



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

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LSA 17/17**

**Halle, 20.10.2017**

§ 97 Abs. 6 GWB, § 122 Abs. 4 GWB

- angemessenen Verhältnis zwischen den Eignungsanforderungen und der ausgeschriebenen Leistung
- es ist zulässig, die Eignungsfestlegungen zu ändern, um die Möglichkeit eines breiteren Wettbewerbs zu gewährleisten
- ein Mehr an Wettbewerb kann nicht diskriminierend wirken
- aufgrund des Transparenzgebotes sind alle Klarstellungen und Änderungen im Vergabeverfahren allen Bietern zugänglich zu machen

Dem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben zu bestimmen.

In den Nachprüfungsverfahren der

.....  
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

gegen

.....  
.....

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zu den Offenen Verfahren bezüglich der Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Landkreis ....., Lose 1, 3 und 4 hat die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 14.09.2017 unter Vorsitz des Leitenden Regierungsdirektors ..... sowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin ..... und der ehrenamtlichen Beisitzerin ..... beschlossen:

1. Die Nachprüfungsanträge werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Verfahren einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) vor der Vergabekammer beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom ..... auf der Grundlage der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung Art. 1 (VergR-ModVO) die Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Landkreis ..... im Wege von Offenen Verfahren in sechs Losen aus. Die Vertragslaufzeit erstreckte sich nach Punkt II.2.) für die im Streit befindlichen Lose 1, 3, und 4 vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2020 mit einer zweimaligen einseitigen Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr. Alleiniges Zuschlagskriterium sollte der Preis sein.

Unter dem Oberbegriff der Teilnahmebedingungen sollten die Bieter ausweislich Ziffer III.1.3), 2. Anstrich der Bekanntmachung eine

Darstellung tatsächlicher betrieblicher Erfahrungen des Unternehmens mit dem Einsatz eines Identsystems für die Dauer von mindestens 12 Monaten innerhalb der letzten drei Jahre mit einer Mindestanzahl von zwei Müllfahrzeugen und mehr als 5000 ausgerüsteten Behältern

mit dem Angebot vorlegen. Gleichlautende Anforderung findet sich im Punkt 7.10.1, VIb der Bewerbungsbedingungen, wobei diese ausweislich des Formblattes C-2.12 als Mindestanforderungen festgelegt sind.

Seitens der Antragsgegnerin wurden zahlreiche Bieterinformationen versandt. Mittels Bieterinformationen 10 vom 09.06.2017 und 11 vom 12.06.2017 wurde hinsichtlich der streitgegenständlichen Lose nachfolgende Anforderung gemäß Ziffer 7.10.1 VIb formuliert:

Darstellung tatsächlicher betrieblicher Erfahrungen des Unternehmens mit dem Einsatz eines Identsystems innerhalb der letzten drei Jahre mit einer Mindestanzahl von mehr als 5000 identifizierten Behälterschüttungen.

Das Identsystem muss nicht zwingend im Rahmen eines der genannten Referenzaufträge für die Lose 1, 3 und 4 betrieben worden sein und auch nicht im ausdrücklichen

Auftrag des jeweiligen Auftraggebers. Auch innerbetriebliche Erfahrungen mit dem Betrieb eines Identsystems reichen aus.

Anforderungen hieran bestehen nur im Hinblick auf die Anzahl der ausgestatteten Behälter, die Anzahl der eingesetzten Fahrzeuge und die Länge des Einsatzes.

Das angebotene Identsystem muss nicht dem entsprechen, mit dem die Erfahrungen gesammelt wurden. Es ist lediglich eine Darlegung gefordert, d. h., es genügt eine im Bedarfsfall überprüfbare (z. B. durch Anschaffungsbelege, anonymisierte Leerungsdatenlisten) Eigenerklärung des Bieters.

Das Formblatt C-2.12 ist in der 5. Zeile von „Anzahl und Bauform der eingesetzten Identifikationschips“ in „Anzahl und Bauform der eingesetzten Identifikationschips, Anzahl der registrierten Schüttungen“ zu ändern.

Im Amtsblatt der Europäischen Union vom ..... wurde bis auf den letzten Satz der Bieterinformation der identische Text bekanntgemacht.

