



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 95/14

Halle, 08.12.2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOL/A i. V. m. §§ 15, 16 Abs. 3 d) VOL/A,
§ 12 Abs. 2 VOL/A

- fehlerhafte Bekanntmachung
- unzulässige Nachverhandlung
- Änderungen an den Vertragsunterlagen
- keine wertbaren Angebote
- fehlende Vergleichbarkeit aller Angebote

Gemäß § 12 Abs. 2 VOL/A müssen aus der Bekanntmachung alle Angaben für eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe ersichtlich sein. Die Mindestangaben ergeben sich aus § 12 Abs. 2 a-n VOL/A.

Gemäß § 16 Abs. 3 d) VOL/A müssen Angebote ausgeschlossen werden, die Änderungen an den Vertragsunterlagen enthalten. Bereits vor dem Ablauf der Angebotsfrist hat der Antragsgegner festgestellt, dass die Bedingungen vor Ort nicht dem Leistungsverzeichnis entsprochen haben.

Mit der Regelung des § 15 VOL/A wird bestimmt, dass Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, unstatthaft sind. Damit soll sichergestellt werden, dass der Wettbewerb ordnungsgemäß abläuft, die Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet ist und das Transparenzgebot gewahrt wird.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

gegen das

Antragstellerin

.....

.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung des,,
Beräumung und Entsorgung von gefährlichen und nicht gefährlichen Abfällen (Holz) aus
einer ehemaligen Behandlungsanlage der Fa. GmbH,, VergabeNr.
- hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat,
der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und der ehrenamtlichen
Beisitzerin Frau beschlossen:

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

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 25. August 2014 unter e-vergabe-online schrieb der Antragsgegner im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) die Vergabe der Beräumung und Entsorgung von gefährlichen und nicht gefährlichen Abfällen (Holz) aus einer ehemaligen Behandlungsanlage der Fa. GmbH,, VergabeNr., aus. Unter Nr. 9 a) bis c) – Mindestbedingungen (Unterlagen zur Beurteilung der Eignung des Bewerbers) war ausgeführt: „siehe Ausschreibungsunterlagen“.

Im Einzelnen waren entsprechend Anlage 0 der Vergabeunterlagen folgende Nachweise mit dem Angebot einzureichen:

- Vorlage einer aktuellen Bankauskunft/Bankerklärung über die wirtschaftliche Situation des Bewerbers
- Erklärungen über den Gesamtumsatz des Unternehmens sowie über den Umsatz hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung – jeweils bezogen auf die letzten 3 Geschäftsjahre
- Angaben zur Zugehörigkeit zu einer Berufsgenossenschaft
- Unbedenklichkeitsbescheinigung von der Berufsgenossenschaft über lückenlose Beitragsentrichtung
- Nachweis Betriebshaftpflichtversicherung Berufshaftpflichtversicherung
- Umsatzsteuer-Identifikationsnummer (USt-IdNr.), Steuernummer, zuständiges Finanzamt
- Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes hinsichtlich der Zahlung von Steuern und Abgaben; der Krankenkassen über lückenlose Beitragsentrichtung; Kfz-Haftpflichtversicherung, Umwelthaftpflichtversicherung
- Gewerbean-/ummeldung, HRA, Referenzliste der letzten 3 Jahre
- Beschreibung der technischen Ausstattung, Beschreibung der Maßnahmen des Unternehmens zur Gewährleistung der Qualität
- Angaben über technische Leitung oder die technischen Stellen, insbesondere der für die Qualitätssicherung
- Eigenerklärung über die Anzahl der Mitarbeiter
- Fachkundenachweise, Zertifikate, Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung, insbesondere der für die Leistungen verantwortlichen Person
- Gültige Beförderungserlaubnis für Abfälle, Genehmigung zum Betreiben der zur Entsorgung vorgesehenen Anlage/n und zugehörige Entsorgernummer
- Eigenerklärung des Unternehmen über Insolvenzverfahren / Liquidation
- Benennung von Nachunternehmen und sämtliche Eignungsnachweise auch für den Nachunternehmer

Weiter führen die Vergabeunterlagen in Anlage 0 aus: „Mit Abgabe des Angebotes ist ein konzeptioneller Vorschlag zur Entsorgung der ausgeschriebenen Abfälle – angefangen von der Herstellung der Transportfähigkeit über eine ggf. notwendige Behandlung bis zur finalen Entsorgung der Abfälle – zu erstellen und dem Angebot beizufügen. Das Konzept soll einen zeitlichen Ablaufplan für die Maßnahme beinhalten. Mit Beendigung der Maßnahme ist ein Abschlussbericht zu erstellen und zusammen mit der Schlussrechnung einzureichen.“

Für die Besichtigung der Anlage zur Erstellung eines Angebotes gab der Antragsgegner die Möglichkeit zur Ortsbegehung.

