



# SACHSEN-ANHALT

## LANDESV ERWALTUNGSAMT

### 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt

#### Beschluss

**AZ: 1 VK LSA 03/19**

**Halle, 28.02.2019**

§ 169 Abs. 2 GWB

- Antrag auf Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung unbegründet

Die vorzeitige Zuschlagsgestattung ist in der Regel nur möglich, wenn die Auftragsvergabe so dringlich ist, dass eine Überschreitung der vorgesehenen Zuschlagsfrist die Durchführung des Auftrags unmöglich oder hinfällig machen. Diese Beeinträchtigung muss nach den konkreten Umständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein; die abstrakte Gefahr von Nachteilen genügt nicht.

Selbst mangelnde Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrages kann für sich genommen, Gestattung allein noch nicht rechtfertigen. Es muss besonderes Beschleunigungsinteresse hinzutreten. Fehlen diesbezüglich nachvollziehbare Aussagen, kann eine vorzeitige Zuschlagserteilung nicht gestattet werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....  
.....

Antragstellerin  
Antragsgegnerin im Ver-  
fahren auf Gestattung  
des Zuschlages

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

gegen

die .....  
.....  
.....

Antragsgegnerin  
Antragstellerin im Ver-  
fahren auf Gestattung  
des Zuschlages

wegen

der gerügten Vergabeverstöße bezüglich der Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Bundesfern- und Landesstraßen im Landkreis ..... und ..... im Zuständigkeitsbereich der ..... vom 01.03.2019 bis 30.04.2021, Los 4 hat die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ohne mündliche Verhandlung unter dem Vorsitz des Leitenden Regierungsdirektors ..... sowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin ..... und des ehrenamtlichen Beisitzers ..... beschlossen:

1. Der Antrag der Antragsgegnerin bezüglich der Gestattung des Zuschlages im Los 4 nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung, wird zurückgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Beschluss in der Hauptsache vorbehalten.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb im Supplement der EU vom 15.12.2018 auf der Grundlage der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung Art. 1 die Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Bundesfern- und Landesstraßen im Landkreis ..... und ..... im Zuständigkeitsbereich der ..... vom 01.03.2019 bis 30.04.2021, Los 4 aus. Alleiniges Zuschlagskriterium sollte der Preis sein.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 10.01.2019 gingen zum Los 4 Angebote der Antragstellerin und drei weiterer Bieter ein.

Auf Nachfrage seitens der Antragsgegnerin übersandte die Antragstellerin mittels undatierten Schreibens die im Angebot fehlenden nicht ausgepreisten Positionen 01.06.0006 bis 01.06.0010. Außerdem forderte die Antragsgegnerin mit Fax-Schreiben am 16.01.2019 die Antragstellerin auf, ihre Kalkulation bis zum 23.01.2019 vorzulegen, da das Angebot gegenüber einem weiteren Bieter um mindestens 10% abweiche. Daraufhin übersandte die Antragstellerin per Mail am 18.01.2019 die Kalkulation.

Anschließend wurde der Antragstellerin mittels Informationsschreibens per Fax vom 30.01.2019 antragsgegnerseitig mitgeteilt, dass man ihr Angebot ausschließen musste, da die Antragstellerin entsprechend § 60 Abs. 3 der Vergabeverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) die angebotenen Preise nicht zufriedenstellend aufgeklärt habe. So sei die Kalkulation der Positionen der Verkehrssicherung 00.00.0001 und 00.00.0002 fehlerhaft, denn der angegebene Einzelpreis könne nicht nachvollzogen werden. Für den Auf- und Abbau des Personals habe man die Zahl 80 ohne Angabe der Einheit angesetzt. Die restlichen Spalten der Personalkalkulation seien nicht ausgefüllt. Bei Addition aller Einzelkosten ergebe sich eine Differenz. Des

Weiteren habe die Antragstellerin in der Kalkulation dieser Position keine Geräte-/Materialkosten veranschlagt. Gemäß der Beschreibung der Position 01.07.0001 habe der Auftraggeber vorgegeben, was hier zu kalkulieren sei. Die Kalkulation der Antragstellerin enthalte ausschließlich Materialkosten und Personalkosten, hingegen seien Geräte-/Fahrzeugansätze nicht enthalten. Gleiches gelte für die Positionen 01.07.0002, 01.07.0003 bis 01.07.0006. Weiterhin wurde darüber informiert, dass beabsichtigt sei, frühestens am 12.02.2019, den Zuschlag auf das Angebot der ....., zu erteilen.

