

DAGEFÖRDE
Öffentliches Wirtschaftsrecht

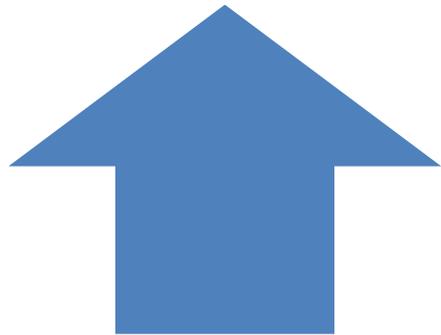
Die Aufhebung von Ausschreibungen wegen Unwirtschaftlichkeit

Rechtsanwältin Dr. Angela Dageförde
Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht



Aufhebung - Relevante Vorschriften

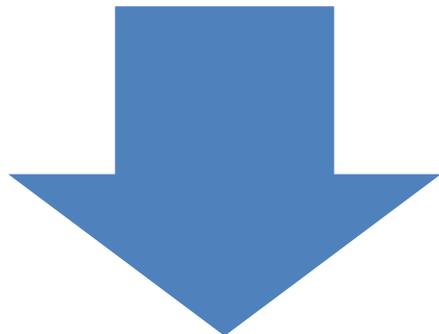
- Keine explizite Regelung zur Aufhebung in europäischen Vergaberichtlinien aus 2014 (lediglich in Art. 55 RL 2014/24/EU zur Unterrichtungspflicht der Bewerber und Bieter).
- Alle nationalen Normen enthalten – inhaltlich weitestgehend deckungsgleiche – Vorschriften zur Aufhebung.
- Vorhandene Regelungen:



- § 63 VgV.

- § 57 SektVO, § 32 KonzVgV.

- § 17 EU VOB/A.

