

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen:

Teilaufhebung der Ausschreibung hinsichtlich des Loses 1

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 2015 am 19. Februar 2015 beschlossen:

- I. Die Aufhebung der Ausschreibung hinsichtlich des Loses 1 vom 17. November 2014 wird aufgehoben und das Ausschreibungsverfahren insoweit in den Stand vor Aufhebung zurückversetzt.
- II. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der [REDACTED] als Antragsgegner und Vergabestelle ist mit einem Geschäftsanteil von 57,4% Mehrheitsgesellschafter der [REDACTED]. Die restlichen Geschäftsanteile werden von zwei privaten Gesellschaftern gehalten. Die [REDACTED] entstand im Jahre 2000 durch Ausgründung des Geschäftsbereiches Recycling aus der [REDACTED] als [REDACTED]. Gegenstand des Unternehmens ist die Förderung der Abfallvermeidung, die bessere Abfallverwertung, der Aufbau und die Unterhaltung von Logistiksystemen, der Betrieb von Recycling-Anlagen sowie der Betrieb von Wertstoffhöfen im [REDACTED].

Seit Anfang des Jahres 2008 betreibt die [REDACTED] das [REDACTED] für den Antragsgegner. Die wirtschaftliche Lage der [REDACTED] hat sich in den Jahren 2012 und 2013 erheblich verschlechtert. Dies ist dem Antragsgegner auch bekannt. Er erwog daher schon zu Beginn des Jahres 2014 die Beauftragung eines Sanierungsgutachtens. Dies wurde im Laufe des Jahres 2014 von der [REDACTED] in Auftrag gegeben. Das erstellte Sanierungsgutachten datiert vom 5. August 2014.

Der Antragsgegner schrieb im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 16. August 2014 unter Vergabe-Nummer: 214/S 156/281015 europaweit die Betriebsführung des Abfallwirtschaftszentrum des [REDACTED] sowie Abfuhr und Entsorgung von Abfällen vom Abfallwirtschaftszentrum aufgeteilt in fünf Losen im offenen Verfahren aus. Gegenstand des Loses 1 war die Betriebsführung des Abfallwirtschaftszentrum des Antragsgegners. Die Leistung sollte auf die Dauer von drei Jahren ab dem 1. Januar 2015 vergeben werden. Die Verträge sollten sich zweimal automatisch um jeweils zwölf Monate zu unveränderten Bedingungen verlängern, falls diese nicht bis sechs Monate vor dem jeweiligen Vertragsende vom Antragsgegner gekündigt werden. Die Beauftragung sollte demnach spätestens zum 31. Dezember 2019 enden.

Mit Schreiben vom 12. August 2014 forderte der Antragsgegner unter Beifügung der Vergabeunterlagen unter anderem die Antragstellerin zur Angebotsabgabe hinsichtlich des streitgegenständlichen Loses zur Angebotsabgabe auf. Mit Schreiben vom 22. September 2014 reichte die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot unter anderem zu Los 1 ein. Der Antragsgegner veröffentlichte am 7. November 2014 auf seiner Homepage, dass neben der Antragstellerin nur die [REDACTED] ein Angebot hinsichtlich des Loses 1 abgegeben habe.

Am 8. Oktober 2014 fand zwischen dem Auftragsgeber und der Antragstellerin ein Bietergespräch statt. Ein weiteres aufklärendes Bietergespräch wurde am 9. Oktober 2014 geführt.

Ausweislich der Vergabeunterlagen hat die Firma [REDACTED] im vorliegenden Vergabeverfahren ihre finanzielle Leistungsfähigkeit nicht ordnungsgemäß nachgewiesen. Die nach den Vergabeunterlagen vorzulegenden Bankenerklärungen sollten nicht älter als ein Jahr sein. Die von der [REDACTED] eingereichten Bankunterlagen entsprachen diesen Anforderungen nicht. Das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betraute Unternehmen hat in seinem Vergabevorschlag vom 16. Oktober 2014 dem Antragsgegner vorgeschlagen, den Zuschlag zu Los 1 an die Antragstellerin zu erteilen, da diese alle Vorgaben erfülle und das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. In einem Prüfvermerk der Revision des [REDACTED] vom 6. November 2014 kommt diese zu dem Ergebnis, dass mit Zuschlagserteilung an die Antragstellerin den fachtechnischen Wertungen und Anforderungen der Ausschreibung entsprochen werde.

