



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 33/18

Halle, 08.06.2018

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A,
§ 16 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A

- ein Bieter kann mehrere Hauptangebote abgeben
- angebotene Leistung entsprach nicht dem LV
- Hinweise auf technische Fehler sind vor Angebotsabgabe erfolgen müssen

Grundsätzlich ist der Bieter berechtigt, zwei oder mehrere Hauptangebote abzugeben, wenn der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich festlegt, dass ein Bieter nur ein Hauptangebot abgeben darf. Gemäß geltender Rechtsprechung sind technisch verschiedene Hauptangebote eines Bieters zulässig. Der Bieter kann z.B. zwei Hauptangebote mit unterschiedlichen Fabrikaten abgeben.

Zu unterscheiden davon sind Nebenangebote. Ein Nebenangebot liegt vor, wenn der Bieter vom vorgegebenen Leistungsverzeichnis abweicht bzw. eine andere Ausführung der ausgeschriebenen Leistung vorschlägt. Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Die Antragstellerin hat mit dem Hauptangebot P3 eine Leistung angeboten, die nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht. Das Angebot war somit als Hauptangebot sowie auch als nicht zugelassenes Nebenangebot auszuschließen.

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....

.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes in der Öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A der zum Bauvorhaben Neubau Stützpunktfeuerwehr, Los 06 - Dachabdichtungsarbeiten in, Vergabenummer, hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin und der ehrenamtlichen Beisitzerin beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf Euro.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung am 23. Februar 2018 im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Baumaßnahme Dachabdichtungsarbeiten in aus.

Unter Buchstabe f) der Veröffentlichung – Art und Umfang der Leistung – wurde die Leistung wie folgt beschrieben:

Los 6 Dachabdichtungsarbeiten; Kaltbitumenvoranstrich 540 m², Dampfsperre G 200 S 4 + AL 575 m², Dämmschicht EPS 035, 220 mm i.M. 575 m², 1-lagige Dachabdichtung, Kunststoffbahn FPO 575 m², ständig nutzbare Flachdachabsturzsicherung 90 m, Lichtkuppel Standardkranz 24 cm 2 Stk., TZ Attikaabdeckung, ca. 680 mm 90 m

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes hat die Antragsgegnerin die Anforderungen an die entsprechenden Leistungen in den Positionen des Leistungsverzeichnisses beschrieben.

Der Eröffnungstermin war am 22. März 2018, 10.00 Uhr. Nebenangebote waren nicht zugelassen. Der Preis war alleiniges Wertungskriterium.

Zum Eröffnungstermin lagen sechs Hauptangebote vor. Davon legte die Antragstellerin zwei so bezeichnete Hauptangebote in Höhe von Euro (P2) und in Höhe von Euro (P3) bei der Antragsgegnerin vor. Das Hauptangebot P3 der Antragstellerin war zunächst das preislich günstigste.

Im Rahmen der formalen Prüfung der Angebote wurde durch das von der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurbüro festgestellt, dass die Antragstellerin zwei Hauptangebote abgegeben hatte. Dies stelle einen Widerspruch zur VOB/A dar, welche stets nur vom Bieter und seinem Angebot spreche. Die Angebote der Antragstellerin seien von der weiteren Wertung auszuschließen.

Mit Absageschreiben vom 19. April 2018 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihre Angebote von der Wertung ausgeschlossen wurden, da die von ihr vorgenommenen Eintragungen nicht eindeutig seien. Aufgrund der unterschiedlichen Angebotssummen bestünden Zweifel, zu welchem Preisangebot sich die Antragstellerin gebunden sieht. Eine Erklärung zum Rückzug eines der Angebote habe bis zur Submission nicht vorgelegen.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. April 2018 das Vergabeverfahren. Sie erklärte, dass das zweite Hauptangebot als gleichwertiges Angebot eingereicht worden sei, da keine Nebenangebote zugelassen worden seien. Im Zuge der Einholung der Materialangebote habe sie das Leistungsverzeichnis überprüft und festgestellt, dass die geforderten Leistungen nicht ausführbar seien. Sie habe daraufhin mit dem zweiten Hauptangebot ein gleichwertiges, ausführbares und fachregelkonformes Leistungsverzeichnis

erstellt. Die Angebote seien wieder in die Wertung einzubeziehen oder die Ausschreibung aufzuheben. Sie weise darauf hin, dass bei Beauftragung des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses mit erheblichen Nachträgen zu rechnen sei.

Die Antragsgegnerin half der Beanstandung der Antragstellerin nicht ab und legte die Vergabeunterlagen der Vergabekammer zur Prüfung vor.

