



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 10/08 vom 15.01.2009

AZ: 1 VK LVwA 11/08

Halle, 12.09.2008

§§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), d), Abs. 2 a), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 5 und Abs. 4 VOL/A

- formelle Vollständigkeit der einzureichenden Angebote
- Verpflichtung zum Ausschluss von Angeboten, die - abweichend von der auftraggeberseitig in den Vergabebedingungen fixierten Forderung - nicht rechtsverbindlich unterschrieben wurden
- nicht eindeutiger Eingangsvermerk der Nachtragsangebote

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... AG
.....

Antragstellerin

gegen

die mbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

..... GmbH
.....
Verfahrensbevollmächtigte
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Verhandlungsverfahren zur der mbH hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt im Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 28.08.2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Angebotswertung entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin auferlegt.
3. Die von der Antragsgegnerin zu zahlenden Kosten (Gebühren und Auslagen) vor der Vergabekammer beziffern sich auf insgesamt **Euro.**

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 28.03.2007 schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Verhandlungsverfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) die Vergabe der Lieferung von 160 Bordrechnern/Fahrausweisdruckern einschließlich der Sende- und Empfangseinheiten für die Sprach- und Datenübertragung sowie eines zentralen Datenverwaltungssystems aus. In Folge des im Zusammenhang mit der Vergabe der streitbefangenen Leistung im Jahre 2007 unter dem Aktenzeichen 1 VK LVwA 24/07 ergangenen Beschlusses der Vergabekammer übersandte die Antragsgegnerin unter Verzicht auf eine erneute Bekanntmachung mit Schreiben vom 10.04.2008 von ihr überarbeitete Ausschreibungsunterlagen an 12 potentielle Bieter. Die Angebotsschreiben sowie die Vergabebedingungen wurden vorab modifiziert. In ihrem Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Bieter bei der Abgabe des Angebotes die Vergabebedingungen, das Leistungsverzeichnis, das Lastenheft, die Allgemeinen und technischen Vorbemerkungen, die Besonderen Vertragsbedingungen und die Ergänzenden Vertragsbedingungen zu beachten haben. Weiterhin sollten die Angebote in zweifacher Ausfertigung eingereicht werden. Hierauf verwies sie nochmals ausdrücklich in ihren Vergabebedingungen. In diesen gab sie zudem bekannt, welchen inhaltlichen Anforderungen die Angebote genügen müssen. So sollten die Angebote unter anderem rechtsverbindlich unterschrieben sein. Auch hatten die Bieter mit dem Angebot schriftlich nachzuweisen, dass ihnen die Nachunternehmer für die durch sie ausgewiesenen Leistungen auch tatsächlich fachlich, terminlich und kommerziell verbindlich zur Verfügung stehen. Der zu erbringende Nachweis sollte sich ausdrücklich auf das vorliegende Projekt beziehen und zeitlich zumindest die Bindefrist des Angebotes bzw. bei Optionen den Zeitraum bis zur Gesamtsystemabnahme einschließen. Außerdem verwies die Antragsgegnerin in ihren Vergabebedingungen unter Punkt 13.1 darauf, dass Angebote, die nicht unterschrieben oder bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen worden sind, ausgeschlossen werden.

In den Besonderen Vertragsbedingungen unter Punkt 3.1 wird nachstehender Zahlungsplan zugrunde gelegt:

- 30% bei Auftragserteilung gegen Vorlage einer Auszahlungsbürgschaft in gleicher Höhe
- 10% nach Freigabe der Pflichtenhefte
- 20% nach Lieferung aller Fahrzeugkomponenten (Hardware)
- 10% nach Inbetriebnahme der Verkaufsfunktion in allen Fahrzeugen
- 10% nach Inbetriebnahme der „stillen Zentrale“ und Anbindung aller Fahrzeuge
- 20% nach Gesamtsystemabnahme gegen Vorlage einer Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 10% des Auftragswertes

Vom Bieter konnte ein abweichender Vorschlag mit späteren Teilzahlungen mit dem Angebot eingereicht werden.

Zum Abgabetermin lagen der Antragsgegnerin fünf (Erst-) Angebote vor.

