



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

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LSA 21/12**

**Halle, 22.02.2013**

§§ 97 Abs. 7 und Abs. 2 GWB i. V. m. § 2 Abs. 1 VOL/A, Fassung 2009, § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV,  
§ 14 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 u. Abs. 3 VOL/A, § 16 Abs. 3 VOL/A 2009

- unzureichenden Inhalt des Informationsschreibens gemäß § 101a GWB
- Verstoß gegen elementare Grundlagen der Transparenz und des Wettbewerbs bei der Dokumentation der Angebotsöffnung
- kein zwingendes Kennzeichnungserfordernis der Angebotsunterlagen nach Angebotsöffnung
- Authentizität der Angebotsunterlagen
- kein Rügeerfordernis bei Vorträgen der Antragstellerin im Rahmen der Akteneinsicht

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage des § 22 Nr. 3 VOL/A (2006) ist nunmehr gemäß § 14 VOL/A (2009) in die Dokumentation der Angebotsöffnung nicht mehr zwingend aufzunehmen, ob die Angebote insbesondere ordnungsgemäß verschlossen waren. Eine entsprechende Prüfung ist jedoch weiterhin erforderlich, da nicht form- oder fristgerecht eingegangenen Angebote nach § 16 Abs. 3 e) VOL/A zwingend auszuschließen sind.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....  
..... GmbH

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen

das .....

.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

..... GmbH

.....

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren bezüglich der arbeitsmedizinischen und arbeitssicherheitstechnischen Betreuung von ..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 30.01.2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird angewiesen, bei Fortbestand der Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotsabforderung zurückzusetzen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt ..... EUR.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am .....2012 schrieb der Antragsgegner im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) arbeitsmedizinische und arbeitssicherheitstechnische Betreuungsleistungen von ..... für den Zeitraum vom 01.11.2012 bis zum 31.12.2015 aus. Optional soll sich ausweislich Punkt II.2.2) der Bekanntmachung der Vertrag automatisch um ein Jahr (maximal jedoch zwei Mal), wenn er nicht mit einer Frist von sechs Monaten vor Ablauf des Vertrages gekündigt wird, verlängern.

Unter Ziffer III.2.2) der Bekanntmachung wurden Teilnahmebedingungen für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit vorgegeben.  
So sollten die Bieter u. a.

- ein Firmenprofil in freier Form (einschließlich Firmenphilosophie, Anzahl der Standorte im Bundesland ....., Zentrale Koordination mit einheitlichem Ansprechpartner),
- eine Referenzliste zu den in den letzten drei Geschäftsjahren erbrachten Leistungen mit vergleichbarem Leistungsinhalt mit Angabe des Auftraggebers, des Ansprechpartners sowie der Telefonnummer und
- eine Eigenerklärung zum Nachweis der Qualifikation für diese Leistung des zur Durchführung des Auftrags eingesetzten Personals vorlegen.

Hinsichtlich der fachlichen Voraussetzungen und Erfahrungen in der Lehrerbetreuung waren:

- die Anzahl und Qualifikation der Ärzte in .....,
- die Anzahl und Qualifikation der Fachsicherheitskräfte (FaSi) in .....,
- die Anzahl sonstiger Fachkräfte und Qualifikation in der betrieblichen Gesundheitsförderung,
- die Erfahrung in der Betreuung von Lehrern an allgemeinbildenden Schulen/Berufsschulen und Sonderschulen sowie
- die fachliche Qualifikation des Zentralen Koordinators nachzuweisen.

Außerdem sollte ein Nachweis einer branchenüblichen Haftpflichtversicherung vorgelegt werden.

Als Zuschlagskriterien gab der Antragsgegner unter Ziffer IV.2.1) das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf

- die Bewerberqualifikation gem. Matrix mit einer Gewichtung von 65% und
- den Preis mit einer Gewichtung von 35% an.

