



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSA MT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 33/19

Halle (Saale), 13.08.2019

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

- rechtswidrige Aufhebung
- unangemessen hoher Preis

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.

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung, nämlich, ob die Vergabestelle überhaupt ihr Ermessen ausgeübt hat (ggf. Ermessensnichtgebrauch) oder ob sie das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten hat, 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 (Ermessensfehlergebrauch).

Entscheidet sich der Auftraggeber für die Aufhebung muss er also entscheidungsrelevante Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig dokumentieren. Der Vergabedokumentation ist lediglich zu entnehmen, dass die eingegangenen Angebote unangemessen hoch seien. Erwägungen, die eine Ermessensentscheidung hinsichtlich der Aufhebung der Ausschreibung enthalten, fehlen vollständig.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen das

.....
.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung des zur Baumaßnahme Errichtung eines Aufzuges zum Erreichen der Barrierefreiheit Bürogebäude - Los 2: Erweiterter Rohbau in, Vergabe-Nr. hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Herrn Leitender Regierungsdirektor, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau Regierungsamtfrau und der ehrenamtlichen Beisitzerin Frau beschlossen:

1. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner war vergaberechtswidrig.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 7. Juni 2019 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb der Antragsgegner im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme Errichtung eines Aufzuges zum Erreichen der Barrierefreiheit Bürogebäude - Los 2: Erweiterter Rohbau in, aus.

Die Angebotsfrist war auf den 26. Juni 2019, 09:15 Uhr festgelegt worden

Gemäß Bekanntmachung und Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes waren Art und Umfang der Bauleistung wie folgt ausgeschrieben:

Los 2 – Erweiterter Rohbau. Umfang der Leistung: Errichtung eines Aufzugschachtes mit Eingangsbauwerk an einem 6 geschossigen Bürogebäude, Keller- und Erdgeschoss in Stahlbetonweise, Obergeschoss in Mauerwerksbauweise einschl. begleitender Erdbau-, Betonwerkstein- und Dachabdichtungsarbeiten.

Angebote waren gemäß Bekanntmachung und Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes elektronisch in Textform zugelassen.

Alleiniges Wertungskriterium war der Preis.

Zum Eröffnungstermin am 26. Juni 2019 lagen zwei elektronische und ein schriftliches Angebot vor. Da das schriftliche Angebot des Bestbieters den formellen Gründen nicht entsprach, belegte das Angebot der Antragstellerin preislich den ersten Platz. Es lag außerdem 72 % über der Kostenschätzung des Antragsgegners.

Mit Schreiben vom 2. Juli 2019 rügte die Antragstellerin das Vergabeverfahren. Sie behauptete aus dem Eröffnungsprotokoll sei ersichtlich, dass das schriftliche Angebot des Bestbieters offensichtlich für den Zuschlag vorgesehen sei. Der Antragsgegner antwortete mit Schreiben vom 5. Juli 2019, dass nur Angebote gewertet würden, die den formellen Anforderungen entsprächen. Eine Wertung der Angebote sei noch nicht erfolgt. Im Eröffnungsprotokoll seien lediglich alle eingegangenen Angebote erfasst worden.

Die Rüge erwies sich damit als gegenstandslos.

Im Rahmen der Prüfung der Angebote schloss der Antragsgegner das schriftliche Angebot aus formellen Gründen in der ersten Wertungsstufe aus. Die beiden verbliebenen Angebote wurden in der 3. Wertungsstufe wegen des unangemessen hohen Preises ausgeschlossen. Die Angebotspreise überstiegen die Kostenschätzung des Antragsgegners um 72% bzw. 77%. Ergänzend ist festzustellen, dass auch der Angebotspreis des ausgeschlossenen Angebotes 33% über der Kostenschätzung lag.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2019 informierte der Antragsgegner die Bieter gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA über die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Es sei kein Angebot eingegangen, das den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Das Angebot der Antragstellerin könne nicht berücksichtigt werden, weil es ein unangemessen hohes Angebot sei. Es sei beabsichtigt, eine zweite Öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