In der Bieterinformation 14. vom 26.06.2017 findet sich unter Beibehaltung der ersten drei Sätze folgender Text:

Anforderungen hieran bestehen nur im Hinblick auf die Anzahl der registrierten Behälterschüttungen. Es wird gebeten, sofern vorliegend, weitere Informationen zum erfolgten Einsatz von Identsystemkomponenten in das Formblatt C-2.12 einzutragen, nämlich Einsatzzeitraum, Lieferant der eingesetzten Identsystem-Fahrzeugausrüstung, Anzahl und Typ der mit Identsystem ausgerüsteten Fahrzeuge und Anzahl, Bauform und Lieferant der eingesetzten Identifikationschips.

Auf die nächsten zwei im Vergleich zur Bieterinformation 11 unverändert gebliebenen Sätze folgt die Feststellung:

Für das Formblatt C-2.12 ist in der Anlage zu dieser Bieterinformation eine Austauschseite beigelegt.

Die Antragsgegnerin gab die erneute Fassung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom ..... bekannt.

Die Antragstellerin rügte mit Fax-Schreiben vom 22.06.2017 den Wegfall von Anforderungen bezüglich der tatsächlichen betrieblichen Erfahrungen des Unternehmens mit dem Einsatz eines Identsystems als nicht nachvollziehbar. Die Antragsgegnerin habe nachträglich festgestellt, dass rein innerbetriebliche Erfahrungen ausreichen sollten. Außerdem habe sie Anforderungen hinsichtlich der Darstellung für die Dauer von mindestens 12 Monaten mit einer Mindestanzahl von zwei Müllfahrzeugen ohne sachlichen Grund ersatzlos entfallen lassen. Es sei in sich widersprüchlich, wenn einerseits das Identsystem für die Dauer von 12 Monaten nicht mehr im Einsatz gewesen sein müsse und man andererseits jedoch auf die Anforderung bezüglich der Länge des Einsatzes bestehe. Eine Änderung der Vergabeunterlagen und der Bekanntmachung sei nur unter Beachtung von Transparenz und Wettbewerb zulässig. Auf Rüge eines Bieters habe man die Anforderungen bezüglich des Identsystems bereits abgeschwächt, obwohl das Identsystem im ausgeschriebenen Auftrag abrechnungsrelevant einzusetzen sei. Der Bieter, der sich dagegen gewandt habe und offensichtlich ansonsten diese Anforderungen nicht erfüllen konnte, werde somit unrechtmäßig bevorzugt, so dass ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliege.

Jedoch sei es durchaus üblich, dass fachkundige, auch mittelständische Unternehmen, die sich um entsprechende Leistungen bewerben, auch Erfahrungen mit abrechnungsrelevanten Identsystemen haben sollten. Um ein gebührenscharfes Abrechnungssystem mittels Identsystem unmittelbar ab Leistungsbeginn sicherzustellen, sei es seitens der Vergabestelle zulässig, entsprechende Eignungsnachweise zu verlangen. Auch sei der Zeitraum von einem Jahr und der Einsatz von zwei Sammelfahrzeugen angemessen und verhältnismäßig. Zudem habe die

Antragsgegnerin den Transparenzgrundsatz verletzt, da man nicht in jeder Bieterinformation die Bieterfrage mit bekannt gemacht habe.

Mittels Fax-Schreibens vom 05.07.2017 rügte die Antragstellerin die erneute Bieterinformation 14 bezüglich der Anforderungen des Identsystems zugunsten eines bestimmten Bieters als vergaberechtswidrig. So seien die Anforderungen im Hinblick auf die Anzahl der ausgestatteten Behälter, die Anzahl der eingesetzten Fahrzeuge und die Länge des Einsatzes lediglich auf die Anforderung hinsichtlich der Anzahl der registrierten Behälterschüttungen reduziert worden. Danach sei noch nicht einmal erforderlich, dass an mehr als 5000 Behältern ein Identifikationschip installiert wäre und die 5000 Schüttungen an verschiedenen Behältern erfolgt sein müssten. So könnte der Nachweis demnach bereits dann erbracht werden, wenn an einem einzelnen Behälter ein Identsystem installiert wäre und dieser Behälter mehr als 5000-mal identifiziert entleert bzw. geschüttet worden sei. Somit bestünde nicht mehr die Mindestanforderung, dass Identifikationschips an mehreren Abfallbehältern installiert sein müssten. Diese Änderung stelle sich als offensichtlich unzumutbar dar und sei darüber hinaus nicht durch einen sachlichen Grund oder einen schwerwiegenden Mangel des Verfahrens begründet.

Aufgrund der Nichtabhilfeentscheidungen der Antragsgegnerin per Fax vom 26.06.2017 und vom 07.07.2017 ließ die Antragstellerin mittels anwaltlichen Fax-Schriftsatzes vom 11.07.2017 Nachprüfungsverfahren vor der 1. Vergabekammer einleiten. Am selbigen Tage sind die Anträge der Antragsgegnerin übersandt worden.

