



# SACHSEN-ANHALT

---

## LANDESVERWALTUNGSAMT

### 3. Vergabekammer

### des Landes Sachsen-Anhalt

### Beschluss

**AZ: 3 VK LSA 54/16**

**Halle, 19.01.2017**

§§ 8 und 14 LVG LSA; §§ 15, 16d Abs. 1 Nr. 2 und 17 Abs. 1 VOB/A

- Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht ermessensfehlerfrei geprüft
- Unzureichende Dokumentation des Vergabeverfahrens

Die Antragsgegnerin begründet die Aufhebung des Vergabeverfahrens damit, dass die Finanzierung wegen des unverhältnismäßig hohen Angebotspreises nicht gesichert ist. Damit hat sie zwar einen sachlichen Grund benannt, jedoch hat sie diesen für eine sanktionsfreie Aufhebung nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht ermessensfehlerfrei geprüft und dokumentiert. Sie hat vor der Aufhebung der Ausschreibung keine Preisaufklärung und keine Interessenabwägung durchgeführt.

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

Die Antragsgegnerin hat 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 Reduzierung des auszuschreibenden Leistungsumfangs und eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen.

Die Antragsgegnerin hat nicht dokumentiert, ob und in welcher Höhe ein Aufschlag zur Kostenschätzung berücksichtigt wurde. Sie hat auch nicht dargelegt, dass sie versucht hat, weitere Mittel wie Bankkredite oder öffentliche Fördermittel einzuwerben. Die Aufhebung allein aus der Tatsache heraus, dass der vom Antragsteller angebotene Preis die Kostenschätzung übersteigt, führt zu einem Ermessensausfall. Die fehlende Finanzierbarkeit des Vorhabens wurde von der Antragsgegnerin somit nicht nachgewiesen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

gegen die

...

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung der ..., Pumpwerksrekonstruktionen in ..., Vergabe-Nr. ..., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden ..., der hauptamtlichen Beisitzerin ... und des ehrenamtlichen Beisitzers ... beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

## **Gründe**

### **I.**

Mit der Veröffentlichung am ... 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, Pumpwerksrekonstruktionen in ..., Vergabe-Nr. ..., aus.

Die Angebotseröffnung war auf den 17. November 2016, 10:00 Uhr, Ort: Zentrale Vergabestelle, ..., festgelegt worden.

Art und Umfang der Bauleistungen sind unter Buchstabe f) der Veröffentlichung wie folgt unterteilt:

Rekonstruktionen an Pumpwerken

Titel 1 - ..., Titel 2 - ..., Titel 3 - ..., Titel 4 - ... und Titel 5 - ...

Für die Wertung der Hauptangebote gemäß § 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist von der Antragsgegnerin unter Ziffer 6 der -Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes- kein Kriterium benannt, so dass der Preis alleiniges Wertungskriterium ist.

Nebenangebote hat die Antragsgegnerin ausweislich Buchstabe j) der Bekanntmachung als auch Ziffer 5 der -Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes- nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin als einzige Bieterin ein Hauptangebot in Höhe von ... Euro brutto bei der Antragsgegnerin vor. Nach rechnerischer Prüfung wurde die Angebotssumme auf ... Euro korrigiert.

Die Antragsgegnerin stellt nach Auswertung des Angebotes fest, dass die Differenz zwischen dem Angebot der Antragstellerin und der Kostenschätzung sowie der Kostenfortschreibung (verpr. LV) zwischen 15 % und 24,6 % beträgt. Laut Vergabevorschlag sollte der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin nach Prüfung der haushaltstechnischen Deckung durch den Antragsgegner erfolgen. Ein Aufklärungsgespräch wurde nicht durchgeführt.

Mit Schreiben vom 28. November 2016 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA, dass das Vergabeverfahren aufgehoben wurde, da kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspräche. Es sei beabsichtigt, eine erneute Öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2016 beanstandete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens wäre vergaberechtswidrig. Da nur sie ein Angebot abgeben habe, wäre es zugleich auch das Wirtschaftlichste. Zudem mangle es dem Aufhebungsschreiben der Antragstellerin auch an einer Begründung.

