



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 2 Verg 2/14 vom 30.04.2014

AZ: 1 VK LSA 14/13

Halle, 31.01.2014

§§ 97 Abs. 7, GWB i. V. m. § 2 EG Abs. 1 VOL/A

- Antragsbefugnis kann auch ohne Abgabe eines Teilnahmeantrages gegeben sein,
- Forderung in der Bekanntmachung zur Vorlage von fünf vergleichbaren Referenzen
- Frist zur Abgabe des Teilnahmeantrages von max. 6 Tagen ist unzureichend.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....mbH

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

..... Rechtsanwälte

.....

gegen

den

.....
.....

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Verhandlungsverfahren bezüglich der Beschaffung einer Baumanagementsoftware hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, die Auswahlentscheidung über die Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgrund der in der Bekanntmachung aufgestellten Voraussetzungen zu treffen. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren vor Abgabe der Teilnahmeanträge zurückzusetzen und den Teilnahmewettbewerb zu wiederholen.
3. Der Antrag des Antragsgegners auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB hat sich erledigt.
4. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten der notwendigen Rechtsverfolgung auferlegt.
5. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.
6. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am (Tag der Versendung der Bekanntmachung am2013) schrieb der Antragsgegner im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) die Beschaffung einer Baumanagementsoftware aus.

Auf Abforderung am 25.10.2013 gingen der Antragstellerin die Formblätter für den Teilnahmewettbewerb per Mail am 29.10.2013 zu. Ausweislich der Empfangsbestätigung erhielt sie die Unterlagen per Post am 31.10.2013. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 12.11.2013, 12.00 Uhr.

Unter dem Oberbegriff der Teilnahmebedingungen wurden ausweislich Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung Angaben und Formalitäten vorgegeben, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen. So sollten die Bewerber u. a. fünf vergleichbare Referenzen der letzten drei Jahre, die mit der unter Ziffer 1.5) beschriebenen Leistung vergleichbar sind, angeben. Nachfolgende Gliederungsstrukturen waren einzuhalten:

- Auftraggeber mit Anschrift
- Ansprechpartner mit Telefonnummer und E-Mail-Adresse

- Angabe der Leistungszeit
- Beschreibung der Funktionalitäten der Baumanagementsoftware.

Gleichlautende Anforderungen finden sich in den Eignungsformblättern.

Ausweislich Punkt IV.1.2) legte der Auftraggeber fest, dass die Teilnahmeanträge in einem dreistufigen Verfahren geprüft werden. Zuerst sollte geprüft werden, inwieweit die abgeforderten Nachweise und Erklärungen vollständig vorliegen.

In Reaktion auf eine Bieteranfrage, informierte der Auftraggeber alle Bewerber mittels Mail vom 31.10.2013 darüber, dass auch mehr als fünf vergleichbare Referenzen angegeben werden dürften. Es wurde jedoch betont, dass der Beurteilungsspielraum im Rahmen der Gleichbehandlung aller Bewerber auf der Grundlage der inhaltlichen Ausführungen zu den jeweils dargestellten Referenzen sowohl hinsichtlich der Beurteilung der Geeignetheit als auch im Rahmen der Bewerberreduzierung ausgeübt werde und es somit nicht auf eine über die Anzahl fünf hinausgehende Zahl von Referenzen ankomme.

Die Antragstellerin rügte gegenüber dem Antragsgegner mittels Fax-Schreiben vom 31.10.2013, dass die Forderung von fünf Referenzen mit vergleichbaren Leistungen vergaberechtswidrig sei, da sich dadurch kleine und mittelständische Unternehmen nicht beteiligen könnten. Außerdem müsste der ausgeschriebene Auftrag in Fachlose unterteilt werden.

Die auftraggeberseitige Reaktion erreichte die Antragstellerin per Fax am 06.11.2013. Hinsichtlich der vermeintlich fehlerhaften Losunterteilung legte der Antragsgegner die Gründe dar und informierte über die Nichtabhilfe. Darüber hinaus teilte er mit, dass die Forderung von fünf Referenzen entgegen dem Verständnis der Antragstellerin keine Mindestanforderung darstelle. Auch bei Einreichen einer geringeren Anzahl von Referenzen sei eine positive Eignungsprognose möglich.

