



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

Az: 3 VK LSA 14/16

Halle, 27.06.2016

§ 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A, § 7 LVG LSA, §§ 13-16 VOB/A

- kein Ausschluss von Nebenangeboten, wenn alleiniges Zuschlagskriterium der Preis ist

Die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis unter Berücksichtigung aller gewerteten Nebenangebote verstößt nicht gegen die Vergabevorschriften.

Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A sind entgegen den Regelungen des § 8 EG VOB/A für Nebenangebote keine Mindestanforderungen vorzugeben.

Gemäß § 16 Abs. 7 VOB/A sind Nebenangebote wie Hauptangebote zu werten. Dem Transparenz- bzw. Gleichbehandlungsgebot wird damit Rechnung getragen, denn die durch den BGH befürchteten qualitativ minderwertigen Angebote dürfen auch nach den Regelungen der VOB/A nicht gewertet werden (Beschluss der 3. Vergabekammer Sachsen-Anhalt vom 26. Juni 2014, 3 VK 47/14)

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

gegen die

Antragstellerin

...

Antragsgegnerin

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in der Öffentlichen Ausschreibung der ..., Komplettabbruch Wohngebäude P16, ..., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat ..., der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau ... und des ehrenamtlichen Beisitzers, ..., 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 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt am ... schrieb die Antragsgegnerin im Wege der öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme Komplettabbruch Wohngebäude P16, ..., aus. Die Submission war am 30. April 2016.

Die Ausschreibung umfasste die Ausführung folgender Bauleistungen:

- Komplettabbruch des Wohngebäudes einschließlich Loggien, Eingangsbereiche, Podeste und der vollständigen Gründung. Das Abbruchmaterial ist vorzusortieren, zu laden und auf eine geeignete Deponie abzutransportieren.
- Verfüllung des Kellervolumens
- Rekultivierung der Fläche mit Rasensaat

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes war angegeben: Nebenangebote sind in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen.

Angaben zu Zuschlagskriterien wurden weder in der Bekanntmachung, noch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes gemacht.

Zum Eröffnungstermin am 30. April 2016, 10.00 Uhr, lagen sieben Hauptangebote und neun Nebenangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin ein Hauptangebot in Höhe von ... beim Antragsgegner vor.

Mit Vermerk vom 5. April 2016 empfiehlt das von der Antragsgegnerin beauftragte Planungsbüro, den Zuschlag auf das Nebenangebot der ... zu erteilen, da es das wirtschaftlichste sei.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Nebenangebot der ... zu erteilen.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 9. Mai 2016 das Vergabeverfahren.

Sie erklärte, dass die Erteilung des Zuschlages auf ein Nebenangebot vergaberechtswidrig und damit unzulässig sei. Zuschlagskriterium sei im vorliegenden Verfahren der Preis. Gemäß aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH-Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB

15/13) dürften in diesem Fall Nebenangebote nicht berücksichtigt werden. Darüber hinaus sei die Eignung der Bieterin, auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werden solle, fraglich.

Die Antragsgegnerin half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab.

Mit Schreiben vom 23. Mai 2016 legte die Antragsgegnerin die Vergabeunterlagen der Vergabekammer zur Prüfung vor. Mit Datum vom 1. Juni 2016 lagen die Unterlagen der Vergabekammer vollständig vor.

Die Antragstellerin beantragt,

die Untersagung des Zuschlages auf das beabsichtigte Nebenangebot sowie die erneute Wertung der Angebote ohne Berücksichtigung von Nebenangeboten.

Mit Schreiben vom 13. Juni 2016 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden. Ihr wurde die Möglichkeit gegeben, hierzu schriftlich Stellung zu nehmen.

Insbesondere wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass ihr Antrag zwar zulässig wäre, aber nach derzeitiger Aktenlage unbegründet sei, da sie keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen könne.

Die Antragstellerin hat sich nicht geäußert.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

II.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabe-gesetz – 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.

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 beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet, da das Vergabeverfahren rechtmäßig ist und die Antragstellerin eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA nicht geltend machen kann.

Die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis unter Berücksichtigung aller gewerteten Nebenangebote verstößt nicht gegen die Vergabevorschriften.

Gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A soll bei Angeboten, die in die engere Wahl gekommen sind, der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Auch nach § 7 LVG LSA ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Die preisliche Beurteilung des Angebots im Rahmen der Prüfung des wirtschaftlichsten Angebotes spielt damit eine maßgebliche Rolle. Hat der Auftraggeber aber Zuschlagskriterien entweder nicht bekannt gemacht, oder aber das Kriterium "Wirtschaftlichkeit" genannt, aber nicht näher definiert, darf nur der niedrigste Preis als Wirtschaftlichkeitskriterium angewendet werden. (vgl. VK Lüneburg, B. v. 11.11.2008, VgK-39/2008, ibr-online).

Die Antragsgegnerin hat jedoch weder in der öffentlichen Bekanntmachung, noch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes Zuschlagskriterien benannt.

Allerdings hat sie ein Leistungsverzeichnis erstellt und den Vertragsunterlagen beigelegt. Vorliegend verbleibt damit - entsprechend den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz - als einziges, für alle Bewerber vor Angebotsabgabe gleichermaßen erkennbares, hier dann auch allein anzuwendendes Kriterium der Entscheidung für den Zuschlag der niedrigste Angebotspreis.

Die Prüfung und Wertung der Haupt- und Nebenangebote zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgte gemäß den §§ 13-16 VOB/A sowie § 7 LVG LSA und ist nicht zu beanstanden.

