



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 75/14

Halle, 13. August 2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA

§§ 13, 16 und 20 VOB/A

- teilweise Begründetheit des Nachprüfungsantrags
- Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens durch fehlerhafte Vergabeunterlagen, Dokumentationsmängel und Verstoß gegen das Transparenzgebot

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist teilweise begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist rechtswidrig, da das Verfahren Verstöße gegen die §§ 13, 16 und 20 VOB/A aufweist. Im vorliegenden Verfahren entspricht keines der eingereichten Angebote den Anforderungen der Verdingungsunterlagen und sind somit einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist das einzig geeignete Mittel, die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine weitere Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

Antragstellerin

gegen

.....

Antragsgegnerin

unter Beteiligung der

.....

Verfahrensbeteiligte

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zur Öffentlichen Ausschreibung Sanierung Kindertagesstätte in, Tischlerarbeiten, Vergabe-Nr., hat die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsamtfrau und die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das streitbefangene Vergabeverfahren aufzuheben. Soweit sie weiterhin an ihrer beabsichtigten Vergabe festhält, hat sie das Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ab Versendung der Bekanntmachung zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin veröffentlichte am im Ausschreibungsblatt des Landes Sachsen-Anhalt in Form einer Öffentlichen Ausschreibung die Vergabe der Sanierung Kindertagesstätte in, Tischlerarbeiten.

Unter Buchstabe f) der Bekanntmachung wurde folgende Leistung ausgeschrieben:

Tischlerarbeiten, Fenster und Türen; Eingangstür; Terrassenelemente; Fenster; Außen- und Innentüren; Rauchschutztür; Trockenbau

Gemäß Buchstabe u) „Nachweise zur Eignung“ war ausgeführt: Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen. Bei Einsatz von Nachunternehmen ist auf Verlangen nachzuweisen, dass die vorgesehenen Nachunternehmen präqualifiziert sind oder die Voraussetzungen für die Präqualifikation erfüllen. Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen.

Bei Einsatz von Nachunternehmen sind die Eigenerklärungen auch für die vorgesehenen Nachunternehmen abzugeben, es sei denn, die Nachunternehmen sind präqualifiziert. In diesem Fall reicht die Angabe der Nummer, unter der die Nachunternehmen in der Liste des Präqualifikationsverzeichnisses geführt werden. Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch für die Nachunternehmen) durch Vorlage der in der Eigenerklärung zur Eignung genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen. Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist erhältlich.

Unter Buchstabe j) waren folgende Ausführungsfristen genannt: Beginn der Ausführung: nach Auftragsvergabe, Fertigstellung der Leistungen: Fenstereinbau

Gemäß Ziffer 3.1 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes waren folgende Nachweise – zusätzlich zu den in den Bewerbungsbedingungen genannten – mit dem Angebot einzureichen:

- Erklärung zur Tariftreue und Entgeltgleichheit (§ 10 Abs. 1 und 3 des LVG)
- Erklärung zum Nachunternehmereinsatz (§ 13 Abs. 2 und 4 des LVG)
- Erklärung zur Handwerksrolleneintragung im Sinne der Handwerksordnung Anlage A
- Beachtung der Kernarbeitsnormen § 12 LVG

Zum Submissionstermin am, Uhr, lagen zwei Hauptangebote vor.

Die Antragstellerin legte zum Submissionstermin ein Hauptangebot in Höhe von Euro brutto bei der Antragsgegnerin vor. In ihrem Begleitschreiben zum Angebot weist sie darauf hin, dass die geforderte Terminkette nicht mit allen Lieferanten hätte geklärt werden können und bei Beauftragung ggf. einer abschließenden Klärung bedürfe.

Die Antragstellerin ist nicht präqualifiziert. Sie legte die Eigenerklärung zur Eignung (Formblatt 124) und verschiedene Einzelbelege vor. Das Angebot beinhaltete auch die geforderten Erklärungen nach dem Landesvergabegesetz. Hierbei fehlte in der Anlage 3 LVG LSA das Kreuz in der Erklärung der Kernarbeitsnormen.

