



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSA MT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 48/17

Halle, 26.07.2017

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 18 LVG LSA

- Aufhebung der Öffentlichen Ausschreibung rechtswidrig

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 Aufhebung aus anderen und nicht gerechtfertigten Gründen (rechtswidrige Aufhebung) kann jedoch zum Schadensersatz verpflichten.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass sich öffentliche Auftraggeber nicht deshalb auf einen Aufhebungsgrund gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A beziehen können, weil sie geltend machen, dass sie den Beschaffungsbedarf nunmehr anders definieren.

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen den

.....
.....

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung des zur Baumaßnahme Schmutzwasserkanal Verbindungsleitung, Vergabe-Nr. - hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Leitender Regierungsdirektor, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

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

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 19. Januar 2017 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 Schmutzwasserkanal Verbindungsleitung, Vergabe-Nr., aus.

Die Angebotsfrist war auf den 14. Februar 2017, 11:00 Uhr festgelegt worden

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

Schmutzwasserkanal/ Schmutzwasserdruckleitung/ Pumpwerk

- ca. 750 m Leitungsraben
- ca. 160 m³ Baugruben
- ca. 235 m PVC Rohr DN 200
- ca. 495 m PVC Rohr DN 250
- ca. 12 St Schachtbauwerke
- ca. 1 St Be- und Entlüftungsschacht
- ca. 1 St Reinigungsschacht
- ca. 1 St Pumpwerk
- 1 St Armaturenschacht
- ca. 250 m ADL d= 160x14,6 im Leitungsraben
- ca. 830 m ADL d= 160x14,6 im HDD Verfahren, komplett
- ca. 2100 m Straßenaufbruch und Straßenwiederherstellung
- ca. 1 St Hausanschlüsse

Nebenangebote waren zugelassen. Als alleiniges Wertungskriterium war der Preis angegeben.

Zum Eröffnungstermin am 14. Februar 2017, 11.00 Uhr, lagen zwei Hauptangebote und ein Nebenangebot vor.

Im Ergebnis der Prüfung und Wertung der Angebote schlug das vom Auftraggeber beauftragte Ingenieurbüro mit Schreiben vom 24. Februar 2017 die Antragstellerin für die Vergabe der Bauleistung vor, da sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hatte.

Mit Schreiben vom 3. März 2017 wurde die Antragstellerin vom Antragsgegner aufgefordert einer Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist bis zum 21. April 2017 zuzustimmen, da die Entscheidung der Verbandsversammlung zum Bauvorhaben noch nicht vorlag. Die Antragstellerin stimmte der Verlängerung zu.

Mit Schreiben vom 18. April 2017 hat der Antragsgegner das Vergabeverfahren gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgehoben. Einen Absendenachweis konnte der Antragsgegner nicht erbringen. Laut Antragstellerin ging das Aufhebungsschreiben am 26. April bei ihr ein. Zur Begründung für die Aufhebung der Ausschreibung im strittigen Verfahren führt der Antragsgegner an, dass die Baumaßnahme in unmittelbarem Zusammenhang mit der Baumaßnahme Ortsnetzkanalisation zu betrachten ist, welche gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufgehoben werden musste, da der einzige Bieter der Bindefristverlängerung nicht zugestimmt hatte. Diese Baumaßnahme sei Voraussetzung für die Baumaßnahme im strittigen Verfahren.

Mit Schreiben vom 27. April 2017 beanstandete die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner die Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Zunächst führte die Antragstellerin aus, dass das Aufhebungsschreiben nicht formwirksam sei, da es von einem nicht bevollmächtigten Mitarbeiter des Antragsgegners unterschrieben wurde. Die Antragstellerin führte weiter in der Begründung aus, dass die Aufhebung rechtswidrig sei, da die Beschaffungsabsicht weiterbestehe. Daher sei die Aufhebung entweder aufzuheben oder der Antragsgegner sei schadenersatzpflichtig. Die Aufhebung einer Ausschreibung bedürfe eines wichtigen Grundes, der nicht im Verschulden des Auftraggebers läge. Im vorliegenden Fall wäre jedoch eine Bindefristverlängerung der beiden Bauvorhaben nicht notwendig gewesen, wenn die Verbandsversammlung dem formalartbildenden Beschluss zur Zuschlagsgewährung aus nicht erkläraren Gründen nicht zugestimmt hätte.

Eine nochmalige Zustimmung der Verbandsversammlung sei aus Sicht der Antragstellerin auch nicht notwendig gewesen, da die Leistung schon einmal ausgeschrieben worden wäre und sich ihr Angebot aller Voraussicht im Rahmen der Kostenschätzung befunden hätte. Wenn die Antragsgegnerin eine Ausschreibung vornähme, sei davon auszugehen, dass der Beschluss zur Durchführung der Baumaßnahme vor der Bekanntmachung vorläge.

Die Feststellung der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin für die andere Baumaßnahme keine Bindefristverlängerung abgegeben hätte und deshalb auch die Ausschreibung im strittigen Fall aufgehoben werden musste, wäre daher ausschließlich von der Antragsgegnerin zu vertreten.

