



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 50/16

Halle, 22.12.2016

§ 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA, §§ 10 und 20 VOL/A

- Bei Nichtabhilfe einer Rüge eines Bieters ist Zuschlagserteilung vor Entscheidung der Vergabekammer unzulässig
- Ausreichende Angebotsfrist bei Übersendung überarbeiteter Vergabeunterlagen

Die Antragstellerin hat am 21. Oktober 2016 das Vergabeverfahren wegen des fehlerhaften Leistungsverzeichnisses sowie der - infolge der Änderungen und Ergänzungen des Leistungsverzeichnisses - nicht mehr ausreichenden Angebotsfrist beanstandet.

Der Antragsgegner hat einem Teil der Rüge nicht abgeholfen, da er die Angebotsfrist nicht verlängert hat.

In diesem Fall hätte er die Vergabeunterlagen zwingend der Vergabekammer vorlegen müssen, eine Zuschlagserteilung wäre unzulässig gewesen.

Die Bemessung der Angebotsfrist richtet sich nach § 10 Abs. 1 VOL/A. Danach sind für die Bearbeitung und Abgabe der Teilnahmeanträge und der Angebote sowie für die Geltung der Angebote sind ausreichende Fristen (Teilnahme-, Angebots- und Bindefristen) vorzusehen. Denn nur bei ausreichenden Fristen haben die Bieter die Möglichkeit, ein ordnungsgemäßes Angebot zu erstellen.

Hier ist die Ausübung eines Ermessens durch den Antragsgegner in keiner Weise dokumentiert oder nachvollziehbar. Angesichts einer Reaktionszeit des Antragsgegners von vier Tagen zur Versendung der fehlenden und überarbeiteten Unterlagen erscheint es jedoch wenig nachvollziehbar, dass der Antragsgegner den Bietern eine noch verbleibende Angebotsfrist von nur zwei Tagen zugesteht, um anhand von insgesamt vier nachgereichten Preisblättern die Kalkulation ordnungsgemäß vorzunehmen.

Damit ist das Vergabeverfahren in diesem Punkt wegen der fehlerhaften Ermessensentscheidung des Antragsgegners rechtswidrig. Die Antragstellerin wird hierbei in ihren Rechten verletzt, da sie glaubhaft dargestellt hat, ihr Angebot infolge der nicht verlängerten Angebotsfrist nicht ordnungsgemäß kalkulieren zu können.

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

...

gegen

...

Antragsgegner

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zu der Öffentlichen Ausschreibung der Reinigungsleistung 2017 mit Option der Vertragsverlängerung um zwei Jahre, Vergabe-Nr. ..., hat die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt durch den Vorsitzenden ..., der hauptamtlichen Beisitzerin ... und dem ehrenamtlichen Beisitzer ... beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der am 15. November 2016 geschlossene Vertrag zwischen dem Antragsgegner und ..., nichtig ist.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen.
3. Kosten für das Nachprüfungsverfahren werden nicht erhoben.
4. Die Kosten der Akteneinsicht trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

Der Antragsgegner veröffentlichte am 7. Oktober 2016 unter evergabe-online in Form einer Öffentlichen Ausschreibung die Vergabe von Reinigungsleistungen für das Jahr 2017 mit Option der Verlängerung um zwei Jahre, Vergabe-Nr.

Der Dienstleistungsvertrag sollte folgende Leistungen umfassen:

- Unterhaltsreinigung und Glasreinigung für 2017 - Verwaltungsgebäude und Kläranlagen des ... , zu reinigende Fläche ca. 2600 m²
- Reinigungszyklen: von 5 mal die Woche bis 1 mal im Monat

Die Leistung wurde in zwei Losen ausgeschrieben – Los 1: Unterhaltsreinigung, Los 2: Glasreinigung.

Die Vergabeunterlagen konnten bis zum 24. Oktober 2016, 11 Uhr beim Auftraggeber abgefordert werden. Angebotsfrist war der 26. Oktober 2016, 11 Uhr.

