



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSA MT

**3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt**

Beschluss

Az: 3 VK LSA 70/15

Halle, 19.10.2015

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A
- fehlende Angabe nicht nachgefordert

Die Angabe zur Deponie ist als Erklärung im Sinne der vorgenannten Vorschrift anzusehen. Der Begriff der Erklärungen und Nachweise in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist hierbei weit auszulegen und betreffen bieterbezogene Erklärungen als auch leistungsbezogene Angaben zum technischen Inhalt der zu erbringenden Leistung, die der öffentliche Auftraggeber von den Bietern verlangt. Dies ist bei der Abfrage nach dem Ort der Deponie gegeben, so dass diese fehlende Einzelangabe einer Nachforderung unterliegt.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen die

.....
.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung zur Bauleistung Beseitigung von Hochwasserschäden 2013 in, Straßeninstandsetzung, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, des hauptamtlichen Beisitzers Regierungsamtmann und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet die fehlende Angabe zur Deponie nachzufordern und danach eine erneute Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Ausschreibungsblatt des Landes Sachsen-Anhalt am 06. August 2015 schrieb der Antragsgegner im Wege der öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) Straßeninstandsetzungsarbeiten in, Vergabenummer aus.

Unter Buchstabe j) der Bekanntmachung waren Nebenangebote zugelassen. In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes war unter Nr. 5.2 angegeben: Nebenangebote sind zugelassen (siehe auch Nr. 5 der Bewerbungsbedingungen), ausgenommen Nebenangebote, die Nachlässe mit Bedingungen beinhalten. Pauschalangebote waren nicht zugelassen.

Angaben zu Zuschlagskriterien wurden weder in der Bekanntmachung, noch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots gemacht.

Entsprechend Buchstabe B) der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes ist allen Bietern ein Langtext zur Leistungsbeschreibung übergeben worden. Darin finden sich auf Seite 124 unter der Position 4.1.100. folgende Angaben:

„Besonders überwachungsbedürftiges Material lösen und entsorgen. Art der Belastung und der Entsorgung nach Unterlagen des AG. Entsorgen wird gesondert vergütet. Abgerechnet wird nach Abtragungsprofilen.

Als Zulage zu den Aushubposition für die Erdarbeiten.

Material = Boden Klasse 3 bis 5, profilgerecht lösen.

Zuordnungsklasse : Z 2.

Gebühren der Entsorgungsanlage sind mit einzurechnen.

Angabe Deponie: _____

Entsorgungsnachweise sind zu führen. Das Herstellen des Planums wird gesondert vergütet.“

Als Menge sind 115,000 m³ angegeben.

Der gleiche Textaufbau findet sich auf Seite 134 des Leistungsverzeichnisses unter der Position 4.3.150, jedoch mit der Menge 95,000 m³ wieder.

In den Vergabeunterlagen war ebenfalls ein Leistungsverzeichnis über 52 Seiten als Kurz-LV enthalten. Unter den dargelegten Positionen 4.1.100. und 4.3.150 finden sich nachfolgende Textbestandteile wieder:

„Bes.überwach.bed.Mat.lös.u.ents.,als Zulagepos. Klasse 3-5 Profilger. lösen Planum gesondert“

Die Angabe zur Benennung einer Deponie lässt sich den besagten Positionen im Kurzleistungsverzeichnis nicht entnehmen.

Die Angebotseröffnung war auf den 20.08.2015, 10:00 Uhr festgelegt worden. Bis zu diesem Termin sind 4 Hauptangebote und 2 Nebenangebote eingegangen, darunter das der Antragstellerin. Neben ihrem Hauptangebot hat sie ein Nebenangebot abgegeben.

Die Antragstellerin hat zur Dokumentation ihres Hauptangebotes die vom Antragsgegner bereitgestellte Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses verwendet. Nach Ziffer 3.2 der Bewerbungsbedingungen für die Vergabe der Bauleistung war eine Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses zulässig. Im Angebotsschreiben erklärt die Antragstellerin unter

Ziffer 8, dass sie den Wortlaut der vom Auftraggeber verfassten Langfassung des Leistungsverzeichnisses als alleinverbindlich anerkennt.

