antrag zurückzuweisen.

Der Antrag auf Akteneinsicht war abzulehnen, da der Antragstellerin die Unterlagen (u. a. Kostenschätzung), die für die Geltendmachung ihrer rechtlichen Interessen und Durchsetzung subjektiver Interessen erforderlich sind, vorlagen. Auch hat sie aufgrund der Aufhebung der Ausschreibung die Möglichkeit, bei einer erneuten Ausschreibung ein Angebot abzugeben.

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 unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen 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 Euro (§ 19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat bis zum 28.06.2019 durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichens **3300**-..... auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE21 8100 0000 0081 0015 00 zu erfolgen.

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.

.....

.....