



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 01/14

Halle, 14.02.2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A
- fehlerhafte Submission
- Kennzeichnungsmängel
- Rückversetzung des Verfahrens in den Stand der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes
Kennzeichnung im Sinne von § 14 Abs. 3 VOB/A bedeutet, dass alle wesentlichen Angebotsbestandteile, die zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen, entweder einheitlich (z. Bsp. durch Lochung) gekennzeichnet oder aber (z. Bsp. durch Siegelung) verbunden werden müssen, um einen nachträglichen versehentlichen oder bewussten Austausch einzelner Bestandteile des Angebots bzw. deren Entfernung zu verhindern.
Sie dient damit der Gewährleistung der Authentizität der Angebote und ist unabdingbare Grundvoraussetzung zur Sicherung eines transparenten und fairen Wettbewerbs.

In dem Nachprüfungsverfahren der

Fa.....

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte

.....

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

unter Beteiligung der

.....GmbH
.....

Verfahrensbeteiligte

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung der Verbandsgemeinde, Bauvorhaben Ersatzneubau, Los 11 Fassadenarbeiten, Vergabenummer - hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren ab der Aufforderung zur Abgabe der Angebote zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 8. November 2013 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Vergabe von Fassadenarbeiten im Rahmen des Ersatzneubaus der, Los 11, Vergabe-Nr. - aus.

Es wurden folgende Leistungen ausgeschrieben:

- 680 qm WDVS mit Klinkerriemchen
- 170 qm WDVS mit Glattputz
- 110 qm HPL-Vorhangfassade in Kleinflächen

Unter Position 1.3.110 des Leistungsverzeichnisses wurden Klinkerriemchen in der Farbe: Handformoptik, hellgrau-beige nuanciert, entsprechend beigefügtem Oberflächenmuster ausgeschrieben. Von den Bietern waren Hersteller und Sorte zu benennen.

In Folge der Veröffentlichung baten 13 Firmen um Zusendung der Vergabeunterlagen.

Zum Submissionstermin am 3. Dezember 2013, 10.30 Uhr, lagen fünf Hauptangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin ein Hauptangebot in Höhe von Euro bei der Antragsgegnerin vor und bot einen Nachlass von 2 v.H. an. Unter Position 1.3.110 des Leistungsverzeichnisses bot sie Klinkerriemchen in der Farbe NF hellgrau-beige nuanciert an.

Die Verfahrensbeteiligte legte ein Hauptangebot in Höhe von Euro vor und bot einen Nachlass von 1,5 v.H. an. In der Position 1.3.110 des Leistungsverzeichnisses bot sie Klinkerriemchen von drei Herstellern nach Wahl des Auftraggebers an, für die Positionen des Leistungsverzeichnisses Nr. 1.2.20, 1.2.30, 1.3 und 1.3.240 gab sie jeweils drei verschiedene Hersteller an.

Im Submissionstermin war kein Bieter anwesend. Ausweislich der Niederschrift sollen die Angebote um 10.30 Uhr geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet worden sein. Die Niederschrift wurde nicht verlesen.

Die Überprüfung der Angebote und der Verpackungsmaterialien durch die Vergabekammer hat ergeben, dass vier von fünf Briefumschlägen mit einem Posteingangsstempel versehen waren, der das Eingangsdatum dokumentierte, Uhrzeit und Handzeichen waren jedoch nicht auf den Umschlägen vermerkt. Der Briefumschlag des Bieters Nr. 05 wies keinen Posteingangsvermerk auf. Die Angebote der Bieter sind mit einfachen Heftstreifen geheftet. Eine Kennzeichnung der Angebote mittels Lochung, Bindung, Paginierung o.ä. ist in keiner Weise ersichtlich.

Im Rahmen der Prüfung der Angebote durch das von der Antragsgegnerin beauftragte Planungsbüro wurden die Bieter Nr. 02, 04 und 05 mit Datum vom 4. Dezember 2013 aufgefordert, fehlende Unterlagen sowie ein Muster der unter Position 1.3.110 des Leistungsverzeichnisses ausgeschriebenen Klinkerriemchen nachzureichen.

Der Bieter Nr. 05 legte keine Unterlagen innerhalb der Frist vor und wurde von der Antragsgegnerin von der Wertung ausgeschlossen.

Die Bieter Nr. 01 und 03 wurden durch die Antragsgegnerin ebenfalls ausgeschlossen, da sie Klinkerriemchen der Farbe rot / rot-bunt angeboten hätten.

Die Antragstellerin legte mit Datum vom 5. Dezember 2013 die fehlenden Unterlagen sowie entsprechende Muster und Datenblätter ihrer angebotenen Produkte vor.

Die Verfahrensbeteiligte legte mit Datum vom 4. Dezember und 12. Dezember 2013 die von der Antragsgegnerin wählbaren Muster und Datenblätter der von ihr angebotenen Produkte vor.

