



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 03/13, 3 VK LSA 04/13

Halle, 15.05.2013

§ 2 LVG

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA

- Zuständigkeit der 3. Vergabekammer auch in den Formen der Mischfinanzierung
- fehlerhafte Prüfung und Wertung der Angebote
- Begründetheit des Nachprüfungsantrags

Wird das Vergabeverfahren von einem Land im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund durchgeführt, ist die Vergabekammer dieses Landes zuständig. Hinzu kommt noch, dass es sich vorliegend nicht um eine Bundesauftragsverwaltung, sondern um eine Mischfinanzierung (Eigenverwaltung und Bundesauftragsverwaltung) handelt. Ein teilweise in Eigenverwaltung handelnder öffentlicher Auftraggeber darf es nicht in der Hand haben, die Anwendung des LVG (§ 2) durch eine gewillkürte Mischfinanzierung auszuschließen. Die 3. Vergabekammer ist demnach unzweifelhaft auch in den Formen der Mischfinanzierung zuständig.

Die Angebote der Verfahrensbeteiligten waren auf Grund einer fehlerhaften Wertung der Antragsgegnerin einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich.

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

In den Nachprüfungsverfahren der

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen

.....

Antragsgegnerin

unter Beteiligung der

.....

Verfahrensbeteiligte

wegen

des gerügten Verstoßes der Beschränkten Ausschreibungen bezüglich der Vergabeverfahren Rahmenvertrag Winterschäden und Rahmenvertrag Winterschäden hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die am geschlossenen Verträge nichtig sind. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Angebote unter Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu werten.
2. Kosten werden nicht erhoben.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird abgelehnt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb in Form Beschränkter Ausschreibungen zwei gesonderte Rahmenverträge für die und die für Straßenreparaturen an Bundes- und Landesstraßen zur Beseitigung von Winterschäden aus.

Unter dem Hinweis des Verbleibs beim Bieter wurden gemäß Buchstabe A) des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes die HVA B-StB Bewerbungsbedingungen (Stand März 2012) zur Beachtung übergeben.

Unter Buchstabe B) wurde den Bietern

- die Leistungsbeschreibung,
- die HVA B-StB Besonderen Vertragsbedingungen,
- die HVA B-StB Weitere Besondere Vertragsbedingungen,
- die HVA B StB Zusätzlichen Vertragsbedingungen (Stand März 2012)

übergeben und darauf hingewiesen, dass diese Unterlagen beim Bieter verbleiben und Vertragsbestandteil werden.

Gemäß Buchstabe C) waren durch die Bieter, soweit erforderlich,

- das HVA B-StB Angebotsschreiben,
- die Leistungsbeschreibung – Kurzfassung –
- HVA B-StB Nachunternehmerleistungen
- Erklärungen gemäß LVG LSA
- Bieterangebot im Format GEAB 90 – D 84
- Preisermittlungsvordrucke EFB Preis 1 oder 2

ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen.

Das Blankett der Verdingungsunterlagen enthält eine Baubeschreibung. Es ist jedoch nicht ersichtlich, ob den Bietern eine Baubeschreibung übergeben wurde, da diese im Aufforderungsschreiben nicht aufgeführt ist.

Nach Ziffer 4 des Aufforderungsschreibens war eine losweise Vergabe verneint. In Ziffer 5 erfolgte zudem der Hinweis, dass Nebenangebote nicht zugelassen seien.

In Ziffer 6 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sind die Kriterien für die Wertung des Angebotes gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A aufgeführt. Als einziges Wertungskriterium ist dort der Preis angekreuzt. Zur weiteren Information ist angegeben: „Der Preis (in €, netto) wird aus der Wertungssumme des Angebotes ermittelt. Die Wertungssumme wird ermittelt aus der nachgerechneten Angebotssumme, insbesondere unter Berücksichtigung von Nachlässen, dem eventuellen Erstattungsbetrag aus der Lohngleitklausel sowie preislich günstigeren Grund- oder Wahlpositionen.“

In Ziffer 9 des Aufforderungsschreibens ist als Nachprüfungsstelle nach § 21 VOB/A die benannt.

Unter Ziffer 10 des Aufforderungsschreibens an die Bieter erfolgte der Hinweis, dass die Bestimmungen des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA) gelten.