Das Leistungsverzeichnis weist in Anlage 2 folgende Abfallarten aus:

Pos.	Stoffgruppe	Altholzkategorie	Standort	Abfallschlüssel	Menge in t
1	Holz aus Sperrmüll	A III	LF 1 bis 2	19 12 07	1.000
2	Bahnschwellen	A IV	Hochplateau LF 4-9	17 02 04	1.700
3	Geschreddertes Holz	A IV	Hochplateau LF 3	19 12 06	300

Weiterhin verlangte die Leistungsbeschreibung die Angabe der Preisangaben auf leistungsbezogener und abrechnungsfähiger Basis in Euro pro Tonne unter Berücksichtigung eventueller Erlöse.

Nebenangebote waren nicht zugelassen.

In Folge der Veröffentlichung baten 19 Firmen um Zusendung der Vergabeunterlagen.

Am 2. September, 8. September und 12. September 2014 hatten die Bietinteressenten die Möglichkeit, das Gelände vor Ort zu besichtigen.

Entsprechend einem Vermerk des Antragsgegners vom 17. September 2014 (Blatt 166 d.A.) sei im Rahmen der Ortsbesichtigungen festgestellt worden, dass auf dem Gelände ebenfalls Abfälle der Schlüsselnummer 20 03 07 (Sperrmüll) lagern würden. Diese Abfallart sei vom Leistungsverzeichnis nicht erfasst und sei bei einer früheren Begehung durch den Antragsgegner nicht ersichtlich gewesen. Auch aus den Genehmigungsunterlagen sei diese Abfallart nicht erkennbar gewesen.

Zum Submissionstermin am 18. September 2014, 15 Uhr, lagen zehn Hauptangebote vor. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 19. September 2014, 9.00 Uhr.

Mit Vermerk vom 23. September 2014 (Blatt 183 d.A.) führt der Antragsgegner zur Auswertung der Angebote aus, dass auf Grund der enormen Preisspanne der einzelnen Angebote vermutet würde, dass einige Bieter bereits die abweichende Abfallart einkalkuliert haben.

Mit Schreiben vom 30. September 2014 ergeht durch die Vergabestelle an alle Bieter eine Aufforderung zur Aktualisierung des Ausschreibungsangebotes auf Grund von geänderten Bedingungen. Die Bieter werden darauf hingewiesen, dass die Position 1 des Leistungsverzeichnisses (mit den konkreten Unterpositionen 1.2.1.1, 1.2.2.1, 1.2.3.1, 2.2.1.1, 2.2.2.1, 3.2.1) nicht als Abfallart AS_{AVV} 19 12 07, sondern als Abfallart AS_{AVV} 20 03 07 entsorgt werden muss. Die Bieter werden aufgefordert, auf dieser Grundlage ein aktualisiertes Angebot zur Entsorgung der Abfälle inklusive Angabe des sich ergebenden neuen Gesamtpreises zu übergeben oder auf dieser Grundlage verbindlich zu erklären, dass die Entsorgung des in Rede stehenden Haufens unter der neuen Abfallschlüsselnummer im bisher kalkulierten Einheitspreis enthalten sei.

Hierauf gab es von sieben der zehn Bieter entsprechende Nachreichungen. Von den sieben Bietern legten drei Bieter ein neues Angebot vor und vier Bieter, darunter auch die Antragstellerin, erklärten die Verbindlichkeit des ursprünglichen Angebotes.

Am 15. Oktober 2014, 12.00 Uhr wurden die neuen Angebote geöffnet.

Mit Vermerk vom 17. und 22. Oktober 2014 schlägt der Antragsgegner vor, den Zuschlag an den Bieter Nr. 5 zu erteilen.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2014 unterrichtete der Antragsgegner die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot nach § 6 Abs. 5 VOL/A wegen Steuerrückständen ausgeschlossen werde. Darüber hinaus stünde der Angebotspreis in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung. Die im Angebot genannten Preise seien stark praxisfremd.

Am 27. Oktober 2014 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner die Vergabeentscheidung und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot des Bieters Nr. 5.

Die Antragstellerin führt aus, dass die Bescheinigung des Finanzamtes vom 28. Juli 2014 datiere und sie derzeit keine Umsatzsteuerrückstände hätte. Die aufgeführten Lohnsteuerrückstände seien ebenfalls ausgeglichen. Der Preis stünde nicht im Missverhältnis zur Leistung, sondern sei auskömmlich und mit einer Gewinnmarge kalkuliert. Die Verbindlichkeit des Angebotes sei bestätigt sowie die Entsorgungswege dargelegt worden. Die Nachforderung durch den Auftraggeber sei im Übrigen sehr ungewöhnlich.

