



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt**

Beschluss

AZ: 1 VK LSA 13/18

Halle, 21.06.2018

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 134 Abs. 2 GWB, § 168 Abs. 2 S. 1 und 2 GWB, § 193 BGB

- Zuschlag bereits wirksam erteilt
- Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit ist unzulässig, da auch dieser die Stellung eines Nachprüfungsantrages vor wirksamer Erteilung eines Zuschlages voraussetzt
- Einhaltung der 10-Tagesfrist des § 134 Abs. 2 GWB trotz Osterfeiertage
- bei Fristende des § 134 Abs. 2 GWB auf einen Samstag, Sonn- oder Feiertag wird die Frist nicht auf den nächsten Werktag verlängert, § 193 BGB nicht anwendbar
- Übereinstimmung des Vertragsinhaltes mit der ausgeschriebenen Leistung
- Unterschriftsleistung mit Zusatz „im Auftrag“

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen

die
.....

Antragsgegnerin

wegen

des Verhandlungsverfahrens bezüglich der Planungsleistungen für die Baumaßnahme
....., Objektplanung der Verkehrsanlagen hat die
1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ohne mündliche Verhandlung unter Vorsitz des
Leitenden Regierungsdirektors sowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin
..... und des ehrenamtlichen Beisitzers beschlossen:

1. Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des im
Vergabeverfahren, Objektplanung Verkehrsanlagen“
geschlossenen Vertrages,

des hilfsweise gestellten Antrages, die Entscheidung der
Antragsgegnerin aufzuheben

sowie des höchst hilfsweise gestellten Antrages auf Fest-
stellung, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist

werden verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf
insgesamt Euro.

Die Antragsgegnerin schrieb im Wege eines Verhandlungsverfahrens gemäß Ziffer II.2.4 der
Bekanntmachung die Objektplanung der Verkehrsanlagen Leistungsphasen 1 und 2 sowie optional
die Leistungsphasen 3 und 4 gemäß § 47 HOAI i.V.m. Anlage 13, Ziffer 13.1 aus. Zusätzlich war
als Besondere Leistung die Begleitung des Raumordnungsverfahrens inklusive der Teilnahme an
Besprechungen vorgegeben.

Mittels Aufforderungsschreibens vom 27.02.2018 zur Abgabe der Endangebote wurde den Bietern
eine Aufgaben- und Leistungsbeschreibung übersandt. Entsprechend Ziffer 2 legte der
Auftraggeber fest, dass die Leistungsphasen 1 und 2 sowie optional die Leistungsphasen 3 und 4
vergeben werden. Als Anlage war den Unterlagen ein Vertragsentwurf mit Stand vom 27.02.2018
beigefügt. Unter § 2 Abschnitte III. finden sich Unterlagen, die Vertragsbestandteil werden,
insbesondere Verpflichtungserklärungen der Unterauftragnehmer und der Eignungsleihe,
Verzeichnis der anderen Unternehmen (Eignungsleihe) und eine Erklärung Bieter-
/Arbeitsgemeinschaft.

Zum Abgabetermin der Endangebote am 13.03.2018 gingen von der Antragstellerin sowie vom
..... GmbH (Zuschlagsbieter) fristgerecht Angebote ein.

Mit Schreiben per Fax vom 29.03.2018, 06.19 Uhr wurde die Antragstellerin darüber informiert, dass
frühestens ab dem 09.04.2018 beabsichtigt sei, dem den Zuschlag zu erteilen.
Zudem wurden die Summen der Ergebnispunkte der Angebote der Antragstellerin sowie des
Zuschlagsbieters mitgeteilt.

In Erwiderung rügte die Antragstellerin per Fax ebenfalls mit Schreiben vom 29.03.2018, 16.39 Uhr
die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig. Der für den Zuschlag vorgesehene Bieter sei in
unterschiedlicher Weise einschlägig mit dem zu vergebenden Projekt vorbefasst. Spätestens mit
der Übergabe der Aufgabenstellung zur Angebotsunterbreitung wäre im Verfahren eine
Unterrichtung der anderen Teilnehmer in Bezug auf einschlägige Informationen, die nur der
Zuschlagsbieter gehabt habe, geboten gewesen. Das Gleichbehandlungsgebot habe man daher
verletzt.