Dem Angebot fehlten in den Positionen 3.10 und 3.11 die im Leistungsverzeichnis geforderten Fabrikatsangaben.

Die Verfahrensbeteiligte reichte ein Hauptangebot in Höhe von Euro brutto ein. Die Verfahrensbeteiligte ist nicht präqualifiziert. Sie legte die Eigenerklärung zur Eignung (Formblatt 124) und verschiedene Einzelbelege vor. Das Angebot beinhaltete auch die geforderten Erklärungen nach dem Landesvergabegesetz.

Dem Angebot fehlen in den Positionen 3.10 und 3.11 die im Leistungsverzeichnis geforderten Fabrikatsangaben.

Das von der Antragsgegnerin beauftragte Planungsbüro erstellte am 11. Juli 2014 einen Vergabebericht. Der Bericht trifft noch keine Vergabeempfehlung und rät der Antragsgegnerin die Durchführung von Bietergesprächen. Das Planungsbüro weist darauf hin, dass die fehlenden Fabrikatsangaben von den Bietern nachgefordert werden sollten.

Der Bericht des Rechnungsprüfungsamtes vom 15. Juli 2014 empfiehlt, das Angebot der Antragstellerin wegen unzulässiger Änderung an den Vergabeunterlagen auf Grund der fehlenden Zusicherung der Ausführungsfristen auszuschließen.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2014 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot wegen Änderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden muss.

Das Aufklärungsgespräch mit der Verfahrensbeteiligten am 15. Juli 2014 hat inzwischen ergeben, dass auch diese die Ausführungsfristen auf Grund langer Lieferzeiten nicht einhalten könne.

Die Antragstellerin rügte am 16. Juli 2014 das Vergabeverfahren mit Hinweis auf die Unauskömmlichkeit der Ausführungsfristen.

Im Ergebnis der Rüge teilt die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17. Juli 2014 den Bietern mit, dass das Vergabeverfahren in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt wird, da die festgesetzten Ausführungsfristen objektiv unmöglich seien. An der Durchführung der Maßnahme bestehe auch bei veränderter Ausführungsfrist Interesse. Unter Hinweis darauf, dass die Formblätter nach 3.1 nicht erneut eingereicht werden müssten, übersandte die Antragsgegnerin die Vergabeunterlagen erneut.

Mit Schreiben vom 22. Juli 2014 rügte die Antragstellerin erneut das Vergabeverfahren mit Hinweis darauf, dass die Rückversetzung nicht das adäquate Mittel zur Beseitigung des Vergaberechtsverstößes sei, sondern eine Zuschlagsvergabe nach dem Bieterstand mit Anpassung der Ausführungsfristen hätte erfolgen müssen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Fortsetzung des Vergabeverfahrens mit Erteilung des Zuschlags nach dem Rang der Bieter unter Anpassung der Ausführungsfristen.

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 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 ihres Angebotes ihr Interesse am 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 teilweise begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Sinn und Zweck des Landesvergabegesetzes nach § 19 ist es, dass auch im Unterschwellenbereich die Unternehmen entsprechend § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Auch ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen wird, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen werden kann oder dessen Angebot ausgeschlossen werden muss, kann deshalb in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein, wenn ein anderes Angebot trotz Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen wird und den Zuschlag erhalten soll oder wenn sich der beabsichtigte Zuschlag aus einem anderen Grund verbietet (BGH, Beschluss vom 26.9.2006 – XZB 14/06; OLG Frankfurt a. M. lexetius.com/2006, 2547).

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist rechtswidrig, da das Verfahren Verstöße gegen die §§ 13, 16 und 20 VOB/A aufweist.

Im Einzelnen ist festzustellen, dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Verfahrensbeteiligten § 16 Abs. 1 Nr. 1 a) VOB/A verstößt.

Im vorliegenden Verfahren entspricht keines der eingereichten Angebote den Anforderungen der Verdingungsunterlagen und sind somit einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich.