Im Rahmen der Wertung wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen, da die von ihr angebotenen Klinker nicht dem Leistungsverzeichnis entsprächen. Der Vergabevermerk des Planungsbüros vom 17. Dezember 2013 empfahl den Zuschlag an die Verfahrensbeteiligte zu erteilen, da diese das einzig in der Wertung verbliebene und wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Mit Vermerk vom 19. Dezember 2013 schloss sich die Antragsgegnerin der Empfehlung des Planungsbüros an.

Nach erfolgter Wertung der Angebote wurde die Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA am 23. Dezember 2013 darüber informiert, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, da es nicht dem Leistungsverzeichnis entsprechen würde und beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Verfahrensbeteiligten zu erteilen. Der Antragstellerin wurde das Schreiben nach § 19 Abs. 1 LVG LSA per E-Mail zugeschickt, während die übrigen Bieter die Mitteilung per Telefax erhielten.

Mit Schreiben vom 8. Januar 2014 legte die Antragstellerin sowohl gegenüber der Antragsgegnerin als auch bei der Vergabekammer Widerspruch zu der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mit folgender Begründung ein:

Die Antragsgegnerin habe die Absage nach § 19 Abs. 1 LVG LSA zu einem Zeitpunkt verschickt, in dem Betriebsferien in den meisten Baubetrieben seien.

Die Antragstellerin halte die Übersendung des Absageschreibens per E-Mail ohnehin nicht für wirksam, da hierfür die Schriftform erforderlich sei. Auch seien für eine elektronische Übermittlung die Voraussetzungen des § 126 a BGB nicht eingehalten worden.

Darüber hinaus läge auch kein Ausschlussgrund für ihr Angebot vor. Nach Rücksprache mit dem beauftragten Planungsbüro sei die Absage der Antragsgegnerin damit begründet worden, dass der Antragsgegnerin die angebotenen Klinkerriemchen optisch nicht gefallen hätten. Diese Vorstellungen der Antragsgegnerin seien allerdings völlig irrelevant, da sie nicht in der Ausschreibung zum Ausdruck gekommen seien. Die angebotenen Riemchen entsprächen vollumfänglich den ausgeschriebenen Positionen. Welches Gesamtkonzept die Antragsgegnerin erreichen wolle, sei hier nicht relevant, da ein solches nicht zum Gegenstand der Leistungsbeschreibung gemacht worden sei.

Die Antragstellerin beantragt,

den Zuschlag an die Verfahrensbeteiligte zu untersagen und die Wertung ihres Angebotes.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Da der Nachprüfungsantrag am 8. Januar 2014 auch bei der Vergabekammer eingegangen ist, wurde die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 9. Januar 2014 aufgefordert, die Vergabeakten der Vergabekammer vorzulegen.

Am 14. Januar 2014 legte die Antragsgegnerin die Vergabeakte der Vergabekammer vor, ohne jedoch eine Entscheidung zur Abhilfe der Beanstandung getroffen zu haben.

Mit Schreiben vom 24. Januar 2014 wies die Vergabekammer die Antragsgegnerin darauf hin, dass ein Nachprüfungsverfahren derzeit nicht eingeleitet würde, da die Antragsgegnerin bisher keine Entscheidung über die Beanstandung des Bieters getroffen habe.

Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 LVG LSA wird ein Nachprüfungsverfahren durch die Vergabekammer nur eingeleitet, wenn ein Bieter vor Ablauf der Frist schriftlich beim öffentlichen Auftraggeber die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften beanstandet und der öffentliche Auftraggeber der Beanstandung nicht abhilft. Auch die Frist beginne erst mit Eingang der Entscheidung der Antragsgegnerin, der Beanstandung nicht abzuwehren, zu laufen.

Die Antragsgegnerin teilte daraufhin am 24. Januar 2014 der Vergabekammer mit, dass sie der Beanstandung nicht abhelfe und begründet ihre Entscheidung wie folgt:

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2013 sei die Antragstellerin fristwährend darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle und beabsichtigt sei, einem anderen Bieter den Zuschlag für die ausgeschriebene Leistung zu erteilen. Die Terminsetzung für den Submissionstermin am 3. Dezember 2013 und die Zuschlags- und Bindefrist am 31. Dezember 2013 seien dem Bauablauf geschuldet und aus der öffentlichen Bekanntmachung ersichtlich gewesen. Die Antragstellerin sei per per E-Mail in Kenntnis gesetzt worden, da sie keine Fax-Nummer angegeben habe.

Die Antragsgegnerin habe sich bei der Gestaltung der Fassade für Klinkerriemchen eines Herstellers entschieden. Diese seien im Leistungsverzeichnis produktneutral und möglichst erschöpfend beschrieben. Zusätzlich sei ein Oberflächenmuster dem Leistungsverzeichnis beigelegt worden. Mit dem von der Antragstellerin angebotenen Klinkerriemchen eines

anderen Herstellers könne das Gestaltungskonzept für den KiTa-Neubau nicht umgesetzt werden.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA vom 19. November 2012, veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012, ausgegeben am 30.11.2012) ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA gerügt.

Voraussetzung für eine Beanstandung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 LVG LSA, die zu einem Nachprüfungsverfahren gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 LVG LSA führt, ist die wirksame Information der Bieter durch den Auftraggeber.

Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 LVG LSA gibt der Auftraggeber die Information an die nicht berücksichtigten Bieter schriftlich, spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss, ab. Entgegen den Regelungen des § 101 a GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013, BGBl. I S. 1750, 3245, zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 78 des Gesetzes vom 7. August 2013, BGBl. I S. 3154) und der VOB/A, die lediglich die Textform verlangen, verlangt das LVG LSA die Schriftform, d.h. auf dem Postweg oder per Telefax. Eine E-Mail als elektronische Übermittlung erfüllt diese Vorgaben nicht, damit hat die Antragsgegnerin die Information an die Antragstellerin nicht wirksam abgegeben, so dass die Frist für eine Beanstandung auch nicht beginnen konnte.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist durch die Antragsgegnerin in den Stand der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes zu versetzen, da auf keines der abgegebenen Angebote ein Zuschlag erteilt werden darf.

Die Antragsgegnerin hat im Submissionstermin bei der Öffnung der Angebote eklatant gegen § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A verstoßen. Danach werden die Angebote im Submissionstermin geöffnet und in allen wesentlichen Teilen im Eröffnungstermin gekennzeichnet.

Kennzeichnung im Sinne von § 14 Abs. 3 VOB/A bedeutet, dass alle wesentlichen Angebotsbestandteile, die zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen, entweder einheitlich (z. Bsp. durch Lochung) gekennzeichnet oder aber (z. Bsp. durch Siegelung) verbunden werden müssen, um einen nachträglichen versehentlichen oder bewussten Austausch einzelner Bestandteile des Angebots bzw. deren Entfernung zu verhindern.

Sie dient damit der Gewährleistung der Authentizität der Angebote und ist unabdingbare Grundvoraussetzung zur Sicherung eines transparenten und fairen Wettbewerbs (VK Sachsen-Anhalt, B. v. 28.01.2009 - Az: 1 VK LVwA 29/08). Mit der Kennzeichnung soll auch der ordnungsgemäße, faire Wettbewerb sichergestellt werden.

Bereits die Briefumschläge der Angebote weisen Kennzeichnungsmängel auf. Die Angebote selbst wurden durch die Antragsgegnerin jedoch lediglich abgeheftet und in keiner Weise gekennzeichnet. Dies steht auch in erkennbarem Widerspruch zur Niederschrift über den Submissionstermin, in der fehlerhaft dokumentiert wird, dass eine Kennzeichnung der Angebote erfolgt sei. Durch die Übersendung der Niederschrift an die Bieter, von denen niemand im Submissionstermin anwesend war, wird diesen ein ordnungsgemäßes Verfahren suggeriert, das in der dokumentierten Form gar nicht durchgeführt wurde.

Die der Vergabekammer vorgelegten Unterlagen sind unter Gewährleistung der Grundsätze der Transparenz und des Wettbewerbs bereits keiner formellen Prüfung oder gar Wertung mehr zugänglich. Die Antragsgegnerin hat durch ihr vergaberechtswidriges Verhalten bei der Öffnung der Angebote nicht nur das Angebot der Antragstellerin, sondern auch alle übrigen Angebote einer Wertbarkeit entzogen.

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist damit rechtswidrig, eine Zuschlagserteilung an die Verfahrensbeteiligte würde die Antragstellerin in ihren Rechten verletzen.

Bei dieser Sachlage ist das Vergabeverfahren, sofern der Auftraggeber die ausgeschriebenen Leistungen weiterhin vergeben will, ab dem Stadium zu wiederholen, in dem es fehlerhaft ist. Dies ist vorliegend die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes an die betroffenen Bieter. Zur Beseitigung einer Rechtsverletzung ordnet die Vergabekammer daher gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA an, das Vergabeverfahren in diesen Stand zurückzusetzen.

Zur Heilung des Verstoßes gegen die Kennzeichnungspflicht des § 14 Abs. 3 VOB/A ist die Rückversetzung in den Stand vor Submission und die Einreichung neuer Angebote der bisherigen Bieter – nur deren eingereichte Angebote sind von dem Verstoß betroffen – geeignet und ausreichend. Die Heilung des Verstoßes gegen die Kennzeichnungspflicht erfordert gerade keine erneute Öffnung des Vergabeverfahrens für sämtliche interessierten Unternehmen (VK Südbayern, Beschl. v. 9.10.2013 – Z3-3-3194-1-27-08/13).

Ergänzend weist die Vergabekammer darauf hin, dass Angebote konkrete Angaben zu geforderten Hersteller- und Typangaben aufweisen müssen. Eine Mehrfachnennung von Produkten führt dazu, dass das Angebot nicht hinreichend bestimmt ist und damit gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen ist. Auch ein späterer Austausch von Produkten wäre eine unzulässige Nachbesserung. Angebote müssen zweifelsfrei und eindeutig sein, um vergleichbar zu sein (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.05.2010 - 1 VK 24/10).

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 – 3 LVG LSA.

.....

.....

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.