



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 62/15

Halle, 16.09.2015

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 7 Abs. 8 VOB/A, § 20 VOB/A

- Verstoß gegen Gebot der produktneutralen Ausschreibung

Die Entscheidung, welcher Gegenstand mit welcher Beschaffenheit und mit welchen Eigenschaften beschafft werden soll, obliegt dem öffentlichen Auftraggeber. Dieser ist in der Auswahl der von ihm zu beschaffenden Gegenstände grundsätzlich frei. Grenze des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers ist aber die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung der, Quartier Baulücke Straße 3,5,7 - Freiflächengestaltung, Vergabenummer - hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das streitbefangene Vergabeverfahren in den Stand ab Versendung der Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 24. Juni 2015 unter e-vergabe-online schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Vergabe der Freiflächengestaltung, Quartier BaulückeStraße 3,5,7, Vergabenummer, aus.

Die Ausschreibung umfasst folgende Leistungen:

Art und Umfang der Leistung:

- ca. 580 m² Betonpflaster Fahrbahn inkl. Erdbau und Frostschutzschicht
- ca. 270 m² Betonpflaster Stellfläche inkl. Erdbau und Frostschutzschicht
- ca. 600 m² Asphalttragdeckschicht inkl. Erdbau und Frostschutzschicht
- ca. 190 m Rundborde RB 15x22
- ca. 50 m Hochborde HB 15x30
- ca. 11 Stück Straßeneinläufe inkl. Anschlussleitungen und Erdarbeiten
- ca. 70 m Erdarbeiten für Beleuchtung
- ca. 600 m² Dränbeton
- ca. 25 m Stabgitterzaun
- ca. 1 St Tor, 3 m breit
- ca. 1 St Baum
- ca. 100 St Bodendeckerrosen
- ca. 180 St Beetrosen

Nebenangebote waren gemäß Buchstabe j) der öffentlichen Bekanntmachung zugelassen.

Mit Vermerk vom 23. Juni 2015 führt die Antragsgegnerin aus, dass innerhalb der Ausschreibung eine produktspezifische Ausschreibung erfolgen solle. Bei der vorliegenden Baumaßnahme seien denkmalschutzrechtliche Vorgaben einzuhalten, da die Baumaßnahme im Rahmen der Altstadtansanierung erfolge. Ziel sei es hier, dass sich das verwendete Pflaster und die Straßenlampen in die Umgebung der Altstadt optisch und gestalterisch einfügen sollen. Es sei damit die Voraussetzung für eine produktspezifische Ausschreibung gegeben. Vor Beginn der Ausschreibung habe es daher einen Beratungstermin zwischen der Auftraggeberin, dem Planungsbüro und der Denkmalschutzbehörde gegeben. Dabei seien Festlegungen über Material- und Detailabstimmungen getroffen worden. Es seien aus den oben genannten Gründen produktspezifische Festlegungen zum Pflaster und den Straßenleuchten getroffen worden.

Aus einem Protokoll des Planungsbüros vom 8. Juni 2015 geht hervor, dass in gemeinsamer Verständigung der Vergabestelle der Stadt, des Planungsbüros sowie der Denkmalschutzbehörde der Stadt Abstimmungen zu beabsichtigten Materialien erfolgt seien. Im Ergebnis werde für das Pflastermaterial der Straßenfläche und zu pflasternder Pkw-Stellflächen Betonsteinpflaster der Serie der Firma im Format 16,5x24,7x8 cm in den Farben anthrazit bzw. grau festgelegt sowie Straßenbeleuchtungsmasten des Fabrikats „.....“ der Firma Für weitere Positionen wird kein Produkt festgeschrieben.

Ziffer 1.5 der Allgemeinen Hinweise zum Leistungsverzeichnis führt aus, dass die Mindestanforderungen für Nebenangebote dem Vordruck „StB-Mindestanforderungen für Nebenangebote“ zu entnehmen seien. Weiter wird ausgeführt, dass Materialsubstitutionen des Nachweises der Gleichwertigkeit bedürfen.

Das Pflaster des Fabrikats „.....“ wird in den Positionen des Leistungsverzeichnisses Nr. 01.03.60, 01.03.70, 01.03.80, 01.30.90 gefordert. In diesen Positionen verlangt das Leistungsverzeichnis dazu die Vorlage von fünf Mustersteinen zur Ansicht für die Antragsgegnerin.

In Folge der Veröffentlichung baten 9 Firmen um Zusendung der Vergabeunterlagen.

Bis zum Submissionstermin am 16. Juli 2015 wurden drei Bieteranfragen gestellt. Die Bieteranfrage vom 16. Juli 2015 veranlasste die Antragsgegnerin, den Submissionstermin auf den 21. Juli 2015 zu verschieben.

Zum Submissionstermin am 21. Juli 2015, 13.00 Uhr, lagen fünf Hauptangebote und ein Nebenangebot vor.

Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot in Höhe von Euro sowie ein Nebenangebot in Höhe von Euro vor. Das Nebenangebot bezieht sich auf ein alternatives Betonsteinpflaster für die Positionen 01.03.60 und 01.03.80.

Mit Vermerk vom 23. Juli 2015 führt das beauftragte Planungsbüro aus, dass das Nebenangebot der Antragstellerin nicht gewertet werden könne, da eine Änderung der vorgeschriebenen Pflastersorte ohne Zustimmung des Denkmalschutzes nicht möglich sei. Darüber hinaus beinhalte das Nebenangebot nicht alle Pflasterpositionen und eine Gleichwertigkeit des alternativen Produktes sei nicht nachgewiesen worden.

