



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 05/16

Halle, 03.05.2016

§ 19 Abs. 2 LVG LSA, §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 b) i.V.m. 13 Abs. 1 Nr. 5, 15 Abs. 3 VOB(A)

- Änderung der Vergabeunterlagen
- Einsatzes eines nicht zugelassenen Prüflabors

Wenn man bis zum Aufklärungsgespräch versichert, die Leistung im eigenen Betrieb zu erbringen, im Zuge des Aufklärungsgesprächs jedoch einen Nachunternehmer nachträglich benennt, so ist das Angebot unzulässig geändert. Verhandlungen über die Änderung von Angeboten sind nach § 15 Abs. 3 VOB(A) nicht statthaft.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

.....

Antragstellerin

gegen die

.....

.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung der Stadt,, Straßen- und Tiefbauarbeiten, Errichtung Straßenbeleuchtungsanlage, Vergabe-Nr., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf Euro.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 22. Dezember 2015 unter evergabe-online schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben, Straßen- und Tiefbauarbeiten, Errichtung Straßenbeleuchtungsanlage, Vergabe-Nr., aus.

Gemäß Buchstabe u) der öffentlichen Bekanntmachung waren folgende Nachweise zur Eignung vorzulegen:

Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis). Bei Einsatz von Nachunternehmern ist auf gesondertes Verlangen nachzuweisen, dass diese präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifikation erfüllen.

Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Bei Einsatz von Nachunternehmern sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärungen auch für diese abzugeben. Sind die Nachunternehmern präqualifiziert, reicht die Angabe der Nummer, unter der diese in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden.

Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der Nachunternehmern) auf gesondertes Verlangen durch Vorlage der in der „Eigenerklärung zur Eignung“ genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen. Bescheinigungen, die nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist in den Vergabeunterlagen enthalten.

Darüber hinaus hat der Bieter zum Nachweis seiner Fachkunde folgende Angaben gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A zu machen:

- Nachunternehmerleistungen FBL 233
- Preisblatt 223
- Nachweis Haftpflichtversicherung zu Personen und Sachschäden
- Fabrikatsangaben

- Referenzen über vergleichbare Projekte im Kanalbau, Asphaltbauweise und Pflasterbauweise

Für die Ausführung der Werkleistung sind entsprechende Nachweise der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie eine Güteüberwachung bestehend aus Fremd- und Eigenüberwachung vorzulegen. Die Anforderungen sind erfüllt, wenn der Bieter die Qualifikation und Gütesicherung des Unternehmens nach RAL-GZ 961 mit dem Besitz des RAL-Gütezeichens AK3 nachweist. Die Anforderungen sind ebenfalls erfüllt, wenn der Bieter die Qualifikation des Unternehmens durch einen Prüfbericht entsprechende Güte- und Prüfbestimmungen Abschn. 4.1. nachweist oder eine Verpflichtung vorlegt, dass der Bieter im Auftragsfall für die Dauer der Werkleistungen einen Vertrag nach RAL-Gütesicherung GZ 961 entspr. Abschnitt 4.3 abschließt und die zugehörige Eigenüberwachung entsprechend Abschnitt 4.2 durchführt.

Soweit die erforderliche Erfahrung /Qualifikation nicht vorliegt, ist eine Fachfirma als Nachunternehmer zu benennen (FBL 233). Auf gesondertes Verlangen sind durch den Nachunternehmer Nachweise über die entsprechende Qualifikation /Erfahrung vorzulegen. Zum Submissionstermin am 18. Februar 2016, 11.30 Uhr, lagen 8 Hauptangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin ein Hauptangebot in Höhe von Euro brutto bei der Antragsgegnerin vor und belegte damit nach rechnerischer Prüfung der Angebote preislich den ersten Platz.

Die Antragsgegnerin stellt in der Auswertung der Angebote fest, dass zur Leistungsfähigkeit und zu einigen Einheitspreisen Aufklärung erforderlich sei. Auch sei Aufklärung zu den Positionen Beweissicherung, Kontrollprüfungen, Tragfähigkeitsprüfungen, Bestandsplan sowie SiGeKo erforderlich, da hierfür besondere Fachkunde erforderlich sei.

