



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 41/14

Halle, 25.06.2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A bzw. § 16 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) VOB/A, § 19 Abs. 1 LVG LSA und § 7 Abs. 8 VOB/A

- Verstoß gegen Grundsatz der Produktneutralität
- unzureichender Vergabevermerk
- Aufhebung

Die Voraussetzungen, ob ein bestimmtes Produkt vorgeschrieben werden darf, muss der Auftraggeber vor der Ausschreibung prüfen und zweckmäßigerweise auch in der Vergabedokumentation entsprechend § 20 VOB/A vermerken.

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf nach § 7 Abs. 8 VOB/A nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....GmbH

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte

.....

gegen die

.....

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

..... Rechtsanwälte

.....

.....

.....

Antragsgegnerin

unter Beteiligung der

.....

.....

Verfahrensbeteiligte

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A der Stadt und der zum Bauvorhaben Straßenausbau in hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau und der ehrenamtlichen Beisitzerin Frau beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, das streitbefangene Vergabeverfahren aufzuheben. Soweit sie weiterhin an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, hat sie das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ab Versendung der Bekanntmachung zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 14. März 2014 im Ausschreibungsblatt für Sachsen Anhalt schrieben die Antragsgegnerinnen, die Stadt, das Los 1 und die, das Los 2 im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme Straßenausbau in aus. Dieses Bauvorhaben ist eine Gemeinschaftsmaßnahme der Stadt und der, Die Stadt zeichnet federführend für die Ausschreibung der Maßnahme und handelt als Bevollmächtigte der

Unter Buchstabe f) der Veröffentlichung - Art und Umfang der Leistung – wurde die Leistung wie folgt beschrieben:

Erd-, Maurer-, Rohrverlege- und Straßenbauarbeiten, 310 m SW-Kanal DN 200 inkl. Erdarbeiten und Verbau, 370 m RW-Kanal DN 200/DN 300 inkl. Erdarbeiten und Verbau, 300 m TW-Leitung DN 80/100, 2500 m² Natursteinpflaster aufnehmen und entsorgen, 465 m² Frostschuttschicht 0/32 einbauen, 2265 m² Schotterschicht 0/32 einbauen, 720 m Natursteinbord 15/25, Granit, 615 m Natursteingosse 2-reihig, 1470 m² Natursteinpflaster, 720 m² Mosaikpflaster, 150 m².

Die Anforderungen an die entsprechenden Leistungen wurden in den Positionen des Leistungsverzeichnisses beschrieben. Einige Positionen enthalten ausschließlich neutrale Beschreibungen ohne Benennung von Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben des Auftraggebers und die Bieter hatten die geplanten Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben zu

machen. Gleichwohl wurden in einer Vielzahl von Positionen, nämlich in den Positionsnummer 1.2.2.410, 1.2.2.420, 1.2.4.60, 1.2.4.70, 1.3.2.140, 1.3.2.330, 1.3.2.410, 1.3.2.430, 1.3.2.480, 1.3.2.490, 1.3.2.610, 1.3.3.360, 1.4.1.40, 1.4.2.20, 1.4.2.30, 1.4.2.40, 1.4.2.50, 1.4.2.70, 2.2.2.120, 2.2.2.330, 2.2.2.400, 2.2.2.530, 2.2.3.150, 2.3.2.300, 2.3.3.150, 2.3.4.110, 2.3.4.170, 2.3.4.200, 2.3.4.210, 2.3.5.50, 2.3.5.70, 2.3.5.80, 2.3.5.110, 2.3.6.60 vom Auftraggeber auch Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben, bei einigen mit dem Zusatz oder „gleichwertig“, bei einigen ohne diesen Zusatz, gemacht und Eintragungen über die von den Bietern geplanten Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben gefordert.

Mit dem vierten Anstrich aus Ziffer 8 des Angebotsschreibens, Formblatt 213, erklären die Bieter, dass das vom Auftraggeber vorgeschlagene Produkt Inhalt ihres Angebotes ist, wenn Teilleistungsbeschreibungen des Auftraggebers den Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten und von ihnen keine Produktangaben (Hersteller- und Typbezeichnung) eingetragen wurden.