Anwaltlich vertreten ließ die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung mit Schreiben vom 01.02.2019 und 04.02.2019 als vergaberechtswidrig rügen. Als Anlage zum Schreiben vom 01.02.2019 sei eine aufklärende Kalkulation, die lediglich die Aufgliederung der einzelnen Positionen, nicht aber die Gesamtpreise verändere, vorgelegt worden. Die nicht ausgefüllten Spalten würden gleichermaßen bedeuten, dass die entsprechenden Spalten preislich nicht bewertet worden seien. Wie der Antragsgegnerin bereits aus diversen Vergabeverfahren der Vergangenheit bekannt sei, wäre eine Kalkulation weitestgehend unmöglich. Um allerdings eine zutreffende Kalkulation abgeben zu können, habe die Antragstellerin genau diejenigen Positionen mit Kosten bewertet, die auch tatsächlich an Kosten anfallen.

Bei der Position der Verkehrssicherung 00.00.0001 und 00.00.0002 sei ein Excel-Fehler aufgetreten, welcher korrigiert worden sei und sich nunmehr aus der als Anlage beigefügten erklärenden Kalkulation erschließe.

Hinsichtlich der Personaleinsatzes bedürfe es keiner weiteren Ausfüllung, da dieser nicht kalkulierbar sei. Zudem seien keine Geräte-/Materialkosten kalkuliert worden, da hier keine besonderen Kosten anfallen würden. Dies gelte im Übrigen auch für die Position 01.07.0001, da die Geräte/Fahrzeugansätze sich bereits aus der Position 01.04.0002 ergeben würden. Ebenso seien die Zweifel der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar, da die Kalkulation aus den vergangenen Jahren bestens bekannt sei. Im Übrigen könne der Auftraggeber ohne Aufklärung kein Angebot ausschließen. Dem werde die Antragstellerin mit den beiliegenden Kalkulationsblättern gerecht.

Abschließend werde gerügt, dass der erfolgreiche Bieter nahezu den fünffachen Preis angeboten habe. Dieser Preis sei weder marktüblich, noch ortsüblich und angemessen. Dies allein deshalb, da das Angebot der Antragstellerin mit Gewinn kalkuliert worden sei. Offensichtlich liege hier ein massiv überhöhter Preis vor.

Aufgrund einer auf die Rügen lediglich folgenden Teilabhilfe ließ die Antragstellerin mittels anwaltlichen Fax-Schriftsatzes am 11.02.2019 ein Nachprüfungsverfahren vor der erkennenden Kammer einleiten. Am selben Tage ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin übersandt worden. Gleichzeitig wurde sie über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 169 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) belehrt und aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Antragsgegnerin erwiderte mittels Schreibens vom 13.02.2019 dahingehend, dass die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen seien.

Soweit die Antragstellerin rügt, dass bestimmte Positionen nicht kalkulierbar seien, stehe dies im Widerspruch zur Tatsache der Angebotsabgabe. Zudem hätte sie dies spätestens bis zum Angebotsabgabetermin rügen müssen. Die Antragstellerin sei auch schon deshalb nicht in ihren Rechten verletzt, da sie vor dem Ausschluss zur Aufklärung aufgefordert und ihr somit Gelegenheit gegeben worden sei, die Widersprüche und Unvollständigkeiten auszuräumen. Auch die mit Schreiben vom 01.02.2019 nachgereichte Kalkulation könne durch die Antragsgegnerin nicht nachvollzogen werden. Die eingereichte Kalkulation entspreche inhaltlich nicht der im Rah-

