



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESVERWALTUNGSSAMT**

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

**Beschluss**

**AZ: 3 VK LSA 38/19**

**Halle (Saale), den 17.10.2019**

§§ 17 Abs. 1 Nr. 3, 16 d Abs. 1 Nr. 1, 20 Abs. 1 S. 1 VOB/A

- rechtswidrige Aufhebung des Vergabeverfahrens
- fehlende Dokumentation
- Verstoß gegen Transparenzgebot

Die Kostenschätzung hat von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt auszugehen, der alle zu vergebenden Leistungen beinhaltet. Die vom Antragsgegner durchgeführte Kostenschätzung wurde ohne eine konkrete Beschreibung der erforderlichen Bauleistungen oder ein bepreistes Leistungsverzeichnis erstellt.

Der Antragsgegner hat das Vergabeverfahren auch insgesamt nicht dokumentiert und damit gegen das Transparenzgebot verstoßen. Dies stellt einen schweren Vergabefehler dar.

Der öffentliche Auftraggeber unterliegt jedoch keinem Kontrahierungszwang. Ein Bieter hat keinen Anspruch darauf, dass ein Vergabeverfahren durch einen Zuschlag beendet wird.

Im Ergebnis war die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig, aber wirksam, da sie aus sachlichem Grund erfolgte. Die Aufhebung der Ausschreibung fällt jedoch in den tatbestandlichen Verantwortungsbereich des Antragsgegners, ist demnach also nicht geeignet, den Antragsgegner schadlos zu stellen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....  
.....  
.....  
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....  
.....  
.....

gegen den

.....  
.....  
.....  
.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung des XXX zum Bauvorhaben Straßenbauarbeiten, XXX in XXX, Vergabe-Nr. XXX, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Herrn XXX, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau XXX und dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn XXX beschlossen:

1. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner war vergaberechtswidrig.
2. Der Antrag auf Aufhebung der Aufhebung wird zurückgewiesen.
3. Kosten werden nicht erhoben.

## Gründe

### I.

Mit der Veröffentlichung am 23. August 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 Straßenbauarbeiten, XXX in XXX, Vergabe-Nr. XXX, aus.

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

*Fräsen der vorhandenen Asphaltdeckschicht von 3 cm; Einbau einer Asphaltarmierung Vliesstoff; Einbau von 6,5 cm Asphaltbeton AC 22 BS mit 25/55-55; Einbau von 2,5 cm Asphaltbeton AC 8 DS mit 25/55-55 in kompakter Bauweise.*

Alleiniges Wertungskriterium war der Preis.

Zum Eröffnungstermin am 4. September 2019 lagen drei Angebote vor.

Im Rahmen der Prüfung der Angebote stellte der Antragsgegner fest, dass alle Angebote erheblich über der Kostenschätzung lagen. Das Angebot der Antragstellerin war dabei das preislich günstigste, lag jedoch mit ca. 77 v. H. über der Kostenschätzung.

Gemäß Vergabevermerk vom 15. August 2019 lagen die geschätzten Gesamtkosten bei XXX Euro brutto. Aus einem handschriftlichen Vermerk des Antragsgegners ist zu entnehmen, dass die Kostenschätzung auf Basis der Kosten einer Baumaßnahme aus dem Jahr 2014 zzgl. einer Kostenerhöhung von 23 v.H. und eines nicht näher definierten Kostenwertes ermittelt wurde. Eine detaillierte Kostenschätzung fehlt in der Vergabeakte und konnte vom Antragsgegner auch auf Anfrage der Kammer nicht vorgelegt werden.

Mit Schreiben vom 5. September 2019 informierte der Antragsgegner die Bieter gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA über die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Es sei aufgehoben worden, weil folgende „andere schwerwiegende Gründe“ bestehen: Das günstigste Angebot übersteige die eingeplanten Haushaltsmittel. Die Ausschreibung müsse überarbeitet und dann abschnittsweise getrennt nach Jahresscheiben erneut öffentlich ausgeschrieben werden.

Mit Schreiben vom 9. September 2019 rügte die Antragstellerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A lägen nicht vor und die Aufhebung sei daher rechtswidrig. Die Antragstellerin habe aufgrund des hohen Interesses an der Akquise des Auftrags ein besonders preisgünstiges und im aktuellen Marktumfeld besonders wirtschaftliches Angebot

vorgelegt. Ihr Angebot sei gegenüber den Mitbewerbern das günstigste. Das Submissionsergebnis zeige, dass die Angebote im Wettbewerb kalkuliert worden sind. Daher sei es nicht verständlich, dass die entsprechenden Haushaltsmittel, die den Wettbewerbspreis abbilden, vom Antragsgegner nicht rechtzeitig beschafft wurden. Die Antragstellerin vermute, dass die Vergabe trotz mangelhafter Vergabereife durchgeführt worden sei. Sollte ihr Angebot den ermittelten Auftragswert übersteigen, sei die Kostenschätzung nicht lege artis erfolgt. Der Antragsgegner sei auch verpflichtet gewesen, einen Aufschlag von mindestens 20 v.H. auf den ermittelten Auftragswert vorzunehmen. Dies sei offensichtlich unterlassen worden. Ferner habe der Antragsgegner vor der Aufhebung der Ausschreibung den Preis nicht aufgeklärt und keine Interessensabwägung vorgenommen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der Antragsgegner trotz fehlenden Budgets das Vergabeverfahren in Gang gesetzt und/oder den Auftragswert fehlerhaft ermittelt und/oder keine anderweitigen Maßnahmen vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens vorgenommen hat.

