



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESVERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 9/06 (Rücknahme der Beschwerde)**

**AZ: 1 VK LVwA 11/06**

**Halle, 07.07.2006**

§ 97 Abs. 7 GWB  
§ 25 Nr. 2 Abs. 3 und Nr. 3 VOL/A  
- Wertung der Angebote  
- Ausschluss der Beigeladenen

Ausschlaggebend für die Bewertung der Angebote sind die in der Bekanntmachung veröffentlichten Nachweise und Erklärungen zur Eignungsprüfung, da die VOL/A unter § 7a Nr. 2 Abs. 3 bestimmt, dass der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung (§§ 17 und 17a VOL/A) angibt, welche Nachweise von den Bietern vorzulegen sind.

Nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 und Nr. 3 VOL/A darf der Zuschlag nur auf ein Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Umstände das wirtschaftlichste Angebot ist. Auf ein Angebot, dessen Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Der Auftraggeber hat zwar in seiner Prüfung erkannt, dass das Angebot der Beigeladenen erheblich vom Nächstbietenden abweicht und eine Aufklärung des Zustandekommens der Preise gefordert, jedoch entbehrt seine anschließende Bewertung im Ergebnis jeder rechtlichen Grundlage.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH  
.....  
Verfahrensbevollmächtigte  
.....  
Rechtsanwälte  
.....

Antragstellerin

gegen

den Landkreis .....  
.....  
Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte  
.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

..... GmbH  
Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte  
.....

Beigeladene

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren zur Einsammlung, Transport und Entsorgung von Abfällen für ein Teilgebiet des Landkreises ..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Im Rahmen der Wiederholung der Wertung sind die Angebote der Beigeladenen auszuschließen.
3. Die Kosten des Verfahrens und die Kosten der notwendigen Rechtsverfolgung der Antragstellerin trägt der Antragsgegner.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung wird für notwendig erklärt.
5. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens betragen sich auf insgesamt ..... **Euro**

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, abgesandt zur Bekanntmachung am.....2006, schrieb der Antragsgegner auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) das Einsammeln, den Transport und die Entsorgung von Abfällen für ein Teilgebiet des Landkreises ..... in zwei Losen aus. Darin gab der Antragsgegner bekannt, dass die Eignungsprüfung anhand der nachstehend aufgezeigten Unterlagen erfolgt:

- a) Kopie des aktuellen Handelsregistrauszugs oder eines entsprechenden Firmenregistrauszugs
- b) Gewerbe- oder Bundeszentralregistrauszug
- c) Bescheinigungen der zuständigen Stellen, dass das Unternehmen seine Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung und zur Berufsgenossenschaft erfüllt hat oder entsprechende eidesstattliche Erklärungen, sofern die Nachweise durch diese Stellen nicht möglich sind

- d) Erklärung des Bieters, dass er sich nicht in Liquidation befindet, kein Insolvenzverfahren o.ä. eröffnet, beantragt oder mangels Masse abgelehnt wurde
- e) ggf. gültiger Nachweis für bevorzugte Bewerber

Diese Nachweise sollten nicht älter als sechs Monate sein.

Weiterhin wurde unter anderem ergänzend gefordert, dass ein Übersichts-Zeitplan für die Errichtung der Annahmestelle sowie Angaben zum Grundstück der Annahmestelle mit dem Angebot vorzulegen sind. Ebenso war ein Nachweis der Zertifizierung als Entsorgungsbetrieb oder ein Einzelnachweis über das Vorliegen der Zertifizierungsvoraussetzungen einzureichen. Gefordert war ferner eine Übersicht über die in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen bezogen auf die in der Leistungsbeschreibung dargestellten oder mit diesen vergleichbaren Leistungen sowie des Auftragswertes, der Leistungszeit, der Auftraggeber und Angabe der Ansprechpartner mit Adresse und Telefonnummer differenziert nach Teilleistungen.

In den Angebots- und Bewerbungsbedingungen wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die geforderten Nachweise und Erklärungen dem Angebot beizufügen sind. Die unter Buchstabe c) benannten Nachweise waren auch von etwaigen Nachunternehmern beizubringen.

Die Vergabeunterlagen trafen bei der Antragstellerin am 23.01.2006 ein.

