



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**dazu Entscheidung des OLG Naumburg vom 1 Verg 3/08 vom 28.08.2008**

**AZ: 1 VK LVwA 02/08**

**Halle, 15.04.2008**

- § 107 Abs. 3 GWB, § 22 Nr. 8 VOB/A, § 115 Abs. 2 GWB
- Rügepflicht nicht entsprochen
  - Wettbewerb und Transparenz
  - Regelungen des § 22 Nr. 8 VOB/A finden Anwendung
  - vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung unzulässig

Das Verhandlungsverfahren, welches einer Freihändigen Vergabe gleicht, ist zwar dem Wettbewerb und der Transparenz auch weiterhin verpflichtet, es bietet dem Auftraggeber im Falle seiner Zulässigkeit jedoch zahlreiche Privilegierungen. Dazu gehört auch die Entbindung von der Verpflichtung einen öffentlichen Submissionstermin durchzuführen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte .....

.....

Antragstellerin

gegen

den .....

.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

..... GmbH & Co.KG  
.....  
Verfahrensbevollmächtigte  
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes im Verhandlungsverfahren zum Vorhaben .....hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird teilweise verworfen und im Übrigen zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Hauptsacheverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen. Die zu zahlenden Kosten vor der Vergabekammer werden auf ..... EUR festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Beigeladenen wird für das Hauptsacheverfahren für notwendig erklärt.
4. Der Antrag des Antragsgegners auf vorzeitige Gestattung des Zuschlages wird zurückgewiesen.
5. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Gestattungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die zu zahlenden Kosten vor der Vergabekammer werden auf ..... EUR festgesetzt.
6. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin wird für das Gestattungsverfahren für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Der Antragsgegner führte nach Aufhebung eines Offenen Verfahrens wegen formeller Unvollständigkeit sämtlicher eingegangener Angebote ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) für den Umbau und die Sanierung des Gebäudes ..... für den Baubereich .....durch.

Ausweislich des Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes (hier: Formblatt EVM (B) A EG) vom 08.11.2007 gab der Antragsgegner die Gewichtung der Wertungskriterien, die zugleich die Zuschlagskriterien darstellen, wie folgt bekannt:

1. Preis	70 %
2. Technischer Wert	20 %
3. Vertragsbedingungen	5 %
4. Folgekosten	5 %.

Darüber hinaus findet sich unter Punkt 3.3 die Festlegung, dass die dort benannten Nachweise erst auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen sind. Ausweislich Punkt 5.4 beabsichtigt der Auftraggeber das Verfahren nicht in Phasen durchzuführen.

Mit den im vorbezeichneten Formblatt aufgelisteten Vergabeunterlagen übergab der Antragsgegner unter anderem eine Leistungsbeschreibung. Auch darin findet sich unter Punkt 6 im Abschnitt 2 - Angaben zur Baustelle/Bauausführung - der Hinweis, dass geforderte Nachweise erst auf Verlangen vorzulegen sind. Lediglich für die auf einem gesonderten Blatt aufgelisteten LV-Positionen und durch „Fett-Druck“ gekennzeichneten Produkte waren aus-sagefähige technische Unterlagen mit dem Angebot vorzulegen. Gleichfalls erhielten die Bieter das Formblatt EFB-A DV. Danach wurde den Bietern ein Datenaustausch per Datenträger angeboten. Eine Verpflichtung dazu ist nicht festgeschrieben. Des Weiteren findet sich in den Vergabeunterlagen unter Punkt 2 der Hinweis, dass alle in der Leistungsbeschreibung angegebenen Maße Circumaße sind.

Zum Einreichungstermin am 12.12.2007, 10:00 Uhr lagen fünf Hauptangebote, fünf Nebenangebote und drei Nachlassgebote vor.

Den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk ist zu entnehmen, dass kein Angebot aus formellen Gründen ausgeschlossen wurde. Die formelle Prüfung führte der Antragsgegner durch. Ein entsprechender Vermerk findet sich im Vergabevermerk unter Buchstabe „B“. Der beauftragte Planer stellte diesbezüglich fest, dass die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen in vollem Umfang den Forderungen der Leistungsbeschreibung entsprechen. Aufgrund der durchgeführten rechnerischen sowie der fachtechnischen und wirtschaftlichen Prüfung schlug er dem Auftraggeber vor, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Auch die Vergabestelle ermittelte das Angebot der Beigeladenen als das Wirtschaftlichste.

Mit Schreiben vom 12.02.2008 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass auf ihr Angebot kein Zuschlag erteilt wird, da ihr Hauptangebot nicht das Wirtschaftlichste sei und er beabsichtige, am 27.02.2008 das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen.

Daraufhin beantragte die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 14.02.2008 Einsicht in die Niederschrift des Submissionsergebnisses durch Übersendung einer Kopie per Telefax. Da seitens der Vergabestelle keine Reaktion erfolgte, rügte die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 15.02.2008 die Vorgehensweise im Verfahren gegenüber der Vergabestelle. Die Antragstellerin vertritt rügeseitig die Auffassung, dass das Fehlen einer öffentlichen Submission die Antragstellerin zur Abforderung des Submissionsprotokolls berechtige. Ansonsten fehle es dem Verhandlungsverfahren an der gebotenen Transparenz. Ferner dürfe man das Angebot der Beigeladenen nicht in die Wertung einbeziehen, da diese sortimentsseitig nicht über die Abzüge verfüge, die laut Leistungsverzeichnis gefordert worden seien. Im Übrigen sei die Wertung der Angebote nach den genannten Wertungskriterien nicht rech-tens.

