



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 70/14

Halle, 07.08.2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A,
- Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht eingehalten
- Angebot nicht gleichwertig

Es steht im Ermessen des Auftraggebers, welche Anforderungen er an die von ihm ausgeschriebene 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 & Co. KG

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte

.....

gegen den

Landkreis

.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A des Landkreises zum Bauvorhaben Neubau der Turnhalle „.....“ in, Los 23 Lüftungsinstallation, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau 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 am 30. Mai 2014 im Ausschreibungsblatt für Sachsen Anhalt schrieb der Antragsgegner das Los 23 Lüftungsinstallation für den Ersatzneubau der Turnhalle in im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) aus. Die Submission war am 17. Juni 2014, 12.00 Uhr.

Unter Buchstabe f) der Veröffentlichung - Art und Umfang der Leistung – wurde die Leistung wie folgt beschrieben:

Lüftungsinstallation: Zwei Raumluftheizungsanlagen (RTL-Anlagen), eine für den Hallenbereich und eine RTL-Anlage für Umkleide/Duschen mit Nutzung der Hallenluft mit Nachheizung, Lüftungsgeräte mit Wärmerückgewinnung und Kanalnetz aus verzinktem Stahlblech, Gesamtluftmenge max. (Wettkampf) 8.700 m³/h, min. (Schulbetrieb) 3.000 m³/h, Lüftungsanlage Halle: 1 St. Lüftungsgeräte 13.000 m³/h mit Wärmerückgewinnung, Luftmengenregelung nach CO₂-Konzentration, Brandschutzklappen m. el. Antr. einschließlich Kanalsystem verz. und Dämmung, Luftdurchlässen, Ballschutzgitter für Zu- und Abluft mit Steuerung der Luftstrahlrichtung, Lüftungsanlage Duschen/Umkleidew: 1 St Lüftungsgerät 3.000 m³/h, Lüftungsanlage mit Nutzung der Hallenabluft als Zuluft für die Umkleide- und Sanitärräume, Nachheizung auf Zulufttemperatur einschl. Kanalsystem verz. und Deckendurchlässe, Entlüftung WC-Anlagen Tribüne: 2 St Zentrallüftungsblock 240 m³/h mit automatischer Steuerung über Wochenzeitschaltuhr zur Entlüftung der öffentlichen WC-Räume, einschließlich Kanalnetz und Abluftventilen, 132 m Wickelfalzrohr Stahl verz. bis DN 800, 170 m³ Luftleitung rechteckig Stahl verz. bis 1.500 mm Kantenlänge.

Die Anforderungen an die entsprechenden Leistungen wurden in den Positionen des Leistungsverzeichnisses beschrieben. Die Bieter hatten in verschiedenen Positionen, so zum Beispiel in der Position 1.1 und 1.4, Hersteller- und Produktangaben zu machen.

Ausweislich den Hinweisen in der Veröffentlichung, Buchstabe j) sowie des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes (Formblatt 211) Punkt 5.1, waren Nebenangebote nicht zugelassen. Unter Punkt 5.1 des Aufforderungsschreibens wurde zudem darauf verwiesen, dass Nr. 5 der Bewerbungsbedingungen (Formblatt 212) nicht gelte.

Zum Submissionstermin am 17. Juni 2014, 12.00 Uhr, lagen fünf Hauptangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin ein Hauptangebot in Höhe von Euro brutto abzüglich eines Preisnachlasses in Höhe von 3 v. H. beim Antragsgegner vor. Damit belegte die Antragstellerin zunächst den ersten Platz.

Die Antragstellerin trägt z. B. (nicht abschließend) in der Position

1.1 Lüftungsgerät Halle bei Hersteller/Typ und in der Position

1.4 Lüftungsgerät Umkleide/Duschen bei Hersteller/Typ, .. rechts 2000 als Bielereintrag ein.

Während in der Position 1.1 des Leistungsverzeichnisses zwei Kreuzstrom-Plattenwärmetauscher und Bypassklappen auf der Fort- und Außenluftseite gefordert wurden, enthält das von der Antragstellerin angebotene Produkt einen hocheffizienten Plattenwärmetauscher stehend und Bypassklappen auf der Außenluftseite.