Der Leistungsbeschreibung waren die Zuschlagskriterien in einer Wertungsmatrix beigefügt und wie folgt ausgewiesen:

Gruppe 1: Bewerber (15%) mit den Unterpositionen,

1. Firmenphilosophie (2%),
2. Anzahl der Standorte im Bundesland ..... (5%),
3. Zentrale Koordination mit einheitlichem Ansprechpartner (3%),
4. Referenzen aus vergleichbaren Aufträgen (5%),

Gruppe 2: Fachliche Voraussetzungen und Erfahrungen in der Lehrerbetreuung (25%) mit den Unterpositionen,

5. Anzahl und Qualifikation der Ärzte in ..... (6%),
6. Anzahl und Qualifikation der FaSi in ..... (6%),
7. Anzahl sonstiger Fachkräfte mit Qualifikation in der betrieblichen Gesundheitsförderung (5%),
8. Erfahrung in der Betreuung von Lehrern an allgemeinbildenden Schulen/Berufsschulen und Sonderschulen (4%),
9. Fachliche Qualifikation des zentralen Koordinators (4%),

Gruppe 3: Konzeption und Durchführung der Betreuung (25%) mit den Unterpositionen,

10. Konzept Arbeitsmedizin (6%),
11. Konzept Arbeitssicherheit (6%),
12. Angebote zur Betrieblichen Gesundheitsförderung (6%),
13. weitere Präventionsangebote (4%),
14. Ganzheitlichkeit des Konzeptes im Zusammenwirken zwischen Arbeitsmedizin und Arbeitssicherheit (3%) und

Gruppe 4: Preis (35%).

Laut Legende zur Bewertungsmatrix sollte die Punktevergabe umgekehrt zu den Schulnoten erfolgen. Entgegen der in der Legende dargelegten Punktevergabe von sechs Punkten für die Note „sehr gut“ wies die Tabelle als höchsten Punktwert je Kriterium den Wert von maximal fünf Punkten aus. Im Ergebnis der Multiplikation von Gewichtung und der Höchstpunktzahl von fünf Zählern je Kriterium konnten maximal 500 Punkte erreicht werden.

Zum Einreichungstermin am 10.09.2012, 15.00 Uhr lagen fünf Angebote vor.

Im Ergebnis der Prüfung der Angebotsunterlagen auf Vollständigkeit wurden auftraggeberseitig zwei Bieter vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Die Antragstellerin und die Beigeladene sowie ein weiterer Bieter wurden zur Präsentation eingeladen.

Mit Faxschreiben vom 25.10.2012 wurde die Antragstellerin gemäß § 101a GWB informiert, dass der Zuschlag der Beigeladenen ab dem 08.11.2012 erteilt werden solle. Unter Angabe der höchsten und der niedrigsten Stundensätze inklusive Mehrwertsteuer wurde der Antragstellerin bekanntgegeben, dass sie zwar in Auswertung der Bewerberunterlagen und der Präsentation von ihrer Leistungsfähigkeit überzeugt habe, aber unter Berücksichtigung des Preisangebotes eine Zuschlagserteilung an sie nicht möglich sei.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mittels anwaltlichen Schreibens vom 30.10.2012, welches am gleichen Tag per Fax übermittelt wurde, die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig.

Danach genüge unabhängig von nachfolgend genannten Rügeaspekten die Mitteilung nach § 101a GWB nicht den gesetzlichen Anforderungen, da es an einer genauen Auskunft über die Bewertung des Angebotes im Vergleich zu dem Angebot fehle, welches den Zuschlag erhalten solle. Bei einer Gewichtung des Kriteriums Preis von nur 35% genüge es zur Beurteilung der Zuschlagsentscheidung nicht, auf das Preisangebot zu verweisen. Aufgrund ihrer

Marktkennntnis schätze die Antragstellerin ein, dass sie mit ihrem Angebot überdurchschnittlich abgeschlossen und insgesamt das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Die Antragstellerin habe Kenntnis, dass die Beigeladene weder über eigene Niederlassungen noch über eigenes Personal in Sachsen-Anhalt verfüge, was sich bei den Kriterien 2, 5 und 6 der Wertungsmatrix zwingend auswirken müsste.