Mit Schreiben vom 12. Juli 2019 rügte die Antragstellerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nach § 17 VOB/A lägen nicht vor und die Aufhebung sei daher rechtswidrig. Nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A sei eine Aufhebung nur zulässig, wenn kein Angebot eingegangen sei, welches den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Das träfe auf ihr Angebot nicht zu. Nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A könne aufgehoben werden, wenn die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssten. Das sei hier augenscheinlich nicht der Fall, da der Antragsgegner diesen Grund nicht anführe. Nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A könne aufgehoben werden, wenn schwerwiegende Gründe vorlägen. Ein solcher Grund könne sein, dass die eingegangenen Angebote vom geschätzten auftraggeberseitig einkalkulierten Auftragswert abwichen, so dass die Finanzierung nicht mehr gesichert sei oder anderweitig von der Realisierung des Bauvorhabens abgesehen werde. Dies sei offenkundig nicht der Fall, da wiederholt und unverändert ausgeschrieben werden solle. Die Aufhebung der Ausschreibung sei augenscheinlich nur erfolgt, um dem schriftlichen Angebot des Bestbieters die Möglichkeit zu geben, sein Angebot vergaberechtskonform abzugeben. Es handele sich um eine Scheinaufhebung. Weiter beantragte die Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte.

Der Antragsgegner half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und übergab die Vergabeunterlagen am 18. Juli 2019 der 3. Vergabekammer zur Nachprüfung.

Mit Beschluss der 3. Vergabekammer vom 25. Juli 2019 wurde der Antragstellerin teilweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt. Dabei wurde die Vergabedokumentation zum Teil offen gelegt. Einsicht in die Angebote der Mitbieter wurde jedoch versagt. Auch Vergabeunterlagen, die Rückschlüsse auf die Angebote der Mitbieter zuließen, wurden nicht freigegeben.

Nach erfolgter Akteneinsicht beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 29. Juli 2019 weitere Einsicht in das verpreiste Leistungsverzeichnis des Antragsgegners und in den Vermerk zur Mittelbereitstellung. Im Weiteren wiederholte sie ihre Auffassung zur Unrechtmäßigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass die Verfahrensaufhebung rechtswidrig war und sie in ihren Rechten verletzt wurde.
den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bestehe kein Anlass die ordnungsgemäße Ermittlung der Kostenschätzung anzuzweifeln. Die Kostenermittlung sei durch ein fachkundiges Ingenieurbüro erfolgt. Dieses habe die Kostenschätzung auf Grundlage aktueller Vergleichspreise bei ähnlichen Bauvorhaben und der aktuellen Software erstellt. Die erneute Ausschreibung solle in 3 Einzellosen (Los 21 Rohbau, Los 22 Betonwerkstein und Los 23 Dachabdichtungen) erfolgen. Bei Einzellosen minimiere sich die Leistung des jeweiligen Loses, so dass auch kleinere Unternehmen ein Angebot abgeben könnten. Aus Sicht des Antragsgegners sei das Vergabeverfahren sowie dessen Aufhebung rechtmäßig erfolgt.

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 30.11.2012) ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro 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 Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie durch die rechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA verletzt wird. Die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Aufhebung der Ausschreibung im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 1 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. 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 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, Beschluss vom 20.04.2015).

Dies ist hier jedoch der Fall.

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung, nämlich, ob die Vergabestelle überhaupt ihr Ermessen ausgeübt hat (ggf. Ermessensnichtgebrauch) oder ob sie das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten hat, 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 (Ermessensfehlgebrauch).

Entscheidet sich der Auftraggeber für die Aufhebung muss er also entscheidungsrelevante Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig dokumentieren. Der Vergabeakte bzw. der Dokumentation ist lediglich zu entnehmen, dass die eingegangenen Angebote unangemessen hoch seien. Erwägungen, die eine Ermessensentscheidung hinsichtlich der Aufhebung der Ausschreibung enthalten, fehlen vollständig.

Gemäß § 17 Abs. 1 VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht, die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen oder andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Der Antragsgegner begründet die Aufhebung nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A mit unangemessen hohen Preisen sämtlicher Angebote, da sie 72% bzw. 77% über der Kostenschätzung liegen. Gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden.