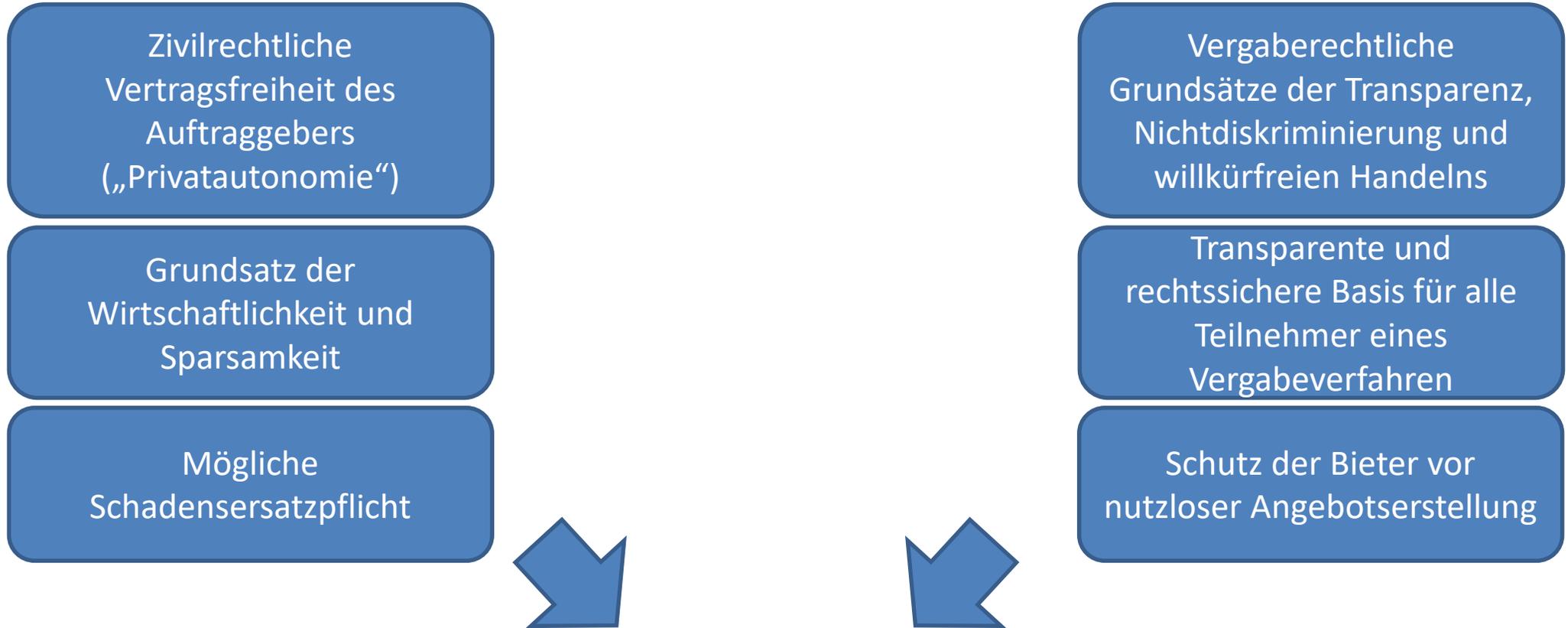


- § 17 VOL/A.

- § 48 UVgO (i.V.m. § 46 Abs. 1).

- § 17 VOB/A.

Sinn und Zweck der Aufhebungsvorschriften



Schonender Ausgleich zwischen dem „Können des Auftraggebers“ (Verfahren jederzeit zu beenden) und dem „vergaberechtlichen Dürfen“.

Grundsätzliches zur Aufhebung (1)

- Beschaffung durch den öffentlichen Auftraggeber erfolgt regelmäßig durch zivilrechtlichen Vertrag, der durch Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zustande kommt, § 127 Abs. 1 S. 1 GWB, § 58 Abs. 1 VgV.
 - Zivilrechtlicher Grundsatz der Privatautonomie gilt damit auch bei Beschaffung durch öffentlichen Auftraggeber → Nicht nur freie Wahl des Vertragspartner umfasst, sondern auch die Möglichkeit, von der Beschaffung jederzeit Abstand zu nehmen:
 - Auch ohne Aufhebungsgrund.
(BGH, *Beschl. v. 20.03.2014 – X ZB 18/13*)
 - Auch bei selbst verschuldetem Aufhebungsgrund.
(EuGH, *Beschl. v. 16.10.2003 – Rs. C-244/02*)
- **Grds. kein Kontrahierungszwang** (BGH, *Urt. v. 05.11.2002 – X ZR 232/00*)
 - Klarstellend in § 63 Abs. 1 S. 2 VgV, § 48 Abs. 2 UVgO: „Im Übrigen ist der öffentliche Auftraggeber **grundsätzlich nicht verpflichtet**, den Zuschlag zu erteilen.“

Grundsätzliches zur Aufhebung (2)

- Keine zwingend endgültige Beendigung durch eine Aufhebung.
 - Auftraggeber kann nach erfolgter Aufhebung das Verfahren selbst wieder aufnehmen und fortführen (*BGH, Beschl. v. 18.02.2003 – X ZB 43/02*).
 - ABER: kein „stilles Auslaufen“ eines Verfahrens möglich, nach außen erkennbare Beendigungshandlung (=Zuschlag oder Aufhebung) durch AG zwingend.
- Anspruch der Bieter auf Einhaltung der Aufhebungsvorschriften (=subjektives Recht i.S.v. § 97 Abs. 6 GWB)
 - Damit Überprüfung der Aufhebungsentscheidung im Nachprüfungsverfahren möglich.
 - Im Gegensatz zum einmal erteilten Zuschlag können Aufhebungsentscheidungen damit nachträglich aufgehoben werden (*EuGH, Urt. v. 18.06.2002 – Rs. C-92/00*).
- **Rechtmäßige** Aufhebung nur bei vergaberechtlich normiertem Aufhebungsgrund.
- Anderenfalls: Aufhebung ggf. wirksam, aber **rechtswidrig** mit der Folge: Schadensersatz aus § 181 GWB bzw. culpa in contrahendo (c.i.c.) §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 ff. BGB.

Pflicht zur Zuschlagserteilung im Ausnahmefall?

- Grundsätzlich freie Ermessensentscheidung des AG, ob und wie er ein Verfahren beenden will.
- Ausnahmsweise Ermessensreduzierung auf Null und damit Anspruch der Bieter auf Fortsetzung des Verfahrens mit dem Ziel einer Zuschlagserteilung, wenn:
 - unverändertes Fortbestehen des Vergabewillens zur Auftragserteilung und
 - Verstoß gegen vergaberechtlichen Grundprinzipien wie Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung. Insbesondere:
 - kein objektiv sachlicher Grund für die Aufhebung.
 - Scheinaufhebung / vorsätzliche Bieterdiskriminierung: Auftraggeber hebt die Ausschreibung nur auf, um einen unliebsamen Bieter loszuwerden und ggf. „seinem“ Wunschbieter den Zuschlag im nachfolgenden Verfahren zu erteilen.

