



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 49/13

Halle, 17.01.2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 16 Abs. 3 Buchstabe d) VOL/A, § 2 Abs. 1 VOL/A

- Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen
- Ausschluss Angebot

Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung i.S.d. § 2 Abs. 1 VOL/A erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist jedoch nur bei Angeboten mit völlig identischen Vertragsgrundlagen gegeben.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH
.....

- Antragstellerin -

gegen die

..... GmbH
.....

- Antragsgegnerin -

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung zur Leistung Lieferung eines Radladers (Vergabenummer) hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, des hauptamtlichen Beisitzers Regierungsamtmann und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Soweit sich der Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss der Antragstellerin aus der Wertung wendet, wird dieser zurückgewiesen. Darüber hinaus wird er verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung im Ausschreibungsblatt des Landes Sachsen-Anhalt am 15. November 2013 schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) die Lieferung eines Radladers aus. Die Angebote sollten bis spätestens 25. November 2013, 12:00 Uhr bei der Antragsgegnerin eingereicht werden. Das Ende der Zuschlags- und Bindefrist war auf den 13. Dezember 2013 festgelegt worden.

Unter Ziffer 12 der Bekanntmachung als auch im Formblatt „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ Ziffer 5.1 waren Nebenangebote nicht zugelassen. Ausweislich der Ziffer 11 der Bekanntmachung und Ziffer 6 der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ ist als Zuschlags- bzw. Wertungskriterium der Preis benannt. An zuletzt aufgeführter Stelle findet sich der Hinweis: „Der Preis wird aus der Wertungssumme des Angebots ermittelt. Die Wertungssummen werden ermittelt aus den nachgerechneten Angebotssummen, insbesondere unter Berücksichtigung von Nachlässen“. Hierzu war im Formblatt „Angebotsschreiben“ unter Ziffer 2 die Angebotsendsumme des Hauptangebotes gemäß Leistungsbeschreibung einzutragen. Preisnachlässe ohne Bedingungen konnten unter Ziffer 4 des besagten Formblattes angegeben werden.

Der Inhalt des Leistungsverzeichnisses war durch Mindestanforderungen bezüglich Motor, Ausstattung, Kabinenausstattung und Anbauwerkzeuge gekennzeichnet, dessen Erfüllung die Bieter durch Ankreuzen von „ja“ bzw. „nein“ zu bestätigen hatten. Abweichungen von den Mindestanforderungen waren durch die Bieter auf einem Extrablatt zu erläutern. Dies galt besonders für geforderte Leistungen, die nicht oder nur in ähnlicher Form durch die Bieter erbracht werden.

Als Spezifikation ist im Leistungsverzeichnis u.a. bei der Position 1.1 die Motorleistung mit 51,3 KW (70 PS) und die Bereifung in der Position 2.18 mit 12.5 - 20 MPT - 03MT angegeben. Von einem Bewerber sind am 12. November 2013 zu den bereits vorhandenen Anforderungen weitere betriebstechnische Ausstattungsmerkmale angefragt worden, die

ebenfalls für alle Bieter Berücksichtigung finden mussten. So ist die Antragstellerin mit Schreiben (E-Mail) vom 14. November 2013 über zusätzliche Eigenschaften des Radladers informiert worden. Darin wird das Einsatzgewicht bis 5 Tonnen, die Höhe der Fahrgastzelle mit maximal 3000 mm, die Höhe der Ausladung der Schaufel mit maximal 4000 mm und die Breite des Radladers mit maximal 2000 mm beschrieben. Diese Angaben sind ebenfalls zum gleichen Termin an die übrigen Bewerber erfolgt. Weitere Informationen zu Anfragen von anderen Bewerbern sind gegenüber der Antragstellerin bis zum 15. November 2013 ergangen.

In der Bekanntmachung ist unter Ziffer 3.e) als Liefertermin der Zeitraum 16. Dezember 2013 bis 31. Januar 2014 benannt. Zudem ist dort der Hinweis erfolgt, dass der im Leistungsverzeichnis/Angebot verbindlich anzugebende Liefertermin bei Vollzug unter Vertragsstrafe gestellt wird.

Hierzu werden auf Seite 3 des Leistungsverzeichnisses die konkreten Lieferzeiten von den Bietern abgefragt. Dort ist die Formulierung „Lieferzeit:Wochen nach Auftragserteilung/Auftragseingang enthalten.

In den Besonderen Vertragsbedingungen hat die Antragsgegnerin unter Ziffer 4.1 als Vertragsstrafe bei Überschreitung der Lieferfrist für jeden Werktag 0,2 v.H. festgesetzt. Des Weiteren wird in Ziffer 4.3 die Höhe der Vertragsstrafe auf insgesamt 5 v.H. der Auftragssumme begrenzt.