Die Antragstellerin lässt vortragen, dass die Nachprüfungsanträge zulässig seien. Die Antragsbefugnis sei gegeben, da sie Angebote abgeben werde und damit Interesse an einer Auftragserteilung bekunde. Weiterhin drohe ihr durch den Vergabeverstoß auch ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB zu entstehen. Es sei ausreichend, wenn ein Schadenseintritt durch die geltend gemachte Rechtsverletzung nicht ausgeschlossen sei. Durch die wiederholten Änderungen der Eignungsnachweise hätten sich die Aussichten der Antragstellerin auf einen Zuschlag verschlechtert. Durch diese Änderungen sei die ..... GmbH einseitig bevorzugt worden und habe somit erst die Möglichkeit erlangt, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Darüber hinaus liege durch die unzulässigen Änderungen ein Verstoß gegen die Chancengleichheit vor, so dass der drohende Schadenseintritt ohne weiteres dargelegt sei. Des Weiteren habe die Antragstellerin die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße gegenüber der Antragsgegnerin rechtzeitig innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen ab Kenntnis gerügt.

Im Übrigen seien die zulässigen Anträge auch begründet.

Eine Änderung der ursprünglichen Vergabeunterlagen sei nur zulässig, wenn der zu ändernde Passus einen Vergaberechtsverstoß darstelle. Der Nachweis zum Einsatz des Identsystems stelle sich in der ursprünglichen Fassung jedoch als vergaberechtlich zulässig dar, denn das Vergabeverfahren habe vor den auftraggeberseitigen Veränderungen an keinem grundlegenden Mangel gelitten. Bereits aus diesem Grund sei die Änderung des Eignungsnachweises unzulässig. Ebenso lägen keine Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit vor, die eine Modifikation rechtfertigen könnten. Solche wären nur dann anzunehmen, wenn der Grund für eine Veränderung erheblich und vernünftig sei. Die Anforderungen seien im ersten Schritt dahingehend geändert worden, dass rein innerbetriebliche Erfahrungen reichen sollten. Sinn und Zweck eines Identsystems sei jedoch nicht der innerbetriebliche Gebrauch, sondern die Erhebung von Daten beim Bürger und die Übermittlung dieser Daten an den Auftraggeber. Mit den übermittelten Daten erfolge dann die Abrechnung durch den Auftraggeber beim Bürger. Bei dem Nachweis eines Identsystems sei es weder zweckmäßig noch sachdienlich, auf den Nachweis der Übermittlung der Daten an den Auftraggeber zu verzichten. Ein entsprechender Nachweis könnte aufgrund der letzten Fassung sogar bereits dann erbracht werden, wenn vom Bieter allein nur ein Behälter mit einem Identsystem ausgestattet wäre, dieser jedoch 5.000-mal unter Beachtung des Identsystems geleert bzw. geschüttet worden wäre. Eine solche Nachweisführung verzichte nicht nur auf die Übermittlung der erhobenen Daten an den Auftraggeber, sondern zudem auf die ordnungsgemäße Erhebung der Daten beim Bürger. Ein dahingehender Nachweis stelle sich weder als zweckmäßig, noch als sachlich vernünftig dar. Mit diesem Nachweis könne gerade nicht gewährleistet werden, dass der Betrieb des Identsystems von

einem solchen Bieter zum Leistungsbeginn reibungslos funktionieren werde. Funktioniere das entsprechende Identitätssystem nicht bereits ab Leistungsbeginn, könnten gegenüber den einzelnen Haushalten keine ordnungsgemäßen Gebührenbescheide erstellt werden bzw. seien diese anfechtbar.

Darüber hinaus seien Änderungen der Vergabeunterlagen nur dann zulässig, wenn dies in einem transparenten Verfahren und diskriminierungsfrei geschehe. Es fehle bei der Bieterinformation 11 die Darlegung der Fragestellung des rügenden Bieters. Außerdem habe die Antragsgegnerin nicht erklärt, aus welchen Gründen eine entsprechende Korrektur erfolgt sei. Zudem habe man durch die mehrfach reduzierten Anforderungen, welche nunmehr die ..... GmbH offenbar erfülle, diese Firma gegenüber der Antragstellerin und den sonstigen Wettbewerbern unrechtmäßig bevorzugt, indem ihnen dadurch die Teilnahme am Verfahren erst ermöglicht worden sei. Denn ohne diese Änderungen hinsichtlich der Eignungsanforderungen hätte sie nicht über die notwendigen Erfahrungen für die streitgegenständlichen Leistungen verfügt. Die Änderungen seien zum Nachteil der Antragstellerin erfolgt, weil der Bieterkreis dadurch erweitert werde. Vergleichbar sei dies mit den Anforderungen, die im Rahmen einer rechtswidrigen Aufhebung an eine sogenannte Scheinaufhebung gestellt werden. Diese liege dann vor, wenn die Aufhebung in rechtlich zu missbilligender Weise dazu eingesetzt werde, die formalen Voraussetzungen dafür zu schaffen, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens an einen bestimmten Bieter oder unter anderen Voraussetzungen in einem anderen Bieterkreis vergeben zu können.

