



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

**3. Vergabekammer**  
**des Landes Sachsen-Anhalt**

**Beschluss**

**AZ: 3 VK LSA 37/19**

**Halle, 01.11.2019**

LVG LSA § 19 Abs. 2; VOB/A 2019 § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 20

- begründeter Nachprüfungsantrag
- rechtswidrige Aufhebung der Ausschreibung
- fehlender Nachweis einer ordnungsgemäßen Auftragswertschätzung
- unzureichende Dokumentation

Den Auftraggeber trifft für die Rechtmäßigkeit seiner Auftragswertschätzung eine Darlegungs- und Beweislast; er kann die Angebotspreise nicht subjektiv als unangemessen hoch beurteilen. Pauschale Aussagen des Auftraggebers sind nicht hinreichend geeignet, den Nachweis einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswerts zu erbringen.

Entscheidet sich der Auftraggeber – in Ausübung seines ihm nach § 17 Abs. 1 VOB/A zustehenden Ermessens – für die Aufhebung, so hat er alle entscheidungsrelevanten Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig zu dokumentieren. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Aufhebung einer Ausschreibung und der damit verbundenen Folgen für die Bieter hat sich der Auftraggeber mit Handlungsalternativen zur Aufhebung auseinanderzusetzen.

Besteht für die Aufhebung der Ausschreibung zwar kein nach der VOB anerkannter Aufhebungsgrund, wohl aber ein sachlicher Grund, kann die Vergabekammer die für einen Zuschlag erforderliche "Aufhebung der Aufhebung" nicht vornehmen oder anordnen.  
Für den Auftraggeber besteht kein Kontrahierungszwang.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....  
.....

Antragstellerin

gegen die

.....  
.....

Antragsgegnerin

wegen

der Beanstandung der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften in der Öffentlichen Ausschreibung der Stadt ..... zum Bauvorhaben *Ersatzneubau einer Zweifeldsporthalle in ..... – Los: Lüftungstechnik* hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat ....., der hauptamtlichen Beisitzerin ..... und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn ..... beschlossen:

1. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin war vergaberechtswidrig.
2. Der Antrag auf Erteilung des Zuschlags auf eines der beiden Angebote der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
3. Kosten werden nicht erhoben.

### Gründe

#### I.

Mit Auftragsbekanntmachung vom 01.08.2019 auf der Vergabepattform evergabe-online.de schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A 2019) die Baumaßnahme *Ersatzneubau einer Zweifeldsporthalle in ..... – Los: Lüftungstechnik*, Vergabenummer: ....., aus.

Gemäß Auftragsbekanntmachung waren Art und Umfang der Bauleistung wie folgt ausgeschrieben:

„1 St. Lüftungsgerät, ZU / AB inklusive WRG, 2500 m<sup>3</sup>/h; 150 m<sup>2</sup> Lüftungskanal, rechteckig inklusive Formteile, Stahlblech verzinkt; 37 m<sup>2</sup> Lüftungskanal, rechteckig inklusive Formteile, Stahlblech verzinkt, außen; 115 m Wickelfalzrohr, DN 100-400; 16 St. Dralldurchlass; 18 St. Tellerventil; 13 St. Volumenstromregler; 17 St. Schalldämpfer; 178 m<sup>2</sup> Wärmedämmung Luftkanal, Miwo, inklusive Formteile; 9 m<sup>2</sup> Wärmedämmung Luftkanal, dampfdiffusionsdicht, inklusive Formteile“

Die Abgabe mehrerer Hauptangebote war zulässig. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis.

Zum Eröffnungstermin lagen der Antragsgegnerin von zwei Bietern jeweils zwei Hauptangebote vor.

Das 2. Hauptangebot der Antragstellerin befand sich preislich an erster Stelle und das 1. Hauptangebot der Antragstellerin an zweiter Stelle.

Im Rahmen der Prüfung der Angebote schloss die Antragsgegnerin das 2. Hauptangebot der Antragstellerin aus formellen Gründen aus.

