



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 13/14

Halle, 08.04.2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 14 Abs.6 VOB/A,
- rechtzeitig zugegangenes Angebot

Nach § 14 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A ist ein Angebot, das nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber zugegangen war, aber bei Öffnung des ersten Angebotes aus vom Bieter nicht zu vertretenden Gründen dem Verhandlungsleiter nicht vorgelegen hat, wie ein rechtzeitig vorliegendes Angebot zu behandeln.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

Antragstellerin

gegen das

.....

.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung zur Baumaßnahme Sanierung und Umbau, Los, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, des hauptamtlichen Beisitzers Herrn und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, das Vergabeverfahren aufzuheben.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 17. Januar 2014 schrieb der Antragsgegner im Ausschreibungsblatt des Landes Sachsen-Anhalt im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) im Rahmen der Sanierung und Umbau der das Los aus.

Ausweislich der Bekanntmachung ist die Angebotseröffnung und damit die Frist für die Angebotsabgabe auf den 17. Februar 2014, 13:15 Uhr festgesetzt worden. Als Anschrift, an die die Angebote zu richten sind, wurde die Hausanschrift des Antragsgegners angegeben: Aus der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Formblatt 211) geht der konkret bezeichnete Raum der Angebotseröffnung hervor. Hierfür wurde vom Antragsgegner der Raum 011 benannt.

Weiterhin wird in diesem Formblatt auf die Anschrift „.....“ verwiesen.

Die Antragstellerin beauftragte das Unternehmen DHL Express mit der Zustellung des Angebots. Die Vergabekammer forderte die Antragstellerin auf den Originalumschlag des bei dem Antragsgegner eingereichten Angebotes vorzulegen. Dieser Umschlag weist die Sendungsnummer durch DHL Express aus. Als Beförderungsart ist „Express Brief“ sowie die Zustellung „vor 12 Uhr“ angekreuzt. Aus mit übergebenen Sendungsverfolgung von DHL ist der Zeitpunkt der Zustellung zu entnehmen. Der detaillierte Verlauf der Sendung ist von Freitag, 14. Februar 2014 20:09 Uhr bis zur Auslieferung am Montag, 17. Februar 2014 07:54 Uhr vermerkt. Als letzter Status weist der Ausdruck der DHL Sendungsverfolgung als Zeitpunkt der Zustellung aus: „ Mo, 17.02.2014 – Sendung wurde zugestellt an Zugestellt in Briefkasten:“.

Hierzu wurde durch die 3. Vergabekammer DHL aufgefordert den entsprechenden Fahrer zu ermitteln und ihm zu diesem Sachverhalt zu befragen. Am 26.03.2014 teilt dazu DHL mit, dass der Vorgang überprüft und der Kurierfahrer befragt wurde. Dieser gab an, dass ihm der Empfänger und dessen Briefkasten bekannt sei und dass er, wie im System hinterlegt, die Sendung am 17.02.2014 um 07:54 Uhr in den Briefkasten des Empfängers eingelegt hat.

Zum Eröffnungstermin am 17. Februar 13:15 Uhr, lagen 8 Hauptangebote vor. Hierbei weisen fünf Angebote den Poststempel der Poststelle und drei Angebote den Poststempel der Abteilung Interne Dienstleistungen aus. Der Niederschrift über die Öffnung der Angebote ist zu entnehmen, dass zur bis zum Einreichungstermin ein Angebot der Antragstellerin nicht vorgelegen hat.

Mit Schreiben vom 19. Februar 2014 hat der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin nach § 16 Abs. 1 VOB/A als verspätet ausgeschlossen, da es den Posteingangsstempel der Poststelle vom 18. Februar 2014, 06:50 Uhr trug und damit zum Submissionstermin am 17. Februar 2014, 13:15 Uhr nicht vorlag. Der Umschlag weist weiter den Namenszug der entgegennehmenden Mitarbeiterin aus. Nach eigenem Vortrag der Antragstellerin sandte der Antragsgegner das Angebot am 20. Februar 2014 mit geöffnetem Umschlag zurück.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 21. Februar 2014 an den Antragsgegner die Zurückweisung ihres Angebotes wegen verspäteter Zustellung. Es wird vorgetragen, das Angebot habe nachweislich vor dem Ablauf des Submissionstermins im vorgelegen und sei gemäß dem Zustellbeleg der DHL Express damit fristgerecht zugestellt worden.