So enthält zudem in der Position 1.4 des von der Antragstellerin angebotenen Produktes rechts 2000 einen Aluminium-Gegenstromplattenwärmetauscher, der jedoch in den Vorgaben der Position 1.4 des Leistungsverzeichnisses nicht gefordert wurde.

Mit Fax-Schreiben vom 26. Juni 2014 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, da es im Rahmen der technischen Prüfung ausgeschlossen werden müsse.

Daraufhin rügte die Verfahrensbevollmächtigte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 30. Juni 2014 das Vergabeverfahren. Sie erklärt, dass das Angebot ihrer Mandantin auch technisch den Ausschreibungsbedingungen, namentlich dem Leistungsverzeichnis, entspreche, und es daher zu werten sei.

Der Antragsgegner half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab. Zur Begründung der Nichtabhilfe übersandte der Antragsgegner der Antragstellerin am 1. Juli 2014 die Stellungnahme des beauftragten Planungsbüros, aus der ersichtlich ist, dass insbesondere in den Positionen 1.1 und 1.4 das Angebot der Antragstellerin nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entspreche. In der Position 1.1 Lüftungsgerät Halle und in der Position 1.4 Lüftungsgerät Umkleide/Duschen würden Geräte des Herstellers GmbH angeboten. Zur Angebotsaufklärung seien technische Angebotsbeilagen zur Angebotswertung abgefordert worden, aus denen erkennbar ist, dass die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt werden.

Die Verfahrensbevollmächtigte erklärte am 8. Juli 2014 gegenüber dem Antragsgegner, dass sie die gegen die beabsichtigte Vergabe der Baumaßnahme erhobene Beanstandung über die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften aufrechterhalte. Sie wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Angebote über Leistungen mit von der Leistungsbeschreibung abweichenden Spezifikationen als Hauptangebot daraufhin zu prüfen seien, ob sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig sind und die Gleichwertigkeit nachgewiesen sei. Insofern bekräftigte er nochmals, dass das von seiner Mandantin angebotene Fabrikat der Firma gleichwertig sei.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2014, Eingang bei der 3. Vergabekammer am 10. Juli 2014, legte der Antragsgegner die Vergabeunterlagen zur Prüfung vor.

Mit Schreiben vom 17. Juli 2014 ist die Verfahrensbevollmächtigte durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden. Ihr wurde die Möglichkeit gegeben, hierzu schriftlich Stellung zu nehmen.

Insbesondere wies die Vergabekammer die Verfahrensbevollmächtigte darauf hin, dass die bisherigen Ausführungen zur Behauptung der Gleichwertigkeit des Angebotes ihrer Mandantin nicht konkret und transparent und somit nicht nachvollziehbar waren. Daher sei ihre Mandantin aufgefordert, ihre Darstellung zur Gleichwertigkeit der Geräte der Firma im Zusammenhang mit dem Inhalt des Leistungsverzeichnisses zu präzisieren.

Mit Datum vom 25. Juli 2014 per Fax und per E-Mail äußerte sich die Verfahrensbevollmächtigte dazu in Form der Vorlage einer tabellarischen Aufstellung ihres Mandanten und bekräftigte erneut, dass das durch ihre Mandantin angebotene Fabrikat der Firma ... gleichwertig sei. Die Verfahrensbevollmächtigte räumte aber gleichzeitig ein, dass, sofern sich aus den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses Abweichungen ergäben, dies allein der Tatsache geschuldet sei, dass die Anforderungen aus dem Leistungsverzeichnis nur durch das Fabrikat zu erfüllen seien. Sofern eine Ausschreibung darauf hinauslaufe, dass nur ein Fabrikat angeboten werden könne, sei die Ausschreibung aufzuheben.

Hilfsweise mache die Verfahrensbevollmächtigte daher auch die Aufhebung der Ausschreibung geltend.

Die Antragstellerin beantragt,

die Wertung ihres Angebotes.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

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 bei Bauleistungen 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 gerügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet, da sie kein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben hat und damit durch das beanstandete Wertungsergebnis keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann

Das Angebot der Antragstellerin ist gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

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).

