



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 2 Verg 2/13 vom 22.09.2014

AZ: 1 VK LSA 25/12

Halle, 07.05.2013

- §§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 6, 11 Abs. 5, 20 Abs. 2, S. 1 VOF
- Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien,
 - nachträglicher Ausschluss eines Nachauftragnehmers wegen Unzuverlässigkeit,
 - die Verpflichtungserklärung löst keine vertragliche Bindungswirkung zwischen Nachauftragnehmer und Auftraggeber aus. Diese besteht nur zwischen Hauptauftragnehmer und Auftraggeber.
 - Leistungsverweigerung

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

gegen

das Land,
vertreten durch das Ministerium,
vertreten durch den
.....
.....

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte
.....
Rechtsanwälte
.....

unter Beiladung der

.....
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Verhandlungsverfahren bezüglich der Planungsleistungen-..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 18.04.2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Antragstellerin wieder am Vergabeverfahren „Planungsleistungen-..... zu beteiligen.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Zuschlagskriterien unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu fassen.
3. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten der notwendigen Rechtsverfolgung auferlegt.
4. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.
5. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am2012 schrieb der Antragsgegner im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb auf der Grundlage der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) Gebäudeplanungsleistungen für die Sanierung des Altbaus am aus. Der Leistungsumfang umfasst zunächst nur die Leistungsphasen 2 bis 4 nach § 33 HOAI. Optional wird ausweislich der Bekanntmachung eine Weiterbeauftragung der Leistungsphasen 5 bis 8 in Aussicht gestellt. Ein Rechtsanspruch auf Weiterbeauftragung besteht nicht.

Unter Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung wurden Teilnahmebedingungen für die technische Leistungsfähigkeit vorgegeben. Diese umfassen u. a.:

- Angabe (Organigramm) über die voraussichtl. technische Projektstruktur (mit Zuordnung: Anzahl der Projektbeteiligten, Namen und Qualifikation),
- eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten vergleichbaren Leistungen für die Planung und Realisierung von Gerichtsgebäuden sowie eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten vergleichbaren Leistungen für die Planung und Realisierung von Sanierungen mehrgeschossiger, denkmalgeschützter Verwaltungsgebäude mit mind. 3000 m² NF gemäß § 5 (b) VOF für Gebäudeplanungen nach § 33 HOAI,

- eine persönliche Referenzliste der mit der ausgeschriebenen Planungsleistung vergleichbaren Leistungen des Projektleiters und
- eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Bewerber in den letzten drei Jahren festangestellten Mitarbeitern und aus der die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich ist.

Bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist am 10.09.2012 gingen 16 Teilnahmeanträge ein. Die Rangfolge der Bewerber ergab sich aus dem Ergebnis der Eignungsprüfung. Gemäß Bekanntmachung sollte das Auftragsverfahren mit mindestens drei und höchstens fünf Wirtschaftsteilnehmern durchgeführt werden. Unter den fünf Teilnehmern, die mit Schreiben per Mail vom 27.11.2012 zu Verhandlungsgesprächen am 17.12.2012 aufgefordert wurden, waren die Antragstellerin sowie die Beigeladene. Diesem Schreiben war als Anlage u. a. eine Aufgabenbeschreibung mit einem Fragenkatalog beigefügt. Darin legte der Auftraggeber fest, dass die Wertung der Angebote gemäß nachfolgend aufgeführten Auftragskriterien einschließlich deren Gewichtung durchgeführt werde:

1. Referenzobjekt (30%),
 - 1.1. Qualität hinsichtlich Planung, Funktionalität, Wirtschaftlichkeit (15%),
 - 1.2. Termin- und Kosteneinhaltung (15%),
2. Projektmanagement (35%),
 - 2.1. Konzept und Umsetzungsgrundsätze (5%),
 - 2.2. Herangehensweise an die Planungsaufgabe (5%),
 - 2.3. Kosten, Termin- und Qualitätsmanagement (10%),
 - 2.4. Nachtragsmanagement, Bewältigung von Leistungsstörungen (5%),
 - 2.5. Technische Realisierbarkeit, Zeitrahmen (5%),
 - 2.6. Wirtschaftlichkeit, Betriebs-/ Verbrauchskosten, Energieoptimierung, Ökologie, Sicherheitsaspekte (5%)
3. Projektorganisation (27%)
 - 3.1. Projektleitung, Projektmitarbeiter (15%),
 - 3.2. Informations- und Kommunikationsmanagement (10%),
 - 3.3. Datenaustausch, -schnittstellen und -sicherung (2%)
4. Gesamteindruck der Präsentation (5%) und
5. Vergütung (3%)

Im Fragenkatalog waren den Auftragskriterien eins bis drei jeweils allgemeine Ausführungen vorangestellt, die sich auf die geforderte inhaltliche Beantwortung der Unterkriterien beziehen.

Für das 1. Kriterium – Referenzobjekt - sollte der Bewerber ein vergleichbares Referenzobjekt aus den Bewerbungsunterlagen hinsichtlich der planerischen Problemstellung und des beschriebenen Lösungsweges vorstellen.

