



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 65/16

Halle, 30.01.2017

§§ 10, 12, 13 und 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA, §§ 2, 7, 8 und 20 VOL/A

- Geschlossene Verträge sind nichtig
- Eignungskriterium im Leistungsverzeichnis nicht eindeutig beschrieben
- Keine Abforderung der erforderlichen Formblätter, Eigenerklärungen und ergänzenden Vertragsbedingungen zum LVG LSA
- Unzureichende Dokumentation

Die Zuschlagerteilung an die erfolgreichen Bieter erfolgte vor Abgabe der Information an die nicht berücksichtigten Bieter gemäß § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA.

Damit sind die geschlossenen Verträge unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht rechtswirksam zustande gekommen. Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat der Antragsgegner in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen das Eignungskriterium - Angaben zur durchschnittlichen täglichen Zeitdauer der Reinigung sowie der zu reinigenden Flächen pro Stunde - zwar angegeben, er hat jedoch den entsprechenden Wert nicht benannt. Die Wertungsgrundlage für das Eignungskriterium legte er erst nach der Abgabefrist für die Angebote in den Vergabeunterlagen fest. Die Wertung dieses Eignungskriteriums verstößt gegen das vergaberechtliche Gebot der Transparenz und Gleichbehandlung.

Der Antragsgegner hat es versäumt, die gemäß § 2 der Verordnung über die Anwendung des Formularwesens bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge vom 30. April 2013 erforderlichen Formblätter, Eigenerklärungen und ergänzenden Vertragsbedingungen zum LVG LSA insgesamt abzufordern. Die Verordnung ist auch hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungsverträgen verbindlich, da sie Bezug auf die §§ 10, 12, 13 LVG LSA nimmt.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOL/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Antragstellerin

gegen

...

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes zu der Öffentlichen Ausschreibung der Unterhalts- und Glasreinigung im ... für vier Jahre, Vergabe-Nr. ..., VOL/A, hat die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt durch den Vorsitzenden ..., der hauptamtlichen Beisitzerin ... und dem ehrenamtlichen Beisitzer ... beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die am 7. Dezember 2016 geschlossenen Verträge nichtig sind.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand der Versendung der überarbeiteten Vergabeunterlagen zurückzusetzen.
3. Kosten für das Nachprüfungsverfahren werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Der Antragsgegner veröffentlichte am ... unter evergabe-online in Form einer Öffentlichen Ausschreibung die Vergabe von Unterhalts- und Glasreinigung im ... für den Zeitraum 01.01.2017 bis 31.12.2020, Vergabe-Nr.

Der Dienstleistungsauftrag sollte folgende Leistungen umfassen:

- Los 1: Unterhalts- und Glasreinigung am Standort ...
- Los 2: Unterhalts- und Glasreinigung am Standort ...
- Los 3: Unterhalts- und Glasreinigung am Standort ...
- Los 4: Unterhalts- und Glasreinigung am Standort ...

Die Vergabeunterlagen konnten bis zum 04. August 2016, 12 Uhr beim Auftraggeber abgefordert werden. Angebotsfrist war der 13. September 2016, 12 Uhr.

Gemäß Ziffer 3 b) der Bekanntmachung konnten die Lose einzeln oder alle angeboten werden.

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

- a) Angaben zur durchschnittlichen täglichen Zeitdauer der Reinigung sowie der zu reinigenden Flächen pro Stunde;
Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherung unter Angabe der Deckungssumme;

Eigenerklärung der Unbedenklichkeit bei Zahlungen gegenüber dem Finanzamt und der gesetzlichen Sozialversicherung;
Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft (nicht älter als 3 Monate).

b) Erklärung, dass sich der Auftragnehmer weder in einem Insolvenz- noch in einem Vergleichsverfahren befindet und auch kein Vergleichsverfahren gegen ihn beantragt wurde;
Referenzliste mit Angabe des Zeitraumes und des Umfangs des Auftrages sowie von Ansprechpartnern und Telefonnummern von vergleichbaren Aufträgen innerhalb der letzten drei Jahre;
Besichtigungsbestätigungen;
Erklärung zur Tariftreue.

Als Zuschlagkriterium war der Preis benannt. Dabei wurden der monatliche Pauschalpreis mit 75 %, die Glasreinigung mit 5 %, der Stundensatz für zusätzliche Reinigungsaufgaben mit 10 % und die Kosten für Verbrauchsmaterial mit 10 % gewichtet.
Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Zum Submissionstermin am 21. September 2016 lagen zwölf Angebote für Los 1, acht Angebote für Los 2, acht Angebote für Los 3 und zehn Angebote für Los 4 vor. Die Antragstellerin legte für Los 1 ein Angebot vor. Preislich belegte sie damit den siebenden Platz.