Darüber hinaus wird ausgeführt, dass es sich bei dem Eignungsnachweis des Identitätssystems um eine Referenz handele. Eine Referenz stelle jedoch immer Erfahrungen aus einem Auftrag dar. Die zugelassenen betriebsinternen Erfahrungen müssten jedoch nicht Gegenstand eines Auftrags sein und könnten somit auch keine Referenz darstellen, die als Eignungskriterium gefordert werde. Aus diesem Grund sei es unzulässig auf Anforderungen zu verzichten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, auf der Grundlage der streitgegenständlichen Ausschreibung zu den Losen 1, 3 und 4 einen Zuschlag zu erteilen,
2. für den Fall fortbestehender Vergabeabsicht der Antragsgegnerin aufzugeben, dass Vergabeverfahren zu den Losen 1, 3 und 4 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der ersten Änderungsbekanntmachung vom 14.06.2017 zurückzusetzen,
3. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,
5. festzustellen, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat und
6. festzustellen, dass für die Antragstellerin die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zu 1) bis 3) zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen sowie

3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin lässt diesbezüglich entgegnen, dass die Nachprüfungsanträge bereits unzulässig seien.

Zunächst werde mit Nichtwissen bestritten, dass die ..... GmbH die ursprünglich gestellten Eignungsanforderungen hinsichtlich des Identsystems nicht erfüllen konnte und die jetzt niedrigeren erfülle. Es sei ebenso der durch die Antragstellerin geschilderte Ablauf der Änderungen der Eignungsanforderungen zu korrigieren. Tatsächlich sei mit der Bieterinformation 10 keine Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung erfolgt. Von Beginn an habe ein freiwillig eingeführtes Identsystem im Auftrag z. B. der Dualen Systeme ausgereicht, auch wenn dieses nicht vom Auftraggeber gefordert worden und auch nicht abrechnungsrelevant gegenüber den Haushalten sei. Auch habe man keine Referenzaufträge über den Betrieb eines Identsystems nachweisen müssen. Zu jedem Zeitpunkt sollten ausdrücklich nur betriebliche Erfahrungen ausreichen. Aufgrund eines Einwandes eines Bieters sei der Begriff „betriebliche Erfahrungen“ in Abgrenzung zu Referenzen lediglich näher erläutert worden. Des Weiteren treffe es nicht zu, dass die Anforderungen an den Einsatz des Identsystems mit Bieterinformation 14 erneut geändert worden seien, denn diese habe lediglich der Korrektur eines in der Bieterinformation 11 unterlaufenen Versehens gedient. Obwohl es bereits nach der Formulierung in Bieterinformation 11 nur noch auf die Mindestanzahl von mehr als 5.000 identifizierten Behälterschüttungen ankomme, habe man aus der Bieterinformation 10 übernommenen Folgepassage noch ausgeführt, dass Anforderungen nur im Hinblick auf die Anzahl der ausgestatteten Behälter, der Anzahl der eingesetzten Fahrzeuge und der Länge des Einsatzes bestünden. Diese Anforderungen habe man jedoch alle in der Bieterinformation 11 fallen gelassen. Nur deshalb sei in der Bieterinformation 14 die gesamte Eignungsanforderung nochmals unter Auslassung der schon damals ersichtlich nicht mehr zutreffenden Passage wiedergegeben worden.