Mit Schriftsatz vom 24.02.2006 rügte die Antragstellerin erstmalig verschiedene Aspekte der Ausschreibungsunterlagen. Die Antragstellerin vertrat die Auffassung, dass das Leistungsverzeichnis gegen § 8 VOL/A verstoße und durch den Auftraggeber der Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung verletzt werde. Da der Auftraggeber dieses Rügeschreiben als nicht unverzüglich einstuft und in Folge dessen inhaltlich nicht weiter berücksichtigt, rügte die Antragstellerin dieses Verhalten unter ausdrücklichem Aufrechterhalten ihres Rügevortrages mit Schreiben vom 03.03.2006 erneut.

Zum Abgabetermin am 09.03.2006 lagen jeweils 4 Hauptangebote zu den Losen vor.

Aus den vorgelegten Auswertungsunterlagen der Erfüllungsgehilfin .... GmbH geht hervor, dass alle vier Angebote den formellen Anforderungen genügen und kein Angebot aus anderen Gründen auszuschließen ist. Mit zwei Bietern wurden Aufklärungsgespräche über die Auskömmlichkeit der Angebote bzw. den Stand der Bauvoranfrage zur Errichtung der Annahmestelle durchgeführt. Im Ergebnis ihrer Prüfung ermittelte die ..... GmbH die Angebote der Beigeladenen für Los 1 und 2 als die Wirtschaftlichsten. Am 25.04.2006 beschloss der Ausschuss Bau, Wirtschaft und Verkehr des Landkreises ..... den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. In Folge dessen teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 26.04.2006 mit, dass ihr Angebot nicht ausgewählt wurde, da die Beigeladene ein wirtschaftlicheres Angebot abgegeben habe.

Nach Zugang der Bieterinformation am 28.04.2006 beanstandete die Antragstellerin mittels dem Antragsgegner per Fax vom 02.05.2006 um 9.36 Uhr übermittelten Schriftsatz die geplante Zuschlagserteilung zu Gunsten der Beigeladenen, da diese gegen die hergebrachten Wertungsgrundsätze nach § 25 Nr. 2 VOL/A verstoße. In ihrer Begründung führte sie aus, dass die Beigeladene ihre Eignung im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A in nicht ausreichendem Maße dargelegt habe. Darüber hinaus sei ihr Angebot unauskömmlich gem. 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A.

Da der Antragsgegner dem Begehren der Antragstellerin nicht abhalf, hat Letztere mit Fax-Schreiben vom 10.05.2006 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom 11.05.2006 zugestellt worden.

Über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 GWB wurde er mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass dem Angebot der Beigeladenen betreffs der Forderung nach einem Nachweis über die Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb ein Zertifikat 0162 für das Einsammeln und Befördern von Abfällen beiliegt, welches bis zum 27.04.2006 gültig war. Ein Antrag auf Verlängerung bzw. Neuzertifizierung findet sich in den Unterlagen nicht und wurde auch nicht vom Auftraggeber nachgefordert. Bezüglich der Vorlage eines Übersichts- und Zeitplanes für die Errichtung der Annahmestelle liegt dem Angebot ein Optionsvertrag über die Verpachtung einer Teilfläche auf dem Flurstück 94/2 der Gemarkung ....., ein Antrag auf Prüfung der planungsrechtlichen Zulässigkeit für die „Errichtung und Betrieb einer Annahmestelle....“ vom 21.02.2006 sowie eine Eingangsbestätigung des Landkreises ..... über eine Bauvoranfrage vom 22.02.2006 bei. Hinsichtlich der Termine zur Fertigstellung der Ausführungsplanung sowie der Errichtung der Annahmestelle, welche mit Tag/Monat/Jahr zu bezeichnen waren, gibt die Beigeladene als Termin bzw. Zeitraum „nach Zuschlagserteilung“ an.

Darauf gründend forderte der Antragsgegner die Beigeladene mit Schreiben vom 22.03.2006 auf, den aktuellen Stand ihrer Bauvoranfrage für das vorgesehene Grundstück darzulegen und eine Erklärung darüber abzugeben, ob der angegebene Zeitplan nach derzeitiger Einschätzung realisiert werden könne. In ihrem Antwortschreiben erklärte die Beigeladene, dass bis zum 24.03.2006 zwar noch keine schriftliche Antwort vorlag, mündlich sei ihr jedoch zugesichert worden, dass der Vorgang noch bearbeitet werde und die Errichtung der Annahmestelle kurzfristig unter Berücksichtigung eines Zeitbedarfs von ca. 2 bis 4 Wochen möglich sei.