Mit Vermerk vom 05. Dezember 2016 legte der Antragsgegner die Wertungsgrundlage für das Eignungskriterium - Angaben zur durchschnittlichen täglichen Zeitdauer der Reinigung sowie der zu reinigenden Flächen pro Stunde - fest. Dabei orientierte er sich am Jahresbericht des Landesrechnungshofes von 2004 und dem REFA-Fachausschuss Gebäudereinigung. Als Richtwert nahm er 220 m²/h durchschnittlicher Reinigungsleistung an und legte mit Zuschlag von 15 % eine durchschnittliche Reinigungsleistung von 253 m²/h als Eignungskriterium fest. Bieter, die über diesem Wert lagen, wurden daraufhin von der weiteren Wertung ausgeschlossen.

Mit Schreiben vom 07. Dezember 2016 erteilte der Antragsgegner den Zuschlag für Los 1 an die ..., für Los 2 und 4 an die ... sowie für Los 3 an die

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot wegen überdurchschnittlich hoher zu reinigender Fläche pro Stunde (lt. REFA-Fachausschuss Gebäudereinigung 220 m²/h mit 15%igem Aufschlag) abgelehnt werde.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben 16. Dezember 2016 schriftlich das Vergabeverfahren beim Antragsgegner. Sie erklärte, dass die Vergabeunterlagen keine Aussage enthielten wie die angebotene Leistung vom Antragsgegner geprüft und bewertet worden wäre. Sie trägt weiter vor, dass ihr eine mangelnde Leistungsfähigkeit ohne Rückfragen unterstellt würde. Der Antragsgegner hätte sich die Kalkulation ihrer Leistungswerte erklären lassen müssen. Die Orientierung an den REFA-Richtwerten hätte schon im Ausschreibungstext bekanntgegeben werden müssen.

Die Antragstellerin beantragt

die Berücksichtigung ihrer Angebote sowie
eine erneute Prüfung der Angebote.

Der Antragsgegner beantragt

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Der Antragsgegner antwortete mit Schreiben/ Fax vom 22. Dezember 2016 der Antragstellerin und gab an, dass zur Prüfung der Eignung Nachweise gefordert worden wären, die u.a. die zu reinigende Fläche pro Stunde beinhalten sollten. Die Auswertung der Eignungsprüfung wäre entsprechend den ermittelten Zahlen der durchschnittlichen Reinigungsleistungen durch den REFA-Fachausschuss und weiterer Quellen erfolgt. Angebote, deren Reinigungsleistung über dem Wert von 253 m²/h lägen, müssten daher unabhängig vom Preis ausgeschlossen werden. Nur so wäre eine qualitativ zufriedenstellende Reinigungsleistung sicher zu stellen. Das Angebot der Antragstellerin für das Los 1 hätte eine zu hohe Reinigungsleistung enthalten. Aufgrund dessen hätte das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen werden müssen.

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. 1 und 2 LVG LSA rechtswidrig.

Unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB informiert der öffentliche Auftraggeber gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA 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 7 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 die Zuschläge an die ..., die ... und die ... nicht erteilen, da er die Frist nach § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA nicht eingehalten hat.

Die Zuschlagerteilung an die erfolgreichen Bieter erfolgte am 7. Dezember 2016. Die Information über die Ablehnung der Angebote wurde erst am 13. Dezember an die nicht berücksichtigten Bieter versandt.

Damit sind die o.g. Vertragsabschlüsse unter Verstoß gegen § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA zustande gekommen und gemäß § 134 BGB nichtig. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gemäß § 134 BGB nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Das Vergabeverfahren ist wegen Verstoßes gegen §§ 2, 7, 8, 20 VOL/A rechtswidrig.

Der Antragsgegner hat gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot gemäß § 2 Abs. 1 VOL/A und das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 7 Abs. 1 VOL/A verstoßen, indem er die Anforderungen betreffend nicht benannt hat.

Gemäß § 7 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (Leistungsbeschreibung). Hierzu ist es unerlässlich, dass die Leistungsbeschreibung auch alle für die Bestimmung des Leistungsumfangs zum Zwecke der Kalkulation wesentlichen Umstände erkennen lässt, weil nur dann eine Beschreibung vorliegt, die von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden wird und miteinander vergleichbare Angebote in preislicher Hinsicht erwarten lässt. Die Leistungsbeschreibung darf daher im Interesse vergleichbarer Ergebnisse keinen Bieter im Unklaren lassen, welche Leistung er in welcher Form und zu welchen Bedingungen anbieten soll. Sie soll auch den Vergabegegenstand umfassend beschreiben, ohne dass Restbereiche verbleiben, für die die Leistungspflichten nicht klar definiert sind.