Die Unzulässigkeit der Nachprüfungsanträge folge daraus, dass es der Antragstellerin nicht gelungen sei, durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften die Möglichkeit eines Schadenseintritts darzulegen. Ein drohender Schaden liege nicht darin, dass erst durch die Änderung der Eignungsanforderungen die ..... GmbH möglicherweise ein Angebot habe abgeben können. In einem offenen Vergabeverfahren, mit dem eine unbegrenzte Anzahl von Bietern europaweit angesprochen werde, könne kein Bieter beanspruchen, sich nur einem eingeschränkten Wettbewerb ausgesetzt zu sehen. Die Vergabekammer des Bundes habe im Beschluss vom 15.11.2013, Az: VK 1-97/13 klar ausgeführt, dass es dem Auftraggeber überlassen bleibe, welche Anforderungen er an seinen Auftragnehmer stelle. Ein Bieter könne nicht verlangen, dass die aus seiner Sicht gebotenen höheren Eignungsanforderungen aufgestellt würden. Jeder Bieter habe damit zu rechnen, dass unzählige andere Interessenten ein Angebot abgeben könnten. Ein im Wesentlichen unbegrenzter Wettbewerb sei Wesensmerkmal des offenen Verfahrens. Es bestehe keinerlei schutzwürdiges Interesse der Antragstellerin an der von ihr erstrebten Begrenzung des Wettbewerbs. Die Behauptung der Antragstellerin, dass bei einer Änderung der Eignungsanforderungen ein Verstoß gegen Chancengleichheit gegeben sei, treffe ebenfalls nicht zu. Die von der Antragstellerin angeführte Kommentarstelle betreffe unklare Ausschreibungsbedingungen, die erkennbar hier nicht vorlägen.

Soweit die Antragstellerin sich dagegen wendet, dass es bei den Mindestvoraussetzungen an die Erfahrungen mit dem Identsystem nach der Bieterinformation 11 vom 12.06.2017 nur noch auf die Anzahl der absolvierten Behälterschüttungen ankomme, fehle es an einer rechtzeitigen Rüge. Das Anschreiben der Antragstellerin vom 22.06.2017 enthalte hierzu noch keinen Rückgevotrag. Dieser Sachverhalt habe die Antragstellerin erst mittels Schreiben vom 05.07.2017 aufgegriffen. Selbst wenn es für die Kenntnis des behaupteten Vergaberechtsverstößes auf die anwaltliche Beratung mit E-Mail vom 21.06.2017 ankäme, wäre die am 05.07.2017 ausgesprochene Rüge verfristet.

Schließlich sei der Antrag bezüglich der Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor der Vergabebekanntmachung mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. In diesem Stadium befinde sich das Vergabeverfahren indes, denn eine Vergabebekanntmachung sei noch nicht erfolgt.

Darüber hinaus seien die Nachprüfungsanträge unbegründet.

Gemäß § 122 Abs. 4 GWB müssten Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesen in einem angemessenen Verhältnis stehen. Kritisch wären nur zu hohe Anforderungen, die den Wettbewerb eingrenzten. Dem Auftraggeber möge erlaubt sein, durch bestimmte Anforderungen an die Erfahrung der Bieter den Markteintritt für Newcomer im konkreten Fall auszuschließen. Keineswegs sei er aber hierzu gehalten. Würde man fordern, dass die Bieter Referenzen über die Erfüllung eines Auftrags unter Betrieb eines Identsystems vorlegen müssen, hätten Newcomer keinerlei Möglichkeit des Marktzutritts. Sie könnten somit nie Referenzen erwerben, die ihnen die Teilnahme an den Ausschreibungen der öffentlichen Auftraggeber ermöglichen, da Identsysteme erfahrungsgemäß nur im Rahmen der öffentlichen Abfallentsorgung eingesetzt werden. Eine derartige Beschränkung des Marktes sei von der Antragsgegnerin in zulässiger Weise von vornherein nicht gewünscht.

Ausweislich höchstrichterlicher Rechtsprechung sei entschieden worden, dass die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber transparent und diskriminierungsfrei gegenüber allen Bietern aufgegeben oder geändert werden könnten.