Im Formblatt 1-3 gibt die Beigeladene an, dass Leistungen der Teillose 2, 4, 5 und 6 (hier nur Entsorgung von Grünschnitt) von vier Unterauftragnehmern, der ..... Wertstoffmanagement GmbH, der ..... GmbH & Co.KG, der ..... Anhalt GmbH und der .... Torgau GmbH erbracht würden. Sie selbst erbringe die Aufgaben:

- Sammeln und Transport von Restmüll, Bioabfall, Weihnachtsbäumen, Pappe, Papier, Sperrmüll,
- Behältergestellung, Vermietung und Behälterdienst für Restmüll, Pappe, Papier und Bioabfall sowie
- Errichtung und Betrieb einer Annahmestelle.

Unter Punkt 6 – Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter bezogen auf die ausgeschriebenen oder vergleichbaren Leistungen führt sie untergliedert nach den Teillosen 1 bis 6 insgesamt 17 Mitarbeiter auf. Im Rahmen der Aufklärung bezüglich des Zustandekommens der Preise erklärte sie mit Schreiben vom 25.03.2006, dass die Leistungsdurchführung nur mit Neueinstellung von Personal realisiert werden könne. Da die Löhne für Arbeitskräfte aus dem Arbeitsmarkt der Region erheblich gesunken seien, habe sie mit marktüblichen Preisen kalkuliert und daher einen Personalkostensatz von 10,31 Euro angesetzt. Weitere Konkretisierungen bezüglich der Personalkosten nahm sie nicht vor.

Die Durchsicht der Angebote der Beigeladenen ergab ferner, dass unter Anlage 19 eine steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung mit Datum vom 19.05.2005, ausgestellt vom Finanzamt ....., sowie eine Bescheinigung der Verwaltungsberufsgenossenschaft vom 20.06.2005 für den Unterauftragnehmer ....Wertstoffmanagement GmbH beigefügt wurden. Ebenso findet sich unter Anlage 20 eine steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung mit Datum vom 05.07.2005, ausgestellt vom Finanzamt ..... für die Unterauftragnehmerin ..... GmbH & Co. KG.

Die Referenzliste der ..... Anhalt GmbH weist nur das Bauvorhaben und den Auftraggeber aus. Auch für die Teillose, welche die Beigeladene selbst erbringt, liegt lediglich ein allgemeines Referenzschreiben des Landkreises ..... vor. Desgleichen finden sich in den Unterlagen Referenzschreiben, in denen die Beigeladene selbst die Eignung ihrer benannten Unterauftragnehmer in ihrer Eigenschaft als Hauptauftragnehmer feststellt.

Die Kontrolle der Angebote der Antragstellerin endete mit der Feststellung der erkennenden Kammer, dass die in der Bekanntmachung geforderten Nachweise und Erklärungen allesamt beiliegen.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung,

dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei.

Zum einen sei sie mit keinem sachlichen Vortrag präkludiert. Insbesondere habe die Rüge zu den Verdingungsunterlagen erst am 24.02.2006 erfolgen können, da sie sich mit den Ausschreibungsunterlagen dezidiert erst am 21.02.2006 habe beschäftigen können.

Zum anderen verstoße die geplante Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen gegen die hergebrachten Wertungsgrundsätze nach § 25 Nr. 2 VOL/A. Das Angebot müsse von der weiteren Wertung ausgeschlossen werden, da die Beigeladene nicht in ausreichendem Maße ihre Eignung im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A dargelegt habe. Das Angebot der Beigeladenen entspreche nicht vollumfänglich den geforderten Ausschreibungsunterlagen, insbesondere seien nicht alle geforderten Eignungsnachweise für die Vertragserfüllung ausreichend und ordnungsgemäß vorgelegt worden. Darüber hinaus sei ihr Angebot unauskömmlich.

Unabhängig davon lägen vielfältige Verstöße gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot sowie den Wettbewerbs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor. Im Wesentlichen gründet der Vortrag darauf, dass es dem Auftraggeber nicht gelungen sei, die Ausschreibungsunterlagen so zu gestalten, dass diese von jedem Bieter in der gleichen Art und Weise hätten verstanden werden können.

