



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 54-58/17

Halle, 14. August 2017

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

- Aufhebung nicht zu beanstanden

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 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.

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.

.....
.....

Antragstellerin

gegen den

.....
.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung des - für die Baumaßnahme: Straßenbau, RW-Kanal, SW-Kanal 1.BA in (VOB/A), Vergabe-Nr., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und dem ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 27. April 2017 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb der Antragsgegner im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben Straßenbau, RW-Kanal, SW-Kanal 1.BA in (VOB/A), Vergabe-Nr., aus.

Zum Eröffnungstermin am 18. Mai 2017, 14:11 Uhr, lagen zwei Hauptangebote vor.

Das Angebot der Antragstellerin war preislich das günstigste. Beide Angebote lagen jedoch erheblich über der Kostenschätzung des Antragsgegners.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2017 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass die Öffentliche Ausschreibung aus anderen schwerwiegenden Gründen aufgehoben wird. Zur Begründung führte er auf, dass eine Überschreitung der von ihm geschätzten Auftragswerte eingetreten ist. Die Angebotssumme sei für die Lose 0-2 größer als 80 % der Kostenberechnung und für die Lose 3-4 größer als 90 % der Kostenberechnung.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2017 rügte die Antragstellerin die Aufhebung der Ausschreibung beim Antragsgegner. Die erhebliche Kostenüberschreitung von 80 % bzw. 90 % lasse an einer fachgerechten Kostenberechnung zweifeln. Die vom Antragsgegner vorgenommene Kostenschätzung basiere auf Zahlen von Baumaßnahmen aus den Jahren 2011 und 2014. Die Kostenberechnung stelle daher eine schuldhaft falsche Kostenprognose dar. Die den Auftraggebern bekannten Kostenerhöhungen aus den Jahren 2016 und 2017 wären in keiner Weise bewertet worden. Das Vergabeverfahren sei fortzusetzen und der Zuschlag zu erteilen. Der Antragsgegner half der Beanstandung nicht ab und übergab die Vergabeakte der 3. Vergabekammer zur Nachprüfung.

Die Antragstellerin beantragt,

die Nachprüfung des Vergabeverfahrens.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Grundsätzlich gäbe es keine Pflicht zur Zuschlagerteilung. Der Auftraggeber habe die Möglichkeit aufgrund der unter § 17 Abs. 1 VOB/A genannten Gründe eine Ausschreibung rechtmäßig aufzuheben. Danach könne bei einer deutlichen Überschreitung der Kostenschätzung ein Vergabeverfahren aus anderen schwerwiegenden Gründen aufgehoben werden. Der Antragsgegner sei der Auftragswertermittlung sorgfältig nachgekommen. Im Rahmen der Erstellung der Haushaltpläne sei die geplante Baumaßnahme finanziell abgesichert worden. Es seien nicht die Einheitspreise von 2011 bis 2014 in die geprüfte Kostenberechnung eingegangen. Das vom Antragsgegner beauftragte Planungsbüro habe die

Einheitspreise auf Grundlage der Marktpreise von vergleichbaren, ausgeschriebenen und vergebenen Vorhaben der Jahre 2015/ 2016 berechnet und die üblichen Preissteigerungen beachtet. Die Planung der Haushaltsmittel für Baumaßnahmen müsse mindestens ein Jahr vor Baubeginn erfolgen. Die explosionsmäßige Preissteigerung im Jahr 2017 sei zu diesem Zeitpunkt nicht vorhersehbar gewesen. Das Ausschreibungsergebnis habe zu keinem wirtschaftlich akzeptierbaren Ergebnis geführt.

Mit Schreiben vom 27. Juli 2017 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden.

Insbesondere wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass ihr Antrag zwar zulässig sei, jedoch nach derzeitiger Aktenlage unbegründet, da sie keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen könne.

Hierauf legte die Antragstellerin dar, dass sie den Ausführungen der Vergabekammer nicht folgen könne und daher eine Entscheidung erwarte.

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 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 fristgemäß gerügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist jedoch unbegründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA nicht geltend machen kann.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist nicht zu beanstanden.

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) 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 (Ermessensfehlgebrauch).

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

Der Antragsgegner begründet die Aufhebung des Vergabeverfahrens damit, dass eine erhebliche Überschreitung der von ihm geschätzten Auftragswerte, nämlich 80 bzw. 90 % eingetreten ist.

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 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).

Der Antragsgegner hat dokumentiert, dass er die Kostenberechnung sorgfältig vorgenommen hat. Das vom Auftraggeber beauftragte Ingenieurbüro hat die Berechnung der Einheitspreise auf Grundlage der Marktpreise von vergleichbaren, ausgeschriebenen und vergebenen Vorhaben der Jahre 2015/ 2016 erstellt und den üblichen Aufschlag zur Kostenschätzung berücksichtigt. Er hat dargelegt, dass die Baupreise im Frühjahr 2017 überdurchschnittlich gestiegen sind und damit das geplante Vorhaben mit den im Haushalt eingestellten Mitteln nicht mehr zu finanzieren ist. Die fehlende Finanzierbarkeit des Vorhabens fällt damit nicht in die Verantwortlichkeit des Antragsgegners.

Der Antragsgegner hat es auch nicht 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 getan.

Der Auftraggeber kann sich mit Erfolg auf den Aufhebungsgrund gemäß § 17 Abs.1 Nr. 3 VOB/A, da die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Die Überschreitung der Kostenschätzung des Antragsgegners gegenüber den beiden abgegebenen Angeboten um mehr als 80 bzw. 90 % stellt vorliegend einen anderen schwerwiegenden Grund dar.

Der Antragsgegner hat die entscheidungsrelevanten Gründe sorgfältig und vollständig dokumentiert. Er hat vor der Aufhebung eine Preisaufklärung und eine Interessenabwägung durchgeführt.

Die Aufhebung der Ausschreibung war nicht zu beanstanden, da der Antragsgegner das ihm durch § 17 Abs. 1 VOB/A eingeräumte Ermessen ausgeübt hat.
Aus diesen Gründen war der Antrag zurückzuweisen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 – 3 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Nachprüfung keinen Erfolg i.S.v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA hatte, und die Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer i.V.m. § 19 Abs. 5 Satz 2 LVG LSA i.V.m. § 3 Abs.1 lfd. Nr. 3 und 4 AllGO LSA unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes der Vergabeprüfung. Die Gebühr beträgt mindestens 100,00 Euro, soll aber den Betrag von 1.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 19 Abs. 5 Satz 3 LVG LSA i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 VwKostG LSA).

Die Gesamtkosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von Euro (§ 19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat bis zum **31.08.2017** durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichens auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE2181000000081001500 zu erfolgen.

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

.....

.....