Gemäß Ziffer 9 der Bekanntmachung waren durch die Bieter folgende Unterlagen zur Beurteilung der Eignung des Bewerbers einzureichen:

a) Die Bieter werden gebeten, gemäß § 6 bzw. § 16 (2) VOL/A (Teilnehmer am Wettbewerb) die entsprechenden Unterlagen (Erklärungen und Nachweise) beizufügen bzw. auf Verlangen nachzureichen, nach denen Ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beurteilt werden kann.

b) Der Bieter hat seinem Angebot zum Nachweis seiner Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eine direkt abrufbare Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für Präqualifikation von Unternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) nachzuweisen. Der Nachweis der Eignung kann auch durch Eigenerklärung gem. Formblatt 124 (Eigenerklärung zur Eignung) oder durch eine Bewerbererklärung erbracht werden.

Folgende Unterlagen sind mit der Bewerbung einzureichen:

- Formblatt 124 oder Bewerbererklärung

c) Auf Verlangen sind folgende Unterlagen einzureichen:

- Gewerbeanmeldung, Auskunft aus dem Gewerbezentralregister (nicht älter als 3 Monate)
- Eintragung in das Handelsregister, (Handwerkskammer / Berufsregister)
- Unbedenklichkeitsbescheinigung vom zuständigen Finanzamt, der Berufsgenossenschaft, der
- Krankenkasse, der Sozialversicherung (nicht älter als 1 Jahr)
- Firmenvorstellung oder die Bescheinigung der Eintragung in das ULV der ABSt. Sachsen-Anhalt.
- Referenzliste (Bei Bietergemeinschaften von jedem Bieter)
- Haftpflichtnachweis für Personen-, Sach- und Vermögensschäden

Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Die Vergabeunterlagen wurden von insgesamt 7 Unternehmen abgefordert.

Die Antragstellerin rügte am 21. Oktober 2016 das Vergabeverfahren. Sie führt aus, dass die übersandten Vergabeunterlagen unvollständig seien bzw. angegebene Quadratmeter einzelner Objekte nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmen würden. Des Weiteren würden Preisblätter für die Glasreinigung für das ..., ..., ... fehlen. Für die Kläranlage Sangerhausen sei das Preisblatt fehlerhaft.

Sie wies darauf hin, dass in der verbleibenden Zeit bis zum Ablauf der Angebotsfrist ein formgerechtes Vergabeverfahren nicht mehr gewährleistet sei, da die eventuell nachträglich übersandten Unterlagen nicht mehr ordnungsgemäß geprüft und bearbeitet werden könnten.

Ein weiterer Bieter rügte mit Datum vom 20. Oktober 2016 ebenfalls die fehlenden bzw. fehlerhaften Preisblätter.

Der Antragsgegner übersandete mit E-Mail vom 24. Oktober 2016 die fehlenden und korrigierten Vergabeunterlagen und wies auf die Angebotsfrist am 26. Oktober 2016, 11 Uhr hin.

Zum Submissionstermin am 26. Oktober 2016 lagen sechs Angebote vor, davon ein Teilnahmeantrag, vier Angebote für Los 1 und 2 und ein Angebot nur für Los 1. Die

Antragstellerin gewährt auf Los 1 einen Preisnachlass von 3 v.H. und auf Los 2 einen Preisnachlass von 2 v.H. Sie liegt für Los 1 preislich an vierter Stelle, für Los 2 an dritter Stelle.

Der Antragsgegner lud die jeweils erstplatzierten Bieter je Los zu einem Bietergespräch am ein. Der Bieter für Los 2 lehnte ab, da seine Kalkulation nur auskömmlich sei, sofern er für beide Lose den Zuschlag erhalte.

Im Ergebnis der Wertung sollte der Zuschlag damit für beide Lose an den jeweils verbliebenen günstigsten Anbieter vergeben werden.

Mit Schreiben vom 7. November 2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, weil es nicht das wirtschaftlichste sei.

Mit Schreiben vom 14. November 2016 erteilte der Antragsgegner den Zuschlag, indem er den Vertrag unterzeichnet dem Bieter Nr. 3 zur Gegenzeichnung schickte.

Die Antragstellerin rügte am 16. November 2016 schriftlich das Vergabeverfahren und verwies auf ihre Rüge vom 21. Oktober 2016. Des Weiteren rügt sie die mangelnde Prüfung der Auskömmlichkeit der Angebote der anderen Bieter.