Da die Antragsgegnerin der Rüge ausweislich des Schreibens per Fax vom 06.04.2018 nicht abhalf, ließ die Antragstellerin mit anwaltlichem Fax-Schriftsatz vom 12.04.2018 ein Nachprüfungsverfahren vor der 1. Vergabekammer einleiten. Am selben Tag ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin übersandt worden.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab, dass sich darin ein beidseitig mit Datum vom 11.04.2018 unterschriebener Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und dem Zuschlagsbieter über die Objektplanung der Verkehrsanlagen Leistungsphasen 1 und 2, optional die Leistungsphasen 3 und 4 gemäß § 47 HOAI i.V.m. Anlage 13, Ziffer 13.1 sowie die Besondere Leistung hinsichtlich der Begleitung des Raumordnungsverfahrens inklusive der Teilnahme an Besprechungen befindet. Für die Antragsgegnerin hat mit dem Zusatz „Im Auftrag“ und für den Zuschlagsbieter der Geschäftsführer unterschrieben. Ebenso findet sich in der Vergabeakte das Exemplar der Antragsgegnerin des geschlossenen Vertrages vom 11.04.2018, in dem unter den Unterschriften eine interne Mitzeichnungsliste verschiedener Bereiche der Antragsgegnerin mit den Daten jeweils vom 09.04.2018.

Im Vergleich des Vertragsentwurfes vom 27.02.2018 und des unterschriebenen Vertrages vom 11.04.2018 ist festzustellen, dass im Vertrag vom 11.04.2018 hinsichtlich des § 2 Bestandteile des Vertrages unter Abschnitt III. die Verpflichtungserklärungen der Unterauftragnehmer und der Eignungsleihe, Verzeichnis der anderen Unternehmen (Eignungsleihe) und eine Erklärung Bieter-/Arbeitsgemeinschaft fehlen. Zudem ist dem Vertragsentwurf ein Punkt 13 optionale Leistungen nicht zu entnehmen.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei.

Antragsbefugt sei die Antragstellerin, da sie aufgrund eines Wettbewerbsvorteils des Zuschlagsbieters in ihren Rechten verletzt sei. Ein zwischenzeitlich möglicherweise erteilter Zuschlag führe nicht zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Unter Verweis auf zwei Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 17.12.2014, Az: VIII-Verg 22/14 und vom 05.11.2014, Az: VIII-Verg 20/14 sei durch das am 29.03.2018 versandte Informationsschreiben mit frühestem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 09.04.2018 die 10-Tagesfrist des § 134 Abs. 2 GWB nicht in Gang gesetzt worden. Aufgrund der Versendung dieses Schreibens am Gründonnerstag und der anschließenden Osterfeiertage seien bis zum Ablauf der 10-Tagesfrist vergaberechtswidrig nur noch maximal 3 ½ Werktage verblieben. Diese würden nicht ausreichen, um einen Rechtsanwalt zu suchen, den Sachverhalt aufzuklären, die Rechtslage zu prüfen, zu rügen und einen Nachprüfungsantrag bis spätestens am 06.04.2018, 13.00 Uhr einzureichen, damit durch die Vergabekammer eine Zustellung noch vor dem 09.04.2018 sichergestellt wäre. Nicht anders könne es zu verstehen sein, dass die Zentralstelle der Antragsgegnerin mit angeblicher E-Mail vom 06.04.2018 hingewiesen haben will, dass der Zuschlag nicht vor dem 11.04.2018 erfolgen soll. Auch dadurch könne die eindeutig zu kurz bemessene Frist nicht geheilt werden, denn diese sei den Bietern nicht mitgeteilt worden. Auch wenn es in diesen Beschlüssen lediglich um die Rügeobliegenheit gegangen sei, habe man nämlich allgemein auf die nicht hinnehmbare Verkürzung beim Versand des Informations- und Absageschreibens hingewiesen. In diesem Fall habe man den Nachprüfungsantrag fristgerecht eingereicht, so dass somit das OLG nicht aussprechen musste, dass die Frist nicht wirksam in Gang gesetzt worden sei.