Daraufhin ließ die Antragstellerin mittels Fax-Schreibens vom 07.11.2013 anwaltlich vortragen, dass hinsichtlich der Referenzen die Interpretation des Antragsgegners keinesfalls durch den Text der Bekanntmachung gestützt werden könnte. Aus der Formulierung in der Bekanntmachung ergebe sich eindeutig, dass die Vorlage von fünf vergleichbaren Referenzen erforderlich sei und somit diese Forderung als Mindestvorgabe zu verstehen wäre. Dies folge schon aus den einschlägigen Regelungen der §§ 7 EG Abs. 5, 15 EG Abs. 1 VOL/A i. V. m. Art. 36 Abs. 1 VKR Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) 2004/18/EG sowie dem Standardformular 2 (Anhang II der VO (EG) 1564/2005; siehe auch Anhang VII zu Art. 36 Abs. 1 VKR unter A Bekanntmachung Ziffer 17). Eine solche Mindestanforderung sei eindeutig und keiner vom Wortlaut abweichenden Auslegung zugänglich. Der Auftraggeber dürfe seine Anforderungen an die Eignung jedenfalls nach Angebotsabgabe weder verschärfen noch zugunsten einzelner Bieter auf die Erfüllung seiner Vorgaben verzichten. Werde es dennoch gemacht, so sei den Bewerbern ausreichende Gelegenheit zu geben, einen entsprechenden Teilnahmeantrag einzureichen. Somit verstehe die Antragstellerin die Rügeantwort vom 06.11.2013 als Abhilfe. Eine solche Änderung der veröffentlichten Anforderungen müsse zwingend europaweit bekanntgemacht werden. Ebenfalls sei in diesem Zusammenhang zwingend die Angebotsfrist zu verlängern, damit diejenigen Bieter, die aufgrund der vergaberechtswidrigen Forderung von fünf vergleichbaren Referenzen bislang von der Abgabe eines Teilnahmeantrages Abstand genommen haben, die Gelegenheit erhalten, sich am Teilnahmeverfahren zu beteiligen. Dies betreffe insbesondere die Antragstellerin, die bislang noch keinen Teilnahmeantrag stellen konnte. In Anbetracht des Auslaufens der Teilnahmefrist am 12.11.2013 wurde darum gebeten, dass bis zum 08.11.2013, 12.00 Uhr mitgeteilt werde, ob und wie lange die Frist zur Abgabe verlängert werde, damit die Antragstellerin und die anderen Teilnehmer sich noch beteiligen könnten. Ansonsten werde ein Nachprüfungsverfahren beantragt.

Da eine auftraggeberseitige Reaktion nicht erfolgte, hat die Antragstellerin mittels per Fax eingegangenen anwaltlichen Schriftsatzes vom 12.11.2013 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner am selben Tage mit Verfügung der Vergabekammer unter Aussetzung des Verfahrens und Aufforderung zur Stellungnahme übersandt worden.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei.

Alleiniger Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei, dass der Antragsgegner nach Abhilfe der Rüge betreffend der vergaberechtswidrigen Forderung von fünf Referenzen das Vergabeverfahren nicht in den Zustand nach Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückversetzt habe. Dies wäre zwingend erforderlich gewesen, um der Antragstellerin sowie den anderen Bewerbern eine entsprechende Frist zur Erstellung eines Teilnahmeantrages mit weniger als fünf Referenzen einzuräumen. Hierfür sei die Antragstellerin entgegen der Ansicht des Antragsgegners auch antragsbefugt und habe ein subjektives Recht aus § 12 EG VOL/A.

Soweit der Antragsgegner behaupte, die Antragstellerin wolle ohne Vergabeverfahren direkt beauftragt werden und als Indiz dafür das Rügeschreiben vom 30.10.2013 heranziehe, interpretiere er dieses Schreiben falsch. Zwar habe die Antragstellerin darin tatsächlich ausgeführt, dass sie Teile der nunmehr ausgeschriebenen Leistungen nicht leisten könne und deshalb kein Angebot abgebe. Jedoch habe sich dies ausdrücklich auf den damaligen Inhalt der Bekanntmachung und die darin enthaltene Referenzanzahl bezogen. Außerdem habe dieses Rügeschreiben einzig und allein das bereits zu Beginn des Jahres 2013 vom Antragsgegner durchgeführte nicht förmliche Vergabeverfahren betroffen. Im Rahmen jenes Verfahrens habe die Antragstellerin ein umfangreiches Angebot abgegeben und dieses einer ganztägigen Präsentation vor einer ca. 50-köpfigen Gruppe von Mitarbeitern des Antragsgegners unterzogen. Das Verfahren habe der Antragsgegner ohne abschließende Entscheidung im Sande verlaufen lassen.