Ausweislich der Vergabeunterlagen wurde keines dieser Angebote aus formellen Gründen ausgeschlossen. Bei der inhaltlichen Prüfung wurde auftraggeberseitig festgestellt, dass die definierten Vorgaben im Lastenheft von den Bietern nicht vollinhaltlich erkannt und korrekt interpretiert wurden. Aufgrund dessen fanden mit allen Bietern Aufklärungsgespräche statt. Im Anschluss daran entschloss sich die Antragsgegnerin unter Beibehaltung der Vergabebedingungen, des Lastenheftes, der Allgemeinen und technischen Vorbemerkungen, der Besonderen Vertragsbedingungen und den ergänzenden Vertragsbedingungen sog. Nachtragsangebote einzuholen, welche die Grundlage zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes bilden sollten. Der Abgabetermin wurde auf den 4.06.2008, 10:00 Uhr festgelegt.

Alle fünf Bieter reichten ein Nachtragsangebot ein.

Den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk ist diesbezüglich zu entnehmen, dass auch hier kein Angebot aus formellen Gründen ausgeschlossen wurde. Nach Abschluss der dritten Wertungsstufe ermittelte die Vergabestelle das Angebot der Beigeladenen als das mit dem höchsten Nutzwert. Das Angebot der Antragstellerin belegte den zweiten Rang.

Mit Schreiben vom 16.07.2008 (eingegangen bei der Antragstellerin am 18.07.2008) teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige auf das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Dies u. a. auch deshalb, da die Antragstellerin keine Zusatzleistungen angeboten habe.

Auf der Grundlage dieses Absageschreibens rügte die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 23.07.2008 die Wertung der Angebote. Sie wies darauf hin, dass sie entgegen der Auffassung der Auftraggeberseite sehr wohl Zusatzleistungen angeboten habe. Darüber hinaus wiederholte sie ihren im Ergebnis des Eingangs der Angebotsunterlagen am 14.04.2008 verfassten Rügevortrag vom 17.04.2008 und legte dar, dass die Wertung der Angebote nicht auf der Basis der infolge der Überarbeitung der Ausschreibungsunterlagen modifizierten Wertungskriterien erfolgen dürfe. Vielmehr habe man im Rahmen der Wertung auf die Kriterien vom 29.03.2007 zurückzugreifen. Eine Änderung einer einmal veröffentlichten Gewichtung sei vergaberechtswidrig.

Da die Antragsgegnerin dem Begehren der Antragstellerin nicht abhalf, hat diese mit Fax-Schreiben vom 29.07.2008 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom selben Tag ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Aussetzung der Zuschlagserteilung sowie der Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden.

Seitens der Antragsgegnerin wurden der Kammer zunächst nur jeweils ein Exemplar der Erstangebote sowie der Nachtragsangebote der einzelnen Bieter ohne Verpackungsmaterial vorgelegt. Auf Nachforderung übergab die Vergabestelle die restlichen Angebote. Vereinzelt wurde auch Verpackungsmaterial beigelegt.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab hinsichtlich der Antragstellerin, dass sowohl die beiden Erstangebote als auch die beiden Nachtragsangebote jeweils identisch sind und am 05.05.2008 um 09:20 Uhr, bzw. am 04.06.2008 um 08:06 Uhr bei der Antragsgegnerin eingingen.

Hinsichtlich der Angebotsunterlagen der Beigeladenen ist festzuhalten, dass diese im Verzeichnis der Nachunternehmer sowohl bei den Erstangeboten als auch bei den Nachtragsangeboten jeweils übereinstimmend die Firmen, AG sowie GmbH als Nachunternehmer benannte. Verpflichtungserklärungen dieser Firmen liegen bei den Erstangeboten nur in zwei von drei Fällen vor. Den Nachtragsangeboten wurden keinerlei Verpflichtungserklärungen beigelegt, obwohl die erneute Vorlage auftraggeberseitig ausdrücklich im Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Nachtragsangebotes vom 23.05.2008 den Anbietern abverlangt wurde.