Das beauftragte Planungsbüro stellte im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise fest, dass das 1. Hauptangebot der Antragstellerin rund 33 v. H. über dem bepreisten Leistungsverzeichnis (LV) liege.

Die größten Abweichungen vom bepreisten LV seien in den Positionen 1.1.10 Kombiniertes Zu- und Ablaufgerät mit 79,7 v. H., 2.2. Bauleistung mit 162,5 v. H. und 2.3. Serviceleistung mit 197,7 v. H. zu verzeichnen.

Die weiteren zwei zu wertenden Hauptangebote lägen im Bereich von 33,5 v. H. – 38,9 v. H. über dem bepreisten LV der Antragsgegnerin.

Das Planungsbüro empfahl der Antragsgegnerin die Aufhebung der Ausschreibung. Ein Bieterkreis von zwei Bietern erscheine als zu gering, um marktübliche Preise zu erlangen.

Dieser Empfehlung schloss sich die Antragsgegnerin an. Aufgrund der Differenz der Angebote zur Kostenberechnung wurde entschieden, die Ausschreibung aufzuheben und zu einem späteren Zeitpunkt erneut auszuschreiben. Die Wertung habe ergeben, dass die eingegangenen Angebote nicht marktüblich seien und somit ein unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis vorliege, so dass eine Aufhebung gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A geboten sei. Das günstigste zu wertende Angebot (1. Hauptangebot der Antragstellerin) liege mit ..... (45,15 v. H.) über der Kostenberechnung aus dem Jahr 2017. Auch habe bei diesem Angebot die Aufschlüsselung verschiedener LV-Positionen Abweichungen vom bepreisten LV der Antragsgegnerin von teilweise bis zu 197,7 v. H. ergeben. Keines der zu wertenden Angebote weise einen angemessenen Preis auf. Das Erfordernis der sparsamen Haushaltsführung gebiete es, das Vergabeverfahren aufzuheben. Die Kostenermittlung sei objektiv und realistisch erarbeitet worden, so dass davon ausgegangen werden könne, dass die eingegangenen Angebote nicht marktüblich seien. Ein möglicher Grund für die unangemessenen Angebote könne die derzeit volle Auftragslage der Unternehmen sein. Dafür spreche auch, dass lediglich zwei Unternehmen Angebote abgegeben haben.

Mit Schreiben vom 02.09.2019 informierte die Antragsgegnerin die Bieter gemäß § 17 Abs. 2 VOB/A über die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Das Ausschreibungsverfahren habe kein wirtschaftliches Ergebnis gebracht und weise somit ein unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis auf. Die abgegebenen Angebote lägen wesentlich über der Kostenberechnung. Insoweit sei das Vergabeverfahren gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgrund des Bestehens schwerwiegender Gründe aufzuheben. Als weiteres Vorgehen sei beabsichtigt, eine erneute Öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

Mit Schreiben vom 03.09.2019 beanstandete die Antragstellerin die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei nicht rechtskonform. Die Antragstellerin verlangte als Mindestbieterin die Erteilung des Zuschlags auf eines ihrer Angebote. Die Behauptung der Antragsgegnerin, die vorliegenden Angebote würden ein unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis aufweisen, sei unzutreffend und eine Unterstellung. Die Angebote der Antragstellerin seien marktüblich kalkuliert, was auch dadurch bestätigt werde, dass die Angebote des zweiten Bieters wertmäßig annähernd gleich seien. Sofern die Kostenschätzung der Antragsgegnerin nicht einen derzeit üblichen Marktwert ergeben habe, sei dies kein ausreichender schwerwiegender Grund für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Mit Schreiben vom 06.09.2019 wiederholte die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin die Gründe für die Aufhebung. Ergänzend wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass die eingegangenen Angebote eine erhebliche Differenz zum bepreisten LV aufweisen würden, welches kurz vor Auftragsbekanntmachung erstellt worden sei und auf aktuell abgefragten Preisen basiere. Auch sei die Kostenberechnung objektiv und realistisch erstellt worden. Insoweit seien die der Antragsgegnerin vorliegenden Angebote nicht als marktüblich zu betrachten. Aufgrund der sparsamen Haushaltsführung sei eine Aufhebung der Ausschreibung geboten gewesen.