Der Antragsgegner teilte mit Schreiben vom 17. November 2016 der Antragstellerin mit, dass ihr Schreiben vom 16. November 2016 präkludiert und das genannte Vergabeverfahren abgeschlossen sei, weil sie nach Ablauf der Einspruchsfrist den Zuschlag erteilt habe.

Die Antragstellerin beantragt

die Berücksichtigung ihrer Rüge vom 21. Oktober 2016 sowie eine erneute Prüfung der Angebote.

Die Antragstellerin führte mit Schreiben vom 2. Dezember 2016 weiter aus, dass eine ordnungsgemäße Kalkulation in den verbliebenden zwei Tagen nach Korrektur des Leistungsverzeichnisses nicht hätte erfolgen können.

Des Weiteren müsse nach Prüfung der Ausschreibungsunterlagen festgestellt werden, dass das bezuschlagte Angebot in keiner Weise auskömmlich sein könne und somit die geforderte Tariftreuerklärung ad absurdum geführt würde.

Die behauptete Verfristung der Vergaberüge vom 21. Oktober 2016 und 16. November 2016 sei vor dem Hintergrund des § 19 Abs. 4 LVG LSA nicht erkennbar.

Im Übrigen beantragte die Antragstellerin Akteneinsicht.

Der Akteneinsicht wurde mit Beschluss vom 6. Dezember 2016 stattgegeben.

Der Antragsgegner beantragt

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Der Antragsgegner half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und legte der 3. Vergabekammer am 18. November 2016 die Unterlagen vor.

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. November 2012) ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Entscheidend für die Feststellung der Zuständigkeit ist hier die Beurteilung der Kostenschätzung für die Leistung. Diese liegt unterhalb der in § 106 Abs. 2 Punkt 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) geregelten Schwellenwerte. Damit ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt nach Ziffer 3 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (Bek. des MW vom 17.04.2013, MBL LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 50.000 Euro bei Leistungen 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 beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet, da die Antragstellerin eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA geltend machen kann.

Das Vergabeverfahren ist wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 LVG LSA rechtswidrig. Beanstandet ein Bieter vor Ablauf der Frist nach § 19 Abs. 1 LVG LSA schriftlich beim öffentlichen Auftraggeber die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften und hilft der öffentliche Auftraggeber der Beanstandung nicht ab, ist die Nachprüfungsbehörde durch Übersendung der vollständigen Vergabeakten zu unterrichten. Der Zuschlag darf in dem Fall nur erteilt werden, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von vier Wochen nach Unterrichtung das Vergabeverfahren mit Gründen beanstandet.

Zunächst ist festzustellen, dass auch eine Beanstandung vor dem Absageschreiben nach § 19 Abs. 1 LVG LSA zulässig ist. Das Landesvergabegesetz schließt die Möglichkeit der Beanstandung während des Vergabeverfahrens nicht aus, damit ist diese zulässig.

Die Antragstellerin hat am 21. Oktober 2016 das Vergabeverfahren wegen des fehlerhaften Leistungsverzeichnisses sowie der - infolge der Änderungen und Ergänzungen des Leistungsverzeichnisses - nicht mehr ausreichenden Angebotsfrist beanstandet.

Der Antragsgegner hat einem Teil der Rüge nicht abgeholfen, da er die Angebotsfrist nicht verlängert hat.

In diesem Fall hätte er die Vergabeunterlagen zwingend der Vergabekammer vorlegen müssen, eine Zuschlagserteilung wäre unzulässig gewesen.

Damit ist die wiederholende Rüge vom 16. November 2016 nicht verfristet, da sie sich auf die Rüge vom 21. Oktober 2016 bezieht, die bisher nicht erledigt ist.

Das Vergabeverfahren ist wegen Verstoßes gegen §§ 10, 20 VOL/A rechtswidrig.

Die Bemessung der Angebotsfrist richtet sich nach § 10 Abs. 1 VOL/A. Danach sind für die Bearbeitung und Abgabe der Teilnahmeanträge und der Angebote sowie für die Geltung der Angebote sind ausreichende Fristen (Teilnahme-, Angebots- und Bindefristen) vorzusehen. Denn nur bei ausreichenden Fristen haben die Bieter die Möglichkeit, ein ordnungsgemäßes Angebot zu erstellen. Diese Vorschrift ist bieterschützend (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 14.09.2015, § 10 VOL/A, Rdn. 3).