Die auftraggeberseitige Reaktion erreichte die Antragstellerin am 21.02.2008. Aus dieser geht unter anderem hervor, dass das Verhandlungsverfahren auf der Grundlage von § 3a Nr. 6 b) VOB/A durchgeführt worden sei. Da die Vergabestelle dem Begehren der Antragstellerin insgesamt nicht folgte, hat diese mit Fax-Schreiben vom 26.02.2008 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom selben Tage zugestellt worden. In diesem Zusammenhang wurde er über die Unzulässigkeit

einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 GWB durch Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt. Gleichzeitig erfolgte die Aufforderung, die entsprechenden Unterlagen samt Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass die Niederschrift zur Öffnung der Angebote nur durch einen Mitarbeiter des Antragsgegners unterzeichnet ist. Ausweislich dieser Niederschrift wurden die Angebote am 12.12.2007, 10.00 Uhr geöffnet und gekennzeichnet. Auf telefonische Nachfrage teilte der Antragsgegner mit, dass die Öffnung der Angebote stets durch zwei Mitarbeiter erfolge. Hierzu legte er einen Submissionsplan vor.

Das gekennzeichnete Angebot der Beigeladenen enthält alle vom Auftraggeber geforderten Eintragungen sowie alle abverlangten ausgefüllten Formblätter. Sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses wurden ausgepreist. Ebenso liegen dem Angebot umfangreiche Nachweise zu den angebotenen Produkten bei. So unter anderem auch eine Gerätebeschreibung, aus welcher sich ergibt, welche Abzugsgrößen zum Einsatz kommen können. In den Angebotsunterlagen wird unter der Position 2.2.5.60 ein Tischabzug mit den Abmessungen Breite/Tiefe/Höhe 1800 mm x 900 mm x 2700 mm gefordert. Angeboten wird lt. beigefügter Gerätebeschreibung ein Abzug mit den Abmessungen 1800 mm x 980 mm x 2692 mm. Die technische Bewertung seitens des beauftragten Planers ergab, dass das Hauptangebot mit der angebotenen Produktreihe „.....“ in vollem Umfang den Forderungen der Leistungsbeschreibung entspreche. Auch die angebotenen Fabrikate erfüllten nach den Prüfungen des Planers die Qualitätsanforderungen.

Ferner stellte die Kammer fest, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 08.10.2007 darüber informiert wurde, dass das im Vorfeld des streitbefangenen Verfahrens durchgeführte Offene Verfahren entsprechend § 26 Nr. 1 VOB/A aufgehoben wurde und ein Verhandlungsverfahren folgen soll.

Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, dass es sie in ihren Rechten verletze, wenn der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt würde.

- A. Bereits im Hinblick auf die Teilnahme der Beigeladenen am Verhandlungsverfahren sei grundsätzlich fraglich, ob diese zu Recht ermöglicht worden sei. Dies müsse mangels Beteiligung der Beigeladenen am aufgehobenen Offenen Verfahren dann verneint werden, wenn das Verhandlungsverfahren nur auf der Grundlage des § 3a Nr. 6 a) VOB/A statthaft wäre.

Hinsichtlich des bei jeder Vergabe unbedingt einzuhaltenden Transparenzgebotes sei darauf verwiesen, dass der Antragsgegner vergaberechtswidrig keinen Submissionstermin im Beisein der Bieter durchgeführt habe. Dieser sei jedoch auch für ein Verhandlungsverfahren unverzichtbar. Es könne daher nicht sichergestellt werden, dass das Angebot der Beigeladenen unverändert in die Wertung übernommen worden sei. Dies umso mehr, als die Eröffnung der Angebote unter Verletzung des in der VOL/A festgeschriebenen Vier-Augen-Prinzips ausweislich der entsprechenden Niederschrift lediglich von einem Mitarbeiter des Antragsgegners durchgeführt worden sei. Auch der in der Niederschrift ausgewiesene Zeitraum von 24 Minuten lasse es als schlicht unmöglich erscheinen, Angebote von über 3.000 Seiten zu öffnen, die wesentlichen Teile zu kennzeichnen und eine ordnungsgemäße Niederschrift zu fertigen. Dies lasse nur eine Schlussfolgerung zu, die Niederschrift sei falsch.

Vergaberechtswidrig sei auch die mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekanntgegebene Wertungsmatrix, ausweislich derer dem Preis eine Gewichtung von 70 % zukomme. § 97 Abs. 5 GWB stelle auf das wirtschaftlichste, nicht jedoch auf das billigste Angebot ab. Der Antragstellerin sei erst durch rechtliche Beratung bewusst geworden, dass die Wertungsmatrix keine qualitätsvolle Wertung ermögliche, sondern allein den Preiswettbewerb fördere.

Ferner werde die Beigeladene mit ihrem Angebot zur Wertung zugelassen, obgleich sie nicht über die laut Leistungsverzeichnis abverlangten Abzüge verfüge. In Pos. 2.2.5.60

seien für die Abzüge Steinzeugtischplatten gefordert worden, die die Maße 1750 x 795 x 26/33 mm aufweisen. Bei den Abzügen der Beigeladenen werde der Arbeitsraum jedoch durch die seitlichen Pfosten und die aufgedoppelten Seitenwände auf beiden Seiten erheblich eingeschränkt. Wenn der Antragsgegner, wie vorliegend geschehen, das Nichterreichen der geforderten Abzugsgröße im Angebot der Beigeladenen für unschädlich erachtet, so hätte der Antragsgegner diese offenbar verzichtbaren Parameter auch nicht im Leistungsverzeichnis fordern dürfen. Die leistungsverzeichnisseitig erfolgte Abforderung von Circumaßen wirke sich auf die rechtliche Bewertung hier nicht aus, da der Antragsgegner es unterlassen habe, seiner Verpflichtung zur Benennung des jeweiligen Toleranzbereiches vor Angebotserstellung gegenüber den Bietern zu genügen. Allgemein erwecke das Verhalten des Antragsgegners diesbezüglich den Eindruck, dass für eine ordnungsgemäße Ermessensausübung notwendige Informationen nicht eingeholt worden seien, so dass das Wertungsergebnis bereits aus diesem Gesichtspunkt als ermessensfehlerhaft und daher rechtswidrig zu bezeichnen sei. Dies zeige sich u. a. auch an den Darlegungen im Vergabevermerk, ausweislich derer die Beigeladene für Labormöbel das System „.....“ angeboten habe. Ein System „.....“ gebe es jedoch nicht. Die Firma ..... biete zum einen ihr altes Labormöbelprogramm an und zum anderen das System ..... Aus den Unterlagen sei nicht zu entnehmen, dass die Beigeladene das von ihr angebotene System näher spezifiziert habe. Dem Angebot fehle es demnach an der erforderlichen Eindeutigkeit. Unter dem Zuschlagskriterium technischer Wert erhielt die Beigeladene 8 Punkte. Aus den Unterlagen sei nicht ersichtlich, dass der technische Wert geprüft wurde. Dies stelle einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Transparenzgebot dar.

