



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 06/20

Halle, 19.03.2020

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A, § 4 Abs. 1 VOB/A

- fehlende Kennzeichnung des Nebenangebotes
- keine Voraussetzungen für Pauschalvertrag

Sind schriftliche Angebote zugelassen, ist bei Ausschreibungen gemäß § 14a Abs. 1 Satz 1 VOB/A für die Öffnung und Verlesung der Angebote ein Eröffnungstermin abzuhalten. Gemäß § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A werden im Eröffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet. Nebenangebote stellen wesentliche Teile eines Angebotes dar.

Gemäß § 4 Abs. 1 VOB/A sind Bauleistungen so zu vergeben, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird. In der Regel werden die Bauleistungen zu Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vom Auftraggeber in den Vertragsunterlagen anzugeben ist, vergeben. In geeigneten Fällen erfolgt eine Vergabe für eine Pauschalsumme, wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung der - Neubau Technisches Rathaus, Rohbauarbeiten in, Vergabe-Nr. - hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Herrn Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu durchzuführen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 15. November 2019 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) den Neubau des Technischen Rathauses, Rohbauarbeiten, in, Vergabe-Nr., aus.

Folgende Leistungen sollten ausgeführt werden:

850 qm Fassadengerüst, 850 m³ Baugrubenaushub, 120 qm Baugrubenverbau, 78 lfdm Grundleistungen verlegen, 180 qm Stahlbetonbodenplatte, 168 qm Hohlwandstahlbetonwand, 620 qm Filigrandecke, 320 qm Stahlbetonwände, 470 qm Aussenwandmauerwerk, 230 qm Innenwandmauerwerk und 310 lfdm Dachabbund. Nebenangebote waren zugelassen.

Zum Eröffnungstermin am 4. Dezember 2019, 08:30 Uhr lagen 11 Hauptangebote und 1 Nebenangebot vor. Das Hauptangebot der Antragstellerin betrug Euro und belegte damit preislich den ersten Platz.

Ausweislich der Niederschrift über die Öffnung der Angebote waren die 11 Umschläge mit den Angeboten mit Datum und Uhrzeit sowie mit Angebotsnummern versehen. Die Angebote wurden um 08:30 Uhr geöffnet und sollen in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet worden sein. Es waren 8 Bieter anwesend.

Auf telefonische Nachfrage der Antragstellerin am 23. Januar 2020 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie beabsichtige den Zuschlag auf das Nebenangebot des Mitbewerbers zu erteilen. Bei dem Nebenangebot handele es sich um ein Pauschalangebot in Höhe von Euro. Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. Januar 2020 den beabsichtigten Zuschlag auf das Nebenangebot. Sie führte dazu Folgendes aus:

Die Vergabe von Bauleistungen im Rahmen eines Pauschalvertrages nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A sei nur in geeigneten Fällen möglich, nämlich, wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt sei und wenn nicht mit einer Änderung der Ausführung zu rechnen sei. Diese Voraussetzungen seien im hiesigen Fall nicht gegeben. Bei Rohbauarbeiten, die u.a. auch Tiefbauarbeiten enthielten, sei mit unerwarteten

Baugrundverhältnissen und damit Auswirkungen auf die auszuführenden Leistungen und Mengen zu rechnen. Die Voraussetzungen für den Abschluss eines Pauschalvertrages seien damit regelmäßig nicht erfüllt. Die Antragstellerin verweist hier auf das Urteil des OLG Naumburg vom 20.12.2012, Az. 2 U 92/12.

Weiter habe die Antragsgegnerin Nebenangebote nur für den Fall einer gleichwertigen Leistung und keine Preisnachlässe mit Bedingungen (z.B. Sconti) zugelassen, da letztere mit dem Hauptangebot abgegeben hätten werden können. Pauschale Preisnachlässe mit Bedingungen seien daher schon nach § 16d Abs. 4 VOB/A auszuschließen, da sie von der Antragsgegnerin nicht ausdrücklich zugelassen worden seien. Der Zuschlag auf das Pauschalpreis-Nebenangebot unter der Bedingung der Pauschalierung verstoße daher gegen die Vergabebedingungen.