Gemäß Buchstabe i) der Veröffentlichung waren Nebenangebote zugelassen. Jedoch waren nach Ziffer 5.2 des Angebotsschreibens, Formblatt 213, Nebenangebote nur in Verbindung mit einem Hauptangebot, zugelassen, (s. Nr. 5 der Bewerbungsbedingungen).

Zum Nachweis der Eignung entsprechend Buchstabe u) der Veröffentlichung galt Folgendes:

Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis).

Bei Einsatz von Nachunternehmen ist auf Verlangen nachzuweisen, dass die vorgesehenen Nachunternehmen präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifikation erfüllen. Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Bei Einsatz von Nachunternehmen sind die Eigenerklärungen auch für die vorgesehenen Nachunternehmen abzugeben, es sei denn, die Nachunternehmen sind präqualifiziert. In diesem Fall reicht die Angabe der Nummer, unter der die Nachunternehmen in der Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden.

Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der Nachunternehmen) durch Vorlage der in der Eigenerklärung zur Eignung genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen.

Gemäß Formblatt 211 – Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - unter Buchstabe C) Anlagen, die so weit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind, waren

- das Angebotsschreiben, Formblatt 213,
- Teile der Leistungsbeschreibung: Leistungsverzeichnis,
- Eigenerklärung zur Eignung, Formblatt 124,
- Nachunternehmerleistungen, Formblatt 233,
- Bewerbererklärung MBl. LSA Nr. 16/2009 vom 11.05.2009 RdErl. MW vom 21.11.2008,
- Formblätter und Eigenerklärungen gemäß Landesvergabegesetz

vorzulegen.

Entsprechend Ziffer 1 des Aufforderungsschreibens ist beabsichtigt, die in beigefügter Leistungsbeschreibung bezeichneten Leistungen im Namen und für Rechnung

Los 1: Einheitsgemeinde Stadt,

Los 2:

zu vergeben.

Entsprechend Ziffer 3.1 – Folgende Nachweise/Angaben/Unterlagen sind – zusätzlich zu den in den Bewerbungsbedingungen genannten – mit dem Angebot einzureichen – waren

Angaben zur Preisermittlung entsprechend Formblatt 221 oder 222 und

das Formblatt 124 bzw. Nachweis der Präqualifizierung auch sämtlicher Nachunternehmer genannt.

Alle geforderten Formblätter, auch die Formblätter nach dem LVG LSA, wurden den Bietern vom Auftraggeber mit den Verdingungsunterlagen übergeben.

Zum Submissionstermin am 27. März 2014, 11.00 Uhr, lagen von drei Bietern Angebote vor.

Die Antragstellerin reichte zum Submissionstermin je ein Hauptangebot für Los 1 und Los 2 sowie für Los 1 drei Nebenangebote und für Los 2 drei Nebenangebote ein.

Die Antragstellerin reichte für jedes Los ein Kurz-Leistungsverzeichnis ein und erklärt mit Ziffer 8 des Angebotsschreibens, den Wortlaut des vom Auftraggeber verfassten Leistungsverzeichnisses (Langtext) als allein verbindlich.

Die geforderten Fabrikats/Typ- Angaben in den verschiedenen Positionen hat die Antragstellerin im Langtext des Leistungsverzeichnisses eingetragen.

Allerdings fehlt im Angebot der Antragstellerin in der Position 2.2.2.260 PP-Rohr DN 200, SN 10 die Fabrikat/Typangabe.

Die Verfahrensbeteiligte reichte je Los ein Hauptangebot und insgesamt 5 Nebenangebote ein. Die Nebenangebote enthalten keine Positionsnummern und sind auch keinem Los zugeordnet. Sie sind außerdem zahlenmäßig nicht im Angebotsschreiben, Formblatt 213, der Verfahrensbeteiligten angegeben.

Die Verfahrensbeteiligte reichte ein Kurz-Leistungsverzeichnis für jedes Los ein und erklärt mit Ziffer 8, erster Anstrich des Angebotsschreibens, den Wortlaut des vom Auftraggeber verfassten Leistungsverzeichnisses (Langtext) als allein verbindlich.