Bis zum Einreichungstermin am 25. November 2013, 12.00 Uhr, haben sieben Unternehmen fristgerecht ein Hauptangebot vorgelegt, darunter die Antragstellerin. Sie bietet der Antragsgegnerin einen (neu) mit einer Gesamtangebotssumme von Euro an. Ausführung und Zubehör waren einer entsprechenden Anlage zu entnehmen. Hierzu hat die Antragstellerin dem Angebot ein Prospekt über ihre selbst zu vertreibenden Radlader als auch ein vierseitiges Begleitschreiben mit ausführlichen technischen Daten zum angebotenen Leistungsgegenstand beigelegt. Im letzteren führt die Antragstellerin auf Seite 4 zur Lieferzeit aus: „Lieferzeit: ca. 6 Wochen nach Auftragsbestätigung durch die GmbH“. Im Leistungsverzeichnis erfolgte durch die Antragstellerin auf Seite 3 keine Angabe zur Lieferzeit.

In der Position 2.18 - Bereifung 12.5 - 20 MPT- 03MT- hat die Antragstellerin bei der Angabe zur Erfüllung der Merkmale „nein“ angekreuzt. Hierzu hat sie auf Seite 4 des Datenblattes als Bereifung 405/70 R18 SPT9 Dunlop angegeben. Das Prospekt der Antragstellerin enthält für den Radlader die Reifengröße 405/70 R18. Die Abweichung gegenüber der im Leistungsverzeichnis aufgezeigten Mindestanforderung zur Reifengröße hat die Antragstellerin nicht auf einem Extrablatt dokumentiert.

Hinsichtlich des Einsatzgewichtes bietet die Antragstellerin entsprechend Seite 3 ihres Datenblattes ca. 5,6 t nach ISO 6016 an. Der beigelegte Prospekt weist für den Radlader ein Einsatzgewicht von 5630 kg aus.

Mit Schreiben vom 03. Dezember 2013 informiert die Antragsgegnerin gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA die Antragstellerin über die Nichtberücksichtigung ihres Angebots.

Als Gründe hierfür wird angegeben, dass die Mindestanforderungen des Leistungsverzeichnisses und dessen Konkretisierung durch die erfolgten Bieterinformationen im Angebot der Antragstellerin nicht in allen Leistungspositionen erfüllt seien. So sei die Position 2.18 nicht erfüllt.

Weiterhin sei keine verbindliche Angabe der Lieferzeit im Leistungsverzeichnis angegeben und der angebotene Radlader habe nicht das geforderte Einsatzgewicht. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der GmbH frühestens am 11. Dezember 2013 zu erteilen.

Mit Schreiben vom 06. Dezember 2013 rügte die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Hierzu führt sie aus, dass sie fristgerecht am 20. November 2013 ein Angebot unter Einhaltung der Ausschreibungskriterien abgegeben habe. Zur Nichteinhaltung der vorgegebenen Leistungskriterien wird vorgetragen, dass unter der Position 2.18 eine Bereifung 12.5 – 20 MPT – 03MT ausgeschrieben ist. Die Antragstellerin biete einen Reifen 405/70 R18 SPT9 Dunlop als Standardreifen für diesen Radlader an, der gleichwertige Eigenschaften wie der in Position 2.18 geforderte Reifen besitze. Hinsichtlich der verbindlichen Angabe der Lieferzeit im Leistungsverzeichnis wird durch die Antragstellerin vorgebracht, dass in der Ausschreibung eine Lieferzeit bis 31. Januar 2014 vorgegeben ist. In ihrem Angebot habe sie eine Lieferzeit von 6 Wochen angeboten. Die Angabe der Antragsgegnerin, der Radlader habe nicht das geforderte Einsatzgewicht, wird widerlegt, da in der Ausschreibung ein solches nicht gefordert gewesen sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. ihr Angebot weiterhin in der Wertung zu belassen,
2. festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin bemängelten Leistungskriterien von ihr erfüllt werden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. das Angebot der Antragstellerin auszuschließen,
2. die weiteren Feststellungen hinsichtlich der Erfüllung der Leistungskriterien zu verwerfen.

Zur Begründung führt sie in ihrem Schreiben vom 16. Dezember 2013 zur Nichterfüllung der Position 2.18 aus, dass dort ausdrücklich als Mindestbedingung eine Bereifung 12.5 - 20 MPT 03 MT gefordert wurde. Diese Mindestbedingungen habe die Antragstellerin nicht erfüllt. Die von ihr angebotenen Reifen 405/70 R18 SPT9 Dunlop seien nicht gleichwertig. Im Übrigen sei auch eine Gleichwertigkeit nicht nachgewiesen worden.