Ferner seien Nebenangebote so zu gestalten, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, diese zu prüfen und zu werten. In einem Pauschalpreis-Nebenangebot müsse die Leistungsbeschreibung so gestaltet sein, dass alle konkreten Anforderungen an die Leistungen so pauschaliert seien, dass alle zur einwandfreien Ausführung der Leistungen erforderlichen Teilleistungen auch wirklich enthalten seien. Dem genüge die derzeitige Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin nicht. Die vorliegende Leistungsbeschreibung sei nicht so bestimmt, als dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses völlige Klarheit darüber herrsche, in welcher Art und Weise das Bauvorhaben und seine Einzelheiten auszuführen sind. Nach Auskunft der Antragsgegnerin habe der Mitbewerber auch nur ein kaufmännisches Pauschalpreis-Nebenangebot abgegeben. Ein solches Angebot sei jedoch gar nicht wertbar, da die Antragsgegnerin so keinen eindeutigen und erschöpfenden Eindruck von der Leistung erhalten könne.

Da die Antragsgegnerin auf das Rügeschreiben nicht reagierte, bat die Antragstellerin mit Schreiben vom 31. Januar 2020 erneut um Abhilfe der Vergaberüge. Auch darauf antwortete die Antragsgegnerin nicht.

Mit Abschreiben (Fbl. 334 VHB Bund) vom 6. Februar 2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da ihr Hauptangebot nicht das wirtschaftlichste sei. Es liege ein wirtschaftlicheres Nebenangebot vor. Mit Schreiben vom 17. Februar 2020 informierte die Antragstellerin die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt darüber, dass die Antragsgegnerin auf ihre beiden Rügeschreiben nicht reagiert habe. Die Antragsgegnerin sei nach § 19 Abs. 3 LVG LSA verpflichtet gewesen, die Nachprüfungsbehörde durch Übersenden der vollständigen Vergabeakte darüber zu unterrichten, dass sie ihrer Beanstandung nicht abgeholfen habe. Im Schreiben an die Vergabekammer wiederholte sie die gegenüber der Antragsgegnerin gerügten Vergabeverstöße. Die Antragstellerin erweiterte ihr Rügeschreiben dahingehend, dass, wenn in einem nationalen Verfahren keine Mindestanforderungen an Nebenangebote gestellt worden seien, zwingend mit der Angebotsabgabe die Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Leistungsverzeichnis nachzuweisen sei. Nach ihrer Kenntnis fehle dieser Gleichwertigkeitsnachweis.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass die Wertung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin rechtswidrig ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei das Vergabeverfahren rechtmäßig durchgeführt worden.

Da die Antragsgegnerin die Vergabeunterlagen nach § 19 Abs. 3 LVG LSA nicht vorgelegt hat, forderte die Vergabekammer diese mit Schreiben vom 17. Februar 2020 ab. Die Vergabeunterlagen gingen am 24. Februar 2020 in der 3. Vergabekammer ein.

Die Überprüfung der Angebote und der Verpackungsmaterialien durch die Vergabekammer hat ergeben, dass alle 11 Briefumschläge mit einem Posteingangsstempel versehen waren, der das Eingangsdatum dokumentierte sowie Uhrzeit und Handzeichen. Im Umschlag des Bieters Nr. 5 steckte das Hauptangebot und ein weiterer Umschlag mit der Aufschrift

„Nebenangebot“. In diesem befanden sich 2 Seiten, nämlich Seite 1 mit der Überschrift „Pauschalpreisangebot“ und Seite 10 mit der Angabe „Pauschalpreisangebot:,- € zzgl. Mwst.“. Auf Seite 1 war weiter vermerkt: „Es sind nur die geänderten Seiten ausgedruckt“. Die 11 Hauptangebote waren mittels Datumslochstempel gekennzeichnet. Der Briefumschlag mit dem Nebenangebot wies keinen Posteingangsvermerk auf. Eine Kennzeichnung des Nebenangebots mittels Lochung, Bindung, Paginierung o.ä. ist in keiner Weise ersichtlich.