Mit Schreiben vom 2. März 2016 wurde die Antragstellerin zur Durchführung eines Aufklärungsgesprächs zur Vergabe der ausgeschriebenen Baumaßnahme gemäß § 15 Abs. 1 VOB/A zum 8. März 2016, 10.30 Uhr eingeladen. Hierzu ist die Antragstellerin aufgefordert worden, die Kalkulation für die Positionen – „Erstellung eines Flächennachweises“, „SiGe-Koordinator stellen“ sowie der „Verkehrssicherung“ zu übergeben sowie die Ausführung der Positionen zu erläutern. Des Weiteren wurde die Antragstellerin aufgefordert, die auf Verlangen vorzulegenden Unterlagen für die benannten Nachunternehmer einzureichen (Eigenerklärung, Erklärung zur Tariftreue und Entgeltgleichheit, Beachtung der Kernarbeitsnormen, Handwerksrolleneintragung, Nachweise zur Qualifikation und Erfahrung des Nachunternehmers).

Im Rahmen dieses Gesprächs erklärte die Antragstellerin, keine weiteren Nachunternehmen einzusetzen, sondern die übrigen Arbeiten im eigenen Betrieb auszuführen. Sie benannte für die Positionen des Leistungsverzeichnisses Beweissicherung, Bestandsplan und die Kontrollprüfungen externe Dienstleister. Die Leistung des Sicherheits- und Gesundheitskoordinators solle im eigenen Haus mit eigenem Personal ausgeführt werden, die Stadt Köthen bat im Aufklärungsgespräch, den Qualifikationsnachweis für den betriebseigenen SiGe-Koordinator vorzulegen.

In Folge des Aufklärungsgesprächs reichte die Antragstellerin Qualifikationsnachweise des externen Büros für die Leistung des Sicherheits- und Gesundheitskoordinators nach.

Mit Schreiben vom 10. März 2016 informierte die Antragsgegnerin auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 LVG LSA die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot ausgeschlossen werde. Die Gründe der Nichtberücksichtigung resultieren aus dem Protokoll des Aufklärungsgesprächs, insbesondere auf Grund der widersprüchlichen Angaben zur Leistungsposition des SiGe-Koordinators und zu den Leistungen Beweissicherung, unabhängiger Prüfer für Kontrollprüfungen, Erstellung eines Bestandsplanes. Hierfür beabsichtige die Antragstellerin, Nachunternehmen einzusetzen, obwohl sie mit dem Angebot erklärt habe, die betreffenden

Leistungen im eigenen Betrieb ausführen zu wollen. Dies stelle eine Änderung des Angebotes dar. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters zu erteilen.

Mit Schreiben vom 15. März 2016 beanstandet die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften. Die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sei nicht gerechtfertigt.

Hierzu trägt die Antragstellerin vor, dass es sich bei den bezeichneten Leistungspositionen nicht um Nachunternehmerleistungen handle, die somit nicht im Angebot anzugeben waren, so dass der Ausschluss aus diesen Gründen nicht gerechtfertigt sei. Sie verweist hier auf den Beschluss der 3. Vergabekammer vom 28.11.2014, Az 3 VK LSA 94/14. Auch seien Qualifikationsnachweise für den SiGe-Koordinator nicht in der Ausschreibung verlangt worden.

Die Antragstellerin beantragt

ihr Angebot zu werten,

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Im Schreiben vom 22. März 2016 wird dazu näher dargelegt, dass es sich bei den streitigen Positionen um keine reinen Hilfsleistungen handle und damit im Formblatt 233 anzugeben gewesen sei, ob hierfür Nachunternehmerleistungen vergeben werden sollten.

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 g) VOB/A seien Angebote von Bieter auszuscheiden, die vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben hätten.

