



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 04/01

Halle, 25.04.2001

§ 97 Abs. 2 GWB
§ 24 Nr. 1 VOB/A
§ 25 Nr. 1 VOB/A
§ 25 Nr. 3 VOB/A
- Gleichbehandlungsgebot
- Skontogewährung
- Änderungen am LV
- Wertung, Pauschalierung

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma GmbH

Antragstellerin

gegen

die mbH

Antragsgegnerin

unter Beiladung der Bieterin

.....GmbH & Co.KG

wegen

gerügtem Vergabeverstöß im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme "....." hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung am 11.04.2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsrat Walther, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und dem ehrenamtlichen Beisitzer Dolge beschlossen:

1. Der Beschwerde wird stattgegeben.
2. Der Auftraggeber hat die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu vorzunehmen.

3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen je zur Hälfte die Kosten des Verfahrens.
4. Die zu zahlenden Gesamtkosten werden auf DM festgesetzt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der EG, abgesandt zur Veröffentlichung am 16.01.2001, hat die Antragsgegnerin im Offenen Verfahren das Bauvorhaben "....." ausgeschrieben. Diese Arbeiten umfassen die Errichtung einer Werkstatt mit einer Nutzfläche von ca. 700 m² bestehend aus einer Reparaturhalle und einem zweigeschossigen Bereich mit Lagerflächen, Batterieraum im Erdgeschoss und einem Büro- und Sozialbereich im Obergeschoss. Weiterhin sind zwei Montagegruben und die Vorrichtung für den Einbau eines Brückenkranes zu erstellen.

Zum Eröffnungstermin am 08.03.2001, 11:00 lagen der Antragsgegnerin sechs Hauptangebote und insgesamt sieben Nebenangebote sowie zwei Nachlassgebote und zwei Skontogewährungen vor. Davon reichte die Antragstellerin ein Nachlassgebot in Höhe von 5 % und eine Skontogewährung in Höhe von 2 % gem. VOB/B ein.

Fünf Nebenangebote wurden durch die Beigeladene eingesandt. Das Nebenangebot 1 beinhaltet einen Nachlass bei Vergabe als Pauschalangebot in Höhe von 2 %. Mit dem Nebenangebot 3 gewährt sie ein Skonto in Höhe von 2 % bei Zahlung innerhalb von 10 Tagen.

Die Wertung der Angebote erfolgte durch die beauftragte mbH. Aus dem auf nochmalige Aufforderung vorgelegtem Vergabevermerk geht hervor, dass bei der Prüfung und Nachrechnung der Angebote Abweichungen vom Leistungsverzeichnis festgestellt und korrigiert wurden.

Die Pos. 19.2 - Unterhangdecke Werkstatt – sollte eine Eventualposition darstellen, jedoch ist sie als Hauptposition im Leistungsverzeichnis ausgewiesen. Zwei Firmen haben diesen Fehler erkannt und diese Position nur als EP angeboten und somit in die Angebotssumme nicht mit eingerechnet.

Die übrigen vier Angebote wurden bei der Nachrechnung um den somit zuviel angebotenen Betrag reduziert. So auch das Angebot der Beigeladenen.

In die Wertung einbezogen wurden die Nebenangebote 1 und 3 der Beigeladenen. Im Endergebnis wurde ein Angebotspreis in Höhe von 1.146.937,97 DM (brutto) ermittelt. Die Nebenangebote 2, 4 und 5 wurden teilweise ohne Begründung nicht gewertet.

Das rechnerisch geprüfte Angebot der Antragstellerin schließt unter Berücksichtigung der gebotenen Nachlässe mit einer Angebotssumme von 1.152.426,57 DM (brutto).

Im Ergebnis wurde der Antragsgegnerin vorgeschlagen, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, da das Angebot (hier: Hauptangebot und Nebenangebote 1 und 3) das Wirtschaftlichste sei. Bei dieser Entscheidung sollte auch berücksichtigt werden, dass die Beigeladene bereits den Zuschlag für die Erschließung und Außenanlagen erhalten hat und somit hier von vornherein Probleme bei der Koordinierung beider Baumaßnahmen weitestgehend ausgeschlossen seien und durch die Pauschalierung Kostensicherheit für den Auftraggeber gegeben sei. Die Beigeladene sei eine leistungsfähige Hoch- und Tiefbaufirma, die in der Lage sei, den Auftrag fristgerecht und qualitätsgerecht zu erfüllen.