Der Verweis auf die Nachprüfbehörde gemäß § 19 (3) Landesvergabegesetz (LVG LSA) - die Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt, Ernst-Kamieth-Straße 2, in 06112 Halle (Saale) – ist im Aufforderungsschreiben an die Bieter nicht enthalten. Dieser Hinweis ergibt sich nur aus dem hier der 3. Vergabekammer durch die Antragsgegnerin vorgelegten Blankett.

In Ziffer 2 der Besonderen Vertragsbedingungen sind die Vertragsfristen geregelt. Als Beginn der Ausführung ist dort unter 2.1 frühestens der angegeben. Die Vollendung der Ausführung soll nach Ziffer 2.3 bis spätestens am 30. 04. 2014 erfolgen.

Die Antragsgegnerin hat je Vergabeverfahren am 12. 02. 2013 sechs Unternehmen aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Noch vor der Submission hat sie am 01. 03. 2013 im Rahmen eines Nachschreibens Nr. 2 die Bieter darauf hingewiesen, dass in Ergänzung zur Baubeschreibung die Prüfung des Angebotes hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit durch eine Modell- und Vergleichsrechnung mit Hilfe von Mustereinzelaufträgen realisiert werde. Diese Einzelaufträge orientierten sich an den zu erwartenden Auftragsarten und –umfängen. Die Einzelpreise seien hierzu auskömmlich anzusetzen. Eine Übersendung der Mustereinzelaufträge als Grundlage für die Modell- und Vergleichsrechnung erfolgte nicht.

Der Eröffnungstermin für die Bauleistung Rahmenvertrag zur Beseitigung von Winterschäden (Auftrag 1) war am Uhr, und für die Bauleistung Rahmenvertrag zur Beseitigung von Winterschäden (Auftrag 2) am Uhr.

Insgesamt reichten für die vier Bieter und für die drei Bieter ein Angebot ein.

Die Antragstellerin legte fristgemäß je ein Angebot für die und die vor.

Ausweislich der Ergebnisse der Submissionsprotokolle gab die Antragstellerin für die Bauleistungen der einen nachgerechneten Endpreis in Höhe von € und für die Bauleistungen der einen nachgerechneten Endpreis in Höhe von € ab. Unter Einrechnung des Preisnachlasses in Höhe von 6,5 % ergab sich dann nach rechnerischer Prüfung für die Bauleistungen der eine Angebotssumme von €. Mit diesen Angebotssummen belegte die Antragstellerin für beide Aufträge den ersten Platz.

Die Verfahrensbeteiligte reichte für die Bauleistungen der ein Angebot in Höhe von brutto € und für ein Angebot in Höhe von netto € zuzüglich eines Preisnachlasses von 1 % ab, womit sie je einen dritten Platz erreichte.

Mit Schreiben vom 18. 03. 2013 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin für beide Verfahren mit, dass ihre Angebote nicht in die engere Wahl genommen worden seien, weil andere wirtschaftlichere Angebote vorlägen. Nähere Gründe hierfür wurden nicht übermittelt

Beide Ablehnungsschreiben beanstandete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22. 03. 2013. Sie teilte mit, dass sie in beiden Fällen die Mitteilungen als vergaberechtswidrig rüge, da entgegen dem Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt spätestens sieben Tage vor Vertragsabschluss alle Bieter u. a. darüber zu informieren sind, welcher Bieter für die Zuschlagserteilung vorgesehen sei. Diese Information sei in der zugegangenen Bieterverständigung nicht enthalten gewesen. Des Weiteren werde die abgegebene Begründung, die Angebote der Antragstellerin kämen nicht in die engere Wahl, als unzutreffend zurückgewiesen. Ausweislich des Submissionsergebnisses sei die Antragstellerin in beiden Fällen Bestbieter.

Weiterhin beanstandete die Antragstellerin, dass die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes offensichtlich nicht nach der Wertungssumme des Angebotes, sondern anhand einer „Modell- und Vergleichsrechnung“ erfolgt sei. Dies stelle eine schwerwiegende Änderung der Verdingungsunterlagen dar, die zu einer Aufhebung der Ausschreibung führen müsse. Die Antragsgegnerin wurde aufgefordert, den Beanstandungen abzuweichen. Bei einer Unterlassung würde die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag beim Landesverwaltungsamt einreichen müssen.