Im Gegensatz zur VOB/A (nicht unter 10 Kalendertage) legt die VOL/A keine Mindestdauer der Angebotsfrist fest, sondern spricht allgemein von einer ausreichenden Dauer, die dann für den Einzelfall festgelegt werden muss. Hinsichtlich der Entscheidung über die Verlängerung der Angebotsfrist wegen von Bewerbern gestellten Fragen steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessen zu.

Hier ist die Ausübung eines Ermessens durch den Antragsgegner in keiner Weise dokumentiert oder nachvollziehbar. Angesichts einer Reaktionszeit des Antragsgegners von vier Tagen zur Versendung der fehlenden und überarbeiteten Unterlagen erscheint es jedoch wenig nachvollziehbar, dass der Antragsgegner den Bietern eine noch verbleibende Angebotsfrist von nur zwei Tagen zugesteht, um anhand von insgesamt vier nachgereichten Preisblättern die Kalkulation ordnungsgemäß vorzunehmen.

Damit ist das Vergabeverfahren in diesem Punkt wegen der fehlerhaften Ermessensentscheidung des Antragsgegners rechtswidrig. Die Antragstellerin wird hierbei in ihren Rechten verletzt, da sie glaubhaft dargestellt hat, ihr Angebot infolge der nicht verlängerten Angebotsfrist nicht ordnungsgemäß kalkulieren zu können.

Das Vergabeverfahren ist damit in den Stand zurückzusetzen, ab dem es fehlerhaft ist. In diesem Fall ist es ab dem Zeitpunkt der Versendung der vollständigen und korrekten Vergabeunterlagen unter der Gewährung einer angemessenen Angebotsfrist zu wiederholen.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der Antragsgegner den Zuschlag bereits erteilt hat.

Der Vertrag zwischen dem Antragsgegner und dem Bieter Nr. 3 ist unter Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 LVG LSA zustande gekommen und gemäß § 134 BGB nichtig.

Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA informiert der öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt die Information schriftlich, spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss, ab. Die Zuschlagserteilung ist nur zulässig, sofern innerhalb der sieben Kalendertage kein Bieter beanstandet bzw. bei Beanstandung des Vergabeverfahrens die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von vier Wochen das Vergabeverfahren beanstandet, (§ 19 Abs. 2 Satz 2 LVG LSA). Der Antragsgegner durfte damit den Zuschlag nicht erteilen, da sie nach Vorliegen der Rüge vom 21. Oktober 2016 die Vergabeunterlagen nicht der Vergabekammer vorgelegt hat und im Übrigen auch die Frist nach § 19 Abs. 1 Satz 2 LVG LSA nicht eingehalten hat. Der Antragsgegner verschickte die Absageschreiben am 7. November 2016, die Frist beginnt am darauf folgenden Tag zu laufen und endet am 14. November 2016. Bis zum Ablauf des 14. Novembers 2016 hätte der Zuschlag nicht erteilt werden dürfen, der Antragsgegner verschickte die Zusage mit dem unterzeichneten Vertrag jedoch bereits am 14. November 2016 und damit einen Tag zu früh ((Beschluss der 3. Vergabekammer Sachsen-Anhalt vom 6. September 2013, Az: 3 VK LSA 35/13).

Auf die Prüfung der durch die Antragstellerin beanstandeten Auskömmlichkeit der Angebote kommt es infolge der Rückversetzung des Vergabeverfahrens nicht mehr an. Im Übrigen wäre dieser Teil des Antrages verfristet, weil er nach Ablauf der Frist des § 19 Abs. 2 Satz 1 LVG LSA gestellt wurde.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA.

Kostenfestsetzung

Entsprechend dem Akteneinsichtsbeschluss der 3. Vergabekammer vom 06.12.2016 (Az.: 3 VK LSA 50/16) sind der Vergabekammer Kosten entstanden. Für die im Rahmen der Akteneinsicht angefallenen Kopierkosten hat die Antragstellerin ... **Euro** zu entrichten. Die Einzahlung des Betrages hat bis zum ... unter Verwendung des Kassenzeichen ... auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt auf das Konto 810 015 00 der Deutschen Bundesbank in Magdeburg, BLZ 810 000 00, IBAN: DE21 810 000 000 081 001 500, BIC MARKDEF1810 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.