Unmittelbar nach den Aufklärungsgesprächen beauftragte die Antragsgegnerin ihren anwaltlichen Vertreter zu prüfen, ob der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden müsse oder eine Aufhebung mit dem Ziel in Betracht komme, der [REDACTED] nach Herstellung der In-house-Fähigkeit den Zuschlag zu erteilen. Aus dem in Auftrag gegebenen Wirtschaftsgutachten gehe hervor, dass die [REDACTED] nur mit der Übernahme der Betriebsführung einer drohenden Insolvenz entgehen könne. In dem anwaltlichen Schreiben vom 7. November 2014 wird ausgeführt, dass das Angebot der Antragstellerin an keinen formellen oder inhaltlichen Mängeln leide, so dass deshalb ein Ausschluss nicht in Betracht komme. Auch könne die Ausschreibung nicht aufgehoben werden, weil das Angebot der Antragstellerin nicht unwirtschaftlich sei. Ein Ausschluss käme aber wegen Änderungen der Grundlagen des Vergabeverfahrens in Betracht, weil durch die erst jetzt deutlich gewordene wirtschaftliche Situation der [REDACTED] [REDACTED] mittelfristig eine Beauftragung der [REDACTED] mit der streitgegenständlichen Leistung zwingend geboten sei.

Mit Schreiben vom 17. November 2014 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin sodann unter anderem mit, dass das Vergabeverfahren hinsichtlich des Loses 1 gemäß § 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A aufgehoben werde. Die Teilaufhebung sei erforderlich, weil sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hätten. Zur weiteren Begründung bediente sich der Antragsgegner den anwaltlichen Ausführungen im Schreiben vom 7. November 2014.

Mit Schreiben vom 20. November 2014, das dem Antragsgegner am gleichen Tag per Telefax zuging, rügte die Antragstellerin die Aufhebung der Ausschreibung zu Los 1, verbunden mit der Aufforderung bis zum 25. November 2014 mitzuteilen, dass er - der Antragsgegner - die Aufhebung der Ausschreibung zu Los 1 aufhebe. Sie ist der Auffassung, bereits in der vergaberechtlichen Rechtsprechung sei umstritten, ob die ungesicherte Finanzierung eines eingeleiteten Vergabeverfahrens zur Aufhebung berechtige, denn die Verfahrensteilnehmer sollen darauf vertrauen können, dass ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren nur einleitet, wenn er die Leistungserbringung auch bezahlen kann. Des Weiteren sei die Beauftragung der [REDACTED] mit den Leistungen des Loses 1 allein zur Sanierung des Unternehmens nicht herzustellen. Nach ihrer Marktkennntnis und den Veröffentlichungen in der Presse seien die Verluste der [REDACTED] in der jüngsten Vergangenheit beträchtlich. Angesichts des beschränkten Auftragsumfanges des Loses 1 könnten die bei der [REDACTED] aufgelaufenen Verluste nicht dadurch ausgeglichen werden. Im Übrigen sei auch in absehbarer Zukunft eine In-house-Fähigkeit der [REDACTED] nicht möglich. Auch sei die wirtschaftliche schwierige Lage nicht erst nach Beginn des Ausschreibungsverfahrens eingetreten. Zumindest war die wirtschaftlich angespannte Lage der [REDACTED] bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens vorhersehbar. Die wirtschaftlich schwierige Lage sei schon zu diesem Zeitpunkt Gegenstand der örtlichen Presse gewesen. Vielmehr habe der Antragsgegner im Rahmen des Vergabeverfahrens feststellen müssen, dass die [REDACTED] nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben habe, dennoch aber mit dem Zuschlag hinsichtlich des Loses 1 beauftragt werden solle. Dies sei nur möglich, in dem die Ausschreibung aufgehoben werde und nach Herstellung der In-house-Fähigkeit die [REDACTED] mit dieser Leistung außerhalb des Wettbewerbes beauftragt werde. Dies stelle eine offensichtliche Umgehung des Vergaberechtes dar, in dem das im Wettbewerb gefundene Ergebnis der Ausschreibung missachtet werde.