Diese Möglichkeit sei nicht auf die Korrektur von Vergabeverstößen beschränkt. Auch konnten nach ständiger Rechtsprechung die Ausschreibungsbedingungen vom Auftraggeber auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit in jedem Stadium des Vergabeverfahrens geändert werden. Dies betreffe auch nachträgliche Änderungen von Eignungsanforderungen und sogar die Verschärfung von Eignungsanforderungen. Dann sei es erst recht unproblematisch die Eignungsanforderungen abzusenken. Interessen der Bieter, die gegen eine solche nachträgliche Absenkung sprechen könnten, seien im Gegensatz zur Heraufsetzung nicht ersichtlich.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei die Änderung der Anforderungen an die Erfahrungen mit dem Identsystem zweckmäßig. Aus dem Text der ursprünglichen Bekanntmachung lasse sich nicht ablesen, dass mehr als betriebliche Erfahrungen des Bieters gefordert worden wären, nämlich die Erhebung von Daten beim Bürger und die Übermittlung dieser Daten an den Auftraggeber. Soweit im Übrigen eine Änderung vorliege, sei diese aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgt. Dabei sei es nur Sache des Auftraggebers im Rahmen seines erheblichen Beurteilungsspielraumes, welche Eignungskriterien zweckmäßig seien. Das mit der Änderung verfolgte Ziel sei eine Gewährleistung möglichst breiten Wettbewerbs durch den Verzicht auf unnötig enge Eignungsanforderungen. Daher sollte von Anfang an ein gewisses Mindestmaß an Erfahrungen mit dem Betrieb eines Identsystems genügen, um einen reibungslosen Ablauf sicherzustellen und unnötigen Aufwand beim Auftraggeber während der Auftragsausführung zu vermeiden. Mit dem Ziel der Gewährleistung eines größtmöglichen Wettbewerbs seien die Eignungsanforderungen nochmals überdacht und in angemessener Weise verändert worden. Auf die Rüge hin, habe die Antragsgegnerin erkannt, dass es bei den Erfahrungen mit dem Identsystem letztlich entscheidend nur auf die Anzahl der identifizierten Behälterschüttungen ankomme. Daher sollte nunmehr dieses Kriterium für den Umfang der betrieblichen Erfahrungen die Kriterien Dauer und Fahrzeuganzahl ersetzen, die bei nochmaliger Betrachtung weniger aussagekräftig seien. Habe ein Bieter im geforderten Erfahrungen mit identifizierten Behälterschüttungen, gehe die Antragsgegnerin davon aus, dass der Betrieb spätestens nach einer kurzen Einarbeitungsphase reibungslos funktionieren werde.

Diese gelte auch deshalb, weil in den Verdingungsunterlagen implizit die Einbindung eines Identsystemherstellers als Lieferanten gefordert sei, der mit Angebotsabgabe zu erklären habe, dass das angebotene Identifikationssystem mit den Anforderungen der Leistungsbeschreibung übereinstimme (C.3.1.5). Zudem sei der Auftragnehmer gemäß Ziffer D.1.5.17 verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass während des gesamten Leistungszeitraumes alle Bestandteile des Abfallbehälteridentifikationssystems voll einsatzbereit seien. Angeraten werde in diesem Zusammenhang der Abschluss eines Wartungs- oder Servicevertrages mit dem Hersteller des Abfallbehälteridentifikationssystems. Von einem solchen Hersteller sei zu erwarten, dass er die für den Betrieb nötige Sachkenntnis mitbringe und den Auftragnehmer bei der Erfüllung der Leistungsanforderungen insbesondere zu Leistungsbeginn unterstütze.

Zudem sei, wie von der Rechtsprechung gefordert, die Änderung auch transparent und diskriminierungsfrei erfolgt. Transparenz habe man durch die EU-weite Bekanntmachung der Änderung sowie zusätzlich durch die Veröffentlichung der Bieterinformation hergestellt. Nicht erforderlich sei eine Begründung der Änderung oder gar eine Wiedergabe von Bieterfragen, die zu der Korrektur geführt haben könnten. Dies zumal der Auftraggeber Änderungen an den

Verdingungsunterlagen auch aus eigener Veranlassung vornehmen könne. Eine entsprechende Bieteranfrage oder Rüge sei also keineswegs Voraussetzung einer zulässigen Änderung. Auch wäre, wie die Antragstellerin behaupte, die Änderung nicht diskriminierend, wenn sie dazu führen würde, dass bestimmte Bieter dadurch erst ihre Eignung nachzuweisen könnten. Durch jede Absenkung der Eignungsanforderungen könnte sich der Kreis der Bieter vergrößern, wodurch sich dadurch der förderungswürdige Wettbewerb verstärke. Wäre der Argumentation der Antragstellerin zu folgen, dass jeder Bieter der die herabgesetzten Eignungsanforderungen erfülle, in diskriminierender Weise bevorzugt werde, wäre jede Herabsetzung von Eignungsanforderungen unzulässig. Dafür bestehe indes kein Anhaltspunkt.

Soweit die Antragstellerin schließlich den Eindruck hervorzurufen versuche, es liege ein einer Scheinaufhebung vergleichbarer Sachverhalt vor, sei dem entgegenzutreten. Es wäre nicht im Ansatz erkennbar, dass die Antragsgegnerin die Voraussetzungen dafür schaffen wollte, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens an einen anderen Bieterkreis oder unter anderen Voraussetzungen vergeben zu können. Vielmehr sei der Wille der Antragsgegnerin ersichtlich, den Auftrag unter möglichst vielen Bietern auf das wirtschaftlichste Angebot zu vergeben.

