



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 26/16

Halle, 05.09.2016

§ 19 Abs. 2 Satz 4, § 14 LVG LSA, § 15, § 16 d Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A

- kein ungewöhnlich niedriges Angebot
- Aufklärung durch Auftraggeber nicht hinreichend

Gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. Weicht nach § 14 Absatz 2 LVG LSA ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, um mindestens 10 v. H. vom nächsthöheren Angebot ab, so hat der öffentliche Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen. Im Rahmen dieser Überprüfung ist der Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen.

Der Angebotspreis der Antragstellerin weicht 9,5 v.H. vom nächst höheren Angebot ab. Bei dieser Abweichung stellt sich der Preis nicht als unangemessen niedrig dar. Bei der Berechnung der Abstände zum nächsthöheren Angebot ist es nicht zulässig, auf bestimmte Einzelpreise abzustellen, sondern der Angebotspreis muss insgesamt betrachtet werden.

Entsprechend § 15 Abs. 1 VOB/A darf sich der Auftraggeber über das Angebot selbst, Bezugsquellen von Stoffen und Bauteilen sowie die Angemessenheit der Preise informieren. Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm gesetzte Frist unbeantwortet verstreichen, so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben. Die Aufklärung wurde durch die Antragsgegnerin nicht hinreichend bzw. fehlerhaft durchgeführt. Bloße Vermutungen können nicht die Grundlage für den Ausschluss eines Angebotes sein.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabebeerstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung der zur Vergabe von Bauleistungen für den, Erweiterung digitale Schließanlage, Vergabe-Nummer:, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden 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 durchzuführen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 19. Mai 2016 im Ausschreibungsblatt für Sachsen - Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben, Erweiterung digitale Schließanlage, Vergabe-Nummer: für den, aus.
Die Angebotseröffnung war auf den 23. Juni 2016, 13:00 Uhr festgelegt worden.

Art und Umfang der Bauleistungen sind unter Buchstabe f) der Veröffentlichung wie folgt beschrieben:

- Art: Elektroarbeiten, Übertragungsnetze, Fernmelde- u. Informationstechnische Anlagen
- Umfang: In der soll auf dem von und ein digitales Schließsystem errichtet werden. Bei dem Schließsystem handelt es sich um eine Erweiterung des bestehenden funkvernetzten Systems des Herstellers Geplante Realisierung in zwei Bauabschnitten 2016/2017 mit insgesamt 675 Stück Transponder G2, 750 Stück elektronische Zylinder G2, 150 Stück Router, 750 Stück Netzwerkkappen sowie Anpassung der strukturierten Verkabelung im Bestand und bei laufendem Betrieb mit 17 Stück CAT6 Verteilern, 240 Anschlussdosen CAT6, ca. 20.000 m CAT7 Kabel, 370 m Kunststoff-Installationskanal, 1.600 m Stahlblechkanal, ca. 300 Stück Bohrungen/ Durchbrüche und 19 Stück Layer 2 Switches.

Im Formblatt - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - sind unter Buchstabe C) die Anlagen aufgeführt, die so weit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind. Diese waren das Angebotsschreiben, die Leistungsbeschreibung, Eigenerklärung zur Eignung, Nachunternehmerleistungen, Erklärung Bieter-Arbeitsgemeinschaft, Erklärung zu den §§ 10, 12 und 13 LVG LSA sowie zur Handwerksrolle, Formblatt 221 oder 222, Referenzbescheinigung 444.

Nebenangebote hat die Antragsgegnerin ausweislich Buchstabe j) der Bekanntmachung als auch Ziffer 5 der - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - nicht zugelassen. Wertungskriterien wurden nicht benannt.

In den Positionen 01.02. und 02.02. des Leistungsverzeichnisses hatte die Antragsgegnerin festgelegt, dass es zur Erfüllung des bestehenden Wartungsvertrages der für die Netzwerktechnik des Herstellers notwendig sei, die erforderliche Lieferung der Hard-

und Softwarekomponenten gemäß Lieferverzeichnis ausschließlich über die zu beziehen.