Abgesehen davon bezweifle die Antragstellerin, dass tatsächlich eine Zuschlagserteilung, die das Vergabeverfahren beendet habe, am 11.04.2018 erfolgt sei. Nach Vorlage eines Auszuges aus dem Besucherhandbuch falle auf, dass sich vor dem maßgeblichen Eintrag kein Datum befinde und die zeitliche Abfolge der Einträge nicht stimmig sei. Oberhalb des Eintrages von ohne Datumsangabe finde man Einträge für den 12.04.2018, beginnend ab 09.15 Uhr. Der sechste Eintrag, in der Zeile oberhalb von habe plötzlich das Datum vom 11.04.2018. Das könne an sich nicht sein, da die auszugsweise kopierte Seite scheinbar Eintragungen betreffe, die mit dem 12.04.2018, 09.15 Uhr beginnen. Bei ersichtlich fortlaufender Eintragung von oben nach unten könnten nicht in der Folge Eintragungen kommen, die den 11.04.2018 betreffen. So werde anhand des Besucherbuches gerade nicht bewiesen, dass am 11.04.2018 anwesend war.

Auch sei sehr ungewöhnlich, dass ein Vertrag in dieser Größenordnung von einem Amtsträger lediglich „im Auftrag“ unterzeichnet werde und der Vertrag mit dem Zuschlagsbieter bereits vor Unterzeichnung am 11.04.2018 durch die Antragsgegnerin, namentlich durch deren Regionalbereichsleiterin, unterzeichnet worden sein soll. Nach der Erfahrung der Antragstellerin und des Unterzeichners sei es Usus, dass Verträge erst vom Auftragnehmer und erst im Anschluss durch die Antragsgegnerin unterschrieben werden. Dies widerspreche den Vorgaben des HVA F-StB, Teil 2.5, wonach es heiße, dass der Vertrag mit Zugang der Annahmeerklärung beim Auftragnehmer (der auch vom Auftraggeber gegenzeichnete Vertrag) geschlossen ist. Es würde verwundern, wenn es vorliegend ausnahmsweise mal andersherum gewesen sein sollte. Ebenso verwunderlich sei es, dass beide Unterschriften am 11.04.2018 geleistet worden sein sollen, wo doch früher unterzeichnet haben soll. Aufzuklären bleibe danach, dass und warum den Vertrag bereits vor dem Auftragnehmer unterzeichnet habe und insbesondere wann.

Außerdem werde bestritten, dass der Vertrag mit all seinen Anlagen (§ 2) Gegenstand einer behaupteten Unterschriftsleistung am 11.04.2018 war. Sollte ein geänderter, angepasster Vertragstext oder ein solcher ohne die in § 2 bezeichneten Anlagen Gegenstand der Unterschriftsleistung gewesen sein, stelle sich die Frage einer De-Facto-Vergabe. Auf Seite 6 des Vertrages befinde sich ein Passus „(13) optionale Leistungen“ für die Leistungsphasen 3 und 4 aus dem Leistungsbild Objektplanung Verkehrsanlagen. Diese Passage sei im Vertragstext mit Stand vom 27.02.2018 nicht enthalten gewesen. Nach all dem sei es unwahrscheinlich, dass tatsächlich am 11.04.2018 ein vollständiger, mit allen in der entsprechenden Form ausgefüllten Vertrag mit allen Anlagen vorgelegen habe.

Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen begründet, da der Zuschlagsbieter Planungsleistungen im Zusammenhang mit der Anmeldung des Projekts „B 87, Neubau OU Weißenfels“ zum BVWP 2015 erbracht und somit die Antragsgegnerin gegen § 7 VgV verstoßen habe. Zudem habe die Antragsgegnerin keine Maßnahmen ergriffen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzerrt werde. Wenn die Antragsgegnerin davon ausgehe, dass sich die Bieter bei der Angebotskalkulation weiterer Erkenntnisquellen bedienen müssten, um ein den Anforderungen entsprechendes Angebot erstellen zu können, stelle dies einen weiteren Vergabeverstoß dar. Ebenso unverständlich sei die Behauptung der Antragsgegnerin, dass bei einem Zeitablauf von nahezu 5 Jahren ein Wissensvorsprung nicht mehr bestünde. Darüber hinaus werde die vergaberechtsfehlerhafte Wertung des Angebotes der Antragstellerin gerügt, da nicht ersichtlich sei, wieso die Antragstellerin bei den Qualitätskriterien Punktabzüge hinnehmen müsse. Tatsächlich hätte die Antragstellerin mit Blick auf die feinziselierten Zuschlagskriterien und die darin definierten Anforderungen ein besseres Angebot unterbreiten können, wenn ihr die Unterlagen aus dem Bundesverkehrswegeplan bekannt gewesen wären. Der Wissensvorsprung sei unstreitig nicht ausgeglichen worden. Zusätzlich habe sich die Antragsgegnerin in Bezug auf das Kriterium „Bearbeitungskonzept“ bei der Punktebewertung verrechnet.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der im Vergabeverfahren, Objektplanung Verkehrsanlagen“ gemäß EU-Auftragsbekanntmachung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB erteilte Zuschlag unwirksam ist,

hilfsweise,

der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen und die von der Antragsgegnerin getroffene Entscheidung aufzuheben,

höchst hilfsweise,

festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist,

2. geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wiederherzustellen und die Rechtsverletzung zu beseitigen,
3. der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin zu gewähren,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen sowie
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin erforderlich war.

