



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az: 3 VK LSA 43/15

Halle, 23. Juni 2015

§ 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA, § 13 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

- unvollständige Erklärung
- Ausschluss von der Wertung

Die Nachforderung einer Erklärung kommt nur in Betracht, wenn sie formale Mängel aufweist, nicht, wenn sie in inhaltlicher Hinsicht fehlerhaft ist. Es kommt dann nur darauf an, ob lediglich ein formaler Mangel korrigiert werden soll oder durch die Nachforderung des Nachweises inhaltliche Änderungen am Angebot erfolgen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

Antragstellerin

gegen den

.....
.....

Antragsgegner

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in der Öffentlichen Ausschreibung des Landkreises,
Brückenbaumaßnahme / Straßenbaumaßnahme – Hochwasser-Schadensbeseitigung
....., Brücke über einen Graben bei, Vergabe-Nr., hat die 3.
Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der
hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und der ehrenamtlichen Beisitzerin
Frau 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 des Landes Sachsen-Anhalt am 12. März 2015 schrieb der Antragsgegner im Wege der öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme Hochwasser-Schadensbeseitigung, Brücke über einen Graben bei, Vergabe-Nr., aus. Die Submission war am 7. April 2015 um 14.00 Uhr.

Die Ausschreibung umfasste die Ausführung folgender Bauleistungen/Straßenbauarbeiten:
..... in Ortbeton über einen Graben bei

- Brückenbreite: 8 m, Stützweite: 7,72 m, Lichte Weite: 6,50 m, Brückenfläche: 61,76 m², Belastungsklasse: 1,0, Bohrpfahlgründung Durchmesser 62 m
- ca. 1.000 m³ Boden lösen und entsorgen
- ca. 225 m² Straßenaufbruch
- ca. 530 m³ Frostschuttschicht herstellen
- 2 St. Fangedamm herstellen
- ca. 1.400 m² Asphalteinbau
- ca. 350 m³ Baugrubenaushub
- ca. 600 m³ Hinterfüllung
- ca. 30 m³ Abbruch Bestandsbauwerk (Stahlbeton)
- ca. 90 m² Bohrpfahlwand
- ca. 40 m³ Stahlbeton für Überbau
- ca. 38 m³ Stahlbeton für Unterbauten
- ca. 11 m³ Stahlbeton für Kappen
- ca. 60 m² Brückenabdichtung und Belag
- ca. 28 m Stahlgeländer

Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis). Bei Einsatz von Nachunternehmern ist auf Verlangen nachzuweisen, dass die vorgesehenen Nachunternehmern 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 Nachunternehmern sind die Eigenerklärungen auch für die vorgesehenen Nachunternehmern abzugeben, es sei denn, die Nachunternehmern sind präqualifiziert. In diesem Fall reicht die Angabe der Nummer, unter der die Nachunternehmern in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden. Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind

die Eigenerklärungen (auch die der Nachunternehmer) durch Vorlage der in der „Eigenerklärung zur Eignung“ genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen. Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist erhältlich - siehe Vergabeunterlagen. Bescheinigungen, die nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

Darüber hinaus hat der Bieter zum Nachweis seiner Fachkunde folgende Angaben gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A zu machen: Eigenerklärungen nach LVG LSA.

Insgesamt forderten neun Firmen die Angebotsunterlagen ab. Zum Eröffnungstermin am 7. April 2015 um 14.00 Uhr, lagen sechs Hauptangebote vor.

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

Mit Vermerk vom 21. April 2015 empfiehlt der Antragsgegner den Zuschlag an den Bieter Nummer 1 zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin und ein weiteres Angebot wurden wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen. Insbesondere wurde die Erklärung nach dem Landesvergabegesetz des Landes Sachsen-Anhalt zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen unvollständig abgegeben.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt wird, da es wegen unvollständiger Erklärung zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation gemäß § 12 LVG LSA ausgeschlossen worden sei.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 12. Mai 2014 das Vergabeverfahren. Sie erklärte, dass gemäß § 16 Abs. 3 VOB/A fehlende Erklärungen nachgefordert werden dürften, mit Ausnahme rechtsverbindlicher Unterschriften. Die Erklärungen seien mit Datum vom 17. April 2015 nachgereicht worden, so dass das Angebot zu werten sei. Diese Rechtsauffassung bestätigte die Antragstellerin mit dem Schriftsatz vom 20. Mai 2015.