Zum Submissionstermin lagen 3 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.

Für die Prüfung und Wertung der Angebote hat sich die Antragstellerin eines Planungsbüros bedient. Mit Vermerk vom 18. Juli 2016 stellte dieses fest, dass das Angebot der Antragstellerin vollständig sei, alle Positionen des Leistungsverzeichnisses angeboten wären und die geforderten Erklärungen sowie die nachgeforderte Aufgliederung der Einheitspreise vorlägen. Die abgefragten Fabrikate entsprächen den im LV ausgeschriebenen Anforderungen. Das Planungsbüro führt weiter an, dass in einigen Positionen die Zeitanätze und Materialpreise zu niedrig angesetzt wären. Der Angebotspreis der Antragstellerin würde zwar nur 9,5 % vom Zweitplatzierten abweichen, die Gesamtheit der niedrigen Positionen würde jedoch 32 % des Antragsvolumens betragen. Mit Fax vom 12. Juli 2016 wurde die Antragstellerin aufgefordert, bis zum 15. Juli 2016 eine detaillierte Erklärung sowie eine Stellungnahme zu den Zeitanätzen und Materialpreisen hinsichtlich der Positionen 01.01.10/02.01.30, 01.01.270/02.01.370 und 01.03.40/02.03.30 abzugeben. Mit Fax vom 15. Juli 2016 reicht die Antragstellerin die Unterlagen nach. Das Planungsbüro erklärt daraufhin, dass die Auskömmlichkeit der Preise nicht nachgewiesen wäre. Es gehe davon aus, dass die Bezugsquelle nicht oder ein anderer Partner sei. Eine wirtschaftliche Preisbildung sei nicht nachvollziehbar. Gemäß § 14 Abs. 2 LVG LSA wäre das Angebot auszuschließen. Es empfiehlt den Zuschlag auf den Zweitplatzierten zu erteilen.

Die Antragsgegnerin schließt sich dem Vergabevorschlag an.

Mit Schreiben vom 20. Juli 2016 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, da es gem. § 16 d Abs. 1 Nr. 1 und 2 auszuschließen war. Es sei beabsichtigt, der Fa. GmbH, den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben vom 21. Juli 2016 rügte die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und legte gegenüber der Antragsgegnerin Widerspruch gegen diese Entscheidung ein.

Zur Begründung führte die Antragstellerin aus, dass ihr Angebot auskömmlich kalkuliert sei. Bei fehlenden oder geringen Zeitanätzen handele es sich um vergütungsfreie Unternehmerleistungen oder optimierte Arbeitsabläufe, die Wettbewerbsvorteile böten. Auch läge kein Niedrigpreisangebot vor, da der Abstand zum zweitplatzierten Angebot gemäß Rechtsprechung nicht mehr als 10-20 % betrüge. Für die im Absageschreiben aufgeführten Positionen habe die Antragsgegnerin keine ausreichende Aufklärung betrieben. Im Übrigen sei die Frist zur Abgabe der geforderten Erklärungen von 3 Tagen unangemessen und stelle eine weitere Benachteiligung des Bieters dar.

Die Antragsgegnerin half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und legte der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt am 27. Juli 2016 die Vergabeunterlagen vor. Von der Vergabekammer nachgeforderte Unterlagen übergab die Antragsgegnerin am 11. August 2016.

Die Antragstellerin beantragt,

1. ihr Angebot in der Wertung zu belassen,
2. die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen,
3. die Gewährung von Akteneinsicht.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei die Wertung der Angebote ordnungsgemäß durchgeführt worden. Das Vergabeverfahren sei nicht zu beanstanden.