Auch sei aufgrund der großen Preisunterschiede fraglich, ob die preisgünstigste Bieterin auskömmlich kalkuliert habe. Denn auf Angebote, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Leistung stünden, dürfe kein Zuschlag erteilt werden. Es werde auf die Pflicht zur Aufklärung ungewöhnlich niedriger Preise nach § 16 Abs. 6 VOL/A bzw. § 19 EG Abs. 6 VOL/A hingewiesen und um Auskunft gebeten, ob die Aufklärungsgespräche erfolgt seien. Weiterhin enthalte die Wertungsmatrix eine vergaberechtswidrige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. So würde der Antragsgegner Kriterien verwenden, die keinen Bezug zum Auftragsgegenstand hätten, sondern vielmehr die Eignung des Bieters - insbesondere die Anzahl der Standorte, Qualifikation, Erfahrung, Firmenphilosophie - betreffen. Außerdem gehe nicht hervor, wie der Preis in der Wertungsmatrix bepunktet werde. Es gebe eine Vielzahl von Methoden, die bei gleichen Ausgangsdaten in der Wertung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würden. Daher könne auf Basis der bekannt gemachten Verfahrensregeln keine Angebotswertung erfolgen. Es sei nicht auszuschließen, dass nachträglich noch eine Formel erarbeitet worden sei. Diese sei jedoch weder den Bietern zur Kenntnis gegeben worden, noch taue sie als Grundlage einer ordnungsgemäßen Angebotsauswertung.

Zusammenfassend werde die geplante Zuschlagerteilung, die gewählte Wertungsmethodik sowie die unzureichende Begründung des Antragsgegners als vergaberechtswidrig gerügt.

In Erwiderung teilte der Antragsgegner per Fax am 05.11.2012 der Antragstellerin seine Nichtabhilfeentscheidung mit. Die Antragstellerin stellte daraufhin am 06.11.2012 mit anwaltlichem Schriftsatz einen Nachprüfungsantrag.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass die Eröffnungsniederschrift dazu teilweise in Widerspruch stehende Angaben beinhaltet. So weist das verwendete Formular bezüglich der Position „Die Vergabeunterlagen, Begleitschreiben und andere wesentliche Teile wurden gekennzeichnet. ...“ in dem für die Eintragung vorgesehenen Feld einen Haken aus. Eine Kennzeichnung der Angebotsunterlagen ist jedoch nicht erfolgt. Weiterhin ist in der Niederschrift die Anzahl der Briefumschläge mit fünf Stück angegeben, deren Verschluss versehrt war. Eine Eintragung unter „Besonderheiten zur Niederschrift“, die nähere Ausführungen bezüglich der Versehrtheit des Verpackungsmaterials beinhalten sollte, ist in der Vergabedokumentation nicht enthalten. Nach Aktenlage weisen die vorliegenden Verpackungsmaterialien zu den Angeboten der Beigeladenen und eines weiteren Bieters Einrisse auf. Es ist ferner festzustellen, dass das Verpackungsmaterial von drei Angeboten unversehrt ist. Zudem sind in der Vergabedokumentation für zwei Bieter die Eingangsdaten der Angebote fehlerhaft vermerkt.

Nach Prüfung der Angebotsunterlagen auf Vollständigkeit durch die Kammer wurde festgestellt, dass den Angebotsunterlagen eines weiteren Bieters lediglich eine Referenzliste beiliegt, jedoch fehlen die Angaben hinsichtlich des Zeitraums der letzten drei Geschäftsjahre mit vergleichbaren Leistungsinhalten mit Angabe des Auftraggebers, des Ansprechpartners sowie der Telefonnummer.

Außerdem geht in die Bewertung des Preises eine einfache Addition beider Stundenverrechnungssätze ein, die nicht in Übereinstimmung mit dem zu bewertenden Angebotsendpreis stehen kann. Betreuungsfaktoren, das Mengengerüst und die Laufzeit des Vertrages finden keine Berücksichtigung. Außerdem wurde festgestellt, dass in die Angebotswertung die Preise von zwei Bietern vertauscht wurden.

Weiterhin waren den Gremienmitgliedern für die im Rahmen der Präsentation zu bewertenden Angebote - außer der Legende zur Bewertungsmatrix - keine weiteren Bewertungsmaßstäbe für die einzelnen Kriterien vorgegeben worden. Zudem fehlen hinsichtlich der Einzelkriterien Begründungen für die Punktevergaben durch die Gremienmitglieder. Eine entsprechende Niederschrift findet sich auch nicht in der Dokumentation.

