

Leitsätze:

1. Bieter müssen die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in der unter § 63 VgV aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist. Die in § 63 VgV geschriebenen Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens.
2. Notwendige Voraussetzung für eine wirksame Aufhebung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, sodass eine Diskriminierung ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt.
3. Gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV kann eine Ausschreibung rechtmäßig und somit schadensersatzfrei aufgehoben werden, wenn schwerwiegende Gründe bestehen. Ob ein solcher schwerwiegender Grund vorliegt, ist im Rahmen einer am Einzelfall orientierten Interessenabwägung zu ermitteln. Es sind strenge Anforderungen an das Aufhebungsinteresse zu stellen. Ein schwerwiegender Grund kommt grundsätzlich nur dann infrage, wenn dieser erst nach Beginn des Vergabeverfahrens eingetreten ist. Eine Aufhebungsentscheidung ist dann nicht mehr von dem Aufhebungstatbestand abgedeckt, wenn der Auftraggeber den Aufhebungsgrund selbst zu verantworten hat.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigter:
.....
(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:
(**Vergabestelle - VSt**)

Auftragsbezeichnung: **LKW - Fahrgestelle für**
.....

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren nach § 15 VgV**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 04.09.2018 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt, soweit er die Feststellung der Unwirksamkeit der erfolgten Aufhebung verlangt.
2. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung rechtswidrig war und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin und der Vergabestelle tragen die Antragstellerin und die Vergabestelle je zur Hälfte.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Beschaffung von 15 Lkw-Fahrgestellen für im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

In der Bekanntmachung steht unter Ziffer II.2.5 Zuschlagskriterien: *„Der Preis ist nicht das einzige Zuschlagskriterium, alle Kriterien sind nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt“.*

In den Vergabeunterlagen findet sich im Formblatt L 227.StB (Zuschlagskriterien) unter Ziffer 1 *„Die Angebotswertung erfolgt für mehrere Zuschlagskriterien gemäß nachfolgender Gewichtung:“* der Verweis *„siehe B-03 ff Ermittlung der Wertungssumme“.*

Das Dokument *„Teil B: Bietereintragungen Bieterangaben für einen 3-Achs-Lastkraftwagen – 26 Tonnen –“* enthält in der ursprünglich veröffentlichten Fassung die folgenden zum Kriterium *„Preis“* hinzutretenden Zuschlagskriterien:

Kraftstoffverbrauch (Anlage B-03-A)

Werkstattentfernung (Anlage B-03-B)

Auswechselkosten für Hydraulikschlauchleitungen (Anlage B-03-C)

Mit Schreiben vom 23.05.2018 teilte die VSt den Bieter mit, dass die Ausführungsbeschreibung auf Seite 13 angepasst werde. Die Bieterangaben seien auf der Seite 8 zu ergänzen und würden bei der Wertung entsprechend den Seiten 9 und 13 berücksichtigt werden:

Seite 8

B-02-D Kameravorbereitung (Rundumsicht)

Bezeichnung:	Bietereintragung:	Einheit:
Anzahl der Anschlussmöglichkeit von Kameras am Radiobildschirm		Stück

Seite 9

Wertungssumme= (Preis gem. LV umgerechnet in Punkte) + (Malus gemäß B-03-A) + (Malus gemäß B-03-B) + (Malus gemäß B-03-C) + (Malus gemäß B-03-D)

Seite 13

B-03-D

Bei der Angebotswertung wird auf Grundlage der **Bietereintragung B-02-D** „Kameravorbereitung (Rundumsicht)“ wird eine Bewertung mittels Punkteverteilung über die Anzahl der Anschlussmöglichkeiten von Kameras am Radiodisplay durchgeführt. Die vergebenen Punkte werden im Anschluss auf den Preis, gem. LV umgerechnet in Punkte, aufgeschlagen.

Punktetabelle:

Rang	Punktzahl
1. Anzahl der Kameranschlüsse min. 4	2,0
2. Anzahl der Kameranschlüsse min. 2	1,0

Laut der Vergabeunterlage „Teil A: Ausführungsbeschreibung“ (Seite 16 Ziffer 1.13) ist für die Beurteilung des Zuschlagskriteriums „Werkstattentfernung“ die Entfernung der Werkstatt für das Lkw-Fahrgestell zum „Standort“ maßgeblich. *Bei der Werkstattentfernung wird mit der kürzesten Entfernung zwischen dem Erfüllungsort und der Werkstatt entsprechend dem Routenplaner Bayerninfo gerechnet.*

In der Vergabeunterlage „Teil B: Bietereintragungen“ (Seite 6, Punkt B-02-B) ist als Werkstattentfernung die Entfernung zwischen der Werkstattadresse und der vorgegebenen Postleitzahl zu rechnen. *Als Startpunkt wird der mittlere Flächenpunkt des PLZ-Gebietes genommen, überprüft über Routensystem Google Maps.*

2.