Hinsichtlich der differenzierten Begründung wird auf die ausgetauschten ausführlichen Schriftsätze verwiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, die Wertung, insbesondere die Eignungsprüfung, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut vorzunehmen,
2. hilfsweise, dem Antragsgegner aufzugeben, die Ausschreibung aufzuheben und im Falle einer Neuausschreibung diese unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vorzunehmen,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen sowie
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten seitens der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sowie
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Er vertritt die Auffassung,

dass sämtliche Rügen nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB erfolgt seien. Im Übrigen führe das Vergabeverfahren nicht zur Verletzung von Rechten der Antragstellerin. Der detaillierte und umfassende Bericht zur Prüfung und Wertung der Angebote komme anhand der Regelungen der VOL/A zu Recht zum Ergebnis, dass die Beigeladene als geeignete Bieterin die wirtschaftlichsten Angebote abgegeben habe. Auch hier wird hinsichtlich der detaillierten Begründung auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

Den Beteiligten wurde in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu vertiefen bzw. zu ergänzen.

Mit Beschluss vom 29.05.2006 hat die Kammer der Antragstellerin Einsicht in die Akten gewährt, jedoch nicht in die Angebote der Mitbieter und die Auswertungsunterlagen, welche Inhalte aus den Angeboten enthalten sowie die Niederschrift der Eröffnungsverhandlung.

Die erkennende Kammer hat die Bieterin ..... GmbH mit Beschluss vom 01.06.2006 beige-laden und dieser mit Beschluss vom 06.06.2006 Akteneinsicht in gleichem Umfang wie der Antragstellerin gewährt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird neben den ausgetauschten Schriftsätzen auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB 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. Der Nachprüfungsantrag wird im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Dienstleistungsauftrag i.S. von § 99 Abs. 1 und 4 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung - Einsammlung, Transport und Entsorgung von Abfällen für ein Teilgebiet des Landkreises ..... - handelt es sich um eine Dienstleistung im Sinne von § 1a VOL/A Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert für den Leistungszeitraum von

annähernd fünf Jahren den Schwellenwert von 200.000,00 Euro überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I Abs. 2 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 22.01.2004 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen des Landkreises ..... hat.

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

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin muss als präkludiert gelten, soweit sich dieser inhaltlich auf die Rüge vom 24.02.2006 stützt.

Zwar kann der Rügezeitpunkt hier nicht als verspätet qualifiziert werden, da der Antragstellerin auch nicht durch die nach Auffassung der erkennenden Kammer als untaugliche Beweismittel der Auftraggeberseite zu qualifizierenden Beweisbeiträge nachgewiesen werden kann, dass sie sich entgegen ihrem Vortrag tatsächlich vor dem 21.02.2006 mit den Verdingungsunterlagen beschäftigt hat. Die erkennende Kammer geht diesbezüglich vielmehr von einem Ausschluss des Vortrages aus, da die Antragstellerin durch die Abgabe der Angebote ohne Hinweis auf die Aufrechterhaltung ihres Rügevortrages dokumentiert hat, dass sie offenbar doch in der Lage war, Angebote zu formulieren. Sie hat somit zumindest widersprüchlich gehandelt, so dass ihr Verhalten dem Anforderungsprofil des § 107 Abs. 3 GWB im Hinblick auf das Erfordernis der Nachhaltigkeit des Rügevortrages gegenüber der Auftraggeberseite nicht genügen konnte. Daran vermochte auch die Wiederholung des Rügevortrages am 03.03.2006 nichts zu ändern, da die Angebotsabgabe zum 09.03.2006 und somit zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte.

Im Ergebnis dessen musste die Kammer hier von einer Verwirkung ausgehen, zumal die Nichtabgabe eines Angebotes bei einem derartigen Rügevortrag die Antragsbefugnis aus hiesiger Sicht nicht hätte entfallen lassen.

Nicht präkludiert ist die Antragstellerin hingegen mit ihrem Rügevortrag vom 02.05.2006. Dem Erfordernis der unverzüglichen Rüge i. S. des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB wurde hinsichtlich der Kritik am Ergebnis der Auswertung der Angebote entsprochen.