Mit Schreiben vom 15.03.2001 wurde allen Bietern mitgeteilt, dass nach Überprüfung, Nachrechnung, Wertung der Nachlässe, Skonti und Nebenangebote die Naumburger Bauunion das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und den Zuschlag erhalten werde.

Nach Durchsicht der Angebotsunterlagen stellte die Kammer fest, dass die Beigeladene auf dem Formblatt EVM (B) Ang unter der Ziffer 6 erklärt, sie beabsichtige, die in der beigefügten Liste aufgeführten Leistungen an Nachunternehmer zu übertragen. Eine dementsprechende

Liste sowie Eignungsnachweise für Nachauftragnehmer liegen den Angebotsunterlagen nicht bei.

Im Leistungsverzeichnis ist auffällig, dass Vorhaltezeiten über die Grundstandzeiten hinaus (hier: zum Beispiel für Gerüste – EHP für 1,0 lfdm/Woche) als Hauptposition ausgewiesen sind. Im Bereich 3. – Erdarbeiten/Fundamentaushub ist in den Pos. 3.1.3 und 3.1.4 jeweils die profilgerechte lagenweise Hinterfüllung und Verdichtung von Fundamenten mit Boden der Bodenklasse 3 bis 5 enthalten.

In der Pos. 3.1.8 wird das Hinterfüllen und Verdichten der Fundamente mit dem seitlich gelagertem Aushubmaterial (hier: Boden der Bodenklasse 3 bis 5) nochmals angeführt.

Gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene legte die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 21.03.2001 Beschwerde bei der Vergabekammer Halle ein. Sie beantragt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Dieser Antrag wurde der Antragsgegnerin am gleichen Tag zugestellt mit der Aufforderung zur Stellungnahme.

Zur Begründung trägt sie vor, dass nicht die Beigeladene das günstigste Angebot abgegeben habe, sondern ihr Angebot das Wirtschaftlichste sei. Die Wertung der Angebote sei nicht nach den Erfordernissen der Vergabevorschriften erfolgt. Die Einbeziehung von Nebenangeboten sei nur statthaft, wenn eindeutig aus dem Inhalt hervorgehe, welche in den Verdingungsunterlagen vorgesehene Leistungen oder Produkte ersetzt werden sollen. Anderenfalls sei das Nebenangebot nicht zu werten. Nach § 21 Nr. 2 Satz 3 und 4 VOB/A müssen die Abweichungen im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Gleichzeitig müsse mit dem Angebot die Gleichwertigkeit nachgewiesen werden.

Das Leistungsverzeichnis enthalte Eventualpositionen und Leistungspositionen, wo Stundenabrechnungen auf Nachweis erbracht werden sollen. Im Nebenangebot 1 wird seitens der Beigeladenen eine Pauschalierung angeboten. Dieses Nebenangebot sei nicht eindeutig definiert, da nicht hervorgehe, worauf es sich beziehe, auf die angebotenen Hauptpositionen oder auf die Alternativen.

Die Antragstellerin beantragt:

dass die Vergabekammer feststellt, dass die Wertung rechtswidrig ist und die Antragsgegnerin anzuweisen, eine Wertung nach Rechtsauffassung der Vergabekammer sowohl für die Haupt- als auch für die Nebenangebote neu vorzunehmen.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin beantragt

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass die Wertung der Angebote rechtmäßig erfolgt sei. Sinngemäß legte sie dar, dass die Nachrechnung und –prüfung aller Angebote durch ihre Erfüllungsgehilfin erfolgte. Durch diese sei festgestellt worden, dass zwei Firmen den Titel 19.2 (Einbau einer Unterdecke) als Eventualposition ausgewiesen und diese damit nicht in die Gesamtsumme eingerechnet haben. Dies sei auch ursprünglich so beabsichtigt worden, jedoch sei diese Position beim Ausdruck des Leistungsverzeichnisses irrtümlich als Hauptposition ausgewiesen worden. Um dies auszugleichen, seien die Angebotssummen der anderen Firmen um den jeweils für diesen Titel 19.2 angebotenen Betrag reduziert worden. Ebenfalls seien Abweichungen durch fehlerhafte Übernahme von Mengenangaben in selbstgefertigte Kurztexte korrigiert worden.