Im Übrigen dürfte der Antrag der Antragstellerin auf Zurückversetzung vor Auftragsbekanntmachung unzulässig sein. Selbst bei unterstellter Unzulässigkeit der Änderung der Eignungsanforderungen sei dieser Antrag jedoch unbegründet. Denn eine Zurückversetzung wäre unverhältnismäßig, weil eine unterstellt unzulässige Änderung behoben werden könnte, in dem aufgegeben werde, das Vergabeverfahren unter Zugrundelegung der ursprünglichen Anforderungen fortzusetzen. Das würde nach Angebotseingang z. B. lediglich bedeuten, dass nach den ursprünglichen Kriterien ungeeignete Bieter auszuschließen wären. Das wäre das einzig zulässige mildere Mittel.

Die Nachprüfungsverfahren 1 VK LSA 17/17 bis 1 VK LSA 19/17 sind mit Beschluss vom 30.08.2017 zur gemeinsamen Entscheidung verbunden und unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 17/17 fortgeführt worden.

Der Antragstellerin ist ausweislich des Beschlusses vom 31.08.2017 Einsicht in die Unterlagen der Antragsgegnerin gewährt worden, welche bis zur Angebotsabgabe vorlagen. Soweit diese jedoch Informationen beinhalten, deren Kenntnis sich im späteren Wettbewerb nachteilig für die Mitbieter auswirken könnte, wurde die Einsicht versagt.

Im Nachgang der mündlichen Verhandlung sind der Antragstellerin teilweise die Rügeschreiben der Firma .....GmbH vom 07.06.2017, 10.06.2017 und 12.06.2017 bekanntgegeben worden. Eine gesonderte Gelegenheit zur Stellungnahme im Nachgang der mündlichen Verhandlung ist eingeräumt worden.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin sind zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 106 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 der zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden §§ 106 Abs. 1, 113 GWB i.V.m. § 3 VgV i.V.m. der einschlägigen EU-Verordnung 2015/2172 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.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist die Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 GWB befugt, einen Antrag zu stellen. Aufgrund des im Schriftverkehr dargelegten möglichen Schadens ist zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 GWB auszugehen. Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 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 beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass sich durch die vermeintlichen Änderungen der Eignungsnachweise zum Betrieb des Identsystems ihre Aussichten auf den Zuschlag verschlechtert hätten. Zudem könnte sich erst durch diese Änderungen die Firma ..... GmbH am Verfahren beteiligen und sei deshalb einseitig bevorzugt worden. Da an das Merkmal des drohenden Schadens keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen, ist dieser Vortrag für die Feststellung der Antragsbefugnis ausreichend.

Soweit die Antragsgegnerin die Rechtzeitigkeit des Rügevortrages hinsichtlich des Ausreichenlassens der Darstellung einer Mindestanzahl von mehr als 5000 identifizierten Behältererschüttungen in Zweifel zieht, ist dies für die kammerseitig zu treffenden Entscheidungen ohne rechtliche Bedeutung und kann daher dahingestellt bleiben. Denn der übrige Rügevortrag der Antragstellerin erfolgte innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Rügefrist. Vorliegend wurde die Antragstellerin durch die elektronische Bereitstellung der Bieterinformation 11 am 12.06.2017 sowie der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union am 14.06.2017 erstmals unzweifelhaft über den auftraggeberseitigen Verzicht auf 12 Monate kontinuierlicher Erfahrungen mit dem Identsystem und den Einsatz von 2 Müllfahrzeugen informiert. Die diesbezügliche Rüge vom 22.06.2017 erfolgte somit innerhalb von 10 Kalendertagen und genügt demnach den Erfordernissen des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB.

Mittels Faxschreibens der Antragsgegnerin vom 26.06.2017 erhielt die Antragstellerin Kenntnis von der Erfolglosigkeit ihres Rügevortrages. Die mit anwaltlichem Schriftsatz per Fax am 11.07.2017 bei der erkennenden Kammer eingegangenen Nachprüfungsanträge wurden somit innerhalb der gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB vorgeschriebenen Antragsfrist von 15 Kalendertagen gestellt.

Zudem erfüllt der Vortrag der Antragstellerin die Voraussetzungen an einen ausreichend substantiierten Vortrag im Sinne des § 161 GWB.