Im Übrigen habe die Beigeladene laut der Aufstellung des Antragsgegners, EFB-Verd 1 Nr. 356.2, die Diskette mit dem Angebot leer eingereicht. Es werde daher bestritten, dass im Angebot der Beigeladenen das ausgefüllte Formblatt EFB Ang DV, welches zwingend vorzulegen war, enthalten gewesen sei.

Ausweislich des Vergabevermerkes des beauftragten Planers vom 11.01.2008 habe die formelle Prüfung der Angebote der Antragsgegner vorgenommen. In den zur Einsichtnahme übersandten Unterlagen finde sich jedoch keine Dokumentation der formellen Prüfung. Es werde daher bestritten, dass die formelle Prüfung durch den Antragsgegner tatsächlich stattgefunden habe.

Im Laufe des Kammerverfahrens wird ergänzend vorgetragen, dass mit Ausnahme des Preises zu den im Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes bekannt gegebenen Kriterien Unterkriterien hätten festgesetzt und transparent gemacht werden müssen. Ein Unterlassen stelle einen schweren Verstoß gegen das Transparenzgebot dar. Ferner habe der Antragsgegner ausweislich der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekannt gegeben, dass das Verhandlungsverfahren nicht mehrere Stufen umfasst. Damit habe sie sich, mit Ausnahme der in § 24 Nr. 3 VOB/A genannten Fällen, den Weg zu nachträglichen Verhandlungen abgeschnitten. Im vorliegenden Fall gehe es nicht um die Verhandlungen, die aufgrund eines Leistungsprogrammes oder der Zuschlagserteilung auf ein Nebenangebot erforderlich wurden. Ausweislich des Vergabevermerkes habe der Antragsgegner mit der Beigeladenen über Angebotsinhalte verhandelt. So habe man die Ausführungsfrist für den Hörsaal und das Gewächshaus verlängert und über den Preis verhandelt. Dies sei unzulässig und mit den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung nicht vereinbar.

- B. Dem Antrag auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung könne aufgrund der Gewichtung des Rechtsschutzinteresses der Antragstellerin auch im Kontext mit den von der Rechtsordnung legitimierten Interessen der Auftraggeberseite nicht entsprochen werden. Zum einen sei eine im Widerspruch zum materiellen Vergaberecht stehende Zuschlagserteilung nie im Interesse eines Fördermittelempfängers. Letztlich wiege ein fehlerhaft erteilter Zuschlag schwerer, als ein im Sinne einer zeitnahen Fördermittelverwendung verspätet erteilter Zuschlag. Zum anderen habe ein Auftraggeber nach gefestigter Rechtsprechung Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren grundsätzlich einzuplanen. Dies müsse umso mehr in den Fällen gelten, in denen die Auftraggeberseite die Leistungserbringung hätte effizienter organisieren können. Es sei z. B. nicht einsehbar, weshalb die Werksplanung nicht separat bei den Bietern in Auftrag gegeben worden

sei. Die Zusatzkosten wären im Vergleich zur ersparten Zeit und damit einhergehender Flexibilität nicht ins Gewicht gefallen. Letztlich stehe auch das dem Verhandlungsverfahren vorausgehende und mit ganz erheblichen Fehlern behaftete Offene Verfahren einer Abwägung der Beteiligteninteressen zu Lasten der Antragstellerin entgegen.

Angezweifelt werde zudem die Ursächlichkeit des Nachprüfungsverfahrens für eine eventuelle Verzögerung des Maßnahmeabschlusses. Die Auftraggeberseite habe sich nicht zum Gesamtstand der Maßnahme positioniert. Die Unverzichtbarkeit einer diesbezüglichen Äußerung folge jedoch bereits aus dem Umstand, dass die streitbefangene Leistungserbringung am Abschluss der Leistungskette stünde.

Zu pauschal sei auch die Darstellung der Rechtsfolgeseite einer möglichen Verzögerung des Maßnahmeabschlusses. So werde u. a. der dem Fördermittelempfänger regelmäßig zustehende Gestaltungsspielraum, z. B. durch Umschichtungen der Fördermittel oder der Verlängerung des Förderzeitraumes, nicht erwähnt.

Sie beantragt daher,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, das Verhandlungsverfahren zu wiederholen,
2. den Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlages zurückzuweisen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war und
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung sowie
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Zur Begründung legt er dar,

dass die Antragstellerin mit ihrem Vortrag keinen Erfolg haben könne.

- A. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, soweit die Antragstellerin diesen auf eine angebliche Verletzung des Transparenzgebotes stützt.

Die Antragstellerin habe bereits der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 01.11.2007 entnehmen können, dass der Antragsgegner ein Verhandlungsverfahren durchführen wolle, ohne dieses näher nach § 3 a Nr. 6 a) oder b) VOB/A zu spezifizieren. Nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB bestand für die Antragstellerin die Obliegenheit, jeden Vergabeverstoß gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich zu rügen. Dem kam sie nicht nach und kann insoweit mit ihrer Rüge nicht gehört werden. Gleiches gelte hinsichtlich der Wertungsmatrix.

Die durch die Antragstellerin vorgebrachte Notwendigkeit der Durchführung eines Submissionstermins bestehe nicht. Bei einem Verhandlungsverfahren finde § 22 VOB/A generell keine Anwendung, es müsse eben kein Angebotseröffnungstermin unter Bieterbeteiligung stattfinden. Demgemäß bestehe auch kein Anspruch auf Mitteilung der Ergebnisse eines Verhandlungsverfahrens nach § 22 Nr. 7 VOB/A.

