



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 29/08

Halle, 28.01.2009

§ 26 Nr. 1 d) VOL/A, § 97 Abs. 2 u. 7 GWB, § 22 Nr. 3 b) Satz 2 VOL/A, § 107 Abs. 2 u. 3 GWB

- Antragsbefugnis
- Kenntnis vom Vergabeverstoß hinsichtlich Rüge
- Kennzeichnung der Angebote

- Erwägungen zur Zuschlagsfähigkeit des Angebotes kommen im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung keinerlei Beachtung zu
- vorgetragene Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstoß im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB ist maßgebend, wenn keine Anhaltspunkte für eine zeitliche Vorverlagerung der Rügeverpflichtung erkennbar sind
- Anweisung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens, da der Auftraggeber durch die Art und Weise der Kennzeichnung bzw. Nichtkennzeichnung der Angebotsunterlagen alle Angebote einer Wertbarkeit entzogen hat

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

Antragstellerin

gegen

den Abwasserzweckverband
.....
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

..... GmbH

.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes im Nichtoffenen Verfahren zur technischen Betriebsführung der Abwasseranlagen des AZV und des AZV hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 20.01.2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, das streitige Vergabeverfahren aufzuheben.
2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.
4. Die vom Antragsgegner zu zahlenden Kosten (Gebühren und Auslagen) vor der Vergabekammer beziffern sich auf insgesamt €

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am schrieb der Antragsgegner im Wege eines Nichtoffenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) die Vergabe von technischen Betriebsführungsleistungen der Abwasseranlagen für die Abwasserzweckverbände „.....“ sowie „.....“ aus. Unter Punkt 1.1 der Projektbeschreibung wurde die Vertragslaufzeit mit 5 Jahren zuzüglich einer Vertragsverlängerungsoption um weitere 3 Jahre benannt. Ausweislich der Anlage zur Angebotswertung gab der Antragsgegner die Gewichtung der Zuschlagskriterien wie folgt bekannt:

- | | |
|--|------|
| • Angebotspreis | 70 % |
| • Angaben zum Personalkonzept inkl. Erläuterung zur Urlaubs- und Krankheitsvertretung sowie zur Qualifikation des Leistungspersonals (mit Nachweis und Namensnennung) des vorgesehenen Personals | 15 % |
| • Angaben zur Vor-Ort-Präsenz sowie den erforderlichen Anfahrtswegen von einer während der üblichen Betriebszeiten besetzten Betriebsstelle | 10 % |

- Angaben zum QS-System für den Betrieb von Abwasseranlagen

5 %

Zum Einreichungstermin am 17.06.2008 lagen fünf Hauptangebote und acht Nebenangebote der Bieter vor.

Ausweislich des übergebenen Vergabevermerkes sollen nur die Angebote der Antragstellerin sowie der Beigeladenen die Anforderungen an die Regie- und Grenzkosten erfüllen. Nur diese Angebote wurden somit bei der weiteren Wertung berücksichtigt.

Im Ergebnis der Wertung informierte der Antragsgegner unter Bezugnahme auf § 13 der Vergabeverordnung (VgV) mittels Einschreiben vom 14.11.2008 die Bieter, dass er den Zuschlag am 28.11.2008 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen beabsichtige. Gegenüber der Antragstellerin legte er weiterhin dar, dass ein niedrigeres Hauptangebot vorliege.

Daraufhin widersprach die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 18.11.2008 und stellte im letzten Satz des zweiten Absatzes die Behauptung auf, dass das Informationsschreiben nicht den rechtlichen Anforderungen des § 13 VgV entspreche. Im dritten Absatz nahm die Antragstellerin Bezug auf die bekannt gemachten Wertungskriterien und benannte diese einschließlich ihrer Gewichtung in aller Ausführlichkeit. Der Absatz endet mit der Schlussfolgerung, dass diese Wertungskriterien ausweislich des Informationsschreibens tatsächlich nicht berücksichtigt worden seien. Erst im vierten Absatz wird dann zusätzlich auf das vermeintliche Defizit der fehlenden Benennung der Angebotshöhe des Beigeladenenangebotes verwiesen.