Mit Schreiben vom 25. 03. 2013 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie ihrer Beanstandung nicht abhelfe. Zur Begründung legte sie dar, dass der öffentliche Auftraggeber nur dann zur schriftlichen Information der Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden, verpflichtet sei, wenn der voraussichtliche Gesamtauftragswert bei Bauleistungen ohne Umsatzsteuer einen Wert von 150.000 Euro übersteige (§ 19 Abs. 4 LVG LSA). Dieser Schwellenwert werde allein auf Grund der derzeit zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel mit den hier zu vergebenden Rahmenverträgen für die Beseitigung von Winterschäden nicht erreicht. Außerdem wurde darauf verwiesen, dass es der Eigenart eines Jahresvertrages entspreche, dass die gültigen Vertrags- und Abrechnungsmengen zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht bekannt seien. Von daher sei das Erstellen von Mustereinzelaufträgen, die auf den Erfahrungen der letzten Jahre beruhen, die zweckmäßigste Variante, um das wirtschaftlichste Angebot zu finden. Weiterhin wurde dargelegt, dass die Nachprüfungsstelle auf Grund der Unterschreitung des Schwellenwertes des LVG LSA, die Zentrale der sei. Hierbei wurde auf Ziffer 9 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes hingewiesen.

Am 26. 03. 2013 hat die Antragsgegnerin mittels Faxschreiben in Form von zwei Rahmenverträgen (..... und) den Auftrag an die Verfahrensbeteiligte erteilt. Auftragssummen enthalten die Rahmenverträge nicht. Es wird lediglich auf das Angebot der Verfahrensbeteiligten vom 7. März 2013 verwiesen.

Da die Antragsgegnerin der Beschwerde der Antragstellerin nicht abhalf und zunächst auch die Verfahrensakten nicht an die 3. Vergabekammer übersandte, stellte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin am 27. 03. 2013 einen Antrag zur Einleitung eines Vergabenachprüfverfahrens gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA bei der Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt.

Hierin wurde die Vergabekammer zunächst ersucht, alle erforderlichen Maßnahmen einzuleiten, um eine Rechtsverletzung der Antragstellerin zu verhindern, wozu etwa die Anforderung der Vergabeakten bei der Antragsgegnerin gehören könne.

Gemäß Verfügung der Vergabekammer vom 28. 03. 2013 wurde die Antragsgegnerin aufgefordert, die vollständigen Vergabeakten der Vergabekammer bis zum 04. 04. 2013 zu übersenden. Gleichzeitig wurde sie darauf hingewiesen, dass gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA

mit Zugang dieses Schreibens bis zum Abschluss der Beschwerdefrist der Auftrag nicht erteilt werden dürfe.

Die Antragsgegnerin hat die vergaberelevanten Unterlagen am 04. 04. 2013 der Vergabekammer übergeben.

Da offensichtlich keine Abhilfe der Beanstandungen durch die Antragsgegnerin erfolgte, hat die Antragstellerin den Sachverhalt an die Rechtsanwaltskanzlei im weiteren Verfahrensbevollmächtigte genannt, übergeben.

Die Verfahrensbevollmächtigte teilte der Antragsgegnerin am 27. 03. 2013 mit, dass sie durch die mit der Wahrnehmung der Interessen der beauftragt wurde. Ihre Mandantin habe sich mit äußerst attraktiven Angeboten an den beiden vorgenannten Vergabeverfahren über Rahmenverträge Winterschäden 2013 beteiligt. Bei der Submission belegten die Angebote ihrer Mandantin jeweils Rang eins. Dennoch habe die Antragsgegnerin ihrer Mandantin mitgeteilt, die Aufträge anderweitig zu vergeben, was ihre Mandantin mit Schreiben vom 20. 03. 2013 ausdrücklich als verfahrensfehlerhaft und vergabewidrig gerügt habe. Die Rüge habe sich auch darauf bezogen, dass von Seiten der Antragsgegnerin entgegen den ausdrücklichen Vorgaben gemäß § 19 LVG LSA nicht der Name des Bieters mitgeteilt worden sei, dessen Angebot angenommen werden soll. Mit Schreiben vom 25. 03. 2013 habe sie, die Antragsgegnerin die Beanstandungen ihrer Mandantin zurückgewiesen. U. a. sei dargelegt, worden, dass § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA keine Anwendung finde, da angeblich der Gesamtauftragswert 150.000 € nicht erreicht werde, da keine entsprechenden Haushaltsmittel zur Verfügung stehen. Aus dem Antwortschreiben der Antragsgegnerin sei zu ersehen, dass sie auch entgegen ihrer gesetzlichen Verpflichtung bislang noch nicht die zuständige Nachprüfungsbehörde, die Vergabekammer Sachsen-Anhalt, durch Übersendung der vollständigen Vergabeakten über die Beanstandungen ihrer Mandantin unterrichtet habe.