Die Antragsgegnerin beantragt hingegen,

1. den Antrag zur Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens zu verwerfen,

hilfsweise,
den Antrag zur Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens zurückzuweisen und
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Zur Begründung trägt die Antragsgegnerin vor, dass das Vergabeverfahren durch den rechtswirksam erteilten Zuschlag am 11.04.2018 beendet und somit der Nachprüfungsantrag vom 12.04.2018 bereits unzulässig sei. Aufgrund des der Antragstellerin am 29.03.2018 zugegangenen Informationsschreibens mit der Mitteilung der frühesten Zuschlagserteilung ab dem 09.04.2018 an den Zuschlagsbieter habe man mit der Zuschlagserteilung am 11.04.2018 die formellen Anforderungen des § 134 Abs. 1 und 2 GWB vollumfänglich erfüllt. Der Antragstellerin war es möglich, mit Schreiben vom selben Tag nämlich am 29.03.2018 eine Rüge über zwei der hier behaupteten Rechtsverletzungen gegenüber der Antragsgegnerin auszusprechen. Unverständlich sei, wieso es dann der Antragstellerin nicht möglich gewesen sei, in Kenntnis der laufenden Frist einen Nachprüfungsantrag innerhalb der Wartefrist bis zum 09.04.2018 bzw. bis zur Zuschlagserteilung am 11.04.2018 einzureichen. Die im Informationsschreiben genannte Frist entspreche derjenigen, die durch § 134 Abs. 2 GWB bei elektronischer Übermittlung der Information von 10 Kalendertagen vorgesehen sei. Es sei davon auszugehen, dass es dem Gesetzgeber bei der Abfassung dieser Regelung bekannt war, dass Feiertage etc. die Fristen verkürzen können. In Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung habe die Zentrale ausweislich der E-Mail vom 06.04.2018 darauf hingewiesen, dass der Zuschlag nicht vor dem 11.04.2018 zu erteilen sei, um den effektiven Rechtsschutz der Antragstellerin nicht unverhältnismäßig zu erschweren. Tatsächlich sei der Zuschlag erst am 11.04.2014 erteilt worden, so dass der Antragstellerin eine angemessene und übliche Frist von 6 Arbeitstagen für die Einleitung eines Nachprüfungsantrages zur Verfügung gestanden habe. Ein Verstreichenlassen dieser Frist über einen Zeitraum von 3 Tagen sei nicht nachvollziehbar und stelle sich vielmehr als missbräuchlich dar. Denn die Antragstellerin habe nicht darauf vertrauen können, dass die 10-Tagesfrist nicht wirksam in Lauf gesetzt werde. Insoweit ent falle das Schutzbedürfnis der Antragstellerin. Es sei schon fraglich, inwieweit die erwähnte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hier zum Tragen komme, denn es sei eine andere Fallkonstellation. Dort habe die Antragstellerin die Frist zur Einleitung eines Nachprüfungsantrages von 3 ½ Tagen nämlich gewährt, jedoch sei sie ihrer Rügeobliegenheit nicht nachgekommen. Soweit die Antragstellerin anzweifelt, dass tatsächlich am 11.04.2018 die Zuschlagserteilung erfolgt sei, sei die Unterzeichnung des Vertrages durch den unterschreibungsberechtigten Geschäftsführer des Zuschlagsbieters persönlich im Regionalbereich im Dienstzimmer des

