



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 44/16

Halle, 30.11.2016

§ 2 Abs. 1 und 2, § 13 Abs. 2 und § 16 a VOB/A

- fehlender Nachweis der Gleichwertigkeit des zweiten Nebenangebotes
- Zuschlag auf wirtschaftlichstes Angebot

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet, da sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat.

Auf das zweite Nebenangebot der Antragstellerin kann der Zuschlag nicht erteilt werden. Die Antragstellerin hat mit dem Angebot gemäß § 13 Abs. 2 VOB/A und Ziffer 5.1 der Teilnahmebedingungen die Gleichwertigkeit des Nebenangebotes nicht nachgewiesen. Damit hat die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, da sie nach Wertung ihres Hauptangebotes und des ersten Nebenangebotes den zweiten Platz belegt. Der Antragsgegner war nicht verpflichtet einen Nachweis der Gleichwertigkeit gemäß § 16 a VOB/A bei der Antragstellerin vor Ausschluss des Nebenangebots nachzufordern. Dies würde eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes darstellen und liegt daher auch nicht im Ermessen des Antragsgegners. Eine Nachforderungspflicht wäre damit für den Antragsgegner nur entstanden, wenn das Profildatenblatt der Fa. ... dem Angebot nicht beigelegen hätte.

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

...

gegen den

...

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A des ... zum Bauvorhaben ..., Vergabenummer ..., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Leitender Regierungsdirektor ..., der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau ... und des ehrenamtlichen Beisitzers ... beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf 543,72 Euro.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am ... im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb der Antragsgegner im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme ... aus. Die Submission war am 27. September 2016, 10.00 Uhr.

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

+ 710 m Spundwand als Innendichtung, + 750 m Baustraße herstellen, vorhalten, unterhalten, rückbauen, + 90 m³ Oberboden abtragen, laden, fördern, lagern, Wiedereinbau, + 4.970 m³ Kampfmittelerkundung in der Spundwandtrasse.

Entsprechend Ziffer 5 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes waren Nebenangebote zugelassen.

Unter Ziffer 5 der Teilnahmebedingungen (Formblatt 212) war hinsichtlich der Nebenangebote folgendes vorgegeben:

- 5.1 Soweit an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt sind, müssen diese erfüllt werden; im Übrigen müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.

5.2 Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten. Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind.

Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Vergaberegeln geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.

5.3 Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern) nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).

5.4 Nebenangebote, die den Nummern 5.1 bis 5.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen.

Die Anforderungen an die entsprechenden Leistungen waren in den Positionen des Leistungsverzeichnisses beschrieben. In der Leistungsposition 1.11.03 hat der Antragsgegner gefordert: Stahlbundbohle liefern; Stahlbundbohle als Doppelbohle aus Stahl S270GP DIN EN 10248, Widerstandsmoment W_x über $830 \text{ cm}^3/\text{m}$ Wand, Schlossdichtung mit bitumenhaltiger Paste, Breite über 50 bis 60 cm, Länge 7 m, Neumaterial; Hersteller/ Typ: Larssen 602 oder gleichwertig. Unter Punkt 1.1.4 der Baubeschreibung wird zusätzlich eine Wandstärke von mind. 8 mm gefordert.

Zum Submissionstermin am 27. September 2016 lagen elf Hauptangebote und neun Nebenangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin ein Hauptangebot in Höhe ... Euro brutto sowie zwei Nebenangebote beim Antragsgegner vor. Das erste Nebenangebot beinhaltete eine Alternative zum Errichten der Baustraße aus Schotter mit einer geotextilen Trennlage mit einer Ersparnis von Euro. Das zweite Nebenangebot beinhaltete für die Leistungsposition 1.11.03 das Profil GU 8 S der Fa. ... mit einer weiteren Einsparung von ... Euro. Das Datenblatt für das Profil war beigelegt. Rein rechnerisch ergab das bei Abzug der Kostenersparnis beider Nebenangebote den ersten Platz für die Antragstellerin.

Nach Prüfung der Bieterangaben wurde durch das vom Antragsgegner beauftragte Ingenieurbüro festgestellt, dass das von der Antragstellerin angebotene Spundwandprofil GU 8 S nicht den Forderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht.

Während vom Antragsgegner in der Position 1.11.03 des Leistungsverzeichnisses und in Ziffer 1.1.4 der Baubeschreibung für die Spundwand Larssen-Profile L 602 oder gleichwertig mit einem Mindestwiderstandsmoment von $W_y = 830 \text{ cm}^3/\text{m}$ Wand, einem Trägheitsmoment von $12.870 \text{ cm}^4/\text{m}$ Wand und einer Wandstärke von mindestens 8 mm gefordert wurden, erreicht das von der Antragstellerin angebotene Produkt GU 8 S das geforderte Widerstandsmoment und das geforderte Trägheitsmoment nicht.

Das zweite Nebenangebot ist somit nicht gleichwertig und kann daher nicht gewertet werden. Das Angebot der Antragstellerin belegt damit nur den zweiten Platz.