Das Angebot der Antragstellerin enthält in der verwendeten Kurzfassung keine Angabe zur Deponie.

Im Absageschreiben vom 27.08.2015 teilt der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass auf ihr Angebot kein Zuschlag erteilt werden könne, weil ein Ausschlussgrund nach § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A vorliege. Als Erläuterung wird ausgeführt, dass die in den Positionen 4.1.100 und 4.3.150 geforderte Angabe der Deponie fehle. Das Fehlen solcher Angaben sei nicht heilbar und führe zum Angebotsausschluss (3. VK LSA 75/15 vom 13.08.2014).

Gegen dieses Schreiben wendet sich die Antragstellerin mit eigenem Schriftsatz am 01.09.2015 und legt zum genannten Ausschlussgrund Widerspruch ein. Eine Begründung hat die Antragstellerin nicht gegeben.

Mit Schreiben vom 09.09.2015 teilt der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass eine Bearbeitung seines Widerspruchs nicht möglich sei, weil dieser bisher nicht begründet worden ist.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin antwortet am 10.09.2015 gegenüber dem Antragsgegner. Dazu wird vorgetragen, dass der im Absageschreiben vom 27.08.2015 angegebene Ausschlussgrund nach § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A unbegründet sei. Die hierzu abgegebene Begründung, die fehlende Angabe der Deponie im Leistungsverzeichnis sei nicht heilbar und führe nach einem vom Antragsgegner aufgeführten Beschluss 3 VK LSA 75/14 zum Angebotsausschluss, greife nicht.

Die dortige Entscheidung beziehe sich auf grundlegend fehlender Fabrikats- und Erzeugnisangaben für die Hauptleistung und nicht auf den fehlenden Namen einer Deponie. Die Antragstellerin habe die Preise der von ihr bestimmten Deponie vollständig im Angebotspreis berücksichtigt. Infolge des Fehlens des Namens der Deponie sei eine Wettbewerbsverzerrung ausgeschlossen. Den Ausschreibungsunterlagen lag zudem kein Bieterangabenverzeichnis vor, indem die Angabe der Deponie hätte gesondert gefordert werden müssen. Ebenfalls sei in dem Kurzleistungsverzeichnis als auch in der Angebotsaufforderung kein Vermerk zur Angabe der Deponie enthalten. Es werde deshalb davon ausgegangen, dass der Ausschluss nach § 16 Abs. 1 oder 2 VOB/A unbegründet ist.

Gegebenenfalls wäre § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A einschlägig, wenn geforderte Erklärungen oder Nachweise im Angebot nicht enthalten sind. Diese seien jedoch innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen.

Die vom Antragsgegner aufgeführten Erläuterungen, die zum Ausschluss des Angebotes geführt haben, seien somit ungeeignet. Das Angebot der Antragstellerin sei deshalb nicht von der Wertung auszuschließen.

Am 22.09.2015 wurde der Antragstellerin nunmehr das Informationsschreiben gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA übermittelt. Hierin wird ihr mitgeteilt, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werde, da es ausgeschlossen werden müsse. Gründe hierzu sind nicht angegeben worden. Es sei vorgesehen, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters zu erteilen.

Ebenfalls mit Schreiben vom 22.09.2015 teilt der Antragsgegner dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin mit, dass er den im Schreiben vom 10.09.2015 vorgebrachten Darlegungen nicht abhelfen werde und am Ausschluss des Angebotes weiter festhalte.

Mit Schreiben vom 25.09.2015 hält die Antragstellerin ihren Widerspruch weiter aufrecht und beantragt die Vorlage der Vergabeakte gegenüber der Vergabekammer zur weiteren Entscheidung.

Die Antragstellerin beantragt

ihr Angebot weiter in der Wertung zu belassen, da ein Ausschluss gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A nicht gerechtfertigt ist.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen.

Zur Begründung führt der Antragsgegner in seinem Schreiben vom 22.09.2015 aus, dass auftragsbezogene Angaben nicht nachgefordert werden dürfen, da dies einer Nachbesserung des Angebots gleichkäme.