Da der Beanstandung der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, übergab die Antragsgegnerin die Vergabeakte am 12.09.2019 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zur Nachprüfung.

Zur Klärung des Sachverhalts hat die Vergabekammer weitere Unterlagen und Stellungnahmen von der Antragsgegnerin abgefordert. Insbesondere wurde die Antragsgegnerin aufgefordert, die Methodik der Auftragswertschätzung darzulegen (Grundlage für die Ermittlung der Einheitspreise des bepreisten LV). Diesbezüglich sei der Vergabeakte lediglich zu entnehmen, dass das bepreiste LV kurz vor der Auftragsbekanntmachung erstellt worden sei und auf aktuell abgefragten Preisen basiere. Auf welchen Daten die Schätzung genau

beruhe und welche Preise abgefragt worden seien, sei der Vergabeakte nicht zu entnehmen. Des Weiteren wurde die Antragsgegnerin aufgefordert darzulegen, auf welcher Grundlage die Kostenberechnung aus dem Jahr 2017 basiere. Diesbezüglich sei für die Vergabekammer nicht erkennbar, inwieweit die Pos. 2.2. Bauleistung des bepreisten LV's Bestandteil der Kostenberechnung sei.

Die Antragstellerin beantragt

1. festzustellen, dass die Verfahrensaufhebung nicht rechtskonform war.
2. die Erteilung des Zuschlags auf eines ihrer Angebote.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei die Aufhebung der Ausschreibung rechtmäßig erfolgt. Die Öffentliche Ausschreibung habe kein wirtschaftliches Ergebnis gebracht. Alle eingegangenen Angebote lägen über der Kostenberechnung und dem aktuell erstellten bepreisten LV. Insoweit seien die Angebote als nicht marktüblich und angemessen anzusehen. Das vom beauftragten Planungsbüro erstellte und bepreiste LV sei mit marktüblichen Preisen versehen. Basis hierfür seien verschiedene abgeschlossene Ausschreibungen aus der jüngeren Vergangenheit im Gewerk Lüftungstechnik und die entsprechenden Einzelpreisergebnisse für Bauvorhaben aus der Region des Planungsbüros. Zusätzlich seien für spezielle Komponenten die Preise bei Herstellern explizit angefordert worden und entsprechend in das Leistungsverzeichnis eingearbeitet worden. Festzuhalten sei auch, dass lediglich zwei Bieter Angebote abgegeben hätten und sich dadurch offensichtlich kein ausreichender Wettbewerb eingestellt habe.

Große Abweichungen habe es u. a. bei nicht lüftungstypischen Komponenten wie beispielsweise der Bauleistung gegeben. Diese müsse jedoch wegen der zeitlichen Verschiebung zum Rohbau anteilig bei der Lüftungstechnik verbleiben. Die Kostenberechnung aus dem Jahr 2017 sei im Rahmen des Fördermittelantrags für die Gesamtmaßnahme erstellt worden. Mit Erstellung des LV's im Juli 2019 hätten die Preise näherungsweise an die aktuelle Marktsituation angepasst werden müssen.

Es sei beabsichtigt, das Verfahren erneut zu einem späteren Zeitpunkt auszuschreiben.

## 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.

Sinn und Zweck des Landesvergabegesetzes nach § 19 LVG LSA ist es, dass auch im Unterschwellenbereich die Unternehmen entsprechend § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der voraussichtliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro netto bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe ihrer Angebote 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 ist hinsichtlich der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung auch begründet, im Übrigen jedoch nicht.

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. 3 VOB/A liegen nicht vor.

Gemäß § 18 VOB/A wird ein Vergabeverfahren in der Regel 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).

