



Vergabekammer beim Thüringer Landesverwaltungsamt  
Postfach 22 49, 99403 Weimar

Mit Zustellungsurkunde  
Vorab per Fax: 03 44 91 - 761 10

Stadt Schmölln  
vertr. d. d. Bürgermeister Sven Schrade  
Markt 1  
04626 Schmölln

HA	BA	Käm	OA
Personal	Stadtverwaltung		Wifö
Rü	25. SEP. 2020		VZ
	Schmölln Eingang		
z.w.V.	WV	Bearbeitung	z.d.A.

**Geschäftsstelle:**  
Telefon 0361 57 332-1254  
Telefax 0361 57 332-1059

vergabekammer@  
tlvwa.thueringen.de

Ihr Zeichen:

25/8h

**Nachprüfungsverfahren gem. § 19 ThürVgG,  
aufgrund einer Beanstandung durch die Firma Hönisch Bau GmbH,  
Wingerode, vertr. d. d. Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH,  
Dresden (Beschwerdeführerin) vom 24.08.2020 gegenüber der Stadt  
Schmölln (Auftraggeber), betreffend das Vergabeverfahren: "Errichtung  
Hochwasserrückhaltebecken Sommeritz"**

**Unser Zeichen:**  
(bitte bei Antwort angeben)  
250-4002-5080/2020-N-006-ABG

Weimar  
24.09.2020

In dem o. g. Nachprüfungsverfahren ergeht durch die Vergabekammer  
Freistaat Thüringen folgende

### Beanstandung:

1. Das Vergabeverfahren der Stadt Schmölln betreffend das Bauvorhaben: "Errichtung Hochwasserrückhaltebecken Sommeritz" - im Ergebnis dokumentiert durch den Vergabevorschlag vom 17.08.2020 sowie die Absageschreiben vom 19.08.2020 - wird als rechtswidrig beanstandet.
2. Die Stadt Schmölln wird verpflichtet, die Wertung der Angebote insbesondere hinsichtlich der vorliegenden Nebenangebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer Freistaat Thüringen zu wiederholen.
3. Die Vergabekammer Freistaat Thüringen ist über die Umsetzung von Ziffer 2.) bis zum 20.10.2020 zu unterrichten.

I.

Zur Vergabe der Bauleistungen: „Errichtung Hochwasserrückhaltebecken Sommeritz“ wurde durch den Auftraggeber eine Öffentliche Ausschreibung nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) durchgeführt.

Informationen zum Umgang mit Ihren Daten im Thüringer Landesverwaltungsamt finden Sie im Internet unter: [www.thueringen.de/th3/tlvwa/datenschutz/](http://www.thueringen.de/th3/tlvwa/datenschutz/). Auf Wunsch übersenden wir Ihnen eine Papierfassung.



Die Vergabeunterlagen wurden an 11 Bewerber übermittelt.

Lt. Niederschrift über die Angebotseröffnung am 11.08.2020 am 11.08.2020, ab 15:00 Uhr sind bis zum Ablauf der Angebotsfrist 7 Angebote eingegangen. Die Angebotseröffnung ergab folgende ungeprüfte Bierrangfolge:

<b>Nr.</b>	<b>Firma</b>	<b>Angebotssumme €</b>	<b>Nebenangebote / Nachlass v.H.</b>
1.	Hönisch Bau GmbH, 09232 Hartmannsdorf	1.124.655,50	- / -
2.	HELI Transport und Service GmbH, 04626 Schmölln	1.192.775,80	10 NA / 3,0 %
3.	Bauer Industriesanierung GmbH, 04626 Schmölln	1.425.704,09	- / -
4.	RK Landschaftsbau Dittersdorf GmbH, 07907 Dittersdorf	1.473.616,08	- / -
5.	STRABAG AG . . . Gruppe Greiz, 07545 Greiz	1.695.097,84	- / -
6.	Baggerbetrieb Burkhardt GmbH, 04626 Thonhausen	1.892.600,13	- / 5 %
7.	STREICHER . . . GmbH & Co. KG, 07751 Jena-Maua	1.896.897,47	- / -

