



# SACHSEN-ANHALT

## 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

### Beschluss

**Az.: VK 2 LVwA LSA – 01/09**

§ 97 Abs. 7 GWB

- Saisonleistung mit biologischem Material
- Aufhebung der Ausschreibung

Typische Saisonleistungen mit biologischem Material, hier Ausgleichspflanzungen, unterscheiden sich von einem gewöhnlichen Bauauftrag dadurch, dass die Leistungen rein faktisch aufgrund der biologischen Gegebenheiten zeitlich eng umgrenzt entweder nur im Frühjahr oder im Herbst erbracht werden können.

Die Antragstellerin hat gemäß § 97 Abs. 7 GWB keinen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin die Aufhebung der Ausschreibung rückgängig macht. Dem Auftraggeber ist eine solche Maßnahme jedoch verwehrt, wenn diese gegen das Willkürverbot bzw. Diskriminierungsverbot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt.

Der Umstand, dass die in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Ausführungsfristen nicht mehr gehalten werden können, bietet zwar für sich alleine keine Rechtfertigung für die Aufhebung der Ausschreibung. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Verzögerung des vorgesehenen Beginns der Maßnahme mit unverhältnismäßigen Risiken verbunden ist, die weder dem öffentlichen Auftraggeber noch dem Auftragnehmer zugemutet werden können.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

**Antragstellerin**

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

**gegen**

.....

**Antragsgegnerin**

**und**

.....

**Beigeladene**

wegen der Vergabe der Erschließung von Industrie- und Gewerbegebiete ....., Ausgleichspflanzungen hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 09.03.2009 auf die mündliche Verhandlung vom 20.02.2009 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, den hauptamtlichen Beisitzer Winklhofer und die ehrenamtliche Beisitzerin Rosenbusch beschlossen:

Die Anträge werden zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Kosten werden auf ..... Euro zuzüglich ..... Euro für Auslagen festgesetzt.

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

## Gründe

### I

Die Antragsgegnerin veranlasste am ..... die Veröffentlichung der Bekanntmachung der Ausschreibung „Erschließung von Industrie- und Gewerbegebiete ....., Ausgleichspflanzungen“ im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft. Als Verfahrensart wählte sie das Offene Verfahren.

Unter Pkt. III.2 „Teilnahmebedingungen“; III.2.1 „Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister“ fordert sie in der Veröffentlichung von den Bietern folgende Einzelnachweise:

„Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A gültige Nachweise der Unbedenklichkeitsbescheinigung bei der zuständigen Finanzbehörde, Krankenkasse und Berufsgenossenschaft nach den Rechtsvorschriften des jeweiligen Landes“

Die Vergabeunterlagen enthalten in der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“ unter Pkt. 3.2 „Zum Nachweis der Eignung sind vorzulegen .... mit dem Angebot:

Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 lit. a-f VOB/A.“

Die in der Veröffentlichung erwähnte Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Finanzbehörde und der Krankenkasse waren dort nicht aufgeführt.

Gemäß Pkt. 3.3 sind als sonstige Nachweise mit dem Angebot vorzulegen: „Haftpflichtversicherung, Referenzen auftragsbezogener Objekte mit Ansprechpartner (Adresse Tel. Nr.)“

Die Vertragslaufzeit ist vom 02.02.2009 bis 01.07.2014 angesetzt.

In der Leistungsbeschreibung wird unter Pkt. 1.1 der zeitliche Ablauf spezifiziert.

So sollen die Bau- und Pflanzarbeiten ab dem 02.02.2009 beginnen.

Die Fertigstellungspflege soll ausgehend von diesem Beginnstermin bis zum 02.02.2010 erfolgen. Die Entwicklungspflege ist für die Forstpflanzungen bis zum 01.07.2014 vorgesehen; für die übrigen Pflanzen bis zum 01.07.2012.

Weiterhin wird dazu beschrieben, dass die Fertigstellungspflege unter Pkt. 1.1.1. „Art und Umfang der Landschaftsbauarbeiten“ für ein Jahr nach Durchführung der Pflanzarbeiten vorgesehen ist. Danach sind 2 Jahre Entwicklungspflege (4 Jahre bei Forstwarenpflanzung) vorgesehen.

Unter Pkt. 1.1.3 „Pflanzarbeiten“ wird gefordert, dass der Auftragnehmer nach Auftragserteilung die vollständige Anlieferung der Pflanzen zu veranlassen hat.

Unter Pkt. 1.1.6 „Pflegearbeiten“ sind die Pflege- und Wässerungsvorgänge entsprechend der Vegetationsentwicklung verteilt auszuführen. In den Jahren der Fertigstellungs- und Entwicklungspflege sind jeweils drei Pflegegänge durchzuführen.