Ebenso entspreche der Vortrag der Antragstellerin nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, wonach die Beigeladene nicht über die in der Leistungsbeschreibung geforderten Abzüge verfüge. Denn sowohl im Vortext als auch in der Maßbeschreibung des Leistungsverzeichnisses finde sich der Hinweis, dass es sich bei den Abmaßen um Circa-maße handele. Diese Formulierung sei bewusst und gewollt in das Leistungsverzeichnis aufgenommen worden, da die Innenmaßgröße der Arbeitsplatte eines Abzuges im Zusammenhang mit den seitlichen Pfosten stehe, folglich von Fabrikat zu Fabrikat abweiche und im Sinne des Wettbewerbes keine unnötigen ausschließenden Kriterien für die

Bieter vorgegeben werden sollten. Darüber hinaus zeige die praktische Erfahrung, dass in der tatsächlichen Nutzung eines Abzuges mit dem Rastermaß 1800 mm ein Innenmaß von 1628 mm ausreichend sei. Ebenso mangle es dem Angebot der Beigeladenen nicht an Eindeutigkeit. Im Rahmen der Ausschreibung wurde von ihr das Labormöbelprogramm System ..... angeboten. Hierzu lägen auch entsprechende Produktunterlagen zur fachtechnischen Prüfung dem Angebot bei.

Die Ausführungen der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Kennzeichnung der Angebote basierten auf fehlerhaften Annahmen zur tatsächlichen Durchführung der Kennzeichnung. Ebenso wiesen die vorgelegten Unterlagen eindeutig aus, dass die Mutmaßungen bezüglich der formellen Prüfung der Angebote ins Leere gingen. Ferner sei im Vorfeld der Ausschreibung erkannt worden, dass aufgrund der unterschiedlichen Anbieter differierende Abzugsbreiten angeboten werden würden. In Abstimmung mit dem Nutzer seien daher die technologischen Abläufe auch hinsichtlich der erforderlichen Arbeitsflächen in den Digestorien analysiert worden. Inwieweit hierdurch Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt worden sein sollen, erschließe sich dem Antragsgegner nicht.

Der von der Antragstellerin zitierte Auszug zur Tabelle der Zuschlagskriterien unterstriche den damit in Zusammenhang stehenden Satz 1 der Erläuterung. Dort heiße es: „Wenn bei einem Zuschlagskriterium Mindestanforderungen für mehrere Teilleistungen zugelassen werden, ist jede einzelne Teilleistung nach Punkten zu bewerten.“ Daraus folge, dass der von der Antragstellerin zitierte Satz nicht stets, sondern nur im Falle einer Aufspaltung der Gesamtleistung in mehrere Teilleistungen Beachtung finden müsse. Derartige Teilleistungen seien aber nicht zugelassen worden und somit hätten auch keine Unterkriterien festgelegt werden müssen.

Zu dem am 21.01.2008 mit der Beigeladenen durchgeführten Aufklärungsgespräch sei bemerkt, dass sich dieses hauptsächlich auf die dringend einzuhaltenden Terminabläufe sowie auf die Preisbindung der Teilobjekte Hörsaal und Gewächshaus bis zum Juni 2009 beziehe.

- B. Der Antrag auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung rechtfertige sich aus den Umständen der 50%-igen Anteilsfinanzierung durch Fördermittel des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung. Es drohe der Wegfall dieser bereits zugewendeten Förderung, wenn nicht die gesamte zu erbringende Leistung bis zum Ende des Jahres abgeschlossen, bezahlt sowie deren ordnungsgemäße Verwendung entsprechend den förderrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der Verwendungsnachweisprüfung durch das Kultusministerium des Landes positiv festgestellt worden sei. Dem Land könne so ein Schaden bis zu einer geschätzten Höhe von 20 Mio. Euro erwachsen. Aufgrund des Leistungsumfanges sei diese Frist nur bei unverzüglicher Freigabe des Zuschlages zu halten.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen sowie
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene trägt vor,  
dass die Antragstellerin mit ihrem Antrag erfolglos bleiben müsse.

- A. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.  
Die Antragstellerin sei mit ihrem Vortrag gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert. Sie habe die gerügten Verstöße gegen Vergabevorschriften bereits im Verlaufe des Vergabeverfahrens erkannt und bis zu ihrem Tätigwerden unnötig viel Zeit verstreichen lassen.

So sei das auftraggeberseitige Nichtbenennen der das Verhandlungsverfahren rechtfertigenden Rechtsgrundlage der Antragstellerin spätestens mit Erhalt des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes sowie der Vergabeunterlagen vom 08.11.2007 zur Kenntnis gelangt. Denn dort habe die Antragsgegnerin unter der Rubrik „Vergabeart“ lediglich den Begriff des Verhandlungsverfahrens unter Verzicht auf jedwede weitere Erläuterung angegeben.

Die beabsichtigte Nichtdurchführung eines Submissionstermins sei der Antragstellerin bereits mit Erhalt der Verdingungsunterlagen zur Kenntnis gegeben worden. Denn durch die bloße Festsetzung der Angebotsfrist im Aufforderungsschreiben hätte dieser klar sein müssen, dass die Durchführung eines Submissionstermins nicht beabsichtigt werde. Dessen ungeachtet habe diese aufgrund des Ablaufs der Angebotsfrist auf die Nichtdurchführung einer Submission schließen können, da der Antragsgegner gem. § 19 Nr. 2 VOB/A verpflichtet sei, unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist, spätestens aber innerhalb von in der Regel 30 Tagen den Zuschlag zu erteilen.