Als Beweismittel legt sie die entsprechende Sendungsverfolgung von DHL Express vor. Aus dieser ist für die Sendungsnummer der 17.02.2014, 07:54 Uhr als Zeitpunkt der Zustellung gedruckt. Unter der Rubrik „Status“ ist vermerkt, dass die Sendung in den Briefkasten „.....“ zugestellt wurde.

Darüber hinaus sei das angeblich verspätet zugestellte Angebot im geöffneten Umschlag an die Antragstellerin zurückgesandt worden. Der Antragsgegner wird aufgefordert nach erneuter Zusendung des Angebotes dieses in die Wertung einzubeziehen. Einen Einspruch an die Nachprüfungsstelle wird sich ausdrücklich vorbehalten.

Diesen hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 28. Februar 2014 gegenüber dem Landesverwaltungsamt gestellt. Da ein solcher Antrag nach § 19 Abs. 2 LVG LSA nicht bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt, sondern bei dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber eingereicht werden muss, erging am 04. März 2014 durch die Antragstellerin ein entsprechender Antrag an den Antragsgegner. Darin beanstandet die Antragstellerin die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften. Als Begründung wird aufgeführt, dass das Angebot vor Ablauf des Submissionstermins beim Antragsgegner vorgelegen habe. Weiterhin sei das eindeutig gekennzeichnete Angebot der Antragstellerin im geöffneten Umschlag zurückgesandt worden. Es wird die Aufhebung des Vergabeverfahrens gefordert.

Die Antragstellerin beantragt,

das Vergabeverfahren aufzuheben.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Mit Schreiben vom 5. März 2014 legte der Antragsgegner einen Teil der Vergabeunterlagen bei der 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt vor. Nach Aufforderung zur Vorlage weiterer Unterlagen lagen die vollständigen Vergabeakten der Vergabekammer am 17. März 2014 vor.

Umstritten ist der Zeitpunkt der Abgabe des Angebots der Antragstellerin bei dem Antragsgegner. Dieser verweist in den Vergabeunterlagen auf einen Nachtrag zur Niederschrift der Submission am 17. Februar 2014, 13:15 Uhr zur besagten Bauleistung.

Darin erwidert der Antragsgegner, das Angebot der Antragstellerin habe die Mitarbeiterin der Geschäftsführung (Frau) am 18. Februar 2014, 06:50 aus dem Briefkasten des Antragsgegners entnommen. Der Umschlag des Angebots war für die Submission am 17.02.2014 mit Eröffnungstermin 13:15 Uhr gekennzeichnet. Vor Submissionsbeginn und Eröffnung des ersten Angebotes am 17.02.2014 um 13:15 Uhr sei der Briefkasten des Antragsgegners durch die oben benannte Mitarbeiterin nochmals geleert worden. Das Angebot der Antragstellerin habe sich nicht im Briefkasten befunden. Es habe deshalb zur Eröffnungsverhandlung am 17.02.2014, 13:15 nicht vorgelegen. Dies könne durch die Personen Frau (Verhandlungsleiterin), Frau (Protokollführung), Frau (Beisitzer der Verhandlung) und Frau (Mitarbeiterin der Geschäftsführung) bestätigt werden.

Da das Angebot der Antragstellerin dem Antragsgegner nicht vor Ablauf der Angebotsfrist zugegangen war, sei dieses nicht in die Wertung einbezogen worden. Die Antragstellerin sei mit Formblatt 332 darüber informiert worden. Der Nachtrag zur Submission ist mit 19.02.2014 datiert und vom Antragsgegner (Frau) unterschrieben.

Mit Schreiben vom 14.03.2014 ergänzte der Antragsgegner seinen Vortrag durch eine Stellungnahme zum Verlauf der Bearbeitung des Posteingangs am 17.02.2014 in der Poststelle. Hierzu führte die Mitarbeiterin der Geschäftsführung und Poststelle, Frau, aus, dass sie zwischen 06:45 Uhr und 07:15 Uhr die tägliche Eingangspost erstmals aus dem Briefkasten des Antragsgegners genommen habe. Sofern Angebote enthalten waren, seien diese mit Posteingangsstempel, Uhrzeit und Unterschrift versehen und in das Postfach „Interner Dienstleistung“ eingelegt worden. Ein Mitarbeiter dieser Abteilung hole dann die Angebote bzw. die Eingangspost zur weiteren Bearbeitung ab.

