



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 42/17

Halle, 06.07.2017

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 7, § 14 und § 20 VOB/A,

- keine eindeutige Beschreibung der Leistung, Transparenzgrundsatz nicht beachtet
- Zulage- und Wahlpositionen verwechselt, Wahlpositionen dürfen nicht ins LV aufgenommen werden
- unvollständige Kennzeichnung der Angebote
- keine ausreichende Dokumentation der Angebotswertung

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Entsprechend § 2 Abs. 1 VOB/A müssen Vergabeverfahren transparent sein. Der öffentliche Auftraggeber muss in den Vergabeunterlagen regeln, ob oder inwieweit Zulagepositionen gewertet werden. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch allenfalls um Wahlpositionen.

Wahlpositionen und Bedarfspositionen beeinträchtigen die Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter im Vergabeverfahren, da sie die Vorhersehbarkeit und die Leistungsangebote der Bieter erschweren.

Gemäß § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A werden im Eröffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden.

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung der - Neubau Drei-Feld-Sporthalle, Los 26: Tribünen, Trennvorhang, Netze in, Vergabe-Nr. - hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, das Vergabeverfahren aufzuheben. Soweit sie weiter an der beabsichtigten Vergabe festhält, hat sie das Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ab der Bekanntmachung zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 16. März 2017 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) den Neubau der Drei-Feld-Sporthalle, Los 26: Tribünen, Trennvorhang, Netze in, Vergabe-Nr., aus. Die Leistungen umfassten drei ausziehbare Tribünen, zwei Stück Trennvorhänge, Ballfangnetze und Tribünensitzflächen im Obergeschoss. Der Submissionstermin war auf den 11. April 2017, 13:30 Uhr festgelegt worden.

Gemäß Fbl. 211 (VOB-Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes) sollte eine Gesamtvergabe des Loses erfolgen. Nebenangebote waren nicht zugelassen. Die Angebote konnten nur schriftlich abgegeben werden.

Im Leistungsverzeichnis waren folgende Nummern als Zulagepositionen aufgeführt:

- 372.003.02 - Zulage zur Tribüne für die Ausführung als Stuhltribüne, je Tribüne
120 Sitzplätze, einschl. der Sitzreihe auf Betonkragarm mit je 22 Plätzen
- 372.003.04 - Zulage zur Sitzplatzausführung im Obergeschoss für Ausführung als
Stuhltribüne, 150 Plätze, einschl. Unterkonstruktion auf Beton befestigen

Hier war sowohl der Einheits- und der Gesamtpreis gefordert. Die Positionen sind mit „Zulage zur vorbeschriebenen Tribüne“ gekennzeichnet.

Zum Eröffnungstermin am 11. April 2017, 13.30 Uhr, lagen sechs Hauptangebote vor. Die Angebote wurden durch die Antragsgegnerin unvollständig gekennzeichnet.

Im Ergebnis der Prüfung und Wertung der Angebote belegte die Antragstellerin den vierten Platz. Die Wertung wurde ohne Einbeziehung der Zulagepositionen vorgenommen.

Das von der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurbüro schlug mit Schreiben vom 21. April 2017 vor, den Zuschlag der zu erteilen, da sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Am 3. Mai 2017 führt die Antragsgegnerin ein Aufklärungsgespräch gemäß § 15 VOB/A mit der zum Angebotsinhalt. Mit Vergabevermerk vom 8. Mai 2017 schließt sich die Auftraggeberin dem Vergabevorschlag des Ingenieurbüros an.

Mit Schreiben vom 15. Mai 2017 informierte die Antragstellerin die Bieter, dass die LV-Positionen 372.003.02 und 372.003.04 aufgrund technischer Probleme nicht zur Ausführung kommen.