Mit Schreiben vom 27. November 2014 ließ der Antragsgegner durch seine anwaltlichen Bevollmächtigten die Rüge zurückweisen. Er beruft sich auf eine erheblich veränderte Grundlage des Vergabeverfahrens, weil die angestrebte In-house-Fähigkeit der [REDACTED] in einem kürzeren Zeitraum als in der ausgeschriebenen Mindestvertragslaufzeit von drei Jahren hergestellt werden könne. Des Weiteren führt er aus, die wirtschaftliche Lage habe sich durch die deutlichen Einbrüche in den Ergebnissen in den Jahren 2012 und 2013 und einem erheblichen Absinken des Eigenkapitales dramatisch verschlechtert.

In dem Sanierungsgutachten sei als eine zentrale Voraussetzung für die Sanierungsfähigkeit der [REDACTED] der weitere Betrieb des Abfallwirtschaftszentrums postuliert. Dieses Gutachten habe den Verantwortlichen des Landkreises erst zu einem Zeitpunkt vorgelegen, als die Entscheidung über den Beginn des Vergabeverfahrens bereits getroffen worden sei. Zudem hätten die Banken im September 2014 ausdrücklich die Forderung aufgestellt, die in dem Sanierungsgutachten als Voraussetzung für die Sanierungsfähigkeit formulierte Erhaltung des Auftrages für den Betrieb des Abfallwirtschaftszentrums zumindest mittelfristig sicherzustellen. Er führt weiterhin aus, dass es zwar zutreffend sein möge, dass Ursachen für die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der [REDACTED] bereits zu einem Zeitpunkt vor dem Beginn des jetzt aufgehobenen Vergabeverfahrens lägen, jedoch sei die für die Sanierung der [REDACTED] [REDACTED] essentielle Forderung nach dem Erhalt des Auftrages für den Betrieb des Abfallwirtschaftszentrums erst zu einem Zeitpunkt von den Banken formuliert worden, als das Vergabeverfahren bereits annähernd abgeschlossen war.

Eine Änderung in der Laufzeit von jetzt ausgeschrieben mindestens drei Jahren und der zweimaligen Möglichkeit der Verlängerung um ein Jahr stelle gegenüber einem kurzen Zeitraum von voraussichtlich nur einem Jahr eine wesentliche Änderung der Grundlagen des Vergabeverfahrens im Sinne des § 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A dar. Durch die Beteiligung des Antragsgegners als Mehrheitsgesellschafter an der [REDACTED] sei dieser auch unmittelbar betroffen.

Mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2014 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung vertieft sie ihren Vortrag aus dem Rüge-schreiben. Der Grund für die Aufhebung des Vergabeverfahrens dürfe weder zu erwarten noch vorhersehbar gewesen sein. Desweiteren müsse die Änderung nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 20 EG VOL/A bereits eingetreten sein. Es müsse sich um ein Ereignis handeln, das bereits stattgefunden habe. Eine zukünftige Änderung berech-tige nicht zur Aufhebung eines Vergabeverfahrens nach § 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A. Einge-treten sei zwar die wirtschaftlich schwierige Lage der [REDACTED] bereits seit dem Jahre 2011, aber die Verkürzung der Vertragslaufzeit solle allein aus dem Grunde erfolgen, dass die [REDACTED] im Wege eines In-house-Geschäftes mit dem Auftrag beauftragt werde. Nach der Beschlussvorlage des Kreisausschusses vom 19. De-zember 2014 solle jedoch zunächst lediglich ein Prüfauftrag dahingehend erteilt werden, ob und - wenn ja durch welche - geeigneten Maßnahmen eine In-house-Fähigkeit her-gestellt werden könne. Der Kreistag solle jedoch noch nicht beschließen, dass die In-house-Fähigkeit der [REDACTED] hergestellt werde. Darüber hinaus liege für die Aufhebung der Ausschreibung kein sachlich gerechtfertigter Grund vor, vielmehr werde hierdurch gerade die Antragstellerin diskriminiert. Zudem müsse davon ausge-gangen werden, dass auch die Angebotspreise für die Interimsvergabe bis zur Herstel-lung der In-house-Fähigkeit weit über dem Marktpreis lägen.