Es wird unter Pkt. 3.2 „Bauablauf“ gefordert: „ ... das Offenliegen der Pflanzgruben ist grundsätzlich zu vermeiden. Die Auftragnehmer haben die Besetzung der Baustelle mit Arbeitskräften und Geräten entsprechend zu bemessen. Der Arbeitsfortschritt ist ohne Unterbrechung zu gewährleisten. Die Arbeiten sind fristgemäß abzuschließen ...“

Allerdings sei gemäß Pkt. 3.4 der Auftraggeber berechtigt, aus biologischen bzw. jahreszeitlichen Gründen die Arbeiten einstellen zu lassen.

Unter Pkt. 3.5 „Baustoffe, Bauteile“ wird vorgegeben, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber für alle Baustoffe Nachweise der Gütesicherung entsprechend der DIN zu erbringen hat. Sollte der Pflanzbedarf nicht aus dem entsprechenden Wunschbezirk - hier ..... Tief- und Hügelland - abgedeckt werden können, so sind Pflanzen aus Gebieten mit vergleichbaren Wachstumsbedingungen zu verwenden.

In einer Anlage zur Baubeschreibung, Pkt. 5 „Zusätzliche technische Vorschriften“, wird u. a. auf die Gültigkeit der ZTVLa-StB „Zusätzliche technische Vertragsbedingungen und Richtlinien für Landschaftsbauarbeiten im Straßenbau, gültige Fassung“, hingewiesen.

Des Weiteren wird unter „Sonstige Bestimmungen und Vorschriften“ u. a. auf die DIN 18915 „Vegetationstechnik im Landschaftsbau – Bodenarbeiten“, DIN 18916 „Pflanzen und Pflanzarbeiten“ und DIN 18919 „Entwicklungs- und Unterhaltspflege von Grünflächen“ hingewiesen.

Das Leistungsverzeichnis beinhaltet alle Landschaftsbauarbeiten, Pflanzarbeiten und Pflegearbeiten.

Dabei wird beschrieben, dass die zu pflanzenden Hochstämme, Bäume wie Schwarzerle, gemeine Esche, Silberweide und Winterlinde mit Ballen zu liefern und in vorbereitete Pflanzgruben zu pflanzen sind.

Für die Forstware, wie z.B. Ahorn, Hainbuchen, Traubeneichen und Feldulmen (gesamt ca. 45.000 Stck.) wird vorgegeben, diese wurzelnackt ohne Ballen zu liefern und in vorbereitete Pflanzlöcher zu pflanzen.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote gab die Antragsgegnerin den 04.11.2008. 10.00 Uhr an.

Die Antragstellerin hat am 29.10.2008 ein Angebot abgegeben. Darüber hinaus haben auch die Beigeladene sowie 19 weitere Bieter ein Angebot abgegeben.

In dem der Vergabekammer vorliegenden Angebot der Antragstellerin sind die Unbedenklichkeitserklärungen der Finanzbehörde und der Krankenkasse nicht enthalten.

Am 12.12.2008 erhielt die Antragstellerin das Schreiben gemäß § 13 VgV der Antragsgegnerin, in dem ihr mitgeteilt wurde, dass ihr Angebot nach § 8 Nr. 5 VOL/A ausgeschlossen wurde, weil dieses Angebot nicht vollständig sei. Es würden die besagten Unterlagen fehlen. Es wäre beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Antragsgegnerin hatte im Übrigen auch die Angebote von weiteren 16 Bietern aus diesen oder ähnlichen Gründen ausgeschlossen.

Daraufhin sendete die Antragstellerin am 15.12.2008 der Antragsgegnerin einen Widerspruch, im Sinne eines Rügeschreibens gemäß § 107 Abs. 3 GWB.

Darin wies sie darauf hin, dass die Antragsgegnerin mit ihrer Ausschreibung § 10 Nr. 5 VOB/A nicht erfüllt habe, in dem formuliert sei: „Für die Verdingungsunterlagen ist ein Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu verfassen, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss zur Abgabe eines Angebots notwendig sind.“ In den Vergabeunterlagen gemäß § 10 Nr. 1 (1) sei aber nicht gefordert worden, dem Angebot die Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes und der Krankenkasse beizufügen.

Die Aussage der Antragsgegnerin, dass die genannten Bescheinigungen in der Bekanntmachung der Ausschreibung im Submissionsanzeiger gefordert worden wären, sei

nicht relevant, weil die Bekanntgabe im Sinne der VOB nicht zu den Vergabeunterlagen gehöre. Die Forderung nach den genannten Bescheinigungen sei zwingend in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu erheben.