Aufgrund einer losweisen Vergabe könne auch die Frage, wie sich die Vergabe in einem anderen Los gestalte, nicht relevant für den Zuschlag in einem benachbarten Los sein.

Auch der Umstand, dass die Antragstellerin bei der anderen Ausschreibung alleiniger Bieter gewesen wäre und die Bindefrist nicht verlängert hätte, ist irrelevant. Nur zufällig wäre die Antragstellerin in beiden Ausschreibungen Bestbieter. Dies sei keine Notwendigkeit in beiden Fällen auch der Bindefristverlängerung zuzustimmen.

Weiter hätte die Antragsgegnerin vor Aufhebung der Ausschreibung auch prüfen müssen, ob durch andere weniger einschneidende Maßnahmen eine entsprechende Anpassung an geänderte Umstände hätte erreicht werden, können. Dies sei ersichtlich unterblieben. So sei eine Verschiebung der Bauzeit nach hinten möglich gewesen. Diese Möglichkeit wäre mit der Antragstellerin jedoch nicht erörtert worden.

Wenn es denn diesen zwingenden Zusammenhang zwischen beiden Bauvorhaben gäbe, wäre dies der Antragsgegnerin vorab bekannt gewesen. Sie hätte die Ausschreibungen zeitlich nacheinander durchführen müssen, um sicher zu sein, dass das relevante Bauvorhaben auch durchgeführt würde.

Es gäbe jedoch keinen Zusammenhang wie ihn die Antragsgegnerin hier aufstellen würde. Die Entwässerung sei auch bei Durchführung der Baumaßnahme Ortsnetzkanalisation funktionslos, da die zu verbindenden Ortsnetze, etc. noch gar nicht errichtet seien und deswegen nicht einleiten könnten.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin rechtswidrig ist.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht des Antragsgegners sei die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtmäßig durchgeführt worden.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2017 erklärt der Antragsgegner hinsichtlich der Beanstandung durch die Antragstellerin, dass das Aufhebungsschreiben formwirksam sei. Es käme nicht auf die Unterschrift eines erklärungsbevollmächtigten Mitarbeiters des Antragsgegners an, da es sich hier nicht um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handele.

Die Antragstellerin habe keinen Anspruch auf Aufhebung der Aufhebung. Der Antragsgegner habe zeitgleich versucht zwei Aufträge zu erteilen, nämlich die Verbindungsleitung zwischen und sowie die Ortsnetzkanalisation Die Entsorgung des Schmutzwassers aus sei nur möglich, wenn auch die Ortsnetzkanalisation in errichtet sei. Aus Gründen, die allein die Antragstellerin zu vertreten hätte, könne der Auftrag Ortsnetzkanalisation nicht vergeben werden. Die Antragstellerin sei hier nicht bereit gewesen die Bindefrist zu verlängern. Da sie die einzige Bieterin gewesen sei, läge kein zuschlagfähiges Angebot mehr vor und die Ausschreibung musste aufgehoben werden. Da die Verbindungsleitung zwischen und nur nutzbar wäre, wenn auch die Ortsnetzkanalisation errichtet würde, sei auch diese Ausschreibung aufgehoben worden.

Der Antragsgegner habe seine Entscheidung sorgfältig abgewägt, auch hinsichtlich der Finanzierung. Die vorgesehenen Fördermittel würden nur ausgezahlt, wenn die Verbindungsleitung auch zeitnah genutzt würde.

Grundsätzlich bestehe der Beschaffungsbedarf für die Schmutzwasserbeseitigung von bis zur Kläranlage in weiter. Der Antragsgegner werde jedoch die Ausschreibung für die Schmutzwasserentsorgung technisch überarbeiten.

Im Übrigen sei die 3. Vergabekammer für die Prüfung des Vergabeverfahrens nicht zuständig, da § 19 LVG LSA eine Überprüfung der Aufhebung einer Ausschreibung nicht vorsähe.

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 Aufhebung des Vergabeverfahrens beanstandet.

Gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA informiert der öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt die Information schriftlich, spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss, ab.

Gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA wird die Nachprüfungsbehörde nur tätig, wenn ein Bieter vor Ablauf der Frist schriftlich beim öffentlichen Auftraggeber die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften beanstandet und der öffentliche Auftraggeber der Beanstandung nicht abhilft. Voraussetzung für den Beginn der Frist ist nach § 19 Abs. 1 Satz 2 LVG LSA die schriftliche Abgabe der Information durch den Auftraggeber.