men der Nachforderung vorgelegten Kalkulation. Unabhängig von möglichen Rechenfehlern im Excelprogramm habe die mit Mail vom 18.01.2019 vorgelegte Kalkulation eindeutig Personalkosten in Höhe von 80 € bzw. 200 € für den Auf- und Abbau der Verkehrssicherung enthalten. In der mit der Rüge vom 01.02.2019 vorgelegten Kalkulation sei der Auf- und Abbau aus den Personalkosten über das Einführen einer gesonderten Spalte herausgelöst und als pauschaler Betrag ausgewiesen worden. Gleichzeitig zu dieser, deutlich über die Korrektur eines Excel-Fehlers hinausgehende Änderung der Kalkulation, habe die Antragstellerin erklärt, dass es keiner weiteren Berücksichtigung der Personalkostenkalkulation bedürfe, da diese nicht kalkulierbar seien. Ebenso habe man keine Geräte-/Materialkosten kalkuliert, da hier keine besonderen Kosten entstünden. Nach Prüfung dieser Ansätze sei für den Auftraggeber hinsichtlich der Positionen 00.00.0001 und 00.00.0002 eindeutig feststellbar, dass der angebotene Preis nicht die geforderte Leistung widerspiegele. Ausweislich der Leistungsbeschreibung müsse für die Leistung auch u. a. die Vorhaltung, das Stellen und das Beräumen der Verkehrssicherung nach RSA einkalkuliert werden. Die Kalkulationsangaben hätten jedoch lediglich die Personalkosten, also gerade nicht die Vorhaltung, enthalten. Eine bloße Aufklärung der Preise durch Aufteilung des Einzelpreises in einen Pauschalbetrag zzgl. Kosten für Wagnis und Gewinn sowie Allgemeine Geschäftskosten entspreche keiner ausreichenden Aufklärung. Gerade die Position der Verkehrssicherung sei für eine sichere und ordnungsgemäße Erbringung der Leistung essentiell. Ob und in welchem Maße die Verkehrssicherung sichergestellt sei, könne durch den Anteil der Vorhaltekosten im Einheitspreis eingeschätzt werden. Nach der Rechtsprechung könnten auch unzureichende Angaben eines Bieters einen Ausschluss rechtfertigen, etwa wenn der Bieter zu den gestellten Fragen keinerlei verwendbare Angaben mache oder seine Auskunft unvollständig und nicht plausibel sei. Dies treffe für die von der Antragstellerin gemachten Ausführungen zu, so dass der Ausschluss gerechtfertigt sei. Hinsichtlich der unplausiblen Kalkulation genieße die Antragstellerin auch keinen Vertrauensschutz.

Im selben Schreiben hat die Antragsgegnerin einen Antrag gemäß § 169 Abs. 2 GWB auf Vorabgestattung des Zuschlags gestellt.

Diesbezüglich trägt die Antragsgegnerin vor, dass der Antrag auf Gestattung der Erteilung des Zuschlages nach § 169 Abs. 2 GWB zulässig und begründet sei. Die Interessenabwägung ergebe, dass unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwögen.

Die Antragsgegnerin habe gemäß § 4 FSrG und § 9 StrG LSA dafür einzustehen, dass ihre Bauten den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung genügen. Durch die Zuschlagserteilung solle sichergestellt werden, dass nach Unfällen die Straßen ordnungsgemäß gereinigt werden und sie sich somit wieder im verkehrssicheren Zustand befänden. Geschehe dies nicht, bestehe eine Gefahr für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer. Es sei sehr wahrscheinlich, dass es auf Grund nicht gereinigter Unfallstellern erneut zu Verkehrsunfällen komme.

Im Rahmen der Gewichtung der Interessen sei zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin nicht auf eine Interimsvergabe als milderer Mittel verwiesen werden könne. Eine befristete Interimsvergabe sei vorliegend nicht möglich, da man die Ölspurbeseitigung in diesem Bereich bereits mehrfach ausgeschrieben habe. Es handele sich hier um das ehemalige Los 4 des Konzessionsvergabeverfahrens der Ölspurbeseitigung. Dieses Verfahren sei bei der Vergabekammer anhängig gewesen. Daher habe man

2017 zwei Interimsvergabeverfahren angestrebt, die wiederum einer Nachprüfung unterlagen. Nunmehr sei ein Dienstleistungsvergabeverfahren eingeleitet worden. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Vertragslaufzeit, in Abhängigkeit von der Dauer des Nachprüfungsverfahrens, nicht abgeschätzt werden könne.