Hinsichtlich des Zahlungsplanes wurde stets nachstehender abweichender Vorschlag unter Verzicht auf die auftraggeberseitig geforderte Bankbürgschaft unterbreitet:

- 5% Gesamtauftragssumme bei Auftragserteilung
- 30% der Gesamtauftragssumme fällig nach Freigabe der Pflichtenhefte und nach Lieferung aller Fahrzeugkomponenten
- 40% der Gesamtauftragssumme fällig bei Inbetriebnahme der Verkaufsfunktion in allen Fahrzeugen und der „stillen Zentrale“ und Anbindung aller Fahrzeuge
- 20% der Gesamtauftragssumme fällig bei Systemendabnahme
- 5% nach Ablauf der Gewährleistungsfrist

Ausschließlich für die Nachtragsangebote gilt, dass diese jeweils unleserlich mit „ppa“ und „i.V.“ unterzeichnet sind. Ausweislich des vorgelegten Handelsregisterauszuges vertreten zwei Geschäftsführer bzw. ein Geschäftsführer mit einem Prokuristen die Firma gemeinsam. Eine Handlungsvollmacht liegt den Nachtragsangeboten nicht bei.

Weiterhin fällt auf, dass dort im Angebotsteil LCC seitens der Beigeladenen nur 119 Bordrechner angeboten wurden. Bei der Prüfung der Angebote durch den Auftraggeber nahm dieser prüferseitig eigenmächtig eine Erhöhung der Stückzahl von angebotenen 119 auf geforderte 160 unter Anpassung des Gesamtpreises vor. In der mündlichen Verhandlung wurde diese Vorgehensweise durch einen Vertreter der Antragsgegnerin mit dem mutmaßlichen Willen der Beigeladenen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe begründet.

Bei den gegenüber der erkennenden Kammer durch die Antragsgegnerin im Laufe des Nachprüfungsverfahrens nachgereichten Unterlagen befindet sich ein Umschlag, auf welchem Folgendes hinsichtlich der Beigeladenen vermerkt ist:

„Bieter: Eingang: 4.6.2008, 10:20 – persönlich“
Signum (unleserlich abgezeichnet).

In der Niederschrift zur Öffnung der Angebote vom 4.6.2008, 10.15 Uhr ist angesichts des Abgabetermins um 10.00 Uhr zur Beigeladenen jedoch protokolliert:

Angebotsdatum:	3. Juni 2008
Eingangsdatum/-uhrzeit:	04. Juni 2008; 9.40 Uhr

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag vollumfänglich zulässig und begründet sei. Die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin sei rechtsfehlerhaft erfolgt, da sie nicht auf der Grundlage der ursprünglich bekannt gegebenen Zuschlagskriterien basiere.

Schon der EuGH habe ausdrücklich festgestellt, dass eine Änderung der Zuschlagskriterien nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erfolgen dürfe. Im vorliegenden Fall lägen diese jedoch nicht vor. Die Antragsgegnerin habe die Zuschlagskriterien in Kenntnis der bereits im Jahre 2007 vorliegenden Angebote optimiert und neu definiert. Es seien Gewichtungskoeffizienten eingeführt worden, mit denen willkürlich das Ergebnis manipuliert werden könne. So habe die Antragsgegnerin gezielt z. B. die Ermittlung der Folgekosten unbestimmt defi-

niert, um über den Wertungsspielraum mit einem Gewichtungsfaktor die Punkte für die Folgekosten gegen Null streben zu lassen.

Selbst wenn die Vergabekammer die Änderung der Zuschlagskriterien als zulässig erachten sollte, habe die Antragsgegnerin ihren Beurteilungsspielraum überschritten, indem sie die Zusatzleistungen der Antragstellerin nicht gewertet habe. Entsprechend Punkt 13.8 der Vergabungsunterlagen solle eine Zusatzleistung nur dann gewertet werden, wenn zwei der aufgeführten Bedingungen erfüllt sind. Da die Zusatzleistungen der Antragstellerin jedoch sämtliche Bedingungen erfüllten, hätte die Antragsgegnerin dies mit einer 10-Punktebewertung berücksichtigen müssen. Schon mit der Anrechnung von nur 0,5 Punkten für die Zusatzleistungen hätte das Angebot der Antragstellerin den höchsten Nutzwert erreicht und somit anstelle der Beigeladenen für den Zuschlag in Betracht kommen müssen.