Aus den der Kammer vorgelegten Unterlagen folgt, dass das Informationsschreiben des Auftraggebers der Antragstellerin am 28.04.2006 zugeht. Das durch diesen Zugang wiederum ausgelöste anwaltliche Rügeschreiben ist auf den 02.05.2006 datiert und wurde dem Antragsgegner am betreffenden Tag um 9:36 Uhr zugefaxt. Die erkennende Kammer geht davon aus, dass sich die vermeintliche Rechtswidrigkeit der Wertung für die Antragstellerin nicht bereits aus dem Inhalt des Informationsschreibens selbst aufdrängte, so dass die Rügefrist nicht mit dem Zugang des Informationsschreibens in Lauf gesetzt wurde. Ebenso steht für die erkennende Kammer nach Abwägung aller Umstände fest, dass der Antragstellerin mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nicht nachgewiesen werden kann, dass die ihrerseits mit der Rüge beauftragte Kanzlei die jedem Rügevortrag notwendigerweise vorausgehende Schlussfolgerung der vermeintlichen Rechtswidrigkeit des Auftraggeberhandelns nicht erst unmittelbar vor dem Erstellen des anwaltlichen Rügeschreibens am 02.05.2006 gezogen hat. Die Formulierung des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB lässt keinen Raum für bloße Spekulationen. Da weder der Vortrag des Antragsgegners noch der der Beigeladenen in dieser Hinsicht je über die Grenze der bloßen Spekulation hinausgegangen ist, kann kammerseitig an der Rechtzeitigkeit des Rügevortrages vom 02.05.2006 kein Zweifel bestehen. Dies gilt insbesondere auch dahingehend, als das Rügeschreiben am Tag seiner Formulierung per Fax bereits um 9.36 Uhr der Gegenseite übermittelt wurde.

Im vorliegenden Fall kommt es daher nicht darauf an, ob man sich der sehr strikten Sichtweise des OLG Koblenz anschließt, wonach der Bieter nach dem Erkennen des vermeintlichen Vergabefehlers diesen grundsätzlich binnen ein bis drei Tagen rügen müsse oder dem Rügeverpflichteten einen Zeitraum bis zu fünf Tagen, in sehr schwierigen Fällen von maxi-

mal zwei Wochen zubilligt, so OLG Naumburg in seinem Beschluss vom 14.12.2004 (AZ: 1 Verg 17/04).

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

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 unsachgemäße Bewertung des Angebotes der Beigeladenen in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie das annehmbarste Angebot abgegeben habe. Durch eine Zuschlagerteilung zu Gunsten der Beigeladenen droht ihr folglich ein Schaden.

Die Formerfordernisse des § 108 GWB wurden ebenfalls eingehalten.

Der Nachprüfungsantrag ist ebenso begründet.

Der Antragsgegner hat bei der Wertung der Angebote gegen ihn bindende Bestimmungen über die Durchführung von Vergabeverfahren verstoßen, auf deren Einhaltung die Antragstellerin einen Anspruch gemäß § 97 Abs. 7 GWB hat. Dies betrifft sowohl Regelungen zur Prüfung a) der formellen Vollständigkeit der Angebote sowie der Eignung der Bieter als auch b) der Auskömmlichkeit der den Angeboten zugrunde liegenden Kalkulationen.

a) Bei ordnungsgemäßer Durchsicht der Bieterunterlagen hätte dem Auftraggeber nicht entgehen dürfen, dass die Angebote der Beigeladenen im Gegensatz zu den Angeboten der Antragstellerin nicht dem hier relevanten Anforderungsprofil genügen.

Ausschlaggebend für die Bewertung der Angebote sind die in der Bekanntmachung veröffentlichten Nachweise und Erklärungen zur Eignungsprüfung, da die VOL/A unter § 7a Nr. 2 Abs. 3 bestimmt, dass der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung (§§ 17 und 17a VOL/A) angibt, welche Nachweise von den Bietern vorzulegen sind. Ausschließlich diese haben bei der Wertung Berücksichtigung zu finden. Das die Bewerbungsbedingungen hier hinsichtlich der Aktualität der beizubringenden Nachweise Abweichungen in Bezug auf den Regelungsinhalt der Bekanntmachung vorsehen, ist folglich unbeachtlich. Beachtlich ist hingegen die konkretisierende Festlegung in den Bewerbungsbedingungen zum Zeitpunkt der Vorlagepflicht. Neben der Verpflichtung zur Vorlage der Nachweise und Erklärungen mit dem Angebot folgt daraus, dass die Nachweise für die persönliche Lage dabei nicht älter als sechs Monate sein durften.