In der Anlage dieses Rügeschreibens fügt sie eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes ..... in einer Fassung vom 07.10.2008 bei. Diese enthält den Vermerk „Gilt nur im Original“. Des Weiteren enthält diese Anlage eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der betreffenden Krankenkasse mit dem Datum 02.12.2008

Nachdem der Antragstellerin am 15.12.2008 von der Antragsgegnerin telefonisch auf ihre Anfrage nochmals bestätigt wurde, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen würde, weil ihr Angebot keine Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes und der Krankenkasse enthalten habe, reichte sie am 18.12.2008 einen Nachprüfungsantrag bei der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ein (Az.: VK 2 LVwA LSA-22/08). Dieser ist inhaltlich weitgehend identisch mit der Rüge. Außerdem hat die Antragstellerin am 14.01.2009 vorgebracht, dass sie die fraglichen Unterlagen dem Angebot beigefügt habe. Sie behauptet, diese seien der Antragsgegnerin offensichtlich abhanden gekommen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Entscheidung der Antragsgegnerin, sie wegen eines nicht vollständigen Angebotes auszuschließen, und den Zuschlag an die Beigeladenen zu erteilen, aufzuheben und festzustellen, dass ein Ausschlussgrund zu ihren Lasten wegen fehlender Unterlagen nicht besteht.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie meint, dass sie das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen habe. Sie habe die entsprechenden Unterlagen in der Vergabebekanntmachung gefordert.

Die Antragstellerin sei dieser Forderung nicht nachgekommen. Sie habe damit ihre Eignung nicht nachgewiesen. Die Vorgabe zum Nachweis der Eignung in der Vergabebekanntmachung sei allein verbindlich. Sie bestreitet im Übrigen, dass bei ihr die fraglichen Unterlagen abhanden gekommen seien.

Am 13.01.2009 verlängerte die Vergabekammer die Frist zur Entscheidung gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 13.02.2009.

Wegen der Umstände des Einzelfalles lud die Vergabekammer die Verfahrensbeteiligten am 23.01.2009 zu einer mündlichen Verhandlung für den 02.02.2009. Dieser Termin wurde von der Vergabekammer am 28.01.2008 aufgehoben.

Am 28.01.2009 erfolgte eine Aufhebung der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin. Sie begründet die Aufhebung mit ihren Vermerken vom 15.01.2009 und 27.01.2009 damit, dass im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eine Verschiebung der geplanten Terminkette zustande kommen würde. Davon betroffen würden die Fristen für den Auftragsbeginn, die Pflanzzeit und die anschließenden Pflegezeiträume. Diese sollten ursprünglich am 02.02.2009 beginnen. Zur Gewährleistung des Anwuchserfolges beschränke sich die Pflanzzeit bei Laub abwerfenden Gehölzen auf den Zeitraum der Wachstumsruhe nach Abschluss der jährlichen Wachstumsphase. Dies seien im Allgemeinen andauernde Frostperioden und Kältezeiten mit Bodentemperaturen unter + 5° C.

So sei auch sicherzustellen, dass die Pflanzen bis zum Zeitpunkt der Pflanzung wenig Wasser verlieren und die Wurzeln nicht austrocknen. Diese Gefahr bestünde aber, wenn sich die umfangreichen Pflanzungen in das Frühjahr hineinziehen würden.

Auch würde das Pflanzen nach bereits erfolgtem Saftsteigen bzw. Blattaustrieb zu einer verstärkten Schwächung der Gehölze führen. Höhere Ausfallraten würden den Anwuchserfolg erheblich verringern.

Um dies bei einer Pflanzung außerhalb der Wachstumsruhe absichern zu können, würde Containerware erforderlich werden. Diese sei jedoch mit erheblich höheren Kosten verbunden und bei Forstbaumschulgehölzen nicht im Handel erhältlich. Auch enthielten das Leistungsverzeichnis und die vorliegenden Angebote diese Lieferform nicht.

Die ..... habe sich deshalb entschieden, die Ausschreibung noch vor dem Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist (30.01.2009) aufzuheben, da im Falle einer Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist die biologisch bedingten Ausführungsfristen nicht mehr zu erfüllen seien. Nicht nur ein späterer Pflanzbeginn (Ende Februar/Anfang März 2009), sondern auch eine spätere Fertigstellung der umfangreichen Pflanzungen weit bis in das Frühjahr wäre zu erwarten.

Hierüber hat die Antragsgegnerin alle Bieter, so auch die Antragstellerin, mit Schreiben vom 28.01.2009 informiert. Sie kündigte darin an, dass sie die Baumaßnahme als Herbstpflanzung erneut ausschreiben werde.

Sie informierte darüber am ..... auch das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften.

Die Antragstellerin hat die Aufhebung der Ausschreibung mit Schreiben vom 29.01.2009 gegenüber der Antragsgegnerin gerügt und auch am 30.01.2009 einen weiteren Nachprüfungsantrag (Az.: VK 2 LVwA LSA-01/09) gestellt.

Isoliert greift die Antragstellerin dabei die Aufhebung der Ausschreibung an.

Sie bringt vor, dass die Antragsgegnerin hierzu nicht befugt sei, da sie die Umstände, die zur Aufhebung führten, selbst zu vertreten habe. Sie habe bei ihrer Planung mögliche Verzögerungen, die durch ein Nachprüfungsverfahren hervorgerufen werden können, nicht berücksichtigt. Die Leistungen wären von ihr für eine sichere Frühjahrspflanzung zu spät ausgeschrieben worden.