Überdies weisen Teile der Angebotsunterlagen eines Bieters ein Ausfertigungsdatum aus, welches nach dem Erstellungsdatum des Angebots und auch nach dem Datum der Angebotseröffnung liegt.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass sie sich im Nachprüfungsantrag inhaltlich auf die Rüge vom 30.10.2012 stütze. Darüber hinaus sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt, denn die geplante Zuschlagserteilung verstoße gegen die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz sowie der Gleichbehandlung und sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Auch habe die Antragstellerin unverzüglich nach Kenntniserlangung gemäß § 107 Abs. 3 GWB die auftraggeberseitige Verletzung von Vergabevorschriften gerügt.

Weiterhin dürften zur Bestimmung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots nur leistungsbezogene Kriterien, die sich nicht auf die Person des Bieters beziehen, zu Grunde gelegt werden. Diese Grundsätze habe der Antragsgegner nicht beachtet. So würden sich die Zuschlagskriterien unter den Ziffern 1,2,4,5,6,7,8 und 9 der Wertungsmatrix auf den Bieter selbst beziehen. Dies bedeute, dass mindestens 37% nicht vom Inhalt des Angebotes, sondern von der Person des Bieters bei der Wertung der Angebote abhängig gemacht worden seien.

Der Vollständigkeit halber sei noch anzumerken, dass bei Betrachtung des Kriterienkataloges der Antragsgegner dieselben Angaben mehrfach verwendet habe. So betreffe dies neben dem Kriterium „Referenzen aus vergleichbaren Aufträgen“ (5%) auch das Kriterium „Erfahrungen in der Betreuung von Lehrern an allgemeinbildenden Schulen/ Berufsschulen und Sonderschulen“ (4%).

Ebenfalls unklar sei die Aussage unterhalb der Wertungsmatrix, dass die Schulnote „sehr gut“ mit 6 Punkten bewertet werde, während ein „ungenügend“ noch 1 Punkt erhalte. Dies stehe im Widerspruch zur Wertungsmatrix, wonach je Kriterium maximal 5 Punkte verteilt werden könnten.

Auch dürfe die Ortsansässigkeit zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens kein Wertungskriterium sein.

Ergänzend beanstandete die Antragstellerin, dass zudem die Kriterien 2 – („Anzahl der Standorte im BL Sachsen-Anhalt“) und 5 („Anzahl und Qualifikation der Ärzte in Sachsen-Anhalt“) diskriminierend seien.

Vorstehende Unklarheiten belegten, dass die Wertungssystematik grundlegend überdacht werden müsse.

Im Ergebnis der Akteneinsicht müsse weiterhin vorgetragen, dass der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt bekannt gewesen sei, dass die Bieterpräsentation maßgeblich in die Angebotswertung einfließe. Dennoch könne der Vergabeakte entnommen werden, dass die Vergabeentscheidung „entsprechend den Präsentationsinhalten“ getroffen worden sei.

Überdies müsse die Ausübung der Bewertungsspielräume durch den Auftraggeber in Zweifel gezogen werden. Die deutlich unterschiedliche Bewertung der Kriterien durch die einzelnen Gremienmitglieder sei nicht erklärbar. Zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen hätte es diesbezüglicher Begründungen bedurft. Solche fänden sich allerdings in der Dokumentation nicht.

Ebenso gebe es widersprüchliche Darlegungen hinsichtlich der Bewertung des Preises. Nach den Ausführungen in der Dokumentation werde die Punktevergabe hinsichtlich des Preises im Wege einer Dreisatzberechnung vorgenommen. Hingegen beschreibe der Antragsgegner in seinem Schriftsatz das Verfahren der Punkteermittlung insoweit, dass der Bieter mit dem niedrigsten Preis die volle Punktzahl erhalte und der andere Bieter entsprechend der Abweichung seines Angebotspreises zum Angebotspreis des Bestbietenden, Abzüge in der Bewertung des Preises hinnehmen müsse.

Obendrein verweise der Antragsgegner in der Dokumentation beispielhaft auf einen Angebotspreis, der keinen Bezug auf die bieterbezogenen Angebotsvergleichspreise erkennen lasse. Auch insoweit sei die Bewertung des Angebots der Antragstellerin intransparent.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, o. g. Auftrag in der vorgesehenen Weise zu vergeben,
2. den Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren ab Versand der Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. sonstige geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
4. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen sowie
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbvollmächtigten durch die Antragstellerin erforderlich war.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag als unzulässig zu verwerfen bzw. unbegründet zurückzuweisen.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, dass der dem Antrag zugrunde liegende Rügevortrag präkludiert sei, was folglich zur Unzulässigkeit des Antrags führe.