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 Angebots 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.

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

Das streitbefangene Vergabeverfahren verstößt gegen § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A.

Sind schriftliche Angebote zugelassen, ist bei Ausschreibungen gemäß § 14a Abs. 1 Satz 1 VOB/A für die Öffnung und Verlesung der Angebote ein Eröffnungstermin abzuhalten. Gemäß § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A werden im Eröffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet. Das bedeutet, dass alle wesentlichen Angebotsbestandteile, die zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen, entweder einheitlich (z. B. durch Lochung) gekennzeichnet oder aber (z. B. durch Siegelung) verbunden werden, um einen nachträglichen versehentlichen oder bewussten Austausch einzelner Bestandteile des Angebots bzw. deren Entfernung zu verhindern.

Die VOB/A selbst trifft keine Aussage, in welcher Form die Angebote im Eröffnungstermin zu kennzeichnen sind. Als weitgehend sichere Kennzeichnungsmethode gegenüber späteren Manipulationen empfiehlt sich die Lochung mittels Datums- oder Kreuz-Lochstempel, zusätzlich dazu bietet das Verplomben der Angebote eine weitergehende Sicherheit (vgl. VK Thüringen, Beschluss v. 04.04.2017, Az. 250-4002-2196/2017-N-007-EF).

Die der Vergabekammer im strittigen Vergabeverfahren durch die Antragsgegnerin vorgelegten Hauptangebote waren mittels Datumslochstempel ordnungsgemäß gekennzeichnet. Das Nebenangebot war dagegen völlig ohne Kennzeichnung, so dass nicht erkennbar war, welche Inhalte wann bei der Antragsgegnerin vorgelegen haben.

Nebenangebote stellen wesentliche Teile eines Angebots gemäß § 14a Abs. 3 Nr. 2 VOB/A dar, so dass eine Kennzeichnung nicht unterbleiben kann.

Mit der unterlassenen Kennzeichnung des Nebenangebots im Eröffnungstermin ist nicht gewährleistet, dass die bei der Prüfung und Wertung des Angebots zugrunde liegenden Unterlagen tatsächlich alle rechtzeitig mit dem bei der Prüfung festgestellten Inhalt vorgelegen haben. Daran ändert auch nichts, dass die Anzahl der eingegangenen Nebenangebote im Eröffnungsprotokoll vermerkt ist. Die unterlassene Kennzeichnung lässt einen sicheren

Ausschluss der Manipulierbarkeit nach Ablauf der Angebotsfrist nicht zu. Ein ordnungsgemäßer Wettbewerb ist objektiv nicht mehr gewährleistet.

Im strittigen Fall führt die Wertung des Nebenangebots zu einer Verschiebung der Biiterrangfolge. Die Antragsgegnerin muss schon daher zweifelsfrei nachweisen können, dass genau dieses Nebenangebot im Eröffnungstermin vorgelegen hat. Mit fehlender Kennzeichnung ist dies nicht möglich.

Die unterlassene vollständige Kennzeichnung der Angebote im Eröffnungstermin (hier des Nebenangebots) führt zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens gemäß § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A und damit zur Nichtwertbarkeit des Nebenangebots.

Das Nebenangebot wäre aber auch bei ordnungsgemäßer Kennzeichnung aus den nachfolgend genannten Gründen von der Wertung auszuschließen.

Das streitbefangene Vergabeverfahren verstößt auch gegen § 4 Abs. 1 VOB/A.