Auch hätte die Antragsgegnerin statt der Aufhebung eine Anordnung zur zeitlichen Verschiebung der Ausführungen gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B treffen können. Es sei ihr unbenommen gewesen, die Pflanzungen in den Herbst zu verschieben. Die Möglichkeit eines solchen Ermessens sei nicht angewendet worden.

Unabhängig hiervon seien die Ausführungen der Antragsgegnerin fachlich unzutreffend.

Ohnehin könne aufgrund der aktuellen Witterung mit anhaltendem Frost und kaltem Wetter mit den Pflanzungen erst Ende Februar/Anfang März begonnen werden. Sie führt Schriften von Baumschulen an, die als optimale Pflanzzeiträume für Frühjahrspflanzungen Anfang März bis Ende April angeben, bzw. unter bestimmten Umständen Frühjahrspflanzungen bis Ende Mai und Anfang Juni für möglich halten. Dabei werden künstliche Maßnahmen zur Verlängerung der Winterruhe durch vorbereitende Lagerung von Pflanzen in Kühlhäusern, die Verwendung von Containerpflanzen und die Vorrodung für eine Einschlaghaltung angeführt sowie erhöhte Wässerungen als nötig erachtet.

Die Argumentation der Antragsgegnerin, dass bei nicht im März abgeschlossenen Pflanzungen ein erhöhtes Risiko für Ausfälle an Pflanzmaterial eintreten würde, stellt die Antragstellerin in Abrede. Sie sieht das Risiko des Pflanzenunterganges und erforderlich werdender Nachpflanzungen auf Seiten des Auftragnehmers.

Des Weiteren meint sie, dass die Frühjahrspflanzung überhaupt nicht mit einem konkreten Ausführungszeitraum ausgeschrieben worden wäre. Es sei mit Benennung des 02.02.2009 nur ein Beginn für die Bau- und Pflanzarbeiten vorgegeben worden und die Fertigstellungspflege sei bis zum 02.02.2010 fortzuführen. Somit sei es hier durchaus möglich, die Arbeiten über das gesamte Jahr hinzuziehen.

Eine der angeführten Stellungnahmen einer Baumschule würde belegen, dass bei späterer Pflanzung höhere Anwachsergebnisse erzielt wurden, als in der vorgesehenen und üblichen Pflanzzeit.

Die Antragstellerin beantragt,

die Aufhebung der Ausschreibung aufzuheben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass es im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zu einer Veränderung der Fristen insbesondere für die Pflanzungen gekommen ist. Bei einer Zurückweisung des Nachprüfungsantrages durch die Vergabekammer würden die Auftragsvergabe nicht vor Anfang März und der Pflanzbeginn nicht vor Mitte März möglich werden. Im Falle einer erneuten Vergabeentscheidung des ..... bei Erfolg des Nachprüfungsantrages sei eine Auftragsvergabe erst Ende März möglich.

Damit wäre ein Abschluss der Pflanzung der Forstware nicht, wie aus ihrer Sicht erforderlich, Ende März möglich. Die Pflanzzeit einer Frühjahrspflanzung innerhalb der Wachstumsruhe würde somit für die Laub abwerfenden Gehölze überschritten. Die Pflanzzeit würde unter diesen Umständen bis in den Mai reichen. Aufgrund der zu erwartenden höheren Bodentemperaturen über + 5 C sei mit einer Schwächung der Gehölze und in Verbindung mit dem Pflanzschock mit höheren Ausfallraten zu rechnen.

Sie stellt die Einschätzung der Antragstellerin als rechtlich bedenklich dar. Nach dieser hätte es ein Ermessen gegeben, durch eine nachträgliche Änderungsanordnung nach § 1 VOB/B anstatt der geplanten Frühjahrspflanzung eine Herbstpflanzung durchzuführen.

Eine Herbstpflanzung würde sich von der Frühjahrspflanzung erheblich unterscheiden und nicht nur eine proportionale Verschiebung aller ausgeschriebenen Fristen beinhalten. Der Wettbewerb und das Gleichbehandlungsgebot würden nicht gewahrt werden. Es würde zu Veränderungen der Verdingungsunterlagen kommen, die dazu zwingen, das Vergabeverfahren gänzlich aufzuheben. Dies begründe sich aus mehreren natürlichen und marktabhängigen Aspekten für die Pflanzenbeschaffung und die Pflanz- und Pflegearbeiten. So variere der Preis und die Verfügbarkeit der ausgeschriebenen Qualitäten, da jährlich unterschiedliche Mengen an Forstware in den Baumschulen gezogen würden. Es käme bei einer Verschiebung auch eine aus einem anderen Jahrgang entstammende Forstware zum Einsatz. Da für Herbstpflanzungen in der betreffenden Region ein größeres Zeitfenster zur Verfügung stünde, wären bedeutend weniger witterungsbedingte Ausfallrisiken als bei einer Frühjahrspflanzung zu erwarten. Bieter könnten zu Recht rügen, dass sie für eine Herbstpflanzung ein anderes, wirtschaftlich günstigeres Angebot unterbreitet hätten.