Weiterhin sei entgegen der Behauptung der Antragstellerin im Schreiben vom 06. Dezember 2013 keine verbindliche Lieferzeit in ihrem Angebot angegeben worden. Vielmehr sei dort **ca.** 6 Wochen nach **Auftragsbestätigung** durch die Antragstellerin angegeben. Damit wurde der verlangte feste Liefertermin nicht angegeben, da ca.- Angaben und die weitere Voraussetzung nach Auftragsbestätigung nicht ausreichend seien. Die Antragsgegnerin widerspricht weiterhin der Angabe, für den Radlader habe nicht das geforderte Einsatzgewicht von maximal 5 Tonnen vorgelegen. Dieses Kriterium habe sie als Antwort zur ersten Bieteranfrage vom 12. November 2013 allen Bewerbern mitgeteilt.

Die Antragsgegnerin hilft somit den Beanstandungen der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 16. Dezember 2013 nicht ab, so dass die Vergabeakten der Vergabekammer zur Entscheidung vorgelegt werden.

Am 17. Dezember 2013 wurden durch die Antragsgegnerin der 3. Vergabekammer die Vergabeakten zugestellt.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 20. Dezember 2013 Gelegenheit gegeben, zu dem beabsichtigten Ausschluss des Angebotes bis zum 02. Januar 2014 nochmals Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2013 teilt die Antragstellerin dazu mit, dass sie ihren Einspruch weiterhin aufrechterhalte.

Zur Begründung führt sie aus, dass seitens der Antragstellerin eventuell das Lieferdatum mit der Angabe ca. 6 Wochen nicht präzise genug sei. Unabhängig davon ist sie der Auffassung, dass das Angebot der Antragstellerin den technischen Anforderungen gemäß den Ausschreibungsunterlagen entspreche und die ablehnenden Gründe der Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 03. Dezember 2013 nicht zutreffend seien.

Es werden dann die gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 06. Dezember 2013 vorgebrachten Ausführungen wiederholt.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zum Ausschluss ihres Angebotes von der Wertung ist zulässig, aber unbegründet.

Eine Entscheidung zu den weiteren Sachverhalten ist deshalb nicht mehr notwendig.

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 50.000 Euro bei Leistungen und Lieferungen 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.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist jedoch unbegründet.

Die Antragstellerin kann hinsichtlich ihres Ausschlusses des Angebotes keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen.

Das Angebot der Antragstellerin muss von der Wertung nach § 16 Abs. 3 Buchstabe d) VOL/A ausgeschlossen werden. Danach sind Angebote zwingend auszuschließen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sind.

Das Angebot der Antragstellerin ist wegen seiner textlichen Ergänzung und der Änderungen an den angebotsrelevanten Inhalten zu den Lieferbedingungen nicht wertbar.

Die Bieter waren entsprechend Seite 3 des Leistungsverzeichnisses bei den vertraglichen Bindungen verpflichtet, den bestellten Radlader innerhalb einer exakt anzugebenden und danach einzuhaltenden Frist nach erfolgter Auftragserteilung bzw. Auftragseingang auszuliefern.

Die Antragstellerin bietet in ihrem Begleitschreiben als Lieferzeit „ca. 6 Wochen nach Auftragsbestätigung“ an. Dieses Begleitschreiben der Antragstellerin ist rechtlich Bestandteil

des abgegebenen Angebots (OLG München, Beschluss vom 21.02.2008 – Verg 1/08). Es umfasst neben einer Vielzahl von technischen Daten auf Seite 4 auch angebotsrelevante Inhalte zu den Lieferzeiten. Die dortige Erklärung dazu muss die Antragsgegnerin berücksichtigen.

Bei dem Angebot der Antragstellerin handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung nach den §§ 133, 157 BGB. Diese ist so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger, in dem Fall die Antragsgegnerin, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.

Die Antragstellerin hat die entsprechende Verpflichtung, als Bieter selbst innerhalb einer konkret anzubietenden Zeit den Radlader zu liefern, auf Seite 4 des Angebotsbegleitschreibens außer Kraft gesetzt. Dort hat sie ihr Angebot durch unkonkrete Eintragung zur Lieferzeit nicht nur eingeschränkt, sondern auch die Vertragsunterlagen durch die Formulierung „nach Auftragsbestätigung durch die GmbH“ statt „nach Auftragserteilung/Auftragseingang“ abgeändert.

