

VK 1 – 63/08

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

gegen

...

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Beschaffung von Bildschirmarbeitstischen – Los 5, Ausschreibungs-Nr. ...“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Seifert, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Behrens und den ehrenamtlichen Beisitzer Berndt auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 2008 am 11. Juni 2008 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung der Ausschreibung in Bezug auf das streitgegenständliche Los 5 rechtswidrig ist und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Gründe:

...

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Februar 2008 im Offenen Verfahren die „Beschaffung von Möblierungsgerät nach Vorgabe Technischer Lieferbedingungen“ unter der Bekanntmachungs-Nr. ... im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft - Supplement S - europaweit aus. Die Ausschreibung umfasst insgesamt 11 Lose, unter anderem das Los 5 „Beschaffung von Bildschirmarbeitstischen, Ausschreibungs - Nr. ...“. Gegenstand der Auftragsleistung des Loses 5 ist die Herstellung und Lieferung von 1750 Bildschirmarbeitstischen. Die Bieter konnten Angebote für ein oder mehrere Lose abgeben. Die Angebotsfrist endete am 25. März 2008. Als einziges Zuschlagskriterium ist in der Bekanntmachung der niedrigste Preis genannt.

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen - „Ergänzungsblatt 2“ (Seite 1, Pos. Los 5) - liegen der Herstellung und Lieferung dieser Bildschirmarbeitstische die Technischen Lieferbedingungen (TL) 7110-0090 (9. Ausgabe) zugrunde. Unter „Ergänzende Hinweise zu der TL 7110-0090“ wird der zu liefernde Bildschirmarbeitstisch einschließlich Elektrifizierung sowie zu verwendender Kabellage beschrieben. Demzufolge müssen die Tische zusätzlich mit einer Steckdosenleiste Modell 60040V-S; 60040V-SLK „mit 5 Steckdosen der Fa. ..., geprüft nach VDE 0100 Teil 724/6.80 (DIN 57100 Teil 724:06.80) mit 3,0 m glatter Kabellänge“ ausgerüstet sein. Mit Angebotsabgabe war von den Bietern weiterhin eine Prüfbescheinigung für ein GS-Zeichen für den kompletten Arbeitstisch inklusive Steckdosenleiste nachzuweisen.

Die „Ergänzenden Hinweise zu der TL 7110-0090“ resultieren aus einer im Herbst 2007 durch die Ag vorgenommenen Konstruktionsänderung der Bildschirmarbeitstische. Diese Konstruktionsänderung führte unstreitig dazu, dass sich im Gegensatz zu den vorher geltenden TL die Herstellungskosten des Tisches erhöhten.

Grundlage der Beschaffung war eine Haushaltsmittelbedarfsanforderung, die in der Vergabeakte als „Geräteanmeldung 15. Dez. 07 für II. Hj.08“ bezeichnet ist. Ausweislich dieser „Geräteanmeldung“ ist den einzelnen Losen jeweils ein Richtwert zugeordnet, der den Stückpreis der jeweiligen Möblierungsgeräte benennt. Diese Richtwerte wurden der Ag mit Erlass des Bundesministeriums ... vom 14. September 2007 verbindlich übermittelt, nachdem das Bundesministerium ... den Richtwert für jedes einzelne Möblierungsgerät zwecks Einplanung und Festsetzung der Haushaltsmittel anhand von Marktpreisen zuvor festgelegt hatte. Aus diesen Richtwerten wurde anhand der benötigten Stückzahlen die für die Anforderung der Haushaltsmittel benötigte Gesamtsumme für die einzelnen Lose und für den Gesamtauftrag

errechnet. Die Konstruktionsänderung des ausgeschriebenen Bildschirmarbeitstisches wurde nach Festsetzung dieser Richtwerte vorgenommen. Die haushaltsmäßige Bedarfsanforderung der Ag, die am 15. Dezember.2007 erfolgte, berücksichtigte - wie die Ag in der mündlichen Verhandlung bestätigte - die durch die Konstruktionsänderung entstehenden Mehrkosten nicht.

Nachdem mehrere Bieter, darunter auch die ASt, für das Los 5 ein Angebot abgegeben hatten, führte die Ag die Angebotsprüfung durch, deren Ergebnis der ASt und den übrigen Bietern in der Bieterinformation vom 15. April 2008 gem. § 13 VgV mitgeteilt wurde. Die Ag beabsichtigte den Zuschlag für die Lose 1-2, 4-6 und 8-11 der Firma ... zu erteilen. Die ASt rügte am 17. April 2008 die angekündigte Vergabe für Los 5 als Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz, da nach ihrem Kenntnisstand der für den Zuschlag vorgesehene Bieter ... den GS-Nachweis für den kompletten Arbeitstisch sowie das Prüfzertifikat des Bildschirmarbeitstisches inklusive ... Steckdose nicht mit seinem Angebot eingereicht habe. Nachdem das von der Ag mit der technischen Prüfung beauftragte ... festgestellt hatte, dass die mit Angebotsabgabe eingereichten Prüfzertifikate der Firma ... nicht den Anforderungen der dem Auftrag zugrunde liegenden TL entsprechen, schloss die Ag diesen Bieter von dem weiteren Verfahren aus und führte eine Neuwertung der Angebote durch. Die Angebote der verbliebenen Bieter rückten in ihrer Platzierung auf, wobei das Angebot der ASt nunmehr das preisgünstigste war.