Auch habe die Antragsgegnerin die Frühjahrspflanzung nicht zu spät ausgeschrieben. Alle Risiken bezüglich der Zeiträume für Entscheidungen der Vergabekammer und gegebenenfalls des Oberlandesgerichtes ließen sich nicht in die Ausschreibungs- und Ausführungszeiträume aufnehmen. Insbesondere Abhängigkeiten zur Verfügbarkeit des Pflanzmaterials könnten bei sehr langen Ausschreibungszeiträumen zu Risiken führen. So wäre die Aufhebung der Ausschreibung vorrangig durch witterungsabhängige und vegetationsbedingte Zwänge ausgelöst worden.

Am 05.02.2009 beschloss die Vergabekammer, die Nachprüfungsverfahren VK 2 LVwA LSA-22/08 und VK 2 LVwA LSA-01/09 zur gemeinsamen Entscheidung zu verbinden und unter dem Aktenzeichen VK 2 LVwA LSA-01/09 weiterzuführen. Des Weiteren wurde die ..... GmbH zu diesem Verfahren beigelegt, da sie durch die Entscheidung der Vergabekammer in ihren Interessen schwerwiegend berührt werden könnte.

In der mündlichen Verhandlung vom 20.02.2009 haben die Beteiligten Ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft.

Die Antragstellerin vertrat die Auffassung, dass die Ausschreibung zu spät erfolgt sei.

Auch sei eine Frühjahrspflanzung als solche nicht ausgeschrieben worden. In den Verdingungsunterlagen befände sich ein entsprechender Hinweis nicht. Die Pflanzungen könne man über ein ganzes Jahr hinziehen. Dies würde sich aus dem Zeitraum der Fertigstellungspflege ergeben.

Dem trat die Antragsgegnerin entgegen. Sie verwies auf die von ihr vorgegebenen Terminabläufe. Diese ließen keinen anderen Schluss zu, als dass es sich um eine Frühjahrspflanzung handele.

Die Beigeladene vertrat die Auffassung, dass eine Verschiebung des Pflanzzeitraumes unter Berücksichtigung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht möglich sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

In Bezug auf das weitere Vorbringen der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Verfahrensakte Bezug genommen.

## II

Der Nachprüfungsantrag vom 30.01.2009 ist zulässig, aber nicht begründet.

Der Nachprüfungsantrag vom 18.12.2008 ist nicht zulässig.

Im Einzelnen:

### 1. Nachprüfungsantrag vom 30.01.2009

#### 1.1 Zulässigkeit

##### 1.1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2140 ff.), geändert durch Artikel 2 Abs. 18 des Gesetzes vom 12. August 2005 (BGBl I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 01. September 2005 (BGBl I S. 2676), i. V. m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBL. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., geändert durch RdErl. des MW vom 8.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003, zuletzt geändert im MBL. LSA Nr. 26/2007 S. 568 ff) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahren örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert für die Vergabe von Bauleistungen, gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Nr. 7 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl I S. 2676), geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 23.10.2006 (BGBl S. 2334), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 04.12.2007 (Verordnung (EG) Nr. 1422/2007), ist für das Gesamtvorhaben Erschließung von Industrie- und Gewerbegelande an der A 14 überschritten. Insoweit sind für diese Maßnahme sowohl das GWB als auch die VgV einschlägig.

### 1.1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, da sie durch Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag dokumentiert hat, eine Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machte (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegte, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

### 1.1.3 Rüge

Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nachgekommen. Sie hatte am 28.01.2009 Kenntnis von der Aufhebung der Ausschreibung erlangt. Sie hat mit Schreiben vom 29.01.2009 (Eingang am gleichen Tag) gegenüber der Antragsgegnerin geltend gemacht, dass diese Maßnahme aus ihrer Sicht rechtswidrig sei. Sie hatte sich gleichzeitig vorbehalten, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer zu stellen.

Aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, muss die Rüge im Regelfall binnen 1 bis 5 Tagen (OLG Naumburg 1 Verg 17/04 vom 14.12.2004) erfolgen und zwar auf dem schnellstmöglichen Weg, gegebenenfalls per Fax oder Telefon. Eine Rügefrist von 2 Wochen, die in der Rechtssprechung als Obergrenze anerkannt wurde (OLG Düsseldorf Verg 1/99 vom 13.04.1999) kann dem Unternehmen lediglich dann eingeräumt werden, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch eine schwierige Sach- und / oder Rechtslage erschwert wird und die Inanspruchnahme fach- und rechtskundige Unterstützung erfordert. Die Rügefrist beginnt, wenn dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler ergibt.

Sie hat damit rechtzeitig gerügt.

## 1.2. Begründetheit

Die Antragstellerin hat gemäß § 97 Abs. 7 GWB keinen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin die Aufhebung der Ausschreibung rückgängig macht. Vielmehr war die Antragsgegnerin zu dieser Maßnahme befugt.