In der ersten Wertungsstufe sei das eingegangene Angebot in inhaltlicher und formeller Hinsicht überprüft worden. Währenddessen sei das Fehlen geforderter Deponieeintragungen der Antragstellerin im Leistungsverzeichnis bei den Positionen 4.1.100 und 4.3.150 festgestellt worden.

Eine Nachforderung sei nicht zulässig, weshalb das Angebot gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zwingend auszuschließen war.

Mit Schreiben vom 30.09.2015, eingegangen am 02.10.2015, stellte der Antragsgegner die Vergabeakten der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zu und verwies darauf, dass er der Beanstandung der Antragstellerin nicht abhelfen werde.

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 des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Entscheidend für die Feststellung der Zuständigkeit ist hier die Beurteilung des Auftragswertes der Bauleistung. Unter Zugrundelegung der Höhe der abgegebenen Angebotspreise liegen diese unterhalb der in § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV 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 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. Außerdem macht sie Vergabeverstöße geltend, die ihre Zuschlagschancen dadurch mindern.

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 begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) VOB/A ist gegenstandslos. Die dort aufgeführten Tatbestände hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen des § 13 Abs. 1, 2 und 5 VOB/A begründen nicht den Ausschluss des Angebots infolge einer fehlenden Angabe zur Deponie.

Auch rechtfertigen die fehlenden Angaben zur Deponie nicht den sofortigen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin. Der Antragsgegner war vielmehr gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gehalten, die Angaben zur Deponie in den Positionen 4.1.100 und 4.3.150 nachzufordern. Er war nicht berechtigt, das Angebot der Antragstellerin ohne eine solche Nachforderung auszuschließen.

Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend der Nummer 1 oder 2 ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Nach Satz 4 der Vorschrift ist das Angebot auszuschließen, wenn die nachgeforderten Erklärungen oder Nachweise nicht fristgemäß vorgelegt werden.

Die Antragstellerin hatte es in ihrem Angebot bei der Abfrage zu den o.a. aufgeführten Positionen im zugelassenen Kurz-Leistungsverzeichnis versäumt, den Deponienamen, wo das entsprechende Material entsorgt werden soll, anzugeben. Damit hatte sich die Antragstellerin zu dem Ort der Entsorgung nicht erklärt.

Es ist zutreffend, dass infolge der fehlenden Angaben zur Deponie in den Positionen 4.1.100 und 4.3.150 das Angebot der Antragstellerin unvollständig ist.

In den beiden aufgeführten Positionen fehlt die Angabe der Deponie. Es steht deshalb im Streit, ob die fehlenden Angaben zur Deponie als fehlende Erklärung i.S.v. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszulegen sind und eine Nachforderung erfolgen muss.

Die Angabe zur Deponie ist als Erklärung im Sinne der vorgenannten Vorschrift anzusehen. Der Begriff der Erklärungen und Nachweise in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist hierbei weit auszulegen und betreffen bieterbezogene Erklärungen als auch leistungsbezogene Angaben zum technischen Inhalt der zu erbringenden Leistung, die der öffentliche Auftraggeber von den Bietern verlangt. Dies ist bei der Abfrage nach dem Ort der Deponie gegeben, so dass diese fehlende Einzelangabe einer Nachforderung unterliegt.

Ein Nachfordern ist erst dann zu unterlassen, wenn sie integraler Angebotsbestandteil und damit Vertragsgegenstand wird (OLG Dresden, IBR 2012, 344). Zu den § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zuzuordnenden Nachweisen und Erklärungen sind solche zu zählen, die außerhalb des Vertrages stehende Umstände beschreiben sowie Angaben, die den Inhalt des Vertragsangebotes belegen, also nichts anderes als Erläuterungen zum Angebotsinhalt sind. Es erfolgt damit eine Differenzierung erstens in die Angaben, die Vertragsgegenstand werden und zweitens in solche, die nur der Erläuterung des Vertragsinhalts dienen bzw. außerhalb des Vertrages stehende Umstände beschreiben (VK Thüringen, VPR 2013, 24). Dieser Auffassung liegt der vom Antragsgegner zitierte Beschluss der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zugrunde (Beschluss vom 13.08.2014, 3 VK LSA 75/14). Dort sind fehlende Fabrikatsangaben als integraler Angebotsbestandteil eingestuft worden und durften daher nicht nachgefordert werden.