Im Anschluss dessen erfolgte durch den Antragsgegner mittels Fax-Schreiben vom 21.11.2008 die Übersendung eines geänderten Informationsschreibens. In Abänderung der Ausgangsinformation wurde nunmehr auf der zweiten Seite nicht mehr die Spalte „Es liegt ein niedrigeres Hauptangebot vor“ angekreuzt, sondern unter genauer Bezeichnung der Wertungskriterien darauf verwiesen, dass das antragstellerseitig abgegebene Hauptangebot nicht das wirtschaftlichste sei. Ergänzend wurde ferner darin mitgeteilt, dass die Beigeladene aufgrund der Kriterien Preis, Personalkonzept, Vor-Ort-Präsenz sowie QS-System in der Gesamtbewertung die Höchstpunktzahl nach der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Bewertungsmatrix erreicht habe. Zudem seien die zwei Nebenangebote nicht oder nur teilweise bei der Wertung berücksichtigt worden. Die Zuschlagserteilung wurde zum 08.12.2008 angekündigt.

Darauf folgend trug die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mittels Fax-Schreiben vom 24.11.2008 vor, dass auch dieses Informationsschreiben nicht den Anforderungen des § 13 VgV genüge. Der Bieter müsse durch die Information zumindest in die Lage versetzt werden, seinen Stand im Vergabeverfahren sowie die Sinnhaftigkeit eines Nachprüfungsverfahrens ermitteln zu können. Es müsse zumindest in Ansätzen möglich sein, die Erwägungen des Auftraggebers hinsichtlich der Nichtberücksichtigung des Angebotes nachzuvollziehen. Eine bloße zusammenfassende Mitteilung des Ergebnisses des Wertungsvorganges reiche nicht aus. Vielmehr sei erforderlich, die Gründe, die zu dieser zusammenfassenden Wertung geführt haben, aufzuzeigen. Diese Anforderungen erfülle das Informationsschreiben nicht.

Mangels Reaktion der Auftraggeberseite legte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mittels Fax-Schreiben vom 26.11.2008 ausdrücklich dar, dass er von einer fehlerhaften Wertung der Angebote ausgehen müsse. Insbesondere habe die Beigeladene offenbar zu Unrecht in der Gesamtbewertung die Höchstpunktzahl erhalten. Dieses werde hiermit als Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften gerügt.

Anschließend hat die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit Fax-Schreibens vom 27.11.2008 einen Nachprüfungsantrag bei der erkennenden Kammer gestellt, der dem Antragsgegner mit Verfügung vom selben Tage per Fax mit der Aufforderung zur Stellungnahme und Übergabe der Unterlagen zugestellt worden ist. Gleichfalls wurde über die Unzuläs-

sigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit Zustellung des Nachprüfungsantrages belehrt.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass die Kennzeichnung der Angebote zwar mittels Lochung, jedoch nicht umfassend vorgenommen wurde. Keine Lochung findet sich auf dem Angebotsschreiben (EVM (L) Ang EG 233EG) der Antragstellerin, dem Verzeichnis der Unternehmerleistungen (EFB U EG 317 EG) sowie auf der Verpflichtungserklärung Teilleistungen durch andere Unternehmen EG (EFB V EG 320EG). Ihre Nebenangebote weisen generell keinerlei Kennzeichnung durch Lochung auf.

Im Angebot der Beigeladenen ist nur das Angebotsschreiben (EVM (L) Ang EG 233EG) mit einer Lochung versehen. Keine Lochung findet sich u. a. auf dem Leistungsverzeichnis sowie den Nebenangeboten. Auf sämtlichen Unterlagen der Bieterin finden sich handschriftliche Namenszeichen, die jedoch keine Datierung aufweisen.

Auch die Nebenangebote der übrigen Bieter wurden nicht durch Lochung gekennzeichnet. Ebenso liegt keine durchgängige Kennzeichnung der übrigen Angebotsschreiben vor. Manche dieser Angebote weisen partiell Namenszeichen auf, die jedoch stets undatiert sind.