Die Verfahrensbevollmächtigte forderte daher die Antragsgegnerin am 27. 03. 2013 auf, der Vergabekammer die vollständigen Vergabeakten zu übergeben, da der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA eröffnet sei. Begründet wurde dies damit, dass der voraussichtliche Gesamtauftragswert, resultierend aus den Submissionsergebnissen der Bieter, weit über 150.000 Euro läge und infolge der Einbeziehung einer Modell- und Vergleichsrechnung die Wertung der Angebote hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit für die Bieter nicht transparent und deshalb fehlerhaft sei. Die Antragsgegnerin wurde abschließend nochmals aufgefordert, die Wertung der Angebote zu korrigieren oder aber die vollständige Vergabeakte an die Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zu übersenden. Es wurde weiterhin darauf verwiesen, dass eine wirksame Auftragserteilung gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA bis auf weiteres nicht möglich sei.

Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. hilfsweise der Antragsgegnerin zu untersagen, in den streitgegenständlichen Vergabeverfahren auf der Grundlage der aktuellen Vergabeunterlagen einen Zuschlag zu erteilen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin für erforderlich zu erklären,
4. die Antragsgegnerin trage die Kosten des Nachprüfungsverfahrens,
5. Akteneinsicht gemäß § 111 GWB in die Vergabeakten der Antragsgegner.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. festzustellen, dass der maximale Auftragswert der Rahmenverträge den Schwellenwert von 150.000 € netto gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA unterschreite,
2. festzustellen, dass das Vergabeverfahren nicht der Nachprüfung gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA der Vergabekammer unterliege.

Zur Begründung führt die Antragsgegnerin aus, dass sie bei Nichtabhilfe einer Rüge zu einer Übersendung der Vergabeunterlagen an die 3. Vergabekammer entsprechend § 19 Abs. 2 LVG LSA nur verpflichtet sei, wenn der voraussichtliche Gesamtauftragswert bei Bauleistungen ohne Umsatzsteuer einen Betrag von 150.000 € übersteige. Der voraussichtliche Gesamtauftragswert der Bauleistung übersteige diese Wertgrenze nicht. Daher sehe die Antragsgegnerin die Zuständigkeit der 3. Vergabekammer für jegliche Prüfungen der beiden Vergabeverfahren nicht als gegeben an. Aus diesem Grund sei sowohl für den Rahmenvertrag als auch für den Rahmenvertrag der der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot am 26. 03. 2013 erteilt worden.

Der tatsächliche maximale Auftragswert für diese Rahmenverträge ergebe sich aus der Berechnung der tatsächlichen Auftragshöhe je Straßenmeisterei und Jahr. Die entsprechenden Haushaltsmittel seien eingestellt.

Der tatsächliche maximale Auftragswert unterschreite den Schwellenwert von 150.000 € netto nach § 19 Abs. 4 LVG LSA.

Die Vergabeverfahren unterlägen damit nicht der Nachprüfung nach § 19 Abs. 2 LVG LSA.

Im Einzelnen führt sie aus, dass der Rahmenvertrag Bauleistungen für Reparaturen an Bundes- und Landesstraßen im Zuständigkeitsbereich der enthalte. Die Verträge würden für die Bundesrepublik Deutschland und das Land Sachsen-Anhalt geschlossen. Im persönlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 LVG LSA sei eine Geltung für die Bundesrepublik Deutschland nicht vorgesehen. Daher würden die Anteile des Vertrages, die für die Bundesrepublik Deutschland geschlossen werden, nicht dem LVG LSA unterfallen.

