



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 70-72/17

Halle, 04.09.2017

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA, § 14 LVG LSA i.V.m. § 16 Abs. 7 VOL/A, § 3 Abs. 5 VOL/A

- fehlerhafte Wertung der Angebote
- Zulässigkeit der Freihändigen Vergabe

Weicht ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, um mindestens 10 v. H. vom nächst höheren Angebot ab, so hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 14 Abs. 2 LVG LSA die Kalkulation des Angebots zu überprüfen.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine zwingende Dringlichkeit für eine freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 4 lit. g VOL/A oder für ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gemäß § 3 Abs. 4 lit. d VOL/A-EG im Bereich der Daseinsvorsorge selbst dann gerechtfertigt ist, wenn die Gründe für die zwingende Dringlichkeit in der Sphäre des Auftraggebers begründet liegen.

.....
.....

Antragstellerin

Bevollmächtigte

.....
.....

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Freihändigen Vergabe der, Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der vom 24. Juli bis 30. November 2017, Lose 2, 4 und 7, Vergabe-Nr., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Prüfung und Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt Leistungen zur Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der in Form eines Offenen Verfahrens zu vergeben. Dieses Vergabeverfahren ist infolge eines Nachprüfungsverfahrens vor der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt bisher nicht abgeschlossen, während die vorhergehenden Verträge zum 30. Juni 2017 ausgelaufen sind. Bis zum Abschluss des derzeit laufenden Vergabeverfahrens beabsichtigt die Antragsgegnerin im Rahmen einer freihändigen Vergabe diese Leistungen als Interimsvergabe bis zum 30. November 2017 zu vergeben. Hierzu forderte sie am 21. Juni 2017 vier Unternehmen per E-Mail zur Angebotsabgabe auf und gewährte eine Frist zur Einreichung der Angebote bis zum 4. Juli 2017. Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Mit Schreiben vom 28. Juni 2017 rügte die Antragstellerin das Vergabeverfahren. Sie führt aus, dass eine Notwendigkeit für eine Interimsvergabe nicht vorliege, da der Vertrag der letzten Interimsvergabe eine Verlängerungsoption bis zum 31. Dezember 2017 zulasse.

Die Ausschreibungsunterlagen seien ihr an eine E-Mail-Adresse zugestellt worden, die bereits seit längerer Zeit nicht mehr existent sei, so dass ihr die Ausschreibungsunterlagen nur zufällig und verspätet zur Verfügung gestellt worden seien. Da andere Bieter die Unterlagen bereits zum 21. Juni 2017 erhalten hätten, sei der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt worden.

Eine Interimsvergabe ohne Öffentliche Ausschreibung sei hier nicht zulässig, da die Voraussetzungen nicht vorlägen. Der Bieterkreis dürfe nicht eingeschränkt werden. Die Vergabe sei nicht öffentlich bekannt gemacht worden. Die Voraussetzungen zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens lägen nicht vor. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 VgV seien nicht erfüllt.

Ein weiterer Verstoß sei die Anforderung der Vergabestelle, die Angebote ausschließlich schriftlich in Textform zur Verfügung zu stellen. Auch solle sämtliche Kommunikation nur schriftlich in Textform stattfinden. Der öffentliche Auftraggeber habe die barrierefreie Ausgestaltung der elektronischen Mittel zwingend zu gewährleisten. Eine Abgabe von elektronischen Angeboten dürfe nicht ausgeschlossen werden.

Mit Schreiben vom 3. Juli 2017 legte die Antragsgegnerin dar, dass eine Verlängerungsoption für den Vertrag aus der vorhergehenden Interimsvergabe nicht bestehe. Der Leistungszeitraum sei beschränkt gewesen auf den Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2017. Weiterhin sei ein Versand an die E-Mail-Adresse nicht zu beanstanden,

da diese E-Mail-Adresse in der Signatur der E-Mail der Antragstellerin vom 29. Juni 2017 genannt sei und damit weiterhin von der Aktualität der E-Mail-Adresse auszugehen sei. Auf eine Verbindlichkeit einer anderen E-Mail-Adresse sei zeitgleich von der Antragsgegnerin nicht hingewiesen worden.

Die Interimsvergabe sei zulässig, denn die Antragsgegnerin habe die Beschaffungsmaßnahme „Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der“ im Wege einer Konzessionsvergabe europaweit mit Auftragsbekanntmachung vom 9. Dezember 2016 ausgeschrieben. Im Rahmen dieser Ausschreibung habe sich auch die Antragstellerin beteiligt und sodann im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens das Verfahren durch die Vergabekammer prüfen lassen. Die Vergabekammer sei mit Schreiben vom 29. Mai 2017 zu dem Ergebnis gekommen, dass kein zuschlagsfähiges Angebot vorläge, woraufhin das Verfahren auf Anregung der Vergabekammer in den Stand vor Angebotseingang zurückversetzt worden sei.