Alle Angebote, auch das Angebot der Antragstellerin, waren gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 a; b) i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der Wertung auszuschließen, so dass keiner der Bieter für eine Zuschlagserteilung in Frage kommt.

Das Vergabeverfahren ist nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A i. V. m. §§ 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A und 16 Abs. 1 Nr. 1 a) VOB/A aufzuheben, da kein zuschlagsfähiges Angebot eingereicht wurde.

Das Angebot der Verfahrensbeteiligten ist einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich, da es als unvollständig gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 a) VOB/A auszuschließen ist. Es fehlen Fabrikatsangaben zu den Positionen 3.10 und 3.11. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1a VOB/A sind Angebote, die im Eröffnungstermin dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorlagen auszuschließen. Dieses gilt sowohl für Komplettangebote als auch für Teile von Angeboten. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A sind Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A sind Angebote, die Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten, auszuschließen.

Die Nachforderung von geforderten, aber im Angebot fehlenden Fabrikats-, Erzeugnis- und/oder Typangaben fällt nicht unter den § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, der die Antragsgegnerin zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise verpflichtet. Geforderte Fabrikats-, Erzeugnis- und/oder Typangaben sind integraler Angebotsbestandteil und nicht nachzufordern. Das Fehlen solcher Angaben ist nicht heilbar und führt zum Angebotsausschluss (VK Thüringen, Beschluss vom 12.04.2013 - 250-4002-2400/2013-E-008-SOK).

Allerdings ist auch das Angebot der Antragstellerin von der Wertung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen. Sie hat zwar die Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (Anlage 3 LVG LSA) dem Angebot beigelegt, diese jedoch unvollständig ausgefüllt. Die Anlage 3 zur Beachtung der Kernarbeitsnormen verlangt eine anzukreuzende Erklärung darüber, ob die Leistung oder Lieferung der in der Anlage genannten Produkte in Afrika, Lateinamerika oder Asien hergestellt bzw. bearbeitet werden oder wurden. Dieses Kreuz wurde durch die Antragstellerin nicht gesetzt, allerdings wurde das Formblatt von der Antragstellerin mit dem Datum vom 9. Juli 2014 sowie mit Firmenstempel und Unterschrift versehen, so dass die Antragstellerin mit der Unterschrift bestätigt, diese gegen sich gelten zu lassen. Die konkrete Zusicherung des Herkunftslandes hat sie jedoch durch das fehlende Kreuz unterlassen. Damit liegt die Erklärung der Anlage 3 des Landesvergabegesetzes körperlich vor, wurde jedoch unvollständig eingereicht. Eine Nachforderung dieser Erklärung ist nicht zulässig.

Die Nachforderung einer Erklärung kommt nur in Betracht, wenn sie formale Mängel aufweist, nicht, wenn sie in inhaltlicher Hinsicht fehlerhaft ist. Es kommt dann nur darauf an, ob lediglich ein formaler Mangel korrigiert werden soll oder durch die Nachforderung des Nachweises inhaltliche Änderungen am Angebot erfolgen.

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A müssen die Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten. Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise, verlangt der Auftraggeber diese nach. Sie sind spätestens innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen. Nach neuester Rechtsprechung gehen Vergabekammern und Vergabesenate davon aus, dass § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur im engeren Sinne fehlende Unterlagen erfasst (Vergabe Navigator,

Sonderausgabe 2012). Eine inhaltliche Veränderung, ein Austausch oder eine Ergänzung bereits vorliegender Unterlagen stelle eine unzulässige Nachbesserung dar. Bei inhaltlich unzureichenden Angeboten, bleibe nur ein Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Körperlich fehlende Erklärungen oder Nachweise können Gegenstand einer Nachforderung sein, aber körperlich vorliegende unvollständige Erklärungen oder Nachweise dürfen nicht nachgebessert werden (OLG München, Beschluss vom 15.03.2012, Verg 2/12).