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

Der Zulässigkeit stehe insbesondere das Erfordernis der Rechtzeitigkeit der Rüge nicht entgegen. Dazu erklärt der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung, dass der vermeintlich materielle Vergabeverstoß am 24.11.2008 erkannt worden sei und mit Schreiben selben Datums gegenüber der Auftraggeberseite auch gerügt werden sollte.

Darüber hinaus erfülle der Nachprüfungsantrag auch die Anforderungen des § 108 Abs. 2 GWB. Der Umfang der Pflicht zum substantiierten Vortrag korreliere mit dem Informationsgehalt der auftraggeberseitigen Bieterinformationsschreiben nach § 13 VgV. Inhaltlich stütze sich der Nachprüfungsantrag auf die fehlerhaft durchgeführte Wertung des Antragsgegners. Diese werde durch die Art und Weise der Bieterinformation offenbar. Letztere sei daher lediglich Anlass, aber nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. So dokumentiere die erste Bieterinformation einen bis heute andauernden offenkundigen materiellen Vergaberechtsverstoß durch nicht ordnungsgemäße Anwendung der bekannt gegebenen Wertungskriterien, wohingegen die zweite Information lediglich einen Beleg für den Fortbestand der auftraggeberseitig unzureichend wahrgenommenen Informationsverpflichtung darstelle und einen effektiven Rechtsschutz gefährde. Die sich in dem Abfassen der Informationsschreiben zeigende fehlerhafte Anwendung bzw. Nichtanwendung der Wertungskriterien führe dazu, dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen vergaberechtswidrig sei und die Antragstellerin in ihren Rechten verletze.

Darüber hinaus habe die Akteneinsicht gezeigt, dass ausweislich der kalkulatorischen Angebotswertung die Leistungspreise auf fünf sowie acht Vertragsjahre rechnerisch falsch ermittelt worden seien. Es werde vermutet, dass der Faktor 5 für den zu berechnenden Arbeitspreis 4 Kanal laut Anlage 3 Preisgleitung, Ansatz 1 mathematisch unrichtig im Excel-Ansatz verarbeitet sei. Da die Vergleichszahlen für das Angebot der Beigeladenen nicht erkennbar seien, könne die Antragstellerin nicht abschließend beurteilen, ob der Vorsprung der Beigeladenen bereits durch die Berichtigung dieses Rechenfehlers eliminiert werde.

Ebenso habe der Auftraggeber die Angebotswertung hinsichtlich des Wertungskriteriums „Personalkonzept“ nicht entsprechend der bekannt gemachten Kriterien, sondern auf der Grundlage von Unterkriterien ausweislich der Tabelle 3 durchgeführt. Gleichzeitig sei nicht dokumentiert worden, aus welchen Gründen die Antragstellerin im Rahmen des Kriteriums „Weiter- und Fortbildung des Personals“ nicht die volle Punktzahl erhalten habe, obwohl sie detaillierte und konkrete Zusagen machte, bei denen sie vermutlich konkurrenzlos sein dürfte. Diesbezüglich sei von Bedeutung, dass die Antragstellerin einen Ausbildungsplatz ab dem 01.08.2010 schaffen werde.

Zudem sei auch die Bewertung der Nebenangebote nicht nachvollziehbar. Aus diesen könnten sich erhebliche Einsparpotentiale zugunsten des Antragsgegners ergeben.

Schließlich entbehre die auftraggeberseitig argumentativ im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens nachgeschobene Ausschlusspflichtigkeit des Angebotes der Antragstellerin jeder Rechtfertigung. Weder sei das Angebot unter eine Bedingung gestellt worden noch habe man Vorgaben der Leistungsbeschreibung abgeändert. Die Antragstellerin habe lediglich die vom Antragsgegner im Rahmen seiner Angebotsunterlagen vorgestellten Anschlusskonzepte zur Grundlage der Kalkulation gemacht. Dies habe der Antragsgegner im Vorfeld des Nachprüfungsverfahrens offenbar auch nicht anders gesehen. Eine detaillierte Darlegung, weshalb der Antragsgegner nunmehr zu einem anderen zwingenden Schluss kommen müsse, sei dieser zudem schuldig geblieben.