Am 23. Mai 2017 beanstandete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Vergabeentscheidung und die beabsichtigte Zuschlagerteilung auf das Angebot der Zur Begründung führt die Antragstellerin an, dass die drei erstplazierten Bieter (.....) nach ihrem Kenntnisstand den im LV geforderten TÜV-Zeichengenehmigungsausweis für Trennvorhänge und Ballfangnetze nicht besäßen.

Die genannten Bieter verfügten auch über keine Referenzen und Nachweise zum Einbau von Trennvorhängen und Ballfangnetzen mit eigenen Fachpersonal, wie im LV gefordert.

Weiter hätten die und die ihre Produkte gegenseitig angeboten. Damit seien die Angebote unzulässig und von der Wertung auszuschließen. Auch hätten diese Bieter die Zulagepositionen 372.003.02 und 372.003.04 mit einem Einheitspreis von 1,00 Euro angeboten. Hier handele es sich um Spekulationsangebote mit unzulässiger Mischkalkulation. Außerdem könnten für diesen Preis auch keine 142 Stühle geliefert und montiert werden.

Weiter führt die Antragstellerin auf, dass in der LV-Position 372.001.01 Behangmaterial aus „Kunstleder...mit schallabsorbierender Oberfläche“ gefordert worden sei. Das von derangebotene Behangmaterial erfülle diese Forderung ausweislich des eingereichten Prüfzeugnisses nicht.

Die drei erstplazierten Bieter hätten auch keine TÜV-bauartgeprüfte Teleskoptribüne, kein Tragwerk aus hochfesten, korrosionsbeständigen Aluminium und keine durchgehende Antriebswelle mit max. 200 mm breiten Antriebsrädern, wie im LV gefordert, angeboten.

Außerdem sei im LV aufgeführt, dass die Bieter im Präqualifikationsverzeichnis eingetragen sein müssen. Die drei erstplazierten Bieter seien nicht in dieser Datenbank registriert. Eine Eigenerklärung sei entsprechend dieser Anforderung im LV nicht ausreichend.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass die Wertung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin rechtswidrig ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei das Vergabeverfahren rechtmäßig durchgeführt worden. Für den im LV geforderten TÜV-Zeichengenehmigungsausweis für Trennvorhänge und Ballfangnetze wäre ein Prüfbericht des TÜV Austria vorgelegt worden. Dieser sei gleichwertig. Mit der Anforderung im LV „Einbau von Trennvorhängen und Ballfangnetzen durch eigenes Fachpersonal“ sei auch der Einbau durch Nachunternehmer mit eigenen Fachpersonal gemeint.

Auch sehe die Antragsgegnerin keine Probleme darin, dass die als Nachunternehmer die genommen hätte.

Die Zulagepositionen 372.003.02 und 372.003.04 seien nicht mit 1,00 Euro angegeben worden, sondern mit 0 Euro. Außerdem seien die Positionen bei keinem Bieter aus Kostengründen gewertet worden.

Das von der in der LV-Position 372.001.01 angebotene Behangmaterial erfülle die gestellten Anforderungen.

Ebenso entsprächen die Angebote und Nachweise zur TÜV-geprüften Teleskoptribüne, zum Tragwerk aus hochfesten, korrosionsbeständigen Aluminium und zur durchgehende Antriebswelle mit max. 200 mm breiten Antriebsrädern den im LV gestellten Anforderungen.

Die Eigenerklärungen zur Eignung seien als ausreichend angesehen worden. Eine Veranlassung die Eignung nicht anzuerkennen bestünde nicht, da die seit Jahrzehnten Tribünen aller Art fertigen und liefern würde.

Die Antragsgegnerin legte der 3. Vergabekammer am 9. Juni 2017 die Vergabeunterlagen sowie ihre Stellungnahme und weitere Unterlagen am 30. Juni 2017 vor.

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 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.

Sinn und Zweck des Landesvergabegesetzes nach § 19 ist es, dass auch im Unterschwellenbereich die Unternehmen entsprechend § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Das streitbefangene Vergabeverfahren verstößt insgesamt gegen § 7, § 14 und § 20 VOB/A.