Hinzu komme, dass grundsätzlich und regelmäßig die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages bei der Eilentscheidung über die vorzeitige Zuschlagsgestattung zu berücksichtigen seien und nur höchst ausnahmsweise von der Berücksichtigung der Erfolgsaussichten im Rahmen der Interessenabwägung abzusehen sei. Mithin könnten umgekehrt trotz der grundsätzlichen Zurückhaltung bei einer vorzeitigen Zuschlagsgestattung die Interessen der Antragstellerin umso eher zurückgestellt werden, je genauer absehbar sei, dass ein Nachprüfungsantrag erfolglos bleiben werde.

Die Erfolgsaussichten der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren seien nicht gegeben, denn das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschlossen worden. Dem Antrag nach § 169 Abs. 2 GWB sei aus Gründen der Gefahrenabwehr und mangelnder Aussichten auf Erfolg in der Hauptsache stattzugeben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

ihr gemäß § 169 Abs. 2 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu gestatten.

Die Antragstellerin beantragt,

den Antrag der Antragsgegnerin nach § 169 Abs. 2 GWB zurückzuweisen.

Die Antragstellerin lässt zum Gestattungsantrag vortragen, dass bei der vorzeitigen Zuschlagsgestattung die Erteilung des Zuschlages nicht nur vorläufig, sondern endgültig erlaubt werde. Der Bieter könne somit nicht mehr erreichen, dass die Zuschlagserteilung rückgängig gemacht werde und zwar selbst dann nicht, wenn der Nachprüfungsantrag später Erfolg hätte. Ein nach Zuschlagserteilung durchzuführendes Feststellungsverfahren nehme folglich der Antragstellerin die Chance eines effektiven Rechtsschutzes.

Die Argumente der Antragsgegnerin, im Falle einer Nichtreinigung der Straßen würde die Gefahr für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer bestehen, lasse völlig unberücksichtigt, dass es Sache der Antragsgegnerin sei, zeitliche Dispositionen so zu treffen, dass auch „Raum für ein Vergabeverfahren“ bleibe. Zeitliche Versäumnisse der Antragsgegnerin könnten und dürften sich nicht zulasten effektiven Rechtsschutzes im Zuge eines Vorabzuschlages auswirken. Der § 169 Abs. 2 GWB sei restriktiv zu handhaben. Wie bereits in anderen Verfahren der Antragsgegnerin sei dieser auch bewusst, dass sie im Wege der Interimsvergabe durchaus entsprechende zeitliche Lücken auffüllen könne. Zeitliche Verzögerungen, die die Auftraggeberin selbst zu vertreten habe - z. B. der vergleichsweise späte Beginn des Vergabeverfahrens - seien im Rahmen der Interessenabwägung zu ihren Lasten zu berücksichtigen. Die Auftraggeberin könne sich grundsätzlich auch nicht mit Erfolg auf eine angeblich unzumutbare Verzögerung des Zuschlages aufgrund des Nachprüfungsverfahrens berufen. Denn sie müsse damit rechnen, dass ein Nachprüfungsantrag gestellt werde, eine dadurch bedingte Verzögerung habe sie von vornherein einzukalkulieren.

Zudem erschließe sich die Argumentation der Antragsgegnerin nicht, dass die mehreren Vergabeverfahren dazu führen würden, dass daher eine Interimsvergabe nicht mehr möglich sei. Eigene Versäumnisse der Antragsgegnerin könnten nicht im Wege eines vorzeitigen Zuschlages geheilt werden. Die Antragstellerin habe Anspruch auf ein vergabeeinwandfreies Verfahren. In Konsequenz der Auffassung der Antragsgeg-

nerin folgend würde dies im Ergebnis dazu führen, dass mit dieser Argumentation jedes Vergabeverfahren durch einen Zuschlag nach § 169 Abs. 2 GWB beendet werden könnte. Dies sei vom Gesetzgeber nicht gewollt.

## II.

Der Antrag der Antragsgegnerin auf Gestattung des Zuschlages ist zwar zulässig, jedoch unbegründet.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin am 11.02.2019 übermittelt. Zu diesem Zeitpunkt war der Zuschlag noch nicht erteilt. Die Übermittlung entfaltete damit die Sperrwirkung des § 169 Abs. 1 GWB.