Bezüglich des Kriteriums 2 – Projektmanagement – war durch den Bewerber in der Analyse des zu bearbeitenden Projektes und der zu erbringenden Planungsleistungen herauszuarbeiten, dass die für den Auftraggeber wesentlichen Gesichtspunkte erkannt wurden und seine Ausarbeitung darauf ausgerichtet ist. Dabei war zu erklären, wie beabsichtigt ist, die Planungsaufgabe methodisch zu lösen.

Die Projektorganisation als 3. Kriterium sollte Aufschluss darüber geben, wie der Bewerber im Auftragsfall die schlüssige Organisation hinsichtlich einer personellen und organisatorischen Planung und Realisierung durchführen und bearbeiten will. Dabei war sowohl auf die Leistungsphasen 1 bis 4, als auch 5 bis 8 einzugehen.

Unter dem Gesamteindruck der Präsentation ist vermerkt, dass die Kriterien der Punkte 1.-3. sowie die Form und Klarheit der Darstellung und das Auftreten bewertet werden.

Überdies enthielten alle genannten Unterkriterien weitere inhaltliche Hinweise.

Der Antragsgegner informierte mit Fax-Schreiben am 13.12.2012 die Antragstellerin, dass er die Einladung zum Verhandlungsgespräch zurücknehme, da sie nicht über die notwendige Zuverlässigkeit verfüge. Die nachträgliche Erkenntnis seitens des Antragsgegners habe sich aus dem Gespräch am 07.12.2012 zur Problematik eines anderen Bauvorhabens ergeben,

welches dem in Streit stehenden Bauvorhaben vorgelagert sei. Somit betrachte der Antragsgegner das für eine Geschäftsbeziehung notwendige Vertrauensverhältnis als zerrüttet.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mittels anwaltlichen Schriftsatzes per Fax vom 14.12.2012 den nachträglichen Ausschluss wegen vermeintlicher Unzuverlässigkeit als vergaberechtswidrig, da dieser jeglicher Grundlage entbehre. Ferner legt der anwaltliche Vertreter dar, dass er nach Aushändigung der Aufgabenbeschreibung am selben Tage ebenso die Zuschlagskriterien als vergaberechtswidrig monieren müsse. So sei das Kriterium der Referenzen auch bei einem VOF-Verfahren ein Eignungskriterium und könne nicht als Zuschlagskriterium verwendet werden. Dies betreffe auch das Kriterium Gesamteindruck der Präsentation, da der Leistungsbezug fehle. Außerdem sei es unzulässig, Ausführungen zum Projektmanagement und zur Projektorganisation ohne entsprechende vertragliche Verpflichtung zu bewerten, denn auch in diesen Fällen könne kein notwendiger Auftragsbezug abgeleitet werden.

In Erwiderung des Rügeschreibens teilte der Antragsgegner per Fax am 14.12.2012 der Antragstellerin seine Nichtabhilfeentscheidung mit. Im Übrigen sei die Antragstellerin hinsichtlich ihres Vortrages zur Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien präkludiert, da sie ihrer Pflicht zur unverzüglichen Rüge nicht entsprochen habe. Die Erkennbarkeit des vermeintlichen Verstoßes sei bereits seit dem Zeitpunkt des Zugangs der Einladung zur Präsentation gegeben. Bei einem Architekturbüro, welches sich regelmäßig an VOF-Ausschreibungen beteilige, müsse dies unterstellt werden.

Nach erfolglosem Rügen hat die Antragstellerin am 17.12.2012 mit anwaltlichem Schriftsatz per Fax bei der erkennenden Kammer einen Nachprüfungsantrag gestellt. Dieser wurde dem Antragsgegner am gleichen Tag zugesandt.

Dem Vergabevermerk des Antragsgegners vom 20.12.2012 ist zu entnehmen, dass das Gespräch am 07.12.2012 zu einem dem streitbefangenen Vergabeverfahren vorausgehenden Vergabeverfahren zwischen dem Antragsgegner, der Antragstellerin und ihrem damaligen Hauptauftragnehmer sowie die auf dieses Vergabeverfahren ebenfalls bezogenen Schreiben der Antragstellerin vom 02.11.2012, 23.11.2012 und 27.11.2012 zum Anlass genommen wurden, die Antragstellerin nunmehr nachträglich auszuschließen (Anlage 16). Zur Begründung wird die Richtlinie 321, Punkte 3.4 und 3.6, des Vergabehandbuches (VHB) angeführt. Dort ist dargelegt, dass eine Neubewertung der Eignung vorgenommen werden könne, wenn bis zur Zuschlagserteilung Umstände bekannt werden, die Zweifel an der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters begründen. Nach dem Gespräch am 07.12.2012 sei der Antragsgegner zu der Erkenntnis gekommen, dass die Antragstellerin nicht zuverlässig sei. Dies habe sich aus dem bisherigen Geschäftsgebaren der Antragstellerin, welches gegen die guten Sitten verstoße, ergeben.