Weiterhin habe die Akteneinsicht zutage gebracht, dass in den Unterlagen der Antragsgegnerin nicht dokumentiert sei, wann und wie das Angebot tatsächlich eingegangen sei. Nachweislich sei das Angebot der Antragstellerin rechtzeitig beim Auftraggeber eingetroffen. Hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen gehe aus den Unterlagen jedoch nicht hervor, wie dieses die Antragsgegnerin erreichte. Somit bestünde Klärungsbedarf, ob es tatsächlich zum festgelegten Abgabetermin vor 10.00 Uhr oder erst nach Angebotsöffnung beim Auftraggeber eingegangen sei.

Darüber hinaus ergebe sich aus den Auswertungsunterlagen zur formellen Prüfung, dass die Beigeladene u. a. unter der Position 20 des Leistungsverzeichnisses keinen Preis eingetragen habe, obwohl in dieser Position Lizenzkosten für die Datenbanken auszuweisen waren. Die Beigeladene müsse daher überzeugend darstellen können, wie sie das Projekt ohne die geforderten Datenbanken zu realisieren gedenke. Ansonsten sei ein Ausschluss des Angebotes zwingend erforderlich. Ebenso habe die Beigeladene in unzulässiger Weise die kaufmännischen Bedingungen verändert, was auch im Verhandlungsverfahren zwangsläufig zum Ausschluss des Angebotes führen müsse.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebotswertung entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und unbegründet sei.

Hinsichtlich der Anforderungen des § 107 Abs. 3 GWB seien die durch die Antragstellerin mittels Schreiben vom 17.04. bzw. 18.04.2008 geäußerten vermeintlichen Vergabeverstöße unter Ausnahme der Kritik an der Wertungsentscheidung bezüglich der Zusatzleistungen nicht unverzüglich gerügt worden. Im vorliegenden Fall läge ein schuldhaftes Zögern bereits nach Ablauf einer Woche vor, da der Antragstellerin der Vergabegegenstand bereits bekannt gewesen sei und somit eine entsprechende Einarbeitungszeit entfalle. Auf Hinterfragung in der mündlichen Verhandlung legte sie dar, dass bereits Ende März 2008 erstmals abgeänderte Vergabeunterlagen versandt wurden. Im April habe es lediglich erneut eine Modifikation, jedoch beschränkt auf den Abgabetermin, gegeben.

Der Nachprüfungsantrag sei zudem auch unbegründet, da in der auflagentreuen Abänderung der Wertungskriterien kein vergaberechtlicher Verstoß liegen könne. Der Antragsgegnerin sei mit Beschluss der Vergabekammer aufgegeben worden, Mängel hinsichtlich der Wertungskriterien zu beseitigen. Dies ziehe denotwendig eine Neufassung dieser Kriterien nach sich. Auch eine damit im Zusammenhang stehende Verletzung des Transparenz- oder Diskriminierungsverbotes sei für die Antragsgegnerin nicht ersichtlich. Die der Bewertung zugrunde liegenden Formeln seien vor Angebotsabgabe mit den Vergabeunterlagen bekannt

gegeben worden. Nach diesen Kriterien seien die Angebote rechnerisch exakt bewertet worden. Das Formelwerk eröffne keine unzulässigen Ermessensspielräume.

Darüber hinaus beziehe sich der Begriff des Transparenzgebotes auf die Durchführung des Vergabeverfahrens und nicht auf die Möglichkeit, Zusatzinformationen im Nachprüfungsverfahren durch eine Akteneinsicht zu erhalten.

Des Weiteren erfülle das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Zusatzleistungen nicht die Voraussetzungen des Punktes 13.8. Im Angebot sei der Zusatznutzen nicht erkennbar geworden.

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

Der Antragstellerin ist mittels Beschluss vom 07.08.2008 Einsicht in die Akten gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen der Mitbieter bzw. Informationen über diese enthalten.

Die erkennende Kammer hat mit Beschluss vom 15.08.2008 die Bieterin GmbH beigeladen.

