

VERGABERECHT

Ausschreibung kann wegen fehlender Haushaltsmittel aufgehoben werden

Magdalena Götsche | Goetsche@kaufmannlutz.com

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat in einer Entscheidung vom 08.06.2011 (Az.: Verg 55/10) zur Frage der Rechtmäßigkeit der Aufhebung einer PPP-Vergabe wegen fehlender Haushaltsmittel Stellung genommen.

1. Sachverhalt

Der Antragsgegner schrieb zwei PPP-Projekte zur Unterhaltung von Landesstraßen über 16 Jahre im Wege des Verhandlungsverfahrens aus. Auf der Grundlage einer Studie zur Konzeptionierung beider Projekte, die auch eine entsprechende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung enthielt, wurden Mittel in den Landeshaushalt eingestellt. Nach Wertung der in beiden Verfahren eingegangenen finalen Angebote erteilte der Antragsgegner hinsichtlich des ersten Projektes den Zuschlag. Hinsichtlich des zweiten Projektes wurde das Vergabeverfahren dagegen aufgehoben. Der Antragsgegner war hierbei im Rahmen der Wertung zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Eigenrealisierung der Straßenerhaltung wirtschaftlicher als die avisierte Beauftragung sei.

Dies rügte die Antragstellerin als vergaberechtswidrig. Nachdem der Rüge nicht abgeholfen wurde, stellte sie einen Nachprüfungsantrag und verlangte die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung. Sie begründete ihren Antrag mit der Tatsache, dass die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Antragsgegners nicht nachvollziehbar und die Aufhebungsentscheidung ermessensfehlerhaft sei.

Der Antragsgegner habe, nachdem er im Laufe des Vergabeverfahrens das Fehlen der Haushaltsmittel bemerkt habe, insoweit eine Aufstockung vornehmen müssen. Der Antragsgegner wendet ein, der Wirtschaftlichkeitsvergleich sei ordnungsgemäß

durchgeführt worden. Im Übrigen stünden nach Realisierung des einen Projektteils Haushaltsmittel nicht mehr zur Verfügung. Die Vergabekammer wies den Antrag zurück. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragsstellerin.

2. Entscheidung

Das OLG Düsseldorf weist den auf Aufhebung der Aufhebungsentscheidung gerichteten Antrag als unbegründet zurück.

In konsequenter Fortführung seiner Rechtsprechung führt das Gericht zunächst aus, dass die Rechtswidrigkeit einer Aufhebungsentscheidung noch nicht zu deren Aufhebung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen führen muss, insbesondere wenn sachliche Gründe für die Aufhebung bestehen und es sich nicht lediglich um eine Scheinaufhebung handelt. Beides ist nach Ansicht des OLG vorliegend der Fall. Stünden im Landeshaushalt keine Haushaltsmittel für eine Auftragsvergabe zur Verfügung, so stellt dies einen schwerwiegenden Grund im Sinne des § 26 Nr. 1c VOB/A 2006 (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009) dar, der die Vergabestelle in rechtmäßiger Weise zur Aufhebung berechtigt. Nach dem Haushaltsrecht des Landes NRW dürfen Aufträge nur im Rahmen von Haushaltsmitteln sowie Verpflichtungsermächtigungen erteilt werden. Ob und in welchem Umfang Haushaltsmittel für ein Projekt bereit gestellt werden, ist allein Sache des Haushaltsaufstellers. Stellt sich im Verlaufe eines Vergabeverfahrens heraus, dass die bereit gestellten Mittel nicht ausreichen, so obliegt es auch allein diesem zu entscheiden, ob und in welchem Umfang weitere Mittel bereit gestellt werden.

Auch der Bundesgerichtshof habe die für eine Auftragserteilung fehlenden Haushaltsmittel als Aufhe-

burgsgrund ausdrücklich anerkannt. Eine Berufung des Auftraggebers auf diesen Grund sei nur dann ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber den Kostenbedarf nicht mit der gebotenen Sorgfalt ermittelt hat (BGH, Urteil vom 08.09.1998, Az.: X ZR 99/96; BGH, Urteil vom 05.11.2002, Az.: X ZR 232/00). Im vorliegenden Fall bestünden jedoch keine Anhaltspunkte für eine unzureichende Kostenermittlung des Antragsgegners vor Beginn des Vergabeverfahrens. Weiterhin sei der Antragsgegner auch nicht verpflichtet gewesen, die Aufhebung bereits zu einem früheren Zeitpunkt, namentlich als sich die nachteilige Haushaltslage erstmals abzeichnete, zu erklären. Der Zeitpunkt der Aufhebung ändere nichts an ihrer grundsätzlichen Rechtmäßigkeit. Die aus sachlichen Gründen zulässige und gebotene Aufhebung werde nicht dadurch rechtswidrig, dass der Auftraggeber diese Entscheidung verschleppt. Allenfalls könnten der Antragstellerin in diesem Zusammenhang Schadensersatzansprüche in Höhe der Aufwendungen zustehen, die sie nach dem Zeitpunkt einer gebotenen Aufhebung im Vergabeverfahren getragen hat.

Ferner könne sich der Antragsgegner auch nachträglich noch im Rahmen des Vergabenachprüfungsverfahrens auf den Aufhebungsgrund der mangelnden Haushaltsmittel berufen. Es schade insoweit nicht, dass der Antragsgegner die Aufhebung zunächst in möglicherweise nicht vergaberechtskonformer Wei-

se darauf gestützt hat, dass eine Eigenerbringung der Leistungen nach Wirtschaftlichkeitsberechnung günstiger sei.

3. Fazit

Das OLG Düsseldorf hat mit dieser Entscheidung bestätigt, dass die öffentliche Hand bei einer negativen Änderung der Kassenlage ein Vergabeverfahren in rechtmäßiger Weise aufheben kann. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang weiterhin, dass fehlende Haushaltsmittel auch noch nachträglich im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens als Grund für eine Aufhebung vorgebracht werden können. Gleichwohl kann eine darauf gestützte Aufhebung nur dann zum Erfolg führen, wenn der Auftraggeber im Vorfeld der Vergabe eine sorgfältige Kostenermittlung vorgenommen und dementsprechend Haushaltsmittel bereit gestellt hat. Die Vergabestelle sollte daher vor Beginn eines Vergabeverfahrens besonderen Wert auf eine möglichst umfassende und nachvollziehbare Kostenschätzung legen. Stellt sich sodann im Nachhinein heraus, dass die veranschlagten Haushaltsmittel nicht ausreichen, so steht es der Vergabestelle im Rahmen ihrer Haushaltsprärogative frei zu entscheiden, ob und ggf. wie viel Geld sie „nachschießt“. Will sie dies nicht, so kann sie das Vergabeverfahren nach der dargestellten Entscheidung aus sachlichen Gründen aufheben.