Die Prüfung der Plausibilität des Angebotes und der Angemessenheit der Preise im Rahmen der wirtschaftlich-technischen Prüfung diene der Prognostizierung der erfolgreichen Auftragsausführung. Das Angebot der Antragstellerin weise Mängel in Vollständigkeit und Tiefe auf. Zwar müsse der Öffentliche Auftraggeber gemäß § 14 LVG LSA erst ab 10 % Abweichung zum nächsthöheren Angebot die Angemessenheit des Preises prüfen, ein Verbot der Prüfung der Kalkulation gäbe es aber nicht. Für die Prüfung der Angemessenheit der Preise wäre daher die Auswertung der Formblätter VHB 221-223 notwendig gewesen. Da die Zweifel nicht ausgeräumt werden konnten, wäre die Antragstellerin mit Fax vom 12. Juli 2016 aufgefordert wurden, für die im Anhang befindlichen Positionen Nachweise zu den Materialpreis- und Zeitanätzen zu erbringen. Die Antragstellerin hätte jedoch nur zu den Positionen 01.01.10/02.01.30, 01.01.270/02.01.370 und 01.03.40/02.03.30 Nachweise erbracht. Im durchgeführten Aufklärungsversuch wäre festgestellt wurden, dass die Auskömmlichkeit der Preise nicht nachgewiesen wurde. Außerdem fehle die Bezugsquelle für die aktive Technik für Pos. 01.0210-40.

Auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis dürfe gemäß § 16 d Abs. 1 Nr.1 VOB/A der Zuschlag nicht erteilt werden. Eine Aufklärung des Angebotes wäre erfolgt.

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.

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 gerügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da die Antragstellerin eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 geltend machen kann. Das streitbefangene Wertungsergebnis ist rechtswidrig, da das Vergabeverfahren Verstöße gegen § 14 LVG LSA sowie § 15 und § 16 d Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A aufweist.

Weder in der Bekanntmachung noch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes war ein Zuschlagkriterium zur Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes genannt.

Damit ist als alleiniges Zuschlagskriterium der Preis für die Wahl des wirtschaftlichsten Angebotes ausschlaggebend. Ausweislich der Vergabeunterlagen war ein Angebot mit einem

Gesamtpreis für die in den Vergabeunterlagen beschriebenen Leistungen gefordert worden. Kalkulationsbestimmende Vorgaben oder ein Kalkulationsschema waren nicht enthalten.

Gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden.

Die Regelung des § 16 d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A dient vorwiegend dem Schutz des Auftraggebers vor Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos. Bei einer Zuschlagerteilung auf ein unangemessen niedriges Angebot läuft dieser Gefahr, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht ordnungsgemäß beendet. Andererseits sind Unterkostenangebote für sich gesehen nicht unzulässig. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht verpflichtet, nur auskömmliche Angebote zu berücksichtigen. Sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Bieter aufgrund des niedrigen Angebots den Auftrag nicht ordnungsgemäß und zuverlässig ausführen kann oder in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten wird, ist eine solche Zuschlagerteilung durchaus gerechtfertigt.

Gemäß § 14 Absatz 1 LVG LSA hat der öffentliche Auftraggeber ungewöhnlich niedrige Angebote, auf die der Zuschlag erfolgen soll, zu überprüfen. Dies gilt unabhängig von der nach Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) vorgegebenen Prüfung ungewöhnlich niedrig erscheinender Angebote. Weicht nach § 14 Absatz 2 LVG LSA ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, um mindestens 10 v. H. vom nächsthöheren Angebot ab, so hat der öffentliche Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen. Im Rahmen dieser Überprüfung ist der Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen.

Der Angebotspreis der Antragstellerin weicht 9,5 v.H. vom nächst höheren Angebot ab. Bei dieser Abweichung stellt sich der Preis nicht als unangemessen niedrig dar. Bei der Berechnung der Abstände zum nächsthöheren Angebot ist es nicht zulässig, auf bestimmte Einzelpreise abzustellen, sondern der Angebotspreis muss insgesamt betrachtet werden. Insofern hatte die Antragsgegnerin nach § 14 Abs. 2 LVG LSA die Kalkulation des Angebots der Antragstellerin nicht zu überprüfen.