Die Antragstellerin sei mit der Einladung zum Aufklärungsgespräch informiert worden, dass die Kalkulation zum angegebenen Einheitspreis unter Pos. 1.3.30 aufzuklären sei. Die Antragstellerin hat für diese Position ... Euro angesetzt. Die Antragstellerin habe bekräftigt, dass dieser Preis für ihre Firma auskömmlich ermittelt worden sei, da die Person im eigenen Unternehmen zur Verfügung stünde. Am nächsten Tag habe die Antragstellerin der Stadt mitgeteilt, dass doch ein Dienstleister gebunden werden solle. Sie habe eine vorsätzlich unzutreffende Erklärung in Bezug auf die Fachkunde getroffen. Schon mit der Kalkulation in der Angebotsphase müsse sich der Bieter informieren, ob die Leistungen mit eigenem Personal im Unternehmen realisiert werden können oder Nachunternehmerleistungen benötigt würden. Somit müsse auch die Qualifikation des Personals bekannt sein. Das dieser Sachverhalt in einem Unternehmen mit weniger als 25 Mitarbeitern nicht der Fall sei, erscheine nicht glaubhaft, da das Unternehmen sich mit einem gewissen Leistungsbereich auf dem Markt anbiete und verkaufe.

Die Revidierung der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch, dass sie für die SiGeKo-Leistungen doch einen Nachunternehmer binde, hätte die Konsequenz gehabt, dass der Einheitspreis zur Position 1.3.30 des Loses 0 dann unter allen Umständen als nicht auskömmlich hätte beurteilt werden müssen. Für Euro pauschal könne kein qualifizierter Nachunternehmer gebunden werden, der den SiGe-Koordinator über die gesamte Bauzeit von 1,5 Jahren für eine Baumaßnahme i.H.v. ca. Euro stelle. Hier bestehe der Verdacht, dass diese Leistung nicht ordnungsgemäß und zuverlässig erbracht werde.

Ebenfalls sei das Angebot auszuschließen, weil die Antragstellerin Nachunternehmerleistungen nicht mit dem Angebot benannt habe.

Auch die Bestandsdokumentation (Vermessungsleistungen) werde in der Rechtsprechung als Bauleistung, wenn auch nur als Nebenleistung, beurteilt. Dazu sei auf folgende Rechtsprechung verwiesen: VK Hessen, B.v. 7.7.2009 - Az. 69d VK - 43/2007. Kontrollprüfungen und Bestandsdokumentation seien somit Bauleistungen, die bei

Abforderung mit der Angebotsabgabe als Nachunternehmerleistung anzugeben seien, wenn diese nicht im eigenen Unternehmen erbracht werden können. Verwiesen sei hier auf folgende Urteile: 1.VK Bund, B. v. 14.2.2008 - Az. VK 1-12/08; B.v. 14.2.2008 - Az. VK 1-9/08).

Da der Beanstandung der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, hat die Antragsgegnerin die Vergabeakten mit Schreiben vom 22. März 2016 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt übergeben.

Mit Schreiben vom 15. April 2016 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden. Ihr wurde die Möglichkeit gegeben, hierzu bis zum 22. April 2016 schriftlich Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin hat sich nicht geäußert.

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. November 2012) ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Entscheidend für die Feststellung der Zuständigkeit ist hier die Beurteilung der übergebenen Kostenschätzung für die Bauleistung. Diese liegt unterhalb der in § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV geregelten Schwellenwerte.

Damit ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt nach Ziffer 3 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (Bek. des MW vom 17.04.2013, MBL LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Antragsgegner 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 beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist jedoch unbegründet, da die Antragstellerin keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA geltend machen kann. Die durch die Antragsgegnerin getroffene Entscheidung zum Ausschluss des Angebotes ist nicht zu beanstanden.