Die Bieter hatten in den Positionen 4.1.100 und 4.3.150 den Deponienamen in Bezug auf die Unterbringung des überwachungspflichtigen Materials anzugeben. Welche Deponie sie dabei wählen, lag hierbei in deren alleiniger Entscheidung. Mit der Angabe der Deponie erfolgt durch den jeweiligen Bieter lediglich eine Konkretisierung darüber, wo das Material abgelagert werden soll. Die Bieter haben in den aufgeführten Positionen ausschließlich den Ort näher zu bestimmen gehabt, der keinerlei Auswirkungen auf die Ausführung der ausgeschriebenen Bauleistung hat. Damit dient die Angabe der Deponie der näheren

Erläuterung des Vertragsinhalts und ist bei einer Nichtangabe nachzufordern. Durch die Vervollständigung zur Angabe der Deponie wird das Angebot in inhaltlicher Hinsicht nicht abgeändert.

Der Antragsgegner wäre gehalten gewesen, die fehlende Angabe zur Deponie nachzufordern. Er war nicht berechtigt, das Angebot ohne eine solche Nachforderung auszuschließen.

Die Angabe der Deponie hat der Antragsgegner auch nicht als Zuschlagskriterium ausgewiesen. Weder in der Bekanntmachung noch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes hat der Antragsgegner Zuschlagskriterien benannt.

Dies ist unterhalb der Schwellenwerte, im Gegensatz zu Bauleistungen oberhalb der Schwellenwerte, auch nicht zwingend vorgeschrieben. Somit ist der Angebotspreis bei dieser Ausschreibung alleiniges Zuschlagskriterium. Für eine wirtschaftliche Angebotswertung nach § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A ist damit die Bekanntgabe der Deponie ohne Belang. Die Ablagerungsgebühren in den einzelnen Deponien mögen zwar unterschiedlich sein und sich deshalb auf die entsprechenden Positionspreise auswirken. Die Preisangaben sind im Angebot der Antragstellerin jedoch vollständig, d.h. sowohl der Einheits- als auch der Gesamtpreis ist bei den Positionen 4.1.100 und 4.3.150 angegeben. Die namentliche Nennung der Deponie hat damit keine Auswirkung auf die Wettbewerbsstellung. Bei einer Nachforderung des Deponienamens kann eine Besserstellung der Antragstellerin bei der Wertung nicht eintreten. Auch daher muss der Antragsgegner die fehlenden Deponienamen nachfordern. Das Angebot der Antragstellerin ist erst dann auszuschließen, wenn die Deponienamen nicht innerhalb der geforderten Frist von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Antragsgegner vorliegen.

Anzumerken sei noch, dass bei einer entsprechenden Gewichtung der Angabe der Deponie durch den Antragsgegner dieser dann auch eine solche im Text eines zugelassenen Kurz-Leistungsverzeichnisses aufführt und nicht unerwähnt lässt. Dies ändert auch nichts daran, wenn die Antragstellerin erklärt, den Wortlaut der verfassten Langfassung des Leistungsverzeichnisses anzuerkennen. Dies trifft ausschließlich auf den bereits bestehenden Text zu, nicht aber auf hierzu zu ergänzenden Angaben.

Grundsätzlich ist das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt zu wiederholen, ab dem es fehlerhaft ist. Um den Vergabeverstoß zu beseitigen, hat die Vergabekammer hierzu geeignete Maßnahmen zu treffen. Es ist daher geboten, dass der Antragsgegner von der Antragstellerin die fehlenden Angaben zur Deponie in der vorgesehenen Frist nachfordert und danach eine erneute Wertung durchführt. Diese Möglichkeit der Fehlerkorrektur ermöglicht es den festgestellten Mangel zu beseitigen.

III. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA. Danach sind keine Kosten zu Lasten des Bieters zu erheben, wenn dieser das Vergabeverfahren zu Recht beanstandet hat.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Beanstandungen der Antragstellerin gerechtfertigt waren und somit keine Kosten für sie entstehen.

IV.

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

.....

.....