Das Angebot der Beigeladenen enthalte zwar einige Positionen mit Pfennigbeträgen, die jedoch als auskömmlich einzustufen seien. Auf Nachfrage sei durch die Geschäftsleitung mitgeteilt worden, dass man hier den Standortvorteil ausnutze.

Ein Pauschalpreisangebot anzubieten sei üblich und dem Auftraggeber sei bewusst, dass er hier ein gewisses Risiko trägt. Um dieses zu minimieren, werden dem Bieter zur Überprüfung die Pläne zur Verfügung gestellt und in einem Vergabegespräch würde dann endgültig der Preis festgelegt.

Im Ergebnis seien die Endbeträge der Angebote nach rechnerischer Prüfung, Wertung der Nachlässe, Skonti und Nebenangebote nach bestem Wissen und Gewissen ermittelt und miteinander verglichen worden.

Die Beigeladene tritt dem Antrag der Antragsgegnerin bei und beantragt ebenfalls,
die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Durch Beschluss vom 28. März 2001 ist die GmbH & Co.KG zum Verfahren beigeladen worden.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

1. Der Antrag ist zulässig.

Die angerufene Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist für die Entscheidung über den Antrag zuständig, da der ausgeschriebene Auftrag einem Auftraggeber mit Sitz innerhalb der Grenzen des Regierungsbezirkes Halle zuzurechnen ist, § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03-, Abschnitt II Abs. 1 und 2. Das streitbefangene Verfahren bezieht sich auf eine Baumaßnahme, deren Gesamtauftragswert den maßgeblichen Schwellenwert von 9.779.150 DM überschreitet.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Abs. 2 GWB.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor. Die Antragstellerin hat formgerecht und rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag gestellt und geltend gemacht, dass sie durch eine nicht korrekte Wertung der Angebote in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sei (vgl. § 107 Abs. 1, 2, § 108 GWB).

2. Der Antrag ist im Ergebnis begründet.

- a) Allerdings beanstandet die Antragstellerin zu Unrecht, dass die Nebenangebote der Beigeladenen nicht hinreichend eindeutig seien. Es ist unstrittig, dass Nebenangebote den Forderungen des § 21 Nr. 2 und 3 VOB/A genügen müssen. Die eingereichten Nebenangebote der Beigeladenen sind jeweils auf gesonderten Anlagen gemacht und auch als solche deutlich gekennzeichnet. Die Nebenangebote 1,2 und 3 beziehen sich nicht auf Änderungen der vorgegebenen Leistung, sondern auf die Vertragsgestaltung. Lediglich die Nebenangebote 4 und 5 beinhalten eine abweichende Leistungsgestaltung. Da diese jedoch nicht in die Wertung einbezogen wurden kann auch keine Beschwerde für die Antragstellerin abgeleitet werden.
- b) Bei der Bewertung der Angebote hat die Antragsgegnerin rechtsfehlerhaft gehandelt und damit die Antragstellerin in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

- ◆ Bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses muss sich der Auftraggeber darüber im klaren sein, welche Leistung er konkret angeboten haben möchte. Bis zum Submissionstermin hat er die Möglichkeit etwaige Fehler im Leistungsverzeichnis (LV) zu korrigieren, d.h. er kann Teile des LV's zurückziehen oder Änderungen am LV vornehmen. Grundsätzlich hat dies gegenüber allen Bewerbern zu erfolgen. Stellt ein Bieter Fehler im Leistungsverzeichnis fest und zeigt diese dem Auftraggeber rechtzeitig an, so hat der Auftraggeber, wenn er dem stattgibt, alle Bieter davon schriftlich in Kenntnis zu setzen. Hierbei sollte er sich auch dahingehend absichern, dass ihm alle Bewerber den Empfang der Mitteilung bestätigen. Nach erfolgter Eröffnung der Angebote obliegt es ihm nicht, nachträglich Korrekturen am LV vorzunehmen. Er hat die rechnerische Prüfung nach den Erfordernissen des § 23 VOB/A vorzunehmen.