Ungeachtet dessen müsse dem Vortrag der unzulässigen Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien auch in der Sache der Erfolg versagt bleiben. Denn eine solche Vermischung liege nicht vor. Die Unterkriterien mit den laufenden Nummern 1, 2 und 4 bis 9 seien Zuschlagskriterien im Sinne des § 19 EG Abs. 8 VOL/A. Hierbei stelle der Auftraggeber nicht auf ein Mehr an Eignung, sondern allein auf die Wirtschaftlichkeit ab. Insbesondere im Dienstleistungsbereich beeinflusse die persönliche Qualifikation die Qualität der Leistung. Dies könne aber nicht zur Folge haben, dass als Zuschlagskriterium nur der niedrigste Preis, nicht aber auch qualitativen Gesichtspunkte für die Wertung in Betracht kommen.

Soweit die Antragstellerin die intransparente Bewertung des Preises geltend mache, sei ihr ebenfalls der Erfolg verwehrt. Im Rügeschreiben habe sie allenfalls angegriffen, dass in der Wertungsmatrix nicht festgelegt sei, wie die Punktevergabe hinsichtlich des Preises erfolgen werde. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, das mathematische Verfahren zur Bewertung des Preises bekanntzugeben.

Ebenso haltlos sei der Vorwurf der doppelt verwendeten Kriterien. So ziele das Kriterium der vorzulegenden Referenzen auf die Bewältigung der besonderen logistischen Herausforderungen ab. Im Bezug zum konkreten Auftrag stehe auch das Kriterium „Erfahrungen in der Betreuung von Lehrern“ und bewerte die Fähigkeiten zur Leistungserbringung. Das Kriterium der Ortsansässigkeit sei so zu verstehen, dass die Bieter im Rahmen der Auftragsausführung über Ärzte und Fachkräfte an mehreren Orten verfügen müssten.

Hinsichtlich des Vortrages zum Unterpreisangebot handele es sich um eine bloße Mutmaßung der Antragstellerin, die einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten könne.

Die Beigeladene lässt vortragen,

dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig sei, da sämtliche vermeintliche Vergabeverstöße von der Antragstellerin erkennbar gewesen seien und bereits mit Abgabe des Angebots hätten gerügt werden müssen.

In materiell-rechtlicher Sicht liege hinsichtlich des Vortrags eines intransparenten Vergleichsmaßstabs bzw. der unklaren Punktevergabe kein Vergabeverstoß vor. Entscheidend sei allein, ob sich der Antragsgegner im Vorfeld der Angebotsprüfung auf eine Bewertungsart festgelegt und diese im Vergabevermerk dokumentiert habe. Dann sei jede Manipulation bzw. Rechtsverletzung durch unterschiedliche Bewertungen im Nachhinein ausgeschlossen. Zur Wahrung der subjektiven Bieterrechte bedürfe es jedoch gerade keiner Bekanntgabe der Bewertungsmethode. Im Vergabevermerk unter Ziffer 3.3.1 habe sich der Auftraggeber entsprechend eindeutig festgelegt, so dass kein Vergabeverstoß vorliege.

Es werde zugestanden, dass die Eignungs- und Zuschlagskriterien in materiell-rechtlicher Sicht tatsächlich in Teilen vermischt worden seien. Dem komme vorliegend jedoch keine Rechtserheblichkeit zu.

Den Ausführungen der Antragstellerin zum vermeintlichen Unterpreisangebot dürfte bereits tatbestandlich keine Bedeutung zukommen, denn der aufgeführte Preis im Informationsschreiben sei nicht der Preis der Beigeladenen. Es handele sich wahrscheinlich vielmehr um den günstigsten Preis eines dritten Bieters.

Der Antragstellerin wurde ausweislich des Beschlusses vom 11.01.2013 Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich jedoch nicht auf die durch die Mitbieter eingereichten Unterlagen sowie die Auswertungsbelege, die Inhalte aus diesen Unterlagen enthalten sowie auf die Dokumentation über die Angebotsöffnung.