Das Angebot der Antragstellerin ist wegen Änderung der Vergabeunterlagen gemäß der §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 b) i.V.m. 13 Abs. 1 Nr. 5, 15 Abs. 3 VOB(A) auszuschließen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin handelt es sich bei der Leistungsposition des Sicherheits- und Gesundheitskoordinators (einschließlich der Erstellung des Sicherheits- und Gesundheitsplans) nicht um eine reine Hilfsleistung, sondern um eigenständige Planungsleistungen, die spezifische Bauleistungen darstellen (Vergabekammer Sachsen, Beschluss vom 20. April 2006 – 1/SVK/029-06). Der Nachunternehmer hat hier entscheidenden Einfluss auf die Ausführung der entsprechenden Leistung (= Sicherheits- und Gesundheitskoordination), insbesondere wird der Auftraggeber nach § 3 Abs. 1a der

Baustellenverordnung auch bei einem Einsatz geeigneter Koordinatoren nicht von seiner Verantwortung entbunden, so dass es dem Auftraggeber möglich sein muss, den vom Bieter eingesetzten Nachunternehmer zu prüfen. Insofern kann auch hinsichtlich der Beurteilung dieser Leistung nicht nur auf den prozentualen Anteil an der Gesamtsumme abgestellt werden, da es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene Pflichtleistung des Auftraggebers handelt und sie insofern als bedeutsam einzustufen ist.

Damit war die Leistungsposition des SiGe-Koordinators gemäß Buchstabe C der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes als Nachunternehmerleistung im Formblatt 233 mit dem Angebot zu benennen.

Indem die Antragstellerin bis zum Aufklärungsgespräch versicherte, die Leistung im eigenen Betrieb zu erbringen, im Zuge des Aufklärungsgesprächs jedoch einen Nachunternehmer nachträglich benannte, hat sie ihr Angebot unzulässig geändert. Verhandlungen über die Änderung von Angeboten sind nach § 15 Abs. 3 VOB(A) nicht statthaft.

Das Angebot war aus diesem Grund bereits auszuschließen.

Auf die Prüfung einer möglichen vorsätzlich abgegebenen unzutreffenden Erklärung in Bezug auf die Fachkunde kommt es hier nicht mehr an.

Im Übrigen ist auch der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin wegen des Einsatzes eines nach RAP-Stra nicht zugelassenen Prüflabors gemäß der §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 b) i.V.m. 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A nicht zu beanstanden.

Auch wenn es sich bei den übrigen beanstandeten Leistungspositionen nur teilweise um Hilfsleistungen handelt (s. Beschluss der 3.VK LSA - 3 VK 94/14), ist jedoch eine Aufklärung durch die Antragsgegnerin darüber zulässig, wie die Antragstellerin diese Leistungen realisieren möchte. Deshalb hat die Antragsgegnerin ein Recht darauf, die Unternehmen zu erfahren, die für die Leistungserbringung von der Antragstellerin eingesetzt werden. Die Abfrage der Antragsgegnerin, welche Unternehmen die Antragstellerin für diese Leistungen einsetzt, stellt hierbei keine angebotsändernde Verhandlung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A dar, sondern zielt darauf ab, zu überprüfen, ob das Angebot den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht.

Gemäß Los 1.1, Ziffer 1.6 des Leistungsverzeichnisses verlangte die Antragsgegnerin, dass sämtliche Kontrollprüfungen durch ein RAP-Stra zugelassenes Prüflabor auszuführen sind.

Gemäß der Niederschrift zur Aufklärung des Angebotsinhaltes hat die Antragstellerin das Ingenieur-Büro in benannt, welches nicht die geforderte Zulassung nach RAP-Stra besitzt. Damit entspricht das Angebot in diesem Punkt nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses und kann wegen Änderung der Vergabeunterlagen nicht gewertet werden.

Der Nachprüfungsantrag war nach all dem zurückzuweisen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 – 3 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Nachprüfung keinen Erfolg i.S.v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA hatte, und die Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer i.V.m. § 19 Abs. 5 Satz 2 LVG LSA i.V.m. § 3 Abs. 1 lfd. Nr. 3 und 4 AllGO LSA und berücksichtigt dabei die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes der Vergabeprüfung. Die Gebühr beträgt mindestens 100,00 Euro, soll aber den Betrag von 1.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 19, Abs. 5 Satz 3 LVG LSA i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 VwKostG LSA).

Die Gesamtkosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von Euro (§19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von Euro (§14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Antragstellerin hat den Betrag in Höhe von **Euro bis zum 19.05.2016** unter Verwendung des Kassenzzeichens **3300-.....** auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE2181000000081001500, einzuzahlen.

.....

.....

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