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

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

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 Lieferauftrag i. S. von § 99 Abs. 1 und 2 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung - Lieferung von 160 Bordrechnern/Fahrausweisdruckern einschließlich der Sende- und Empfangseinheiten für die Sprach- und Datenübertragung sowie eines zentralen Datenverwaltungssystems - handelt es sich um eine Lieferleistung im Sinne des § 1b VOL/A, Fassung 2006. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 422.000 Europäischen Währungseinheiten überschreitet, sind die Bestimmungen der b-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 § 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 die Antragsgegnerin ihren Sitz innerhalb der Grenzen des Landkreises hat.

Die Antragsgegnerin gilt als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB und übt eine Tätigkeit im Sektorenbereich/Verkehrswesen entsprechend § 8 Nr. 4 c) VgV aus. Demnach ist gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 VgV der 3. Abschnitt der VOL/A anzuwenden.

Soweit die Antragsgegnerin die Rechtzeitigkeit des Rügevortrages zumindest in Teilen in Zweifel zieht, vermag die erkennende Kammer dem nicht zu folgen.

Die Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB besteht ab dem Zeitpunkt, zu dem die Antragstellerin Kenntnis über einen Sachverhalt erlangt, der den Schluss auf die Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen zulässt und der bei vernünftiger Betrachtung die Beanstandung des Vergabeverfahrens als gerechtfertigt erscheinen lässt. Für Rügen bezüglich

der Ausschreibungsunterlagen beginnt die Rügefrist spätestens mit dem Beginn des Durcharbeitens der Unterlagen bzw. mit der Ausarbeitung des eigenen Angebotes. So ist es auch hier.

Ausweislich der durch die Antragsgegnerin übergebenen Vergabeunterlagen versandte diese an die Bieter mit Schreiben vom 10.04.2008, eingegangen bei der Antragstellerin am 14.04.2008, überarbeitete Ausschreibungsunterlagen. Entsprechend des ausdrücklichen Vortrages der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung muss die erkennende Kammer hier davon ausgehen, dass die Antragstellerin tatsächlich erst am 15.04.2008 mit dem Durcharbeiten der Angebotsunterlagen begonnen hat, so dass die gegenüber der Antragsgegnerin per Fax am 17.04.2008 bzw. am 18.04.2008 erhobenen Rügen unverzüglich erfolgt sind. Anhaltspunkte, die eine frühere Bearbeitung der Unterlagen durch die Antragstellerin belegen, sind aus der Aktenlage nicht zu entnehmen. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auf eine aus den auftraggeberseitig der Vergabekammer übergebenen Akten nicht erkennbare Übersendung von hinsichtlich der angegriffenen Kriterien unverändert gebliebenen Ausschreibungsunterlagen bereits am 31.03.2008 verweist, führt dies zu keiner anderen rechtlichen Bewertung. Es reicht nicht aus, dass ein Bieter aufgrund der bereits übersandten Unterlagen die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme ihres Inhaltes hatte. Ein Bieter bestimmt selbst, wann er sich mit den Angebotsunterlagen inhaltlich auseinandersetzt. Er ist nicht verpflichtet, die Angebotsunterlagen unmittelbar nach Eintreffen derselben auch nur zu sichten.

Auch hat die Antragstellerin dem Rügeerfordernis in Bezug auf die Wertung der Angebote entsprochen.

Ausschlaggebend für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Rügevortrages ist hier das ausweislich der Empfangsbestätigung am 18.07.2008 bei der Antragstellerin eingegangene Informationsschreiben der Antragsgegnerin gemäß § 13 VgV. Aus diesem geht unter anderem hervor, dass die Antragstellerin keine wertbaren Zusatzleistungen angeboten habe. Darauf reagierte die Antragstellerin mittels Faxschreiben vom 23.07.2008 und rügte die Wertung der Angebote. Ausweislich der Rechtsprechung des OLG Naumburg sowie der Spruchpraxis der erkennenden Kammer trifft den Rügeverpflichteten im Regelfall die Obliegenheit, innerhalb von drei bis fünf Tagen gegenüber der Auftraggeberseite zu rügen. Diesem Erfordernis wurde hier entsprochen.

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 hat hier durch Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundet. Mit ihrer Kritik an der Wertung und dem Hinweis auf einen ihr drohenden Schaden macht sie eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 GWB geltend. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend, s. a. Bundesgerichtshof, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06).