All dies sei der Antragstellerin bekannt. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe in dem betroffenen Verfahren erfolge in Kürze. Bis zur Zuschlagserteilung sei die Verkehrssicherheit auf den Straßen weiterhin durch die Antragsgegnerin zu gewährleisten. Deshalb mache sich die erneute vorübergehende Interimsvergabe zur Sicherung der Kontinuität der Leistungserbringung und der Gefahrenabwehr erforderlich. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass die Dringlichkeit einer Interimsvergabe sogar gegeben sein kann, wenn sie auf vom Auftraggeber zu vertretenden Umständen beruhe (OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.01.2014, 11 Verg 15/13).

Im Übrigen sei grundsätzlich jeder Datenaustausch mit elektronischen Mitteln zu gestalten. Die Anforderungen an die elektronischen Mittel gemäß § 10 VgV ließen sich jedoch nur durch die Nutzung elektronischer Plattformen, z.B. evergabe-online.de etc, erfüllen. Grundsätzlich nutze die Antragsgegnerin bei allen Vergaben derartige Plattformen. Jedoch seien die hier ausgeschrieben Leistungen so spezifisch und auch selten nachgefragt, dass der Verweis auf die Nutzung der Plattform für potentielle Bieter eine übermäßige Belastung darstellen würde; es sei auch zu befürchten, dass damit eine Einengung des Wettbewerbes verbunden sei. Mit anderen Mitteln, wie FAX oder E-Mail, seien die unter § 10 VgV benannten Kriterien, gerade in Bezug auf die Integrität der Angebotsdaten, nicht erfüllbar.

Bis zum Ende der Angebotsfrist am 4. Juli 2017, 13 Uhr lagen drei Hauptangebote vor. Das Angebot der Antragstellerin lag auf dem zweiten Platz.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2017 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, da ein wirtschaftlicheres Angebot vorläge.

Daraufhin beanstandete die Antragstellerin mit Schreiben vom 11. Juli 2017 erneut das Vergabeverfahren. Das Informationsschreiben vom 10. Juli 2017 genüge nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 134 GWB. Danach hätten öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Das Schreiben der Antragsgegnerin informiere nicht hinreichend über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des Angebots. Die bloße Angabe, sie hätte nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, sei hierfür nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht ausreichend. Soweit die Antragsgegnerin beabsichtige, nach Ablauf der Informationsfrist den Zuschlag auf das Angebot der zu erteilen, zweifelt die Antragstellerin an, dass diese überhaupt in der Lage sei, die ausgeschrieben Leistungen zu erbringen. So sei es für die unmöglich, für die ausgeschrieben Lose 7 und 2 die Reaktionszeit zu erfüllen. Die Firma verfüge über einen Standort in und einen in Bei Alarmierung für einen Einsatz für Los 7 im südlichen Teil Sachsen-Anhalts sei die vorgegebene Zeit von 60 min nicht einzuhalten. Auch im Übrigen sei mehr als zweifelhaft, dass sie überhaupt ansatzweise in der Lage sei, die ausgeschrieben Leistungen zu erbringen. Sie verfüge lediglich über zwei Standorte und zwei Maschinen. Die Antragstellerin verfüge hingegen über vier Standorte und fünf Maschinen. Es sei nahezu ausgeschlossen, dass die

ausgeschriebenen Leistungen deshalb in vergleichbarer Weise durch dieerbracht werden könnten.

Auch sei davon auszugehen, dass sie Preise angeboten habe, die einer rechtlichen Überprüfung auch und vor allem im Hinblick auf die Anforderungen des Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt nicht standhalten. Dies gilt auch und insbesondere, jedoch nicht ausschließlich für die Position: 01.00.0006. (Reinigungsmaschine bis 7,5'U bis 60 km/h). Schließlich würden auch weitere, entferntere Einsatzziele (.....) in der vorgeschriebenen Reaktionszeit durch sie nicht erreicht werden können.

Die Antragstellerin beantragt,

die Interimsvergabe aufzuheben.

Die Antragsgegnerin 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 50.000 Euro bei Lieferungen und 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 gerügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist teilweise begründet, da die Antragsgegnerin die Wertung der Angebote nicht gemäß § 14 LVG LSA i.V.m. § 16 Abs. 7 VOL/A durchgeführt hat und hierdurch die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt wird.

Weicht ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, um mindestens 10 v. H. vom nächst höheren Angebot ab, so hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 14 Abs. 2 LVG LSA die Kalkulation des Angebots zu überprüfen.

Im Rahmen dieser Überprüfung ist der Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. Kommt der Bieter dieser Verpflichtung auch nach Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers nicht nach, so ist er vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

Nach § 14 Abs. 1 LVG LSA hat der öffentliche Auftraggeber ungewöhnlich niedrige Angebote, auf die der Zuschlag erfolgen soll, zu überprüfen. Dies gilt unabhängig von der nach Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) vorgegebenen Prüfung ungewöhnlich niedrig erscheinender Angebote. Im Rahmen dieser Überprüfung ist der Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen.

Im vorliegenden Fall weicht das erstplatzierte Angebot der um mehr als 10 v.H. vom nächsthöheren Angebot der Antragstellerin ab, so dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, die Kalkulation des Angebotes zu überprüfen.