Diese im Begleitschreiben abgegebene Erklärung zur Lieferzeit kann damit nur so ausgelegt werden, dass die Antragstellerin durchweg unter dieser Bedingung die Lieferung vornimmt. Diese Änderung der vorgeschriebenen Bestimmung gegenüber dem Ausschreibungstext hat jedoch Auswirkung auf die Berechnung einer möglichen Vertragsstrafe, da ein solcher Termin bei einer Auftragserteilung generell durch die Antragsgegnerin, dagegen bei einer Auftragsbestätigung durch die Antragstellerin festgelegt wird.

Ebenfalls zeigt die Ergänzung des Begriffs „ca.“, dass sich die Antragstellerin nicht an eine im Leistungsverzeichnis zu tätigende Angabe zur Lieferzeit bindet. Die von ihr ergänzende Formulierung weicht die Verpflichtung zur Angabe einer konkreten Lieferzeit völlig auf und führt somit zu einem unverbindlichen und unkonkreten Angebot. Die Angebotsangabe „ca. 6 Wochen“ stellt keine verbindliche Größe für die Angabe der Lieferzeit dar. Dies kann sowohl eine Lieferung innerhalb von 6 Wochen beinhalten, als auch eine längere Lieferzeit.

Aus dem Inhalt des Begleitschreibens ergeben sich somit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin keine anderen Bedingungen zur Lieferzeit, als die von ihr auf Seite 4 angegeben, anbietet. Da die Antragstellerin nicht die im Leistungsverzeichnis vorgegebene Abfassung zur Lieferzeit verwendet hat, liegt darin eine Abweichung gegenüber den Vertragsunterlagen vor.

Die unkonkret angegebene Lieferzeit sowie deren Bemessung als Vertragsstrafe können nach Abgabe eines Angebotes nicht mehr präzisiert werden. Aufklärungsgespräche dürfen nicht mit dem Ziel geführt werden, auszuschließende Angebote im Nachhinein wertbar zu machen. Derartige Nachverhandlungen sind durch § 15 VOL/A nicht gedeckt, weil sie gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 2 Abs. 1 VOL/A verstoßen würden.

Auf eine klare Angabe der Lieferzeit kann die Antragsgegnerin auch nicht verzichten. Zum einen ist diese Angabe im Leistungsverzeichnis auf Seite 3 klar verlangt worden. Andererseits hat die angebotene Lieferzeit unmittelbar Auswirkungen bei der Festlegung einer möglichen Vertragsstrafe. Diese war in den Vergabeunterlagen ausgerichtet an dem Termin der Auftragserteilung durch die Antragstellerin.

In den Vergabeunterlagen waren die Bestimmungen zur Lieferzeit eindeutig angegeben. Der Antragstellerin wurde nicht die Möglichkeit eingeräumt, hierzu eigene Bedingungen in ihr Angebot aufzunehmen.

Das Angebot der Antragstellerin entsprach damit nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses. Die Antragstellerin hat die Lieferzeit für den Radlader in ihrem

Angebot nicht eindeutig angegeben und diese zudem mit einer abgeänderten Bedingung hinsichtlich der Bemessung zur Vertragsstrafe versehen. Die Antragstellerin hat gegenüber der Antragsgegnerin somit nicht das angeboten, was die Antragsgegnerin nach ihren vorgegebenen Vertragsunterlagen nachgefragt hatte.

Damit kann eine Vergleichbarkeit mit anderen wertbaren Angeboten nicht hergestellt werden. Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung i.S.d. § 2 Abs. 1 VOL/A erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist jedoch nur bei Angeboten mit völlig identischen Vertragsgrundlagen gegeben.

Aufgrund der von der Antragstellerin vorgenommenen Ergänzung und Änderung an den Vertragsunterlagen war das Angebot bereits in der ersten Wertungsstufe im Rahmen der formalen Angebotswertung zwingend nach § 16 Abs. 3 Buchstabe d) VOL/A von der weiteren Wertung auszuschließen. Insofern war eine Entscheidung, ob die weiter von der Antragstellerin vorgebrachten technischen Anforderungen zur Bereifung und der Vorgabe des Einsatzgewichts des Radladers vorliegen, nicht mehr herbeizuführen.

Unabhängig von dem zwingenden Ausschluss des Angebots der Antragstellerin war ihr Angebot einer Zuschlagserteilung letztlich auch nicht zugänglich, da es preislich nicht das wirtschaftlichste darstellt.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 - 3 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da kein Verstoß i.S.v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA festgestellt wurde und sie als Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben haben (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer gemäß § 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 durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichen **3300**-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, zu erfolgen.

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