



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt**

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 14-2/15

Halle, 05.05.2015

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 3 Abs. 5 a) VOL/A, § 20 VOL/A

- falsche Vergabeart

Gemäß § 3 Abs. 5 a) VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn nach Aufhebung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung eine Wiederholung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht.

Der Vergabestelle ist der Zugang zu dem "nachrangigen" Verfahren der Freihändigen Vergabe nur dann ohne weiteres eröffnet, wenn ihr nicht das Scheitern des vorangegangenen - und an sich vorrangigen - Verfahrens zuzurechnen ist.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigter

.....
.....

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Freihändigen Vergabe der – Lagerhaltung & Warehouse Printprodukte, Vergabe-Nr. - hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und der ehrenamtlichen Beisitzerin, Frau, beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf Grund der Freihändigen Vergabe zu erteilen.
2. Bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Leistung in einem förmlichen Verfahren neu auszuschreiben.
3. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 25. September 2014 unter e-vergabe-online schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) „Lagerhaltung & Warehouse Printprodukte“, VergabeNr. aus.

In Folge der Veröffentlichung baten vier Firmen um Zusendung der Vergabeunterlagen.

Zum Submissionstermin am 29. Oktober 2014, 12.00 Uhr, lagen zwei Hauptangebote vor. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 30. Oktober 2014, 10.00 Uhr.

Mit Schreiben vom 13. November 2014 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da dieses nicht das günstigste sei.

Am 17. November 2014 beanstandete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Vergabeentscheidung und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot des Bieters Nr. 1.

Mit Beschluss vom 18. Dezember 2014 beanstandete die 3. Vergabekammer das Vergabeverfahren und wies die Antragsgegnerin an, das Vergabeverfahren in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen.

Mit Datum vom 15. Januar 2015 hat die Antragsgegnerin die aktualisierten Vergabeunterlagen erneut an die beteiligten Bieter versendet.

Das Leistungsverzeichnis wurde dabei zwar überarbeitet und entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer mit Mengen für die einzelnen Leistungen untersetzt. Gleichzeitig fügte die Antragsgegnerin dem Leistungsverzeichnis die vollständigen Rechnungsdaten der Antragstellerin, die diesen Auftrag bisher ausführte, in sämtlichen Einzelpositionen, die dem überarbeiteten Leistungsverzeichnis entsprachen, bei.

Mit Schreiben vom 17. Februar 2015 beanstandete die Antragstellerin die Bekanntgabe ihre Kalkulationspreise an den Wettbewerber. Eine Antwort auf diese Beanstandung durch die Antragsgegnerin ist der Vergabedokumentation nicht zu entnehmen. Auch wurden die Vergabeunterlagen nicht der 3. Vergabekammer zur Entscheidung vorgelegt.

Zum Submissionstermin am 20. Februar 2015, 12.00 Uhr, lagen zwei Hauptangebote vor.

Im Rahmen der Angebotswertung wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen, da sie ihrem Angebot eine Preisanpassungsklausel hinzugefügt hatte.

Die zweite Bieterin wurde ebenfalls ausgeschlossen, da sie erst auf Nachfrage erklärte, Nachunternehmer einsetzen zu wollen.

Mit Schreiben vom 2. März 2015 unterrichtete die Antragsgegnerin die beteiligten Bieter über den Ausschluss ihrer Angebote, die Aufhebung der Ausschreibung und die Fortführung als Freihändige Vergabe mit der Aufforderung zur Abgabe neuer Angebote und Einladung zum Verhandlungstermin am 11. März 2015.

Mit Schreiben vom 16. März 2015 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da dieses im Preisranking nicht den ersten Rang belegt habe.

Am 18. März 2015 beanstandete die Antragstellerin die Entscheidung der Antragsgegnerin und begründete ihren Antrag am 23. März 2015 wie folgt:

Sie zweifelt die Zulässigkeit der Freihändigen Vergabe an.

Die Antragstellerin hält die Beanstandung zur Information des Mitbewerbers über ihre Preise weiterhin aufrecht. Sie legt dar, die Ausschreibungsunterlagen nicht geändert zu haben, sondern lediglich ein Hinweisblatt abgegeben zu haben. Auch in den vorangegangenen Ausschreibungen seien die Preisanpassungen der Paketdienstleister so gehandhabt worden. Sie bezweifelt, dass ein anderer Anbieter ein gültiges Angebot abgegeben habe.

Darüber hinaus seien die Leistungen nicht eindeutig erschöpfend beschrieben worden, es gäbe Unklarheiten in den einzelnen Formulierungen der Paketversandarten.

Die Antragstellerin beantragt,

den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin führt aus, dass die Vergabeunterlagen entsprechend den Weisungen der Vergabekammer überarbeitet worden seien, insbesondere die Kalkulationsgrundlagen hätten offengelegt werden müssen.