Darüber hinaus liege eine Scheinaufhebung vor. Eine solche sei dann gegeben, wenn der Auftraggeber unter Missbrauch seiner Gestaltungsmöglichkeit nur den Schein einer Aufhebung gesetzt habe, mit dessen Hilfe er dem ihm genehmen Bieter, obwohl dieser nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe oder dessen Angebot ausgeschlossen werden musste, den Auftrag zuschieben will. In diesem Falle handele es sich um eine missbräuchliche Ausnutzung einer formalen Rechtstellung mit dem Ziel, einem bestimmten Bieter den Zuschlag zu erteilen, der bei regulären Bedingungen keine Chance gehabt hätte.

Selbst wenn ein sachlicher Grund, keine Scheinaufhebung und keine Bieterdiskriminierung vorliegen sollten, ist der Antragseegner dennoch verpflichtet, das Ausschreibungsverfahren in den Stand vor Aufhebung fortzusetzen. Grund hierfür ist, dass der Antragsgegner an seiner Beschaffungsabsicht festhalte.

Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

- I. die Aufhebung der Ausschreibung wird aufgehoben und in den Stand vor der Aufhebung zurückversetzt,
- II. hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten verletzt ist;
- III. weiter hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zu treffen.

Der Antragsgegner beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Er trägt im Wesentlichen die Gründe vor, die der Nichtabhilfe der von der Antragstellerin erhobenen Rüge vom 20. November 2014 zugrundeliegen und vertieft diese. Zu den wesentlichen Grundlagen des Vergabeverfahrens zähle auch die Laufzeit eines Vertrages, der Gegenstand des Vergabeverfahrens ist. Diesbezüglich sei festzuhalten, dass eine solche Reduzierung der Vertragslaufzeit, die sich hier aufgrund des Sanierungsgutachtens ergeben habe, die Grundlagen des Vergabeverfahrens erheblich verändere und damit eine Aufhebung gemäß § 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A rechtfertige.

Auch sei der Antragsgegner unmittelbar betroffen, da er mit immerhin 57,4 % der Geschäftsanteile auch Mehrheitsgesellschafter sei. Des Weiteren möge es zwar zutreffend gewesen sein, dass die Ursachen für die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der [REDACTED] bereits zu einem Zeitpunkt vor dem Beginn des jetzt aufgehobenen Vergabeverfahrens lägen, jedoch sei die für die Sanierung essentielle Forderung nach dem Erhalt des Auftrages für den Betrieb des Abfallwirtschaftszentrums erst zu einem Zeitpunkt von den Banken formuliert worden, als das Vergabeverfahren hinsichtlich der Beteiligung der Bieter und damit auch der Antragstellerin schon weitgehend abgeschlossen gewesen sei. Hinsichtlich der nicht vorliegenden In-house-Fähigkeit sei anzumerken, dass die EU-Richtlinie (RL 2014/24/EU) eine Vorwirkung entfalte. Vor diesem Hintergrund sei die Auffassung der Antragstellerin unzutreffend, die Frage der In-house-Fähigkeit sei nur auf der gegenwärtigen Gesetzeslage zu beurteilen.

Darüber hinaus verbiete sich gerade in Bezug auf den Prüfauftrag des Kreises vom 19. November 2014 die Erteilung eines Dienstleistungsauftrages mit der Laufdauer von mindestens drei Jahren. Die mündliche Verhandlung fand am 3. Februar 2015 statt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakten Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.) und im Hauptantrag begründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB. Der zu vergebende Auftrag ist auch ein öffentlicher Auftrag, § 99 GWB.
- II. Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens kann ein Bieter in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Die Antragstellerin hat durch Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundet. Es ist auch nicht von vorneherein auszuschließen, dass die Antragstellerin durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet, zumal sich aus der Vergabeakte ergibt, dass die Antragstellerin das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat.
- III. Die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners hat die Antragstellerin rechtzeitig gerügt, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

B. Der Nachprüfungsantrag ist bereits im Hauptantrag begründet. Die Aufhebung der Ausschreibung hinsichtlich des Loses 1 ist vergaberechtswidrig erfolgt; ein Aufhebungsgrund gemäß § 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A lag zum Zeitpunkt der Aufhebung nicht vor (dazu I.). Die Antragstellerin hat auch einen Rechtsanspruch auf Fortführung des Ausschreibungsverfahrens, denn bei der Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens handelt es sich um eine Scheinaufhebung (dazu II.). Der Antragsgegner kann sich auch auf keinen sachlich rechtfertigenden Grund berufen, um das Vergabeverfahren hinsichtlich des Loses 1 zu beenden und im Übrigen besteht seinen Vergabewillen unverändert fort (dazu III.).