Der Antragsgegner half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und legte die Vergabeunterlagen am 27. Mai 2015 der Vergabekammer zur Prüfung vor.

Mit Schreiben vom 2. Juni 2015 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.

Das Angebot der Antragstellerin sei bereits in der ersten Wertungsstufe aus formellen Gründen infolge einer unvollständigen Erklärung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen gewesen, ohne dass es auf die inhaltlich technische Prüfung ankäme.

Mit Datum vom 9. Juni 2015 äußerte sich die Antragstellerin dahingehend, dass sie ihren Nachprüfungsantrag aufrechterhalte. Es sei zwar zutreffend, dass die Anlage 3 LVG LSA nicht angekreuzt worden seien, jedoch mit der ordnungsgemäßen Unterzeichnung die Angaben generell akzeptiert worden seien. Es sei nur ein formaler Mangel und insofern sei eine Pflicht zur Nachforderung im Rahmen des Ermessens gegeben, insbesondere da das Angebot das günstigste gewesen sei.

Das Formblatt sei unstreitig unterschrieben worden und hätte mit nein angekreuzt werden müssen, insofern seien sämtliche Angaben für „ja“ und „nein“ akzeptiert worden. Durch die Unterschrift sei die fehlende Angabe rechtlich unerheblich und nur ein formaler Mangel.

Die Antragstellerin beantragt,

die Wertung ihres Angebotes und Erteilung des Zuschlages auf ihr Angebot.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

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.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA.

Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro bei Bauleistungen entsprechend § 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 Antrag ist jedoch unbegründet, da die Antragstellerin kein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben hat und damit durch das beanstandete Wertungsergebnis nicht in ihren Rechten verletzt wird.

Das Angebot der Antragstellerin ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen. Sie hat zwar die Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (Anlage 3 LVG LSA) dem Angebot beigefügt, diese jedoch unvollständig ausgefüllt. Die Anlage 3 zur Beachtung der Kernarbeitsnormen verlangt eine anzukreuzende Erklärung darüber, ob die Leistung oder Lieferung der in der Anlage genannten Produkte in Afrika, Lateinamerika oder Asien hergestellt bzw. bearbeitet werden oder wurden. Dieses Kreuz wurde durch die Antragstellerin nicht gesetzt, allerdings wurde das Formblatt von der Antragstellerin mit dem Datum vom 29. April 2014 sowie mit Firmenstempel und Unterschrift versehen, so dass die Antragstellerin mit der Unterschrift bestätigt, diese gegen sich gelten zu lassen. Die konkrete Zusicherung des Herkunftslandes hat sie jedoch durch das fehlende Kreuz unterlassen. Damit liegt die Erklärung der Anlage 3 des Landesvergabegesetzes körperlich vor, wurde jedoch unvollständig eingereicht. Eine Nachforderung dieser Erklärung ist nicht zulässig.

Die Nachforderung einer Erklärung kommt nur in Betracht, wenn sie formale Mängel aufweist, nicht, wenn sie in inhaltlicher Hinsicht fehlerhaft ist. Es kommt dann nur darauf an, ob lediglich ein formaler Mangel korrigiert werden soll oder durch die Nachforderung des Nachweises inhaltliche Änderungen am Angebot erfolgen.

Der Rechtsauffassung der Antragstellerin kann nicht gefolgt werden, insbesondere handelt es sich nicht um einen Formmangel, sondern um einen unvollständigen Vertragsbestandteil. Hier handelt es sich um eine von der Antragstellerin mit dem Angebot aktiv abzugebende inhaltliche Erklärung über die Herkunft der im Angebot kalkulierten Produkte und nicht lediglich um die Akzeptanz der Vorgaben.

Gemäß § 12 Abs. 2 LVG LSA dürfen Aufträge über Lieferleistungen nur an solche Bieter vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen nach Absatz 1 gewonnen oder hergestellt

worden sind. Hierzu sind von den Bietern entsprechende Nachweise oder Erklärungen zu verlangen. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden.