Voraussetzungen einer Aufhebung

„Notwendige Voraussetzung für die Aufhebung einer Ausschreibung ist nur, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen **sachlichen Grund** hat, so dass eine **Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen** und seine Entscheidung **nicht willkürlich ist oder lediglich zum Schein erfolgt**.“

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2015 – Verg 29/14; VK Bund, Beschl. v. 21.12.2016 VK 2 127/16)

- Kreis der sachlichen Gründe ist weiter als der der vergaberechtlich normierten Gründe. → Liegt ein sachlicher Grund vor und besteht Beschaffungswille fort, scheitert i.d.R. ein Antrag auf Aufhebung der Aufhebung.
- Für eine **rechtmäßige** Aufhebung muss einer der vergaberechtlich normierten Aufhebungsgründe vorliegen.
- Der Aufhebungsgrund muss zudem
 - grundsätzlich nach Beginn des Verfahrens und
 - ohne vorherige Kenntnis / eigenes Verschulden des AG aufgetreten sein (OLG München, Beschl. v. 28.08.2012 – Verg 11/12).
- Die jeweils benannten Gründe sind abschließend, kein Ermessen des AG!

Mögliche Aufhebungsgründe

§ 63 Abs. 1 S. 1 VgV, (vgl. auch § 17 VOL/A bzw. § 48 UVgO):

„Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn

- 1. kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht,*
- 2. sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat,*
- 3. **kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde** oder*
- 4. andere schwerwiegende Gründe bestehen.“*

Unwirtschaftlichkeit

- Wirtschaftlichste Angebot ist nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung der gewählten Zuschlagskriterien zu bestimmen, § 127 GWB.
- Unwirtschaftlichkeit = unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis.
- Alle Angebote (insb. Mindestangebot, aber auch zugelassene Nebenangebote) müssen entgegen einer objektiv richtigen Schätzung des Auftraggebers deutlich überhöht sein.
- Voraussetzungen:
 - Ordnungsgemäße und sorgfältige Kostenschätzung durch den Auftraggeber nach den Grundsätzen des § 3 VgV.
 - Ordnungsmäße Wertung der Angebote erfolgt und beendet.
 - Angebotspreise deutlich höher als Kostenschätzung.
 - Finanzierung des ausgeschriebenen Vorhabens bei Bezuschlagung auch des günstigsten wertungsfähigen Angebotes scheitern oder jedenfalls wesentlich erschwert.

Die Kostenschätzung

- Berücksichtigung aller verfügbaren und kostenrelevanten Faktoren und Daten → Für die Schätzung muss die Vergabestelle oder der von ihr gegebenenfalls beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen.
 - Anhaltspunkte können sein:
 - Vergangene Ausschreibungen.
 - Frühere eigene oder von anderen Vergabestellen gezahlte Marktpreise für vergleichbare Leistungen.
 - Ggf. Marktgutachten / Sachverständigengutachten.
- Heranziehung des üblichen Marktpreises als objektives Kriterium (*OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.05.2013 – 11 Verg 4/13*) → Stimmen Angebote mit Marktpreis überein, sind subjektive Vorstellungen des AG grds. unbeachtlich.
- Da Kostenermittlung auf Schätzungen basiert, ist regelmäßig Sicherheitsaufschlag von ca. 10 % vorzunehmen.
(*Instruktiv: OLG Celle, Beschl. v. 10.03.2016 – 13 Verg 5/15*)

Wann liegt eine Unwirtschaftlichkeit vor?

*„Wann die Aufhebung einer Ausschreibung wegen „deutlicher“ Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswerts rechtmäßig ist, ist **aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung** zu entscheiden, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, dass einerseits den öffentlichen Auftraggebern nicht das Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung zugewiesen werden, die Aufhebung andererseits aber auch kein Instrument zur Korrektur der in Ausschreibungen erzielten Submissionsergebnisse sein darf. Das Ausschreibungsergebnis muss deshalb in der Regel **ganz beträchtlich** über dem Schätzungsergebnis liegen, um die Aufhebung zu rechtfertigen.“*

(BGH, Urt. v. 20.11.2012 – X ZR 108/10)

- Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich!
- Darlegungs- und Beweislast für Kostenschätzung und Unwirtschaftlichkeit trägt der Auftraggeber.

