2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA – 22/07

In dem Nachprüfungsverfahren der

1. …

- Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte:
…

gegen den

2. …

- Antragsgegner –

… - Beigeladene –

wegen der Vergabe für die Errichtung einer Deponiegasverwertungsanlage in … hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 04.12.2007 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und die ehrenamtliche Beisitzerin Rosenbusch nach der mündlichen Verhandlung vom 13.11.2007 beschlossen:

Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf der Grundlage der vorgelegten Angebote zu erteilen.
Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kosten werden auf …€ festgesetzt.

Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin war erforderlich.

I

Auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A – (VOL/A) veranlasste der Antragsgegner am 16.07.2007 die Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften über die Vergabe zur Errichtung einer Deponiegasverwertungsanlage im Offenen Verfahren.

Gemäß Veröffentlichung waren keine Varianten bzw. Alternativangebote zugelassen.

Das Aufforderungsschreiben der Antragstellerin enthält keine Angaben darüber, inwieweit Nebenangebote zugelassen sind oder nicht. Auch wurden keine Mindestanforderungen an Nebenangeboten in den Verdingungsunterlagen benannt.
Dagegen enthielt das Aufforderungsschreiben, das der Vergabekammer mit den Vergabeunterlagen vom Antragsgegner übergeben wurde, unter Punkt 5.2 die Angabe, dass keine Nebenangebote zugelassen waren. Diesen Widerspruch hatte der Antragsgegner mit Datum vom 11.10.2007 im Vergabevermerk unter Punkt 17 insoweit ausgeräumt, dass das Aufforderungsschreiben, das an die Bewerber versandt wurde, keine Angabe zur Zulassung von Nebenangeboten enthielt.

Die Bewerbungsbedingungen in Verdingungsunterlagen sagten weiterhin aus, dass alle Preise in Euro und Bruchteile in volle Cent anzugeben waren.
Die Bieter hatten erst auf Verlangen der Vergabestelle sämtliche Nachweise vorzulegen.
Als einziges Zuschlagskriterium benannte der Antragsgegner in den Verdingungsunterlagen den Preis.

In seinen „Besonderen Vertragsbedingungen“ forderte der Antragsgegner bei einer Überschreitung der Ausführungsfrist eine Vertragsstrafe von 0,1 v.H. für jeden Werktag, mit einer Begrenzung von 5 v.H. der Auftragssumme. Jedoch unter Punkt 9 seiner „Ergänzenden Vertragsbedingungen“ werden keine Vertragsstrafen vereinbart.

Von den 7 Bewerbern gaben 5 Bieter fristgemäß ihre Angebote bis zum 10.09.2007 ab. Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben außer einem Hauptangebot zusätzlich mehrere Nebenangebote ab.

Am 11.09.2007 öffnete der Antragsgegner die Angebote.

Aus dem Vergabevermerk geht hervor, dass die Angebote formell geprüft wurden. Aufgrund fehlender Leistungsbeschreibung und der Bewerbererklärung seines Nachunternehmers musste ein Bieter aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Es ist für die Vergabekammer weder aus dem Vergabevermerk noch aus der Vergabeakte erkennbar, inwieweit der Antragsgegner die Nachweise von den Bietern abforderte. Er dokumentierte auch nicht, aus welchen Gründen möglicherweise auf diese Abforderung verzichtet wurde. Aus dem Vergabevermerk lässt sich lediglich entnehmen, dass die Nachweise bei Bedarf nachgefordert werden können.

Nach Punkt 3.8 der Leistungsbeschreibung bestand für alle Bewerber die Verpflichtung, vor Angebotsabgabe sich über die besonderen örtlichen und baulichen Bedingungen und Anforderungen für die Ausführung der Leistungen auf dem Werksgelände der Deponie … zu informieren. Hierfür war eine Terminabstimmung mit dem zuständigen Planungsbüro erforderlich. Es ist aus dem Vergabevermerk nicht ersichtlich, ob diese Anforderungen von den Bewerbern erfüllt wurden.
Sämtliche in der Wertung verbliebenen Angebote weisen Preise auf, die nicht in volle Cents angegeben wurden. Stattdessen waren die Preise mit drei bis vier Stellen hinter dem Komma angegeben.

Das Ergebnis der fachtechnischen Prüfung durch das Ingenieurbüro beinhaltete, dass alle Nebenangebot fachlich ungeeignet wären. Nach abschließender Prüfung belegte das Angebot der Beigeladenen den ersten Platz und wurde vom Ingenieurbüro zur Bezuschlagung vorgeschlagen.