Die zulässigen Nachprüfungsanträge sind jedoch unbegründet.

Ein Verstoß gegen drittschützendes Vergaberecht im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB zu Lasten der Antragstellerin ist nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer vorliegend aus keinem in Betracht kommenden Gesichtspunkt gegeben.

Allgemein ist festzustellen, dass es dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich freisteht, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben zu bestimmen. Seine diesbezügliche Ermessensausübung ist aus gutem Grund nur eingeschränkt überprüfbar. Denn es liegt in der Risikosphäre des jeweiligen Auftraggebers, durch Festlegung der Eignungsanforderung die zukünftige ordnungsgemäße Leistungserbringung sicherzustellen. Die erkennende Kammer ist darüber hinaus der festen Überzeugung, dass es der Auftraggeberseite ebenso möglich sein muss, vorherige Festlegung zu den Eignungskriterien während eines laufenden Vergabe-

verfahrens unter Gewährleistung der Grundsätze von Transparenz und Wettbewerb zu ändern. Dies wird ausweislich der Bekundungen der Antragstellerin von dieser auch nicht bestritten. Sie erkennt allerdings, dass die Antragsgegnerin in Umsetzung eben dieser Grundsätze geradezu gehalten war, von ihr mittlerweile als unnötige Begrenzung des Wettbewerbs empfundene Eignungsfestlegungen aufzuweichen. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, durch welchen Umstand die Überlegungen der Auftraggeberseite zur Möglichkeit eines breiteren Wettbewerbs angeregt wurden. So ist es etwa unschädlich, wenn die Modifikationen ihren Ursprung in den Bedenken eines möglichen Konkurrenten haben, der sich sachlich nicht gerechtfertigt vom Wettbewerb ausgeschlossen sieht.

Eben dies spiegelt sich in der Formulierung des Bundesgesetzgebers in § 122 Abs. 4 GWB wider, der vom angemessenen Verhältnis zwischen den Eignungsanforderungen und der ausgedruckten Leistung spricht. Unverhältnismäßig ist nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer daher jede Anforderung, die nach der Auffassung des Auftraggebers nunmehr unnötig erscheint, eine ordnungsgemäße Leistungserbringung in der Zukunft abzusichern. So verhält es sich hier.

Dazu im Widerspruch glaubt die Antragstellerin offenbar eine Rechtsposition allein schon durch die ursprünglichen auftraggeberseitigen Festlegungen zur Eignung erlangt zu haben, die letztendlich nur eines bezweckt, nämlich sie vor weiterer unliebsamer Konkurrenz zu schützen. Würde die Vergabekammer diesem Denkansatz Raum geben, käme dies aus hiesiger Sicht einer Pervertierung des Wettbewerbsgrundsatzes gleich. Hier sucht die Antragstellerin nicht den Wettbewerb zu schützen, sondern den Schutz vor dem Wettbewerb. Eben dieser Schutz muss ihr versagt bleiben, denn ein Mehr an Wettbewerb kann nicht diskriminierend wirken.

Die Feststellungen zur Vergaberechtskonformität werden zudem dadurch gestützt, dass vorliegend die Regelungen des Wettbewerbs und der Preisbildung nicht grundlegend verändert und die getroffenen Entschlüsse der Unternehmen zur Beteiligung oder Nichtbeteiligung am Wettbewerb offensichtlich nicht berührt werden.

Zudem hat die Antragsgegnerin das Transparenzgebot beachtet, indem sie alle Klarstellungen und Änderungen europaweit bekanntgemacht und damit allen Bewerbern öffentlich zugänglich gemacht hat. Darüberhinausgehende Transparenzanforderungen bestehen nicht.

Für ein kollusives Zusammenwirken zwischen der Antragsgegnerin und der Firma ..... GmbH sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Das Verhalten der Antragsgegnerin wurde demnach zu Unrecht beanstandet. Dem Vorbringen der Antragstellerin musste der Erfolg daher versagt bleiben.

### 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.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig. Die Entscheidung beruht auf § 182 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

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 Bruttopreisobergrenzen der streitgegenständlichen Lose für die Vertragslaufzeit vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2020 einschließlich optionaler Verlängerungen ergeben sich Kosten in Höhe von .....Euro.

Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen nach § 182 GWB i.V.m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt in Höhe von ..... Euro.  
Zudem hat die Antragstellerin Kosten für ihre Akteneinsicht (§ 165 Abs. 1 GWB) in Höhe von ..... Euro zu entrichten.  
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 Beschwerdebeurteilung 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.**

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

.....

.....