Es ist nicht unzulässig, auf ein besonders niedriges Angebot den Zuschlag zu erteilen, sofern die Prüfung und Wertung durch den Auftraggeber ordnungsgemäß erfolgt ist. Der öffentliche Auftraggeber hat jedoch sorgfältig zu prüfen und zu erwägen, ob ein niedriges Unterkostenangebot berücksichtigt und ggf. bezuschlagt werden kann oder nicht. Schließlich ist unter Berücksichtigung der Stellungnahme und der Erläuterungen des Bieters zu werten, ob trotz des niedrigen Angebots eine ordnungs- und vertragsgemäße Leistungserbringung zu erwarten ist oder nicht (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 14.09.2015, § 16 VOL/A Rdn. 674).

Diese Prüfung wurde ausweislich der Vergabedokumentation von der Antragsgegnerin nicht vorgenommen.

Die Prüfung und Wertung der Angebote ist damit unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 14 LVG LSA i.V.m. § 16 Abs. 7 VOL/A zu wiederholen. Die Antragsgegnerin muss die Kalkulation des erstplatzierten Angebotes überprüfen und sich die ordnungsgemäße Kalkulation von der nachweisen lassen.

Insoweit ist der Nachprüfungsantrag begründet.

In Bezug auf die übrigen Beanstandungspunkte ist er aus den folgenden Gründen unbegründet.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass die Interimsvergabe unterhalb der Schwellenwerte des § 106 GWB liegt und damit die Vorgaben des Landesvergabegesetzes und der VOL/A anzuwenden sind.

Insbesondere ist die Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 VOL/A in diesem Fall nicht unzulässig.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Interimsvergaben im Bereich der Daseinsvorsorge ist im Rahmen des unbedingt Erforderlichen überwiegend anerkannt (KG Berlin, B. v. 29.02.2012 - Az.: Verg 8/11). Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine zwingende Dringlichkeit für eine Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 4 lit. g VOL/A oder für ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gemäß § 3 Abs. 4 lit. d VOL/A-EG im Bereich der Daseinsvorsorge selbst dann gerechtfertigt ist, wenn die Gründe für die zwingende Dringlichkeit in der Sphäre des Auftraggebers begründet liegen (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 14.09.2015, § 3 VOL/A, Rdn. 63/1). Verzögerungen, die durch die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens entstehen, berechtigen zur Interimsvergabe (VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 22.05.2014 - VK 1-7/14): Der Auftraggeber hat dem Wettbewerbsprinzip bei Interimsvergaben stufenweise Geltung zu verschaffen. Bei Vergaben bis zu drei Monaten kann der Bieterkreis auf ein Unternehmen beschränkt werden, bei Zeiträumen bis zu einem Jahr sind grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern und bei Zwischenvergaben von mehr als einem Jahr ist die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens erforderlich.

Der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin, die Zustellung an die strittige E-Mail-Adresse verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz, wird nicht gefolgt. Diese E-Mail-Adresse war aus den aktuellen Schriftwechseln der Antragstellerin mit der Antragsgegnerin ersichtlich, so dass die Antragsgegnerin darauf vertrauen konnte, ihren Schriftverkehr weiterhin über diese E-Mail-Adresse abzuwickeln. Es obliegt der Sorgfaltspflicht der Antragstellerin, in einem Vergabeverfahren sämtliche verwendete E-Mail-Postfächer zu überprüfen. Die

Antragsgegnerin bestimmt auch gemäß § 13 Abs. 1 VOL/A, in welcher Form die Angebote einzureichen sind.

Der Nachprüfungsantrag ist ebenfalls unbegründet in Bezug auf die von der Antragstellerin vermutete mangelnde Eignung der erstplatzierten Bieterin. Sie hat ihre Eignung und Leistungsfähigkeit entsprechend den geforderten Nachweisen nachgewiesen. Die Antragsgegnerin hat diese geprüft. Diese Prüfung war nicht zu beanstanden.

Das Informationsschreiben ist nur insoweit zu beanstanden, als die Antragsgegnerin nicht das Absageschreiben nach § 19 Abs. 1 LVG LSA verwendet hat. Hiernach ist die Information an die unterlegenen Bieter schriftlich spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss abzugeben. Die Antragstellerin hat jedoch die erforderlichen Informationen nach § 19 Abs. 1 LVG LSA erhalten, vorgeschrieben ist die Information über den Namen des Bieters, der den Zuschlag erhalten soll, sowie die Gründe der Nichtberücksichtigung, dies war hier die Wirtschaftlichkeit des Angebotes. Mangels weiterer Gründe der Nichtberücksichtigung des Angebotes konnten solche auch nicht angegeben werden.

Auf Grund des aufgezeigten Mangels des Vergabeverfahrens sah sich die erkennende Kammer unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Gebotes der Transparenz zur Gewährleistung des freien Wettbewerbes und zur Herstellung der Rechtmäßigkeit im Sinne des § 19 Abs. 2 LVG LSA veranlasst, die Antragsgegnerin anzuweisen, die Prüfung und Wertung der Angebote entsprechend der dargelegten Rechtsauffassung zu wiederholen.

III.

Kosten

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

Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat, sind keine Kosten zu seinen Lasten zu erheben.

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.

.....

.....