Mit Absageschreiben vom 01.10.2007 unterrichtete der Antragsgegner alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollten, über den Grund der Nichtberücksichtigung. Zusätzlich erhielten die Bieter noch die Information über den niedrigsten und den höchsten Angebotspreis.

Am 04.10.2007 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Die Rüge begründet sie damit, dass der Antragsgegner gemäß Verdingungsunterlagen als einziges Zuschlagskriterium den Preis benannte. Ihr Absageschreiben beinhaltete jedoch zusätzlich die Begründung der Nichtberücksichtigung aus technischen Gründen. Deshalb könne ihr Angebot nicht aus technischen Gründen unberücksichtigt bleiben.
Auch genüge das Absageschreiben nicht den Anforderungen des § 13 VgV, da nicht der Name des Bieters benannt wurde, der den Zuschlag erhalten solle.
Weiterhin würde das Absageschreiben eine falsche Preisdarstellung beinhalten, da ihr Nebenangebot 1 einen falschen Preis ausweise.
Gleichzeitig bat sie um Einsicht in die Vergabeunterlagen. Sollte ihrer Rüge nicht abgeholfen werden, dann wolle sie fristgerecht einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellen.

Der Antragsgegner sandte an alle Bieter ein zweites Absageschreiben mit Datum vom 04.10.2007 aus dem hervorging, dass die Beigeladene den Zuschlag erhalten solle und über den Grund der Nichtberücksichtigung. Auch die Beigeladene erhielt ein Absageschreiben.

Am 08.10.2007 sandte erneut der Antragsgegner eine Korrektur der Seite 3 des zweiten Absageschreibens vom 04.10.2007 an die Antragstellerin. Er teilte ihr darin weiterhin mit, dass die von ihr eingereichten Nebenangebote nach dem Ergebnis der Wertung aus preislichen Gründen nicht in Betracht kämen.
Der Antragsgegner beantwortete das Rügeschreiben der Antragstellerin mit Schreiben vom 11.10.2007 dahingehend, dass sie ihre Absageschreiben vom 01.10.2007 mit Schreiben vom 04.10.2007 korrigierte und somit die Forderungen hinsichtlich des § 13 VgV erfüllt wären.
Er teilte weiterhin mit, dass es sich bei den Preisangaben in dem Absageschreiben vom 01.10.2007 um die Preise der Hauptangebote handele.

Mit Schreiben vom 17.10.2007 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer.

Die Vergabekammer hat diesen am 18.10.2007 dem Antragsgegner zugestellt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass sie mit ihrem Hauptangebot vier wertbare Nebenangebote vorgelegt habe. Nebenangebote wären aufgrund der Ausschreibungsbedingungen

grundsätzlich zugelassen, da es keine Einschränkungen in der Ziffer 5.2 zu Nebenangebote gäbe.
Einziges Zuschlagskriterium wäre letztendlich der Preis. Mit ihrem Nebenangebot 1 habe sie eine höhere Einheitsvergütung angeboten.

Das Antwortschreiben des Antragsgegners vom 11.10.2007 enthalte jedoch keine Begründung, weshalb das Nebenangebot der Antragstellerin keine Berücksichtigung fand.

Die Antragstellerin beantragt,

das Vergabeverfahren aufzuheben,

hilfsweise dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag betreffend die Errichtung einer Deponiegasverwertungsanlage ohne erneute Durchführung des Wertungsvorganges zu erteilen,

weiterhin hilfsweise wird nach § 114 Abs. 2 GWB festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt wurde.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er trägt weiterhin vor, dass die Nebenangebote der Bieter 2 und 4 wegen fachlicher Ungeeignetheit auszuschließen seien. Das Angebot mit dem annehmbarsten Preis habe die Beigeladene. Diese Information sandte er am 04.10.2007 gem. § 13 VgV an alle erfolglosen Bieter.

Mit Schreiben vom 07.11.2007 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen.
Die Beigeladene stellte bis zur mündlichen Verhandlung keinen eigenen Antrag.

Dort haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen. Im Hinblick auf das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze und auf die Verfahrensakte Bezug genommen. Die Beigeladene hat davon abgesehen, eigene Anträge zu stellen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist in Hinblick auf den Hilfsantrag zulässig aber unbegründet. Die Antragstellerin hat jedoch mit ihrem zulässigen und begründeten Hilfsantrag Erfolg.