I. Ein Aufhebungsgrund nach § 20 EG VOL/A liegt nicht vor.

1. Eine Aufhebungsentscheidung nach § 20 EG VOL/A steht im Ermessen der Vergabestelle. Deshalb ist eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkte Überprüfung möglich. Die Ermessensentscheidung kann nur dahingehend überprüft werden, ob die Vergabestelle überhaupt ihr Ermessen ausgeübt hat oder ob

sie das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten, von einem nicht zutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, sachwidrige Erwägungen in die Wertung mit eingeflossen sind wesentliche Aspekte bei ihrer Ermessensausübung unberücksichtigt gelassen hat. Der Frage, ob das Ermessen ordnungsgemäß von der Vergabestelle ausgeübt worden ist, geht aber die Prüfung der Voraussetzung des Vorliegens eines Aufhebungsgrundes nach § 20 EG VOL/A voran. Ob ein Aufhebungsgrund im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, unterliegt der vollen Überprüfung der Vergabekammer bzw. der Gerichte.

2. Vorliegend kann ein Aufhebungsgrund im Sinne des § 20 EG Abs.1 lit. b) VOL/A nicht bejaht werden. Eine wesentliche Änderung liegt dann vor, wenn wegen rechtlicher, technischer, zeitlicher oder wirtschaftlicher Schwierigkeiten, die während der laufenden Ausschreibung aufgetreten sind, die Durchführung des Auftrages nicht mehr möglich oder zumindest für den Auftraggeber objektiv sinnlos oder unzumutbar ist (Lischka in: Müller-Wrede, VOL/A- Kommentar, § 20 EG RdNr. 37). Hierbei kommen nur vom Auftraggeber nicht schuldhaft herbeigeführte Umstände in Betracht, die nachträglich entstanden sind oder solche anfänglichen Umstände, die der Auftraggeber im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens auch bei pflichtgemäßer Sorgfalt nicht hätte erkennen können (Lischka, a.a.O., § 20 EG RdNr.38; Portz in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, § 17 RdNr. 27). Zur Beurteilung der Wesentlichkeit der Änderungen der Ausschreibungsgrundlagen kann auf die zivilrechtliche Figur des Wegfalles der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden (Oberlandesgericht München, NZBau 2013, 524; 2. VK Bund, Beschluss vom 8. Februar 2011 - VK 2-134/10 - juris; Portz a.a.O. RdNr. 28).
- a) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners hatten sich zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung hinsichtlich des Loses 1 die Grundlagen des Vergabeverfahrens nicht wesentlich geändert. Der Antragsgegner möchte die Vertragslaufzeit deshalb geändert haben, weil er davon ausgeht, dass die Herstellung der In-house-Fähigkeit der ██████████ den Zeitraum von einem Jahr in Anspruch nehmen werde und insofern der Beschaffungsbedarf lediglich auf diesen Zeitraum zeitlich zu beschränken ist, was eine Aufhebung und eine Neuausschreibung rechtfertige.
- b) Die vom Antragsgegner beabsichtigte Verkürzung der Vertragslaufzeit auf ein Jahr, die letztendlich auf der schlechten wirtschaftlichen Situation der ██████████ ██████████ beruht, ist kein Umstand, der zur Geschäftsgrundlage geworden ist. Die Geschäftsgrundlage ist zu unterscheiden vom Vertragsinhalt einerseits und vom bloß einseitigen (und daher unerheblichen) Motiv andererseits. Nach der Rechtsprechung wird die Geschäftsgrundlage durch die bei „Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien gebildet oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Feststellung aufbaut“.