Gemäß § 4 Abs. 1 VOB/A sind Bauleistungen so zu vergeben, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird. In der Regel werden die Bauleistungen zu Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vom Auftraggeber in den Vertragsunterlagen anzugeben ist, vergeben. In geeigneten Fällen erfolgt eine Vergabe für eine Pauschalsumme, wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist.

Bei einem solchen Pauschalvertrag heißt das zum einen, dass alle wesentlichen Gesichtspunkte, die Gegenstand des Leistungsverzeichnisses und Grundlage der Kalkulation des Bieters sind, genau definiert sein müssen. Zum anderen bedeutet dies, dass nach Vertragsschluss mit einer Änderung der Ausführungsart und/oder des Leistungsumfangs nicht zu rechnen ist.

Im strittigen Fall hat die Antragsgegnerin die Rohbauarbeiten für den Bau ihres Technischen Rathauses ausgeschrieben. Ein Bestandteil des Leistungsverzeichnisses waren die Tiefbauarbeiten für das Gebäude. Gerade bei diesen muss mit unerwarteten Baugrundverhältnissen, die Auswirkungen auf die Ausführungsart oder den Leistungsumfang haben, gerechnet werden (vgl. Urteil des OLG Naumburg vom 20.12.2012, Az. 2 U 92/12).

Die Voraussetzungen für den Abschluss eines Pauschalvertrages sind damit hier nicht erfüllt. Das Nebenangebot ist aber auch auszuschließen, da es inhaltlich widersprüchlich ist. Einerseits beinhaltet das Angebot das verpreiste Leistungsverzeichnis zu Einheitspreisen (mit den Preisen des Hauptangebots, Seite 2-9) und andererseits endet das Angebot mit einem Pauschalpreis. Damit handelt es sich um unterschiedliche Willenserklärungen, nämlich ein Einheitspreisangebot und ein Pauschalpreisangebot.

Auf Grund der aufgezeigten Mängel des Vergabeverfahrens sah sich die erkennende Kammer unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Gebots der Transparenz zur Gewährleistung des freien Wettbewerbes und zur Herstellung der Rechtmäßigkeit im Sinne des § 19 Abs. 2 LVG LSA veranlasst, das Vergabeverfahren in den Stand vor Prüfung und Wertung der Angebote zu versetzen. Sofern die Antragsgegnerin an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, hat sie das Vergabeverfahren ab der Prüfung und Wertung der Angebote zu wiederholen.

Auf die weiteren in der Beanstandung von der Antragstellerin vorgebrachten Gründe kommt es daher nicht mehr an, einer Entscheidung durch die Vergabekammer hierüber bedarf es nicht.

Insofern die Antragsgegnerin bereits einen Vertrag für die Rohbauarbeiten des Technischen Rathauses geschlossen hat, ist dieser unter Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 LVG LSA zustande gekommen und gemäß § 134 BGB nichtig.

Abschließend weist die Vergabekammer darauf hin, dass das von der Antragsgegnerin zur Information an die Bieter verwendete Formblatt 334 „Informations-, Absageschreiben nach § 134 GWB“ aus dem VHB Bund - Ausgabe 2017 - Stand 2019 der Information nicht berücksichtigter Bieter in Vergabeverfahren nach § 134 GWB (EU-weite Vergabeverfahren) dient und daher auch hinsichtlich des Nachprüfungsverfahrens anderen Regelungen als denen des § 19 LVG (anderer Rechtsweg) unterliegt.

Gemäß § 2 (Anlage 5) der Verordnung über die Anwendung des Formularwesens bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge vom 30.04.2013 (GVBl. LSA 2013, 190) ist das Formular „Information gemäß § 19 Abs. 1 LVG“ bei nationalen Vergabeverfahren zu verwenden.

III.

Kosten

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

Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat, sind keine Kosten zu seinen Lasten zu erheben.

IV.

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.

.....

.....