Die Antragstellerin beantragt,

die Wertung ihres Angebotes.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Mit Datum vom 19. November 2014 wurde dem Antragsgegner Gelegenheit gegeben, zu dem Sachverhalt Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit machte er keinen Gebrauch.

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.

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 gerügt. Hierzu reicht eine Beanstandung innerhalb der Frist von sieben Kalendertagen nach Abgang des Informationsschreibens durch den Auftraggeber aus.

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.

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.

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOL/A i. V. m. §§ 15, 16 Abs. 3 d) VOL/A aufzuheben, da insbesondere durch die unzulässige Nachverhandlung des Antragsgegners gemäß § 15 VOL/A kein zuschlagsfähiges Angebot mehr vorliegt. Darüber hinaus ist das Vergabeverfahren aufzuheben, da sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens wesentlich geändert haben und die Bekanntmachung bereits fehlerhaft erfolgte.

Im vorliegenden Verfahren sind sämtliche Angebote nicht wertbar und somit einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich.

Gemäß § 16 Abs. 3 d) VOL/A müssen Angebote ausgeschlossen werden, die Änderungen an den Vertragsunterlagen enthalten. Bereits vor dem Ablauf der Angebotsfrist hat der Antragsgegner festgestellt, dass die Bedingungen vor Ort nicht dem Leistungsverzeichnis entsprochen haben.

In der ersten Auswertung der Angebote hat der Antragsgegner festgestellt, dass es Hinweise gäbe, dass die Angebote teilweise bereits die vor Ort festgestellten veränderten Bedingungen in der Kalkulation beinhalten könnten. Hierüber hat er sich jedoch nicht Klarheit durch eine entsprechende Aufklärung über den Angebotsinhalt verschafft. Denn Angebote, die nicht den Erfordernissen der Leistungsbeschreibung in allen Punkten entsprechen, sind zwingend auszuschließen. Eine fehlende Vergleichbarkeit aller Angebote, wie hier bereits mit Vermerk vom 23. September 2014 festgestellt, führt darüber hinaus zur Notwendigkeit der Aufhebung der Ausschreibung gemäß § 17 Abs. 1 a) VOL/A.

Entgegen den §§ 15, 16 Abs. 2 Satz 2 VOL/A hat der Antragsgegner die Bieter am 30. September 2014 zu einer vollständigen Nachkalkulation des Angebotes unter Berücksichtigung der nicht im Leistungsverzeichnis aufgeführten Abfallart AS_{AVV} 20 03 07 aufgefordert.

Hierbei handelt es sich um eine unzulässige Nachverhandlung über Preisangaben – zudem noch über den Preis des Gesamtangebotes. Preisangaben dürfen gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 VOL/A weder im Einzelnen noch im Gesamten nachgefordert werden. Gemäß § 15 VOL/A darf der Antragsgegner nur Aufklärung über den Angebotsinhalt und die Eignung der Bieter verlangen, darüber hinausgehende Forderungen / Verhandlungen sind unzulässig.

Die Forderung zur Nachkalkulation, insbesondere von Positionen, die nicht im Leistungsverzeichnis enthalten sind, verstößt eklatant gegen das Transparenz- und Wettbewerbsgebot. Durch den Verstoß gegen § 15 VOL/A i.V.m. § 16 Abs. 2 Satz 2 VOL/A sind sämtliche Angebote einer Wertung entzogen und die Ausschreibung zwingend aufzuheben.

Mit der Regelung des § 15 VOL/A wird bestimmt, dass Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, unstatthaft sind. Damit soll sichergestellt werden, dass der Wettbewerb ordnungsgemäß abläuft, die Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet ist und das Transparenzgebot gewahrt wird. Mit der Abgabe der Angebote durch die Bieter sind diese an ihr Angebot gebunden. Eine nachträgliche Änderung würde gegen die Gleichbehandlung der Bieter und die Transparenz des Wettbewerbs verstoßen. Jeder Bieter muss sich darauf verlassen können, dass nicht nur für ihn, sondern für alle anderen Bieter die Unabänderbarkeit des einmal abgegebenen Angebotes gilt (VK Niedersachsen, B. v. 12.12.011 - Az.: VgK-52/2011; B. v. 18.01.2011 - Az.: VgK-61/2010; VK Nordbayern, B. v. 14.01.2010 - Az.: 21.VK - 3194 - 64/09).

Eine für den Antragsgegner weniger belastende Maßnahme wie die Rückversetzung des Verfahrens in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen ist hier nicht möglich, da darüber hinaus auch die Bekanntmachung fehlerhaft erfolgte.