Die verbliebenen Angebote unterzog die Ag einer Wirtschaftlichkeitsprüfung. Die Grundlage der Wirtschaftlichkeitsberechnung bildete der für das jeweilige Los benannte Richtwert aus der Haushaltsmittelanforderung im Dezember 2007. Die Gegenüberstellung des Richtwerts für Los 5 mit dem Angebotspreis der ASt ergab, dass der im streitgegenständlichen Verfahren angebotene Preis um 32,33 % über dem von der Ag zugrunde gelegten Richtwert lag.

Aus dem in der Vergabeakte niedergelegten Schriftverkehr ergibt sich, dass bei einer etwaigen Auftragserteilung des Loses 5 an die ASt der Haushaltsmittelansatz überschritten würde. Aufgrund dessen sah sich die ASt veranlasst, die Ausschreibung mangels zur Verfügung stehender Haushaltsmittel für das Los 5 aufzuheben. Eine Neuausschreibung des Loses 5 solle erst Oktober / November 2008 erfolgen und Haushaltsmittel des Jahres 2009 verbrauchen.

Mit Schreiben vom 25. April 2008 teilte die Ag der ASt mit, dass sie für das Los 5 die Ausschreibung gem. § 26 Nr. 1 lit. c VOL/A aufgehoben habe. Dies begründete die Ag damit, dass kein wirtschaftliches Angebot vorliege.

Mit Schreiben vom 5. Mai 2008 rügte die ASt die Aufhebung des Vergabeverfahrens hinsichtlich des Loses 5 als vergaberechtswidrig.

Der Rüge half die Ag nicht ab.

Mit Schreiben vom 7. Mai 2008 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat die Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Ag am 8. Mai 2008 veranlasst.

Die ASt ist der Ansicht, dass die Aufhebung der Ausschreibung in Bezug auf das Los 5 rechtswidrig sei.

Die ASt habe ein wirtschaftliches Angebot vorgelegt. Die Erfüllung der in der Ausschreibung durch die TL festgelegten Kriterien ziehe Materialien und Prüfverfahren nach sich, die den Preis des ausgeschriebenen Produktes beeinflussten. So könnten die Anforderungen an die geforderten Prüfzeugnisse nur erfüllt werden, wenn das ausgeschriebene Produkt korrekt nach den TL gefertigt werde, was sich auf die Kalkulation des Preises auswirke. Angebotene Produkte, die den Vorgaben der TL exakt entsprechen sollten, müssten dementsprechend einen höheren Preis haben. Dies habe die Ag bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung nicht berücksichtigt. Durch die vergaberechtswidrige Aufhebung der Ausschreibung sei der ASt ein Schaden entstanden, der ihr zu ersetzen sei.

Die ASt beantragt

festzustellen, dass die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig ist.

Die Ag beantragt

den Antrag zurückzuweisen.

Die Aufhebung der Ausschreibung verletze die ASt nicht in ihren Rechten, da das Ergebnis der Ausschreibung im Sinne des § 26 Nr. 1 lit. c VOL/A nicht wirtschaftlich gewesen sei. Zunächst könne die ASt nicht betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte mit dem Wirtschaftlichkeitsbegriff des Vergaberechts gleichsetzen. Der um 32,33 % über der Kostenschätzung der Ag liegende Angebotspreis stelle eine erhebliche Überschreitung dar. Die Ag habe die Pflicht zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der ihr zur Verfügung stehenden Mittel. Sie habe sich daher für die Aufhebung der Ausschreibung in Bezug auf das Los 5 entschieden, weil die zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel nicht ausgereicht hätten, um die Beschaffung zu dem von der ASt angebotenen Preis durchzuführen.

In der mündlichen Verhandlung hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV, § 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf den Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers, der dem Bund zuzurechnen ist, oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts bezieht.
- b) Die ASt ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Die ASt hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots für den streitgegenständlichen Auftrag hinreichend belegt. Mit ihrem Antrag auf Feststellung, dass die Aufhebung der Ausschreibung vergaberechtswidrig erfolgt sei, macht die ASt auch eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend. Schließlich ist seitens der ASt auch dargelegt, dass ihr

durch die behauptete Rechtsverletzung infolge der nutzlosen Angebotserstellung ein Schaden droht.