Gemäß § 17 Abs. 1 VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht (Nr. 1), die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen (Nr. 2) oder andere schwerwiegende Gründe bestehen (Nr. 3). Eine Aufhebung nach § 17 Abs. 1 VOB/A kann allerdings nur in den Fällen rechtmäßig sein, in denen den Auftraggeber keine tatbestandliche Verantwortlichkeit hinsichtlich der Aufhebungsgründe trifft.

Die Antragsgegnerin begründet die Aufhebung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A insbesondere damit, dass das Ausschreibungsverfahren kein wirtschaftliches Ergebnis erbracht habe. Alle Angebote würden unangemessen hohe und nicht marktübliche Preise aufweisen. Die wertungsfähigen Angebote lägen wesentlich über der Kostenberechnung aus 2017 und mit 33 v. H. bis 39 v. H. über dem vor Ausschreibungsbeginn bepreisten LV.

Gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. Die Feststellung eines unangemessen hohen Angebotspreises muss jedoch auf einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswerts beruhen. Für die Schätzung muss der Auftraggeber oder der von ihm gegebenenfalls beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen (BGH, Urteil vom 20.11.2012 - X ZR 108/10). Ihn trifft für die Rechtmäßigkeit seiner Auftragswertschätzung eine Darlegungs- und Beweislast. Der Auftraggeber kann die Angebotspreise nicht subjektiv als unangemessen hoch beurteilen.

Entscheidet sich der Auftraggeber für die Aufhebung, so hat er zudem alle entscheidungsrelevanten Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig zu dokumentieren, im vorliegenden Fall gem. § 20 VOB/A. Dies ist hier nur unzureichend erfolgt. Anhand der Vergabeakte und des Vorbringens der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren kann die Vergabekammer nicht nachvollziehen, ob die Schätzung des Auftragswertes ordnungsgemäß erfolgte.

Nur auf eine möglichst wirklichkeitsnahe Schätzung darf ein öffentlicher Auftraggeber seine Ausschlussentscheidung eines angeblich unverhältnismäßig teuren Angebots stützen; diese Schätzung muss grundsätzlich von den aktuellen Kosten der konkret ausgeschriebenen Leistungen ausgehen, und die einzelnen Schätzgrundlagen müssen nachvollziehbar begründet worden sein (OLG München, Beschluss vom 07.03.2013, Verg 36/12; VK Bund, Beschluss vom 19.09.2014, VK 1-70/14).

Die Antragsgegnerin hat angegeben, dass die Basis für das bepreiste LV verschiedene abgeschlossene Ausschreibungen im Gewerk Lüftungstechnik aus der jüngeren Vergangenheit und Einzelpreisergebnisse für Bauvorhaben aus der Region des beauftragten Planungsbüros seien. Zusätzlich habe sie Preise für spezielle Komponenten explizit bei Herstellern abgefragt und entsprechend in das LV eingearbeitet. Diese Methodik der Auftragswertschätzung ist durchaus geeignet, ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis zu erzielen und vom Grunde her nicht zu beanstanden. Denn auch eine mit angemessener Sorgfalt durchgeführte Schätzung ist nur eine Prognoseentscheidung (BGH, a.a.O.).

Im vorliegenden Fall sind jedoch die pauschalen Aussagen der Antragsgegnerin nicht hinreichend geeignet, den Nachweis einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswertes zu erbringen. Es fehlen, abgesehen von den reinen Behauptungen der Antragsgegnerin,

nachvollziehbare Unterlagen z. B. darüber, welche abgeschlossenen Ausschreibungen für das Gewerk Lüftungstechnik bei der Schätzung herangezogen wurden. Auszüge aus den diesbezüglichen LV'en sind nicht Bestandteil der Vergabeakte. Die Antragsgegnerin hat ferner nicht die Einzelpreisergebnisse von Bauvorhaben aus der Region belegt. Doch gerade in der LV-Pos. 2.2. Bauleistung stützt sie sich bei der Wertung des 1. Hauptangebots der Antragstellerin auf eine erhebliche Abweichung gegenüber ihrer Auftragswertschätzung. Auch hier hätte sie fundiert darlegen müssen, dass ihre Schätzung wirklichkeitsnah erfolgt ist. Des Weiteren hat die Antragsgegnerin nicht belegt, für welche speziellen Komponenten die Preise explizit beim Hersteller abgefragt wurden. Ebenso fehlt es diesbezüglich an Nachweisen in der Vergabeakte.