Die geforderten Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben in den verschiedenen Positionen hat die Verfahrensbeteiligte im Langtext eingetragen.

Allerdings sind die Eintragungen unvollständig. Es fehlt im Angebot der Verfahrensbeteiligten in den Positionen

1.2.4.60 Rundbank liefern und aufstellen die Angabe des Produktes,

1.2.4.70 Rundbank liefern und aufstellen als Vieleckbank die Angabe des Produktes,

1.3.2.140 Geotextil im Rohrgraben verlegen die Angabe von Fabrikat und Typ,

1.4.1.40 Betonfundament, LPH 3,5 , die Angabe des Fabrikats,

2.2.2.530 Druckleitungsendschacht DN 800 die Angabe des angebotenen Systems,

2.2.3.100 Steinzeugrohre DN 150 Tragfähigkeitsklasse 34 die Angabe des Typs

2.2.3.110 Steinzeugrohre, DN 150 die Angabe des Typs,

2.2.3.120 Rohrverbindung, DN 150 die Angabe des Typs,

2.2.3.150 Kanal-Systemschacht DN 400, t bis 1,50 m, 3 Zuläufe die Angabe d Typs,

- 1.3.2.360 Rohrverbindung herstellen DN 300** die Angabe von Fabrikat und Typ,
- 2.2.2.260 PP-Rohr DN 200, SN 10** die Angabe von Fabrikat und Typ,
- 2.2.2.250 Rohrverbindung DN 200** die Angabe des Typs
- 2.2.2.410 Begu-Schachtabdeckung Kl. D, 6 Stück** die Angabe des Typs,
- 2.2.2.420 Begu-Schachtabdeckung Kl. D, 4 Stück** die Angabe des Typs.

Dabei enthalten 9 Positionen die Benennung der Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ durch den Auftraggeber und 5 Positionen sind ohne diese Angaben.

Die fehlenden Angaben wurden durch das beauftragte Planungsbüro am 3. April 2014 per E-Mail nachgefordert und am 8. April 2014 durch die Verfahrensbeteiligte nachgeliefert. Eine Nachforderung für die fehlende Eintragung der Fabrikats/Typangabe in der Position 2.2.2.260 der Antragstellerin erfolgte durch die Antragsgegnerin nicht.

Das Formblatt Anlage 3 zu § 2 LVG LSA – Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen – wurde von der Verfahrensbeteiligten unvollständig ausgefüllt. Dort war die Beantwortung der Frage, ob die Leistung oder die Lieferung von Produkten, die in Afrika, Asien oder Lateinamerika hergestellt bzw. bearbeitet werden oder wurden, durch Ankreuzen mit Ja oder Nein gefordert. Die Eintragung dieser Erklärung fehlt.

Das Angebot des Bieters 1 (Reihenfolge lt. dem Submissionsprotokoll) ist wegen Fehlens von Hersteller-, Produkt- und Typangaben in seinem Angebot ebenfalls unvollständig.

In ihrem Vergabevermerk, der für die Antragsgegnerin durch das Rechnungsprüfungsamt des Landkreises am 9. April 2014 erstellt wurde, trägt die Antragsgegnerin u. a. vor, dass das Leistungsverzeichnis 22 Positionen im Los 1 und 25 Positionen im Los 2, in denen die Bieter zwingend einzutragende Materialangaben vorzunehmen hatten, beinhalte. Der Grundsatz einer produktneutralen Leistungsbeschreibung gemäß § 7 Abs. 8 VOB/A sei eingehalten worden.

Die formelle Angebotsprüfung sei vom beauftragten Planungsbüro durchgeführt worden und ist in seinem Vergabebericht vom 27. März 2014 dokumentiert. Von einigen Bietern seien fehlende Erklärungen und Nachweise gemäß § 16 VOB/A nachgefordert worden, welche sowohl die Eigenerklärungen von Nachunternehmern als auch Angaben zu Leistungspositionen betrafen.