Mit Schreiben vom 29. Mai 2018 ist die Antragstellerin durch die Vergabekammer zum Sachverhalt angehört worden. Ihr wurde die Möglichkeit gegeben, hierzu bis zum 5. Juni 2018 schriftlich Stellung zu nehmen oder den Antrag zurückzuziehen.

Insbesondere wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass ihr Antrag zwar zulässig, jedoch nach derzeitiger Aktenlage unbegründet sei, da sie keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen könne.

Das Angebot P3 der Antragstellerin sei gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen von der Wertung auszuschließen. Die Antragstellerin habe eine Leistung angeboten, die nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht. Das Angebot P2 der Antragstellerin sei nicht das wirtschaftlichste.

Mit Schreiben vom 30. Mai 2018 ergänzte die Antragstellerin ihre Beanstandung dahingehend, dass sie als Bieter Anspruch auf eine technisch korrekte und ausführbare Leistungsbeschreibung habe. Sie sei nicht verpflichtet, Unklarheiten im Ausschreibungsverfahren zu klären. Eine unklare Leistungsbeschreibung gehe nicht zu Lasten des Bieters.

Die Antragstellerin beantragt

die Wertung ihrer Angebote oder
die Aufhebung der Ausschreibung.

Die Antragsgegnerin beantragt

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei die Wertung der Angebote ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Die Abgabe mehrerer Angebote durch einen Bieter stelle einen Widerspruch zur VOB/A dar, welche stets vom Bieter und seinem Angebot spreche. Der Ausschluss beider Angebote sei daher angezeigt gewesen. Aber auch bei Wertung des Angebotes P3 als Hauptangebot sei dieses wegen Änderung an den Vergabeunterlagen gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen gewesen. Eine Wertung als Nebenangebot sei nicht möglich, da Nebenangebote nicht zugelassen waren. Bei Wertung des Angebotes P2 wäre dieses nicht das Bestangebot und damit nicht zu bezuschlagen.

Es sei auch nicht verständlich, weshalb die Antragstellerin einerseits erklärt, dass einzelne Positionen aus dem Leistungsverzeichnis fachlich nicht zu erbringen seien und andererseits diese Leistungen im Angebot P2 unkommentiert anbiete. Aufgrund dieser Äußerung sei an der Ernsthaftigkeit des Angebotes P2 der Antragstellerin und ihrer technischen Leistungsfähigkeit zu zweifeln. Insofern Zweifel am Leistungsverzeichnis bestanden hätten, sei die Antragstellerin verpflichtet gewesen, im Rahmen einer Teilnehmeranfrage die im Angebot P3 formulierten Vorbehalte mitzuteilen.

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 bei Bauleistungen 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 unbegründet, da sie kein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben hat und damit durch das beanstandete Wertungsergebnis keine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Grundsätzlich ist der Bieter berechtigt, zwei oder mehrere Hauptangebote abzugeben, wenn der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich festlegt, dass ein Bieter nur ein Hauptangebot abgeben darf. Gemäß geltender Rechtsprechung sind technisch verschiedene Hauptangebote eines Bieters zulässig. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn der Auftraggeber im Leistungsverzeichnis die Angabe von Fabrikats- und Typangaben vom Bieter fordert. Der Bieter kann dann zwei Hauptangebote mit unterschiedlichen Fabrikaten abgeben. Bei preislich unterschiedlichen, aber inhaltlich identischen Angeboten handelt es sich um vergaberechtlich unzulässige und auszuschließende Doppelangebote (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.10.2012 - Verg 34/12; OLG München, Beschluss vom 29.10.2013 - Verg 11/13; VK Bund, Beschluss vom 29.01.2014 - VK1-123/3).

Zu unterscheiden davon sind Nebenangebote. Ein Nebenangebot liegt vor, wenn der Bieter vom vorgegebenen Leistungsverzeichnis abweicht bzw. eine andere Ausführung der ausgeschriebenen Leistung vorschlägt.

Das Angebot P3 der Antragstellerin ist gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A, aber auch gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

Ein Nachprüfungsantrag ist unbegründet, wenn sicher ausgeschlossen werden kann, dass die behaupteten Vergaberechtsverstöße des öffentlichen Auftraggebers die Bieterchancen des Antragstellers beeinträchtigt haben könnten (OLG Düsseldorf, B. v. 25.04.2012 – Az.: VII-Verg 107/11, B. v. 25.04.2012 – Az.: VII-Verg 100/11).

Der Nachprüfungsantrag ist in materiell-rechtlicher Hinsicht unbegründet. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin durch den Antragsgegner ist nicht zu beanstanden.