1. Zulässigkeit

a) Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2140 ff.), geändert durch Artikel 2 Abs. 18 des Gesetzes vom 12. August 2005 (BGBl I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 01. September 2005 (BGBl I S. 2676), i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBL. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., geändert durch RdErl. des MW vom 8.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003, zuletzt geändert im MBL. LSA Nr. 26/2007 S. 568 ff) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 211.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträge gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl I S. 2676), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 V v. 23.10.2006 (BGBI S. 2334), ist für dieses Vorhaben überschritten.

b) Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt, da sie durch Teilnahme an dem von dem Antragsgegner durchgeführten Offenen Verfahrens ein Interesse am betreffenden Auftrag hat, eine Rechtsverletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

c) Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nachgekommen. Der Antrag ist unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Nach der Rechtssprechung muss die Rüge aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeablauf gelten, im Regelfall je nach Lage des Einzelfalls höchstens innerhalb von fünf Tagen, nach Kenntnisnahme erfolgen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 14.12.2004 – 1 Verg 17/04).

Die Antragstellerin rügte am 04.10.2007 die vermuteten Verstöße und reagierte damit rechtzeitig und unverzüglich innerhalb von 3 Tagen auf das Schreiben des Antragsgegners vom 01.10.2007.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist im Hinblick auf den Hauptantrag teilweise begründet. Die Antragstellerin kann gemäß § 97 Abs. 7 GWB verlangen, dass dem Antragsgegner untersagt wird, ohne erneute Durchführung des Wertungsvorganges den Zuschlag auf eines der Angebote zu erteilen. Sie hat dagegen keinen Anspruch darauf, dass das Vergabeverfahren aufgehoben wird.

2.1 Mängel sämtlicher Angebote

Sämtliche Angebote weisen gleichwertige Mängel auf und sind daher nach § 25 Nr.1 Abs. 1 d) VOL/A i.V. mit § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A auszuschließen.

2.1.1 Gleichwertige Mängel

Im vorliegenden Fall entsprechen die Angebote der Antragstellerin, der Beigeladenen und alle anderen in der Wertung verbliebenen Angebote nicht dem Punkt 3.4 der Bewerbungsbedingungen und sind daher zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A i.V. mit § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A nicht zu berücksichtigen.

Im Einzelnen:

Der Antragsgegner hatte in seinen Bewerbungsbedingungen unter Punkt 3.4 gefordert, dass alle Preise in Euro, Bruchteile in vollen Cent anzugeben sind. Dies war eine bindende Vorgabe des Antragsgegners. Soweit der Antragsgegner vorbringt, dass durch die Abfrage der

Preise in Euro es den Bietern frei gestellt gewesen sei, die Centangaben noch weiter aufzuspalten, ist dies angesichts des eindeutigen Wortlauts des Punktes 3.4 unzutreffend.

Sämtliche Bieter, deren Angebote in der Wertung verblieben sind, haben diese Forderung des Antragsgegners nicht eingehalten, sondern Preise mit drei und mehr Stellen hinter dem Komma angegeben. Sie sind damit von den Vorgaben der Bewerbungsbedingungen abgewichen. Dies kommt einer Änderung an den Verdingungsunterlagen gleich.

Nach dem Wortlaut des § 25 Nr.1 Abs. 1 d) VOL/A ist in diesem Fall der Ausschluss der Angebote zwingend. Dem Antragsgegner steht kein Ermessensspielraum zu. Ihm ist es daher verwehrt, diesen Mangel gleichermaßen bei allen Angeboten unberücksichtigt zu lassen.

Bei dieser Sachlage ist es dem Antragsgegner verwehrt, auf ein Angebot oder auf ein potentielles Nebenangebot den Zuschlag zu erteilen. Es kann daher offen bleiben, ob das Nebenangebot der Antragstellerin im Übrigen gegenüber dem Hauptangebot der Beigeladenen vorzugswürdig ist.

2.2 zu treffende Maßnahmen der Vergabekammer

Dem Antragsgegner wird von der Vergabekammer untersagt, den Zuschlag auf ein vorliegendes Angebot zu erteilen. Er kann nicht dazu verpflichtet werden, das Vergabeverfahren aufzuheben. Dem Antragsgegner steht insoweit vielmehr gemäß § 26 Nr. 1 a) VOL/A ein eigenes Ermessen zu. In den Fällen, in denen alle Angebote ausgeschlossen werden müssen, kann dem öffentlichen Auftraggeber auch eine andere Möglichkeit zu Gebote stehen, wenn diese im Einklang mit den Grundsätzen des Vergaberechts steht (BGH Beschluss vom 26.09.2006-X ZB 14/06; VK Sachsen Beschluss vom 09.11.2006-1/SVK/095-06). Das hat der Antragsgegner in eigener Verantwortung zu prüfen.