Der Schwellenwert von 150.000 € netto sei aber auch bei gemeinsamer Berechnung für Bundes- und Landesstraßen nicht überschritten. Der voraussichtliche Gesamtauftragswert ohne Umsatzsteuer liege für den Bereich der bei 140.000 € und für den Bereich der bei 145.000 €. Diese Werte seien Erfahrungswerte und beruhten auf gemeldeten Schäden. Die Antragsgegnerin stütze sich hierbei auf einen errechneten Durchschnittswert von 135.275,90 € netto für die Jahre 2011/12 für alle

Die Berechnung des voraussichtlichen Gesamtauftragswertes weiche von der Angebotsendsumme ab. Die Antragsgegnerin räumt selbst ein, dass für den Rahmenvertrag im Bereich der die Angebotsendsumme der Antragstellerin tatsächlich bei ca. 1.600.000 € und für den Bereich der bei ca. 1.800.000 € liege. Dies sei darauf zurückzuführen, dass 16 unterschiedliche Leistungsbilder im Leistungsverzeichnis enthalten sind. Darüber hinaus seien sämtliche Verkehrssicherungen einzeln aufgeführt. In der Baubeschreibung werde darauf verwiesen, dass diverse Einzelaufträge kleineren bis mittleren Umfangs vergeben werden und erfahrungsgemäß mit 5 -10 Einzelaufträgen gerechnet werden könne. Die Darstellung im Leistungsverzeichnis enthalte bereits alle Varianten der Auftragserteilung. Die Aufsummierung der Einzelpreise des Angebotes ergäbe damit nicht den Auftragswert und sei unzulässig für die Berechnung des Schwellenwertes nach § 19 Abs. 4 LVG LSA.

Hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bezieht sich die Antragsgegnerin auf eine durchgeführte Modell- und Vergleichsrechnung mit Hilfe von Mustereinzelaufträgen, auf die

die Antragsgegnerin die Antragstellerin in einem zweiten Nachschreiben vom 01.03.2013 hingewiesen habe. Hierzu habe sie an Hand tatsächlich ausgeführter Leistungen der Jahre 2011 und 2012 Schwerpunktpositionen ermittelt und diese Werte in fiktive Einzelaufträge je umgesetzt. Dabei habe sie für die drei Aufträge und für die vier Aufträge jeweils aus dem Jahr 2012 angesetzt.

Nach der Begründung in den Tabellen 3 für die und die seien für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit Mustereinzelaufträge aus dem aus dem Jahr 2012 erstellt worden, die sich an den zu erwartenden Auftragsarten und -umfängen orientierten. Die Modellrechnung habe vergleichbare Summen ergeben, die dann bei der Bieterbewertung als Wertungssumme verwendet worden sei.

Durch dieses Wertungsverfahren habe sich der wirtschaftlichste Bieter bestimmen lassen. Die Bieter seien in der Baubeschreibung durch den Absatz „Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes werde durch eine Modell- und Vergleichsrechnung mit Hilfe von Mustereinzelaufträgen realisiert“, informiert worden. Zur Vermeidung von Spekulationen seien die Bieter nicht über den Inhalt der Modellrechnung unterrichtet worden. Die Musteraufträge hätten bereits vor der Ausschreibung festgestanden, um eine Beeinflussung vor der Vergabe während des Vergabeverfahrens zu vermeiden.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Verfahrensbevollmächtigten ist zulässig. Die abgeschlossenen Verträge sind unter Verstoß gegen § 19 Abs. 2 S. 2 LVG LSA zustande gekommen und in Verbindung mit § 134 BGB nichtig.

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.

Wird das Vergabeverfahren von einem Land im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund durchgeführt, ist die Vergabekammer dieses Landes zuständig. Hinzu kommt noch, dass es sich vorliegend nicht um eine Bundesauftragsverwaltung, sondern um eine Mischfinanzierung (Eigenverwaltung und Bundesauftragsverwaltung) handelt. Ein teilweise in Eigenverwaltung handelnder öffentlicher Auftraggeber darf es nicht in der Hand haben, die Anwendung des LVG (§ 2) durch eine gewillkürte Mischfinanzierung auszuschließen. Die 3. Vergabekammer ist demnach unzweifelhaft auch in den Formen der Mischfinanzierung zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA.

Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro für die Vergabe von Bauleistungen entsprechend § 19 Abs. 4 LVG LSA ist für beide Verfahren überschritten.

Das beweisen die den Bietern durch die Antragsgegnerin übergebenen Leistungsverzeichnisse und die auf dieser Grundlage erstellten Angebote aller Bieter, deren Angebotssummen sowohl für als auch für einen voraussichtlichen Auftragswert von mehr als dem 10-fachen von 150.000 € des von der Antragsgegnerin maßgeblichen Leistungsverzeichnisses aufweist.

Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/A soll der Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann.

Danach dürfen Baumaßnahmen in der Regel nur begonnen werden, wenn ausführliche Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen vorliegen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist nicht die interne Bedarfsprüfung auf Seiten des Auftraggebers, sondern seine nach außen dokumentierte Vergabeabsicht. Bei Vergabeverfahren, wie im vorliegenden Fall die Beschränkten Ausschreibungen, ist der Ausschreibungsbeginn der Zeitpunkt, in dem der Auftraggeber an einzelne Unternehmen herantritt und diese zur Abgabe eines Angebots auffordert. Grund für die durch den Auftraggeber einzuhaltenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 VOB/A ist, dass dieser durch die Ausschreibung erstmalig geschäftliche Beziehungen mit den an der Ausschreibung interessierten Unternehmen knüpft. Durch die Ausschreibung und durch die Teilnahme der Unternehmen am Vergabeverfahren wird zwischen diesen und dem Auftraggeber ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet, das nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu gegenseitiger Rücksichtnahme und Sorgfalt verpflichtet.

Der wesentlichste Bereich der Sicherstellung der tatsächlichen Voraussetzungen durch den Auftraggeber liegt neben der Bereitstellung der notwendigen Plan- und Ausführungsunterlagen, in der Sicherung der Finanzierung. Das bedeutet, dass ein Ausschreibungsverfahren erst dann eingeleitet und die Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden dürfen, wenn die Finanzierung gesichert ist.

Sofern die Antragsgegnerin hier behauptet, dass der Schwellenwert von über 150.000 € allein auf Grund der derzeitig zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel mit den hier zu vergebenden Rahmenverträgen für die Beseitigung von Winterschäden nicht erreicht worden ist, hat sie gegen § 2 Abs. 5 VOB/A verstoßen, da die ausgeschriebenen Leistungsverzeichnisse für die und die den Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel bei weitem übersteigen.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe ihrer Angebote ihr Interesse an den betreffenden Aufträgen hinreichend bekundet.

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

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

Das streitbefangene Wertungsergebnis ist rechtswidrig, da die Vergabeverfahren gegen die §§ 8, 19 Abs. 1, 2 und 3 LVG LSA sowie gegen die §§ 2, 7 und 16 VOB/A verstoßen.

Entgegen der Feststellung der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin für beide Verfahren das preisgünstigste Angebot eingereicht. Die Angebote der Verfahrensbeteiligten belegen nach dem ausgeschriebenen Leistungsverzeichnis Platz drei. Die Verfahrensbeteiligte ist erst durch die Abänderung des Leistungsverzeichnisses durch die Antragsgegnerin in Form separater Rahmenverträge zum Bestbieter geworden. Zwar liegen die Entscheidung und die Ausgestaltung einer Rahmenvereinbarung grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers. Das Institut der Rahmenvereinbarung darf allerdings nicht dazu missbraucht werden, die Ungewissheit des möglichen Bedarfs (wie hier durch nachträgliche Reduzierung von Leistungspositionen für Reparaturen von Winterschäden) auf die Bieter abzuwälzen und somit eine Wettbewerbsverzerrung herbeiführen. Hierdurch hat die Antragsgegnerin die Rechte der Antragstellerin verletzt, weil diese ihre Kosten für alle Positionen der Gesamtleistungsverzeichnisse und einkalkuliert hat und nicht nur für den von der Antragsgegnerin im Nachhinein reduzierten Leistungsumfang. Damit wurde allen Bietern ein unzumutbares Kalkulationsrisiko aufgebürdet, was dazu führte, dass alle Angebote durch diese Art der Wertung der Antragsgegnerin nicht mehr im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vergleichbar sind.