Im Ergebnis der Angebotswertung unter Berücksichtigung der wertbaren Nebenangebote habe sich nach Prüfung durch das beauftragte Planungsbüro das Angebot der Verfahrensbeteiligten als das wirtschaftlichste Angebot ergeben.

Das Rechnungsprüfungsamt selbst stellte fest, dass im Angebot der Antragstellerin in der Position 2.2.2.260 eine Materialangabe fehle, die hätte nachgefordert werden müssen.

Zum Angebot der Verfahrensbeteiligten stellte das Rechnungsprüfungsamt u. a. fest, dass die fehlenden bzw. unvollständigen Materialangaben im Lang-LV durch die Verfahrensbeteiligte nachgereicht worden seien. Dass das Formblatt Anlage 3 zu § 2 LVG LSA – Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen – von der Verfahrensbeteiligten unvollständig ausgefüllt worden ist, wurde nicht festgestellt.

Vom Rechnungsprüfungsamt wird das Angebot der Verfahrensbeteiligten als das wirtschaftlichste angesehen und gegen eine Vergabe des Auftrages an diesen Bieter keine Einwände erhoben.

Der Vorschlag des Rechnungsprüfungsamtes des Landkreises, den Zuschlag auf das Angebot der Verfahrensbeteiligten zu erteilen, bildete die Grundlage der Beschlussvorlage der Antragsgegnerin und fand deren Zustimmung.

Nach Beendigung der Wertung teilte die Antragsgegnerin allen Bietern, außer der Verfahrensbeteiligten, gemäß § 19 Abs. 1 VOB/A am 25. April 2014 schriftlich mit, dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Von einer beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Verfahrensbeteiligte wurden die Bieter nicht informiert. Eine Information nach § 19 Abs. 1 LVG LSA erhielten die Bieter nicht.

Mit Schreiben vom 29. April 2014 rügte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die Nichtberücksichtigung des Angebotes ihrer Mandantin. Ausweislich des Submissionsspiegels sei ihre Mandantin Submissionssieger geworden. Die beiden anderen Angebote lägen 2,1 bzw. 2,6 % über dem Angebot ihrer Mandantin.

Die Absage sei nicht nachvollziehbar. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin der Beanstandung nicht abhelfe, gehe die Verfahrensbevollmächtigte davon aus, dass die Antragsgegnerin gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA die vollständigen Vergabeakten der Nachprüfungsbehörde übersenden.

Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin teilte der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin am 5. Mai 2014 mit, dass ihre Auftraggeberin ihrer Mandantin den Zuschlag nicht erteilt habe, da das Angebot ihrer Mandantin nach Prüfung und Wertung der Vergabeunterlagen nicht das Wirtschaftlichste (§16 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/A) sei.

Bereits nach rechnerischer Prüfung der Angebote liege ihre Mandantin nur auf Platz 2. Die anders lautenden Angaben in ihrer Mitteilung vom 29. April 2014 könne ihre Auftraggeberin nicht nachvollziehen. Das Rechnungsprüfungsamt des Landkreises habe die Maßnahme zwischenzeitlich ebenfalls einer Prüfung unterzogen. Auch bei dieser Prüfung habe sich kein abweichendes Bild ergeben.

Mit Schreiben vom 12. Mai 2014 stellte die Antragsgegnerin die Vergabeakten der Vergabekammer zu und erklärte, dass sie von der Verfahrensbevollmächtigten vertreten werde.

Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 5. Juni 2014 angehört. Da alle Angebote, auch das Angebot ihrer Mandantin einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich sind, müsse die Ausschreibung aufgehoben werden. Ihr wurde Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen.

Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin beantragt nunmehr,

die Antragsgegnerin anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben.

Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus, dass die Verfahrensbeteiligte das wirtschaftlichste Angebot eingereicht habe.

Die Vergabekammer hat die Antragsgegnerin am 5. Juni 2014 schriftlich angehört. Sie teilte ihr mit, dass sie nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage derzeit davon ausgehe, dass keines der drei vorliegenden Angebote einer Zuschlagserteilung zugänglich

sei und alle Bieter wegen fehlenden Angaben von Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben von der Wertung auszuschließen sind.