Mit Schreiben Büro IBW vom 13.08.2020 wurde die Firma HELI Transport und Service GmbH Schmölln zu einem Aufklärungsgespräch am 14.08.2020, um 10:00 Uhr eingeladen. Zum Gesprächsinhalt wurde mitgeteilt:

*„Im Bietergespräch sind die Bautechnologie, das Bauverfahren, die Organisation, das Leistungsvermögen und die Termineinhaltung zu erläutern.“*

*„Es werden die Art der Baudurchführung, die Bezugsquellen von Stoffen, die Sicherung der Bauqualität und die Angemessenheit der Preise hinterfragt.“*

Im Protokoll zum Bietergespräch am 14.08.2020, ab 10:00 Uhr mit der Firma HELI Transport und Service GmbH Schmölln wurde u.a. festgehalten:

**Nebenangebote:**

1. NA 7 wird gewertet
2. Betonwerke für Fertigteile der NA 7 u. NA 8 wären
3. wird bekanntgegeben
4. Zusage das sich Sedimente ablagern können von Herr
5. Hesselbarth für NA 7
6. neue Statik wird im Auftragsfall nötig für Fertigteile → zusätzlich geprüft
7. Zusage für geplante Sohlausbildung am Rahmen-
8. profil
- 9.
- 10.

Mit Vergabevorschlag Büro IBW vom 17.08.2020 wurde eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der HELI Transport und Service GmbH, Am Lindenhof 17, 04626 Schmölln unter Berücksichtigung des Nebenangebotes Nr. 7 und des Nachlasses (3 %) mit einem Angebotspreis in Höhe von 1.127.908,08 EUR (brutto) vorgeschlagen.

Zur Begründung der Vergabeentscheidung wurde im Vergabevorschlag u.a. festgehalten:

### 2.3.3 Nebenangebote

*Nur vom Bieter Nr. 4 - HELI Transport und Service GmbH wurden insgesamt 10 St. Nebenangebote abgegeben und geprüft. Die Prüfung und Wertung von Nebenangeboten berücksichtigt auch die Ergebnisse des Aufklärungsgesprächs vom 14.08.2020, vgl. Protokoll.*

- NA 1 - ..... *wird ohne Nachweis der Gleichwertigkeit nicht gewertet.*
- NA 2 - ..... *wird ohne Nachweis der Gleichwertigkeit nicht gewertet.*
- NA 3 - ..... *wird nicht gewertet.*
- NA 4 - ..... *wird nicht gewertet.*
- NA 5 - ..... *wird nicht gewertet.*
- NA 6 - ..... *wird nicht gewertet.*

**NA 7 - Bauwerke für Betriebsauslass aus Stahlbeton-Fertigteilen, d.h. Einlauf- und Auslaufbauwerk, Betriebsauslass mit zwei Lichtschächten und drei Betonkragen (Rahmenprofil, lichte Abmessungen wie ausgeschrieben) **wird gewertet.** Bei Herstellung im Betonwerk wird eine höhere Betongüte C40/50 erzielt. Die lichten Abmessungen nach LV werden eingehalten. Statische Nachweise einschließlich Prüfung sind erforderlich und wurden angeboten. Entsprechend Aufklärungsgespräch zum Angebot und den Nebenangeboten wird die erforderliche Sohlausbildung im Betriebsauslass vom Bieter zugesichert.**

- NA 8 - ..... *wird nicht gewertet, weil nicht gleichwertig.*
- NA 9 - ..... *wird nicht gewertet, weil nicht gleichwertig.*
- NA 10 - ..... *wird nicht gewertet, weil nicht gleichwertig.*

Am 19.08.2020 übermittelte der Auftraggeber den sechs nichtberücksichtigten Bietern ein Absageschreiben nach Formblatt VHB 332.