Die Antragsgegnerin konnte somit keinen ausreichenden Nachweis dafür liefern, dass die zur Grundlage der Aufhebungsentscheidung gemachte Auftragswertschätzung ordnungsgemäß und innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums erstellt worden ist.

Die pauschale Begründung der Antragsgegnerin, die Auftragswertschätzung sei objektiv und realistisch erarbeitet worden, und ihre Aussagen bezüglich der Methodik der Schätzung sind kammerseitig anhand der vorliegenden Unterlagen nicht nachzuvollziehen. Somit ist es der Vergabekammer nicht möglich, die Ordnungsmäßigkeit der Auftragswertschätzung zu überprüfen.

Ungeachtet des Vorgenannten, konnte sich die Antragsgegnerin bei ihrer Feststellung von unangemessen hohen Preisen nicht auf ihre im Jahr 2017 erstellte Kostenberechnung stützen. Die dieser Schätzung zugrunde gelegten Leistungen sind nicht mit der ausgeschriebenen Leistung deckungsgleich. Der Teilbereich der Bauleistung ist in der im Jahr 2017 erstellten Kostenberechnung nicht mit enthalten. Dies konnte die Antragsgegnerin auch auf Nachfrage der Vergabekammer nicht widerlegen. Auch können die der Kostenberechnung zugrunde gelegten Einzelpreise schon deshalb nicht wirklichkeitsnah bzw. aktuell marktüblich sein, weil die Preisermittlung im Jahr 2017 erfolgte.

Alleinige Grundlage für die Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise durfte im vorliegenden Fall somit nur das vor Auftragsbekanntmachung bepreiste LV sein.

Abgesehen von dem fehlenden Nachweis einer ordnungsgemäßen Auftragswertschätzung ergeben sich anhand der vorliegenden Unterlagen für die Vergabekammer auch Zweifel hieran, weil die in der Wertung verbliebenen Angebote preislich dicht beieinander liegen, was als Indiz für marktübliche Preisen gilt.

Im Ergebnis liegen die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht vor.

Es kommt hinzu, dass die möglicherweise nicht ordnungsgemäß vorgenommene Schätzung des Auftragswerts dazu führen würde, dass die Antragsgegnerin den von ihr angenommenen Aufhebungsgrund tatbestandlich zu verantworten bzw. ihn selbst zu vertreten hat.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin das ihr nach § 17 Abs. 1 VOB/A zustehende Ermessen, ob es – bei Annahme eines Aufhebungsgrundes – zur Aufhebung der Ausschreibung kommt, wohl nicht ausgeübt, dies aber jedenfalls nicht hinreichend dokumentiert.

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung, nämlich dahingehend, 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).

Vorliegend hat die Antragsgegnerin die der Entscheidung zur Aufhebung zwingend vorangehenden Interessenabwägungen nicht vorgenommen, was auf einen Ermessensnichtgebrauch hindeutet. Der Vergabeakte sind keine Ermessenserwägungen zu entnehmen, die die Belange der Antragstellerin ausreichend würdigen. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Aufhebung einer Ausschreibung und der damit verbundenen Folgen für die Antragstellerin hätte sich die Antragsgegnerin mit Handlungsalternativen zur Aufhebung auseinandersetzen müssen. Sie hat lediglich auf ihre Sichtweise bezüglich der Differenz der Angebote zur eigenen Auftragswertschätzung abgestellt und die Schlussfolgerung gezogen, dass die Angebotspreise nicht marktüblich seien und ein unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis vorliege. Außerdem sei sie aufgrund der sparsamen Haushaltsführung angehalten, das Vergabeverfahren aufzuheben.