Die durch das beauftragte Planungsbüro von der Verfahrensbeteiligten am 3. April 2014 nachgeforderten Angaben zu ihren fehlenden Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben im Leistungsverzeichnis ihres Angebotes sei nicht zulässig gewesen.

Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin trägt vor, dass sie die vorläufige Rechtsauffassung der Kammer, wonach ihre Auftraggeberin bei Fehlen von Fabrikats- und Typangaben zwingend die Angebote hätte ausschließen müssen, nicht teile.

Eine entsprechende Formulierung finde sich nicht in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Es gebe auch keine Rechtsprechung der Vergabekammern bzw. –senate, die unbedingte (zwingende) Ausschlusspflicht annehme. Auch die (ganz) überwiegende Literaturmeinung nehme solche Ausschlusspflicht nicht an.

Im Gegenteil: § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A enthalte nach seinem Wortlaut drei zwingende Regelungen. Der Auftraggeber müsse fehlende Erklärungen oder Nachweise nach verlangen, der Bieter müsse diese Erklärungen oder Nachweise innerhalb einer bestimmten Frist vorlegen und drittens, müsse der Auftraggeber bei Nichtvorlage innerhalb der Frist das Angebot ausschließen.

Die Verfahrensbeteiligte trägt zum Anhörungsschreiben der Vergabekammer am 12. Juni 2014 vor, dass sie die im Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber vorgegebenen Produkte mit dem Zusatz oder „gleichwertig“ anbiete und verwies dabei auf Ziffer 8, 4. Anstrich des Angebotsschreibens.

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 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 sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A bzw. § 16 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) VOB/A aufzuheben, da von keinem Bieter ein zuschlagsfähiges Angebot eingereicht wurde. Weiterhin verstößt das Vergabeverfahren gegen die § 19 Abs. 1 LVG LSA und § 7 Abs. 8 VOB/A.

Keines der eingereichten Angebote entspricht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses, da in jedem Angebot verschiedene Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben fehlen.

Zunächst ist festzustellen, dass entgegen der Bewertung im Vergabevermerk der Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in 34 Positionen des Leistungsverzeichnisses gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung gemäß § 7 Abs. 8 VOB/A verstößt.

In den genannten Positionen wurden Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ vorgegeben. Eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand ist hier weder ersichtlich noch in den Vergabeunterlagen dokumentiert. Die Voraussetzungen, ob ein bestimmtes Produkt vorgeschrieben werden darf, muss der Auftraggeber vor der Ausschreibung prüfen und zweckmäßigerweise auch in der Vergabedokumentation entsprechend § 20 VOB/A vermerken. Daran mangelt es auf Grund fehlender Darlegung der Antragsgegnerin.

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf nach § 7 Abs. 8 VOB/A nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn durch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte, wie im vorliegenden Fall, begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind nur zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann, solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Die Definitionsmacht des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes ist nicht schrankenlos (OLG Düsseldorf, B. v. 25.04.2012 – Az.: VII-Verg 7/12). Sie wird begrenzt durch die Verpflichtung, den vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen.

Das insoweit durch eine Vielzahl der Vorgaben von Hersteller-, Fabrikats- und Typangaben geprägte Leistungsverzeichnis verstößt gegen den Grundsatz der Produktneutralität gemäß § 7 Abs. 8 VOB/A. In diesem Zusammenhang vermag auch der Zusatz „oder gleichwertig“ nicht über die Vergaberechtswidrigkeit hinweghelfen, da durch diesen kein Wettbewerb eröffnet wird (so auch: VK Sachsen, Beschluss vom 01.07.2011 – 1 SVK/025-11). Einem Verstoß gegen den Grundsatz der Produktneutralität kann insoweit nur begegnet werden, wenn im Rahmen einer erneuten Ausschreibung der Baumaßnahme die Produkte der Hersteller neutral anhand abstrakter Produkteigenschaften beschrieben werden. Wobei auch in diesem Zusammenhang zu beachten ist, dass die Beschreibung nicht nur auf ein einziges Produkt zugeschnitten werden darf (VK Sachsen, a.a.O).