Im Einzelnen:

Grundsätzlich darf ein öffentlicher Auftraggeber eine Ausschreibung auch dann aufheben, wenn ihm ein Grund zur Aufhebung i. S. § 26 Nr. 1 VOB/A fehlt, er aber einen sachlichen Grund hat, der die Aufhebung der Ausschreibung als ultima ratio erscheinen lässt (Vergl. OLG Naumburg vom 13.10.2006 1 Verg 7/06, BGH Urteil vom 08. 09. 1998, X ZR 48/97).

Dem Auftraggeber ist eine solche Maßnahme jedoch verwehrt, wenn diese gegen das Willkürverbot bzw. Diskriminierungsverbot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Es ist gegenwärtig ausgeschlossen, dass die in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Ausführungszeiträume eingehalten werden. Für die Antragsgegnerin ist auch eine Verschiebung der Leistungszeiträume nicht zumutbar.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war die Leistungsbeschreibung so auszulegen, dass die Ausführung der Landschaftsbau- und Pflanzarbeiten auf das Frühjahr begrenzt ist.

Die Vergabestelle hatte vorgegeben, dass mit den ausgeschriebenen Arbeiten am 02.02.2009 zu beginnen war (Vgl. Pkt. 1.1 der Leistungsbeschreibung).



Gleichzeitig hatte sie verlangt, dass die Fertigstellungspflege zum 02.02.2010 abgeschlossen werden sollte. Sie sollte über ein Jahr erfolgen. In dem Jahr der Fertigstellungspflege sollten entsprechend der Vegetationsentwicklung drei Pflegegänge durchgeführt werden. Diese zeitlichen Vorgaben ergäben im Zusammenhang betrachtet keinen Sinn, wenn es dem Auftragnehmer frei gestellt wäre, Pflanzungen abschnittsweise auch im Herbst vorzunehmen. Denn dann wäre eine Fertigstellungspflege über ein Jahr mit Abschluss zum 02.02.2010 ausgeschlossen.

Die Antragsgegnerin hat im Übrigen vorgegeben, dass der Auftragnehmer sofort nach Auftragserteilung die Anlieferung der Gehölze vollständig und termingerecht zu veranlassen hat.

Auch hierdurch hat die Antragsgegnerin zum Ausdruck gebracht, dass mit den Pflanzungen kurz nach dem 02.02.2009 zu beginnen ist. Die DIN 18916, deren Beachtung die Antragsgegnerin in ihrer Leistungsbeschreibung verlangt hatte, sieht unter Pkt. 4.3.1 vor, dass nach der Anlieferung unverzüglich gepflanzt werden soll

Die DIN 18916 sieht weiterhin unter Pkt. 4.1 vor, dass Laub abwerfende Gehölze in der Wachstumsruhe zu pflanzen sind. Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin in ihrer Leistungsbeschreibung verlangt, dass die ZTVLa-StB zu beachten ist. Diese gibt unter Pkt. 4.4.1 vor, dass Frühjahrspflanzungen bis zum 30. April zu beenden sind.

Diese Termine können durch die durch das Nachprüfungsverfahren eingetretenen zeitlichen Veränderungen nicht mehr eingehalten werden. Die Antragstellerin hat selbst für die Pflanzungen einen Zeitraum von 8 Wochen veranschlagt. Auch aus der Größe der Aufforstung von über 52.000 m<sup>2</sup> kann geschlossen werden, dass die Pflanzungen incl. der Pflanzgruben und der Maßnahmen zur Anwuchssicherung sich mindestens über den o. g. Zeitraum erstrecken. Vor dem Pflanzen beinhaltet das Leistungsverzeichnis zudem umfangreiche, zeitlich ebenfalls wirksam werdende Maßnahmen der Pflanzflächenvorbereitung (ca. 14 Tage), wie z. B. das Entschlammern eines Flussarmes, die Rasenmäh und das Pflügen der Flächen für die Waldpflanzungen.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dieser Beschluss erst zwei Wochen nach Zustellung bestandskräftig wird und dass die Antragsgegnerin auch nicht unmittelbar danach den Zuschlag erteilen kann, wären die Pflanzarbeiten voraussichtlich frühestens erst Ende Mai abgeschlossen.

Der Umstand, dass die in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Ausführungsfristen nicht mehr gehalten werden können, bietet zwar für sich alleine keine Rechtfertigung für die Aufhebung der Ausschreibung (Vgl. OLG Naumburg, a. a. O., Thüringer OLG, Urteil vom 22.03.2005, 8 U 318/04). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Verzögerung des vorgesehenen Beginns der Maßnahme mit unverhältnismäßigen Risiken verbunden ist, die weder dem öffentlichen Auftraggeber noch dem Auftragnehmer zugemutet werden können. So liegt der Fall hier.

Der Antragsgegner hat plausibel und nachvollziehbar dargelegt, dass der Erfolg des Anwuchses insbesondere der vorgesehenen Forstware erheblich gefährdet sei, wenn bei der Anpflanzung der Zeitraum der Wachstumsruhe überschritten würde. Dieser Zeitraum liegt hier offensichtlich zwischen Oktober und März.

