



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer  
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 03/00

Halle, 2000-03-13

§ 3a Nr. 5 Buchst. a) VOB/A  
-Verhandlungsverfahren unzulässig

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma ..... mbH

Antragstellerin

gegen

den ..... gGmbH

Antragsgegnerin

unter Beiladung

der Bieterin ..... GmbH

wegen

der Vergabe der Leistung Tischler-, Beschlag- und Verglasungsarbeiten im  
..... hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle auf die mündli-  
che Verhandlung vom 03. März 2000 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat  
Herrn Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und dem eh-  
renamtlichen Beisitzer Herrn Neumann beschlossen:

1. Die Aufhebung des Offenen Verfahrens als Voraussetzung für ein Verhandlungsverfahren ist rechtswidrig. Die Leistung ist in einem erneuten Offenen Verfahren auszuschreiben.

2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
3. Die Gebühr wird auf ..... DM festgesetzt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb im Rahmen des Umbaus ..... in der ..... das Gewerk Tischler-, Beschlag- und Verglasungsarbeiten europaweit aus. Die zuwendungsfähigen anerkannten Gesamtkosten der Maßnahme betragen ..... DM. Bei dem ausgeschriebenen Fachlos handelt es sich um eine Leistung mit einer veranschlagten Kostenberechnung in Höhe von ..... DM.

Zur Angebotseröffnung am 03.01.2000 reichten von den vier Firmen, die die Unterlagen abgefordert hatten, zwei Bewerber ein Angebot ein. Ein drittes Angebot ging verspätet ein. Das Angebot der Bieterin ..... GmbH schloss mit einer Angebotssumme in Höhe von ..... DM und das der Antragstellerin mit ..... DM ab. Damit lag sie auch bei Betrachtung des verspätet eingegangenen Angebotes, welches nachträglich in das Verhandlungsprotokoll aufgenommen wurde, rechnerisch an erster Stelle.

Die Angebote wichen in ihrer Höhe deutlich von der Kostenberechnung ab. Dies nahm die Antragsgegnerin zum Anlass, das Verfahren aufzuheben. Am 04.01.2000 wurde der Antragstellerin zunächst mündlich und am 05.01.2000 schriftlich durch das Architekturbüro "....." mitgeteilt, dass die Ausschreibung den gesteckten Kostenrahmen übersteige und die Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 Buchst. b) und c) aufgehoben worden sei. Im Absageschreiben wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass man in den nächsten Tagen bezüglich eines Gespräches auf sie zukommen werde.

Daraufhin wurden alle drei Bieter zu einem Gespräch geladen mit dem Ziel, die Gesamtkosten durch eventuelle Konstruktionsänderungen und den Einsatz von anderen Materialien zu minimieren. Ein Bieter zog sich nach dessen Verlauf vom Verhandlungsverfahren zurück. Wegen der Einzelheiten wird auf das Angebot vom 12.01.2000 der Antragstellerin und das der Beigeladenen vom 17.01.2000 verwiesen.

Aus den der Vergabekammer vorliegenden Unterlagen ist ersichtlich, dass die Vergabe auf das Angebot vom 17.01.2000 des Bieters D....., welches in den Leistungspositionen identisch mit dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis ist, mit einem Auftragsvolumen von ..... DM (netto) erfolgen soll.

Die Kontrolle über die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendungen wurde mit Zuwendungsbescheid des Ministeriums für Arbeit, Frauen, Gesundheit und Soziales des Landes Sachsen-Anhalt der ICG Investitions-Consult GmbH Berlin über-

tragen. Nach den geführten Vorgesprächen mit dem Bieter D..... wurden in Vorbereitung des Vertragsschlusses die Unterlagen zwecks Zustimmung zur Zuschlagserteilung der ICG übersandt. Mit Schriftsatz vom 26.01.2000, eingegangen bei Planquadrat am 28.01.2000, erteilte ICG ihre Zustimmung zur Zuschlagserteilung an den Bieter D..... vorbehaltlich der Bewerbererklärung LSA.

Gegenüber dem Architekturbüro, welches ausweislich des Schreibens vom 18.05.1999 in Vertretung der Antragsgegnerin handelt, legte die Antragstellerin dar, dass sie mit der Aufhebung der Ausschreibung nicht einverstanden sei und verwies auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, welches sie durch Zufall zwischenzeitlich von einem anderen Architekten erhalten habe. Danach sei eine Aufhebung wegen nicht ausreichender Mittel kein schwerwiegender Grund im Sinne von § 26 Nr. 1 Buchst. c) VOB/A. Sie gab zu verstehen, dass sie Einspruch einlegen werde.