Allein aus diesem Grund wäre die Ausschreibung bereits aufzuheben.

Unabhängig davon waren jedoch auch sämtliche Angebote von der Wertung auszuschließen, da keines die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses erfüllt.

Im Einzelnen ist festzustellen, dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Verfahrensbeteiligten gegen § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A und § 16 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) VOB/A i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A verstößt.

Zwar erklärten die Bieter, so auch die Verfahrensbeteiligte, mit dem vierten Anstrich aus Ziffer 8 des Angebotsschreibens, Formblatt 213, dass das vom Auftraggeber vorgeschlagene Produkt Inhalt ihres Angebotes ist, wenn Teilleistungsbeschreibungen des Auftraggebers den Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten und von ihnen in diesen Positionen keine Produktangaben (Hersteller- und Typbezeichnung) eingetragen wurden. Jedoch gilt das nicht für alle Positionen, in denen durch die Bieter Angaben über Hersteller- und Typenbezeichnung zu machen waren, da nicht alle Positionen gleich formuliert sind. In Positionen, die keine Hersteller- und Typbezeichnung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten, kann auf keine Hersteller- und Typbezeichnung Bezug genommen werden, so dass dort Eintragungen durch die Bieter vorzunehmen waren.

Die hier durch das beauftragte Planungsbüro nachgeforderten Angaben der im Leistungsverzeichnis geforderten Hersteller-, Fabrikats- und Typbezeichnungen für die fehlenden Angaben im Angebot der Verfahrensbeteiligten in den Positionen 1.3.2.360 Rohrverbindung herstellen DN 300, 2.2.2.260 PP-Rohr DN 200, SN 10, 2.2.2.250 Rohrverbindung DN 200, 2.2.2.410 Begu-Schachtabdeckung Kl. D und 2.2.2.420 Begu-Schachtabdeckung Kl. D war daher nicht zulässig.

Das Fehlen geforderter Fabrikatsangaben führt zum zwingenden Ausschluss des Angebots. Geforderte Fabrikats-, Produkt- und Typangaben sind integraler Angebotsbestandteil. Das Fehlen solcher Angaben ist nicht heilbar und führt zum Angebotsausschluss. Geforderte, aber im Angebot fehlende Fabrikats-, Produkt- und Typangaben fallen nicht unter § 16 Abs.1 Nr. 3 VOB/A, der den Auftraggeber zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise verpflichtet. Diejenigen Angaben, die – wie Fabrikats-, Produkt- und Typangaben – Vertragsgegenstand werden, die vertragsgegenständliche Leistungen bestimmen, dürfen nicht gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nachgefordert werden. Wird mit dem Angebot nicht dem in den Vergabeunterlagen geäußerten Willen des Auftraggebers entsprochen, wie im vorliegenden Fall die Forderung nach Hersteller-, Produkt- und Typangaben liegt wegen der fehlenden Übereinstimmung des Willens des Auftraggebers mit dem Inhalt des Angebots eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vor, die zum zwingenden Ausschluss des Angebots führt (VK Thüringen, Beschluss vom 12.04.2013).

Auch eine nachträgliche Ergänzung der unvollständigen bzw. fehlenden Angaben in den Positionen entsprechend § 15 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 VOB/A ist nicht statthaft. Gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A sind Verhandlungen, besonders über die Änderung der Angebote nicht erlaubt. Das Gebot ausreichender Transparenz erfordert ebenso wie das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter, dass nur der Inhalt der eingereichten Angebote zur Grundlage der Vergabeentscheidung gemacht werden darf. Nach § 15 Abs. 3 VOB/A gilt für alle Bieter die Unabänderbarkeit des einmal abgegebenen Angebotes. Die Antragsgegnerin hat hier zu Unrecht die unvollständigen bzw. fehlenden Angaben der Verfahrensbeteiligten nachgefordert und somit ermessensfehlerhaft gehandelt.

Unabhängig davon hat die Antragsgegnerin mit ihrer einseitigen Nachforderung auch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechend § 2 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A – bei der Vergabe von Bauleistungen darf kein Unternehmen diskriminiert werden - verstoßen, da sie die fehlenden Angaben nur von der Verfahrensbeteiligten und nicht von allen Bietern nachgefordert hat.