Kenntnis von der vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Wertungsmatrix habe die Antragstellerin bereits mit dem Erhalt der Vergabeunterlagen gehabt. Mit ihrem Vortrag, die Wertungsmatrix sei auf den ersten Blick in Ordnung und die Rechtswidrigkeit der angeordneten preislichen Gewichtung nicht ohne weiteres zu erkennen gewesen, könne sie nicht gehört werden. Denn die Wertungsmatrix beruhe auf dem in der Praxis gebräuchlichen VHB-Formblatt Erg EG Gew 248EG. Darin habe der Antragsgegner neben dem Preis drei weitere Wertungskriterien genannt, deren Gewichtung mitgeteilt sowie die im Rahmen der Punktbewertung zu verteilenden Punktzahlen bezeichnet und deren Berechnung erläutert. Dafür, dass diese Wertungsmatrix für „durchschnittliche Wirtschaftsteilnehmer“ nicht verständlich sein sollte, fehle jeder Anhaltspunkt. Im Übrigen könne ein Bieter nur in Kenntnis der Wertungsmatrix und des Einflusses der unterschiedlichen Faktoren auf das Gesamtergebnis sein Angebot auf die Bedürfnisse der Ausschreibung zuschneiden und damit die Erfolgsaussichten für sich selbst einschätzen. Dies sei der Antragstellerin offenbar gelungen, da sie ein Angebot abgegeben hat. Aber selbst wenn die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, die Wertungsmatrix 100%-ig nachzuvollziehen, würde sie dies nicht entlasten. Denn in diesem Fall hätte sie entsprechend fachkundigen Rat einholen müssen und sich nicht mit bloßem Abwarten begnügen und die Augen mutwillig vor der Erkenntnis eines Vergaberechtsverstößes verschließen dürfen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.12.2001 – Verg 32/01).

Unabhängig davon seien die nunmehr erhobenen Rügen, soweit diese Mängel betreffen, die aus den Verdingungsunterlagen ersichtlich sind, was überwiegend der Fall sei, auch schon deshalb verspätet, weil sie unstrittig nicht vor Abgabe des Angebotes erhoben wurden. Denn die erstmalige Rüge vermeintlicher Mängel in den Verdingungsunterlagen sei nach Angebotsabgabe in jedem Fall verspätet (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 30.07.2004 - 1 Verg 10/04).

Soweit die erkennende Kammer dem Vortrag zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages nicht folgen könne, wäre dieser jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

So gehe das Vorbringen der Antragstellerin im Hinblick auf § 3a Nr. 6 a) bzw. b) VOB/A ins Leere. Denn der Antragsgegner habe sich auf § 3a Nr. 6 b) VOB/A gestützt. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift lägen ausweislich des Vortrages der Parteien vor. Dem Verhandlungsverfahren sei ein Offenes Verfahren vorausgegangen, welches aufgehoben worden sei, weil keine oder nur nach § 25 Nr. 1 VOB/A auszuschließende Angebote abgegeben und die ursprünglichen Verdingungsunterlagen nicht grundlegend geändert worden seien. Dies habe der Antragsgegner bereits im Einzelnen dargelegt.

Unzutreffend sei weiter die Auffassung der Antragstellerin, der Antragsgegner hätte einen Submissionstermin gem. § 22 VOB/A durchführen und ihr das Ergebnis mitteilen müssen. Denn § 22 Nr. 8 VOB/A sehe zunächst vor, dass die Angebote und ihre Anlagen sorgfältig zu verwahren und geheim zu halten seien und regele danach ausdrücklich, dass dies auch bei der Freihändigen Vergabe gelte. Dieser Regelung bedürfe es nur deshalb, weil sämtliche anderen Regelungen in

§ 22 für die Freihändige Vergabe gerade nicht gelten würden. Dementsprechend könne kein Zweifel daran bestehen, dass in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung die Regelungen des § 22 Nr. 1 bis 7 VOB/A keine Anwendung fänden.



Ein Vergaberechtsverstoß liege auch nicht in der Vorgabe einer Wertungsmatrix, die den Preis zu 70 % und die übrigen Kriterien insgesamt nur mit 30 % gewichte. Der Vortrag der Antragstellerin, daraus ergebe sich mit mathematischer Sicherheit, dass stets immer nur der Preis entscheidend sei, sei schlicht nicht nachvollziehbar. Weshalb Kriterien, die insgesamt mit 30 % gewichtet werden, ohne Einfluss auf das Wertungsergebnis sein sollten, bleibe wohl das Geheimnis der Antragstellerin. Überdies wäre es auch unschädlich, wenn der Vortrag der Antragstellerin zuträfe. So habe etwa die Vergabekammer Lüneburg bereits ausdrücklich entschieden, dass sogar eine Gewichtung des Preises mit 75 % völlig unbedenklich sei. Selbst ein völliger Verzicht auf weitere Kriterien sei zulässig (vgl. OLG Karlsruhe, BayObLG).

Schließlich gehe auch der Vorwurf der Antragstellerin, die Beigeladene habe im Leistungsverzeichnis Änderungen vorgenommen, weil die von ihr angebotene Arbeitsplatte nicht das im Leistungsverzeichnis unter Pos. 2.2.5.60 ausgewiesene Maß von 1.750 mm aufweise, fehl. Zu Recht habe der Antragsgegner darauf hingewiesen, dass es sich ausweislich des Leistungsverzeichnisses bei den Maßen nur um Circa-Angaben handele. Die von der Beigeladenen angebotene Arbeitsplatte weise in der Breite ein Innenmaß von 1630 mm auf. Weshalb dieses nicht als „circa 1750 mm“ angesehen werden könne, sei nicht ersichtlich. Im Übrigen betrage die Breite der von der Antragstellerin angebotenen Tischplatte ausweislich der auf der Website selbst gemachten Angaben 1710 mm. Nach der Argumentation der Antragstellerin wäre also auch ihr selbst eine unzulässige Änderung des Leistungsverzeichnisses vorzuwerfen. Zudem sei die Nutztiefe des von der Beigeladenen angebotenen Abzuges über die ganze Breite konstruktiv sogar 50 mm größer als die des Abzuges der Antragstellerin. Die Nutztiefe des Abzuges der Antragstellerin werde durch eine eingebaute Luftleitwand an der Abzugsrückwand eingeschränkt, bei dem von der Beigeladenen angebotenen Abzug sei dagegen die volle Tischtiefe nutzbar. Bei genauerer Berechnung ergebe sich eine etwa gleiche Nutzfläche beider Abzüge. Somit laufe die Argumentation der Antragstellerin, ihr Abzug verfüge über eine wesentlich größere Nutzfläche, ins Leere. Letztendlich liege es in der Hand des Auftraggebers zu entscheiden, welche Innenbreite der Arbeitsplatte erforderlich bzw. noch tolerabel sei.