Mit Schreiben vom 27.01.2000 ging bei der Vergabekammer die Beschwerde bezüglich des streitbefangenen Ausschreibungsverfahrens ein. Die Antragstellerin rügt, dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Firma D..... nicht erfolgen dürfe, da die Aufhebung aus Kostengründen des am 03.01.2000 submittierten Offenen Verfahrens nach den neuesten Gesetzesregelungen nicht statthaft sei.

Sie beantragt daher

die Aufhebung der Ausschreibung für rechtswidrig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, dass die Voraussetzungen zur Aufhebung gegeben seien und somit der Weg für ein Verhandlungsverfahren frei sei. Durch Kürzung der Fördermittel sei die Finanzierung nicht mehr gesichert. Dies habe zur Folge, dass Konstruktionen überdacht werden und das neue Materialien zum Einsatz kommen müssen, die preiswerter sind als die ursprünglich ausgeschriebenen.

Dies und die Tatsache, dass seitens der Feuerwehr umfangreiche Auflagen erteilt wurden, begründe die Aufhebung des Verfahrens wegen gravierender Änderungen des Leistungsverzeichnisses und aus schwerwiegenden Gründen.

Die Vergabekammer hat die Bieterin ..... GmbH mit Verfügung vom 25.02.2000 gem. § 109 GWB beigeladen, da ihre Interessen durch die Entscheidung in diesem Verfahren schwerwiegend berührt werden könnten.

Da sie den Termin nicht wahrnehmen konnte, äußerte sie sich mit Fax vom 29.02.2000, eingegangen am 01.03.2000, zur Verfahrenssache. In ihrer Stellungnahme, welche zur Verhandlung verlesen wurde, bringt sie zum Ausdruck, dass ihr bereits mündlich der Zuschlag erteilt worden sei.

## II.

Der Antrag ist zulässig.

Die angerufene Vergabekammer ist für das vorliegende Verfahren zuständig.

Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Vergabebeschwerde durch die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie - Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt - vom 04.03.1999-63-32570/03, Abschnitt II Abs. 1 und 2.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der maßgebliche Schwellenwert für die Vergabe von Bauleistungen gem. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 3 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV) vom 22.02.1994 (BGBl. I S. 321), ergänzt durch die Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 29.09.1997 (BGBl. I S. 2384) und § 1a VOB/A, mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von ca. 14 Mio. DM überschritten ist.

Eine nach § 127 Nr. 1 GWB zur Umsetzung der Schwellenwerte vorgesehene Richtlinie ist zwar noch nicht ergangen, die zitierte Vergabeverordnung ist aber trotz Aufhebung der Ermächtigungsgrundlage des § 57a Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) weiterhin in Kraft.

Für die Rechtswirksamkeit einer Verordnung reicht es aus, wenn die Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt des Inkrafttretens vorhanden ist (vgl. BVerfGE 3, 255, 260). Aus Art. 3 Nr. 1 des Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2512), mit welchem lediglich die §§ 57a bis 57c HGrG sowie die Nachprüfungsverordnung vom 22.02.1994 aufgehoben wurden, ist der Wille des Gesetzgebers dahingehend auszulegen, dass die Vergabeverordnung weiterhin gilt.

Die Antragsgegnerin ist als gemeinnützige Gesellschaft und Zuwendungsempfängerin öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Abs. 2 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB befugt einen Antrag zu stellen. Sie hat ein Interesse am Auftrag und sie hat die Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften (vgl. § 97 Abs. 7 GWB) geltend gemacht. Dadurch, dass ihr Angebot zu Unrecht nicht bezuschlagt worden sei, drohe ihr ein Schaden.

Die Antragstellerin rügte die behauptete Rechtsverletzung gegenüber der Antragsgegnerin auch unverzüglich. Nach dem Gesetzeswortlaut und der Kommentierung kommt es nicht auf das tatsächliche Erkennen der Verstöße an. Die Kammer ist davon überzeugt, dass unmittelbar nach Kenntnisnahme des Urteils des OLG Düsseldorf die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die nach ihrer Meinung rechtswidrige Aufhebung monierte. Gleichzeitig gab sie zu erkennen, dass sie die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens als nicht gegeben ansieht.

Der Antrag ist auch begründet.