Diese Betrachtungen sind gemäß DIN 18916 insbesondere artspezifisch vorzunehmen. Bei der im LV ausgeschriebenen Aufforstung handelt es sich u. a. tatsächlich vorrangig um der Forstware zuzuordnenden Bäumen, wie z. B. Ahorn, Hainbuchen, Traubeneichen, Winterlinden und Feldulmen (insgesamt ca. 45.000 Stück). Sie sollen wurzelnackt geliefert und gepflanzt werden. Bereits die Beschaffung kann infolge einer terminlichen Verdichtung vermehrt auf erhebliche Probleme stoßen. So kann davon ausgegangen werden, dass die Winterware zum Teil bereits verkauft wurde. Des Weiteren besteht vermehrt die Gefahr, dass die Pflanzen bei der Lagerung, im Einschlag und beim Pflanzen u. a. durch Austrocknung beeinträchtigt werden und so entsprechend zu schützen sind. Eine Pflanzung außerhalb der Wachstumsruhe und bei warmem Wetter birgt die Gefahr des von der Antragsgegnerin beschriebenen „Pflanzschocks“ aufgrund bereits erfolgtem „Saftsteigens“

und beginnenden Sprossaustriebes. Dieser ohnehin bei jeder Neupflanzung eintretende Vorgang wird unter den o. g. Bedingungen noch verstärkt. Die im Zuge der Entnahme der Pflanzen aus den Böden der Baumschulen unvermeidlichen Einflüsse auf die Wurzeln, insbesondere die Verringerung des Anteils der für die Entwicklung der Pflanzen besonders notwendigen feinen Saugwurzeln, bewirken eine zeitweise Schwächung der Pflanzen. Nach der Wachstumsruhe haben die Pflanzen aufgrund der beginnenden Entwicklung einen erhöhten Nährstoff- und Wasserbedarf. Ergeben sich über das normale und für die Pflanzen gewöhnlich verkräftbare Maß der Schwächung der Wachstumsenergie zusätzliche ungünstige Wachstumsfaktoren, wie Wärme und Trockenheit, so können als Folge höhere Ausfallraten bis hin zum Totalausfall der Anpflanzungen auftreten. Diese Gefährdung wird noch untermauert durch die Besonderheiten der Standortbedingungen im Regenschatten des Harzes. Damit verbunden ist eine regelmäßige Trockenperiode im März/April. Die zu bepflanzende Fläche ist offensichtlich extrem austrocknungsgefährdet, da es sich bei dem konkreten Standort um eine freie Lage, die in Teilen eine leichte Hanglage aufweist, handelt. Generell gehört diese Lage wie auch das angrenzende Thüringer Becken zu den trockensten Gebieten Deutschlands, die vorrangig für den Ackerbau geeignet sind.

Das mit einer späteren Pflanzung verbundene wirtschaftliche Risiko ist weder der Antragstellerin noch einem Auftragnehmer oder vorangehend den Lieferanten zuzumuten.

Zwar führt die Antragstellerin Beispiele an, in denen die Lieferung und Pflanzung von Gehölzen erst Ende Mai/Anfang Juni erfolgreich vorgenommen wurde. Dabei werden jedoch Empfehlungen, wie die vorbereitende Lagerung dieser Pflanzen in Kühlhäusern und spezielle Rückschnitte frischer Austriebe gegeben. Diese Leistungen sind aber hier nicht ausgeschrieben worden.

Des Weiteren wird auf die Möglichkeit der Pflanzenvorbereitung in Großcontainern und anderen Containern mit entsprechendem Substratvolumen hingewiesen.

Wenn im Baumschulwesen und im Garten- und Landschaftsbau auch solche Verlängerungen des möglichen Pflanzzeitpunktes praktiziert werden, entspricht dies ebenfalls nicht den Vorgaben dieser Leistungsbeschreibung.

Auch die Beigeladene hatte in ihrer Stellungnahme betont, dass eine Verschiebung der Termine für sie mit nicht hinnehmbaren fachlichen Risiken verbunden wäre.

Die Aufhebung der Ausschreibung war auch verhältnismäßig. Der Antragsgegnerin war es verwehrt, gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B eine Änderung des Bauentwurfs in dem Sinne anzuordnen, dass der Beginn der Auftragsdurchführung auf den Herbst verschoben wird.

Eine solche Anordnung ist ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber eine neuartige, umgestaltete und die bisherige Vertragsgrundlage im Leistungsinhalt entscheidend verändernde Arbeit verlangt. Dies gilt nicht mehr als zulässig einseitige Vertragsänderung durch den Auftraggeber und fällt so nicht mehr unter § 1 Nr. 3 VOB/B (Ingenstau / Korbion, VOB-Kommentar 16. Auflage 2007, VOB/B § 1 Rn. 11). Dies wäre hier gegeben.