Das Ingenieurbüro schlägt nach Prüfung und Wertung der Angebote vor, den Zuschlag an die Fa. ... zu erteilen, da diese das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Die Fa. ... hat ein Hauptangebot in Höhe von ... Euro abgegeben und ein Nebenangebot mit einer Alternative zum Errichten der Baustraße aus Schotter mit einer geotextilen Trennlage mit einer Kostenersparnis in Höhe von ... Euro.

Der Antragsgegner schließt sich dem Vergabevorschlag an.

Mit Informationsschreiben gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA vom 18. Oktober 2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste sei und er beabsichtige den Zuschlag auf das Angebot der Fa. ... zu erteilen.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben/Fax vom 19. Oktober 2016 das Vergabeverfahren. Sie erklärt, dass Nebenangebote zugelassen waren. Das von ihr angebotene Spundwandprofil GU 8 S entspräche der ausgeschriebenen Spezifikation und sei daher zu werten. Bei Wertung und Abzug der Kostenersparnis beider Nebenangebote habe sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Das Hauptangebot der Fa. ... enthielte einen Spekulationspreis, soweit es die Baustraße betreffe. Wer derartig spekulierend in der Ausschreibung agiere, wäre unzuverlässig.

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

Mit Schreiben vom 8. November 2016 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden. Ihr wurde die Möglichkeit gegeben, hierzu bis zum 15. November 2016 schriftlich Stellung zu nehmen.

Insbesondere wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass ihr Antrag zwar zulässig wäre, jedoch nach derzeitiger Aktenlage unbegründet sei, da sie keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen könne.

Die Antragstellerin habe in ihrem zweiten Nebenangebot die Gleichwertigkeit zu den Forderungen in der Leistungsbeschreibung gemäß § 13 Abs. 2 VOB/A nicht nachgewiesen. In ihren Vergabeunterlagen habe die Antragstellerin unter der Position 1.11.03 eine Leistung angeboten, die nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspreche. Damit könne das Nebenangebot nicht gewertet werden. Die Fa. ... habe das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

Die Antragstellerin führt in ihrer Stellungnahme vom 11.11.2016 nunmehr ergänzend aus, dass der Nachweis der Gleichwertigkeit gemäß § 16 Abs. 3 VOB/A nachzufordern gewesen wäre. Es läge kein zwingender Ausschlussgrund vor. Weiter wäre in den von dem Auftraggeber vorgegebenen technischen Daten in Position 1.11.03 des Leistungsverzeichnisses nicht zu erkennen gewesen, dass es sich um eine Dichtungswand handelt, die einen Geländesprung und/ oder Verkehrslasten abzufangen hätte. Die Prüfung der Gleichwertigkeit wäre durch Hinreichen des Datenblattes möglich gewesen. Die angebotene Dichtwand wäre auch ausreichend, da die entscheidenden Faktoren die Länge und die Durchlässigkeit der Dichtwand seien. Die Restwandstärke der alternativen Spundwand sei auch noch in hundert Jahren ausreichend. Die Antragstellerin legt weiter eine statische Voruntersuchung der Fa. ... vom 21. Oktober 2016 zum Bauvorhaben ... vor.

Die Antragstellerin beantragt,

die Wertung ihres Angebotes.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht des Antragsgegners sei die Wertung der Angebote ordnungsgemäß durchgeführt worden. Das 2. Nebenangebot der Antragstellerin konnte nicht gewertet werden, da es nicht gleichwertig sei.

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 unbegründet, da sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat und damit durch das beanstandete Wertungsergebnis keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Auf das zweite Nebenangebot der Antragstellerin kann der Zuschlag nicht erteilt werden. Die Antragstellerin hat mit dem Angebot gemäß § 13 Abs. 2 VOB/A und Ziffer 5.1 der Teilnahmebedingungen die Gleichwertigkeit des Nebenangebotes nicht nachgewiesen.

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).

Der Nachprüfungsantrag ist in materiell-rechtlicher Hinsicht unbegründet. Der Ausschluss des Nebenangebotes der Antragstellerin durch den Antragsgegner ist nicht zu beanstanden. Die Antragstellerin hat eine Leistung angeboten, die nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht.

Entsprechend § 13 Abs. 2 VOB/A kann eine Leistung, die von der technischen Spezifikation nach § 7a Absatz 1 abweicht, angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen.

Im Einzelnen ist dazu festzustellen, dass ein Anspruch auf inhaltliche Bewertung eines Nebenangebotes grundsätzlich nur dann bestehen kann, wenn Nebenangebote zugelassen sind (dies war hier zutreffend) und diese den Nachweis der Gleichwertigkeit mit den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses erbringen. Den Bietern obliegt insofern generell bereits bei Angebotsabgabe die Verpflichtung, die in ihren Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.

Es ist nicht Aufgabe des Auftraggebers, eventuelle Defizite des Bieters durch eigene ergänzende Untersuchungen oder durch Nachfordern von Nachweisen der Gleichwertigkeit vom Bieter auszugleichen. Er ist zur eigenständigen Prüfung der Gleichwertigkeit verpflichtet.

Das von dem Antragsgegner beauftragte Ingenieurbüro hat diese Prüfung vorgenommen und dokumentiert.