Die Antragstellerin habe weiterhin großes Interesse, den Zuschlag mit sämtlichen ausgeschriebenen Leistungen zu erhalten. Es könne der Antragstellerin die Antragsbefugnis nicht versagt werden, denn aufgrund des hier gegenständlichen Vergabeverstößes sei sie daran gehindert, einen Teilnahmeantrag innerhalb der in der Bekanntmachung vorgesehenen Frist einzureichen. Dies sei ausreichend, um die Antragsbefugnis zu belegen. Die erst kurz vor Ablauf dieser Frist erfolgte Abhilfe der Rüge der Antragstellerin bezüglich der Forderung von fünf Referenzen habe ihr nicht genug Zeit gelassen, den Teilnahmeantrag vorzubereiten. Denn die ausgeschriebene Leistung umfasse Bestandteile, welche die Antragstellerin bislang im Rahmen ihrer 22-jährigen vertraglichen Verbindung mit dem Antragsgegner noch nicht erbracht habe. Darüber hinaus seien die Anforderungen an die zu beschaffende Baumanagementsoftware sehr umfangreich und detailliert beschrieben, so dass es unmöglich sei, in den kurzen Zeitraum von vier Tagen nach Abhilfe der Rüge durch den Antragsgegner einen Teilnahmeantrag zu stellen. Die Fristen des § 12 EG VOL/A erfüllten keinen Selbstzweck, sondern sollten gewährleisten, dass sämtliche Bewerber die identische Voraussetzung zur Stellung der Teilnahmeanträge hätten.

Zudem verkenne der Antragsgegner, dass eine Darlegung der Antragstellerin, welchen Teilnahmeantrag sie bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens gestellt hätte, nicht erforderlich sei. Auch besitze die Antragstellerin die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit, um den ausgeschriebenen Auftrag auszuführen, ansonsten hätte sie den Nachprüfungsantrag nicht erhoben.

Hinsichtlich der Begründetheit des Nachprüfungsantrages vertrete der Antragsgegner die Ansicht, dass die Forderung von fünf Referenzen keine Mindestanforderung darstelle, so dass die Antragstellerin hierdurch auch nicht in ihren Rechten verletzt sein könnte und in der Folge die Frist zur Stellung der Teilnahme nicht hätte verlängert werden müssen. Diese Ansicht verkenne, dass Eignungsanforderungen stets als Mindestanforderungen zu verstehen seien. So bestimme Art. 44 Abs. 2 der Richtlinie (RL) 2004/18EG, dass öffentliche Auftraggeber Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit gemäß Art. 47 und 48 stellen können, denen die Bewerber genügen müssten. Der Umfang der Informationen gemäß diesen Artikeln sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten Mindestanforderungen an die Leis-

tungsfähigkeit müssten mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein. Mindestanforderungen die die Eignung betreffen, müsse der Auftraggeber in der Bekanntmachung angeben. Es handele sich auch dann um Mindestanforderungen, wenn sie nicht ausdrücklich als solche bezeichnet sind. Fordere der Auftraggeber eine bestimmte Anzahl von Referenzen und ein Bewerber unterschreite diese, sei der Teilnahmeantrag zwingend auszuschließen. Enthalte der Teilnahmeantrag eines Bewerbers weniger als fünf Referenzen, könnte ein konkurrierender Bewerber dies erfolgreich vor der Vergabekammer angreifen. Somit habe die Antragstellerin keinen Teilnahmeantrag stellen können.

Im Übrigen begehrt die Antragstellerin Akteneinsicht in den Vergabevermerk bezüglich der Forderung von fünf Referenzen, weil dieser Indizien dafür beinhalten müsse, warum der Antragsgegner Mindestanforderungen von fünf Referenzen aufgestellt habe. Diese untypische, besonders hohe Eignungsanforderung müsse der Antragsgegner im Vergabevermerk maßgeblich begründen.