Kurz vor der Eröffnung der Angebote in der Zeit zwischen 12:50 Uhr und 13:15 Uhr habe Frau oder Frau (Auszubildende) den Briefkasten nochmals geleert. Falls Angebote im Briefkasten enthalten waren, seien diese unverzüglich bearbeitet und weitergeleitet worden. Am 17.02.2014, um 13:15 Uhr habe sich kein weiteres Angebot im Briefkasten des Antragsgegners befunden. Die Stellungnahme ist von Frau unterschrieben.

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.

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 gerügt.

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. Die Antragstellerin ist dadurch in ihren Rechten verletzt, weil der Antragsgegner ihr Angebot nicht als rechtzeitig eingegangen behandelt hat.

Der Antragsgegner hat gegen die ausdrückliche Zulassung von beim Verhandlungsleiter verspätet, aber beim Antragsgegner rechtzeitig zugegangener Angebote gemäß § 14 Abs.6 VOB/A verstoßen.

Auszuschließen sind nach § 16 Abs. 1 Nr. 1a VOB/A Angebote, die im Eröffnungstermin dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorgelegen haben, ausgenommen Angebote nach § 14 Absatz 6 VOB/A. Nach § 14 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A ist ein Angebot, das nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber zugegangen war, aber bei Öffnung des ersten Angebots aus vom Bieter nicht zu vertretenden Gründen dem Verhandlungsleiter nicht vorgelegen hat, wie ein rechtzeitig vorliegendes Angebot zu behandeln.

Die Antragstellerin beanstandet mit ihrem Einspruch den Ausschluss ihres Angebotes als verspätet, da der Posteingangsstempel des Antraggegners den Eingang des Angebotes am 18. Februar 2014 um 06:50 Uhr dokumentiert, die Antragstellerin jedoch eine DHL Sendungsverfolgung vorlegt, nach dem die Sendung am 17. Februar 2013, 07:54 Uhr zugestellt wurde.

Die Ausnahmevorschrift des § 14 Abs. 6 VOB/A findet angesichts ihres Wortlauts (nachweislich ... zugegangen) und ihres Normzwecks nur Anwendung, wenn das Angebot auch tatsächlich vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber zugegangen ist und damit den Herrschaftsbereich des Bieters verlassen hat.

Die strengen Vorgaben, die zum Ausschluss eines Angebots wegen Fristversäumung führen, haben den Sinn und Zweck, Manipulationsmöglichkeiten einzuschränken. Daher setzt § 14 Abs. 6 VOB/A auch voraus, dass das Angebot mit Ablauf der Angebotsfrist dem Zugriff des Bieters entzogen war (Weyand, Kommentar Vergaberecht, 4. Auflage 2013, § 14 VOB/A Rdn. 58ff.). Entscheidend ist also, ob das Angebot dem Auftraggeber fristgerecht zugegangen ist.

Die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt sieht den rechtzeitigen Zugang des Angebotes der Antragstellerin als erwiesen an. Ihr Angebot ist gemäß § 14 Abs. 6 VOB/A wie ein rechtzeitiges Angebot zu behandeln, da das Angebot der Antragstellerin nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist dem Antragsgegner zugegangen ist, aber bei Öffnung des ersten Angebots aus von der Antragstellerin nicht zu vertretenden Gründen dem Verhandlungsleiter nicht vorgelegen hat.

Maßgebend für den Zugang gemäß § 130 BGB, hier bezogen auf das Angebot, sind der Übergang in den Machtbereich des Empfängers und seine Möglichkeit, unter normalen Umständen Kenntnis erlangen zu können (OLG Celle, B. v. 07.06.2007 - Az.: 13 Verg 5/07; VK Baden-Württemberg, B. v. 07.08.2009 - Az.: 1 VK 35/09; 3. VK Bund, B. v. 01.09.2006 - Az.: VK 3 - 105/06; B. v. 28.08.2006 - Az.: VK 3 - 102/06; B. v. 28.08.2006 - Az.: VK 3 - 99/06). Hiernach muss das Angebot schon vor Eröffnung des ersten Angebots in dem Bereich vorgelegen haben, der dem Auftraggeber zuzurechnen ist, wie z.B. der Posteingangsstelle, dem Briefkasten oder dem Postfach. Für den Zeitpunkt des Zugangs ist deshalb die Abgabe bei der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle relevant (Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB, 17. Auflage, § 14 Rn 42).