Das Vergabeverfahren verstößt gegen § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 4 VOB/A.

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

Die Vorschrift zielt darauf ab, den Bietern eine klare Kalkulationsgrundlage zu liefern.

Entsprechend dem allgemeinen Vergabegrundsatz müssen Vergabeverfahren für die Bieter transparent sein. (vgl. § 2 Abs. 1 VOB/A). Das Transparenzgebot bezieht sich insbesondere auf das Wertungsverfahren und damit auch auf die Wertung der Zulage- oder Bedarfspositionen. Es steht nicht im Belieben des Auftraggebers, die Bieterfolge durch die Einbeziehung oder Nichteinbeziehung von Zulage- oder Bedarfspositionen zu beeinflussen. (vgl. auch VK Südbayern, Beschl. v. 01.03.1999- 120.3-394.1-01-01/99).

Der öffentliche Auftraggeber muss in den Vergabeunterlagen regeln, ob oder inwieweit die Zulagepositionen gewertet werden sollen.

Im vorliegenden Fall wurde dies versäumt. Eine Regelung, wie die Zulagepositionen in die Wertung einbezogen werden, ist durch die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen nicht getroffen worden.

Den Bietern ist somit die Möglichkeit einer sicheren Preisberechnung genommen worden, da sie nicht wissen konnten, ob und in welchem Umfang die Zulagepositionen tatsächlich zur Ausführung kommen.

Die Antragsgegnerin hat gegen das Gebot des § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A verstoßen, eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zu erstellen.

So kalkulieren die Bieter die Zulagepositionen erheblich unterschiedlich. Zwei Bieter bewerten die Zulagepositionen mit 0 Euro. Inwieweit diese Bieter bereits vor Angebotsabgabe von der Antragsgegnerin die Information erhielten, dass die Positionen aus Kostengründen entfallen und nicht gewertet werden, ist hier durch die Kammer nicht mehr nachzuvollziehen. Dementsprechend haben die Bieter verschiedenartige Angebote erstellt, so dass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben ist.

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A sind Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

Die Antragsgegnerin hat die LV-Positionen 372.003.02 und 372.003.04 als Zulagepositionen ausgewiesen. Hierzu hat sie die Ausführungen als Stuhltribüne genutzt. Zulagepositionen sind jedoch solche Positionen, die unter bestimmten Voraussetzungen regeln, dass der Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung zu einer Grundposition verlangen kann, z.B. eine

Zulage für bestimmte Erschwernisse. Die Aufnahme von Zulagepositionen kommt somit dann zur Anwendung, wenn bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses noch nicht feststeht, welche Schwierigkeiten die Ausführung der Teilleistung mit sich bringt. Sie ergänzt damit die Grundposition.

Die im Leistungsverzeichnis als Zulagepositionen aufgeführten Leistungen stellen aber keine Ergänzung zu einer Grundposition dar, sondern eine Auswahl zwischen zwei Varianten der Tribünen. Allenfalls handelt sich hier um eine Wahlposition (Alternativposition). Anders als Bedarfspositionen sind Wahlpositionen in der VOB/A nicht erwähnt. Für sie gilt jedoch das Gleiche, d.h. sie dürfen nicht in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden (vgl. 3 VK LSA 54/15, Beschluss v. 10.08.2015). Das VHB 2008 (Stand April 2016) regelt unter Punkt 4.6 in den Allgemeinen Richtlinien Vergabeverfahren und Zuständigkeiten: „Bedarfs- und Wahlpositionen dürfen weder in das Leistungsverzeichnis noch in die übrigen Vergabeunterlagen aufgenommen werden“.

Wahlpositionen und Bedarfspositionen beeinträchtigen die Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter im Vergabeverfahren, da sie die Vorhersehbarkeit und die Leistungsangebote der Bieter erschweren.