Ausweislich des Vortrages des Auftraggebers attestierte dieser bei allen vier Anbietern die Vollständigkeit der geforderten Angaben und Erklärungen, so dass ein Ausschluss gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 b) VOL/A nicht in Betracht komme. Stattdessen hätte er bei ordnungsgemäßer Wertung feststellen müssen, dass die Angebote der Beigeladenen Nachweise zur persönlichen Lage enthalten, die älter als sechs Monate sind. Durch seine Festlegungen in der Bekanntmachung zum Inhalt der Vorlagepflicht hat sich der Antragsgegner unabhängig von seiner aktuellen Auffassung zur Sinnhaftigkeit dieser Forderungen selbst gebunden.

Die seitens der Beigeladenen mit ihren Angeboten vorgelegten Nachweise, die zum Zeitpunkt der jeweiligen Angebotseröffnung älter als sechs Monate waren, müssen folglich als nicht vorgelegt gelten, so dass die Angebote der Beigeladenen bereits aus diesen Erwägungen heraus hätten ausgeschlossen werden müssen.

Ebenso wenig hat die Beigeladene der auftraggeberseitig getroffenen Festlegung entsprochen, mit dem Angebot auch einen Übersichts- und Zeitplan für die Errichtung der Annahmestelle vorzulegen. Dabei sah das vom Auftraggeber herausgegebene Formblatt 8-4 unter anderem die Angabe des Zeitpunkts der Antragsstellung zur Erteilung der Baugenehmigung für die Errichtung der Annahmestelle vor. Soweit die Beigeladene diesem



Anforderungsprofil mit der Eintragung des Zeitpunktes der Bauvoranfrage zu entsprechen suchte, musste sie nach Auffassung der erkennenden Kammer unweigerlich scheitern. Der Prüfungsmaßstab einer Bauvoranfrage entspricht nicht dem einer Baugenehmigung, so dass auch in einem derartigen Fall das Beantragen der Baugenehmigung unentbehrlich ist. Der Kammer ist dabei durchaus bewusst, dass die Abfrage dem Auftraggeber zu einer Einschätzbarkeit der zeitlichen Umsetzbarkeit des Vorhabens verhelfen sollte und die Eintragungen der Beigeladenen eine gewisse Einschätzung durch den Auftraggeber durchaus ermöglichen kann. Ebenso muss sich der Auftraggeber jedoch bewusst machen, dass er diese Einschätzung aufgrund der eindeutigen Formulierung anhand des Zeitpunktes des Antrages auf Baugenehmigung vornehmen wollte, so dass es dem Auftraggeber auch unter dem Gesichtspunkt der Manipulationsprävention zur Gewährleistung von Transparenz und Wettbewerb versagt bleiben muss, von den formulierten Parametern abzuweichen bzw. diese trotz augenscheinlicher Nichterfüllung für erfüllt zu erklären. Der Antragsgegner hat somit die Folgen seiner eventuell zu engen Formulierung zu tragen.

In den Rubriken Fertigstellung der Ausführungsplanung und Errichtung der Annahmestelle, die mit Tag/Monat/Jahr zu bezeichnen waren, gibt die Beigeladene als Termin bzw. Zeitraum „nach Zuschlagserteilung“ an. Auch diese Angaben sind unvollständig. Die Kammer kann hier ebenfalls nur zu dem Ergebnis gelangen, dass das Angebot der Beigeladenen für Los 2 formell unvollständig ist, was angesichts der auftraggeberseitig in der Bekanntmachung festgelegten Gesamtvergabe zu einer fehlenden Zuschlagsfähigkeit sämtlicher Angebote der Beigeladenen führt.

Ferner waren zur Prüfung der Fachkunde mit dem Angebot ein Nachweis der Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb oder Einzelnachweise der Zertifizierungsvoraussetzungen vorzulegen. Der Verpflichtung zur Vorlage hat die Beigeladene zwar entsprochen, der vorgelegte Nachweis ist zur Feststellung der fachlichen Eignung jedoch untauglich.

Nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. In den Unterlagen der Beigeladenen findet sich zwar ein Zertifikat als Entsorgungsfachbetrieb für das Einsammeln und Befördern von Abfällen, jedoch war dieses nur bis zum 27.04.2006 gültig. Weitere gleichgerichtete, auf sie ausgestellte Einzelnachweise finden sich in den Angeboten der Beigeladenen ebenso wenig, wie ein Nachweis für das Stellen eines Antrages auf Neuzertifizierung. Da die Leistungserbringung erst mit dem 01.07.2006 beginnen sollte und die Gültigkeit des Eignungsnachweises nicht in den Leistungszeitraum hineinreicht, kann die Eignung auf der Grundlage des vorgelegten Zertifikates in diesem konkreten Fall durch den Antragsgegner nicht festgestellt werden. Die gegenteiligen Schlussfolgerungen der Auftraggeberseite sind daher ermessensfehlerhaft.