Der Beschwerdeführerin wurde mitgeteilt, dass auf Ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da ihr Hauptangebot nicht das wirtschaftlichste sei und ein wirtschaftlicheres Nebenangebote vorläge.

Zudem wurde als erfolgreicher Bieter benannt: „Firma HELI Transport und Service GmbH“ sowie als Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitgeteilt: „*wirtschaftliches Nebenangebot sowie Preisnachlass - 3 % für Haupt- und Nebenangebote im Angebot enthalten und gewertet*“.

Mit Schriftsatz vom 24.08.2020 beanstandete die Firma Hönisch Bau GmbH, Mühlauer Straße 5, 09232 Hartmannsdorf, vertreten durch die BATTKE GRÜNBERG Rechtsanwälte PartGmbH Dresden, gegenüber dem Auftraggeber die beabsichtigte Nichtberücksichtigung des eigenen Angebotes.

Zur Begründung der Beanstandung wurden seitens der Beschwerdeführerin u.a. ein ungenügendes Informationsschreiben gemäß § 19 Abs. 1 ThürVgG sowie unzureichende Anforderungen an die Nebenangebote im Vergabeverfahren bzw. Zweifel an der Wertungsfähigkeit von Nebenangebote geltend gemacht.

Der Auftraggeber hat der vorliegenden Beanstandung nicht abgeholfen und die Vergabeakten mit Schriftsatz vom 02.09.2020 - Posteingang am 03.09.2020 - der Vergabekammer Freistaat Thüringen vorgelegt.

Auf Nachforderung der Vergabekammer vom 07.09.2020 übermittelte der Auftraggeber mit E-Mail vom 10.09.2020 eine Reihe weiterer Unterlagen zum Vergabeverfahren.

Hinsichtlich der Nichtabhilfe zur vorliegenden Beanstandung wurde auftraggeberseitig u.a. dargelegt:

*„Nach den Teilnahmebedingungen, Vergabeformblatt 212, Pkt. 4, werden an Nebenangebote formale Anforderungen gestellt, die insgesamt von dem Nebenangebot Nr. 7 erfüllt werden. Das Nebenangebot Nr. 7 - Bauwerke für den Betriebsauslass wurde nach dem Leistungsverzeichnis, mit Mengenansätzen und mit Einzelpreisen gegliedert. Die qualitative und quantitative Gleichwertigkeit des Nebenangebotes zur Leistungsbeschreibung wurde im Nebenangebot nachgewiesen und im Rahmen der Angebotsauswertung geprüft. Im Einzelnen sind ein Stahlbeton-Rahmenprofil mit Rechteckform, die lichte Breite 1 m, die lichte Höhe 2 m und die Statik (Tragfähigkeitsnachweise) bei der Gleichwertigkeit zu nennen.“*

Hinsichtlich des vollständigen Wortlautes einzelner Schriftsätze und der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabekammer vorliegenden Nachprüfungsakte Bezug genommen.

## II.

Das streitgegenständliche Vergabeverfahren unterliegt den Bestimmungen des Thüringer Vergabegesetzes (ThürVgG i.d.F. vom 30.Juli 2019), da eine Überschreitung des Auftragswertes für Bauleistungen nach § 1 Abs. 1 ThürVgG gegeben ist und die Stadt Schmöln als kommunaler Auftraggeber i.S.v. § 2 Abs. 2 ThürVgG zu betrachten ist.

Die Vergabekammer Freistaat Thüringen beim Thüringer Landesverwaltungsamt ist gemäß § 19 Abs. 2 und 3 ThürVgG als Nachprüfungsbehörde zuständig für die aufgrund der vorliegenden Beanstandung gebotene Nachprüfung des Vergabeverfahrens.

**Die vorliegende Beanstandung ist im Ergebnis begründet, da die auftraggeberseitige Vorgehensweise bei der Wertung vorliegender Nebenangebote einer vergaberechtlichen Prüfung nicht standhält.**

Gemäß § 13 Abs. 2 VOB/A kann eine Leistung angeboten werden, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen nach § 7a Absatz 1 abweicht, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen.