erfolgt. Anhand des Besucherbuches der Pforte lasse sich nachvollziehen, dass sich am 11.04.2018 von 10.00 Uhr bis 10.40 Uhr im v. g. Gebäude der Antragsgegnerin befunden habe. Das Besucherbuch vom Regionalbereichwerde fortlaufend geführt. Tatsächlich könnte man den oberen sichtbaren Datumseintrag mit etwas unleserlicher Handschrift als 12.04. lesen. Der nächste, der sich darunter eingetragen habe, habe wahrscheinlich ohne Nachzudenken einfach eine „12“ vom Vorgänger übernommen. Insgesamt werde jedoch deutlich, dass am 11.04.2018 in der Zeit von 10.00 Uhr bis 10.40 Uhr in der gewesen sei.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens habe über die Vergabekammer per Fax am 12.04.2018 um 16.57 Uhr erreicht. Die erste Seite des Schreibens der Vergabekammer vom 12.04.2018 wurde beigelegt. Dies sei für gemäß dem Auszug Interflex am 12.04.2018, 16.50 Uhr bereits nach Dienstschluss gewesen. Somit habe am Donnerstag noch gar nicht wissen können, ob ein solcher Antrag gestellt werden würde. Das Fax habe ihn erst am Folgetag erreicht.

Am 13.04.2018 um 08.29 Uhr sei der Vergabekammer dann bereits der unterschriebene Vertrag per Fax übermittelt worden.

Hinsichtlich der Unterschriftsleistung der Antragsgegnerin wurde dargelegt, dass der von der Regionalbereichsleiterin unterzeichnete Vertrag durch als Vertreter der vorgelegt worden sei. Es entspreche der ständigen Praxis, dass den Vertrag vorab unterzeichne und der unterzeichnete Vertrag durch den zuständigen Sachbearbeiter zur Unterschrift dem Vertragspartner vorgelegt werde. Nach § 40 der Geschäftsordnung der in der Fassung vom 09.08.2017 unterzeichne nur der Präsident ohne Zusatz. Der Vertreter des Präsidenten zeichne mit dem Zusatz „In Vertretung“. In allen übrigen Fällen werde mit dem Zusatz „im Auftrag“ gezeichnet. Ergänzend werde die Dienstanweisung DA-04/2017 zur Kenntnis übersandt. Diese regule die Delegation von Zeichnungsbefugnissen auf die Regionalbereichsleiter/innen der

Darüber hinaus sei kein geänderter oder angepasster Vertragstext Gegenstand der Unterschriftsleistung gewesen. Das Endangebot des Zuschlagsbieters weise unter § 7 Vergütung die Summe der Gesamthonorare aus, d.h. einschließlich der Optionen. Im finalen Vertragstext sei implizit nur das Honorar der Leistungsphasen 1 und 2 im § 7 ausgewiesen worden. Die Aufführung der nicht vertraglich gebundenen, optionalen Leistungsphasen 3 und 4 sei dann im § 8 unter Punkt 13 erfolgt. Die Angebotssummen stimmen jedoch überein. Dies geschah auf Wunsch der Antragsgegnerin, da nur die Aufwendungen der Leistungsphasen 1 und 2 haushaltswirksam werden.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet, da der behauptete Verstoß gegen § 7 VgV nicht gegeben sei. Richtig sei, dass der Zuschlagsbieter die Anmeldeunterlagen für die OU Weißenfels zum BVWP 2015 längstens bis zum Jahr 2013 bearbeitet habe. Bei diesem Zeitraum von fast 5 Jahren sei davon auszugehen, dass etwaige Vorkenntnisse keinen wettbewerbsverzerrenden Vorteil bewirken könnten, so dass keine umfassenden ausgleichenden Maßnahmen getroffen werden mussten. Darüber hinaus seien die Ergebnisse dieser Voruntersuchung jedoch für jeden Interessenten jederzeit und ungehindert beispielsweise über „google“ bei Eingabe der Projektnummer zugänglich. Jedem fachkundigen Bieter sei die Zugänglichkeit dieser Daten bekannt. Zudem habe die Antragstellerin eine Ortsbesichtigung durchgeführt. Ein für die konkret ausgeschriebenen Leistungen vorteilhafter Wissensvorsprung, der vergaberechtlich bedeutsam gewesen wäre, über die mitgeteilten Anlagen und allgemein zugänglichen Informationen hinaus, habe nicht vorgelegen. Bei den Bewerbergesprächen sei es darum gegangen, wie es den Bewerbern gelinge, vorliegende Erfahrungen aus der Bearbeitung anderer, vergleichbarer Objektplanungen anzuwenden. Die vorliegende Projektspezifik habe die Aufgabenstellung ausreichend definiert und beschrieben. Fachspezifische Fragen seien keinem Bieter vorab bekannt gewesen. Zudem habe man entsprechend den Ausschreibungsunterlagen als auch dem Informationsschreiben für das Zuschlagskriterium „Bearbeitungskonzept“ eine Gewichtung von 20 % und nicht 15 % angegeben. Daher sei durch die Antragstellerin ein anderer Wert errechnet worden. Hinsichtlich des Abzuges von fachspezifischen Fragen verweist die Antragsgegnerin auf die Bieterprotokolle und die Vergabeunterlagen.