Der Nachprüfungsantrag ist in materiell-rechtlicher Hinsicht unbegründet. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin durch den Antragsgegner ist nicht zu beanstanden.

Die Antragstellerin hat eine Leistung angeboten, die nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht. Das hat den Ausschluss des Angebotes gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zur Folge.

Gefordert waren z. B. (Aufzählung der Abweichungen nicht abschließend) in der Position 1.1 des Leistungsverzeichnisses **zwei** Kreuzstrom-Plattenwärmetauscher und Bypassklappen auf der Fort- und Außenluftseite. Die Antragstellerin hat jedoch mit dem Produkt **einen** hocheffizienten Plattenwärmetauscher stehend und Bypassklappen auf der Außenluftseite angeboten.

In der Position 1.4 des von der Antragstellerin angebotenen Produktes rechts 2000 hat sie einen Aluminium-Gegenstromplattenwärmetauscher angeboten, der in den Vorgaben der Position 1.4 des Leistungsverzeichnisses aber gar nicht gefordert war.

Nicht zu folgen ist daher den widersprüchlichen Ansichten der Verfahrensbevollmächtigten, dass sie einerseits behauptet, das von seiner Mandantin angebotene System der Firma entspreche technisch den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses, aber gleichzeitig auch Abweichungen im Angebot ihrer Mandantin einräumt, da nach ihrer Meinung die Ausschreibung nicht produktneutral erfolgt sein soll.

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

Soweit die Verfahrensbevollmächtigte die technischen Abweichungen zum Leistungsverzeichnis im Angebot ihrer Mandantin als abweichende technische Spezifikation ersetzt sehen will, um es einer Wertung zugänglich zu machen, kann die erkennende Kammer dieser Sichtweise nicht folgen, da eine derartige Haltung die essenziellen Pflichten der Beteiligten an einem Vergabeverfahren verkennt.

Unter technischen Spezifikationen sind technische Regelwerke, Normen, gegebenenfalls auch allgemeine Eigenschafts- und Funktionsbeschreibungen zu verstehen, nicht jedoch individuelle, auf das konkrete Bauvorhaben bezogene technische Vorgaben. Von individuellen technischen Vorgaben abweichende technische Lösungen dürfen nicht als Hauptangebot, sondern können allenfalls als Nebenangebot gewertet werden (OLG München, Beschluss vom 11. August 2005 – Verg 12/05). Nebenangebote waren jedoch in vorliegendem Verfahren nicht zugelassen.

Sofern die Verfahrensbevollmächtigte außerdem vorträgt, dass die Abweichungen im Angebot ihrer Mandantin gegenüber den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses allein der Tatsache geschuldet sei, dass die Anforderungen aus dem Leistungsverzeichnis nur durch das Fabrikat zu erfüllen ist und somit der Antragsgegner möglicherweise gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoßen habe, geht die Geltendmachung einer Aufhebung der Ausschreibung aus diesem Grund ins Leere.

Von Bedeutung ist schließlich auch Ziffer 1 der Bewerbungsbedingungen. Danach ist, wenn die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bewerbers Unklarheiten enthalten, unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform darauf hinzuweisen. Soweit sich aus der Sicht der Antragstellerin ergab, dass es sich hier um die verdeckte Ausschreibung eines Leitfabrikates handeln soll, wäre sie gehalten gewesen, den Antragsgegner vor Angebotsabgabe auf diese Unzulänglichkeit hinzuweisen.

Wenn für die Antragstellerin aus den Verdingungsunterlagen also erkennbar war, dass hier möglicherweise eine verdeckte Ausschreibung eines Leitfabrikates vorgenommen wurde, hätte sie einen entsprechenden Verstoß gegen die Produktneutralität rechtzeitig rügen müssen. Ist keine Rüge erfolgt, wie im vorliegenden Fall, ist das Leistungsverzeichnis bindend und entsprechend von den Bietern zu bedienen.

Aus den vorgenannten Gründen war daher der Antrag als unbegründet zurückzuweisen.

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 unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen 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 **26.08.2014** durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichens **3300-.....** auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE2181000000081001500 zu erfolgen.

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

.....

.....