Die Antragstellerin beantragt daher,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, die Auswahlentscheidung über die Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgrund der in der Bekanntmachung aufgestellten Voraussetzungen zu treffen und festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Anforderungen der Bekanntmachung in ihren Rechten verletzt sei,
2. das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht des Antragsgegners in den Zustand vor Abgabe der Teilnahmeanträge zurückzusetzen und das Vergabeverfahren zur Durchführung des Teilnahmewettbewerbs nach Auffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. der Antragstellerin Akteneinsicht hinsichtlich der Begründung im Vergabevermerk zur Forderung von fünf Referenzen zu gewähren,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
5. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners aufzuerlegen.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig, zumindest jedoch unbegründet sei und kein Recht auf Akteneinsicht bestehe.

Allgemein voranzustellen sei in diesem Zusammenhang, dass die Antragstellerin im Vorfeld des hier gegenständlichen Vergabeverfahrens versucht habe, eine Direktbeauftragung einer zusätzlichen individuellen Programmierung ihrer beim Auftraggeber im Einsatz befindlichen Baumanagementsoftware zu erlangen.

Vorliegend sei der Antragstellerin hier die Antragsbefugnis abzusprechen, denn sie habe keinen Teilnahmeantrag eingereicht und damit vor Stellen des Nachprüfungsantrages nicht am Vergabeverfahren teilgenommen. Vielmehr habe sie gegenüber dem Antragsgegner explizit im anwaltlichen Schreiben vom 30.10.2013 erklären lassen, dass sie nicht im Stande sei, die Leistungen zu erbringen und deshalb nicht am Vergabeverfahren teilnehmen werde. Dies zeige, dass sie kein Interesse am Erhalt des Auftrags habe. Wenn ein solches Interesse nunmehr behauptet werde, wolle sie nur das Verfahren verzögern, wovon sie als jetzige Leistungserbringerin profitiere. Eine Rechtsbeeinträchtigung könne somit bei der Antragstellerin offensichtlich nicht vorliegen. Zudem könne der Antragstellerin durch den von ihr behaupteten Vergabeverstoß kein Schaden entstehen. Durch das Absehen des Antragsgegners von einer Verlängerung der Teilnahmefrist seien die Aussichten der Antragstellerin nicht verschlechtert worden. Denn es dürften gemäß § 19 EG Abs. 5 VOL/A nur Angebote für den Zuschlag in Betracht kommen, welche die erforderliche Eignung besitzen. Nach eigenem Vortrag vom 30.10.2013 könne die Antragstellerin diese Leistungen jedoch nicht erbringen. Sie könnte also auch durch eine Verlängerung der Teilnahmefrist, ihre Eignung mit einer entsprechenden Bewerbung nicht darlegen.

Im Übrigen wäre der Nachprüfungsantrag zudem auch unbegründet. Die Antragstellerin werde nicht durch einen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften in ihren Rechten verletzt. Es werde ausdrücklich dargelegt, dass der Auftraggeber im Bekanntmachungstext keine Teilnahmebedingungen als Mindestanforderungen gekennzeichnet habe. Der Nachprüfungsantrag sei ausdrücklich darauf beschränkt, dass der Antragsgegner nach seinen Klarstellungen die Frist zur Einreichung der Teilnahmeanträge nicht verlängert bzw. eine Rückversetzung des Gesamtverfahrens vorgenommen habe. Beides sei zu keiner Zeit geboten gewesen. Durch den Hinweis des Antragsgegners, dass die Zahl fünf keine Mindestforderung sei, sei zum einen der ursprüngliche Bekanntmachungstext nicht abgeändert worden und zum anderen wäre auch noch ausreichend Zeit zur Erstellung des Teilnahmeantrages gewesen. Hätte man das Einreichen von fünf Referenzen tatsächlich als Mindestanforderungen definieren wollen, so hätte dies im Bekanntmachungstext klar und transparent zum Ausdruck gebracht werden müssen. Folglich durfte auch die Teilnahmefrist unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung aller Bewerber nicht verlängert werden. Im Gegenteil eine Verlängerung der Teilnahmefrist aufgrund des ausschließlichen Begehrens der bestehenden Vertragspartnerin würde eine Bevorzugung darstellen. Damit sei der Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Hinsichtlich der beantragten Akteneinsicht sei festzustellen, dass diese versagt werden müsse, da aufgrund der fehlenden Antragsbefugnis der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei. Außerdem sei streitgegenständlich ausschließlich zu klären, ob der Bekanntmachungstext eine Mindestanforderung hinsichtlich der Referenzen enthalte. Dies könne bereits durch Sichtung des Bekanntmachungstextes abschließend geklärt werden.