Entsprechend dem Willen des Gesetzgebers, der sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, wird die „Beachtung der ‚ILO-Kernarbeitsnormen‘ im Stadium der Vertragsausführung als Ergänzende Vertragsbedingung zu einer vertraglichen Nebenpflicht des Auftragnehmers“.

Die Erklärung der Anlage 3 ist damit elementarer Vertrags- und Angebotsbestandteil. Die Erklärung enthält auch den Hinweis an den Unterzeichnenden, dass die unvollständige Vorlage der Erklärung nach § 15 LVG LSA zum Ausschluss führen kann. Hat der Bieter nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 LVG LSA eine Erklärung nach den §§ 10 und 12 Abs. 2 nicht zum geforderten Zeitpunkt vorgelegt, entscheidet der öffentliche Auftraggeber auf der Grundlage der Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, ob das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird.

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A müssen die Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten. Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise, verlangt der Auftraggeber diese nach. Sie 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 gehen Vergabekammern und Vergabesenate davon aus, dass § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur im engeren Sinne fehlende Unterlagen erfasst (Vergabe Navigator, Sonderausgabe 2012). 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 (OLG München, Beschluss vom 15.03.2012, Verg 2/12).

Hier fehlt eine inhaltlich mit dem Angebot fest verbundene Erklärung über die Herkunft der im Angebot kalkulierten Produkte. Die Erklärung in der unvollständigen Form würde Vertragsbestandteil in der Ausführung des Auftrages und würde damit die Antragstellerin im Wettbewerb bevorzugen, da sie die Herkunft der Produkte nicht erklärt hat bzw. erst nach Kenntnis der Wettbewerber nachgereicht hat. Damit fehlt die Vergleichbarkeit zu den Angeboten der übrigen Bieter, die bereits mit Abgabe des Angebotes die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen versichert haben. Es kann dahinstehen, ob es für den Antragsgegner ersichtlich gewesen ist, dass dieses Kreuz versehentlich nicht gesetzt wurde, denn als Vertragsbestandteil durfte diese Erklärung nicht nachgefordert werden, dies würde eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes darstellen, diese Entscheidung liegt auch nicht im Ermessen des Antragsgegners (3 VK LSA, Beschluss vom 25.06.2014, 3 VK LSA 49/14). Eine Nachforderungspflicht des Antragsgegners entsteht gemäß § 15 LVG LSA i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur dann, wenn das Formular gar nicht vorliegt. Insofern wird der Rechtsauffassung der Antragstellerin nicht gefolgt, denn dieser Vertragsbestandteil kann ebenso wenig nachgebessert werden wie ein fehlendes Fabrikat im Leistungsverzeichnis.

Der Rechtsauffassung der Antragstellerin, dass die Nachforderung eines Vertragsbestandteiles im Rahmen des Ermessens auf Grund der Tatsache, dass das Angebot der Antragstellerin das günstigste gewesen wäre, gerechtfertigt gewesen sei, wird nicht gefolgt. Ein vorweg genommenes Ergebnis der Wirtschaftlichkeitsprüfung darf nicht zur unzulässigen Nachbesserung eines Angebotes führen.

Der Antragsgegner hat das Angebot zu Recht von der Wertung ausgeschlossen. Eine aus diesem Grund durch die Antragstellerin erfolgte Nachreichung der Unterlagen führt nicht zur Zuschlagsfähigkeit des Angebotes, da eine Nachforderung aus den oben dargestellten Gründen in diesem Fall nicht zulässig war.

Ein Nachprüfungsantrag ist unbegründet, wenn sicher ausgeschlossen werden kann, dass die behaupteten Vergaberechtsverstöße des öffentlichen Auftraggebers die Bieterchancen des Antragstellers beeinträchtigt haben könnten (OLG Düsseldorf, B. v. 25.04.2012 - Az.: VII-Verg 107/11; B. v. 25.04.2012 - Az.: VII-Verg 100/11).

Das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren dient allein dem Schutz subjektiver Rechte des jeweiligen Antragstellers, d.h. mit ihm wird ein individueller Primärrechtsschutz gewährt. Eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle findet im Nachprüfungsverfahren nicht statt.

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 14.07.2015 durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzzeichens **3300-.....** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, BIC: MARKDEF1810, IBAN: DE2181000000081001500 zu erfolgen.

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

.....

.....