



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

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

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 88/17

Halle, 06. Dezember 2017

§ 19 Abs. 2 LVG LSA, § 14 Abs. 2 LVG LSA, § 17 Abs. 1 d VOL/A

- ungewöhnlich niedriger Angebotspreis
- Aufhebung des Vergabeverfahrens

Aus § 14 Abs. 2 LVG LSA ergibt sich, dass, wenn ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, um mindestens 10 v. H. vom nächst höheren Angebot abweicht, der öffentliche Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen hat. Im Rahmen dieser Überprüfung ist der Bieter weiter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. Kommt der Bieter dieser Verpflichtung auch nach Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers nicht nach, so ist er vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

Eine von der Antragstellerin gewünschte Verlängerung der Vertragslaufzeit würde den wesentlichen Inhalt der Ausschreibung verändern und eine Wettbewerbsverzerrung nach sich ziehen, da anderen Bietern die Möglichkeit genommen würde, sich in dem anschließenden Zeitraum neu zu beteiligen. Es handelt sich hier nicht um eine Baumaßnahme, sondern um eine zeitlich festgelegte Dienstleistung, deren Vertragslaufzeit und -zeitraum sich auch auf die Kalkulation auswirken können.

Unter Berücksichtigung dessen, dass das Angebot der Antragstellerin bereits gemäß § 14 LVG LSA nicht mehr zu werten war, kann sie durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht in ihren Rechten verletzt werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

Antragstellerin

gegen

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in der Freihändigen Vergabe der, Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der vom 24. Juli bis 30. November 2017, Lose 2 und 4, Vergabe-Nr., hat die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsamtfrau und dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn beschlossen:

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

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt Leistungen zur Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen in ihrem Zuständigkeitsbereich in Form eines Offenen Verfahrens zu vergeben. Dieses Vergabeverfahren ist infolge eines Nachprüfungsverfahrens vor der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt bisher nicht abgeschlossen, während die vorhergehenden Verträge zum 30. Juni 2017 ausgelaufen sind. Bis zum Abschluss des derzeit laufenden Vergabeverfahrens beabsichtigte die Antragsgegnerin im Rahmen einer freihändigen Vergabe diese Leistungen als Interimsvergabe bis zum 30. November 2017 zu vergeben.

Im Zuge dieser Ausschreibung wurde das Vergabeverfahren mit Schreiben vom 11. Juli 2017 beanstandet.

Mit Beschluss vom 4. September 2017 wies die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt die Antragsgegnerin an, die Prüfung und Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen, da das Angebot des günstigsten Anbieters nicht nach § 14 Abs. 1 LVG LSA überprüft worden sei.

Im Zuge dieser Prüfung stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Ausführungen der Antragstellerin zur Kalkulation und zu den angefragten Preisen nicht frei von Mängeln seien und aus den Darstellungen eine Mischkalkulation zu vermuten sei. Des Weiteren sei der Bedarf der Interimsvergabe durch drohenden Ablauf des Ausführungszeitraums weggefallen, da in absehbarer Zeit mit Abschluss des Vergabeverfahrens in der Hauptvergabe zu rechnen sei.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2017 an die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin daher die Ausschreibung für die Lose 2 und 4 aufgehoben.

Die Antragstellerin hat gegenüber der Antragsgegnerin am 17. Oktober 2017 einen Antrag auf Überprüfung des Vergabeverfahrens – hier bezüglich der Aufhebung der Ausschreibung – gestellt.

Die Antragsgegnerin half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und legte der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt mit Schreiben vom 25. Oktober 2017 die Unterlagen vor.

Im Zuge der Anhörung durch die Vergabekammer am 1. November 2017 beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 2. November 2017 die Gewährung von Akteneinsicht, die ihr mit Beschluss vom 8. November 2017 teilweise gewährt wurde.

Im Rahmen der Akteneinsicht äußerte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 17. November 2017 wie folgt:

Sie sehe keinen Wegfall des Beschaffungsbedarfes. Noch sei die Interimsvergabe bis zum 20. November 2017 möglich. Die Vergabestelle könne und dürfe nicht über den Gedanken des Zeitablaufes zu dem Wegfall des Beschaffungsbedarfes kommen. Gerade im Hinblick auf den Zeitablauf könne es auch nicht zulasten der Antragstellerin gehen, dass Unterlagen erst sehr spät zugeleitet würden und damit die Vergabestelle selbst die Gründe für die Aufhebung schaffe. Immerhin habe die Antragstellerin bereits am 17. Oktober 2017 die Gewährung der Akteneinsicht beantragt. Es sei ohne weiteres möglich gewesen, die Akten kurzfristig zuzuleiten, so dass noch in kürzester Zeit die entsprechende Vergabe hätte erfolgen können. Die einzig auf den Wegfall des Beschaffungsbedarfs aufgrund Zeitablaufs gestützte Aufhebung sei damit rechtswidrig. Es sei bereits mit Schreiben vom 2. November 2017 darauf hingewiesen worden, dass der Umstand, dass die Angelegenheit sich so lange hingezogen habe, auf Fehler der Vergabestelle zurückzuführen sei. Diese hätte unmittelbar die entsprechende Aufklärung durchführen müssen. Verzögerungen könnten allerdings dann nicht mehr zu Gunsten der Vergabestelle berücksichtigt werden. Zwar sei eine Aufhebung aus zeitlichen Gründen denkbar, jedoch müsse berücksichtigt werden, dass diese nur unter dem Gesichtspunkt des zivilrechtlichen Begriffs des Wegfalls der Geschäftsgrundlage überhaupt möglich sei. Dieser sei jedoch immer dann nicht anwendbar, wenn dies in den Risikobereich einer oder keiner der Parteien falle. Dies sei hier der Fall. Die Verzögerungen seien ausschließlich auf die Verhaltensweise der Vergabestelle zurückzuführen, so dass eine Aufhebung aus zeitlichen Gründen unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht möglich sei. Die Antragstellerin weist darauf hin, dass die Aufhebung nur unter engen Voraussetzungen möglich sei, die gerade nicht durch die Vergabestelle verursacht sein dürften. Die Gründe, die eine Aufhebung rechtfertigen würden, dürfen nicht der Vergabestelle zurechenbar sein. Dies sei hier jedoch der Fall, mit dem Hinweis auf „Kommentar Vergaberecht, VOUA § 17 Rn. 46 - 59, beck-online“. Selbst wenn man zu dem Ergebnis komme, dass aus schwerwiegenden Gründen, nämlich wegen des Wegfalls des Beschaffungsbedarfes aus rein faktischen Gesichtspunkten, eine Aufhebung möglich sein soll, bestünde der Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Aufhebung.

Die Antragstellerin beantragt

die Fortsetzung des Vergabeverfahrens,

hilfsweise die Feststellung, dass die Aufhebung rechtswidrig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

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.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA.

Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 50.000 Euro bei Lieferungen und Leistungen 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 jedoch unbegründet, da sie keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA geltend machen kann.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin ist nicht zu beanstanden.

Auf das Angebot der Antragstellerin durfte der Zuschlag gemäß § 14 Abs. 2 LVG LSA nicht erteilt werden.

Nach § 14 Abs. 1 LVG LSA hat der öffentliche Auftraggeber ungewöhnlich niedrige Angebote, auf die der Zuschlag erfolgen soll, zu überprüfen. Dies gilt unabhängig von der nach Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) vorgegebenen Prüfung ungewöhnlich niedrig erscheinender Angebote.

Aus § 14 Abs. 2 LVG LSA ergibt sich, dass, wenn ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, um mindestens 10 v. H. vom nächst höheren Angebot abweicht, der öffentliche Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen hat. Im Rahmen dieser Überprüfung ist der Bieter weiter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. Kommt der Bieter dieser Verpflichtung auch nach Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers nicht nach, so ist er vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

Im Rahmen der Umsetzung des Beschlusses der 3. Vergabekammer vom 4. September 2017 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 18. September 2017 und 25. September 2017 aufgefordert, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen und dabei Einzelpreise für Maschinen, Fahrzeuge, Geräte, Arbeitsleistungen, Personalkosten, Reinigungsmittel und Entsorgungskosten aufgelistet.

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2017 hat die Antragstellerin zur Kalkulation ihres Angebotes Stellung genommen und die in Frage stehenden Positionen allgemein erläutert, wies jedoch grundsätzlich auf die Kalkulationsfreiheit des Bieters hin. Des Weiteren fügte sie als Nachweis eine Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung bei. Konkrete Einzelerläuterungen pro Position mit entsprechenden Belegen fehlten. Die Antragstellerin stellt selbst klar, dass die Preise geringer seien als in der Vergangenheit angeboten, weist jedoch gleichzeitig auf ein hohes zu kalkulierendes Risiko hin.

Das Wertungsergebnis der Antragsgegnerin, dass die Angemessenheit des Angebotes der Antragstellerin nicht mängelfrei nachgewiesen worden und darüber hinaus eine Mischkalkulation ersichtlich sei, ist nicht zu beanstanden.