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A sind Nebenangebote auszuschließen, wenn der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt hat, dass er diese nicht zulässt.

Im vorliegenden Vergabeverfahren waren vom Auftraggeber mit der Auftragsbekanntmachung vom 20.07.2020 sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 28.07.2020 hinsichtlich der Zulassung von Nebenangeboten lediglich als Bedingungen die gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes und die Nichtzulassung von Pauschalpreis-Nebenangeboten festgelegt worden.

Zudem sind nach § 16 Abs. 1 Nr. 8 VOB/A Nebenangebote auszuschließen, die dem § 13 Absatz 3 Satz 2 nicht entsprechen.

Die Nebenangebote Nr. 7 bis Nr. 10 der Firma HELI Bau umfassen technische Änderungen (z.B. Einsatz von Stahlbeton-Fertigteilen) betreffend die LV-Positionen 1.05.80 bis 1.05.130 in verschiedenen Varianten (z.B. Profile).

In den Nebenangeboten Nr. 7 bis Nr. 10 sind jeweils fünf Einzelpositionen (Prüfung der Statik) vom Bieter als Bedarfspositionen ausgewiesen worden.

Für diese Bedarfspositionen wurde jeweils nur ein Einheitspreis angegeben. Bei der Ermittlung der Angebotssumme der Nebenangebote sind die Einheitspreise der Bedarfspositionen vom Bieter nicht einbezogen worden.

Bedarfs-/ Eventualpositionen sind Leistungen, bei denen zum Zeitpunkt der Erstellung der Leistungsbeschreibung noch nicht feststeht, ob sie überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang sie zur Ausführung kommen werden. Aufgrund der hiermit einhergehenden Unsicherheiten wird durch die Verwendung von Bedarfspositionen die inhaltliche Klarheit einer Leistungsbeschreibung verwässert.

Für den Auftraggeber werden durch § 7 Abs. 1 VOB/A hohe Anforderungen an die Eindeutigkeit und Klarheit der Leistungsbeschreibung normiert, welche im Zuge der Aufstellung der Vergabeunterlagen umzusetzen sind. Demnach sind Bedarfspositionen vom Auftraggeber grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen (§ 7 Abs. 1 Nr. 4).

Vor diesem Hintergrund ist zunächst nicht nachvollziehbar, warum im vorliegenden Vergabeverfahren durchgehend von Seite 3 bis Seite 50 der Leistungsbeschreibung in der Fußzeile als Legende „**B**=Bedarfsposition“ aufgeführt worden ist, obwohl keine Leistungspositionen mit dieser Kennzeichnung enthalten sind.

Die Wahrnehmung der Option zur Einreichung von Nebenangeboten liegt zunächst allein beim Bieter.

- Allerdings müssen Nebenangebote den inhaltlichen Anforderungen entsprechen, die im umgekehrten Verhältnis vom Auftraggeber aufgrund der Anforderungen aus § 7 VOB/A bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung anzuwenden sind. Die in Nebenangeboten beschriebene Leistung muss vom Auftraggeber zweifelsfrei verstanden werden können. Nachträgliche Interpretationsmöglichkeiten über Inhalt und/oder Umfang der Leistung dürfen nicht vorliegen.

Aufgrund des technischen Inhaltes der Nebenangebote Nr. 7 bis Nr. 10 der Firma HELI Bau sowie der eigenen auftraggeberseitigen Feststellungen im Zuge der Angebotswertung ist davon auszugehen, dass die von den ausgewiesenen Bedarfspositionen erfassten Leistungen als zentrale und unverzichtbare Elemente zum Nachweis der Gleichwertigkeit der vorliegenden Nebenangebote zu betrachten sind.

Vor diesem Hintergrund bestand für die Einreichung von Nebenangeboten unter Verwendung von Bedarfspositionen kein Spielraum.