Zur Submission am xx.xx.xxxx lagen der VSt mehrere Angebote, darunter ein Angebot der ASt, vor.

3.

Mit Schreiben vom 19.07.2018 informierte die VSt die Bieter, dass das Vergabeverfahren nach § 63 Abs. 1 VgV aus schwerwiegenden Gründen aufgehoben worden sei. Aufgrund einer Bieteranfrage müssten die Vergabeunterlagen zur Anzahl der Kameraanschlüsse überarbeitet werden. Hinsichtlich der Vorgaben zur Entfernung der Werkstatt für das LKW-Fahrgestell werde eine Konkretisierung der Standpunkte erforderlich.

Es sei beabsichtigt, für das Vorhaben erneut ein Offenes Verfahren durchzuführen.

4.

Mit Schreiben vom 02.08.2018 rügte die ASt die Aufhebung der Vergabe als rechtsunwirksam und rechtswidrig und forderte die VSt auf, die Aufhebung aufzuheben und das Verfahren mit einer Auftragserteilung auf ihr Angebot abzuschließen.

5.

Mit Telefax vom 02.08.2018 stellte die ASt Antrag auf

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens,
2. die Gewährung von Akteneinsicht,
3. die Feststellung der Unwirksamkeit der anderweitig erfolgten Auftragserteilung,
4. die Feststellung der Unwirksamkeit der erfolgten Aufhebung,
5. die Feststellung von Vergaberechtsverstößen,
6. die Anordnung geeigneter Maßnahmen zur Beseitigung der festgestellten Vergaberechtsverstöße,
7. die Feststellung, dass die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt trägt,
8. die Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die ASt,
9. die Ablehnung der Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin.

Zur Begründung trägt die ASt vor:

Gründe, die zur Aufhebung des Verfahrens berechtigt hätten, lägen nicht vor.

Ein fehlerhaft erstelltes Leistungsverzeichnis scheidet als Aufhebungsgrund aus, da es Aufgabe des Auftraggebers sei, vor der Ausschreibung seinen Beschaffungsbedarf vor Verfahrensbeginn zu bestimmen und auf dessen Grundlage eine passende Leistungsbeschreibung zu erarbeiten. Die VSt habe vor Ausschreibung zu prüfen, ob alle erkennbaren Eventualitäten berücksichtigt seien.

Vorliegend habe es sich um einen vorgeschobenen Überarbeitungs- bzw. Konkretisierungsbedarf gehandelt, der als solcher nicht bestand. Die Anzahl der Kameraanschlüsse und der Startpunkt (Entfernung der Werkstatt für das LKW-Fahrgestell) hätten selbst nach erfolgter Angebotseröffnung im laufenden Vergabeverfahren mit einer Rückversetzung und neuer Aufforderung zur Angebotsabgabe bewerkstelligt werden können, ohne dass es der Aufhebung bedurft hätte.

Die Aufhebung sei lediglich erfolgt, um in einem neuen Verfahren dem in dem aufgehobenen Verfahren unwirtschaftlicheren Wunschbieter eine neue Beteiligungsmöglichkeit und Zuschlagschance zu eröffnen.

Setze der Auftraggeber nur den Schein einer Aufhebung, um einem ihm genehmen Bieter den Auftrag zuzuschicken, haben die übrigen Bieter einen Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens und auf die Zuschlagserteilung. Sind die Gründe für die Aufhebung nicht nachvollziehbar dokumentiert, sei das Nachschieben von Aufhebungsgründen vergaberechtlich unzulässig.

6.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 02.08.2018 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

7.

Mit Schreiben vom 09.08.2018 beantragt die VSt:

1. Den Nachprüfungsantrag der ASt v. 02.08.2018 zurückzuweisen
und
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet.

Es lägen schwerwiegende Gründe für die Aufhebung des Vergabeverfahrens gem. § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV vor.