Die Antragstellerin hat mit dem Hauptangebot P3 eine Leistung angeboten, die nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht. Das hat den Ausschluss des Angebotes gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zur Folge.

Das Hauptangebot P3 der Antragstellerin war allenfalls als Nebenangebot zu werten. Hier wurden in mehreren Positionen des Leistungsverzeichnisses Änderungen durch die Antragstellerin vorgenommen. Die Vorgaben der Leistungsbeschreibung wurden nicht beachtet. Das Angebot war daher gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A als nicht zugelassenes Nebenangebot auszuschließen.

Soweit die Antragstellerin die technischen Abweichungen zum Leistungsverzeichnis in ihrem Angebot als abweichende technische Spezifikation ersetzt sehen will, um es einer Wertung zugänglich zu machen, kann die erkennende Kammer dieser Sichtweise nicht folgen, da eine derartige Haltung die essenziellen Pflichten der Beteiligten an einem Vergabeverfahren verkennt.

Unter technischen Spezifikationen sind technische Regelwerke, Normen, gegebenenfalls auch allgemeine Eigenschafts- und Funktionsbeschreibungen zu verstehen, nicht jedoch individuelle, auf das konkrete Bauvorhaben bezogene technische Vorgaben. Von individuellen technischen Vorgaben abweichende technische Lösungen dürfen nicht als Hauptangebot, sondern können allenfalls als Nebenangebot gewertet werden (OLG München, Beschluss vom 11. August 2005 – Verg 12/05).

Das Angebot der Antragstellerin entsprach nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses. Da die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin eine Leistung angeboten hat, die nicht der in den Vergabeunterlagen geforderten Leistung entspricht, stellt dies eine Änderung der Vergabeunterlagen dar, die zwingend den Ausschluss des Angebotes zur Folge hat.

Damit kann eine Vergleichbarkeit mit anderen wertbaren Angeboten nicht hergestellt werden. Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung i.S.d. § 2 Abs. 1 und 2 VOB/A erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist jedoch nur bei Angeboten mit völlig identischen Vertragsgrundlagen gegeben.

Sofern die Antragstellerin darauf abstellt, dass die geforderten Leistungen nicht ausführbar bzw. fachregelkonform seien, kann dem nicht gefolgt werden. Weder die Antragstellerin noch die anderen Bieter haben Anfragen zum Leistungsverzeichnis bezüglich Unklarheiten oder Nichtausführbarkeit gestellt. Wenn die Vergabeunterlagen gravierende technische Fehler enthielten, hätte die Antragstellerin gemäß Ziffer 1 der Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform darauf hinweisen müssen. Eine eventuell notwendige Korrektur von Positionen im Leistungsverzeichnis hätte so im Rahmen des lautereren Wettbewerbs allen Bietern zur Verfügung gestellt werden können.

Die Antragstellerin war auch in der Lage, ein Angebot entsprechend den Anforderungen im Leistungsverzeichnis abzugeben, nämlich das Hauptangebot P2. Dieses war jedoch nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot. Der Antragsgegnerin lag ein Hauptangebot mit einem niedrigeren Preis vor. Der Preis war alleiniges Zuschlagkriterium.

Aufgrund der von der Antragstellerin vorgenommenen Änderung an den Vergabeunterlagen war das Angebot P3 im Rahmen der technischen Prüfung der Angebote zwingend nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A von der weiteren Wertung auszuschließen.

Unabhängig von dem zwingenden Ausschluss des Hauptangebots P3 der Antragstellerin war auch ihr Angebot P2 einer Zuschlagserteilung letztlich nicht zugänglich, da es preislich nicht das wirtschaftlichste darstellte.

Aus den vorgenannten Gründen war daher der Antrag der Antragstellerin auf Wertung ihrer beiden Angebote P2 und P3 sowie auch auf Aufhebung der Ausschreibung als unbegründet zurückzuweisen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 - 3 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Nachprüfung keinen Erfolg i.S.v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA hatte und die Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer i.V.m. § 19 Abs. 5 Satz 2 LVG LSA i.V.m. § 3 Abs.1 lfd. Nr. 3 und 4 AllGO LSA unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes der Vergabeprüfung. Die Gebühr beträgt mindestens 100,00 Euro, soll aber den Betrag von 1.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 19 Abs. 5 Satz 3 LVG LSA i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 VwKostG LSA).

Die Gesamtkosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von Euro (§ 19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat bis zum **28.06.2018** durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichens auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE2181000000081001500 zu erfolgen.

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

.....

.....