Aus den v. g. Unterlagen ist erkennbar, dass der Antragsgegner erstmalig mit Schreiben vom 02.11.2012 über die Streitigkeiten zum Inhalt des Nachunternehmervertrages zwischen der Antragstellerin und ihrem damaligen Hauptauftragnehmer informiert wurde.

Infolge der Aufforderung des Antragsgegners, die Konfliktpunkte einer eigenverantwortlichen Klärung zuzuführen, wandte sich die Antragstellerin mit einem weiteren Schreiben vom 23.11.2012 an den Antragsgegner. In Anerkennung der grundsätzlichen Verantwortlichkeiten wies die Antragstellerin darauf hin, dass hier zudem berücksichtigt werden müsse, dass durch die Auseinandersetzung zwischen den Konfliktparteien die reibungslose Durchführung des Projekts gefährdet werde. Außerdem müsse das Auswechseln des Nachunternehmers des durch den Antragsgegner beauftragten Generalplaners zur Neuausschreibung des gesamten Planungsauftrages führen, was sicherlich nicht im Interesse des Auftraggebers sei.

Anschließend informierte die Antragstellerin mittels Schreiben vom 27.11.2012 den Antragsgegner, dass sie sich trotz der abgegebenen Verpflichtungserklärung gehalten sehe, an der anberaumten Projektbesprechung nicht teilzunehmen. Grund sei die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 648a BGB gegenüber ihrem Hauptauftragnehmer. Dieser habe eine von der Antragstellerin geforderte Sicherheit zur Absicherung des Vergütungsanspruchs bis zur gesetzten Frist nicht übergeben. Gegenüber dem Auftraggeber wurde mit

Bedauern zum Ausdruck gebracht, dass der Hauptauftragnehmer ihr keine andere Wahl lasse.

Ausweislich des durch den Auftraggeber gefertigten Aktenvermerkes vom 10.12.2012 über das Gespräch am 07.12.2012 zwischen dem Antragsgegner, dem Generalplaner und der Antragstellerin bewerte der Antragsgegner die Aussage der Antragstellerin hinsichtlich der notwendigen Neuausschreibung der gesamten Leistung als Erpressungsversuch. Bezüglich der Thermischen Bauphysik bestehe die Antragstellerin auf die Annahme ihres Angebotes durch den Hauptauftragnehmer. Dieses Angebot sei jedoch von ihm in den Bewerbungsunterlagen nicht berücksichtigt worden. Nach auftraggeberseitiger Aussage hätte eine Bezuschlagung mit dieser Angebotssumme nicht erfolgen können. Der Generalplaner werde somit mit eigenem Personal diese Leistungen erbringen. Auch weigere sich die Antragstellerin eine Federführungsgebühr an den Generalplaner zu entrichten, da sie die Leistungen so vergütet haben wolle, wie sie ihrerseits angeboten worden seien. Der Generalplaner habe ausgeführt, dass die Federführungsgebühr ab Leistungsphase 5 nur ein Vorschlag gewesen sei und in Gesprächen ausgehandelt hätte werden können. Tatsächlich wäre es um die Benennung eines verantwortlichen Koordinators von der Antragstellerin ab Beauftragung der Ausführungsunterlage gegangen. Zu Gesprächen wäre es jedoch nicht gekommen. Vielmehr habe die Antragstellerin von § 648a BGB Gebrauch gemacht und eine Forderung nach einer Bürgschaft gestellt. Auf Nachfrage des Antragsgegners zur termingerechten Erbringung der beauftragten Leistung habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass sie diese Leistungen zum vorgegebenen Termin nicht erbringen könne. Der Generalplaner habe die geforderte Originalbürgschaft der Leistungsphasen 3 und 4 für Gebäude an die Antragstellerin übergeben wollen. Die Annahme sei durch die Antragstellerin abgelehnt worden. Der Vermerk endet mit der Feststellung, dass die Vertrauensverhältnisse zwischen den Konfliktparteien sowie in Folge dessen dann auch zwischen dem Antragsgegner und der Antragstellerin zerrüttet seien.