Um die Verfügungsgewalt des Empfängers zu begründen, ist in diesem Fall die Übergabe des Angebotes an den Adressaten bzw. an seinen Empfangsvertreter oder eine sonstige Empfangsvorrichtung notwendig.

Ist eine juristische Person Auftraggeber, ist der Einwurf in den Postbriefkasten der juristischen Person (z.B. im Rathaus) im Sinne des Übergangs in den Machtbereich des Empfängers ausreichend, da ein an eine Behörde gerichtetes Schreiben mit Eingang bei der hierfür eingerichteten Stelle und nicht erst bei Vorlage bei dem zuständigen Bediensteten zugeht.

Gemäß der Bekanntmachung der Ausschreibung war eine Zusendung des Angebotes per Post zulässig. Als Anschrift wurde die Hausanschrift des Antraggegners genannt, die auch auf dem Umschlag der Antragstellerin als Empfänger angegeben war. Erst die Vergabeunterlagen benannten in der Anschrift zusätzlich den Raum 011, in dem die Eröffnung der Angebote stattfand. Folglich gilt das Angebot als in dem Moment zugestellt, als es der Kurierfahrer in den Briefkasten des Antraggegners eingelegt hat und somit erstmalig in den Machtbereich des Antraggegners gelangt ist. Auf den Zeitpunkt der Weiterleitung und Vorlage im Raum 011 kommt es für die Frage des rechtzeitigen Zugangs nicht an. Die Nichtvorlage des Angebotes der Antragstellerin im Verhandlungszimmer am 17.02.2014, 13:15 Uhr ist hierbei irrelevant. Die Ausführungen des Antraggegners im Nachtrag zur Submission am

17.02.2014, 13:15 Uhr ist für die Frage des rechtzeitigen Zugangs nicht verwertbar, da es auf den Zeitpunkt der Übergabe in den Machtbereich des Antraggegners ankommt.

Gemäß der von der Antragstellerin vorgelegten Sendungsverfolgung ist das Angebot am 17.02.2014, 07:54 Uhr zugegangen. Die Sendungsverfolgung beweist den Zugang der Sendung.

Die Sendungsverfolgung ist als Urkundenbeweis geeignetes Beweismittel gemäß § 26 Abs. 1 VwVfG. Nach § 24 Abs. 1 VwVfG ermittelt die Vergabekammer als Bestandteil einer Behörde den Sachverhalt von Amts wegen. Sie ist mithin weder an Beweisanträge (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, 6. Auflage, § 24 Rn 43) noch an bestimmte Beweismittel gebunden (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, 6. Auflage, § 26 Rn 3). Es gilt damit der Grundsatz des Freibeweises. Die Vergabekammer kann sich aller Erkennungsmittel und somit auch des Urkundenbeweises bedienen.

Laut Sendungsverfolgung wurde das Angebot als Sendung durch den Kurierfahrer am 17.02.2014, 07:54 Uhr im Briefkasten des Antraggegners zugestellt. Die Vergabekammer ist vom Wahrheitsgehalt des Ausdruckes überzeugt. Nach einer telefonischen Aussage einer Angestellten bei DHL vom 25.03.2014 ist das System so ausgerichtet, dass die jeweiligen Mitarbeiter in dem entsprechenden Status eine Eintragung vornehmen, die dann automatisch mit der aktuellen Uhrzeit versehen wird. Bei einer Zustellung in einem Briefkasten ist am Zustellort die Eingabe der vollständigen Aufschrift am Briefkasten einzugeben. Die Vergabekammer schließt die Möglichkeit aus, dass der Kurierfahrer den Status der Sendungsverfolgung vorzeitig betätigt hat. Es wird davon ausgegangen, dass der Fahrer erst bei Zustellung der Sendung vor Ort die genaue Aufschrift am Briefkasten des Antragsgegners ablesen und diese dann in das System eintippen konnte.