Die erkennende Kammer hat mittels Beschluss vom 14.01.2013 die ..... GmbH zum Verfahren beigeladen. Durch Beschluss vom 21.01.2013 ist der Beigeladenen ebenso Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt worden, nicht jedoch in die durch die Mitbieter eingereichten Unterlagen sowie die Auswertungsbelege, die Inhalte aus diesen Unterlagen enthalten sowie in die Dokumentation über die Angebotsöffnung.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

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.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zumindest teilweise 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, Az.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Az.: 42-32570/03.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 05.08.2009, MBI. LSA Nr. 33/2009) zuständig.

Der Antragsgegner gilt als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

Von einem Vorliegen der Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB ist hier auszugehen. Allerdings gilt dies mangels Drittschutzes der betreffenden Normen nicht hinsichtlich des isolierten Vortrags zum unzureichenden Inhalt des Informationsschreibens gemäß § 101a GWB sowie zum vermeintlichen Unterkostenangebot.

Dahingestellt bleiben kann hier, inwieweit der Vortrag der Antragstellerin zur rechtswidrigen Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, den Besonderheiten der Punktebewertung, der doppelten Verwendung von Kriterien sowie des vermeintlich intransparenten Maßstabes des Schulnotensystems präkludiert ist. Denn jedenfalls soweit die Antragstellerin die Eignung der Beigeladenen in Zweifel zieht, da diese weder über eigene Niederlassungen noch über eigenes Personal in Sachsen-Anhalt verfügen sollte, ist die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zur Rechtzeitigkeit der Rüge gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB nachgekommen. Die Antragstellerin hat erst mit Eingang der per Fax vom 25.10.2012 übermittelten Bieterinformation den Namen des erfolgreichen konkurrierenden Wettbewerbers erfahren. Ihr diesbezügliches Rügevorbringen vom 30.10.2012 kann demnach nur als unverzüglich und somit rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gewertet werden.

Mangels Rügeerfordernis hat der Vortrag der Antragstellerin im Ergebnis der Akteneinsicht hinsichtlich der Umstände der Durchführung der Präsentation ebenfalls als nicht präkludiert zu gelten. Denn die Antragstellerin hat ihre Schlussfolgerung erst aus einem ihr im Rahmen der Akteneinsicht zur Verfügung gestellten Auszug zur Vergabedokumentation des Antragsgegners vom 21.01.2013 ziehen können.

Den Erfordernissen des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB wurde ebenfalls genügt. Die Antragstellerin erhielt mittels Faxschreibens des Antragsgegners vom 05.11.2012 Kenntnis von der Erfolglosigkeit ihres Rügevortrages und beantragte bereits am darauf folgenden die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

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

Der zumindest in Teilen zulässige Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Das Verhalten des Antragsgegners verstößt gegen §§ 97 Abs. 7 und Abs. 2 GWB i. V. m. § 2 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 zumindest der Antragstellerin zur Folge. Sie hat einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner das Vergabeverfahren ab Aufforderung zur Angebotsabgabe wiederholt.

Bei den ausgeschriebenen Betreuungsleistungen an öffentlichen Schulen in Sachsen-Anhalt handelt es sich um Gesundheitsleistungen, die nachrangige Dienstleistungen des Anhangs I B der VOL/A-EG darstellen. Gemäß § 1 EG Abs. 3 VOL/A, Fassung 2009, in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV sind nur die Vorschriften der §§ 8 EG, 15 EG Abs. 10 und 23 EG VOL/A sowie die Bestimmungen des ersten Abschnitts der VOL/A mit Ausnahme von § 7 VOL/A anzuwenden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Antragstellerin oder die übrigen konkurrierenden Wettbewerber überhaupt ein zuschlagsfähiges Angebot gemessen an den §§ 14 und 16 VOL/A abgegeben haben. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass der Antragsgegner durch sein Verhalten gegen elementare Grundlagen der Transparenz und des Wettbewerbs verstoßen hat. Entsprechend § 14 Abs. 1 sowie Abs. 2 Satz 1 VOL/A sind Angebote ungeöffnet zu lassen, mit Eingangsvermerk zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern gemeinsam durchzuführen und zu dokumentieren. Ein Vermerk i. S. dieser Vorschrift dient der Beweissicherung. Er soll sicherstellen, dass der Wettbewerb zwischen den Bietern unter gleichen Voraussetzungen stattfindet und nicht einzelne Bieter ihr Angebot nachträglich verändern. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber diese Sorgfaltspflichten in mehrfacher Hinsicht nicht hinreichend beachtet.