Kein wirtschaftliches Ergebnis

- **Abweichung der Mindestgebote vom geschätzten Auftragswert:**
 - OLG Dresden, Beschl. v. 28.12.2018 – Verg 4/18 → **37,8 %**
 - VK Bund, Beschl. v. 25.01.2013 – VK 3 2/13 → **23 %**
 - OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.05.2013 – 11 Verg 4/13 → **23 %**
 - OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.07.2009 – 15 Verg 3/09 → **16 %**
 - OLG München, Beschl. v. 02.06.2006 – Verg 12/06 → **10 %**
 - OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2011 – Verg 55/10 → **1,84 %** bei sehr sorgfältiger Kostenschätzung und Erschöpfung der Haushaltsmittel.
- **Verallgemeinernd** OLG Celle, Beschl. v. 10.03.2016 – 13 Verg 5/15 → Unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis bei Abweichung von ca. 20 % in Anlehnung an die Grenze bei unangemessen niedrigen Angebotspreisen.
- Zusammenfassend: BKartA, Beschl. v. 22.05.2018 – VK 1-37/18 → Aufgreifschwelle zwischen **10 % und 20 %**.

Unwirtschaftlichkeit bei Teillosvergabe (Abfallentsorgung)

- Auch bei einer Teillosvergabe kann Unwirtschaftlichkeit i.S.d. § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV nur angenommen werden, wenn das Gesamtergebnis unwirtschaftlich ist.
(*OLG Koblenz, Beschl. v. 28.06.2017 – Verg 1/17*)

→ Hier hatte der Auftraggeber allerdings **keine** Auftragswertschätzung **je Los** erstellt, es lag nur eine Schätzung für den **Gesamtwert** vor. Zudem handelte es sich um reine **Teillose**, die sich ansonsten nicht unterschieden.
- Im Falle von **Fachlosen** (d. h. verschiedene Leistungen oder unterschiedliche Abfallfraktionen betroffen) ist der **Vergleich im einzelnen Los** entscheidend für die Frage, ob eine Unwirtschaftlichkeit vorliegt oder nicht.
(*OLG Dresden, Beschl. v. 28.12.2018 – Verg 4/18*)

Wirtschaftlichkeitsgrenze: Eigenleistungskosten als Aufhebungsvorbehalt

- Die mit einer bekannt gemachten Kostenobergrenze verbundene Bedingung, von der der Auftraggeber abhängig macht, ob er einen Auftrag mit eigenen Mitteln und Kräften selbst erledigt oder fremd vergibt, ist grundsätzlich vergabeunschädlich.
- Das Vergaberecht unterwirft die öffentlichen Auftraggeber nicht einem allgemeinen Kontrahierungszwang.
- *„Es ist **nicht zu beanstanden**, wenn ein Auftraggeber sich entschließt, dem ihm für den Auftrag zur Verfügung stehenden Haushaltsrahmen dadurch Rechnung zu tragen, dass er den Bietern von vornherein eine Obergrenze für die Fremdvergabe des Auftrags setzt und unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er oberhalb dieser Preisgrenze die Aufgabe **mit eigenen Kräften und Mitteln durchführt.**“*
(VK Niedersachsen, Beschl. v. 07.11.2003 – VgK-32/2003)

Geheimhaltung der Wirtschaftlichkeitsgrenze

- *„Bei einem sehr engen Markt mit nur wenigen potentiellen Anbietern wäre es ... kontraproduktiv, das eigene Budget bekannt zu geben, will man einen tatsächlichen Wettbewerb unter den Bietern auslösen und keine Orientierung des Wettbewerbs lediglich an dem veranschlagten Budget des Auftraggebers erreichen.“*
- *„Kosten der Eigenproduktion sind vollkommen unmaßgeblich für die Kalkulation des eigenen Angebots der Bieter.“*
 - Also: Geheimhaltung des Budgets (im entschiedenen Fall: Eigengestehungskosten für Wärmeversorgung einer Kaserne) kann **gerade** der Gewährleistung echten Wettbewerbs dienen.

(VK Bund, Beschl. v. 30.10.2009 – VK 2 – 180/09)

Informations- und Benachrichtigungspflicht, § 63 Abs. 2 VgV

„Der öffentliche Auftraggeber teilt den Bewerbern oder Bietern nach Aufhebung des Vergabeverfahrens unverzüglich die Gründe für seine Entscheidung mit, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten.