Das Wertungskriterium „Anzahl der Kameraanschlüsse“ sei in unzulässiger Weise nachträglich eingeführt worden, da es weder in der Auftragsbekanntmachung noch in den

Vergabeunterlagen genannt, sondern erst mit dem Upload des Änderungspakets am 30.05.2018 eingeführt worden sei.

Die Auslegung der Vergabeunterlagen „Teil A: Ausführungsbeschreibung“ und „Teil B Bielereintragungen“ ergebe aufgrund widersprüchlicher Angaben zwei objektiv richtige Möglichkeiten der Bielereintragungen zum Wertungskriterium „Werkstattentfernung“. Deshalb seien die Vergabeunterlagen nicht hinreichend klar formuliert, um eine objektive Bewertung vergleichbarer Angebote zu gewährleisten.

Da eine Vergleichbarkeit der Angebote und damit ein gleichbehandelnder Wettbewerb nicht mehr gewährleistet gewesen sei, habe man das Vergabeverfahren wegen anderer schwerwiegender Gründe gemäß § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VgV aufgehoben.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei wirksam, denn sie sei sachlich gerechtfertigt. Sachlich sei jeder vernünftige Grund, selbst wenn dieser objektiv vorhersehbar gewesen sei oder aus dem Risikobereich der VSt stammen würde.

Das mit dem Änderungspaket Nr. 2 am 30.05.2018 neu eingeführte Wertungskriterium „Anzahl der Kammeranschlüsse“ sei nur den bereits im laufenden Ausschreibungsverfahren bereits beteiligten Bieter bekannt gegeben worden. Den Bietern, die sich im Rahmen der EU Bekanntmachung in den ursprünglichen Vergabeunterlagen informiert haben, sei das mit dem Veränderungspaket Nr. 2 eingeführte Kriterium nicht bekannt gewesen. Ohne vorherige Bekanntmachung sei eine Chancenungleichheit der Bieter entstanden und es habe ein nachvollziehbarer Grund für die Aufhebung der Ausschreibung vorgelegen.

Selbst wenn diese Gründe in der Sphäre der Auftraggeber lägen, würde es sich bei einer nachträglichen Berücksichtigung der Kameras als Wertungskriterium und der Notwendigkeit einer für alle Bieter gleichverständlichen Definition der Werkstattentfernungen es sich um anzuerkennende sachliche Gründe für eine Aufhebungsentscheidung handeln.

8.

Auf die weiteren Schriftsätze der ASt vom 13.08.2018 und 14.08.2018 sowie der VSt vom 17.08.2018 wird verwiesen.

In der mündlichen Verhandlung am 04.09.2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 02.08.2018 mit dem Hinweis, dass der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der erfolgten Aufhebung

den Hauptantrag und der Antrag auf Feststellung von Vergaberechtsverstößen den Hilfsantrag darstellt.

Die VSt bleibt bei ihren schriftsätzlichen Anträgen vom 09.08.2018.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- c)** Bei der ausgeschriebenen Lieferleistung von LKW – Fahrgestellen für handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d)** Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e)** Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch die Aufhebung ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.
- f)** Die ASt hat mit Schreiben vom 02.08.2018 rechtzeitig die Aufhebung der Ausschreibung gerügt.
- g)** Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit die ASt die Feststellung einer Unwirksamkeit der erfolgten Aufhebung verlangt.

Die Aufhebung der Ausschreibung ist wirksam erfolgt und daher nicht aufzuheben.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit er die Rechtmäßigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens angreift.

- a)** Ein Anspruch auf Fortsetzung des Verfahrens besteht nicht, wenn die Aufhebung nicht aus rechtlich zu missbilligendem Grund erfolgt ist (BGH v. 20.03.2014 – X ZB 18/13). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Bieter die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in der unter § 63 VgV aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist (BGH v. 05.11.2002 – X ZR 232/00). Die in § 63 VgV geschriebenen Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV, Rdnr. 18).

Notwendige Voraussetzung für eine wirksame Aufhebung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, sodass eine Diskriminierung ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt (VK Brandenburg, Beschluss vom 11.10.2017-VK 8/17).

Für das Vorliegen einer Scheinaufhebung ist der Antragsteller beweispflichtig. Die ASt hat weder nachvollziehbare Gründe für eine Scheinaufhebung benannt noch sind vorliegend Anhaltspunkte für eine Scheinaufhebung ersichtlich.

