



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 45/16

Halle, 29.11.2016

§§ 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A.

- Ausschluss eines Angebotes wegen fehlender Erklärung und fehlender Fabrikatsangaben

Der Bieter hat zwar die Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (Anlage 3 LVG LSA) dem Angebot beigefügt, diese jedoch unvollständig ausgefüllt.

Hier fehlt eine inhaltlich mit dem Angebot 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 den Bieter im Wettbewerb bevorzugen, da sie die Herkunft der Produkte nicht erklärt 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.

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 a VOB/A, der den Auftraggeber zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise verpflichtet.

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

gegen den

...

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstößes zur Öffentlichen Ausschreibung – Baumaßnahme ..., Vergabe-Nr. ... - hat die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden ..., die hauptamtliche Beisitzerin ... und den ehrenamtlichen Beisitzer ... beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Der Antragsgegner veröffentlichte am ... unter evergabe-online in Form einer Öffentlichen Ausschreibung die Vergabe ..., Vergabe-Nr.

Es wurden folgende Leistungen ausgeschrieben:

- Tiefbau, Rohrverlegung (offene Bauweise / Bohrspülen)
- Verlegung von 4145 m PE 225 x 13,4
als Freigefälleleitung
davon 960 m in offener Bauweise
davon 3185 m im Bohrspülverfahren
- Verlegung von 90 m Abwasserkanal DN 200
- Setzen von 62 Schachtbauwerken
- Leitungsgrabenaushub ca. 6000 m³

Unter Buchstabe u) der öffentlichen Bekanntmachung werden folgende Nachweise zur Eignung verlangt:

Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis). Bei Einsatz von Nachunternehmern ist auf gesondertes Verlangen nachzuweisen, dass diese präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifikation erfüllen.

Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Bei Einsatz von

Nachunternehmen sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärungen auch für diese abzugeben. Sind die Nachunternehmen präqualifiziert, reicht die Angabe der Nummer, unter der diese in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden.

Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der Nachunternehmen) auf gesondertes Verlangen durch Vorlage der in der „Eigenerklärung zur Eignung“ genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen. Bescheinigungen, die nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist erhältlich.

Darüber hinaus hatten die Bieter zum Nachweis ihrer Fachkunde folgende Angaben gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A zu machen:

Güteschutz Kanalbau AK 2, Güteschutz Kanalbau VP oder DVGW GN 2 (AB GW 321)

Nebenangebote waren in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen.

Die Vergabeunterlagen wurden von acht Firmen abgefordert.

Zum Submissionstermin am 16. August 2016 um 11:00 Uhr lagen drei Hauptangebote vor.

Der Niederschrift zum Submissionstermin ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin ein Hauptangebot in Höhe von ... Euro brutto abgegeben hat und damit zunächst das günstigste Angebot abgegeben hat. Das Angebot des Bieters Nr. 2 lag mit ... Euro an zweiter Stelle. Dieser Bieter gewährte jedoch einen Nachlass von 5 v.H.

Im Rahmen der Auswertung der Angebote forderte das vom Antragsgegner beauftragte Ingenieurbüro vom Bieter Nr. 2 fehlende Unterlagen nach, unter anderem den Nachweis DVGW GN2 bzw. Güteschutzkanalbau VP. Des Weiteren wurden die Fabrikatsangaben für die Positionen 3.1.3.1, 3.1.3.2 sowie 3.1.3.20 nachgefordert.

Am 24. August 2016 führte der Antragsgegner ein Aufklärungsgespräch mit dem Bieter Nr. 2, in dem festgestellt wurde, dass eins der angebotenen Fabrikate nicht den Forderungen an das Bohrspülverfahren entspreche, so dass der Bieter ein anderes Fabrikat angeboten hat.

Das beauftragte Ingenieurbüro empfiehlt den Zuschlag auf das Angebot den Bieter Nr. 2 zu vergeben, da dieses infolge des Nachlasses in Höhe von 5 v.H. mit ... Euro an erster Stelle liegt. Mit Vermerk vom 24. August 2016 beschließt der Antragsgegner ebenfalls die Zuschlagserteilung an den Bieter Nr. 2.

Mit Schreiben vom 25. August 2016 rügte die Antragstellerin erstmals die Vergabe im Hinblick auf eine Zuschlagserteilung an den Bieter Nr. 2. Sie führte dazu aus, dass in der Veröffentlichung unter Buchstabe u) zusätzliche Angaben und Unterlagen zum Nachweis der eigenen Fachkunde von den Bietern als Eigenerklärung vorzulegen waren, hier der Nachweis für die Einhaltung AK2, Güteschutz Kanalbau VP oder DVGW GN2 (AB GW 321). Ein Nachweis mittels Eignungsleihe bei Nachunternehmen sei hier aufgrund der eindeutigen Formulierung „Bieter“ und „seiner Fachkunde“ nicht vorgesehen. Auch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes habe es keine abweichende Aufforderung gegeben. Der für den Zuschlag vorgesehene Bieter verfüge nicht über diesen Nachweis für seine Fachkunde. Damit sei das Angebot auszuschließen gewesen.