Ebenso hat sie durch das Abfassen des Nachprüfungsantrages den Anforderungen des § 108 GWB genügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet. Die Antragsgegnerin hat bei der Wertung der Nachtragsangebote gegen §§ 25 Nr. 1 Abs. 1b), d), Abs. 2 a), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 5 und Abs. 4 VOL/A und damit gegen bindendes Vergaberecht verstößt, auf dessen Einhaltung die Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch hat. Die Antragstellerin ist demnach in ihren Rechten verletzt. Eine Neubewertung der Nachtragsangebote ist folglich unumgänglich.

Die auftraggeberseitige Feststellung der Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Beigeladenen verstößt zum einen gegen das durch die Antragsgegnerin selbst gestaltete Anforderungsprofil an die formelle Vollständigkeit der einzureichenden Angebote, zum anderen gegen die Verpflichtung zum Ausschluss von Angeboten, die - abweichend von der auftragge-

berseitig in den Vergabebedingungen fixierten Forderung - nicht rechtsverbindlich unterschrieben wurden. Die Pflichtwidrigkeit der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beigeladenen folgt ebenso aus der bieterseitig vorgenommenen Änderung der Verdingungsunterlagen. Bei ordnungsgemäßer Durchsicht der Bieterunterlagen hätte dem Auftraggeber nicht entgehen dürfen, dass die Nachtragsangebote der Beigeladenen aus nachfolgenden Gesichtspunkten einer Zuschlagserteilung nicht zugänglich sind.

- a) Die Beigeladene hat ihrem Nachtragsangebot ein mit dem Erstantgebot identisches Nachunternehmerverzeichnis beigefügt. Damit suchte sie augenscheinlich dem im Auftragsauftragsschreiben zur Abgabe eines Nachtragsangebotes ausdrücklich formulierten auftraggeberseitigen Anforderungsprofil auf Vorlage von Nachunternehmererklärungen zu entsprechen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ein Nachunternehmerverzeichnis ist als bieterseitige Auflistung der im Zuschlagsfall zum Einsatz kommenden Nachunternehmer nicht mit der Erklärung dieser Unternehmen gleichzusetzen, dass diese zur Erbringung der Nachunternehmerleistung auch tatsächlich in der Lage und willens sind. Die Nichtvorlage dieser Nachunternehmererklärungen hätte bei ordnungsgemäßer Wertung der Antragsgegnerin zwingend zur Feststellung der formellen Unvollständigkeit und fehlenden Zuschlagsfähigkeit der Nachtragsangebote der Beigeladenen gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 2a), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A führen müssen. Das der Auftraggeberseite grundsätzlich zugebilligte Ermessen hat die Antragsgegnerin bereits durch die Gestaltung des Anforderungsprofils an die Nachtragsangebote ausgeübt. Ein weiteres Ermessen steht ihr im Hinblick auf das Willkürverbot auch bei Vergaben in einem Verhandlungsverfahren auf der Grundlage der VOL/A nicht zu.

Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Beigeladene bereits ihrem Erstantgebot zwei Nachunternehmererklärungen beigefügt hat, da - ungeachtet der Unvollständigkeit auch dieser Vorlage - ein Rückgriff auf diese Vorlagen dem bieterseitig allseits unwidersprochen gebliebenen Anforderungsprofil der Antragsgegnerin ausdrücklich zuwiderlaufen würde.

- b) Ein Angebotsausschluss war durch die Antragsgegnerin auch gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOL/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 S. 5 VOL/A zwingend auszusprechen, da die Nachtragsangebote der Beigeladenen nicht rechtsverbindlich unterschrieben wurden. Zwar lässt die VOL/A eine einfache Unterschriftsleistung genügen, die Antragsgegnerin legte jedoch in den den Bieter übergebenen Vergabebedingungen ausdrücklich fest, dass die Angebote einem erhöhten Anforderungsprofil unterliegen und rechtsverbindlich unterschrieben sein müssen. Diesem Anforderungsprofil entsprechen die Angebotsunterlagen der Beigeladenen jedoch nicht.