Wolle man gleichwohl in dem Vortrag der Antragstellerin eine zulässige und begründete Rüge eines Vergaberechtsverstoßes erkennen, sei jedoch nicht ersichtlich, worin ein Schaden der Antragstellerin liegen sollte. Selbst wenn der Antragsgegner ein – nach den Vorstellungen der Antragstellerin – transparentes Verfahren durchgeführt hätte, bliebe es dabei, dass das Angebot der Beigeladenen wirtschaftlicher war als das Angebot der Antragstellerin und diese daher nicht den Zuschlag erhalten könne.

Auch mit der Behauptung, die Niederschrift über die Angebotseröffnung sei nachweislich falsch, könne die Antragstellerin nicht durchdringen. Sie habe keine konkreten Anhaltspunkte dargelegt, die einen solchen Schluss überzeugend rechtfertigen würden. Ihr Vortrag fuße auf einer Kombination von Mutmaßungen und Unterstellungen. Ebenso fehle ihren Äußerungen bezüglich der Vollständigkeit des Angebotes der Beigeladenen jeder objektive Anhaltspunkt. Sowohl das Formblatt EFB Ang DV als auch der Datenträger seien dem Angebot der Beigeladenen beigelegt worden.

Weiterhin behauptet die Antragstellerin ins Blaue hinein, der Antragsgegner habe die Angebote nicht formell geprüft, obwohl der Vermerk des Planers vom 10.01.2008 eine solche Prüfung durch den Antragsgegner ausdrücklich bestätige. Dass der Antragstellerin kein Nachweis über die formelle Prüfung vorliege, reiche als Grundlage für ein Bestreiten nicht aus. Auch die Mutmaßungen hinsichtlich der Eindeutigkeit des Angebotes der Beigeladenen, der Prüfung des Technischen Wertes sowie der Ausgestaltung der Zuschlagskriterien seien nicht haltbar und könnten keine Aufhebung begründen.

Durch Beschluss vom 19.03.2008 ist die ..... zum Verfahren beigelegt worden.

Der Antragstellerin und der Beigeladenen wurden jeweils mit Beschluss vom 07.03.2008 bzw. 11.03.2008 Akteneinsicht durch Übermittlung von Kopien gewährt.

Die Beteiligten haben mit Schreiben vom 17.03.2008 bzw. 18.03.2008 einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt.

Durch Beschluss vom 31.03.2008 ist die Verfahrensakte 1 VK LVwA 21/07 beigezogen worden.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

- A. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist teilweise bereits unzulässig, im Übrigen unbegründet.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer ist entsprechend der Regelung der §§ 100, 127 GWB in Verbindung mit § 2 der Vergabeverordnung (VgV) v. 09.01.2001, zuletzt geändert am 23.10.2006 (BGBl. I, S. 2334) bzw. Abschnitt II Abs. 1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03 wegen Überschreitung des hier einschlägigen Schwellenwertes für die Gesamtleistung von 5.278.000,00 Euro gegeben.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 29.06.2007 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 26/2007 v. 23.07.2007) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen der Stadt Halle hat.

Der Antragsgegner gilt als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

Die erkennende Kammer geht von einem Vorliegen der Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB aus.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin trägt vor, durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene in eben diesen Rechten verletzt zu sein. So sei die Zulässigkeit der Teilnahme der Beigeladenen am Verhandlungsverfahren bereits fraglich, da die Rechtsgrundlage zur Durchführung des Verhandlungsverfahrens pflichtwidrig nicht spezifiziert worden sei. Ebenso könne das Leistungsverzeichnis und die Wertungsmatrix samt Zuschlagskriterien nicht ordnungsgemäß erstellt und in Folge dessen die eigentliche Wertung auch nicht rechtskonform durchgeführt worden sein.

Diesen Vortrag hält die erkennende Kammer an dieser Stelle für ausreichend.

Das Vorbringen der Antragstellerin war im Hinblick auf die Teilnahme der Beigeladenen am Verhandlungsverfahren als präkludiert zurückzuweisen, da dem Nachprüfungsantrag diesbezüglich keine Rüge vorausging. Gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist eine rechtzeitige Rüge unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages. Der Rügeverpflichtung ist unverzüglich nach Erkennen des vermeintlichen Verstoßes gegen Vergabevorschriften gegenüber dem Auftraggeber zu genügen. Im vorliegenden

Fall hat die Antragstellerin dieser Verpflichtung nicht entsprochen. Bereits nach ihrem eigenen Vortrag hat diese gegenüber dem Auftraggeber mit Schreiben vom 15.02.2008 die Nichtpreisgabe der Rechtsgrundlage für das Verhandlungsverfahren kritisiert. Nach ihrer Auffassung hätte die Auftraggeberseite sich erklären müssen, ob das streitbefangene Verfahren auf der Grundlage des § 3a Nr. 6 a) oder b) VOB/A abgewickelt werde. Ihr war somit ganz offensichtlich die rechtliche Differenzierung dieser Regelung bekannt. Mit Zugang des Schreibens des Antragsgegners bei der Antragstellerin am 21.02.2008 wies Ersterer auf § 3a Nr. 6 b) VOB/A als Rechtsgrundlage seines Handelns hin und machte somit auch für die Antragstellerin die auftraggeberseitige Einbeziehung der Beigeladenen auf dieser Grundlage unmissverständlich deutlich. Diese Information ließ somit die Rügefrist im Hinblick auf die seitens der Antragstellerin gemutmaßte vergaberechtswidrige Beteiligung der Beigeladenen am streitbefangenen Vergabeverfahren anlaufen. Der Antragstellerin war bereits mit Zugang des Informationsschreibens nach § 13 VgV am 13.02.2008 die beabsichtigte Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen zur Kenntnis gegeben worden. Der Verpflichtung zur Rüge hat die Antragstellerin durch ihr diesbezügliches Untätigbleiben nicht entsprochen. Gesichtspunkte, die die Rügepflicht ausnahmsweise entfallen lassen könnten, sind nicht ersichtlich.