Der Forderung der Antragstellerin, die Ausschreibung zu stoppen, sei nicht entsprochen worden und beide Bieter hätten sich am Wettbewerb beteiligt.

Die Ausschreibung sei aufgehoben worden, da kein Angebot eingegangen sei, das den Bewerbungsbedingungen entsprochen hätte. Insbesondere habe die Antragstellerin Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen.

Die Freihändige Vergabe sei nicht formgebunden und die Antragstellerin habe auch nicht den Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin zu bestimmen. Die Mängel des Leistungsverzeichnisses würden konstruiert und vorgeschoben wirken und hätten die Antragstellerin nicht daran gehindert, ein kalkuliertes Angebot abzugeben.

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. 2 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 50.000 Euro bei Leistungen 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. Hierzu reicht eine Beanstandung innerhalb der Frist von sieben Kalendertagen nach Abgang des Informationsschreibens durch den Auftraggeber aus.

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 Vergabeverfahren verstößt gegen § 3 Abs. 5 a) VOL/A.

Gemäß § 3 Abs. 5 a) VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn nach Aufhebung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung eine Wiederholung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht.

Voraussetzung ist, dass eine Wiederholung der Ausschreibung nach deren wirksamer Aufhebung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht. Die Antragsgegnerin muss damit prognostizieren, ob die erneute Ausschreibung ein wirtschaftliches Ergebnis erwarten lässt. Bei dieser Entscheidung hat der Auftraggeber den grundsätzlichen Vorrang der Beschränkten Ausschreibung vor der Freihändigen Vergabe zu beachten.

Die Ausschreibung hier wurde aufgehoben, weil beide Angebote wegen Mängeln ausgeschlossen worden waren. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Angebote nicht wirtschaftlich waren.

In der Vergabedokumentation fehlt jegliche Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 a) VOL/A. Die Antragsgegnerin hat in keiner Weise begründet, aus welchen Gründen kein wirtschaftliches Ergebnis zu erwarten wäre, nachdem die Angebote aus formellen Gründen ausgeschlossen wurden.

Für die Wahl der Freihändigen Vergabe sind die Voraussetzungen weder erfüllt noch durch die Antragsgegnerin dokumentiert, woraus auch ein Verstoß gegen § 20 VOL/A folgt.

Das Vergabeverfahren in Form der Freihändigen Vergabe verstößt gegen § 3 Abs. 5 a) VOL/A und § 20 VOL/A und verletzt damit die Antragstellerin in ihren Rechten.

Für die Beseitigung des Rechtsverstoßes ist deshalb – bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht - das Vergabeverfahren in einem förmlichen Verfahren vollständig neu durchzuführen, um die Grundvoraussetzungen des Wettbewerbs und der Transparenz für alle Unternehmen gleichermaßen durchzusetzen.

Eine für die Antragsgegnerin mildere Maßnahme, die geeignet erscheint, die Rechtsverstöße zu beseitigen, ist nicht möglich, denn bereits in der hier zugrundeliegenden Ausschreibung hat die Antragsgegnerin den Beschluss der Vergabekammer vom 18. Dezember 2014 nicht korrekt umgesetzt. Die Vergabekammer hatte die Antragsgegnerin angewiesen, die Vergabeunterlagen dahingehend zu überarbeiten, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und dementsprechend mit Mengen zu untersetzen, so dass Bieter in die Lage versetzt werden, ein korrekt kalkuliertes Angebot abzugeben. In keiner Weise hat die Kammer angewiesen, die vollständige Kalkulation der Antragstellerin dem Mitbewerber offenzulegen und die Antragstellerin in ihrem Recht auf Gleichbehandlung zu verletzen. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin es darüber hinaus versäumt, über die Beanstandung der Antragstellerin vom 17. Februar 2015 zu entscheiden bzw. den Vorgang der Vergabekammer zur Entscheidung vorzulegen.

Der Vergabestelle ist der Zugang zu dem "nachrangigen" Verfahren der Freihändigen Vergabe nur dann ohne weiteres eröffnet, wenn ihr nicht das Scheitern des vorangegangenen - und an sich vorrangigen - Verfahrens zuzurechnen ist (OLG Dresden, B. v. 16.10.2001 - Az.: WVerG 0007/01).

Auf die inhaltliche Prüfung der einzelnen Angebote kommt es damit nicht mehr an.

Hinweis: Der Antrag der Antragstellerin auf Nachprüfung der Aufhebung der freihändigen Vergabe zugrundeliegenden Öffentlichen Ausschreibung bleibt hiervon unberührt, hierzu ergeht ein gesonderter Beschluss.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 – 3 LVG LSA.

IV.

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

.....

.....