- c) Was für die andere Partei in diesem Sinne erkennbar ist, ist nach den üblichen Auslegungsgrundsätzen, also unter Heranziehung des objektiven Empfängerhorizontes zu bestimmen. Es genügt, wenn der eine dem anderen seine Vorstellung mitteilt und dieser nicht widersprochen hat (Finkenauer in: Münchner Kommentar, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, § 313 RdNr. 10). Der Antragsgegner gibt als Grund für die Aufhebung die Verkürzung der Vertragslaufzeit an, jedoch ist diese nicht Ursache für die von dem Antragseegner behaupteten Aufhebungsgrund. Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich eindeutig, dass Aufhebungsgrund einzig und allein die schlechte wirtschaftliche Situation der [REDACTED] ist. Diese sollte nach den Vorstellungen des Antragsgegners den Zuschlag für das Los 1 erhalten und darüber hinaus auch den Zuschlag für die übrigen ausgeschriebenen Lose, um die wirtschaftliche Situation der [REDACTED] zu verbessern. Die schlechte finanzielle Situation der [REDACTED] und gegebenenfalls die Vorstellung des Antragsgegners, dass die [REDACTED] im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nicht den Zuschlag erhalten könnte, was dann möglicherweise zur Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens führe, kann nicht als eine gemeinsame Vorstellung oder Erwartung der Parteien, hier des Antragsgegners und der Antragstellerin bzw. der am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter, angesehen werden. Die finanzielle Situation der [REDACTED] und die möglichen Wege zu deren „Rettung“ sind einzig und allein dem Antragsgegner bekannt und nicht den am Ausschreibungsverfahren beteiligten Bietern. Dass der Antragsgegner dennoch in Kenntnis der schlechten finanziellen Situation der [REDACTED] das Ausschreibungsverfahren durchgeführt hat und für den Fall, dass die [REDACTED] nicht den Zuschlag erhalten sollte, sich ggf. Möglichkeiten vorbehielt, dieses Ziel dennoch durchzusetzen, wäre vielmehr als geheimer Vorbehalt gegenüber den Bietern zu werten und schon allein deshalb von der Rechtsordnung nicht anzuerkennen. Auch war für die Antragstellerin die prekäre Finanzlage der [REDACTED] und damit das Motiv des Antragsgegners, nämlich die Vertragslaufzeit zu verkürzen, um so das Ausschreibungsverfahren aufheben zu können, nicht erkennbar.
- d) Selbst wenn man aber eine wesentliche Änderung der Vertragsgrundlagen annehmen würde, wäre es im Rahmen von § 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A nach der Rechtsprechung erforderlich, dass es sich um nachträgliche, nicht vorhersehbare Umstände handelt. Dies ist vorliegend auch nicht der Fall, denn wie bereits oben ausgeführt, ist die schlechte finanzielle Situation der [REDACTED] nicht erst im Laufe des aufgehobenen Ausschreibungsverfahrens entstanden, sondern besteht schon mindestens seit dem Jahre 2012. Hiervon hatte der Antragsgegner auch Kenntnis. Der Antragsgegner kann sich also nicht darauf berufen, dass er dies vor Ausschreibung bei pflichtgemäßer Sorgfalt nicht hätte erkennen können.

Dass nach dem Vortrag des Antragsgegners die Gläubiger der [REDACTED] nunmehr unter anderem in dem Sanierungsgutachten eine Auftragsvergabe an die [REDACTED] fordern, ist jedenfalls kein Umstand, der nachträglich und für den Antragsgegner nicht vorhersehbar eintrat. Vielmehr handelt es sich dabei um eine zwangsläufige Folge von nicht rechtzeitigem Handeln des Antragsgegners.

Ungeachtet dessen, hat der Antragsgegner für den Fall, dass die [REDACTED] den Zuschlag hinsichtlich des Loses 1 erhalten hätte, erklärt, auf jeden Fall die in der Ausschreibung formulierte Vertragslaufzeit von drei Jahren mit den darin vorgesehenen Vertragsverlängerungen beibehalten gewollt zu haben.