Ausweislich des Handelsregisterauszuges vom 22.02.2008 wird die Beigeladene durch zwei Geschäftsführer gemeinsam bzw. durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten. Entgegen dieser Festlegung wurden die Nachtragsangebote lediglich durch den Vertriebsleiter, Herrn, sowie einer weiteren Person, deren Unterschrift unleserlich und mit „ppa“ gekennzeichnet wurde, unterzeichnet. Da der Vertriebsleiter keine Geschäftsführeigenschaft besitzt, würde die Rechtsverbindlichkeit der Unterschriften aufgrund des zum zentralen Inhalt des Vergaberechtes gehörenden Transparenzgebotes die Beiheftung einer auf den Vertriebsleiter ausgestellten Handlungsvollmacht zu den Nachtragsangeboten der Beigeladenen bedürfen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ob der Vertriebsleiter innerbetrieblich tatsächlich zur Unterschriftsleistung legitimiert war oder eine Genehmigung derselben erfolgte, ist aufgrund des hier kraft Auftraggeberwillens an die Unterschrift zu stellenden erhöhten Anforderungsprofils vergaberechtlich ohne rechtliche Relevanz.

- c) Die fehlende Zuschlagsfähigkeit der Angebote der Beigeladenen folgt ebenso aus der bieterseitigen Abänderung der Verdingungsunterlagen. Der Antragsgegnerin steht auch in diesem Fall nach dem Willen des Ordnungsgebers kein Ermessen zu. Der Ausschluss ist gemäß der Regelung des § 25 Nr. 1 Abs. 1d) VOL/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A zwingend.

Ausweislich der Nachtragsangebote der Beigeladenen hat diese im Angebotsteil LCC Austauschteile für lediglich 119 Bordrechner angeboten, obwohl die Auspreisung für 160

Bordrechner auftraggeberseitig für alle Bieter erkennbar abverlangt wurde. Es sei der Auftraggeberseite in diesem Falle zugestanden, dass sie diesen Sachverhalt in rechtsirriger Art und Weise nicht als eine bieterseitige Änderung des Leistungsverzeichnisses qualifizierte, sondern - wie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen - tatsächlich von einem Bieterwillen ausging, der sich auf 160 Bordrechner erstreckte. Dennoch hätte die Antragsgegnerin auch in diesem von ihr angenommenen Fall keine Änderungen an den bieterseitigen Eintragungen im Angebot der Beigeladenen vornehmen dürfen. Dieses Recht stünde nach dem Verstreichen des Abgabetermins noch nicht einmal der Beigeladenen selbst zu. Vielmehr muss sich die Beigeladene an ihren Eintragungen in den Angeboten festhalten und messen lassen. Ihre inneren Motive und Irrtümer stehen im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht zur Bewertung an. Das hohe Schutzgut des freien Wettbewerbes macht es zur Bekämpfung von Manipulation und Korruption im Vergabewesen unmöglich, innere, nach Außen nicht erkennbare Umstände beim einzelnen Bieter der Interpretationshoheit eines Auftraggebers zu überlassen.

Eine weitere Änderung der Verdingungsunterlagen nahm die Beigeladene im Zusammenhang mit dem von der Antragsgegnerin als Standard vorgegebene und unter Punkt 3 der Besonderen Vertragsbedingungen den Bietern zur Kenntnis gegebene Zahlungsplan durch die Überschreitung der auftraggeberseitig vorgegebenen Grenzen vor.

Ausweislich der dortigen Festlegungen war durch die Bieter als Sicherheit für eine ordnungsgemäße Durchführung der vertraglichen Leistungen bei Auftragserteilung eine Anzahlungsbürgschaft in Höhe von 30 % sowie bei der Gesamtsystemabnahme eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 10 % des Gesamtauftragswertes anzubieten. Unter Abweichung vom Standardentwurf konnten die Bieter Vorschläge mit späteren Teilzahlungen in ihr Angebot einarbeiten und dafür Sonderpunkte erhalten. Es waren daher nach Auffassung der erkennenden Kammer nur solche Vorschläge zugelassen, die im Vergleich zum Standardentwurf eine Besserstellung der Antragstellerin beinhalteten. Zwar stellt die Beigeladene die Antragsgegnerin bei oberflächlicher Betrachtung durch die Gestaltung der von ihr avisierten Teilzahlungsverpflichtungen scheinbar besser, durch das Nichtanbieten der im Standardentwurf enthaltenen Bürgschaften erhöht sie jedoch das grundsätzlich stets vorhandene Risiko der Nichtdurchsetzbarkeit von vertraglichen Ansprüchen im Falle der Insolvenz der Beigeladenen zu Lasten der Antragsgegnerin. Dies stellt eine Schlechterstellung der Auftraggeberseite dar und war somit von der Antragsgegnerin nicht zugelassen. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass sich jedwede Abwägung zwischen einer anfänglich geringeren Zahlungsverpflichtung und der Erhöhung des Insolvenzrisikos aufgrund der Festlegungen der Antragsgegnerin in ihren Besonderen Vertragsbedingungen verbietet.