Der Rechtsauffassung der Antragstellerin, die Wertung von Nebenangeboten scheide aus, wenn als Zuschlagskriterium allein der Preis genannt wurde, wird nicht gefolgt.

Denn diese Auffassung der Antragstellerin basiert auf dem von ihr selbst angeführten Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 07.01.2014 (X ZB 15/13). Dieser hat entschieden, dass dann, wenn in einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Vergabeverfahren der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist, Nebenangebote bereits nach dem Inhalt des anzuwendenden nationalen Vergaberechts, unabhängig von sich aus den vergaberechtlichen Richtlinien des Unionsrechts ergebenden Schranken, nicht zugelassen werden dürfen. Das Gericht bezieht sich jedoch ausschließlich auf die national umgesetzten Rechtsgrundlagen der Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG1 (VOB/A – EG) sowie die Vorschriften des GWB und verneint aus diesen – nationalen - Regelungen die Zulässigkeit von Nebenangeboten bei dem Preis als einzigem genannten Zuschlagskriterium. Eine Bezugnahme auf die, insbesondere hinsichtlich der Möglichkeit von Nebenangeboten, abweichenden Vorschriften der Basisparagrafen der VOB/A sowie eine entsprechende Anwendung der Regelungen des Abschnittes 2 der VOB/A auf Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte ist der Kernaussage des Urteils nicht zu entnehmen.

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie wurde durch die Vergabeverordnung und den dadurch anzuwendenden Abschnitt 2 des Teiles A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3) für die Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen in nationales Recht umgesetzt und gilt bei öffentlichen Bauaufträgen, wenn deren geschätzte Auftragswerte ohne Umsatzsteuer 5.225.000 Euro erreichen oder übersteigen (sog. Oberschwellenbereich).

Dieser EU-Schwellenwert wird laut der vorgelegten Kostenermittlung des Antragsgegners durch den hier zu vergebenden öffentlichen Bauauftrag aber nicht erreicht.

Die diesbezügliche Rechtsprechung für den Oberschwellenbereich, die sich auf die von der VOB/A abweichenden Vorschriften der VOB/A-EG bezieht, kann damit nicht automatisch auf den Unterschwellenbereich ausgedehnt werden. Eine analoge Anwendung dieser Regelungen im Unterschwellenbereich kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil keine ungewollte Regelungslücke vorliegt (BGH, Urteil v. 30.08.2011 - Az.: X ZR 55/10). Auch der von der Antragstellerin zitierte BGH-Beschluss sieht weder eine direkte Anwendung der EU-Richtlinie im Unterschwellenbereich vor, noch geht er von einer Regelungslücke aus.

Für die Wertung von Nebenangeboten sind die Basisparagrafen der VOB/A maßgeblich. Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A sind entgegen den Regelungen des § 8 EG VOB/A für Nebenangebote keine Mindestanforderungen vorzugeben. Dem Wettbewerbsgrundsatz wird im nationalen Recht dahingehend Rechnung getragen, dass die Nebenangebote gemäß § 16 Abs. 6 VOB/A nur dann berücksichtigt werden, wenn sie den in der Ausschreibung geforderten Kriterien technisch und wirtschaftlich gleichwertig sind, so dass ein Nebenangebot, welches nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht, ohnehin nicht gewertet werden darf. Der Ausschluss von Nebenangeboten, die Mindestanforderungen nicht entsprechen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 e) EG VOB/A), ist in den Basisparagrafen ausdrücklich nicht vorgesehen. Auch eine Pflicht zur Benennung der Zuschlagskriterien bereits in der öffentlichen Bekanntgabe ist nicht vorgeschrieben. Gemäß § 16 Abs. 7 VOB/A sind Nebenangebote wie Hauptangebote zu werten. Dem Transparenz- bzw. Gleichbehandlungsgebot wird damit Rechnung getragen, denn die durch den BGH befürchteten qualitativ minderwertigen Angebote dürfen auch nach den Regelungen der VOB/A nicht gewertet werden (Beschluss der 3. Vergabekammer Sachsen-Anhalt vom 26. Juni 2014, 3 VK 47/14)

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind daher die Vergabekoordinierungsrichtlinie und die sich darauf beziehende Rechtsprechung auf das hier vorliegende Vergabeverfahren im sog. (nationalen) Unterschwellenbereich nicht - auch nicht über das Transparenzgebot – anwendbar (vgl. VK Thüringen, Beschluss vom 17.07.2013, 250-4002-6432/2013-N-003-AP).

Dass laut dem Vergabevorschlag der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot in Bezug auf den Preis unter Einbeziehung der gewerteten Nebenangebote erteilt werden soll, stellt damit keinen Verstoß gegen die Vergabevorschriften dar. Die rechtlichen Vorgaben der §§ 7, 16 VOB/A wurden eingehalten. Die Wertung der Angebote durch den Antragsgegner entspricht den vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs und des Transparenzgebotes.

Im Übrigen hat der Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, alle geforderten Eignungsnachweise vorgelegt. Hinsichtlich seiner Eignung ist die Prüfung durch die Antragsgegnerin ebenfalls nicht zu beanstanden.

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 berücksichtigen 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 Einzahlung des Betrages in Höhe von ... Euro hat bis zum 07.07.2016 durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichens ... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, BIC: MARKDEF1810, IBAN: DE21810000000081001500 zu erfolgen.

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

...

...