Ebenso ermessensfehlerhaft ist die Feststellung des Antragsgegners, dass die personelle Leistungsfähigkeit der Beigeladenen anhand der Angaben in den Vergabeunterlagen positiv festgestellt werden könnte. Die Beigeladene hat im Rahmen der Aufklärung selbst dargelegt, dass sie die Leistungsdurchführung nur mit Neueinstellung von Personal realisieren könne. In ihren Angebotsunterlagen hat die Beigeladene 17 Mitarbeiter als vorhanden gemeldet. Eine Erklärung, dass weiteres Personal für die Leistungserbringung überhaupt notwendig, geschweige denn vorgebunden sei, findet sich in den Unterlagen hingegen nicht. Die Beigeladene rückt demnach von ihrem angebotsseitigen Vortrag ab, so dass sie nach Ablauf der Angebotsfrist eine inhaltliche Ergänzung der ursprünglich eingereichten Angebote vorzunehmen sucht. Ein derartiger Neuvortrag kann aber nach § 24

Nr. 2 Abs. 1 VOL/A keine Berücksichtigung finden. Ebenso unberücksichtigt muss hier aber auch der entsprechende Vortrag in den abgegebenen Angeboten bleiben, da dieser durch das Verhalten der Beigeladenen als tatsächlich überholt und somit nicht geeignet gelten muss, die persönliche Leistungsfähigkeit der Bieterin zu dokumentieren. Soweit die Beigeladene die erkennende Kammer durch ihren Hinweis darauf umzustimmen sucht, dass die benötigten Arbeitskräfte zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe grundsätzlich nicht vorhanden sein müssten, da ansonsten die großen gegenüber den kleinen

Anbietern bevorzugt würden, konnte sie nicht durchdringen. Der Auftraggeber ist bei einem Offenen Verfahren verpflichtet, die personelle Leistungsfähigkeit eines Anbieters zu prüfen. Bloße Hypothesen und Absichtserklärungen sind grundsätzlich nicht in der Lage, die personelle Leistungsfähigkeit zu beweisen und ein Kriterium im Rahmen einer wettbewerblichen Bewertung zu sein. Insofern hat die Beigelade tatsächlich Recht, wenn sie die personelle Leistungsfähigkeiten von Groß- und Kleinunternehmen unterschiedlich bewertet. Genau dies ist auch der Fall. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die kleineren Unternehmen am Wettbewerb nicht mehr erfolgreich teilnehmen könnten. Zum einen steht ihnen ein Zusammenschluss mit einem entsprechenden Bietergemeinschaftspartner durchaus offen, zum anderen besteht die Möglichkeit, die Bereitschaft zur Leistungserbringung der benötigten Personen auch unterhalb eines bereits bestehenden Beschäftigungsverhältnisses nachzuweisen. Wird wie hier keiner dieser Wege eingeschlagen, so muss die personelle Leistungsfähigkeit verneint werden.

Fehlerhaft sind ebenfalls die Feststellungen im Zusammenhang mit der Referenzliste der Unterauftragnehmerin .....Anhalt GmbH. Hier finden sich lediglich die Bezeichnungen der Bauvorhaben sowie der Auftraggeber. Es handelt sich folglich angesichts des vom Auftraggeber bekannt gemachten Anforderungsprofils um eine unvollständige und daher nicht um eine verwertbare Referenzliste.

Aufgrund der Vielzahl der unterschiedlichsten Defizite der Angebote der Beigeladenen sieht die Kammer davon ab, die weiteren Aspekte außerhalb der mündlichen Verhandlung im Detail zu beleuchten.

Von besonderer Bedeutung erscheint jedoch die in der mündlichen Verhandlung seitens der Beigeladenen geäußerte These, wonach es grundsätzlich nicht ausgeschlossen sei, eine von einem Hauptauftragnehmer gegenüber einem Nachauftragnehmer ausgestellte Referenz in ein Vergabeverfahren einzuführen.