Es handelt sich hier, anders als bei sonstigen Bauaufträgen, um eine typische Saisonleistung mit biologischem Material. Bei einer Verschiebung der Leistungen auf den Herbst kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich andere Bieter beteiligt hätten, weil unterschiedliche Leistungsvoraussetzungen auch bei den Bietern gegeben sein können. Es ist z. B. denkbar, dass diese im Herbst über eine andere Kapazitätsauslastung als im Frühjahr verfügen. Diese Sachlage unterscheidet sich von einem gewöhnlichen Bauauftrag dadurch, dass die Leistungen rein faktisch aufgrund der biologischen Gegebenheiten zeitlich eng umgrenzt entweder nur im Frühjahr oder im Herbst erbracht werden können.

Weiterhin würde es zu einer Verschiebung des Wettbewerbes führen, da bei einer Herbstpflanzung, anders als in den Qualitätskriterien beschrieben, ein anderer Jahrgang von Pflanzen zur Verfügung stehen würde.

Die Antragsgegnerin hatte insoweit detaillierte Vorgaben in die Leistungspositionen formuliert (Anzahl der Schuljahre und Umsetzungen in der Baumschule, Stammdurchmesser, Wuchshöhe vor Lieferung).

Würden die Bieter eine entsprechende Ware im Herbst nachfragen, wäre zu erwarten, dass andere, in der Regel niedrigere Stückpreise zu erzielen sind. Auch wäre mit einem größeren Angebot der ausgeschriebenen Baumschulware zu rechnen, da diese nach dem Winter gegebenenfalls nur aus bereits reduzierten Beständen bezogen werden kann.

Weiterhin steht ein wesentlich größeres Zeitfenster für die Entnahme aus den Baumschulen und die Pflanzung zur Verfügung. Hier kann gegebenenfalls je nach Wetterlage die Zeit der Wachstumsruhe in größerem Umfang ausgeschöpft werden.

Vor diesem Hintergrund besteht auch ein geringeres Ausfallrisiko, weil die Anwuchsbedingungen besser und die anschließende Wachstumsruhe länger ist.

Bei dieser Sachlage ist zu erwarten, dass die Bieter bei einer Herbstpflanzung von vornherein die Leistungen günstiger anbieten können.

In der Tat würde bei einer Verschiebung der Leistungszeiträume insoweit der Wettbewerb verzerrt.

Die Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin ist somit nicht zu beanstanden. Sie hat auch in ihrer Vorlage zur Eilentscheidung des ..... der Antragsgegnerin vom 27.01.2009 (Siehe Vermerke vom 15.01.2009 und 27.01.2009) in Varianten abgewogen, ob ein späterer Leistungsbeginn ohne Veränderung der Inhalte der Verdingungsunterlagen möglich erscheint. Sie hat nachvollziehbar dargelegt, dass dies für sie aufgrund der damit verbundenen Risiken nicht tragbar ist.

Es bleibt in diesem Zusammenhang offen, ob der Antragsgegnerin das Risiko, das sich hier durch die Verschiebung der Terminkette realisiert hatte, zuzurechnen ist. Es kann weiter dahingestellt bleiben, ob sie, wie von der Antragstellerin geltend gemacht, gehalten gewesen wäre, die Leistungen zu einem früheren Zeitpunkt auszuschreiben. Selbst wenn dies der Fall wäre, kann sie nicht verpflichtet werden, das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlages abzuschließen. Es kann ihr nicht zugemutet werden, die Risiken, die mit der Erbringung der Leistungen verbunden sind, zu tragen. Wie bereits erwähnt, deuten alle ihr vorliegenden Fachinformationen und die bekannten Standortbedingungen auf ein hohes Maß der Gefährdung des Anwuchserfolges der Anpflanzungen hin.

## 2. Nachprüfungsantrag vom 18.12.2008

### 2.1 Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag vom 18.12.2008 ist nicht zulässig.

Der Antragsstellerin fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis, da sie nach der Aufhebung der Ausschreibung kein schutzwürdiges Interesse an der von ihr begehrten Entscheidung über den Ausschluss ihres Angebotes mehr hat. Vielmehr hat sich der Nachprüfungsantrag erledigt. Wie erwähnt, war die Antragsgegnerin befugt, die Ausschreibung aufzuheben.

Es kann damit offen bleiben, ob die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen hat.

## **Kostenentscheidung**

### **III**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterliegende anzusehen, da ihre Anträge zurückgewiesen wurden.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Als wirtschaftlicher Wert wird das Angebot der Antragstellerin zugrunde gelegt. Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von ..... Euro. zuzüglich ..... Euro für Auslagen.

Angesichts des mit der Bearbeitung des Nachprüfungsverfahrens verbundenen sachlichen und personellen Aufwandes besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist hier als Unterliegende anzusehen. Sie ist jedoch nicht gehalten, die Aufwendungen der Beigeladenen zu tragen, da diese keine eigenen Anträge gestellt hatte.

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau Rosenbusch, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

**Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez. Oanea

gez. Winklhofer