Der Antragsgegner erklärte daraufhin, dass er die Kostenschätzung vom Mai 2019 sorgfältig vorgenommen habe. Zunächst sei die zu sanierende Straßenfläche ermittelt und dann eine vergleichbare Maßnahme aus dem Jahr 2014 zur Preisbildung herangezogen worden. Auf diesen Bruttopreis von XXX Euro sei ein Zuschlag von 23 v.H. für die Erhöhung der Baupreise gemäß Baupreisindizes des Statistischen Landesamtes kalkuliert worden. Zusätzlich habe der Antragsgegner für die Einrichtung von zwei Bauabschnitten und zwei Umleitungen, den Einbau von Fließ, die Erhöhung der Binderdicke und die Verringerung der Decke eine Summe von XXX Euro kalkuliert. Der ermittelte Auftragswert sei auch mit einer kurz davor durchgeführten Sanierungsmaßnahme der Landesstraßenbaubehörde verglichen worden.

Die Antragstellerin entgegnet daraufhin, dass sie die angeführte Baumaßnahme aus dem Jahr 2014 selbst realisiert habe. Diese Straßenbaumaßnahme habe sich im Fräsen und Einbringen einer konventionellen Asphaltbauweise von 4 cm Bindschicht und dem Aufbringen einer 4 cm dicken Deckschicht erschöpft. Die strittige Vergabe sehe, im Gegensatz dazu, nach dem Fräsen den Einbau einer zweischichtigen, kompakten Asphaltbefestigung mit einer Bindschicht von 6,5 cm und einer 2,5 cm dicken Deckschicht sowie den Einbau einer Asphaltanlage mit bewährender Funktion vor.

Aufgrund der mangelnden Eignung der Referenzmaßnahme hätten sich Ausführungen zu den statistischen Erhöhungswerten erübrigt. Ebenso wenig sei die Preisbildung der vermeintlichen Mehrleistung im Ansatz nachvollziehbar.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass die Verfahrensaufhebung rechtswidrig war und sie in ihren Rechten verletzt wurde sowie  
die Aufhebung der Aufhebung.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Da der Antragsgegner der Beanstandung der Antragstellerin nicht abgeholfen hat, übergab er die Vergabeakte mit Schreiben vom 24. September 2019 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zur Nachprüfung.

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. 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).

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.

Die Regelung des § 17 Abs. 1 VOB/A ist aber 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).

Der Antragsgegner begründet die Aufhebung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A mit unangemessen hohen Preisen sämtlicher Angebote, da das günstigste Angebot 75 % über der Kostenschätzung liege und damit die eingeplanten Haushaltsmittel übersteige.

Gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners liegen jedoch keine unangemessen hohen Angebotspreise vor.

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 (Kapellmann / Messerschmidt / Frister - § 16 d VOB/A Rn. 4).

Das preislich günstigste Angebot (Angebot der Antragstellerin) weicht nicht erheblich von den anderen Angeboten ab, aber alle drei Angebote übersteigen erheblich die Kostenschätzung des Antragsgegners.

Einer vergaberechtlichen Nachprüfung hält die vom Antragsgegner durchgeführte Kostenschätzung nicht stand, denn sie erfolgte nicht ordnungsgemäß. Es reicht nicht aus,

dass der öffentliche Auftraggeber selbst den Preis des Bieters subjektiv für überhöht hält. Vielmehr muss seine Kostenschätzung objektiv den gegebenen Marktverhältnissen entsprechen. Die Kostenschätzung hat von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt auszugehen, der alle zu vergebenden Leistungen beinhaltet. Bei einer Kostenschätzung handelt es sich um eine Prognose. Der öffentliche Auftraggeber muss bei seiner Kostenschätzung jedoch Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis erwarten lassen (BGH, Urteil vom 20. November 2012, X ZR 108/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. August 2018 – Verg 14/17).