Grundsätzlich impliziert der Begriff der Referenz, dass diese vom Leistungsempfänger gegenüber dem Leistungserbringer ausgestellt wird, dies umso mehr, als wie hier der Name des Auftraggebers Bestandteil der abgeforderten Angaben in der beizubringenden Referenzliste ist. Darüber hinaus würde dem Anbieter, der seine Leistung nicht vollständig selbst erbringt, im Vergleich zu den anderen konkurrierenden Bietern insoweit ein gravierender Wettbewerbsvorteil erwachsen, als ihm faktisch die Möglichkeit eingeräumt würde, sein Angebot mit entsprechenden Referenzen zu bestücken, denen tatsächlich nur die Aussagekraft von Eigenerklärungen zukommt. Eine solche wäre für den Auftraggeber jedoch völlig wertlos.

- b) Auch wenn die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag ausschließlich die Wirtschaftlichkeitsprüfung angegriffen hätte, wäre auch hier eine Rückverweisung zur erneuten Wertung angezeigt gewesen. Nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 und Nr. 3 VOL/A darf der Zuschlag nur auf ein Angebot erteilt werden, dass unter Berücksichtigung aller Umstände das wirtschaftlichste Angebot ist. Auf ein Angebot, dessen Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Der Auftraggeber hat zwar in seiner Prüfung erkannt, dass das Angebot der Beigeladenen erheblich vom Nächstbietenden abweicht und eine Aufklärung des Zustandekommens der Preise gefordert, jedoch entbehrt seine anschließende Bewertung im Ergebnis jeder rechtlichen Grundlage. So stellt er hinsichtlich der Personalkosten für die Teilleistung 1 im Los 1 fest, dass der für die Leistung - Sammlung und Befördern von Restabfall – veranschlagte Zeitbedarf sowie die dafür kalkulierten Personalkosten in sich schlüssig seien. Im Formblatt 1-3 gibt die Beigeladene unter Punkt 6 „Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter“ für diese Teilleistung fünf Mitarbeiter an. In ihren Aussagen zur Kalkulation benennt sie jedoch nur Lohnkosten für neu einzustellendes Personal. Für die Kammer stellt sich hier die Frage, mit welchem Personalkostensatz der bereits beschäftigten Mitarbeiter der Prüfer hier die Auskömmlichkeit geprüft hat. Es geht auch aus den gesamten Unterlagen nicht hervor für welche Teilleistung wie viele Neueinstellungen notwendig sind. Im Grunde genommen standen dem Prüfer lediglich Angaben zum Gemeinkostensatz von ca. 6 – 7 % und Per-

sonalkostensatz von 10,31 EUR/h für Neueinstellungen zur Verfügung sowie die Gesamtkosten pro Jahr für Personal und Fahrzeuge für die Prüfung der Teilleistung 1, welche von der Beigeladenen selbst erbracht wird. Bei der Prüfung der Auskömmlichkeit der Kosten für die Fahrzeuge geht der Prüfer sogar soweit, dass er sich an die Stelle des Bieters setzt und unter Annahme üblicher kalkulatorischer Ansätze, welche diese auch immer sein sollen, die Anschaffungskosten eines gebrauchten Heckladers eigenhändig bestimmt. Hier missversteht er seine Aufgabe. Nicht er hat die Ansätze zu ermitteln, sondern der Bieter. Wird dieser, wie hier zur Vorlage einer nachprüfbaren Kalkulation differenziert nach den Kosten für die vorgesehenen Fahrzeuge und für das vorgesehene Personal aufgefordert, so kann der Auftraggeber bei Nichtvorlage der abgeforderten Unterlagen zu keiner positiven Feststellung der Auskömmlichkeit gelangen.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB macht die Vergabekammer von ihrem Recht Gebrauch, geeignete Maßnahmen zu verfügen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Beschädigung betroffener Interessen zu verhindern. In diesem Zusammenhang erschien es ihr in Abwägung der hier vorliegenden Umstände unerlässlich, neben der Anordnung der Wiederholung der Wertung entsprechend der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer den expliziten Ausschluss der Beigeladenen zu verfügen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

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

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. In diesem Nachprüfungsverfahren wird dem Antrag der Antragstellerin entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen des Antragsgegners, so dass dieser die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich hier auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Kosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von ..... € (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von ..... € (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ..... € hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzeichens 3300-..... auf das Konto ..... bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ ..... zu erfolgen.

Die Antragstellerin erhält den geleisteten Vorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

## **Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die 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 bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

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

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Dolge