Es wird empfohlen, den Zuschlag an den wirtschaftlich günstigsten Bieter mit der Angebotssumme von Euro zu erteilen.

Zu diesem Ergebnis kommt auch die Antragsgegnerin mit Vermerk vom 4. August 2015.

Mit Schreiben vom 18. August 2015 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass ihr Hauptangebot nicht das wirtschaftlichste sei und das Nebenangebot nicht gewertet werde, da durch die Denkmalschutzbehörde ein konkretes Pflaster vorgeschrieben sei.

Am 18. August 2015 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Vergabeentscheidung und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot des Bieters Nummer 3.

Die Antragstellerin führt aus, dass aus den Vergabeunterlagen nicht hervorgehe, dass das Pflaster auf Grund der Forderung des Denkmalschutzes zwingend anzubieten sei. Nebenangebote seien ausdrücklich zugelassen gewesen. Das im Nebenangebot angebotene Pflaster sei absolut gleichwertig. Position 01.03.70 sei im Übrigen eine Zulageposition. Es erschließe sich auch nicht, weshalb fünf Mustersteine vorgelegt werden sollen, wenn das Pflaster vom Denkmalschutz bereits vorgeschrieben sei. Ergänzend zweifelt die Antragstellerin an, dass die Vorgaben vom Denkmalschutz gefordert seien, da es sich bei dem ausgeschriebenen Pflaster um ein herkömmliches Standardpflaster ohne besondere Merkmale handele.

Die Antragstellerin beantragt,

die Wertung ihres Nebenangebotes.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie führt mit Schreiben vom 21. August und 26. August 2015 aus, dass das ausgeschriebene Pflaster aus denkmalschutzrechtlichen Gründen vor der Ausschreibung festgelegt worden sei. Das angebotene Pflaster sei nicht gleichwertig bzw. eine Gleichwertigkeit nicht nachgewiesen. Im Übrigen sei bei einer produktspezifischen Ausschreibung eine Gleichwertigkeit gar nicht erst zu prüfen, da andere als die verlangten Produkte nicht gewertet werden dürften.

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 für die Vergabe von Bauleistungen nach § 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. Hierzu reicht eine Beanstandung innerhalb der Frist von sieben Kalendertagen nach Abgang des Informationsschreibens durch den Auftraggeber aus.

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.

Die Vergabeunterlagen verstoßen hinsichtlich der Positionen des Leistungsverzeichnisses 501.03.60, 01.03.70, 01.03.80, 01.30.90 gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung nach § 7 Abs. 8 VOB/A.

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

Die Entscheidung, welcher Gegenstand mit welcher Beschaffenheit und mit welchen Eigenschaften beschafft werden soll, obliegt dem öffentlichen Auftraggeber. Dieser ist in der Auswahl der von ihm zu beschaffenden Gegenstände grundsätzlich frei. Grenze des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers ist aber die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung.

In technischen Anforderungen darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dies ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt (VK Bund, Beschluss vom 16.03.2015 - VK 2-9/15).

Bestimmte Produkte dürfen demnach nur gefordert werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die fehlende Produktneutralität auf sachlichen Gründen beruht, liegt bei der Antragsgegnerin. Hierzu bedarf es einer detaillierten und dokumentierten Begründung.

Die Festlegung auf ein Pflasterfabrikat wird durch die Antragsgegnerin mit Forderungen des Denkmalschutzes begründet.

Hier wird die Festlegung auf ein Produkt jedoch nur als Ergebnis einer Beratung in gemeinsamer Verständigung mit der Denkmalschutzbehörde dokumentiert und allgemein darauf hingewiesen, dass die Baumaßnahme im Rahmen der Altstadtsanierung der Stadt Weißenfels erfolge. Ziel sei es hier, dass sich das verwendete Pflaster und die Straßenlampen in die Umgebung der Altstadt optisch und gestalterisch einfügen. Die sachlichen Gründe, sich auf ein bestimmtes Pflaster eines bestimmten Herstellers, bei dem es sich zudem um ein industriell hergestelltes Betonsteinpflaster in Standardfarben, -form und -oberfläche handelt, sind nicht dokumentiert. Es fehlt an der Dokumentation, weshalb sich nur dieses Pflaster des benannten Herstellers in die Umgebung einfüge, obwohl es keine Besonderheiten und wesentliche Unterschiede zu anderen Betonsteinpflastern in anthrazitgrau und grau aufweist. Auch ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen Mustersteine vorzulegen seien, wenn bereits feststehen soll, dass nur dieses Pflaster sich in die Umgebung einfüge. Eine konkrete sachlich begründete Forderung der Denkmalschutzbehörde ist nicht dokumentiert. Die Formulierung des Protokolls lässt vielmehr darauf schließen, dass sich die beteiligten Stellen auf ein Fabrikat geeinigt haben.

Die Antragsgegnerin hat die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit nicht eingehalten, da sie für die Bestimmung der konkret ausgeschriebenen Leistung keine nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen Gründe dokumentiert hat. Auf Grund dessen war eine Prüfung, ob die Festlegung willkürlich getroffen wurde, solche Gründe tatsächlich vorhanden waren und durch die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert wurden, durch die Vergabekammer gar nicht möglich.

Das Vergabeverfahren verstößt damit gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung gemäß § 7 Abs. 8 VOB/A sowie gegen § 20 VOB/A. Hierdurch wird die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurück zu versetzen und den Bietern Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe auf Basis einer transparenten, produktneutralen Vorgabe, zu geben.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 – 3 LVG LSA.

.....

.....

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