3. Darüber hinaus handelt der Antragsgegner auch vergaberechtswidrig, wenn er ein Ausschreibungsverfahren nach den Vorschriften des GWB nur zum Schein ausführt, in Wirklichkeit aber beabsichtigt, einem von ihm im Vorfeld ausgesuchten Bieter unter Missachtung der vergaberechtlichen Vorschriften den Zuschlag zu erteilen. Unabhängig von der Frage, ob die ungesicherte Finanzierung einen Aufhebungsgrund nach § 20 EG Abs. 1 lit. b) oder d) VOL/A darstellt, könnte sich der Antragsgegner hierauf nicht berufen. Zum einen betrifft die schlechte wirtschaftliche Situation weder den Antragsgegner noch den Gegenstand des Vergabeverfahrens unmittelbar. Zwar ist der Antragsgegner Mehrheitsgesellschafter der [REDACTED] aber als GmbH ist sie eine selbständige, vom Antragsgegner zu unterscheidende juristische Person (des Privatrechts). Die Gründung der GmbH richtet sich im Einzelnen nach dem GmbH-Gesetz und damit nach zivilrechtlichen Vorschriften. Zum anderen richtet sich die wirtschaftliche Betätigung bzw. die Zulässigkeit der Beteiligung an Gesellschaften nach § 52 Abs. 1 Satz 1 HKO in Verbindung mit den §§ 121 und 122 HGO. Die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung des Kreises ist auf einen seiner Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag zu begrenzen, was sich aus § 122 Abs. 1 Nr. 2 HGO ergibt. Die Vergabekammer geht davon aus, da auch nichts Gegenteiliges vorgetragen ist, dass der Antragsgegner § 122 Abs. 1 Nr. 2 HGO insoweit beachtet und mithin nicht von einer ungesicherten Finanzierung beim Antragsgegner ausgegangen werden kann. Im Übrigen müssen die Verfahrensteilnehmer darauf vertrauen können, dass ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren nur einleitet, wenn er die Leistungserbringung auch bezahlen kann. Selbst wenn man in engen begrenzten Ausnahmefällen trotz ungesicherter Finanzierung ein bereits eingeleitetes Vergabeverfahren rechtmäßig nach § 20 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A aufheben wollte, so wäre dies nur möglich, wenn eine Abwägung der Interessen des Auftraggebers an einer effektiven Beschaffung mit den Interessen der Bieter im Einzelfall ein erhebliches Überwiegen der Interessen des Auftraggebers an der Einleitung eines Vergabeverfahrens trotz ungesicherter Finanzierung ergäbe. Auch dies ist vorliegend nicht der Fall. Im Falle des Zuschlags an die [REDACTED] hätte der Antragsgegner auf jeden Fall die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebene Vertragslaufzeit von drei Jahren nebst

Verlängerung eingehalten und damit auch die Leistung „bezahlt“. Im Übrigen hätte er in diesem Fall in Kauf genommen, auf das nicht wirtschaftlichste Angebot (der [REDACTED] den Zuschlag zu erteilen und somit mehr zu zahlen. Auch vor diesem Hintergrund kann von einer ungesicherten Finanzierung nicht die Rede sein.

4. Zudem hat der Antragsgegner keinerlei Ermessen ausgeübt. Die Ausübung des Ermessens muss dokumentiert werden (Oberlandesgericht Zelle, Beschluss vom 13. Januar 2011 - 13 Verg 15/10; Oberlandesgericht München, Beschluss vom 23. Dezember 2010 - Verg 21/10 - jeweils juris). Dabei ist stets zu beachten, dass die Aufhebung einer Ausschreibung aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes immer nur das letzte Mittel sein darf (Oberlandesgericht München, Beschluss vom 4. April 2013 - Verg 4/13 - juris).

Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich eine solche Ermessenausübung nicht. Es finden sich nur Ausführungen, die möglicherweise einen Aufhebungsgrund nach § 20 EG VOL/A stützen könnten, insbesondere einen nach § 20 EG Abs. 1 lit b) VOL/A. Aus den Ausführungen wird einzig deutlich, dass die „Rettung“ der ZAUG Recycling GmbH im Vordergrund stand. Überlegungen zu Alternativen oder zur Frage der Verhältnismäßigkeit der Aufhebung finden sich nicht.