Mittels Schreiben vom 13.04.2018, 04.05.2018 und 15.05.2018 hat die Kammer die Antragstellerin informiert, dass beabsichtigt sei, den Nachprüfungsantrag sowie den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag wegen Unzulässigkeit zu verwerfen.

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

II.

Der Antrag der Antragstellerin ist unzulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 158 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammern - 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 maßgebliche Schwellenwert von 209.000 € für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß §§ 106 Abs. 1, 113 GWB i.V.m. § 3 VgV i.V.m. der einschlägigen EU-Verordnung 2015/2170 v. 24.11.2015 ist überschritten. Der Anwendungsbereich des Teiles 4 des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet.

Die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ist nach Abschnitt A § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 17.04.2013, MBl. LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB.

Dem Nachprüfungsantrag fehlt es vorliegend an der Statthaftigkeit, da der Zuschlag zum Zeitpunkt des Eingangs des Nachprüfungsantrages per Fax am 12.04.2018 bei der erkennenden Vergabekammer bereits wirksam erteilt war. Dies folgt aus § 168 Abs. 2 S. 1 GWB, wonach auch die Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz einen wirksam erteilten Zuschlag nicht rückgängig machen kann.

- a) Soweit die Antragstellerin davon ausgeht, dass durch das versandte Informationsschreiben die 10-Tagesfrist des § 134 Abs. 2 GWB in unzulässiger Weise verkürzt wurde und daher der Fristenlauf nicht in Gang gesetzt worden sei, geht sie fehl. Mittels Informationsschreibens der Auftraggeberseite, versandt und erhalten per Fax am 29.03.2018, wurde der Antragstellerin der zukünftige Vertragspartner sowie der Grund der eigenen Nichtberücksichtigung mitgeteilt. Als frühestmöglicher Zeitpunkt der Zuschlagserteilung wurde der 09.04.2018 benannt. Obwohl im Zeitraum vom 29.03.2018 bis zum 09.04.2018 die Osterfeiertage liegen, geht die erkennende Kammer davon aus, dass die in § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB geregelte Informations- und Wartefrist von 10 Kalendertagen vorliegend ausreichend bemessen war. Unabhängig davon, dass der nächste Kalendertag Karfreitag war, gibt der Gesetzgeber entsprechend § 134 Abs. 2 Satz 3 GWB eindeutig als Fristbeginn den Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber an. Dazu gehört auch, dass es auf den Tag des Zugangs des Informationsschreibens beim betroffenen Bieter nicht ankommt. Die Frist endet nach Ablauf von 10 Kalendertagen. Fällt das Fristende auf einen Samstag, Sonn- oder Feiertag, wird vorliegend die Frist dennoch nicht auf den nächsten Werktag verlängert, § 193 BGB ist nicht anwendbar. Grund dafür ist, anders als beispielgebend bei der Frist zum Stellen eines Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB, dass am letzten Tag der Frist noch keine Handlung vorzunehmen ist, sondern eine Rechtswirkung, nämlich das Ende des Zuschlagsverbots eintritt. Führt ein Feiertag am letzten Tag der Frist schon nicht zu einer Verlängerung derselben, ist eine solche durch Feiertage innerhalb der Frist erst Recht nicht angezeigt. Vorliegend hat die

Antragstellerin innerhalb des Zeitraumes vom 29.03.2018 (06.19 Uhr) bis zum 09.04.2018 10 Kalendertage die zur Rechtsverteidigung notwendigen Schritte einzuleiten. Ins Auge fällt vorliegend besonders, dass sich die Antragstellerin bereits am Tag der elektronischen Übermittlung des Informationsschreibens im Stande sah, ein Rügeschreiben zu verfassen und der Antragsgegnerin zuzuleiten. Es erscheint insoweit als nicht nachvollziehbar, wenn die Antragstellerseite von einer zu kurzen Frist zur Wahrung ihrer Rechte im Nachprüfungsverfahren vorträgt.