Eine Abwägung, insbesondere im Hinblick auf weniger einschneidende Maßnahmen als die Aufhebung der Ausschreibung, ist der Vergabeakte nicht zu entnehmen. Möglich gewesen wäre z. B. die Einwerbung zusätzlicher Haushaltsmittel. Auch hat die Antragsgegnerin nicht geprüft, ob eine Querfinanzierung aus anderen Gewerken der Gesamtmaßnahme erfolgen kann. Ebenso hätte die Antragsgegnerin, nach Auffassung der Vergabekammer, aus den genannten Gründen eine Aufklärung der ihr unangemessen hoch erscheinenden Preise vornehmen können. Dies hat sie nicht getan.

Nach alledem ist für die Vergabekammer nicht hinreichend deutlich geworden, dass hier unangemessen hohe Angebotspreise vorlagen und dass dies eine Aufhebung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gerechtfertigt hätte.

Damit kann festgestellt werden, dass die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig war und die Antragstellerin durch die Abgabe des preislich günstigsten Angebots in ihren Rechten verletzt ist.

Der Antrag auf Erteilung des Zuschlags auf eines der beiden Angebote der Antragstellerin ist jedoch unbegründet und war daher zurückzuweisen.

Insoweit kommt ohnehin nur das 1. Hauptangebot in Betracht, da die Antragsgegnerin das 2. Hauptangebot wirksam aus formellen Gründen ausgeschlossen hat.

Die für einen Zuschlag erforderliche "Aufhebung der Aufhebung" des Vergabeverfahrens kann die Vergabekammer allerdings nicht vornehmen oder anordnen.

Trotz Rechtswidrigkeit der Aufhebung ist diese wirksam, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht und die Aufhebung nicht zur Diskriminierung einzelner Bieter, zum Schein oder aus Willkür erfolgt ist (BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97; VK Bund, Beschluss vom 07.03.2018, VK 2-12/18; VK Nordbayern, Beschluss vom 05.07.2019, RMF-SG21-3194-4-23).

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 vorliegend in dem von der Antragsgegnerin erzielten Wertungsergebnis, dass die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis erbracht habe.

Eine Diskriminierung der Antragstellerin oder Scheinaufhebung liegt hier nicht vor. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, den Zuschlag nach einem neu durchzuführenden Vergabeverfahren (im Wettbewerb) zu vergeben, an dem sich jedes interessierte Unternehmen, auch die Antragstellerin, beteiligen kann.

Im Ergebnis ist die Aufhebung der Ausschreibung zwar rechtswidrig, da sie unter Verstoß gegen § 17 VOB/A erfolgte, aber wirksam, da es hierfür einen sachlichen Grund gibt.

Hinzu kommt, dass öffentliche Auftraggeber ohnehin nicht verpflichtet sind, den Zuschlag zu erteilen und den Vertrag zu schließen, wenn die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht gegeben sind.

Nach der Rechtsprechung des BGH müssen Bieter die Aufhebung des Vergabeverfahrens, von engen Ausnahmen abgesehen, nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in den einschlägigen Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen (etwa § 17 Abs. 1 VOB/A) aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Aus den entsprechenden Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen folge nicht im Gegenschluss, dass ein öffentlicher Auftraggeber gezwungen wäre, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist (siehe nur BGH, Urteil vom 20.03.2014 - X ZB 18/13).

Für den Auftraggeber besteht also kein Kontrahierungszwang.

Vielmehr bleibt es ihm grundsätzlich unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt. Dies folgt daraus, dass die Bieter zwar einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält, aber nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt (st. Rspr., siehe nur BGH, Beschluss vom 20.03.2014 – X ZB 18/13).

Damit ist es der 3. Vergabekammer nicht möglich, die Antragsgegnerin anzuweisen, die Aufhebung der Ausschreibung zurückzunehmen und sie zu verpflichten, den Zuschlag an die Antragstellerin zu erteilen.

### **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.

.....

.....