- c) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gegenüber der Ag gerügt. Die Mitteilung über die Aufhebung ging der ASt per Telefax am 25. April 2008 zu, mit Schreiben vom 5. Mai 2008 rügte die ASt gegenüber der Ag die Aufhebung der Ausschreibung. Die ASt hat die Rüge somit nach 10 Tagen erhoben. Vor dem Hintergrund, dass für die Entscheidung der Einlegung einer etwaigen Rüge eine nochmalige wirtschaftliche Überprüfung des eigenen Angebots erfolgen musste und eine rechtliche Bewertung der Sachlage ohne Rechtsbeistand stattfand, ist die Erhebung der Rüge noch als rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB anzuerkennen.
- d) Die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Feststellungsantrag liegen ebenfalls vor. Die Vergabekammer ist, wenn sich ein Vergabeverfahren durch Aufhebung erledigt hat, auf Antrag auch zur Feststellung einer eingetretenen Rechtsverletzung befugt. Das Feststellungsinteresse der ASt ergibt sich hier aus der von der ASt beabsichtigten Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Ag (s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.3.2005, Az.: VII Verg 40-04).
2. Der Feststellungsantrag der ASt ist begründet. Die ASt ist in ihren Rechten aus § 97 Nr. 7 GWB verletzt, da die Aufhebung nicht durch einen gesetzlich geregelten Aufhebungsgrund nach § 26 VOL/A gedeckt ist. Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung kommt es nicht darauf an, ob die Aufhebung als solche wirksam ist. Denn ein öffentlicher Auftraggeber darf eine Ausschreibung grundsätzlich auch dann aufheben, wenn ihm ein Grund zur Aufhebung im Sinne von § 26 Nr. 1 VOL/A fehlt, er aber einen sachlich gerechtfertigten Grund hat. Ein sachlich gerechtfertigter Grund liegt insbesondere dann vor, wenn – wie im vorliegenden Fall - dem öffentlichen Auftraggeber die für die Beschaffung notwendigen Haushaltsmittel nicht zur Verfügung stehen (vgl. hierzu Dick-Bogatzke in VergabeR, Sondererheft 2a/2008, S.392ff, 397 mwN). Letztlich ist aber über das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Aufhebungsgrundes seitens der Vergabekammer nicht

abschließend zu entscheiden, da die ASt mit ihrem Antrag nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung begehrt.

- a) Im vorliegenden Fall kann sich die Ag nicht auf das Vorliegen eines in § 26 VOL/A normierten Aufhebungsgrundes berufen. Die Ag hat die Ausschreibung vergaberechtswidrig gemäß § 26 Nr. 1 lit. c VOL/A aufgehoben, da sie den Marktpreis der ausgeschriebenen Leistung nicht durch eine ordnungsgemäße Kostenschätzung ermittelt hat.

Gemäß § 26 Nr. 1 lit. c) VOL/A kann ein Vergabeverfahren aufgehoben werden, wenn es zu keinem wirtschaftlichen Ergebnis geführt hat. Das Ergebnis eines Vergabeverfahrens ist dann nicht wirtschaftlich, wenn keines der Angebote ein günstiges Preis-Leistungs-Verhältnis aufweist (2. VK Bund, Beschl. v. 28.6.2007, VK 2-60/07). Dies ist wiederum der Fall, wenn selbst das günstigste Angebot wesentlich über dem Marktpreis liegt (Lischka in Müller-Wrede, VOL/A 2. Aufl., 2007, § 26 Rn. 65).

Hintergrund der dem öffentlichen Auftraggeber gesetzlich gegebenen Aufhebungsmöglichkeit ist das Gebot an den öffentlichen Auftraggeber, aus haushaltsrechtlichen Gründen die Mittelverwendung sparsam und wirtschaftlich durchzuführen. Würde der Ag trotz sorgfältig ermittelter Kostenschätzung verpflichtet werden, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, das kostenmäßig erheblich über dem von ihm veranschlagten Kostenansatz liegt, würde dies das Gebot zur sparsamer Wirtschaftsführung unterlaufen. Dies hat zur Konsequenz, dass der Bieter nicht schon von vornherein eine Zuschlagserteilung erwarten kann, auch wenn er das annehmbarste Angebot abgegeben hat. Hingegen muss er grundsätzlich darauf vertrauen können, dass der Ag nur Leistungen ausschreibt, von denen der Ausschreibende bei pflichtgemäßer Ermittlung ihrer voraussichtlichen Kosten annehmen kann, sie mit den hierfür zur Verfügung stehenden Mitteln auch bezahlen zu können (vgl. BGH, Beschl. v. 5.11.2002, X ZR 232/00). Demzufolge ist bei einem Vergleich des Preis-Leistungs-Verhältnisses der Marktpreis durch eine ordnungsgemäße Kostenschätzung des Auftraggebers zu ermitteln. Eine Aufhebung nach § 26 Nr. 1 lit. c VOL/A ist somit

jedenfalls dann rechtswidrig, wenn die der Aufhebungsentscheidung zugrunde liegende Kostenschätzung zu beanstanden ist.