Die Antragstellerin sowie der Antragsgegner haben mittels Schriftsätzen vom 22.01.2014 und 23.01.2014 einer Entscheidung nach Lage der Akten zugestimmt.

Mittels Schriftsatz vom 24.01.2014 hat der Antragsgegner einen Antrag nach § 115 Abs. 2 GWB auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung gestellt, der zunächst unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 6/14 geführt und der Antragstellerin zur Stellungnahme übermittelt wurde. Durch Beschluss der erkennenden Kammer vom 30.01.2014 sind die Verfahren mit den Aktenzeichen 1 VK LSA 14/13 sowie 1 VK LSA 6/14 zu einem Verfahren zusammengelegt und unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 14/13 fortgeführt worden.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die vorgelegten Vergabeakten 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 Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt A § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 17.04.2013, MBI. LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB entgegen der Auffassung des Antragsgegners antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass 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.

Soweit der Antragsgegner der Antragstellerin die Antragsbefugnis dahingehend abzuspochen sucht, dass sie einerseits keinen Teilnahmeantrag eingereicht und damit nicht am Vergabeverfahren teilgenommen habe, andererseits ausweislich des anwaltlichen Schreibens der Antragstellerin vom 30.10.2013 nicht im Stande sei, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen, kann diese Auffassung durch die erkennende Kammer nicht gestützt werden. Die Antragstellerin trägt gerade vor, dass sie durch eine vermeintlich vergaberechtswidrige Forderung in der Bekanntmachung zur Vorlage von fünf Referenzen für vergleichbare Leistungen bzw. durch die Nichtverlängerung der Frist zur Abgabe des Teilnahmeantrages daran gehindert war, einen ordnungsgemäßen und fristgerechten Teilnahmeantrag auszuarbeiten bzw. vorzulegen. Zudem konnte der Antragsgegner die Kammer nicht davon überzeugen, dass aufgrund der Äußerung im Schreiben vom 30.10.2013 die Antragstellerin kein Interesse am Auftrag habe. Durch die Abforderung der Bewerbungsunterlagen, der Abfassung umfangreicher Rügeschreiben und Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wurde das Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Die Antragstellerin hat durchaus vorgebracht, dass sie sich ohne die Forderung zur Vorlage von fünf Referenzen mit einem Teilnahmeantrag beteiligt hätte. Ebenso ist nicht ausgeschlossen, dass sich durch die nicht erfolgte Verlängerung der Frist zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bzw. die nicht erfolgte Zurückversetzung des Verfahrens die Chancen der Antragstellerin für eine erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren reduziert haben. Damit hat sie auch dargelegt, dass ihr durch den geltend gemachten vermeintlichen Vergabeverstöß ein Schaden entstehen kann bzw. bereits entstanden ist. Der Vortrag des Antragsgegners, dass das Handeln der Gegenseite tatsächlich von anderen Motiven bestimmt sein könne, ist demnach einer rechtlich belastbaren Feststellung nicht zugänglich.

Die mittels anwaltlichen Rügeschreibens der Antragstellerseite per Fax vom 31.10.2013 dem Antragsgegner zur Kenntnis gebrachten Gesichtspunkte genügen dem Erfordernis des unverzüglichen Rügevorbringens im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB.