Gemäß § 12 Abs. 2 VOL/A müssen aus der Bekanntmachung alle Angaben für eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe ersichtlich sein. Die Mindestangaben ergeben sich aus § 12 Abs. 2 a-n VOL/A.

Entgegen dieser Vorgaben enthält die Veröffentlichung keine Angaben zu der Form der Angebote (§ 12 Abs. 2 c) VOL/A) und zu den Ausführungsfristen (§ 12 Abs. 2 g) VOL/A). Auch sind entgegen § 12 Abs. 2 l) VOL/A die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen, die die Auftraggeber für die Beurteilung der Eignung des Bieters verlangen, nicht benannt. Die Bekanntmachung enthält lediglich einen Hinweis auf die Ausschreibungsunterlagen.

Die Bestimmungen über die Veröffentlichung haben insbesondere in ihrer konkreten Bestimmung der Inhalte der Veröffentlichung nach den Bekanntmachungsmustern und der Festlegung, was mindestens zu den Vertragsunterlagen gehört sowie in welcher Form sie den Bewerbern auszuhändigen sind, bieterschützende Wirkung zur Sicherung der Gleichbehandlung und wiederum der Diskriminierungsfreiheit, damit alle Bewerber ihre Angebote auf dem Stand gleicher Informationen und gleicher Chancen abgeben können (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Ziffer 144.3.1, Randnummer 8).

Verweist der Auftraggeber jedoch in der Vergabebekanntmachung hinsichtlich der vorzulegenden Eignungsunterlagen lediglich auf die Vergabeunterlagen und fordert er die Vorlage sämtlicher Eignungsunterlagen erstmals in den Vergabeunterlagen, ist dies unzulässig. Hier ist für die Bieter in keiner Weise erkennbar, welche Eignungsanforderungen an sie überhaupt gestellt werden. Ein Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin aufgrund fehlender Nachweise wäre hier gar nicht möglich gewesen, da diese nicht wirksam gefordert wurden.

Über die Vergabebekanntmachung hinausgehende Nachweise im Aufforderungsschreiben oder in den Vergabeunterlagen dürfen nicht gefordert, ihre Nichtvorlage somit auch nicht bei der Angebotswertung berücksichtigt werden. Beides läuft den Vorgaben des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots zuwider, in dessen Lichte die Vorschriften der VOL/A auszulegen und zu handhaben sind (OLG Celle, B. v. 24.04.2014 - Az.: 13 Verg 2/14).

Die fehlende Bekanntgabe von Eignungsnachweisen in der Bekanntmachung führt zur Unmöglichkeit der Angebotswertung in der zweiten Wertungsstufe und zur Unmöglichkeit der Einhaltung der Vergabegrundsätze gemäß VOL/A, wenn nicht gerade jeder Bieter den Auftrag ausführen können soll. Der Verstoß kann aufgrund fehlender gesetzlicher Regelung nicht durch eine nachträgliche Bekanntgabe von geforderten Eignungsnachweisen in den Vergabeunterlagen geheilt werden (VK Thüringen, B. v. 17.03.2009 - Az.: 250-4003.20-650/2009-003-EF). Das Vergabeverfahren ist bei weiterbestehender Vergabeabsicht in den Zeitpunkt vor der Bekanntmachung zurückzusetzen (VK Thüringen, B. v. 02.11.2010 - Az.: 250-4003.20-4299/2010-018-SM).

In diesem Zusammenhang hat es der Antragsgegner auch versäumt, die Anlagen 1 – 6 des LVG LSA als einzureichende Erklärungen gemäß § 5 LVG LSA i.V.m. § 2 der Verordnung über die Anwendung des Formularwesens bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge anzuwenden.

Für die Beseitigung des Rechtsverstößes und die Anpassung der Vergabeunterlagen an die neuen Gegebenheiten ist deshalb die Aufhebung der Ausschreibung gemäß § 17 Abs. 1 a, b) VOL/A das einzige geeignete Mittel, um die Grundvoraussetzungen des Wettbewerbs und der Transparenz für alle Unternehmen gleichermaßen durchzusetzen. Eine Rückversetzung in den Stand der Versendung der Vergabeunterlagen reicht hier aus den genannten Gründen nicht mehr aus, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wiederherzustellen.

Bei einer Neuausschreibung ist die öffentliche Bekanntmachung vergaberechtskonform zu verfassen und die Vergabeunterlagen sind dahingehend zu überarbeiten, dass sie den Vorgaben des § 7 VOL/A entsprechen.

Auf Grund der aufgezeigten Verstöße des Antragsgegners gegen elementare Vergabegrundsätze 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, den Antragsgegner 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.

Sollte der Antragsgegner an seiner 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 1 – 3 LVG LSA.

Könnecke

Hahn

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