



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

Az: 3 VK LSA 49/14

Halle, 25. Juni 2014

§ 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA, § 13 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A
- Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen unvollständig
- Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht eingehalten
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.

Es steht im Ermessen des Auftraggebers, welche Anforderungen er an die von ihm ausgeschriebene und 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

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....GmbH

.....

Antragstellerin

gegen das

.....

.....

Antragsgegner

Verfahrensbeteiligte

..... GmbH

.....

Verfahrensbeteiligte

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in der Öffentlichen Ausschreibung zur Baumaßnahme Sanierung und Umbau, Los 25 Lüftungsinstallation, 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 19. April 2014 schrieb der Antragsgegner im Wege der öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme Sanierung und Umbau, Los 25 Lüftungsinstallation, aus. Die Submission war am 30. April 2014, 13.00 Uhr.

Die Ausschreibung umfasste die Ausführung folgender Bauleistungen:

- 1 Stück Lüftungsgerät mit Wärmerückgewinnung, Volumenstrom 14.500 m³/h
- 1 Stück DDC-Unterstation Küchenlüftung komplett mit Feldgeräten, Stellantrieben sowie E-Kabel und notwendigen Verlegearbeiten
- 67 m² Lüftungsdecke, Flächenlüftungsdecke mit Aktivkassetten für Ab- und Zuluft
- 2 Stück Brandschutzklappen für Großküchenabluft
- 10 Stück allgemeine verzinkte Brandschutzklappen für Großküchenabluft
- 13 Stück variable Volumenstromregler Abmessung 700-400 x 200 mm
- 11 Stück Drallauslässe Zuluft 625x625 mm
- 10 Stück Drallauslässe Abluft 625x625 mm
- 1 Stück Rohrventilator Abluft 1400 m³/h
- 2 Stück Brandschutzklappe DN315
- 1 Stück Deflektorhaube DN315
- 3 Stück Fortlufthauben DN 500 mm mit Dachdurchführung
- 3 Stück Frischlufthauben DN 500 mm mit Dachdurchführung
- 15 Stück Badlüfter 60-100 m³/h mit Deckenschotts und Zubehör DN 100-125
- 730 m² Blechkanal und Formstücke Abmessungen bis 1000x1500mm
- 90 m Wickelfalzrohr mit Form- und Verbindungsstücke
- 95 m² Kautschuk-Wärmedämmung
- 295 m² Mineralfaser-Wärmedämmung

Zum Nachweis der Eignung entsprechend Buchstabe u) der Veröffentlichung galt Folgendes: Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen. Bei Einsatz von Nachunternehmern ist auf Verlangen nachzuweisen, dass die vorgesehenen Nachunternehmer präqualifiziert sind oder die Voraussetzungen für die Präqualifikation erfüllen. Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Bei Einsatz von Nachunternehmern sind die Eigenerklärungen auch für die vorgesehenen Nachunternehmer abzugeben, es sei denn, die Nachunternehmer sind präqualifiziert. In diesem Fall reicht die Angabe der Nummer, unter der die Nachunternehmer in der Liste des Präqualifikationsverzeichnisses geführt werden. Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch für die Nachunternehmer) durch Vorlage der in der Eigenerklärung zur Eignung genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen. Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist erhältlich – liegt den Unterlagen bei.

Laut Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes waren die Anlagen 1, 2, 3 und 6 des Landesvergabegesetzes, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen.

Insgesamt forderten sieben Firmen die Angebotsunterlagen ab. Zum Eröffnungstermin am 30. April 2014, 13.00 Uhr, lagen vier Hauptangebote und drei Nebenangebote vor.

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

Die Verfahrensbeteiligte reichte ein Angebot in Höhe von Euro ein.

Mit Vermerk vom 8. Mai 2014 empfiehlt das vom Antragsgegner beauftragte Planungsbüro, den Zuschlag an die Verfahrensbeteiligte zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschlossen, da es nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspräche. In Position 1.2.0008 und 1.2.0018 habe die Antragstellerin ein Fabrikat angeboten, das insbesondere aus glatten Blechtafeln bestehe, gefordert seien im Leistungsverzeichnis formstabile Kassetten. Auf die weiteren technischen Einzelheiten geht das Planungsbüro detailliert ein und verneint nach Prüfung des angebotenen Produkts die Übereinstimmung mit dem Leistungsverzeichnis in mehreren Punkten. Mit Vermerk vom 8. Mai 2014 schließt sich der Antragsgegner dem Vergabevorschlag an.