Der Antragsgegnerin ist allerdings nicht dahingehend zuzustimmen, dass unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung gegenüber den damit verbundenen Vorteilen überwiegen. Da sich das Interesse der Allgemeinheit nicht nur auf einen raschen Abschluss des Vergabeverfahrens richtet, sondern auch auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, ist die vorzeitige Zuschlagsgestattung in der Regel nur möglich, wenn die Auftragsvergabe so dringlich ist, dass eine Überschreitung der vorgesehenen Zuschlagsfrist die Durchführung des Auftrags unmöglich oder hinfällig machen würde. Diese Beeinträchtigung muss nach den konkreten Umständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein; die abstrakte Gefahr von Nachteilen genügt nicht.

In die dabei vorzunehmenden Abwägungen sind auch die allgemeinen Aussichten der Antragstellerin, im Vergabeverfahren den Auftrag zu erhalten, im Rahmen einer eingeschränkten lediglich summarischen Prüfung zu berücksichtigen.

Aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles müssen eventuell fehlende Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren unbeachtet bleiben. Ausweislich einschlägiger obergerichtlicher Rechtsprechung (u. a. Beschluss des Oberlandesgerichts Naumburg vom 29.08.2018, Az: 7 Verg 4/18) kann nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut in § 169 Abs. 2 Satz 4 GWB selbst eine mangelnde Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrages für sich genommen die Gestattung des vorzeitigen Zuschlages allein noch nicht rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr, dass ein besonderes Beschleunigungsinteresse hinzutritt. Eben dieses ist Antragsgegnerseitig nicht hinreichend substantiiert vorgetragen.

Die erkennende Kammer verkennt nicht, dass die Beseitigung von Ölverschmutzungen zum Schutz von Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer oberste Priorität genießt. Ungeachtet hat diejenige Seite, die eine vorzeitige Gestattung nach § 169 Abs. 2 GWB begehrt, nachvollziehbar vorzutragen, weshalb der Schutz von Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer nicht auf weniger einschneidende Art und Weise gewährleistet werden kann. Diesem Anspruch genügt der Vortrag der Antragsgegnerin eindeutig nicht.

So kann kammerseitig nicht nachvollzogen werden, inwieweit auch durchaus mehrere erfolglose Versuche einer Interimsvergabe in der Vergangenheit, eine solche zukünftig als unzumutbar erscheinen lassen sollten. Dies gilt umso mehr, als das Scheitern der Interimsvergaben maßgeblich auf vergaberechtliches Fehlverhalten der Antragsgegnerin zurückzuführen ist. Es gilt auch hier der allgemeine Grundsatz, dass Fehlverhalten nicht zur Privilegierung führen kann.

Außerdem ist den Ausführungen der Antragsgegnerin nicht zu entnehmen, wie und durch wen derzeit die Ölbeseitigungsleistung im Los 4 erbracht wird. Insoweit erschließt sich der erkennenden Kammer nicht, weshalb eine kurzfristige Verlängerung der derzeit aktuell wirkenden vertraglichen Situation nicht in Betracht kommt. Die Vergabekammer ist diesbezüglich auf eigene Mutmaßungen angewiesen. Die als Grundlage einer positiven Gestattungsentscheidung untauglich sind.

Der Antrag musste daher allein auf der Grundlage des unzureichenden Vortrages der Antragsgegnerin zurückgewiesen werden.

### **III.**

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 182 GWB einheitlich im Rahmen der Entscheidung über die Hauptsache.

### **IV.**

#### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen die ablehnende Entscheidung der Vergabekammer im Verfahren des § 169 Abs. 2 GWB ist der Antrag des Auftraggebers, unter den Voraussetzungen der Sätze 1 bis 4 den sofortigen Zuschlag zu gestatten, zulässig.

Der Antrag ist schriftlich beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, zu stellen und gleichzeitig zu begründen.

Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen (§ 169 Abs. 2 Satz 7 i.V.m. § 176 Abs. 2 Satz 1 und 2 u. Abs. 3 GWB)

### **V.**

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

.....

.....