Soweit die Antragstellerin ihre fehlenden Ausführungen im Angebot mit der Begründung in ihrem Anhörungsschreiben ersetzt sieht, kann die Vergabekammer dieser Sichtweise nicht folgen, da eine derartige Haltung die essentiellen Pflichten der Beteiligten an einem Vergabeverfahren verkennt. Dies betrifft sowohl die Verpflichtung des Bieters zur Darlegung aller Umstände, die eine Gleichwertigkeit mit den jeweiligen Anforderungen deutlich machen könnten, als auch die Verpflichtung des Auftraggebers zur Ausübung seines Ermessens im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung.

Der Antragsgegner war nicht verpflichtet einen Nachweis der Gleichwertigkeit gemäß § 16 a VOB/A bei der Antragstellerin vor Ausschluss des Nebenangebots nachzufordern. Dies würde eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes darstellen und liegt daher auch nicht im Ermessen des Antragsgegners. Eine Nachforderungspflicht wäre damit für den Antragsgegner nur entstanden, wenn das Profildatenblatt der Fa. ... dem Angebot nicht beigelegt hätte.

In der Position 1.11.03 des Leistungsverzeichnisses hat der Antragsgegner für die Spundwand Larssen-Profil L 602 oder gleichwertig mit einem Mindestwiderstandsmoment von $W_y = 830 \text{ cm}^3/\text{m}$ Wand, einem Trägheitsmoment von $12.870 \text{ cm}^4/\text{m}$ Wand und einer Wandstärke von mindestens 8 mm gefordert.

Die Antragstellerin hat jedoch mit dem Produkt GU 8 S ein Spundwandprofil mit einem Mindestwiderstandsmoment von $W_y = 820 \text{ cm}^3/\text{m}$ Wand, einem Trägheitsmoment von $12.800 \text{ cm}^4/\text{m}$ Wand und einer Wandstärke von 8 mm angeboten. Sie legte dem Angebot ein Profildatenblatt der Fa. ... mit eben diesen Daten bei.

Nicht zu folgen ist daher der Ansicht der Antragstellerin, das von ihr angebotene Spundwandprofil der Firma ... entspräche den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses und wäre gleichwertig.

In ihren Schreiben vom 19. Oktober 2016 und vom 21. Oktober 2016 an den Antragsgegner sowie der Stellungnahme vom 11.11.2016 zum Anhörungsschreiben erklärt die Antragstellerin die Abweichungen in ihrem Angebot für geringfügig, und nicht erkannt zu haben, dass es sich bei dem von dem Antragsgegner geforderten Profil um eine Dichtungswand handelt, die einen Geländesprung und/ oder Verkehrslasten abzufangen hätte. Sie räumt damit Abweichungen zur geforderten Leistung ein. Die Antragstellerin kann dem Auftraggeber auch nicht vorschreiben, wie er die Anforderungen an sein Produkt definiert, indem sie „die entscheidenden Faktoren“ für die Spundwand festlegt.

Es steht im Ermessen des Auftraggebers, welche Anforderungen er an die von ihm ausgeschriebene gewünschte Leistung auch im Hinblick auf Teilkomponenten stellt. Er hat das Recht, die Einzelheiten der Auftragsdurchführung zu bestimmen und ist in der Auswahl der von ihm zu beschaffenden Leistungen frei. Er ist auch nicht verpflichtet, in der Ausschreibung eine weitergehende Vielfalt von technischen Lösungen zuzulassen (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 30.01.2014, Az.: Verg W 2/14).

Das zweite Nebenangebot der Antragstellerin entsprach nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses. Damit kann eine Vergleichbarkeit mit anderen wertbaren Angeboten nicht hergestellt werden. Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung i.S.d. § 2 Abs. 1 und 2 VOB/A erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind.

Da die Antragstellerin in ihrem zweiten Nebenangebot gemäß § 13 Abs. 2 VOB/A die Gleichwertigkeit zu den Forderungen in der Leistungsbeschreibung nicht wie gefordert mit dem Angebot nachgewiesen hat, konnte das Nebenangebot nicht gewertet werden. Damit hat die

Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, da sie nach Wertung ihres Hauptangebotes und des ersten Nebenangebotes den zweiten Platz belegt.

Die Fa. ... hat nach Wertung ihres Hauptangebotes und ihres Nebenangebotes das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Das Angebot enthält auch keinen spekulativen Preis hinsichtlich der Baustraße. Das Nebenangebot sieht ebenfalls eine Alternative zur Herstellung der Baustraße aus Schotter mit einer geotextilen Trennlage vor. Durch die vorgesehene Technologie zum Ausführen der Rammarbeiten entfällt das Herstellen einer Baustraße einschließlich der dazugehörigen Positionen. Der Antragsgegner hat sich gemäß § 15 Abs. 1 VOB/A Aufklärung über die Technologie verschafft.

Aus den vorgenannten Gründen war daher der Antrag als unbegründet zurückzuweisen.

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 unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen 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 500 Euro (§ 19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von 42,73 Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ... **Euro** hat bis zum ... durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzzeichens ... auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE2181000000081001500 zu erfolgen.

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

...

...