Gemäß § 4 VOB/A sind Bauleistungen so zu vergeben, dass die Vergütung (Leistungsvertrag) in der Regel zu Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vom Auftraggeber in den Vertragsunterlagen anzugeben ist, bemessen wird. Dazu ist es erforderlich, dass die Leistungen entsprechend § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben, § 7 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A. Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Die in § 7 VOB/A erfasste Beschreibung der Leistung ist das eigentliche Kernstück der Vergabeunterlagen sowie auch des späteren Vertragsinhalts. Unter dem Blickwinkel eines fairen Vergabeverfahrens wird durch eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung zum einen der Wettbewerbsgegenstand näher bezeichnet. Zum anderen werden Inhalt und Umfang der vom Auftragnehmer anzubietenden und nach Vertragsabschluss zu erbringenden Leistung festgelegt, was in gleicher Weise auch die Grundlage für die Bemessung und Vergütung des Bieters ist. Auch wenn die Antragsgegnerin ihr Handeln damit begründet, dass die Antragstellerin in der Baubeschreibung mit dem Hinweis „die Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes werde durch eine Modell- und Vergleichsrechnung mit Hilfe von Mustereinzelaufträgen realisiert, über das beabsichtigte Handeln der Antragsgegnerin informiert worden sei, hat sie dennoch gegen die Grundsätze der §§ 7 und 2 VOB/A verstoßen, da die Bieter nicht über den Inhalt der Modellrechnung unterrichtet wurden. Dadurch war es der Antragstellerin und den weiteren Bietern verwehrt, ihre Angebote auf dieser Grundlage zu kalkulieren, was zur Intransparenz und falschen Wertung des Vergabeverfahrens führte. Auch bei der Vergabe von Rahmenverträgen sind die Auftraggeber verpflichtet, ein mengen- und inhaltsgenaueres Leistungsverzeichnis aufzustellen. Dieses muss dann selbstverständlich auch Maßstab für die Ermittlung des Gesamtauftragswertes sein.

Sofern die Musteraufträge, wie von der Antragsgegnerin dargelegt, bereits vor der Ausschreibung feststanden, wäre es durch die Antragsgegnerin angezeigt gewesen, diese zur Grundlage der Ausschreibung zu machen.

Die Angebote der Verfahrensbeteiligten waren auf Grund einer fehlerhaften Wertung der Antragsgegnerin einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich.

Die Prüfung und Wertung der Angebote ist als fehlerhaft anzusehen. Mit dieser Art der Wertung (Reduzierung der Leistungen der vorgegebenen Leistungsverzeichnisse) hat die Auftraggeberin gegen ihre eigenen Festlegungen in Ziffer 6 des Aufforderungsschreibens „die Wertungssumme wird ermittelt aus der nachgerechneten Angebotssumme“ verstoßen. Die Antragsgegnerin wäre gehalten gewesen, die Angebote so zu werten, wie sie durch die Bieter entsprechend der vorgegebenen Leistungsverzeichnisse zur Submission eingereicht wurden. Dadurch ist die Antragstellerin in ihren Rechten schwerwiegend verletzt. Vor diesem Hintergrund ist das Vergabeverfahren ab dem Stadium zu wiederholen, in dem es fehlerhaft ist. Dies ist vorliegend zumindest die nochmalige Prüfung und Wertung der eingereichten Angebote.

Zur Beseitigung der Rechtsverletzung ordnet die Vergabekammer gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA an, dass das Vergabeverfahren in diesen Stand zurückzusetzen ist.

Gemäß § 29 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) hat die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Von Seiten der Verfahrensbevollmächtigten wurden Verfahrensrügen erhoben, die den Inhalt der Leistungsverzeichnisse beider Ausschreibungen und die Wertung der Angebote der

Antragstellerin betrafen. Die 3. Vergabekammer hat entschieden, dass der Antrag bezüglich der Verfahrensrügen der Verfahrensbevollmächtigten begründet ist. Deshalb war nach hiesiger Auffassung keine Notwendigkeit zur Gewährung der Akteneinsicht gegeben.

III. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird abgelehnt.

Die Frage der Kostenübernahme für Verfahrensbevollmächtigte ist im § 19 Abs. 5 LVG LSA nicht geregelt. Damit beinhaltet § 19 Abs. 5 LVG LSA keine vergleichbare Kostenregelung wie § 128 Abs. 1 – 4 GWB, der die Kosten des Verfahrens vor den Vergabekammern oberhalb des Schwellenwertes regelt.

Es ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die Regelungen des § 128 Abs. 1 – 4 GWB bekannt waren und er diese Regelungsinhalte bewusst und gewollt nicht mit in das LVG LSA aufgenommen hat.

Aus den vorgenannten Gründen wird der Antrag auf Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten abgelehnt.

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.

gez.

gez.