- II. Die Antragstellerin hat auch einen Rechtsanspruch auf Fortführung des Vergabeverfahrens. Die Aufhebung ist - wie dargelegt - rechtswidrig und hat keinen Bestand. Sie ist daher von der Vergabekammer aufzuheben.
 1. Grundsätzlich kann auch in diesen Fällen der Auftraggeber nicht ohne Weiteres durch eine Anordnung der Vergabekammer verpflichtet werden, das Verfahren fortzuführen und mit einer Zuschlagsentscheidung zu beenden, denn es besteht für die öffentlichen Auftraggeber keine generelle Pflicht, das Verfahren allein durch Zuschlag zu beenden. Das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen für die Aufhebung bedeutet zunächst nur, dass sich der Auftraggeber bei dennoch vorgenommener Aufhebung schadensersatzpflichtig macht.
 2. Ein Rechtsanspruch auf Fortführung des Vergabeverfahrens und damit faktisch auf eine Beendigung des Verfahrens durch Zuschlagserteilung kommt demzufolge nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn aufgrund einer Scheinaufhebung oder des fortbestehenden Vergabewillens ein Kontrahierungszwang zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers angenommen werden kann. Nach der Rechtsprechung liegt eine Diskriminierung eines einzelnen Unternehmens bzw. eine Scheinaufhebung vor, wenn der Auftraggeber unter Missbrauch seiner Gestaltungsmöglichkeiten nur den Schein einer Aufhebung gesetzt hat, um den ihm genehmen Unternehmen anschließend im Vergabeverfahren bzw. im Wege der freihändigen Vergabe den Auftrag zu erteilen, obwohl dieses nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte bzw. ausgeschlossen werden musste.

Der Auftraggeber missbraucht in diesem Fall bei unveränderter Vergabeabsicht die (rechtswidrige) Scheinaufhebung des Vergabeverfahrens dazu, einzelne Unternehmen zu diskriminieren (Portz in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, § 17 RdNr. 11 ff. mit weiteren Nachweisen). So liegt der Fall hier. Der Antragsgegner hat, und so ist es aus den Vergabeunterlagen auch deutlich erkennbar, quasi nach einem Aufhebungsgrund gesucht, um der Antragstellerin nicht den Auftrag erteilen zu müssen. Es ging und geht dem Antragsgegner ausschließlich darum, der ihm genehmen Bieterin, nämlich der [REDACTED], den Auftrag hinsichtlich des Loses 1 zu erteilen. Dies ergibt sich, wie bereits oben dargelegt, zum einen daraus, dass, wenn die [REDACTED] den Zuschlag erhalten hätte, die ausgeschriebene Vertragslaufzeit mit den entsprechenden Vertragsverlängerungen von dem Antragsgegner beibehalten worden wären. Weiter ergibt sich dies daraus, dass der [REDACTED] der wegen der im Vergabeverfahren eingetretenen Verzögerung erforderliche Interimsauftrag erteilt wurde, obwohl diese nach den Vergabeunterlagen nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat und darüber hinaus wegen des fehlenden Nachweises der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen.

Im Übrigen hat der Antragsgegner keinen sachlich rechtfertigenden Grund zur Beendigung des Vergabeverfahrens. Sein Vergabewille besteht unverändert fort; die zu beschaffende Leistung dient der Erfüllung einer Pflichtaufgabe des Antragsgegners. Der Antragsgegner hält nach eigenem Vortrag an seiner Beschaffungsabsicht fest und damit im Grunde auch an den Ausschreibungsbedingungen. Er beabsichtigt, die Herstellung der In-house-Fähigkeit der [REDACTED] herzustellen, um so deren Beauftragung außerhalb eines Vergabeverfahrens sicherstellen zu können.

3. Für den Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Rechtsprechung schon wiederholt entschieden, dass eine mit einer rechtswidrigen Aufhebung einhergehende Rechtsverletzung dadurch beseitigt werden kann, dass die Aufhebungsentcheidung ihrerseits aufgehoben und das Ausschreibungsverfahren fortgesetzt wird (vgl. Portz a.a.O.). Mit diesen Maßnahmen wird einerseits dem antragstellenden Bieter ein effektiver Primärrechtsschutz ermöglicht, weil er nicht nur auf reinen Schadenersatz verwiesen wird, andererseits aber dem öffentlichen Auftraggeber die Heilung des Mangels und einer einwandfreien Beendigung des Ausschreibungserfahrens und damit auch die Vermeidung von Schadenersatzansprüchen ermöglicht wird.
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da der Antragsgegner im Verfahren unterlegen ist, trägt er die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB).

- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus dem von der Antragstellerin für Los 1 angebotenen Bruttopreis ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von ████████ €.
- III. Der Antragsgegner trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des aufzuklärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat - Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth
Vorsitzende

Markus Schwarz
Hauptamtlicher Beisitzer