Die Antragstellerin erhielt mittels Faxschreibens des Antragsgegners vom 06.11.2013 die Mitteilung, dass die Forderung von fünf Referenzen entgegen dem Verständnis der Antragstellerin gerade keine Mindestanforderung darstelle. Daraufhin reagierte die Antragstellerin und bat um Verlängerung der Frist zur Abgabe des Teilnahmeantrages. Da eine auftraggeberseitige Reaktion nicht erfolgte, beantragte die Antragstellerin am 12.11.2013 rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Der Vortrag der Antragstellerin erfüllt die Voraussetzungen an einen ausreichend substantiierten Vortrag im Sinne des § 108 GWB.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Das Verhalten des Antragsgegners verstößt gegen §§ 97 Abs. 7, GWB i. V. m. § 2 EG Abs. 1 VOL/A. Es handelt sich dabei um Regelungen zur Gewährleistung eines freien und transparenten Wettbewerbs, denen ein drittschützender Charakter unzweifelhaft zukommt. Ein unter Verstoß gegen diese Bestimmungen zustande gekommener Zuschlag hätte eine Schädigung der Interessen der Antragstellerin zur Folge. Um dies zu verhindern, hätte der Antragsgegner der Antragstellerin im Nachgang seiner Erläuterung des Anforderungsprofils im Hinblick auf die Abforderung von fünf Referenzen eine angemessene Frist zur Stellung eines Teilnahmeantrages gewähren müssen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

Der Antragsgegner hat in der Bekanntmachung unter Ziffer III.2.3) unter der Überschrift Teilnahmebedingungen für die technische Leistungsfähigkeit vorgegeben, dass die Bewerber fünf vergleichbare Referenzen der letzten drei Jahre anzugeben haben. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit die hier relevante Eignungsanforderung hinsichtlich der Leistungsfähigkeit auftraggeberseitig als Mindestanforderung gedacht war. Ausschlaggebend ist allein, dass die Antragstellerin diese als Mindestanforderung hat auffassen und sich insoweit an einer erfolgreichen Teilnahme hat gehindert sehen dürfen. Einer derartigen Annahme steht nach der Überzeugung der erkennenden Kammer nicht entgegen, dass die hier relevante Eintragung auftraggeberseitig im Formblatt für die Bekanntmachung nicht unter der Rubrik „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ positioniert wurde. Insofern wird hier auf einen Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 04.11.2013, Az: 1 VK 35/13 Bezug genommen. Demnach kommt es nicht darauf an, dass die Forderung zwingend in der Spalte der Bekanntmachung „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ anzugeben ist, um als solche Gültigkeit zu erlangen. Vielmehr wird Art. 44 VKR schon genüge getan, wenn die Mindestanforderungen unter dem Punkt „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ definiert sind und daher als geforderte Eignungsanforderungen erkannt werden können. Dies gilt umso mehr, als das Formblatt diesbezüglich sprachlich nicht gelungen erscheint, da sich einem verständigen Bieter bei dem Wortlaut „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ nicht unbedingt sofort erschließt, dass damit und nur damit zwingende Vorgaben gemeint wären.

Nach den klarstellenden Erläuterungen des Antragsgegners über die von diesem gewollte rechtliche Einordnung der Referenzforderung, blieben der Antragstellerin maximal sechs Tage zur Anfertigung eines Teilnahmeantrages. Dies ist nicht ausreichend. Der Verordnungsgeber sieht selbst für den Fall der besonderen Dringlichkeit gemäß § 12 EG Abs. 4 VOL/A noch einen Zeitraum von 10 Tagen als notwendig (angemessen) an. Folglich liegt in der nicht erfolgten Verlängerung eine Benachteiligung der Antragstellerin, die diese nicht hinnehmen muss und den Nachprüfungsantrag als begründet erscheinen lässt.

Da die erkennende Kammer dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne Einschränkung stattgibt, ist die Nichtgewährung der Akteneinsicht rechtlich ohne Belang.

Aufgrund der Zustimmung aller Beteiligten konnte gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB nach Lage der Akten entschieden werden.

Durch die Entscheidung im Hauptsachverfahren, ist der Antrag des Antragsgegners gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB vom 24.01.2014 gegenstandslos. Einer gesonderten inhaltlichen Positionierung bedurfte es diesbezüglich nicht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 und Abs. 4 GWB. Der Antragsgegner hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) aufgrund der Kostenschätzung des Antragsgegners hier Euro. Unter Berücksichtigung, dass eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich war, hält die Vergabekammer aus Gründen der Billigkeit eine Kürzung der Verfahrensgebühr auf Euro für angemessen.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen nach § 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz LSA in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... Euro.

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

Der Antragstellerin wird nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses der geleistete Vor-schuss zurückerstattet.

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

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 Beschwerdebe-gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer ange-fochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Be-weismittel 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. Pönitz