Des Weiteren ist unter Punkt 2.5.6 des Vergabevermerks dokumentiert, dass das Entscheidungsgremium des Antragsgegners nach Auswertung der Verhandlungsgespräche beabsichtige, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin stützt sich im Nachprüfungsantrag inhaltlich auf ihren Rügevortrag und lässt darüber hinaus anwaltlich ergänzend vortragen, dass der Ausschluss der Antragstellerin sowie die vergaberechtswidrigen Zuschlagskriterien unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt worden seien. Die Antragstellerin habe bis zur Mitteilung des anwaltlichen Vertreters keine Kenntnis davon gehabt, dass die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig seien. Zudem habe es sich bei der Besprechung am 07.12.2012 um ein vorgelagertes Bauvorhaben gehandelt, bei dem die Antragstellerin nicht in einem Auftragsverhältnis zum Antragsgegner gestanden habe. In diesem vorgelagerten Bauvorhaben habe die Antragstellerin als Nachunternehmerin ihr Leistungsverweigerungsrecht nicht gegenüber ihrem damaligen Hauptauftragnehmer ausgeübt, um die Beauftragung weiterer Leistungsphasen zu erzwingen. Vielmehr sei eine nicht fristgerechte Übergabe einer geschuldeten Bauhandwerkersicherung ursächlich gewesen. Soweit in dieser Besprechung eine Übergabe der Bauhandwerkersicherung in Aussicht gestellt worden sei, habe man an die Umsetzung eine unzulässige Bedingung geknüpft. Zu beanstanden sei in dieser Sache demnach das Geschäftsgebaren des damaligen Hauptauftragnehmers, nicht aber das der Antragstellerin. Der damalige Hauptauftragnehmer sei zudem nicht bereit gewesen, den Nachunternehmervertrag mit der Antragstellerin auf der Grundlage des von ihr eingereichten und auf dessen Wunsch überarbeiteten Angebotes abzuwickeln, sondern habe nach Auftragserteilung durch den Antragsgegner signifikante finanzielle Zugeständnisse von der Antragstellerin verlangt. Hierzu sei die Antragstellerin nicht bereit gewesen.

Im Besprechungstermin am 07.12.2012 habe sich die Antragstellerin als Nachunternehmerin gegenüber dem Hauptauftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die Leistungen der Gebäudeplanung, der Technischen Gebäudeausrüstung und der Thermischen Bauphysik zu erbringen. Das Honorarangebot seitens der Nachunternehmerin sei nach nochmaliger Überarbeitung durch den Hauptauftrag-

nehmer nicht beanstandet worden. Auf dieser, den Antragsgegner bekannten Honorarforderung und des entsprechenden Leistungsumfangs sei die Antragstellerin angewiesen worden, die Leistungen zu beginnen. Nach 8 Wochen habe der Hauptauftragnehmer ein Vertragsangebot übermittelt, welches einseitige Änderungen hinsichtlich des Umfangs des Leistungsbildes, des Regiekostenabschlages, der Nebenkostenpauschale und des Honorarangebotes für die Beratungsleistungen beinhaltete. Dies sei für die Antragstellerin nicht akzeptabel gewesen. Die bisherige Verweigerungshaltung durch den ehemaligen Hauptauftragnehmer sei demnach verantwortlich für den vorliegenden Konflikt. Nach zahlreichen Versuchen eine einvernehmliche Lösung der Vertragsgestaltung auf Basis der abgestimmten Parameter zu erreichen, habe die Antragstellerin eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB vom damaligen Hauptauftragnehmer gefordert. Erst nach ergebnislosem Verstreichen der dreiwöchigen Frist zur Aushändigung dieser Sicherungsleistung, sei die Leistungserbringung durch die Antragstellerin eingestellt worden.

Der Antragstellerin sei es nie um eine Vollbeauftragung aller Leistungsphasen gegangen, sondern immer nur darum, dass bei einem Stufenabruf des öffentlichen Auftraggebers auch die entsprechende Stufe durch den Hauptauftragnehmer bei dessen Nachunternehmerin - also bei der Antragstellerin - abgerufen werden müsse. Zudem seien die im Generalplanervertrag vereinbarten Leistungsphasen 8 und 9, eben nicht Bestandteil des Nachunternehmervertrages. Ersatzweise sei anstelle der Leistungsphase 8 vertraglich ein Passus ergänzt worden, wonach die Antragstellerin dem Hauptauftragnehmer die Planfortschreibung während dieser Leistungsphase schulde. Des Weiteren verhalte es sich so, dass es keine Beauftragung der überarbeitenden Honorarleistungen der Thermischen Bauphysik durch die Antragstellerin gebe. Dies gelte sowohl für den Umfang der Leistungen als auch für deren Parameter.

Schließlich könne festgestellt werden, dass die Terminverzögerungen zwar durch die Antragstellerin ausgelöst, jedoch nicht verursacht worden seien.