Die Darlegungen der Antragstellerin sind hinsichtlich einer umfassenden schlüssigen und objektiv nachprüfbarer Aufklärung nicht ausreichend und können nicht nachvollzogen werden. Insbesondere kann aus den Erklärungen kammerseitig nicht nachvollzogen werden, dass bei einem ordnungsgemäß kalkulierten Angebot noch ein pauschaler Preisnachlass in einer unüblichen Höhe von 33 v.H., das heißt von einem Drittel, auf den Angebotspreis gewährt werden kann. Die Darlegungen lassen Rückschlüsse auf eine Mischkalkulation zu. Auch hat die Antragstellerin mit der Abgabe des Angebotes einen Nachunternehmer angegeben, der insbesondere in diesen beiden Losen einen nicht unerheblichen Teil der geforderten Reaktionszeiten und der uneingeschränkten Einsatzbereitschaft absichern sollte, da dies über die Standorte der Antragstellerin gerade nicht möglich war. Hierüber finden sich keine Angaben in der Erklärung der Antragstellerin, obwohl der Anteil des Nachunternehmers hier einen nicht unerheblichen Teil der Kalkulation ausmacht.

Der Auftraggeber muss im Rahmen der Preisauflärung nicht den Nachweis der Unangemessenheit erbringen. Der Bieter trägt die Beweislast dafür, die Zweifel des Auftraggebers zu entkräften. Kann er dies nicht, kann dem Auftraggeber nicht zugemutet werden, ein aus seiner Sicht unangemessenes Angebot annehmen zu müssen. Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Bieters (Gabriel/Krohn/Neun – Handbuch Vergaberecht, S. 952, Rn 59).

Aufgrund der unzureichenden Preisauflärung durch die Antragstellerin innerhalb der ihr gesetzten Frist war das Angebot gemäß § 14 Abs. 2 Satz 3 LVG LSA zwingend von der Wertung auszuschließen.

Im Ergebnis dessen durfte der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu Los 2 und 4 nicht erteilt werden.

Damit scheidet eine – von der Antragstellerin beantragte – Fortsetzung des Vergabeverfahrens aus.

Bereits aus den genannten Gründen werden Rechte der Antragstellerin durch die nachfolgend erfolgte Aufhebung der Ausschreibung nicht verletzt.

Im Folgenden wird auf die hilfsweise beantragte Feststellung eingegangen, dass die Aufhebung rechtswidrig war.

Diese Aufhebung war rechtmäßig.

Das Vergabeverfahren ist hier hinsichtlich der Lose 2 und 4 ermessensfehlerfrei gemäß § 17 Abs. 1 d VOL/A aufgehoben worden.

Ein schwerwiegender, nicht vorhersehbarer Grund kann darin liegen, dass der Auftraggeber beschließt, von dem Beschaffungsvorhaben endgültig Abstand zu nehmen (OLG Düsseldorf, B. v. 26.01.2005 - Az.: VII - Verg 45/04). Das öffentliche Interesse, öffentliche Haushaltsmittel sparsam zu verwenden, überwiegt in einem solchen Falle das Interesse des Antragstellers, die Ausschreibung fortzusetzen (3. VK Bund, B. v. 09.02.2012), was auch für die Antragstellerin im hier zu entscheidenden Fall gilt.

Die Antragsgegnerin hat von dem Beschaffungsvorhaben insoweit Abstand genommen, als dass es sich lediglich um eine Interimsvergabe für einen festen Zeitraum bis zum 30. November 2017 gehandelt hat. Eine Verlängerungsoption sah die Leistungsbeschreibung nicht vor. Die Vertragslaufzeit ist damit abgelaufen.

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung. Diese Ermessensentscheidung kann von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden, 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).

Eine von der Antragstellerin gewünschte Verlängerung der Vertragslaufzeit würde den wesentlichen Inhalt dieser Ausschreibung verändern und eine Wettbewerbsverzerrung nach sich ziehen, da anderen Bietern die Möglichkeit genommen würde, sich in dem anschließenden Zeitraum neu zu beteiligen. Es handelt sich hier nicht um eine Baumaßnahme, sondern um eine zeitlich festgelegte Dienstleistung, deren Vertragslaufzeit und -zeitraum sich auch auf die Kalkulation auswirken können.

Unter Berücksichtigung dessen, dass das Angebot der Antragstellerin bereits gemäß § 14 LVG LSA nicht mehr zu werten war, kann sie durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht in ihren Rechten verletzt werden.

Damit ist der Antrag insgesamt als unbegründet 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 Vergabepfung. Die Gebühr beträgt mindestens Euro, soll aber den Betrag von 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 (einschließlich Kosten Kopien Akteneinsicht) in Höhe von Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat bis zum **15.12.2017** durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzzeichens **3300-.....** auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE2181000000081001500 zu erfolgen.

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.

.....

.....