Ein unangemessen hoher Preis liegt vor, wenn der angebotene den üblichen Marktpreis oder einen aus vorangegangenen Ausschreibungen bekannten Preis bei weitem übersteigt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Abstand zu den Angeboten anderer Bieter erheblich ist (Kappellmann / Messerschmidt / Frister - § 16 d VOB/A Rn. 4).

Die beiden elektronischen Angebote liegen preislich relativ dicht beieinander, weichen aber erheblich von der Kostenschätzung der Antragsgegnerin ab. Aber auch das formell nicht wertbare Angebot weicht noch erheblich (33%) von der Kostenschätzung ab.

Die vom Antragsgegner durchgeführte Kostenschätzung hält einer vergaberechtlichen Nachprüfung nicht stand. Jedenfalls hat die Kammer erhebliche Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Kostenschätzung. Besonders deutlich wird dies in der Leistungsposition 1: Baustelleneinrichtung. Hier liegen alle drei Angebote im vierstelligen Prozentbereich über der Kostenschätzung. Anderenfalls käme hier nur in Betracht, dass der Antragsgegner die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben und damit gegen § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A verstoßen hat. Für eine unzureichende Leistungsbeschreibung sprechen auch die enormen Abweichungen (nach oben und unten) in den einzelnen Leistungspositionen sowohl zwischen den einzelnen Angeboten als auch zwischen den Angeboten und der Kostenschätzung.

Der Antragsgegner hat auch nicht dokumentiert, dass er versucht hat, die fehlenden Finanzmittel (z.B. Fördermittel) einzuwerben.

Der Antragsgegner hat es auch versäumt, den von der Antragstellerin angebotenen Preis aufzuklären.

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 i.V. m. § 14 Abs. 2 LVG LSA, 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 ist zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Aufhebung eines Verfahrens und der damit verbundenen Folgen für den Bieter auch eine Aufklärung eines unangemessen hoch erscheinenden Angebots vorzunehmen. Das hat der Antragsgegner nicht getan.

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).

Der öffentliche Auftraggeber unterliegt keinem Kontrahierungszwang.

Trotz Rechtswidrigkeit kann eine "Aufhebung der Aufhebung" eines Vergabeverfahrens nur dann erfolgen, wenn ein sachlicher Grund für die Aufhebungsentscheidung fehlt und die Aufhebung zur Diskriminierung einzelner Bieter, zum Schein oder aus Willkür erfolgt (VK Bund, Beschluss vom 07.03.2018, VK 2-12/18).

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).

Der sachliche Grund für die Aufhebung des strittigen Vergabeverfahrens besteht in der fehlenden Finanzierbarkeit des Vorhabens. Eine Scheinaufhebung zu dem Zweck, die Antragstellerin zu diskriminieren, liegt nicht vor. Der Antragsgegner beabsichtigt den Zuschlag erst nach einem neu durchzuführenden Vergabeverfahren (im Wettbewerb) zu vergeben, an dem sich jedes interessierte Unternehmen, auch die Antragstellerin, beteiligen kann.

Im Ergebnis war die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig, da sie unter Verstoß gegen § 17 VOB/A erfolgte, aber wirksam, da sie aus sachlichem Grund erfolgte.

Der erweiterte Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht wird abgelehnt. Die bereits freigegebenen Unterlagen aus der Vergabeakte der Antragsgegnerin zur inhaltlichen Bewertung der Kalkulation des Bestbieters stellen die Gewährleistung hinreichenden Rechtsschutzes sicher.

Die Kammer weist den Antragsgegner darauf hin, dass sie die Aufteilung des Loses in drei weitere Lose nicht für sinnvoll erachtet. Gemäß § 5 VOB/A sollen Bauleistungen so vergeben werden, dass eine einheitliche Ausführung und zweifelsfreie umfassende Haftung für Mängelansprüche erreicht wird. Die drei Lose bedingen einander. Bei getrennter Ausschreibung geht der Auftraggeber außerdem das Risiko ein, dass für ein Los kein Angebot eingeht und damit die Durchführbarkeit der anderen Lose gefährdet (3 VK LSA 54-58/17, Beschluss vom 14.08.2017).

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.

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

.....

.....