Die VSt trägt vor, dass sie die Ausschreibung hauptsächlich deshalb aufhebe, um die widersprüchlichen Angaben zu den Zuschlagskriterien in einer neuerlichen Ausschreibung klar und widerspruchsfrei zu gestalten. Hierin ist ein sachlicher Grund für eine neue Ausschreibung zu sehen.

- b)** Die ASt wird durch die Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die Aufhebung erfolgt hier in vergaberechtswidriger Weise, weil die von der VSt für die Aufhebung des Vergabeverfahrens aufgeführten Gründe des § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV nicht durchgreifen.

aa) Der Antrag, die Rechtswidrigkeit der Aufhebung festzustellen, ist zulässig. Nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB kann ein Verfahrensbeteiligter anstelle seines ursprünglichen Verfahrensziels die Feststellung beantragen, ob eine Rechtsverletzung vorlag, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Aufhebung erledigt hat. Zwar ist der Wortlaut des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB bei genauer Betrachtung nicht einschlägig, da sich das Nachprüfungsverfahren nicht durch Aufhebung erledigt hat. Die rechtswidrige aber trotzdem wirksame Aufhebung war bereits eingetreten, bevor der Nachprüfungsantrag gestellt worden war.

Dennoch hält die Rechtsprechung es in solchen Fällen für zulässig, den Leistungsantrag mit einem entsprechenden Hilfsantrag zu verbinden. Begründet wird dies mit der Erwägung, es sei nicht einzusehen, weshalb die auf primären Vergaberechtschutz gerichtete Überprüfung einer Aufhebung nur durch die Nachprüfungsinstanzen erfolgen dürfe, diese aber nicht befugt sein sollen, auf Antrag die Rechtswidrigkeit der Aufhebung festzustellen. Für eine solche Befugnis spricht zudem die Prozessökonomie, denn mit der Kernfrage der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Aufhebung werde die Vergabekammer zuständigkeitshalber bereits im Rahmen der Gewährung primären Vergaberechtschutzes befasst.

bb) Gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV kann eine Ausschreibung rechtmäßig und somit schadensersatzfrei aufgehoben werden, wenn schwerwiegende Gründe bestehen.

Ob ein schwerwiegender Grund nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV vorliegt, ist im Rahmen einer am Einzelfall orientierten Interessenabwägung zu ermitteln. Es sind strenge Anforderungen an das Aufhebungsinteresse zu stellen (BGH v. 20. März 2014, - X ZB 18/13).

Die VSt hat ihre Ermessenserwägungen - die Ausschreibung aufzuheben - nicht in sachgerechter Weise ausgeübt.

Ein schwerwiegender Grund kommt grundsätzlich nur dann infrage, wenn dieser erst nach Beginn des Vergabeverfahrens eingetreten ist (Portz im Kommentar zur VgV, Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, 2017, § 63 VgV Rn. 58). Eine Aufhebungsentscheidung ist dann nicht mehr von dem Aufhebungstatbestand abgedeckt, wenn der Auftraggeber den Aufhebungsgrund selbst zu verantworten hat (OLG München v. 04.04.2013 - Verg 4/13). Zum Merkmal einer rechtmäßigen Aufhebung zählt, dass der Aufhebungsgrund nicht vom Auftraggeber verschuldet sein darf (OLG München v. 28.02.2012 - Verg 11/12).

Vorliegend hebt die VSt die Ausschreibung auf, um die Zuschlagskriterien klar zu fassen. Hiermit handelt es sich schon nicht um einen Aufhebungsgrund, der erst nach Beginn des Vergabeverfahrens eingetreten ist. Die Festlegung der Zuschlagskriterien erfolgte bereits mit Bekanntmachung und Ausreichung der Ausschreibungsunterlagen.

Die notwendige Änderung der Zuschlagskriterien liegt hiermit allein in der Sphäre der VSt und ist dieser zuzurechnen. Durch den Fehler in den ausgereichten Unterlagen bzw. in der Bekanntmachung hat die VSt die nunmehrige Änderung selbst verursacht.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt und die VSt tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen jeweils beide teilweise unterlegen sind (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt und der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €. Da keine Beiladung erforderlich war, wird die Gebühr um xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert und ist hälftig von der ASt zu x.xxx,- € und von der VSt zu x.xxx,- € zu tragen.

Der von der ASt geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Der übersteigende Betrag von € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Die VSt ist gem. § 182 Abs. 1 GWB i.V.m § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG von der Zahlung der Gebühr befreit.

Auslagen sind nicht angefallen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....