Mit Antwortschreiben vom 6. Dezember erklärte die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin, dass sie mit ihrem Angebot 24,98 % über der Kostenschätzung vom 24. Oktober 2016 läge, und das Angebot deshalb wegen eines unangemessen hohen Angebotspreises ausgeschlossen werden musste. Die Öffentliche Ausschreibung hätte damit zu keinem wirtschaftlich annehmbaren Preis für die Antragsgegnerin geführt.

Die Antragstellerin zweifelt eine ordnungsgemäße Kostenschätzung an und fordert eine Überprüfung des Vergabeverfahrens durch die Vergabekammer.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Wertung ihres Angebotes
2. die Weiterführung des Vergabeverfahrens.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Da der Beanstandung der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, hat die Antragsgegnerin die Vergabeakten mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt übergeben.

## 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 des Landes 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 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 gerügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebotes in ihren Rechten im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA verletzt wird. Die durch die Antragsgegnerin getroffene Entscheidung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens ist rechtswidrig.

Das streitbefangene Wertungsergebnis ist rechtswidrig, da das Vergabeverfahren Verstöße gegen § 8 und § 14 LVG LSA sowie § 15, § 16d Abs. 1 Nr. 2 und § 17 Abs. 1 VOB/A aufweist.

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) 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 (Ermessensfehlergebrauch).

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

Die Antragsgegnerin begründet die Aufhebung des Vergabeverfahrens damit, dass die Finanzierung wegen des unverhältnismäßig hohen Angebotspreises nicht gesichert ist. Damit hat sie zwar einen sachlichen Grund benannt, jedoch hat sie diesen für eine sanktionsfreie Aufhebung nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht ermessensfehlerfrei geprüft und dokumentiert. Sie hat vor der Aufhebung der Ausschreibung keine Preisauflärung und keine Interessenabwägung durchgeführt.

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 Antragsgegnerin hat 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 Reduzierung des auszuschreibenden Leistungsumfangs und eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen.

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 nicht dokumentiert, ob und in welcher Höhe ein Aufschlag zur Kostenschätzung berücksichtigt wurde. Sie hat auch nicht dargelegt, dass sie versucht hat, weitere Mittel wie Bankkredite oder öffentliche Fördermittel einzuwerben. Die Aufhebung allein aus der Tatsache heraus, dass der vom Antragsteller angebotene Preis die Kostenschätzung übersteigt, führt zu einem Ermessensausfall. Die fehlende Finanzierbarkeit des Vorhabens wurde von der Antragsgegnerin somit nicht nachgewiesen.

Weiter hat es die Antragsgegnerin versäumt, den von der Antragstellerin angebotenen Preis aufzuklären.

Gemäß § 16d 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 § 16d 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 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.

Die Aufhebung der Ausschreibung war rechtswidrig, da die Antragsgegnerin das ihr durch § 17 Abs. 1 VOB/A eingeräumte Ermessen nicht ausgeübt hat.

Das Vergabeverfahren verstößt auch insgesamt gegen § 20 VOB/A.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Der öffentliche Auftraggeber hat damit alle Verfahrens- und Entscheidungsschritte jeweils zu dokumentieren. Damit muss der Vergabebericht eine Ermessensbegründung für die Aufhebung des Vergabeverfahrens enthalten. Die Entscheidung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens ist nicht dokumentiert.

Grundsätzlich ist das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt zu wiederholen, ab dem es fehlerhaft ist. Um den Vergabeverstoß zu beseitigen, hat die Vergabekammer hierzu geeignete

und notwendige Maßnahmen zu treffen, um der Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA entgegenzuwirken. Die Antragsgegnerin hat daher das Vergabeverfahren wiederaufzunehmen und über die Fortsetzung bzw. Aufhebung des Vergabeverfahrens neu zu entscheiden.

### **III.**

#### **Kosten**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA. Danach sind keine Kosten zu Lasten eines Bieters zu erheben, wenn die Nachprüfung ergibt, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat.

### **IV.**

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

...

...