So hat er entgegen den Angaben in der Eröffnungsniederschrift die Angebotsunterlagen in allen wesentlichen Teilen nicht gekennzeichnet. Dabei kann offen bleiben, inwieweit trotz fehlender explizierter Regelung in der VOL/A 2009 nach wie vor eine Kennzeichnung der Angebote zur Verhinderung von Manipulationen und zur Gewährleistung eines fairen, ord-



nungsgemäßen Wettbewerbes notwendig ist. Des Weiteren ist der Eröffnungsniederschrift zu entnehmen, dass der Verschluss von fünf Briefumschlägen versehrt gewesen sein soll. Nähere Ausführungen finden sich dazu weder unter der Rubrik „Besonderheiten zur Niederschrift“ noch in der Vergabedokumentation. Vorliegend weist nur das Verpackungsmaterial der Angebote der Beigeladenen und eines weiteren Bieters Beschädigungen durch Einrisse auf, die Umschläge der restlichen drei Angebote sind dagegen unversehrt. Ferner sind in der Vergabedokumentation für zwei Bieter die Eingangsdaten der Angebote fehlerhaft vermerkt.

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage des § 22 Nr. 3 VOL/A ist zwar nunmehr gemäß § 14 VOL/A in die Dokumentation der Angebotsöffnung nicht mehr zwingend aufzunehmen, ob die Angebote insbesondere ordnungsgemäß verschlossen waren. Eine entsprechende Prüfung ist jedoch weiterhin erforderlich, da nicht form- oder fristgerecht eingegangene Angebote nach § 16 Abs. 3 e) VOL/A zwingend auszuschließen sind.

Da die Öffnung der Angebote im Bereich der VOL/A unter Ausschluss der Wettbewerber zu erfolgen hat, kommt der Eröffnungsniederschrift eine besondere Bedeutung zu. Ihre Glaubwürdigkeit darf keinem Zweifel ausgesetzt werden. Dies ist hier aufgrund der beschriebenen Widersprüche jedoch der Fall, so dass eine Zuschlagserteilung auf der Grundlage der vorliegenden Angebote hinsichtlich der elementaren Bedeutung von Transparenz und Wettbewerb schon aus diesem Grunde ausgeschlossen erscheint. Dies muss umso mehr gelten, als überdies Teile der Angebotsunterlagen eines Bieters ein Ausfertigungsdatum enthalten, welches einen Zeitpunkt nach Angebotseröffnung ausweist. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass die fragliche Unterlage nicht zum auftraggeberseitigen Anforderungsprofil gehört. Es reicht vielmehr bereits aus, dass sie Bestandteil eines im Wettbewerb stehenden Angebotes ist.

Die Beachtung von Formvorschriften durch die Vergabestelle soll letztlich der Wahrung der Rechte aller Bieter im Rahmen des § 97 Abs. 7 GWB dienen.

Um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wiederherstellen zu können, ist zumindest eine erneute Angebotseinholung notwendig, denn keines der im Vergabeverfahren eingegangenen Angebote ist wertbar, weil ein unverfälschter Wettbewerb im Hinblick auf den Verstoß gegen § 14 VOL/A nicht sichergestellt werden kann.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V. Abs. 3 und Abs. 4 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten einschließlich der zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist der Antragsgegner als Unterlegene anzusehen, da er mit seinem Antrag nicht durchgedrungen ist.

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

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 angebotenen Bruttoangebotspreise je Stunde der Antragstellerin unter Berücksichtigung des vorgegebenen Mengengerüsts und der Laufzeit vom 01.11.2012 bis zum 31.12.2015 zuzüglich einer 2-jährigen Option von hier ..... Euro

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... Euro.

Der Antragsgegner hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses den Betrag in Höhe von ..... Euro unter Verwendung des Kassenzeichens 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 Vorschuss zurückerstattet.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die 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, § 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

gez. Dolge