Auch wenn es sich bei der Ermittlung der Kosten für die zu erbringende Leistung immer um eine Prognose handelt, der eine Schätzung und keine genaue Kostenberechnung zugrunde liegt, ist die Ermittlung des erforderlichen Kostenbedarfs mit der für den Einzelfall gebotenen Sorgfalt vorzunehmen. Zwar gibt es nach der Rechtsprechung des BGH keine Regel, wie die Kostenschätzung zu erfolgen hat, jedoch hat die Ag die bereits bei der Kostenermittlung erkennbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise unter Berücksichtigung vorhersehbarer Kostenentwicklungen zeitnah aufzustellen (BGH, Beschl. v. 5.11.2002, X ZR 232/00). Vor diesem Hintergrund ist das Vorgehen der Ag zur Ermittlung des Kostenbedarfs zu beanstanden, da die Ag die ihr übermittelten Richtwerte, die sie ihrer eigenen Kostenschätzung zugrunde gelegt hat, nicht der zwischenzeitlich durchgeführten Produktänderung der ausgeschriebenen Bildschirmtische angepasst hat und somit die ihr obliegende Sorgfaltspflicht bei der Kostenermittlung außer Acht ließ.

Die Aufhebung der Ausschreibung basiert auf einer Kostenschätzung vom 15. Dezember 2007, der die Ag Richtwerte zugrunde gelegt hat, die vom Bundesministerium ... festgelegt und der Ag mit Erlass vom 14. September 2007 übermittelt wurden. Unstreitig hat die Ag jedoch selbst im Herbst 2007 eine Konstruktionsänderung an den Bildschirmarbeitstischen vorgenommen. Diese Konstruktionsänderungen führten u.a. auch dazu, dass zur Herstellung der ausgeschriebenen Leistung Bauteile verwendet werden mussten, die mit entsprechend höheren Herstellungskosten für den Bildschirmarbeitstisch verbunden waren. Zwar sind diese Konstruktionsänderungen in die entsprechende TL aufgenommen worden, eine wertmäßige Korrektur der Richtwerte in der Kostenschätzung vom 15. Dezember 2007 hat die Ag jedoch nach eigener Erläuterung in der mündlichen Verhandlung nicht vorgenommen. Die Ag hat die Wirtschaftlichkeitsprüfung vielmehr weiterhin auf den alten, ihr vorgegebenen Richtwert gestützt. Damit geht bereits die Kalkulationsgrundlage der Ag von einer anderen, hier kostengünstigeren, Ausführung bei der Herstellung der Bildschirmarbeitstische aus, so dass die Kostenschätzung nicht auf den tatsächlich nachgefragten Produkthanforderungen basiert.

Für eine ordnungsgemäße Kostenschätzung hätte die Ag eine Anpassung der Kalkulationsgrundlage an die geänderten Konstruktionsdurchführungen des ausgeschriebenen Tisches vornehmen müssen, um überhaupt eine geeignete Grundlage für eine Wirtschaftlichkeitsprüfung im Rahmen des § 26 Nr. 1 lit. c VOL/A zu erhalten. Insofern kommt es auf die Frage, zu welcher Verteuerung die Konstruktionsänderung im Einzelnen geführt hat, nicht an. Ebenso ist unbeachtlich, ob die prozentuale Abweichung des Angebotspreises der ASt den noch tragbaren Rahmen einhält, um von einem wirtschaftlichen Angebot auszugehen, da die Kostenschätzung der Ag bereits den Anforderungen an eine zeitnahe und ordnungsgemäße Kostenschätzung nicht entspricht. Da mithin keine ordnungsgemäß ermittelte Kostenschätzung vorliegt, ist der Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 lit. c VOL/A nicht einschlägig. Weitere Aufhebungsgründe nach § 26 Nr. 1 VOL/A, insbesondere lit. d, kommen aus dem gleichen Grund nicht in Betracht.

- b) Im Ergebnis ist demnach die ohne einen der in § 26 VOLL/A genannten Gründe erfolgte Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig und verletzt die ASt in ihren Rechten. Dem Feststellungsantrag war somit stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Sätze 1 und 3 i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb der Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf – Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Die Vorsitzende Dr. Seifert ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Behrens

Behrens