Die Nichtberücksichtigung der Pos. 19.2.1. ist zwar rechtswidrig, führt jedoch im Ergebnis zu keiner Benachteiligung der Antragstellerin.

- ◆ Die Annahme eines Nebenangebotes 1 - Umwandlung in einen Pauschalvertrag - setzt voraus, dass die Leistung nach Ausführungsart und -umfang genau bestimmt und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist (vgl. § 5 Nr. 1b VOB/A). Es obliegt deshalb der Pflicht des Auftraggebers, eingehend zu prüfen, ob diese Voraussetzungen, nämlich einer genauen Bestimmbarkeit der Leistung nach Ausführungsart und -umfang einerseits und das Ausscheiden einer Änderung bei der Ausführung andererseits, tatsächlich gegeben sind. Die Begründung, dass bei Pauschalierung die Kostensicherheit für den Auftraggeber gegeben sei, genügt dem nicht und stellt keine Begründung zur Angemessenheit des Pauschalpreises dar.

Auch verstößt die wie von der Antragsgegnerin dargelegte Vorgehensweise der nachträglichen Abstimmung der Leistung und Festlegung des Preises gegen § 24 Nr. 1 VOB/A. Eine Verhandlung über die Preise ist nur statthaft bei Nebenangeboten sowie Änderungsvorschlägen im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A oder bei Angeboten aufgrund eines Leistungsprogramms (vgl. 24 Nr. 3).

Das Nebenangebot ist nicht zu werten. Das Leistungsverzeichnis ist in Teilen seiner Mengenansätze überhöht. So wurde, wie im Sachverhalt dargelegt, die Hinterfüllung der Fundamente doppelt ausgeschrieben und würde durch die Pauschalierung doppelt vergütet werden. Auch würden Leistungen (hier: eventuell erforderliche Vorhaltungen von Gerüsten und Stundenlohnarbeiten auf Nachweis), die als Hauptpositionen ausgeschrieben wurden, vergütet, obwohl noch nicht feststeht, dass diese Leistungen überhaupt erbracht werden. Es ist daher auch nicht ausgeschlossen, dass durch Leistungsänderungen, es zu einer Änderung des Pauschalpreises kommt (vgl. § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B). Der Auftraggeber hat somit nicht bedacht, dass es zu Änderungen des Pauschalpreises kommen kann,

- wenn der Auftraggeber nachträglich im Vertrag vorgesehene Leistungen selbst übernimmt oder Baustoffe liefert (§ 2 Nr. 4 VOB/B).

- wenn durch eine Änderung des Bauentwurfes oder durch andere Anordnung des Auftraggebers die Grundlagen des Pauschalpreises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden (§ 2 Nr. 5 VOB/B).
- wenn der Auftragnehmer im Einvernehmen mit dem Bauherrn oder auf dessen Verlangen über die ursprünglich im Vertrag vorgesehene Leistung hinaus zusätzliche Leistungen erbringt (§ 2 Nr. 6 VOB/B).

- ◆ Die Wertung des Nebenangebotes 3 bei gleichzeitiger Einbeziehung des Nebenangebotes 1 ist unzulässig.

Die eingereichten Nebenangebote beziehen sich ausschließlich auf das vorgelegte Hauptangebot und sind nach eigenen Aussagen der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung nicht miteinander gekoppelt. Dies bedeutet, dass bei Annahme des Pauschalangebotes (Nebenangebot 1) die Annahme des Nebenangebotes 3 nicht möglich ist.

Auch aus dem Wortlaut vermag die Kammer nicht den Rückschluss zu ziehen, dass die Skontogewährung auch für das Pauschalpreisangebot gilt.