Hinsichtlich der vergaberechtswidrigen Zuschlagskriterien müsse die Antragstellerin auf die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 21.12.2012, Az: 15 Verg 10/12, hinweisen, dass alle Kriterien als Zuschlagskriterien ausgeschlossen seien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen. Es sei daher unzulässig, als Zuschlagskriterien noch nicht im Rahmen der allgemeinen Eignungsprüfung „verbrauchte“ Eignungskriterien heranzuziehen. Vor diesem Hintergrund seien die Kriterien Referenzobjekt und Gesamteindruck der Präsentation vergaberechtswidrig, weil es reine eignungs- bzw. bieterbezogene Kriterien ohne Leistungsbezug seien. Bei den Kriterien Projektmanagement und Projektorganisation müsste zudem vorgesehen werden, dass diese Darstellungen Vertragsbestandteil würden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, die Antragstellerin wieder am Vergabeverfahren „Planungsleistungen-Gebäudeplanung-.....“ zu beteiligen,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Zuschlagskriterien unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu fassen,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der notwendigen Rechtsverfolgung aufzuerlegen sowie
4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner lässt mit anwaltlichem Schriftsatz vortragen, dass die nachträgliche Feststellung des Mangels an Zuverlässigkeit der Antragstellerin nicht darauf gründe, dass diese bei einem anderen Bauvorhaben ihr materiell rechtliches Zurückbehaltungsrecht nach § 648a Abs. 5 BGB gegenüber dem damaligen Hauptauftragnehmer geltend gemacht habe. Vielmehr fuße diese Feststellung darauf, dass Letzterer in einer an Nötigung grenzenden Art und Weise zum Abschluss von Verträgen unter Inaussichtstellung empfindlichster Übel gedrängt worden sei. Dieses Verhalten habe bei dem Antragsgegner zu der Überzeugung führen müssen, dass es der Antragstellerin an der notwendigen Zuverlässigkeit fehle. Dieser Sachverhalt sei als Anlage 16 im Vergabevermerk dokumentiert. Insbesondere belege der Aktenvermerk vom 10.12.2012 über das am 07.12.2012 geführte Gespräch zwischen den Parteien des Nachprüfungsverfahrens und des damaligen Hauptauftragnehmers die mangelnde Zuverlässigkeit der Antragstellerin.

So könne diesem Aktenvermerk entnommen werden, dass die Antragstellerin im damaligen Bauvorhaben als Nachunternehmerin eine Verpflichtungserklärung abgegeben habe und maßgeblich in der Angebotspräsentation aufgetreten sei. Anfängliche Mängel bei der Erbringung der Planungsleistungen durch die Antragstellerin seien durch den damaligen Vertragspartner gerügt worden. Eine Gefährdung der vertragsgerechten Projektdurchführung habe man aber erst erkennen können, als die Antragstellerin ihren damaligen Vertragspartner schriftlich am 02.11.2012 darüber informierte, dass sie ihre Leistungen nur dann erbringen werde, wenn von ihr vorgegebene Forderungen erfüllt werden würden.

Aus Sicht des Antragsgegners sei die Rechtsbeziehung zwischen der Antragstellerin und der damaligen Hauptauftragnehmerin bereits bedenklich gewesen. Die Antragstellerin habe offenkundig das Ziel verfolgt, einerseits den ehemaligen Vertragspartner unter Druck zu setzen und andererseits den Antragsgegner an dessen Stelle zum Handeln zu veranlassen. Abgeleitet könne dies aus den Verweisen auf mögliche negative Konsequenzen in den Schreiben der Antragstellerin werden.

Folgend habe der Antragsgegner die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass dieser nicht gewillt sei, sich in die Auseinandersetzungen der Konfliktparteien einbeziehen zu lassen und eine Klärung innerhalb des Vertragsverhältnisses gefordert.

Mit einem erneuten Schreiben von 27.11.2012 habe die Antragstellerin den Antragsgegner unverblümt aufgefordert, zur Durchsetzung ihrer Honorarvorstellung gegenüber ihrem damaligen Vertragspartner tätig zu werden. Zudem habe sie darauf verwiesen, dass sie bei einer Nichtdurchsetzung ihrer Honorarforderungen die Leistungen nicht erbringen werde, was zu erheblichen Problemen bei der Realisierung bzw. bis hin zur Neuausschreibung der Baumaßnahme führen könnte.

Nachdem in weiterer Folge die Teilnahme an einer angesetzten Projektbesprechung durch die Antragstellerin abgesagt worden sei, weil man ihr nicht die von ihr geforderte Sicherheitsleistung nach § 648 a Abs. 5 BGB übergeben habe, sah sich der Antragsgegner zur Klärung der Angelegenheit genötigt. Im Rahmen der auftraggeberseitigen Bemühungen habe der Antragsgegner die Vertragsparteien zu einem gemeinsamen Gespräch am 07.12.2012 geladen. Die Antragstellerin habe auf ihrer Forderung gegenüber ihrer Vertragspartnerin bestanden, von ihr die Leistungsphasen 2 bis 9 beauftragt zu bekommen. In diesem Zusammenhang habe der Antragsgegner ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht die Komplettleistung, sondern nur eine stufenweise Beauftragung Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei. Selbst vor dem Hintergrund der eingangs der Besprechung erläuterten terminlichen Brisanz des Vorhabens, habe die Antragstellerin ihre Forderung mit der Ankündigung verbunden, ansonsten überhaupt nicht mehr zu leisten. Dies sei mit dem Ziel erfolgt, das Projekt in Schieflage zu bringen und damit eine Neuvergabe der Planungsleistungen anzustreben. Weiterhin habe die Antragstellerin noch deutlich gemacht, dass sie nicht gewillt sei, die vereinbarten Termine zur Leistungserbringung zu halten und habe angekündigt, vertragsbrüchig zu werden. Dieses Verhalten habe nichts mit dem Verlangen nach einer Sicherheitsleistung gemäß § 648 a BGB zu tun. Vielmehr sei durch die Antragstellerin in dem Besprechungstermin 07.12.2012 die Annahme der geforderten Bürgschaft nach § 648 a Abs. 5 BGB für die beauftragten Leistungsphasen 3 und 4 verweigert worden, da sie im Gegenzug die termingerechte Leistungserbringung bestätigten sollte. Somit sei der Versuch gescheitert, eine Lösung des Konfliktes zwischen den Vertragsparteien unter Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers zu erzielen. Der Ausschluss der Antragstellerin sei damit zu Recht erfolgt.