Auf Antrag teilt er ihnen dies in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit.“

- Unverzügliche Mitteilung (vgl. § 121 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“) → möglichst selber Tag, zwei bis drei Tage später wohl noch in Ordnung.
- Bekanntgabe der konkreten und tatsächlichen Gründe, Bieter müssen Aufhebung nachvollziehen können. Allerdings keine tiefgreifende vollumfängliche Darlegung notwendig (vgl. insoweit Umfang der Vorabinformationspflicht nach § 134 GWB).
- Pflicht besteht unabhängig von Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Aufhebung.
- Bei freiwilliger Registrierungsmöglichkeit Holschuld der potentiellen Bieter → jedenfalls kein Schadensersatzanspruch, wenn AG Aufhebung in entsprechender Weise mitgeteilt hat.
- Verletzung dieser Pflicht verursacht Rechtswidrigkeit der Ausschreibung mit der Folge eines Nachprüfungsverfahrens vor Vergabekammer oder Schadensersatzansprüchen.

Primärrechtsschutz

- Rechtsschutz gegen Aufhebungsentscheidung vor Vergabekammer möglich.
(vgl. EuGH, Urt. v. 18.06.2002 – C-92/00 (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH /Stadt Wien) und BGH, Beschl. v. 18.02.2003 – X ZB 43/02)
- Antrag auf Aufhebung der Aufhebung und damit Fortsetzung von dem Stand der Aufhebungsentscheidung an als geeignete Maßnahme i.S.v. § 168 Abs. 1 S. 1 GWB (ABER: keine Verpflichtung zur Zuschlagserteilung) → Lediglich Verpflichtung, Verfahren ordnungsgemäß aufzuheben oder weiterzuführen.
- Anspruch auf Fortsetzung erlischt, wenn AG sein Beschaffungsvorhaben vollständig aufgibt und keinen Vergabewillen mehr hat!
- Aufhebung als ultima ratio → Keine mildereren Mittel und Vorliegen von schwerwiegenden, nicht heilbaren Vergabeverstößen.

Sekundärrechtsschutz

- Immer zu prüfen, wenn Aufhebung nach den oben benannten Maßstäben rechtswidrig ist, also kein vergaberechtlich normierter Grund einschlägig ist. Auch bei Vorliegen eines sonstigen sachlichen Grundes bleibt Aufhebung rechtswidrig mit der Folge eines möglichen Schadensersatzanspruchs!
- § 181 S. 1 GWB:
 - § 63 Abs. 1 und 2 VgV sind bieterschützend i.S.v. von § 97 Abs. 6 GWB umfasst.
 - Nur negative Interesse umfasst (Kosten für Angebotserstellung / Teilnahme am Verfahren).
- §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.) → **insb. im Unterschwellenbereich!**
 - vorvertragliches Schuldverhältnis notwendig, regelmäßig durch Abgabe eines Angebots/Teilnahmeantrags.
 - Umfasst als Schadenspositionen auch entgangenen Gewinn. → Ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch eines Bieters setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass dem Bieter bei ordnungsgemäßem Verlauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen und dass der ausgeschriebene oder ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzender Auftrag vergeben worden ist.
(BGH, Urt. v. 20.11.2012 – X ZR 108/10)
- Ggf. §§ 823 Abs. 1 und 2, 826 BGB.

Zusammenfassung

- Aufhebungsgrund liegt vor:
 - Aufhebung rechtmäßig.
 - Kein Antrag auf Aufhebung der Aufhebung.
 - Keine Schadensersatzpflicht.
- Kein Aufhebungsgrund, aber ein sachlicher Grund liegt vor:
 - Aufhebung rechtswidrig.
 - Kein Antrag auf Aufhebung der Aufhebung.
 - **Schadensersatzpflicht.**
- Kein Aufhebungsgrund und sachlicher Grund liegt nicht vor (insb. Scheinaufhebung):
 - Aufhebung rechtswidrig.
 - **Antrag auf Aufhebung der Aufhebung möglich.**
 - **Schadensersatzpflicht.**

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht



Herzlichen Dank für Ihr Interesse!

Rechtsanwältin

Dr. Angela Dageförde

Fachanwältin für Vergaberecht

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Podbielskistraße 344 • 30655 Hannover

www.kanzlei-dagefoerde.de