Weiter verstößt das Vergabeverfahren gegen § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A.

Sind schriftliche Angebote zugelassen, ist bei Ausschreibungen gemäß § 14a Abs. 1 Satz 1 VOB/A für die Öffnung und Verlesung der Angebote ein Eröffnungstermin abzuhalten. Gemäß § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A werden im Eröffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet. Das bedeutet, dass alle wesentlichen Angebotsbestandteile, die zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen, entweder einheitlich (z. B. durch Lochung) gekennzeichnet oder aber (z. B. durch Siegelung) verbunden werden, um einen nachträglichen versehentlichen oder bewussten Austausch einzelner Bestandteile des Angebots bzw. deren Entfernung zu verhindern. Die VOB/A selbst trifft keine Aussage, in welcher Form die Angebote im Eröffnungstermin zu kennzeichnen sind. Als weitgehend sichere Kennzeichnungsmethode gegenüber späteren Manipulationen empfiehlt sich die Lochung mittels Datums- oder Kreuz-Lochstempel, zusätzlich dazu bietet das Verplomben der Angebote eine weitergehende Sicherheit (vgl. VK Thüringen, Beschluss v. 04.04.2017).

Die der Vergabekammer im strittigen Vergabeverfahren vorgelegten Angebote waren unvollständig gekennzeichnet. Ein Angebot war völlig ohne Kennzeichnung, so dass nicht erkennbar war, welche Inhalte wann bei der Antragsgegnerin vorgelegen haben. Ein weiteres Angebot war nur teilweise gekennzeichnet. Bei den anderen Angebote erfolgte die Kennzeichnung mit Lochstempel vollständig.

Die unterlassene Kennzeichnung der eingegangenen Angebote im Eröffnungstermin hat zur Folge, dass nicht gewährleistet ist, dass die bei der Prüfung und Wertung der Angebote zugrunde liegenden Unterlagen tatsächlich alle rechtzeitig mit dem bei der Prüfung festgestellten Inhalt vorgelegen haben. Die unterlassene Kennzeichnung lässt einen sicheren Ausschluss der Manipulierbarkeit nach Ablauf der Angebotsfrist nicht zu. Ein ordnungsgemäßer Wettbewerb ist objektiv nicht mehr gewährleistet.

Auch die unterlassene vollständige Kennzeichnung der Angebote im Eröffnungstermin führt zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens gemäß § 14 a Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A.

Das Vergabeverfahren verstößt auch insgesamt gegen § 20 VOB/A, da die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren insgesamt nicht ausreichend dokumentiert hat. Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden.

Insbesondere auf die Dokumentation der Angebotswertung und der Zuschlagsentscheidung als der Kernaufgabe des Auftragsgebers im Vergabeverfahren muss größte Sorgfalt verwandt werden. Es muss nachvollziehbar sein, warum gerade auf das betreffende Angebot der

Zuschlag erteilt werden soll. Aus der Dokumentation sollen alle Erwägungen hervorgehen, die bei der Entscheidung über den Zuschlag eine Rolle gespielt haben. Ergeben sich aus den Ausschreibungsbedingungen verschiedene Möglichkeiten zum Erbringen der geforderten Leistung, muss die Dokumentation erkennen lassen, dass der Auftraggeber sich mit den Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Methoden und eventuellen Auswirkungen auseinandergesetzt hat (Zeise in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 1. Auflage 2016, § 8 VgV, Rn 26 mwN).

Auf Grund der aufgezeigten Mängel des Vergabeverfahrens sah sich die erkennende Kammer 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 Vergabeunterlagen und eine neue Bekanntmachung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA erforderlich, um die Rechtsverletzungen zu beseitigen.

Auf die in der Beanstandung von der Antragstellerin vorgebrachten Gründe kommt es daher nicht mehr an, einer Entscheidung durch die Vergabekammer bedarf es nicht.

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.

.....

.....