Im Übrigen verstoße die Auswahl der Zuschlagskriterien nicht gegen § 11 Abs. 5 Satz 2 VOF, da sämtliche Zuschlagskriterien den notwendigen Bezug auf die Ausführung des Auftrages auswiesen. In diesem Zusammenhang werde auf den einschlägigen Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 05.06.2012, Az: VK 3-48/12 verwiesen.

Der Antragstellerin ist ausweislich des Beschlusses vom 08.04.2013 Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich jedoch nicht in die Unterlagen der Mitbewerber bzw. in solche, die Informationen über diese enthalten.

Die erkennende Kammer hat mittels Beschluss vom 09.04.2013 die mbH zum Verfahren beigelegt.

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 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, 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, MBl. LSA Nr. 33/2009) zuständig.

Der maßgebliche Schwellenwert von 200.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV ist für dieses Vorhaben überschritten.

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

Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB 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.

Die Antragstellerin trägt vor, dass sie vergaberechtswidrig wegen vermeintlicher Unzuverlässigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Durch den fehlerhaften Ausschluss habe sie ihre Chancen auf den Zuschlag verloren. Dies verletze sie in ihren Rechten. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Hinsichtlich des Ausschlusses wegen Unzuverlässigkeit hat die Antragstellerin die Voraussetzung einer unverzüglichen Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzweifelhaft erfüllt. Die Rüge erfolgte mittels anwaltlichen Schriftsatzes per Fax vom 14.12.2012 im Nachgang zum Schreiben des Antragsgegners vom 13.12.2012, indem die Antragstellerin

erstmalig darüber informiert wurde, dass sie aufgrund nachträglich festgestellter Unzuverlässigkeit nicht mehr am Verhandlungsgespräch teilnehmen dürfe.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist die Antragstellerin ebenso mit dem Vortrag zur rechtswidrigen Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig nachgekommen. Nach dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit die Antragstellerin den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Ausschlaggebend für die Entscheidung der Kammer ist vor allen Dingen, dass der Bundesgesetzgeber beim Merkmal des unverzüglichen Tätigwerdens auf den individuellen Zeitpunkt der Erkenntnis der Antragstellerin von der vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Handlungsweise des Antragsgegners abstellt. Die Kammer muss diesen Zeitpunkt versuchen zu ermitteln. Gelingt dies nicht, so ist dem Rügeverpflichteten unter Anwendung rechtsstaatlicher Gesichtspunkte ein Bewusstsein erst unmittelbar vor der eigentlichen Rügehandlung zugute zu halten. Der Antragsgegner hat die Antragstellerin per Mail am 27.11.2012 zum anberaumten Verhandlungsgespräch am 17.12.2012 eingeladen und gleichzeitig die Aufgabenbeschreibung einschließlich eines Fragenkatalogs mit Zuschlagskriterien übergeben. Es kann weder festgestellt werden, wann sich die Antragstellerin zur Vorbereitung des Verhandlungsgesprächs mit den Zuschlagskriterien beschäftigt hat. Ebenso wenig sind Anhaltspunkte erkennbar bzw. wurden solche vorgetragen, dass die vermeintliche Vermischung der Eignungs- und Zuschlagskriterien bereits zuvor positiv festgestellt wurde.

Darüber hinaus eröffnet der hier gleichfalls einschlägige § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB die Möglichkeit, Vergabeverstöße, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe zu rügen. Im vorliegenden Fall wäre das der Zeitpunkt des Verhandlungsgesprächs am 17.12.2012. Die Rüge am 14.12.2012 muss somit auch unter diesem Gesichtspunkt als rechtzeitig gelten. Eine Präklusion scheidet demnach aus.

Den Erfordernissen des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB wurde ebenso genügt. Die Antragstellerin erhielt mittels Faxschreibens des Antragsgegners vom 14.12.2012 Kenntnis von der Erfolglosigkeit ihres Rügevortrages. Der mittels Faxschreiben am 17.12.2012 bei der erkennenden Kammer eingegangene Nachprüfungsantrag wurde somit innerhalb der gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB vorgeschriebenen Antragsfrist von 15 Tagen gestellt.

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

Der Nachprüfungsantrag ist ebenfalls begründet.

Das Verhalten des Antragsgegners verstößt gegen §§ 97 Abs. 7 und Abs. 2 GWB i. V. m. § 2 Abs. 1 VOF. 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 die Verhandlungsgespräche unter Einbeziehung der Antragstellerin ab Neufassung der Zuschlagskriterien unter Beachtung der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer wiederholt.