Zudem ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin den Zuschlag nicht am 09.04.2018, sondern erst am 11.04.2018 erteilt hat. In diesem Zusammenhang ist ohne rechtliche Bedeutung, dass die Antragsgegnerin dies den Bietern nicht mitgeteilt hat. Sehr wohl von rechtlicher Bedeutung ist allerdings, dass die Antragstellerin erst am 12.04.2018 ausweislich der Vollmacht den Rechtsanwalt beauftragt.

Auch die von der Antragstellerin zitierten Beschlüsse des OLG Düsseldorf führen zu keinem anderen Ergebnis. Denn im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin nicht 3 ½, sondern 7 Werktage Zeit gehabt, um den Nachprüfungsantrag rechtzeitig bei der Vergabekammer zu stellen.

- b) Neben ihren Ausführungen zur Nichteinhaltung der Informationspflichten gemäß § 134 GWB vermag die Antragstellerin ebenfalls nicht mit ihren Einlassungen zu den Umständen des Vertragsschlusses zu überzeugen. Dies gilt sowohl hinsichtlich des Zeitpunktes der Unterschriftsleistungen als auch hinsichtlich der Übereinstimmung des Vertragsinhaltes mit der ausgeschriebenen Leistung.

Der der Vergabekammer vorliegende Vertrag weist ausdrücklich eine Unterzeichnung durch beide Vertragsparteien am 11.04.2018 aus. Anhaltspunkte, die in der Lage wären, die Richtigkeit und damit die Beweiskraft der Vertragsurkunde ernsthaft in Zweifel zu ziehen, existieren nicht.

ba) So sind die Ausführungen der Antragstellerin zu den üblichen Gepflogenheiten der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der Unterzeichnung von Vertragsurkunden ohne Belang. Von Bedeutung ist hingegen, dass die die Antragsgegnerin vertretende Regionalbereichsleiterin zur Unterschriftsleistung mit dem Zusatz „im Auftrag“ befugt war. Ausweislich der Dienstanweisung DA-04/2017 sowie § 40 der Geschäftsordnung der vom 09.08.2017 steht dies außerhalb jeden Zweifels.

Gleiches gilt hinsichtlich des Zeitpunktes der Unterschriftsleistung durch Regionalbereichsleiterin Die Mitzeichnungsleiste des der erkennenden Kammer vorliegenden Vertragsexemplars der Antragsgegnerin weist eine Mitzeichnung von fünf Personen auf Seiten der Antragsgegnerin am 09.04.2018 aus. Dies stützt die Datierung der Unterschrift der Regionalbereichsleiterin auf der Vertragsurkunde.

bb) Soweit die Antragstellerin nunmehr auch den Zeitpunkt der Unterschriftsleistung des zweiten Vertragspartners in Zweifel zu ziehen sucht, vermag die erkennende Kammer diesen Ausführungen ebenfalls nicht zu folgen.

Zuzustimmen ist der Antragstellerin darin, dass ausweislich des Besucherbuches des Regionalbereiches der Antragsgegnerin in der Datumsspalte für den betreffenden Eintrag des als Vertreter des weiteren Vertragspartners kein Datum vermerkt wurde. Ebenso ist richtig, dass die unmittelbar vorausgehende Eintragung noch das Datum 11.04.2018 ausweist, während fünf Positionen zuvor bereits das Datum des Folgetages eingetragen wurde. Die sich diesbezüglich anschließenden drei Besucher verzichteten auf eine ausdrückliche Angabe des Datums und schlossen sich stattdessen durch Verwendung eines sogenannten Unterführungszeichens der Eintragung des jeweiligen Vorgängers an. Der Verwendung des Unterführungszeichens kommt nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer nach allgemeiner Lebenserfahrung nur ein sehr eingeschränkter

Beweiswert zu. Im Regelfall deutet eine derartige Konstellation auf die ungeprüfte inhaltliche Übernahme der Eintragung des Vorgängers als inhaltlich korrekt hin.

Der Rückgriff auf eben diese Regelvermutung rechtfertigt sich vorliegend zudem aus der relativen Kontinuität der ebenfalls einzutragenden Zeitangaben, wobei auch hier zu beachten ist, dass die Genauigkeit der Eintragung regelmäßig für die Besucher von eher untergeordneter Bedeutung ist. Wollte man eine Abweichung auch von mehreren Minuten bereits als Indiz für eine Manipulation deuten, so wäre dies allenfalls als Hinweis auf den Verlust jedweder Verhältnismäßigkeit in der Argumentation zu werten.