Hier fehlt eine inhaltlich mit dem Angebot verbundene Erklärung über die Herkunft der im Angebot kalkulierten Produkte. Die Erklärung in der unvollständigen Form würde Vertragsbestandteil in der Ausführung des Auftrages und würde damit die Antragstellerin im Wettbewerb bevorzugen, da sie die Herkunft der Produkte nicht erklärt hat. Damit fehlt die Vergleichbarkeit zu den Angeboten der übrigen Bieter, die bereits mit Abgabe des Angebotes die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen versichert haben. Es kann dahinstehen, ob es für die Antragsgegnerin ersichtlich gewesen ist, dass dieses Kreuz versehentlich nicht gesetzt wurde, denn als Vertragsbestandteil durfte diese Erklärung nicht nachgefordert werden, dies würde eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes darstellen, diese Entscheidung liegt auch nicht im Ermessen des Antragsgegners. Eine Nachforderungspflicht der Antragsgegnerin entsteht gemäß § 15 LVG LSA i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur dann, wenn das Formular gar nicht vorliegt.

Im Übrigen fehlen auch im Angebot der Antragstellerin die Fabrikatsangaben in den Positionen 3.10 und 3.11, so dass auch hieraus ein Ausschluss gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 a) VOB/A folgt.

Das Vergabeverfahren verstößt insgesamt gegen § 20 VOB/A.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist das Vergabeverfahren zeitnah so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden. Der öffentliche Auftraggeber hat damit alle Verfahrens- und Entscheidungsschritte jeweils zu dokumentieren. Das ist im Sinne des Transparenzgebotes zwingende Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren.

Hinsichtlich der Feststellung der Eignung, der Prüfung und Wertung der Angebote gemäß § 14 LVG-LSA i.V.m. § 16 VOB/A hat die Antragsgegnerin ihre Entscheidungen und Ermessenserwägungen nicht ausreichend dokumentiert. Die Prüfung und Wertung der Angebote sowie die Entscheidung zur Rückversetzung des Vergabeverfahrens sind nicht dokumentiert.

Infolge der aufgezeigten Verletzung der §§ 13, 16 und 20 VOB/A entspricht das Vergabeverfahren nicht den rechtlichen Vorgaben. Auf Grund der fehlenden Zuschlagsfähigkeit sämtlicher abgegebenen Angebote sah sich die erkennende Kammer unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Gebotes der Transparenz zur Gewährleistung des freien Wettbewerbs und zur Herstellung der Rechtmäßigkeit im Sinne des § 19 Abs. 2 LVG LSA veranlasst, die Antragsgegnerin zur Aufhebung des Vergabeverfahrens anzuweisen. Die Aufhebung ist das einzig geeignete Mittel, die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine weitere Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Insbesondere ist auf Grund der fehlerhaften Vergabeunterlagen hinsichtlich der objektiv unmöglichen Ausführungsfristen eine Rückversetzung in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen unzulässig. Die fehlerhaften Ausführungsfristen ergeben sich bereits aus

der öffentlichen Bekanntmachung, so dass dieser Fehler nur geheilt werden kann, indem das Vergabeverfahren unter Anpassung der Vergabeunterlagen neu bekanntgemacht wird, um dem Grundsatz der Gleichberechtigung und Transparenz zu entsprechen.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass bei Neueinreichung von Angeboten diese vollständig neu abgegeben werden müssen. Formblätter aus früheren Angeboten verlieren ihre Gültigkeit und müssen – anders als von der Antragsgegnerin zunächst vorgesehen – zusammen mit dem Angebot neu abgefordert werden.

Aus diesem Grund kann dem Antrag der Antragstellerin, das Vergabeverfahren fortzusetzen und den Zuschlag unter Anpassung der Ausführungsfristen nicht entsprochen werden.

Sollte die Antragsgegnerin an ihrer Beschaffungsabsicht festhalten, so ist die Rechtsauffassung der Vergabekammer bei einer Neuausschreibung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA umzusetzen.

III.

Kosten

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

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.

gez.

gez.