Der nachträgliche Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren wegen vermeintlicher Unzulässigkeit ist nicht gerechtfertigt und daher vergaberechtswidrig. Nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB und § 2 Abs. 1 VOF dürfen nur zuverlässige Bewerber berücksichtigt werden. Hat der Auftraggeber in Ausübung seines Beurteilungsspielraumes die Eignung eines Bewerbers bejaht und ihn zur Verhandlung aufgefordert, so ist er daran grundsätzlich gebunden. Wenn allerdings erst nach Abschluss der Eignungsprüfung und Auswahlentscheidung neue Sachverhalte bekannt werden, die die Eignung in Zweifel ziehen, ist der Auftraggeber

nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, erneut in die Eignungsprüfung einzusteigen. In diesem Sinne können im vorliegenden Fall aus zeitlicher Hinsicht nur die Sachverhalte in Betracht kommen, die dem Antragsgegner nach Abschluss der Bewerberauswahl und Ausfertigung der entsprechenden Anschreiben vom 27.11.2012 an die ausgewählten Bewerber bekannt wurden. Dies trifft für den im Vergabevermerk benannten Aktenvermerk vom 10.12.2012 über das Gespräch am 07.12.2012 zwischen dem Antragsgegner, dem Generalplaner und der Antragstellerin als auch für das Schreiben der Antragstellerin vom 27.11.2012 zu. Beide Schriftstücke betreffen ein dem streitbefangenen Vergabeverfahren zeitlich vorgelegertes Bauvorhaben, in dem die Antragstellerin lediglich als Nachunternehmerin ihres damaligen Hauptauftragnehmers gebunden war. Die Antragstellerin stand demnach zu keinem Zeitpunkt in direkten vertraglichen Beziehungen zum Antragsgegner. Ein Mangel an Zuverlässigkeit aufgrund Verstoßes gegen vertragliche Verpflichtungen gegenüber dem Antragsgegner scheidet demnach aus.

Eine solche konnte insbesondere auch nicht durch die Abgabe einer Verpflichtungserklärung gemäß § 5 Abs. 6 VOF entstehen. Denn eine derartige Erklärung gibt ein Nachunternehmer auf Aufforderung des Hauptunternehmers gegenüber diesem ab. Der Hauptauftragnehmer hat es dann in der Hand, die Erklärung zum Nachweis seiner eigenen Leistungsfähigkeit an die Auftraggeberseite im Rahmen seiner Bewerbung bzw. seiner Angebotsabgabe weiterzuleiten. Dabei ist der Hauptauftragnehmer rechtlich nicht gehindert, die Verpflichtungserklärung auch nicht an den Auftraggeber weiterzuleiten. Würde die Verpflichtungserklärung einen vertraglichen Anspruch des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer auslösen, hätte der Hauptauftragnehmer es in der Hand, das „Ob“ und das „Wann“ dieser vertraglichen Beziehung durch Weiterleiten der Erklärung an den Auftraggeber zu bestimmen oder durch Nichtweiterleitung zu verhindern. Dies stünde bereits rechtssystematisch im Widerspruch zu den Grundregeln des allgemeinen Vertragsrechtes.

Aber selbst wenn man diese kammerseitig als zwingend erachteten Bedenken nicht teilen und von einer vertraglichen Beziehung auf der Grundlage dieser Verpflichtungserklärung zwischen Nachunternehmer und Auftraggeber ausgehen sollte, würde sich hier immer noch die Frage nach dem tatsächlichen Erklärungsinhalt der Verpflichtungserklärung stellen. Es ist schlechterdings völlig unvorstellbar, dass ein hier zum alleinigen Maßstab zu erklärender billig und gerecht denkender Auftraggeber eine derartige Erklärung ernsthaft als Versprechen eines Nachunternehmers verstehen könnte, die Leistung unabhängig von der Erfüllung der Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers zur Gegenleistung in jedem Falle erbringen zu wollen. Sollte die Antragsgegnerseite die Verpflichtungserklärung tatsächlich in dieser Form verstanden haben, so wäre dies rechtlich unbeachtlich.

Andere Gesichtspunkte, die geeignet wären, die Zuverlässigkeit der Antragstellerin in Zweifel zu ziehen, sind nicht erkennbar. Weder die Ausführungen des Aktenvermerkes des Antragsgegners vom 10.12.2012 noch das Anschreiben der Antragstellerin vom 27.11.2012 lassen in diesem Sinne einen Rückschluss auf eine Unzuverlässigkeit seitens der Antragstellerin zu. Insbesondere stellt die Inanspruchnahme rechtlicher Regelungen zur Sicherung ihrer Ansprüche gegenüber dem Hauptauftragnehmer keinen Anhaltspunkt für eine Unzuverlässigkeit dar. Die erkennende Kammer kann auch in Auseinandersetzung mit dem antragsgegnerseitig zitierten Beschluss des OLG München vom 05.10.2012, Az: Verg 15/12 zu keiner anderen Sicht der Dinge gelangen, da der der zitierten Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar ist.