Sollte er sich entscheiden, in dem laufenden Vergabeverfahren die dargestellten Mängel zu beheben, wäre er gehalten, dies ab Erstellung der Verdingungsunterlagen zu wiederholen. Dies ist insoweit nötig, da weitere Fehler im Vergabeverfahren auf die fehlerhaften Verdingungsunterlagen basieren.

Nach Punkt 5.2 seines Angebotsaufforderungsschreibens blieb offen, ob er Nebenangebote zulassen wollte oder nicht. Er hatte davon abgesehen, das entsprechende Kreuz zu setzen. Er wäre jedoch gehalten gewesen, wie in seiner bindenden Vergabebekanntmachung vorgesehen, Nebenangebote in seinen Verdingungsunterlagen nicht zuzulassen.

Weiterhin hat der Antragsgegner die widersprüchliche Angabe bezüglich der Forderung von Vertragsstrafen zwischen seinen „Besonderen Vertragsbedingungen“ und seiner Leistungsbeschreibung zu korrigieren.

Auch verpflichtete der Antragsgegner unter Punkt 3.8 seiner Leistungsbeschreibung alle Bewerber dahingehend, dass sie sich vor Angebotsabgabe über die örtliche und bauliche Bedingungen und Anforderungen für die Ausführung der Leistungen auf dem Werksgelände der Deponie zu informieren haben. Dazu hatten die Bewerber eine Terminabstimmung mit dem Ingenieurbüro zu vereinbaren. In der mündlichen Verhandlung erklärte der Antragsgegner allerdings, dass dies nicht für alle Bieter erforderlich gewesen sei, da dieses Vergabeverfahren bereits eine Neuausschreibung zu einem vorangegangen Vergabeverfahren gewesen wäre. Deshalb waren einige Bewerber über die Örtlichkeiten informiert, sodass eine erneute Ortsbegehung sich erübrigte. Der Antragsgegner wird aus diesem Grund empfohlen, bei der Überarbeitung seiner Verdingungsunterlagen die zwingende Verpflichtung einer Ortsbesichtigung aller Bieter zu prüfen und dies gegebenenfalls zu modifizieren.

Gleiches gilt für den Fall einer Neuausschreibung. Er hat auch dann zu beachten, dass die Angaben der Bekanntmachung mit denen in den Verdingungsunterlagen übereinstimmen. Sofern er Nebenangebote zulassen will, sind dafür ebenfalls die Mindestbedingungen in den Verdingungsunterlagen zu benennen.

Der Antragsgegner unterließ es einen Vergabevermerk zu fertigen, der den Anforderungen des § 30a VOB/A genügt. Dies hat er nachzuholen bzw. bei Neuausschreibung zeitnah fortzuschreiben.
Aktivitäten während des Vergabeverfahrens wie z.B. durchgeführte Ortsbesichtigungen mit den Bewerbern, sind von ihm entsprechend zu dokumentieren. Sofern er Unterlagen nur auf Verlangen von den Bietern abfordern will, ist der eventuelle Verzicht darauf im Vergabevermerk zu begründen.
Für den Fall einer Neuausschreibung hat er ebenfalls die Mindestbedingungen für Nebenangebote zu benennen, sofern er diese zulässt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor die-

sem Hintergrund ist der Antragsgegner als Unterliegender anzusehen, da er mit seinem Antrag nicht durchgedrungen ist.
Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Grundlage des wirtschaftlichen Wertes bildet der Angebotspreis in Höhe von 81.805 €/a (Netto). Da der Antragsgegner die Laufzeit des Vertrages für die Dauer von 8 Jahren, mit der Option auf Verlängerung um 2 Jahre, ausgeschrieben hat, ist gemäß § 3 Abs. 3 VgV, in der Fassung vom 11.02.2003, zuletzt geändert am 23.10.2006, die höchstmögliche Laufzeit zugrunde zu legen. Dies ergibt einen wirtschaftlichen Wert in Höhe von … €.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer, deren Grundlage die Formel 2.500,00 € plus 0,05 % des Auftragswertes ist, ergibt sich ein Richtwert von … €. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Der Antragsgegner ist hier als Unterliegender anzusehen. Er hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG LSA).
Die Beigeladene hat keinen eigenen Antrag gestellt. Sie wird nicht zur Kostenerstattung verpflichtet.

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

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.
Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea Krasper