Angesichts des Zustellvermerks vom 17.02.2014 um 07:54 Uhr konnte die Antragstellerin nicht damit rechnen, dass die Sendung als verspätet zugestellt wird.

Einen späteren Zugang als die Sendungsverfolgung ausweist sieht die Vergabekammer nicht als erwiesen an. Die Stellungnahme des Antraggegners zum Verlauf der Bearbeitung des Posteingangs am 17.02.2014 ist zu pauschal abgefasst und ist bezüglich der Leerung des Briefkastens zwischen 12:50 Uhr und 13:15 Uhr nicht überzeugend. Sie enthält keine konkreten Sachverhaltsschilderungen. Aus der Niederschrift geht nicht hervor, welche der beiden Mitarbeiterinnen (Frauoder Frau) den Briefkasten geleert haben soll. Weiterhin ist den Ausführungen zu entnehmen, dass die Mitarbeiter des Antragsgegners selbst Einfluss auf die Organisationsabläufe zur Abholung der Post vom Briefkasten nehmen, indem sie die Eingangspost mit Eingangsstempel, Uhrzeit und Unterschrift der jeweiligen Person versehen.

Dass eine der beiden Mitarbeiterinnen tatsächlich in der Zeit zwischen 12:50 Uhr und 13:15 Uhr den Briefkasten geleert haben soll, ist als Nachweis, dass das Angebot der Antragstellerin nicht vorgelegen hat, nicht verwertbar.

In der angegebenen Zeitspanne ist ein Angebot um 12:50 Uhr und ein weiteres um 13:00 Uhr eingegangen. Tatsächlich hat jedoch nach einem Vergleich mit den der 3. Vergabekammer vorliegenden Originalumschläge der Angebote keine der benannten beiden Mitarbeiterinnen des Antragsgegners (Fraubzw. Frau) den Eingang der Unterlagen um 12:50 Uhr bzw. 13:00 Uhr selbst durch eigene Unterschrift bestätigt, obwohl dies im Nachtrag zur Submission vom 17.02.2014, 13:15 Uhr und in der Stellungnahme zum Verlauf der Bearbeitung des Posteingangs ausgeführt ist. Der dort eingetragene Namenszug ist keiner der beiden Mitarbeiterinnen zuzuordnen. Damit ist nicht zweifelsfrei nachgewiesen, ob überhaupt eine der beiden Mitarbeiterinnen den Briefkasten geleert hat bzw. der Briefkasten nicht bereits durch einen anderen Mitarbeiter des Antragsgegners geleert wurde.

Das Angebot hat aus von der Antragstellerin nicht zu vertretenden Gründen dem Verhandlungsleiter nicht rechtzeitig vorgelegen. Es ist dem Antragsgegner rechtzeitig gemäß § 130 BGB am 17.02.2014, 07:54 Uhr zugegangen. Das Angebot der Antragstellerin war mit der Zustellung in den Briefkasten des Antragsgegners durch den Kurierfahrer von DHL zu diesem Zeitpunkt in dessen Machtbereich gelangt und hat damit rechtzeitig vorgelegen. Die Gründe, aus denen das Angebot dem Verhandlungsleiter zum Submissionstermin nicht vorgelegen hat, sind der Antragstellerin nicht anzulasten.

Die Aufhebung der Ausschreibung war gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA anzuordnen. Der Antragsgegner hat es versäumt, das Originalangebot der Antragstellerin aufzubewahren. Hierzu wäre er gemäß § 14 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/A verpflichtet gewesen. Der Antragsgegner hat das Angebot der Antragstellerin zurückgesandt. Um die Möglichkeit der Manipulation gänzlich auszuschließen, ordnet die Vergabekammer die Aufhebung der Ausschreibung an. Andere Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens (z.B. Teilnahme und Wertung des Angebots) sind nicht möglich. Das Angebot der Antragstellerin war durch die Rücksendung nicht mehr manipulationssicher. Weiterhin ist nicht auszuschließen, dass der Antragstellerin die Ergebnisse der Submission bekannt sind.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 - 3 LVG LSA. Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat, sind keine Kosten zu seinen Lasten zu erheben.

.....

.....

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