Weiterhin kommt die erkennende Kammer zu der Überzeugung, dass die Zuschlagskriterien einer Überarbeitung bedürfen. Sie stützt zumindest teilweise die Auffassung der Antragstellerin, dass die benannten Zuschlagskriterien eine unzulässige Vermischung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien aufweisen.

Dies trifft jedoch nicht für die Zuschlagskriterien der Punkte 1-3 (Referenzen, Ausführungen zum Projektmanagement und zur Projektorganisation) zu. Hier liegt zumindest keine unzulässige Vermischung vor. Bei der Festlegung auftragsbezogener Kriterien hat der Auftraggeber einen weiten Spielraum. Der Auftraggeber darf für die Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots oder der bestmöglichen Leistung solche Kriterien berücksichtigen, die für sich genommen als Eignungsmerkmale zu berücksichtigen sind, wenn diese nach dem von ihm ermessensfehlerfrei aufgestellten Prüfungsmaßstab einen spezifischen Bezug zum Auftrag

aufweisen und eine ordnungsgemäße Erfüllung der gestellten Anforderungen erwarten lassen. Dies ist nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer hier durchaus gegeben.

Im Fragenkatalog hat der Auftraggeber bezüglich der Formulierung des Zuschlagkriteriums Referenzobjekt ausgeführt, dass es ihm darauf ankommt zu erkennen, welcher Bieter mit seinen Darlegungen die bestmögliche Leistung zur Erreichung des Planzieles bei der Qualität der Planung, Funktionalität und Wirtschaftlichkeit sowie der Kosten- und Termineinhaltung erwarten lässt. Insbesondere verweisen weitere detaillierte inhaltliche Ausführungen auf eine prognostische Aussage hinsichtlich der planerischen Problemstellung und des zu beschreitenden Lösungsweges, die folgerichtig einen Projektbezug erkennen lassen. Diese auftraggeberseitige Erwartungshaltung an die Ausführungen seitens der Bieter war Gegenstand der Bewertung. Zur Besonderheit im VOF-Verfahren ist festzustellen, dass zwar im § 11 Abs. 5 Satz 2 VOF ausdrücklich die gebotene Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagkriterien fixiert ist, im § 20 Abs. 2 Satz 1 VOF allerdings ausdrücklich die Präsentation von Referenzobjekten zum Nachweis der Leistungsfähigkeit zugelassen wurde. Der antragstellerseitige Verweis auf die in der Eignungsprüfung vorzulegenden Referenzen bezieht sich lediglich auf eine vergangenheitsbezogene Auflistung der Referenzobjekte und grenzt sich damit eindeutig von den Anforderungen an das Zuschlagskriterium ab.

Erfolglos musste die Antragstellerin ebenfalls mit ihrem Vortrag bleiben, dass die Bewertung zu Ausführungen des Projektmanagements und der Projektorganisation ohne entsprechende vertragliche Verpflichtung und somit ohne Auftragsbezug seien. Entgegen ihrer Ausführungen wurde durch den Auftraggeber im Fragenkatalog eindeutig und klar festgelegt, dass die Ausführungen auf das zu bearbeitende Projekt bzw. den Auftragsfall abzustellen sind.

So ist dem Zuschlagskriterium Projektmanagement in dem Fragenkatalog vorangestellt, dass der Bewerber in Analyse des zu bearbeitenden Projektes und der zu erbringenden Planungsleistung darzulegen hat, dass die für den Auftraggeber wesentlichen Gesichtspunkte erkannt wurden. Bezüglich der Projektorganisation sollte der Bieter erläutern, wie er im Auftragsfalle die schlüssige Organisation hinsichtlich der personellen und organisatorischen Planung und Realisierung durchführen und bearbeiten will. Hierbei sollte auf alle Leistungsphasen eingegangen werden. U. a. wurden konkrete auftragsbezogene Angaben abgefragt, wie etwa die Benennung des voraussichtlichen Projektleiters, der geplante Personaleinsatz und Ausführungen zu Zuständigkeiten und Arbeitsabläufen.

Im Auftragskriterium „Gesamteindruck der Präsentation“ hat der Antragsgegner festgelegt, dass die Kriterien der Punkte 1 bis 3 sowie die Form und Klarheit der Darstellung und das Auftreten zu bewerten seien. Damit nimmt der Antragsgegner eine doppelte Bewertung der Zuschlagkriterien 1 bis 3 vor. Soweit der Antragsgegner die Form und Klarheit der Darstellung und das Auftreten des Bieters in die Bewertung einbeziehen will, beurteilt er nicht die Eigenschaften der zu beauftragenden Leistung, sondern die Eigenschaften des Bieters selbst, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen und daher bei der Wertung nicht hätten verwendet werden dürfen.

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 vorläufigen Honorarermittlung des Antragsgegners bezüglich der Leistungsphasen 2 bis 4 hier Euro.

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 Hauptsacheverfahren 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.

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 Zustel- lung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Dom- platz 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 Be- schwerden 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.

.....

.....

.....