Diesen Anforderungen hat der Antragsgegner nicht genügt. Ausgangspunkt für eine ordnungsgemäße Schätzung ist die Festlegung der vorgesehenen Leistungen. Die Kostenschätzung wurde ohne eine konkrete Beschreibung der erforderlichen Bauleistungen oder ein bepreistes Leistungsverzeichnis erstellt. Die in der Vergabeakte befindliche Kostenschätzung besteht aus einem handschriftlichen Vermerk, der keine Identifizierung mit den Positionen des Leistungsverzeichnisses zulässt. Der Antragsgegner hat der Kostenschätzung ein Straßenbauvorhaben aus dem Jahr 2014 mit einem Zuschlag von 23 v.H. für die Erhöhung der Baupreise gemäß Baupreisindizes des Statistischen Landesamtes und nicht näher definierte Mehrleistungen zugrundegelegt. Das Bauvorhaben aus dem Jahr 2014 ist jedoch nicht mit dem auszuschreibenden Bauvorhaben vergleichbar. Die Antragstellerin hat dazu beispielhaft Positionen aus den Leistungsverzeichnissen beider Bauvorhaben gegenübergestellt und die Abweichungen aufgeführt. Das Bauvorhaben aus dem Jahr 2014 kann daher nicht die Grundlage für eine ordnungsgemäße Schätzung bilden.

Weiter führt auch die vom Auftraggeber vorgenommene Addition der Jahresindizes (23 v.H.) zu einem fehlerhaften Ansatz in der Kostenschätzung. Die Indizes sind im Laufe der zeitlichen Reihe jeweils zur Basis der folgenden Preisentwicklung anzusetzen. Wie die Kosten für die Mehrleistungen vom Antragsgegner ermittelt wurden, ist der Vergabeakte nicht zu entnehmen und daher für die erkennende Kammer nicht nachzuvollziehen.

Insofern kann diese Kostenschätzung nicht als Grundlage herangezogen werden, um einen unangemessen hohen Angebotspreis zu belegen. Aufgrund der mangelhaften Einbeziehung der konkreten Leistungen in die Kostenschätzung war kein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis zu erwarten bzw. war der Preisunterschied der Kostenschätzung zu den Angeboten nicht realistisch zu ermitteln.

Die mangelhaft vorgenommene Kostenschätzung führt dazu, dass der Antragsgegner die Gründe der Aufhebung zu vertreten hat.

Nach alledem war hier eine Aufhebung aus „anderen schwerwiegenden Gründen“ i.S. des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht zulässig.

Weiterhin ist festzustellen, dass der Antragsgegner entgegen § 20 VOB/A das Vergabeverfahren insgesamt nicht dokumentiert hat und damit gegen das Transparenzgebot verstoßen hat. Dies stellt einen schweren Vergabefehler dar. Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren zeitnah so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden. Der öffentliche Auftraggeber hat damit alle Verfahrens- und Entscheidungsschritte jeweils in Schriftform zu dokumentieren. Dies ist im Sinne des Transparenzgebotes zwingende Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren.

Die Vorschriften über die Dokumentationspflicht und das Transparenzgebot haben bieterschützenden Charakter. Erst ein formalisierter und umfassender Vergabevermerk gewährleistet eine spätere Nachprüfbarkeit der Richtigkeit von Feststellungen und getroffenen Entscheidungen sowohl gegenüber den Bewerbern als auch gegenüber Rechnungsprüfungsbehörden sowie Zuwendungsgebern. Die Bieter haben ein subjektives Recht auf eine ausreichende Dokumentation und Begründung der einzelnen Verfahrensschritte (OLG Düsseldorf, B. v. 26.7.2002 - Az.: Verg 28/02; VK Brandenburg, B. v. 1.10.2002 - Az.: VK 53/02, B. v. 30.7.2002 - Az.: VK 38/02; 1. VK Bund, B. v. 14.10.2003 - Az.: VK 1 - 95/03).

Der Antragsgegner musste also in der Dokumentation zum Vergabeverfahren die Prüfung und Wertung der Angebote sowie seine Ermessenserwägungen und die Entscheidung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens darlegen.

Auch wenn wie im vorliegenden Fall die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht gegeben sind und gegen § 20 VOB/A verstoßen wurde, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen und den Vertrag zu schließen. 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.

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Aufhebung gemäß § 17 Abs. 1 VOB/A gilt Folgendes:

Eine "Aufhebung der Aufhebung" eines Vergabeverfahrens kann nur dann erfolgen, wenn ein sachlicher Grund für die Entscheidung zur Aufhebung fehlt und diese zum Zwecke der 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 sachlich gerechtfertigte Grund für die Aufhebung des strittigen Vergabeverfahrens besteht in der fehlenden Finanzierbarkeit des Vorhabens.

Im Ergebnis war die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig, aber wirksam, da sie aus sachlichem Grund erfolgte. Die Aufhebung der Ausschreibung fällt jedoch in den tatbestandlichen Verantwortungsbereich des Antragsgegners, ist demnach also nicht geeignet, den Antragsgegner im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A schadlos zu stellen.

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

### **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 XXX, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

XXX

XXX