Zudem war das Angebot der Verfahrensbeteiligten ohnehin bereits auf der Grundlage des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wegen der fehlenden Erklärung in der unvollständig vorgelegten Anlage 3 zu § 2 LVG LSA – Beachtung der ILO Kernarbeitsnormen - von der Wertung auszuschließen.

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A müssen die Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten. Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nach. Diese sind spätestens innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen. Nach neuester Rechtsprechung des Vergabe Navigators, Sonderausgabe 2012, gehen Vergabekammern und Vergabesenate davon aus, dass § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur im engeren Sinne fehlende Unterlagen erfassen. Eine inhaltliche Veränderung, ein Austausch oder eine Ergänzung bereits vorliegender Unterlagen stelle eine unzulässige Nachbesserung dar. Bei inhaltlich unzureichenden Angeboten, bleibe nur ein Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Körperlich fehlende Erklärungen oder Nachweise können Gegenstand einer Nachforderung sein, aber körperlich vorliegende unvollständige Erklärungen oder Nachweise dürfen nicht nachgebessert werden. D. h., unter die Nachforderungsmöglichkeit gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A fallen lediglich geforderte

Erklärungen und Nachweise, die bis zum Fristablauf mangels Vorlage physisch nicht vorhanden sind, so dass das Angebot gar nicht geprüft werden kann. Eine inhaltliche Nachbesserung des Angebots soll durch die Einführung der Vorschrift in der VOB/A 2009 gerade nicht erreicht werden. Vielmehr verhindert diese Regelung lediglich, dass unvollständige Angebote per se ausgeschlossen werden (VK Brandenburg, Beschluss vom 24.08.2012 – VK 25/12).

Wegen des unvollständigen Ausfüllens der Anlage 3 zu § 2 LVG LSA - Beachtung der ILO Kernarbeitsnormen - und den unvollständigen Bieterangaben in den genannten Positionen im Angebot der Verfahrensbeteiligten hat sie ein unvollständiges und damit ein nicht zuschlagsfähiges Angebot eingereicht

Das Angebot der Verfahrensbeteiligten ist daher einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich.

Auch das Angebot der Antragstellerin ist einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich, da in der Position 2.2.2.260 die Fabrikats/Typangabe fehlt.

Ebenso ist das Angebot des Bieters 1 (Reihenfolge lt. dem Submissionsprotokoll) wegen Fehlens von Hersteller-, Produkt- und Typangaben einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich.

In der Folge sind alle drei Angebote gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A bzw. § 16 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) VOB/A i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

Durch die aufgezeigte Verletzung der §§ 7, 13 und 16 VOB/A entspricht das Vergabeverfahren nicht den rechtlichen Vorgaben. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung wird daher die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Auf Grund der fehlenden Zuschlagsfähigkeit sämtlicher abgegebenen Angebote sah sich die Vergabekammer unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Gebotes der Transparenz zur Gewährleistung des freien Wettbewerbes und zur Herstellung der Rechtmäßigkeit im Sinne des § 19 Abs. 2 LVG LSA veranlasst, die Antragsgegnerin zur Aufhebung des Vergabeverfahrens anzuweisen. Die Aufhebung ist das einzig geeignete Mittel, die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine weitere Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Sofern die Antragsgegnerin an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, sind für eine Neuvergabe eine Überarbeitung der Verdingungsunterlagen und eine neue Bekanntmachung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erforderlich, um die Rechtsverletzungen zu beseitigen.

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.

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.

Hinweise:

Es wird darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA verpflichtet ist, spätestens sieben Kalendertage vor Vertragsabschluss alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes zu informieren. Zudem ist der Versand der Information an die Bieter gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA in der Vergabeakte zu dokumentieren, um die Einhaltung der Frist zur Beanstandung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 LVG LSA nachvollziehen zu können. Ein Absageschreiben entsprechend § 19 VOB/A ist daher entbehrlich.

.....

.....