Bei der Prüfung unangemessen hoher oder niedriger Angebotspreise ist ein Abstellen auf die Einzelposten des Angebots unstatthaft. Der Gesamtpreis entscheidet über die Auskömmlichkeit des Angebotes (OLG München, Beschluss vom 25.09.2014-Verg 10/14). Die Prüfung der Einzelpositionen des Angebotes der Antragstellerin verstößt gegen § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

Die Antragsgegnerin war daher nicht berechtigt, das Angebot der Antragstellerin wegen eines unverhältnismäßig niedrigen Preises von der Wertung auszuschließen. Insofern sie sich trotz des geringen Abstandes von 9,5 v.H. zum preislich nächst höheren Angebot veranlasst gesehen hat, den Angebotspreis der Antragstellerin einer Angemessenheitsprüfung zu unterziehen, hätte sie nicht auf die von ihr angezweifelten Einzelpositionen des Leistungsverzeichnisses abstellen dürfen, sondern nur auf den Gesamtpreis.

Es erschließt sich der Vergabekammer auch nicht, weshalb niedrige Einzelpreise in 32 % des Auftragsvolumens eine Prüfung der Auskömmlichkeit des Preises auslösen.

Aber auch wenn die Antragsgegnerin den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin ergänzend auf die im Vergabevermerk aufgeführte mangelnde Aufklärung durch die Antragstellerin stützt, liegen keine Voraussetzungen für einen Angebotsausschluss vor.

Entsprechend § 15 Abs. 1 VOB/A darf sich der Auftraggeber über das Angebot selbst, Bezugsquellen von Stoffen und Bauteilen sowie die Angemessenheit der Preise informieren. Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm gesetzte Frist unbeantwortet verstreichen, so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben.

Entsprechend dem Vermerk des von der Antragsgegnerin beauftragten Planungsbüros lag das Angebot der Antragstellerin vollständig vor, alle Positionen des Leistungsverzeichnisses und Fabrikate waren angegeben. Die Aufgliederung der Einheitspreise wurde nachgereicht.

Ihre Eignung hat die Antragstellerin nachgewiesen. Sie hat den günstigsten Preis geboten, der nur 9,5 v.H. vom zweitplatzierten Angebot abweicht.

Trotzdem nahm die Antragsgegnerin eine Angemessenheitsprüfung des Angebots vor und forderte mit Fax vom 12. Juli 2016 Nachweise zu den Materialpreis- und Zeitanätzen für die Einzelpositionen 01.01.10/02.01.30, 01.01.270/02.01.370 und 01.03.40/02.03.30. Die Antragstellerin reichte die Nachweise fristgemäß ein. Der Behauptung der Antragsgegnerin, dass für alle im Anhang aufgeführten Positionen Nachweise zu erbringen waren, folgt die Kammer nicht. Das Fax ist missverständlich bzw. nicht eindeutig formuliert. Letztendlich hat die Antragsgegnerin bei der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin nicht beachtet, dass der Angebotspreis insgesamt zu bewerten war.

Die Aufklärung des Angebotes durch die Antragsgegnerin hat sich nur auf Prüfung der Preise der Einzelpositionen beschränkt sowie die Vermutung, dass die Bezugsquelle nicht die oder ein anderer ist. Die Aufklärung wurde durch die Antragsgegnerin nicht hinreichend bzw. fehlerhaft durchgeführt. Bloße Vermutungen können nicht die Grundlage für den Ausschluss eines Angebotes sein. Sie sind aufzuklären. Ein notwendiges Aufklärungsgespräch ist aus den Vergabeunterlagen nicht ersichtlich.

Es lag damit auch kein Ausschlussgrund gemäß § 15 Abs. 2 VOB/A für das Angebot der Antragstellerin vor.

Zur Herstellung der Rechtmäßigkeit im Sinne des § 19 Abs. 2 LVG LSA ordnet die Vergabekammer an, dass das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotsprüfung und -wertung zurückzusetzen ist.

Die durch die Antragstellerin beantragte Akteneinsicht ist aufgrund der Wiederholung der Prüfung und Wertung der Angebote entbehrlich.

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.