Die Vergabe im Wege eines Verhandlungsverfahrens ist nicht zulässig, da die Beendigung des Offenen Verfahrens durch Aufhebung rechtswidrig war. Zwar hat die Antragstellerin ihren Antrag lediglich auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Offenen Verfahrens gestützt, da diese Aussage für die Zulässigkeit des angegriffenen Verhandlungsverfahrens von Relevanz ist, konnte dieser Antrag hier in dieser Form gestellt werden. Im Übrigen ist die Kammer bei der Prüfung, ob ein festgestellter Mangel eines Vergabeverfahrens die Verletzung eines subjektiven Rechts des Antragstellers begründet, nicht an die vom Antragsteller geltend gemachten Verstöße gebunden .

Nach § 97 Nr. 7 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin konnte demzufolge nur in das Verhandlungsverfahren allenfalls eintreten, wenn die Voraussetzungen des § 3a Nr. 5 VOB/A vorliegen.

Soweit die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens auf die mögliche notwendige Änderung des Leistungsverzeichnisses hinweist, ist diese weder in Schriftsätzen noch in der mündlichen Verhandlung ausreichend dargelegt. Der bloße Hinweis auf Forderungen der Feuerwehr für notwendige Änderungen reicht hier nicht. Insbesondere auch deshalb, da der Zuschlag nunmehr doch auf der Basis des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses erteilt werden soll. Im Übrigen wäre dieser Gesichtspunkt für die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens nach § 3a Nr. 5 VOB/A irrelevant.

Nach § 3a Nr. 5 Buchst. a) VOB/A ist ein Verhandlungsverfahren dann zulässig, wenn bei einem Offenen Verfahren oder Nichtoffenen Verfahren keine annehmbaren Angebote abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Verdingungsunterlagen nicht grundlegend geändert und in das Verhandlungsverfahren alle Bieter aus dem vorausgegangenen Verfahren einbezogen werden, die fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig sind.

Erste Voraussetzung ist somit, dass ausschließlich Angebote im Offenen Verfahren vorgelegen haben müssen, die nach Prüfung, unter Zugrundelegung allgemeiner Erfahrungssätze, in einem unangemessenen Preis-Leistungs-Verhältnis standen. Für das Vorliegen eines unangemessenen Verhältnisses ist der Auftraggeber grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig. Der bloße Hinweis, dass die finanziellen Mittel nicht ausreichen, vermag dieser Darlegungs- und Beweispflicht nicht zu begründen.

Auch aus den Vergabeunterlagen haben sich für die Kammer keinerlei Anhaltspunkte diesbezüglich ergeben.

Denn nach allgemeiner Ansicht liegt kein schwerwiegender Grund zur Aufhebung einer Ausschreibung vor, wenn beim Auftraggeber eine haushaltsmäßige Deckung nicht vorhanden ist. Eine Ausschreibung ohne ausreichende Finanzierung verstößt gegen § 16 VOB/A. Eine Ausnahme wird lediglich für den Fall anerkannt, dass die vom Auftraggeber durchgeführte Kostenschätzung vertretbar war (vgl. OLG Düsseldorf – 5 U 93/98). Ob ein Recht zur Aufhebung aus diesem Grunde vorlag, konnte von der Antragsgegnerin weder schriftlich noch in der mündlichen Verhandlung explizit dargelegt werden.

Die Kammer kommt daher zu dem Ergebnis, dass ein Verhandlungsverfahren nicht gerechtfertigt ist. Andere Gründe, wie etwa der Fall der besonderen Dringlichkeit nach § 3a Nr. 5 Buchst. d) VOB/A wurden von der Antragsgegnerin weder vorgetragen, noch sind sie für die Kammer erkennbar.

### **Kosten**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin hat daher die Kosten in voller Höhe zu tragen.

Die Höhe der Kosten beläuft sich hier auf ..... DM, § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Kosten gliedern sich auf in die Mindestgebühr in Höhe von ..... DM ( § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von ..... DM (§ 128 GWB i. V. m. § 10 VwKostG).

Billigkeitsgründe, die eine Reduzierung rechtfertigen, lagen nicht vor.

Der Betrag ist zwei Wochen nach Zustellung fällig. Die Zahlung hat auf das Konto ..... bei der Landeszentralbank -LZB-Dessau, BLZ 805 000 00 unter Verwendung des Kassenzeichens 3301- ..... zu erfolgen.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB . Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Neumann