Präkludiert ist die Antragstellerin auch mit ihrem Vortrag zur Wertungsmatrix, zu den Zuschlagskriterien sowie zur konkreten Fassung des Leistungsverzeichnisses.

Der Antragsgegner hat mit dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes vom 08.11.2007 den Bietern unter Punkt 5.3 die Bestandteile der Wertungsmatrix sowie deren Einzelgewichtung bekannt gegeben. Hinsichtlich der Zuschlagskriterien findet sich dort ein Verweis auf die Wertungsmatrix. Die erkennende Kammer geht davon aus, dass die somit auftraggeberseitig gewählten Formulierungen unabhängig von ihrer Vergaberechtskonformität von derart großer Eindeutigkeit sind, dass deren Bedeutung bzw. deren Folgen für das streitbefangene Vergabeverfahren für jeden, der sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligt, erkennbar waren.

Sollte die Bedeutung der Ankündigung zur Gewichtung des Preises mit 70 % der Antragstellerin tatsächlich verborgen geblieben sein, so wäre dies unbeachtlich. Bei der Eindeutigkeit der hier auftraggeberseitig gewählten Formulierungen kommt es nicht auf den Erkenntnishorizont oder die Kombinationsgabe der Antragstellerin, sondern eines durchschnittlichen Bieters oder Bewerbers in einem derartigen Vergabeverfahren an. Hier bedarf es keiner außergewöhnlichen Anstrengung, die Bedeutung des Preises aus seiner transparent gemachten Gewichtung herauszulesen. Denn Gewichtung und Bedeutung liegen hier bei identischen 70 %. Die Antragstellerin vermag daher mit ihrer Argumentation, erst durch rechtliche Beratung ihr Bewusstsein geschärft zu haben, nicht durchzudringen. Ein für diesen Fall anzunehmendes schuldhaftes Verschließen wirkt sich zu Lasten der rügeverpflichteten Antragstellerin aus. Die Rügefrist begann somit unmittelbar nach Zugang des Aufforderungsschreibens bei der Antragstellerin zu laufen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Kritik an der Identität von Wertungs- und Zuschlagskriterien als auch hinsichtlich des damit einhergehenden auftraggeberseitigen Verzichts auf die Benennung weiterer Unterkriterien. Von der Bekanntgabe der Wertungsmatrix und Zuschlagskriterien bis hin zur tatsächlichen Rüge verging hier ein Zeitraum von ca. 3 Monaten. Von einer Unverzüglichkeit im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB kann in diesem Fall daher nicht die Rede sein.

Bezüglich der Kritik am Leistungsverzeichnis ist festzustellen, dass die Antragstellerin mit Übergabe der Vergabeunterlagen, spätestens jedoch bei Abfassung ihres Angebotes, Kenntnis davon hatte, dass es sich bei einer Vielzahl von Vorgaben des Auftraggebers um Circomaße handelt. Ob eine Rüge hinsichtlich des Leistungsverzeichnisses stets bis spätestens zum Termin der Abgabe der Angebote erfolgen muss oder auch in diesen Fällen nach den Gesichtspunkten der Unverzüglichkeit des Handelns zu entscheiden ist, kann hier dahingestellt bleiben. Angesichts des spätestens zum Abgabetermin am 12.12.2007 zu erstellenden Angebotes erfolgte die Rüge vom 15.02.2008 verspätet.

Die darüber hinausgehenden vermeintlichen Vergabeverstöße hat die Antragstellerin erst im Nachprüfungsverfahren erkennen können. Eine Rügeobliegenheit im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB war in diesen Fällen nicht gegeben.

Den Anforderungen des § 108 GWB wurde durch das Abfassen des Nachprüfungsantrages genügt. Der konkreten Benennung einer als verletzt angesehenen materiell-rechtlichen Vergabennorm bedarf es nicht. Eine derart spezifische Kenntnis darf nicht vom Bieter, sehr wohl aber vom Auftraggeber erwartet werden.

Soweit die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen nicht präkludiert ist, war der Nachprüfungsantrag jedoch als unbegründet zurückzuweisen. Denn die Antragstellerin konnte mit ihrem Antrag dem Grunde nach nicht durchdringen, da sie durch die auftraggeberseitige Wertung der Angebote nicht in ihren Rechten als Teilnehmerin am Vergabeverfahren verletzt wurde.

So geht sie in ihrer Annahme fehl, dass der Auftraggeber auch bei einem Verhandlungsverfahren an sämtliche Vorschriften der VOB/A gebunden ist. Das Verhandlungsverfahren, welches einer Freihändigen Vergabe gleicht, ist zwar dem Wettbewerb und der Transparenz auch weiterhin verpflichtet, es bietet dem Auftraggeber im Falle seiner Zulässigkeit jedoch zahlreiche Privilegierungen. Dazu gehört auch die Entbindung von der Verpflichtung einen öffentlichen Submissionstermin durchzuführen. Die erkennende Kammer geht daher hier mit der Auffassung der Beigeladenen konform, dass der Auftraggeber nur den Regelungen des § 22 Nr. 8 VOB/A verpflichtet ist.

Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber über das geforderte Maß hinaus einen internen Eröffnungstermin durchgeführt. Der erkennenden Kammer gelangten in diesem Zusammenhang keine Umstände zur Kenntnis, die auf einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur sorgfältigen Verwahrung und Geheimhaltung der Unterlagen hinweisen. Ein Manipulationsverdacht besteht daher ausdrücklich nicht. Vielmehr hat der Antragsgegner alle Angebote mit einem Eingangsstempel versehen, signiert und mit einem Stanzgerät gekennzeichnet. Er hat seine Verpflichtungen somit übererfüllt. Der diesbezügliche Vortrag der Antragstellerin entbehrt daher jeder tatsächlichen und rechtlichen Grundlage.

Nicht zu überzeugen vermochte die Antragstellerin auch mit ihrem Vortrag zum zwingenden Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen aufgrund der Zurücksendung eines von der Auftraggeberseite gestellten, durch die Beigeladene jedoch nicht genutzten Datenträgers, mit den Angebotsunterlagen. Der Auftraggeber hat durch die Wertung des Angebotes der Beigeladenen nicht gegen die Vorschriften des § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A verstoßen. Denn im vorliegenden Fall war es den Bietern freigestellt, den auftraggeberseitig zur Verfügung gestellten Datenträger zu nutzen oder diesen ungenutzt zu lassen. Unabhängig von der Sinnhaftigkeit des Handelns der Beigeladenen war diese auch nicht gehindert, ihrem Angebot den nicht genutzten Datenträger beizufügen. Anderweitige Mängel im Angebot der Beigeladenen, die einen Ausschluss rechtfertigen könnten, konnten von der Kammer nicht festgestellt werden.

Erfolglos musste die Antragstellerin auch mit ihrem Vorbringen bleiben, der Antragsgegner habe mit der Durchführung eines Bietergespräches mit der Beigeladenen gegen das Verbot der preisrelevanten Nachverhandlung verstoßen. Die Anwendung dieser Regelung ist mit der Struktur der Freihändigen Vergabe und somit auch des Verhandlungsverfahrens nicht vereinbar. Ein Verstoß gegen vergaberechtliche Regelungen liegt nicht vor.

- B. Der Antrag des Antragsgegners auf vorzeitige Gestattung des Zuschlages ist zulässig, aber unbegründet und war daher zurückzuweisen.

Der Antragsgegner ist im Hinblick auf die Gestattung des vorzeitigen Zuschlags antragsbefugt.

Ebenso erfüllt sein diesbezügliches Vorbringen die Mindestanforderungen an einen substantiierten Vortrag.

Der Antragsgegner konnte mit seinem Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlages nicht durchdringen, da er diesen im Zusammenhang mit der Finanzierung durch EU-Fördermittel auf die Zwänge des Fördermittelverfahrens stützt. Nach seinem Vortrag sei die streitbefangene Leistung bis zum Abschluss des Kalenderjahres seinerseits zu beauftragen, auftragnehmerseitig zu erbringen, rechnungsseitig gegenüber der fördermittelbewirtschaftenden Institution zu belegen und von dieser abschließend zu prüfen. Bei Nichterfüllung der Verpflichtungen gegenüber dem Fördermittelgeber drohe dem Antragsgegner der Verlust sämtlicher Fördermittel zu diesem Vorhaben.

Seine diesbezüglichen Darstellungen werden jedoch durch sein eigenes Verhalten entwertet. Ausweislich eines den Vergabeakten beiliegenden Gesprächsprotokolls des Antragsgegners mit der Beigeladenen vom 21.01.2008 wünscht der Antragsgegner eine teilweise Verschiebung der Leistungserbringung in das Jahr 2009. Er selbst zeichnet somit während der Wertungsphase bereits verantwortlich für die Nichteinhaltung der Fördervorgaben. Damit ist dem Antrag auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Abwägung des § 115 Abs. 2 GWB jede Grundlage entzogen.

Der Antrag war daher zurückzuweisen.

### III.

Die Antragstellerin trägt gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Hauptsacheverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen gem. § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, da sie unterliegt.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Kammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB).

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) unter Zugrundelegung des Angebotes der Antragstellerin in Höhe von ..... Euro hier ..... Euro.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG-LSA) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Abzug des bereits geleisteten Vorschusses hat die Einzahlung des Betrages in Höhe von ..... **Euro** nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Im Hinblick auf das Gestattungsverfahren ist der Auftraggeber mit seinem Antrag unterlegen, § 128 Abs. 3 GWB und somit kosten- sowie aufwendungsersatzpflichtig, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Höhe der dafür gesondert festzusetzenden Verfahrensgebühr entspricht in diesem Fall ein Viertel der Hauptsachegebühr, mithin mit ..... €. Dies folgt daraus, dass das Gestattungsverfahren gegenüber dem Hauptsacheverfahren ein tatsächliches und rechtliches Minus darstellt. Im vorliegenden Fall wurde über den Gestattungsantrag im Zusammenhang mit dem Hauptsacheverfahren entschieden. Die Bewertung mit 25 % des Hauptsacheverfahrens erschien daher gerechtfertigt.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin wird im Hinblick auf den Gestattungsantrag des Auftraggebers gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB i. V. m. § 80 VwVfG als notwendig erachtet, da die Materie eines Gestattungsantrages eine vergaberechtliche Spezialmaterie ist, die durch die Antragstellerin nicht mit eigenen Mitteln bewältigt werden konnte.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 VwKostG-LSA) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Gestattungsverfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro**,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ..... **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist in der Hauptsache 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 Beschwerdebegründung 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 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.

Gegen die Versagung der Zuschlagsgestattung ist gem. § 115 Abs. 2 S. 5 GWB eine sofortige Beschwerde gem. § 116 Abs. 1 GWB nicht zulässig. Auf Antrag des Auftraggebers kann das Beschwerdegericht, hier das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, unter den Voraussetzungen des § 115 Abs. 2 S. 1 GWB den sofortigen Zuschlag gestatten. Dieser Antrag ist schriftlich beim Beschwerdegericht zu stellen und zugleich mit seiner Einlegung zu begründen. Die zur Begründung des Antrages vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen (§ 115 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 121 Abs. 2 S. 1 und 2 GWB).

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Dolge