Mit Schreiben vom 9. Mai 2014 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt wird, da es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfüllt.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 13. Mai 2014 das Vergabeverfahren.

Sie erklärte, dass das von ihr angebotene Fabrikat vollumfänglich die geforderten Parameter der Ausschreibung erfülle. Eine Stellungnahme des Herstellers legte sie ihrer Beanstandung bei. Diese führt unter anderem aus, dass die elementaren Merkmale der DIN 18869 durch deren Konstruktion erfüllt würden, sie in ihrem Deckensystem jedoch keine formstabilen starren Kassetten, sondern flexible, vorgebundete und durch Federdruck auf die Dichtflächen angedrückte Elemente verwendet würden.

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

Mit Schreiben vom 11. Juni 2014 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 18. Juni 2014 äußerte sich die Antragstellerin dahingehend, dass sie ihren Nachprüfungsantrag aufrechterhalte. Insbesondere sei die Anlage 3 des Landesvergabegesetzes von ihr zwar unvollständig ausgefüllt worden, diese fehlende Erklärung hätte jedoch von der Antragsgegnerin zwingend nachgefordert werden müssen.

Von einem Fehlen im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A sei auch auszugehen, wenn die Erklärung unvollständig sei und die Abweichung rein formaler Natur sei. Dies sei hier der Fall, da das betreffende Kreuz in der Erklärung nur versehentlich nicht gesetzt worden sei. Es handele sich damit nur um eine formale Abweichung. Die rechtliche Lage würde durch die Rechtsprechung und Kommentierung wie folgt beurteilt: „Ist...erkennbar, dass die Angaben versehentlich unterblieben, dem Bieter aber möglich seien, handele es sich um eine unvollständige, die Nachforderungspflicht begründende Erklärung“.

Die Antragstellerin beantragt,

die Wertung ihres Angebotes.
Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Mit Schreiben vom 19. Mai 2014 legt der Antragsgegner die Vergabeakten der Vergabekammer vor und erklärt, dass die Antragstellerin wegen erheblicher Zweifel an der technischen Beschaffenheit des angebotenen Deckfabrikates LKS ausgeschlossen worden sei.

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 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 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 zielt der von ihr zitierte Beschluss auf die reine Form von Eignungsnachweisen (Original – Kopie – beglaubigt) ab. Hier handelt es sich um eine abzugebende inhaltliche Erklärung über die Herkunft der im Angebot kalkulierten Produkte.

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 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. 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. 3 VOB/A nur dann, wenn das Formular gar nicht vorliegt.

Für die Entscheidung ist es unerheblich, dass der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin aus anderen Gründen nicht berücksichtigt hat, da die erkennende Kammer hieran nicht gebunden ist. Der Antragsgegner hätte das Angebot bereits aus den dargestellten Gründen ausschließen müssen.

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.

Ergänzend weist die Vergabekammer darauf hin, dass der Nachprüfungsantrag auch in materiellrechtlicher Hinsicht unbegründet ist. Denn der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin durch den Antragsgegner ist nicht zu beanstanden.

Die Antragstellerin hat eine Leistung angeboten, die den Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht entspricht, das hat den Ausschluss des Angebots gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zur Folge. Gefordert war in der Position 1.2.0008 eine Flächenlüftungsdecke mit Drainage-Verbundsystem in Kassettenbauweise. Die Antragstellerin hat jedoch ein System aus glatten Tafeln angeboten. Nicht zu folgen ist der Ansicht der Antragstellerin, das von ihr angebotene System entspreche den Parametern der Leistungsbeschreibung, wie auch der Hersteller mit Schreiben vom 12. Mai 2014 versichere. Denn dieser hat lediglich bestätigt, dass das Angebot die ausgeschriebene Aufgabenstellung zwar erfülle, jedoch mit Hinblick auf die konsequente Einhaltung der einschlägigen Vorschriften der DIN und VDI andere Lösungswege beschränkt würden. Auch hat der Hersteller explizit darauf hingewiesen, dass er ausdrücklich keine formstabilen Kassetten – wie im Leistungsverzeichnis gefordert - verwende.

Es steht im Ermessen des Auftraggebers, welche Anforderungen er an die von ihm ausgeschriebene und 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).

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 15.07.2014 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: DE21810000000081001500 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.

.....

.....