Der modifizierte Zahlungsplan der Beigeladenen wurde somit zu Unrecht als mit dem Anforderungsprofil der Antragsgegnerin in Übereinstimmung stehend mit Sonderpunkten belohnt. Dies führt aufgrund der Freiwilligkeit des Anbietens eines vom Standardentwurf abweichenden Zahlungsplanes isoliert betrachtet zwar nicht zur Feststellung der mangelnden Zuschlagsfähigkeit der Nachtragsangebote, jedoch ebenfalls zur Notwendigkeit der Wiederholung der Wertung durch die Antragsgegnerin.

Abschließend weist die Kammer der Vollständigkeit halber darauf hin, dass sich in den durch die Antragsgegnerin eingereichten Vergabeunterlagen hinsichtlich des Eingangsvermerkes der Nachtragsangebote der Beigeladenen unterschiedliche Angaben befinden, so dass durch die erkennende Kammer nicht eindeutig feststellbar ist, inwieweit die Nachtragsangebote zum Abgabetermin am 04.06.2008, 10.00 Uhr tatsächlich vorlagen. So befindet sich auf dem Angebotsumschlag einschließlich eines unleserlichen Signums ein vermerkter Eingang der Angebote um 10.20 Uhr. In der Niederschrift zur Öffnung der Nachtragsangebote ist hingegen ein Angebotseingang um 09.40 Uhr protokolliert. Eine Erklärung konnte die Antragsgegnerin auch in der mündlichen Verhandlung dazu nicht abgeben.

Soweit die Antragstellerin sich gegen die angewendeten Zuschlagskriterien wendet, geht sie in ihrer Rechtsauffassung fehl. Ausgehend vom Beschluss 1 VK LVwA 24/07 hatte im vorliegenden Vergabeverfahren lediglich die ursprüngliche Bekanntmachung bestand. Diese um-

fasst jedoch keine Angaben zu den Zuschlagskriterien. Die in den modifizierten Verdingungsunterlagen nunmehr bekannt gemachten Kriterien stehen folglich nicht im Widerspruch zu in der Bekanntmachung veröffentlichten Gesichtspunkten. Zudem wurden die ursprünglichen Zuschlagskriterien durch den unter obigem Aktenzeichen gefassten bestandskräftigen Beschluss als vergaberechtswidrig qualifiziert und die Antragsgegnerin angewiesen, die Verdingungsunterlagen abzuändern. Die Antragsgegnerin entsprach somit der auch durch die Antragstellerin nicht im Wege der sofortigen Beschwerde angegriffenen Entscheidung der Vergabekammer.

Hinsichtlich der Frage, ob die Antragsgegnerin die seitens der Antragstellerin angebotene Zusatzleistung zu Recht nicht gewertet hat, hat die erkennende Kammer im Hinblick auf die obigen Ausführungen auf eine rechtliche Wertung verzichtet.

In Anbetracht der vorherigen Ausführungen sieht sich die erkennende Kammer gemäß § 114 Abs. 1 GWB befugt, die Neuwertung der Angebote zur Gewährleistung des freien Wettbewerbes zu verfügen. Die Anweisung zur Neuwertung ist im Zusammenhang mit der Pflicht des Öffentlichen Auftraggebers zu vergaberechtskonformem Verhalten im Zusammenhang mit den Darlegungen in diesem Beschluss ein ausreichendes Mittel, die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine weitere Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

III.

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

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 der Antragsgegnerin, so dass diese die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

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) aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin Euro.

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren 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 die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kassenzeichens 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 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 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. Foerster