Durch die seitens der Firma HELI Bau vorgenommene Ausweisung von Bedarfspositionen in den Nebenangeboten Nr. 7 bis Nr. 10 kann auch nicht von einer eindeutigen Bezeichnung der Abweichung im Sinne von § 13 Abs. 2, S. 2 VOB/A ausgegangen werden.

Die vorliegenden Nebenangebote Nr. 7 bis Nr. 10 der Firma HELI Bau sind daher nicht wertungsfähig und gemäß § 16 Abs. 1, Nr. 8 VOB/A von der Wertung auszuschließen. Die hiervon abweichende Wertung des Nebenangebotes Nr. 7 durch den Auftraggeber ist zu beanstanden.

Die erst im Zuge der Angebotswertung vom Auftraggeber für das Nebenangebot Nr. 7 vorgenommene Einbeziehung der Einheitspreise der Bedarfspositionen in die Angebotssumme trägt den Charakter einer preislichen Veränderung des ursprünglich vorliegenden Angebotsinhaltes und steht nicht im Einklang mit dem Nachverhandlungsverbot gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A.

Erschwerend kommt hier hinzu, dass für die rechnerische Prüfung der Nebenangebote Nr. 8 bis Nr. 10 bei der Betrachtung der ausgewiesenen Bedarfspositionen eine abweichende Herangehensweise der Auftraggeberseite zu verzeichnen ist.

Vor dem Hintergrund der vergaberechtlichen Grundsätze nach § 2 Abs. 1 VOB/A ist jedoch der Eindruck einer Option für den Auftraggeber zur möglichen Einflussnahme auf das konkrete (inhaltliche + wertmäßige) Wettbewerbsergebnis grundsätzlich zu vermeiden.

▪ **Nichteinhaltung Thüringer Vergabegesetz**

Zudem war festzustellen, dass im vorliegenden Vergabeverfahren die für den Auftraggeber aus dem Thüringer Vergabegesetz resultierenden Verpflichtungen, insbesondere die

- *Bieterinformation nach § 19 Abs. 1 ThürVgG (Mindestinhalt),*
- *Abhilfeprüfung zur vorliegenden Beanstandung,*
- *Unterrichtung der Vergabekammer gemäß § 19 Abs. 2 ThürVgG durch Übersendung der vollständigen Vergabeakten*

nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden sind.

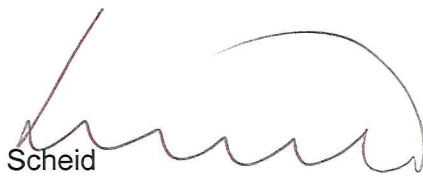
Nach alledem ist das Vergabeverfahren in Form des vorliegenden Vergabevorschlages als rechtswidrig zu beanstanden.

Zur Herstellung vergaberechtmäßiger Zustände ist durch den Auftraggeber die Wertung der Angebote - hier: Wertung der Nebenangebote - unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und der Vergabevorschlag entsprechend zu überarbeiten. Über das Ergebnis ist die Vergabekammer in geeigneter Form zu unterrichten.

Gemäß § 19 Abs. 2, S. 2, 2. HS ThürVgG hat der Auftraggeber die Auffassung der Nachprüfungsbehörde zu beachten.

Die Vergabekammer ist über die Umsetzung der vorliegenden Beanstandung spätestens bis zum 20.10.2020 durch die Übersendung aussagefähiger Unterlagen zu unterrichten.

Der Auftraggeber hat gemäß § 19 Abs. 5 ThürVgG die Kosten der Amtshandlung der Nachprüfungsbehörde zu tragen, weil er das Vergabeverfahren fehlerhaft durchgeführt hat und dies im Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens zu beanstanden war. Der Auftraggeber ist jedoch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwKostG persönlich gebührenbefreit.

  
Scheid  
Vorsitzender VK

**Anlage**  
Empfangsbekanntnis