Der Antragsgegner konnte nicht glaubhaft machen, dass bei einer Annahme des Hauptangebotes und Abrechnung nach Einheitspreisen eine Zahlung aller Rechnungen binnen 10 Tagen stets möglich ist.

Es scheitert die Einbeziehung der Skontogewährung hier schon daran, dass die Antragsgegnerin weder schriftlich noch mündlich nachvollziehbar darlegen konnte, dass sie in der Lage ist, die fälligen Zahlungen innerhalb einer Frist von 10 Tagen, bei ordnungsgemäßer Prüfung der Rechnungen und Abwicklung des Zahlungsverweges, einzuhalten.

Trotz mehrfacher Aufforderung zur Vorlage qualifizierter Wertungsunterlagen genügten die diesbezüglich übergebenen Unterlagen nicht den Anforderungen des § 30 VOB/A. Die Wertungsunterlagen ließen nicht erkennen, dass der Auftraggeber sich ernsthaft mit der Einhaltung der für die Skontogewährung bedingten Zahlungsfrist von 10 Tagen auseinandergesetzt hat. Diese Unterlagen sind daher für die Annahme des Nebenangebotes unzureichend. Soweit die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung nunmehr dieses Versäumnis durch Behauptung der Existenz eines von der Gesellschafterversammlung bestätigten Finanzierungsplanes unter Bevollmächtigung des Geschäftsführers zur selbständigen Auszahlung zu heilen sucht, vermag dies nicht zu überzeugen. Die Antragsgegnerin konnte deshalb nicht durchdringen, da hier entgegen ihrem Vortrag in der mündlichen Verhandlung (hier: Rechnungslegung an den Auftraggeber), ausweislich des LV's alle 4 Rechnungen gegenüber dem von ihr beauftragten Planungsbüro zu legen sind, was eine Verlängerung des Zahlungsverweges zur Folge haben muss und im Widerspruch zum Vortrag der mündlichen Verhandlung steht.

Die erkennende Kammer hat ihrer Verpflichtung zur Ermittlung des Sachverhaltes durch die Aufforderung gegenüber der Antragsgegnerin zur Vorlage eines qualifizierten Wertungsvorschlages (hier: Vergabevermerk) genügt.

Der Verpflichtung der Vergabekammer zur Ermittlung des Sachverhaltes steht auf Seiten der Antragsgegnerin gem. § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB die Verpflichtung gegenüber, an der Aufklärung des Sachverhaltes in ausreichendem Umfang mitzuwirken. Die Ausführungen der Antragsgegnerin waren nicht geeignet den Widerspruch zum LV auszuräumen. Dieses Versäumnis muss sich die Antragsgegnerin zurechnen lassen.

Die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen in Höhe von 1.146.937,97 DM würde gegen § 25 VOB/A verstoßen. Darüber hinaus verstößt die Einbeziehung der Nebenangebote 1 und 3 gegen das Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 2 GWB).

Zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens wird der Antragsgegnerin aufgegeben, die Wertung der Angebote nochmals unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer durchzuführen. Besonderes Augenmerk ist diesbezüglich auf die Prüfung der Eignung der Bieter zu legen.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten für das Verfahren zu gleichen Teilen zu tragen. Der geleistete Vorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses der Antragstellerin zurückerstattet.

§ 128 Abs. 3 GWB orientiert sich demnach am allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, dass ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Unterlegener im Sinne dieser Vorschrift ist jeder, der als Beteiligter im Verfahren keinen Erfolg vor der Vergabekammer gehabt hat.

Die Höhe der Gesamtkosten beläuft sich hier auf DM (§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Kosten gliedern sich entsprechend der im Land Sachsen-Anhalt anzuwendenden Gebührentabelle in Gebühren in Höhe von DM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKostG LSA) auf. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten jeweils in Höhe von DM.

Die Beträge sind fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat jeweils auf das Konto bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ zu erfolgen. Die Antragsgegnerin hat die Einzahlung unter Verwendung des Kassenzeichens und die Beigeladene unter dem Kassenzeichen vorzunehmen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Walther

gez. Katzsch

gez. Dolge