Der einzige Fall einer ausdrücklichen Datierung auf den 12.04.2018 muss nach den vorherigen Ausführungen als fehlerhafte Eintragung gewertet werden. Diese erklärt sich in der Art und Weise des vorherigen Eintrags im Besucherbuch der Antragsgegnerin. Dieser vorherige Eintrag ist in der Ausführung der Schreibweise der einzelnen Ziffern so ungenau, dass sowohl der 11.04., der 12.04. aber auch der 22.04. gemeint gewesen sein können.

bc) Ebenfalls unzutreffend sind die Ausführungen des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin hinsichtlich einer inhaltlichen Diskrepanz zwischen der ausgeschriebenen Leistung und dem unterzeichneten Vertragstext.

Die für diesen Parteivortrag wohl verantwortlichen Unterschiede zwischen dem den Verdingungsunterlagen auftraggeberseitig beigefügten Vertragsentwurf vom 27.02.2018 und dem unterzeichneten Vertragstext vom 11.04.2018 stellen jedoch keine inhaltlichen Veränderungen dar und sind demnach auch nicht geeignet, die Wirksamkeit des Vertragsschlusses in Frage zu stellen. Im Gegensatz zum Vertragsentwurf vom 27.02.2018 bezieht sich die Vergütungsregelung des § 7 der unterzeichneten Endfassung lediglich auf die Honorargröße der Leistungsphasen 1 und 2. Die optional zu erbringenden Leistungen der Leistungsphasen 3 und 4 sind nunmehr in § 8 (13) unter „Ergänzende Vereinbarungen“ normiert. Diesbezüglich konnte im Ergebnis der Überprüfung der erkennenden Kammer festgestellt werden, dass die Angebotssumme mit der Vertragssumme übereinstimmt.

Darüber hinaus sind in der unterzeichneten Endfassung unter § 2 als Vertragsbestandteile zulässigerweise die Unterlagen nicht mehr aufgeführt worden, die auf den Zuschlagsbieter bzw. auf dessen Angebot nicht zutreffen. Der Zuschlagsbieter hat nicht als Bietergemeinschaft angeboten, er betreibt keine Eignungsleihe und greift auch nicht auf Unterauftragnehmer zurück.

Gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Der Nachprüfungsantrag musste daher scheitern. Gleiches gilt hier hinsichtlich des höchsthilfsweise gestellten Antrages auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Auftraggeberhandelns, da auch dieser gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB das Stellen eines Nachprüfungsantrages vor wirksamer Erteilung des Zuschlags voraussetzt. Das Nachprüfungsverfahren muss sich durch Erteilung des Zuschlages, durch Aufhebung oder Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt haben. Das erledigende Ereignis darf folgerichtig erst nach Stellen eines rechtzeitigen Antrages bei der Vergabekammer eingetreten sein. Dies ist jedoch hier gerade nicht der Fall, da der Nachprüfungsantrag erst nach erfolgter Zuschlagserteilung eingelegt wurde.

Aufgrund wirksam erteilter Zuschlagserteilung am 11.04.2018, wurde der per Fax übermittelte Nachprüfungsantrag vom 12.04.2018, 15.01 Uhr, somit verspätet eingereicht.

Die Anträge auf Nachprüfung sowie auf Feststellung waren somit als unzulässig zu verwerfen.

Da die Anträge unzulässig sind, konnte die Vergabekammer gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz GWB im schriftlichen Verfahren ohne Gewährung von Akteneinsicht entscheiden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterlegene anzusehen, da sie mit ihrem Vorbringen nicht durchgedrungen ist.

Ausgehend von den Bestimmungen des § 182 Abs. 2 Satz 1 GWB ermittelt sich die Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer nach der geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt.

Unter Zugrundelegung der Gesamtbruttoangebotssumme der Antragstellerin ergibt sich diesbezüglich ein Betrag in Höhe von Euro.

Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen nach § 182 GWB i.V.m. § 10 des Verwaltungskostengesetzes in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

gemäß § 182 Abs. 1 Satz 1 GWB.

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 171 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 172 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, § 172 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 172 Abs. 3 GWB.

V.

Der ehrenamtliche Beisitzer hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterschreiben. Ihm lag der Beschluss hierzu vor.

.....

.....