Gemäß § 12 Abs. 2 Buchst. I VOL/A sind die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen zu benennen, die für die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers erforderlich sind. Diese Nachweise muss der Auftraggeber gemäß § 8 Abs. 3 VOL/A in einer abschließenden Liste zusammenstellen. Legt der Auftraggeber in der Bekanntmachung die von den Bietern zu erbringenden Eignungsnachweise fest, so ist er hieran gebunden. Er kann diese später in den Vergabeunterlagen nicht verändern, erweitern oder einschränken. Jedoch sind Konkretisierungen in den Vergabeunterlagen zulässig. Nicht ordnungsgemäß in der Bekanntmachung geforderte Eignungsnachweise sind bei der Eignungsprüfung nicht zu berücksichtigen.

Dem Bieter müssen bei der Vorbereitung seiner Angebote vom Auftraggeber die Mindestanforderungen zur Kenntnis gebracht werden, an denen die Angebote gemessen werden sollen und bei der Wertung scheitern können. Wenn der Antragsgegner das Kriterium des Reinigungswertes in der zweiten Wertungsstufe nämlich der Eignungsprüfung anzuwenden beabsichtigte, hätte er diesen und den konkreten Wert (oder eine Bandbreite) den Bietern zuvor bekanntgeben müssen (siehe auch ibr-online: OLG Düsseldorf, 30.04.2014-Verg 41/13).

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat der Antragsgegner in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen das Eignungskriterium - Angaben zur durchschnittlichen täglichen Zeitdauer der Reinigung sowie der zu reinigenden Flächen pro Stunde - zwar angegeben, er hat jedoch den entsprechenden Wert nicht benannt. Den Richtwert des Landesrechnungshofes in Höhe von 220 m²/h für eine durchschnittliche Reinigungsleistung sowie den Zuschlag von 15 % (253 m²/h) legte er erst mit Vermerk vom 05. Dezember 2016 als Wertungsgrundlage fest, also nach der Abgabefrist für die Angebote. Die Wertung dieses

Eignungskriteriums verstößt gegen das vergaberechtliche Gebot der Transparenz und Gleichbehandlung.

Alternativ zur Wertung des Reinigungswertes als Eignungskriterium wäre auch die Wertung als Zuschlagkriterium in Betracht gekommen. Die Verwendung von Reinigungswerten bei der Angebotswertung ist jedoch unverzichtbar davon abhängig zu machen, dass der Auftraggeber den entsprechenden Wert (oder eine Bandbreite) entweder in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen benennt. Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die Einhaltung bestimmter Wertungskriterien im Rahmen der Angemessenheitsprüfung verwenden will. (siehe auch ibr-online: OLG Düsseldorf, 30.04.2014-Verg 41/13).

Das Vergabeverfahren verstößt auch insgesamt gegen § 20 VOL/A.

Der Antragsgegner hat das Vergabeverfahren insgesamt nicht ausreichend dokumentiert. Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOL/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Der öffentliche Auftraggeber hat damit alle Verfahrens- und Entscheidungsschritte jeweils in Schriftform zu dokumentieren. Dies ist im Sinne des Transparenzgebotes zwingende Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren.

Die Vorschriften über die Dokumentationspflicht und das Transparenzgebot haben bieterschützenden Charakter. Erst ein formalisierter und umfassender Vergabevermerk gewährleistet eine spätere Nachprüfbarkeit der Richtigkeit von Feststellungen und getroffenen Entscheidungen sowohl gegenüber den Bewerbern, als auch gegenüber Rechnungsprüfungsbehörden sowie Zuwendungsgebern. Die Bieter haben ein subjektives Recht auf eine ausreichende Dokumentation und Begründung der einzelnen Verfahrensschritte (OLG Düsseldorf, B. v. 26.7.2002 - Az.: Verg 28/02; VK Brandenburg, B. v. 1.10.2002 - Az.: VK 53/02, B. v. 30.7.2002 - Az.: VK 38/02; 1. VK Bund, B. v. 14.10.2003 - Az.: VK 1 - 95/03).

Das Vergabeverfahren ist des Weiteren auch wegen Verstoßes gegen §§ 10,12, 13 LVG LSA rechtswidrig.

Der Antragsgegner hat es versäumt, die gemäß § 2 der Verordnung über die Anwendung des Formularwesens bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge vom 30. April 2013 erforderlichen Formblätter, Eigenerklärungen und ergänzenden Vertragsbedingungen zum LVG LSA insgesamt abzufordern. Die Verordnung ist auch hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungsverträgen verbindlich, da sie Bezug auf die §§ 10,12, 13 LVG LSA nimmt.

Das Vergabeverfahren ist damit in den Stand zurückzusetzen, ab dem es fehlerhaft ist. Um den Vergabeverstoß zu beseitigen, hat die Vergabekammer hierzu geeignete und notwendige Maßnahmen zu treffen, um der Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA entgegenzuwirken. In diesem Fall ist es ab dem Zeitpunkt der Versendung der vollständigen und korrekten Vergabeunterlagen zu wiederholen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA. Danach sind keine Kosten zu Lasten eines Bieters zu erheben, wenn die Nachprüfung ergibt, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat.

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.

...

...