Der Antragsgegner hat das Aufhebungsschreiben (Fbl. 352) vom 18. April 2017 ohne Absendenachweis an die Antragstellerin abgegeben. Das Aufhebungsschreiben ging am 26. April 2017 bei der Antragstellerin ein. Mit Aufhebung der Öffentlichen Ausschreibung gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist das Vergabeverfahren beendet worden. Gemäß § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA ist das Vergabeverfahren innerhalb von 7 Tagen zu beanstanden. Obwohl das LVG LSA im Fall der Aufhebung eines Vergabeverfahrens explizit keinen Rechtsweg vorgesehen habe, stellt die Vergabekammer in ihrer Rechtsprechung die Information über die Aufhebung des Vergabeverfahrens wie auch Beanstandungen während des laufenden Verfahrens der Information an die unterlegenen Bieter gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA gleich. Damit wird für den Bieter überhaupt erst ein Rechtsweg eröffnet (Beschluss der 3. Vergabekammer Sachsen-Anhalts vom 19.01.2017, AZ: 3 VK LSA 54/16).

Die sich aus § 19 Abs. 2 LVG LSA ergebende Wartefrist beginnt am Tag nach der Absendung des Schreibens durch den Auftraggeber. Da die siebentägige Einspruchsfrist aufgrund des fehlenden Absendenachweises nicht berechnet werden kann, ist der Antrag der Antragstellerin vom 27. April 2017 auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens hinsichtlich der Öffentlichen Ausschreibung rechtzeitig eingegangen.

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.

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

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist rechtswidrig, da es gegen § 8 LVG LSA und § 17 Abs. 1 VOB/A verstößt.

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 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) Dies ist hier jedoch der Fall.

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).

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 des strittigen Vergabeverfahrens damit, dass das Bauvorhaben in unmittelbarem Zusammenhang mit der Aufhebung der Ausschreibung des Bauvorhabens Ortsnetzkanalisation steht und die Vergabe damit aus schwerwiegenden Gründen gescheitert ist.

Diese Begründung rechtfertigt jedoch keine rechtmäßige Aufhebung. Sie ist dem Antragsgegner zuzurechnen.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass sich öffentliche Auftraggeber nicht deshalb auf einen Aufhebungsgrund gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A beziehen können, weil sie geltend machen, dass sie den Beschaffungsbedarf nunmehr anders definieren. Derartige Änderungen haben sie zu vertreten. Es ist Aufgabe des Auftraggebers, den Beschaffungsbedarf vor Verfahrensbeginn sorgfältig zu bestimmen. Änderungen, sofern sie nicht auf unvorhersehbaren nachträglich eintretenden Ereignissen beruhen, fallen in die Risikosphäre bzw. in den grundsätzlich vorhersehbaren Bereich des Auftraggebers (1. VK Bund, B. v. 29.08.2011; VK Südbayern, B v. 16.09.2015).

Unvorhersehbare nachträglich eingetretene Ereignisse liegen hier nicht vor. Dem Antragsgegner war bekannt, dass das Bauvorhaben Verbindungsleitung zwischen und nur sinnvoll ist, wenn auch oder vorher das Bauvorhaben Ortsnetzkanalisation durchgeführt wird. Trotzdem schrieb der Antragsgegner beide Bauvorhaben einzeln und gleichzeitig aus. Er musste damit rechnen, dass für eine Ausschreibung kein zuschlagfähiges Angebot eingeht, aus welchen Gründen auch immer. Die Antragstellerin trifft hier kein Verschulden. Insofern der zwingende Zusammenhang zwischen beiden Bauvorhaben besteht, war die Ausschreibung hier nicht getrennt voneinander durchzuführen. Auch war aus der Leistungsbeschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen für die Bieter nicht zu erkennen, dass die Durchführung des strittigen Bauvorhabens von der Durchführung des Bauvorhabens Ortsnetzkanalisation abhängig ist. Die Bieter konnten davon ausgehen, dass beide Bauvorhaben auch unabhängig voneinander durchführbar sind.

Da der Beschaffungsbedarf beim Antragsgegner nachweislich weiter besteht, sind vor einer erneuten Ausschreibung die Vergabeunterlagen grundlegend zu überarbeiten.

Der Antragsgegner hat auch nicht geprüft, ob gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht weniger einschneidende Maßnahmen als die Aufhebung des Vergabeverfahrens in Betracht kamen. Möglich gewesen wäre z.B. eine erneute Ausschreibung der Baumaßnahme Ortsnetzkanalisation und eine Verschiebung der Bauzeit der strittigen Baumaßnahme.

Nicht nachvollziehbar ist für die Vergabekammer, weshalb die Zustimmung der Verbandsversammlung fehlte, was schließlich zur Notwendigkeit der Verlängerung der Bindefrist führte. Voraussetzung für die Durchführung einer Öffentlichen Ausschreibung ist das Vorhandensein der erforderlichen Haushaltsmittel. Die Mittel müssen daher in den Haushaltsplan des Antragsgegners eingestellt sein. Entweder hat der Antragsgegner dies versäumt oder die fehlende Zustimmung beruht auf nicht sachbezogene Gründe. Jedenfalls liegt hier das Verschulden auf der Auftraggeberseite.

Das Ergebnis der Ausschreibung ist das Ergebnis einer auftraggeberseitigen Fehleinschätzung im Vorfeld der Ausschreibung. Sie fällt 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.

Die Aufhebung der Ausschreibung war rechtswidrig, da sie unter Verstoß gegen § 17 VOB/A erfolgte.

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

.....

.....