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass der Zuschlag auf das Angebot des Bieters Nr. 2 erteilt werden soll und ihrer Rüge nicht abgeholfen

werde. Das Angebot des anderen Bieters sei nicht auszuschließen. Es sei nicht unzulässig, für bestimmte Leistungen Nachunternehmer einzusetzen, die die entsprechende Eignung aufweisen. Sofern Nachunternehmer zulässig seien, müssten auch die entsprechenden Eignungsnachweise zulässig sein. Die Formulierung der Bekanntmachung spreche hier nicht dagegen, es seien daher keine Verstöße gegen Vergaberecht zu erkennen.

Am 25. Oktober 2016 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner erneut die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die öffentliche Bekanntmachung über die auch für Nachunternehmen gültigen Eignungsnachweisen vorschreibt, dass der Bieter „darüber hinaus“ entsprechende Nachweise seiner Fachkunde erbringen müsse. Nach dieser Formulierung müsse dies der Bieter in eigener Person haben, so dass das Angebot des Bieters Nr. 2 auszuschließen sei.

Der Antragsgegner half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und legte der 3. Vergabekammer am 2. November 2016 die Unterlagen vor. Die Vergabeakten lagen der Vergabekammer am 4. November 2016 vollständig vor.

Die Antragstellerin beantragt

die Zuschlagserteilung auf ihr Angebot.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

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.

Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um Arbeiten an baulichen Anlagen, damit ist die VOB/A gemäß § 1 Abs. 2 LVG LSA anzuwenden. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro für die Vergabe von Bauleistungen nach § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am 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. 7 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot des Bieters Nr. 2 verstößt gegen die §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A.

Das Angebot des Bieters Nr. 2, auf das der Antragsgegner den Zuschlag erteilen möchte, ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

Der Bieter hat zwar die Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (Anlage 3 LVG LSA) dem Angebot beigelegt, 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 den Bieter nicht gesetzt, allerdings wurde das Formblatt mit dem Datum vom 16. August 2016 sowie mit Firmenstempel und Unterschrift versehen, so dass der Bieter mit der Unterschrift bestätigt, diese gegen sich gelten zu lassen. Damit liegt die Erklärung der Anlage 3 des Landesvergabegesetzes körperlich vor, wurde jedoch unvollständig eingereicht. Eine Nachforderung dieser Erklärung ist nicht zulässig.

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.

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. Körperlich fehlende Erklärungen oder Nachweise können Gegenstand einer Nachforderung sein, aber körperlich vorliegende unvollständige Erklärungen oder Nachweise dürfen nicht nachgebessert werden (Beschluss der 3. VK LSA vom 25.06.2014, Az: 3 VK LSA 49/14).

Hier fehlt eine inhaltlich mit dem Angebot 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 den Bieter im Wettbewerb bevorzugen, da sie die Herkunft der Produkte nicht erklärt 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. Eine Nachforderungspflicht des Antragsgegners entsteht gemäß § 15 LVG LSA i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A nur dann, wenn das Formular gar nicht vorliegt.

Des Weiteren ist das Angebot des Bieters Nr. 2 ebenfalls als unvollständig gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A auszuschließen, da die mit dem Angebot geforderten Angaben zum Fabrikat der Positionen 3.1.3.1, 3.1.3.2 sowie 3.1.3.20. des Leistungsverzeichnisses fehlten. 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 a VOB/A, der den Auftraggeber zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise verpflichtet. (Vergabekammer Freistaat Thüringen, Beschluss vom 27. Juli 2016 – 250-4002-5385/2016-N-007-IK).

Der von der Antragstellerin gerügte Eignungsnachweis, der durch den Nachunternehmer erbracht wurde, führt im Übrigen nicht zum Ausschluss des Angebotes. Gemäß § 6a Abs. 1 VOB/A ist zum Nachweis ihrer Eignung die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber oder Bieter zu prüfen. Der Einsatz von Nachunternehmern wird in der VOB/A nicht ausgeschlossen. Sofern jedoch der Einsatz von Nachunternehmern zulässig ist, muss auch die Eignung dieser nachgewiesen werden. Sofern der Bieter die erforderliche Qualifikation für einen Teil des Auftrages nicht besitzt, muss es ihm möglich sein, sich hierfür eines geeigneten Nachunternehmers bedienen zu können.

Im Ergebnis ist jedoch das für den Zuschlag vorgesehene Angebot nicht zuschlagsfähig, so dass der Antragsgegner darauf den Zuschlag nicht erteilen darf. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung würde die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt werden, so dass es zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens erforderlich ist, dass der Antragsgegner unter Ausschluss des Angebotes des Bieters Nr. 2 erneut in die Wertung der Angebote eintritt.

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

...

...