Die Antragstellerin beantragt,

den Antragsgegner zu verpflichten, dass Vergabeverfahren aufzuheben.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Zur Begründung lässt der Antragsgegner anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei.

So fehle es der Antragstellerin hier an der für ein erfolgreiches Verfahren vor der erkennenden Kammer unerlässlichen Antragsbefugnis. Da das Angebot der Antragstellerin gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1d) VOL/A zwingend ausgeschlossen werden müsse, könne die Zuschlagerteilung auf ein Konkurrenzangebot die Antragstellerin nicht in ihren Rechten nach §§ 97 ff GWB verletzen. Das antragstellerseitig abgegebene Angebot entspreche nämlich nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses. Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin für ihre Entgeltkalkulation die Annahmen der Abwasserbeseitigungskonzepte bezüglich der Investitionsmaßnahmen im Abwassernetz der kommenden 2-3 Jahre zu Grunde gelegt und damit rechtsgeschäftlich eine Bedingung formuliert, die den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung widerspreche. Damit habe die Antragstellerin sich selbst die Grundlage für eine Vergleichbarkeit ihres Angebotes mit den anderen Angeboten entzogen. Der Ausschluss sei daher unumgänglich, was die Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung ausschließe und die Antragsbefugnis entfallen lasse.

Ebenso wenig habe die Antragstellerin die Rügeanforderungen nach § 107 GWB erfüllt. Für die Auslegung eines Rügeschreibens sei ausschließlich der Empfängerhorizont relevant. Unabhängig von dem antragstellerseitig vorgebrachten Erklärungswillen sei aus dieser Perspektive aus dem Rügeschreiben vom 24.11.2008 nicht erkennbar, dass die Wertung selbst angegriffen werden sollte.

Darüber hinaus lägen auch die Grundvoraussetzungen für einen ausreichend substantiierten Vortrag nach § 108 Abs. 2 GWB nicht vor. Denn das Vorbringen der Antragstellerin umfasse hier keinen hinreichend konkretisierten Vortrag zu einem vermeintlichen materiell-rechtlichen Vergabeverstoß. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei es nicht Sinn und Zweck eines Nachprüfungsverfahrens, dass eine Vergabekammer aufgrund von „ins Blaue hinein“ aufgestellten Spekulationen eines Antragstellers die Vergabeakten daraufhin untersucht, inwieweit ein Vergabeverstoß vorliege.

Ungeachtet der vorherigen Erwägungen fehle es dem Nachprüfungsantrag offensichtlich auch an der Begründetheit, da die Antragstellerin lediglich den mangelnden Informationsgehalt der Bieterinformation in Frage stelle. Ein Antragsteller vermag die Verletzung bieterschützender Rechte nach ständiger Rechtsprechung aber gerade nicht isoliert auf eine vermeintlich unzureichende Reichweite des Informationsschreibens zu stützen. Zudem habe man auftraggeberseitig der Verpflichtung zur Information nach § 13 VgV in vollem Umfang entsprochen. Eine detaillierte Begründungspflicht bzw. Offenlegung des Wertungsvorganges hinsichtlich der nicht berücksichtigten Bieter enthalte weder der Wortlaut der Norm, noch werde dies in der Rechtsprechung angenommen.

Der Antragstellerin ist mittels Beschluss vom 17.12.2008 Einsicht in die Akten gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen der Mitbieter bzw. Informationen über diese enthalten.

Durch Beschluss vom 12.01.2009 ist die GmbH zum Verfahren beigelegt worden.

Den Beteiligten wurde in der mündlichen Verhandlung die Gelegenheit gegeben, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu vertiefen bzw. zu ergänzen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird neben den ausgetauschten Schriftsätzen auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie die Vergabeakten ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer ist entsprechend der Regelung der §§ 100, 127 GWB in Verbindung mit § 2 der Vergabeverordnung (VgV) v. 09.01.2001, zuletzt geändert am 23.10.2006 (BGBl. I, S. 2334) bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03 wegen Überschreitung des hier einschlägigen Schwellenwertes von 211.000,00 Euro gegeben.

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 vom 29.06.2007 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 26/2007 v. 23.07.2007) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen des Landkreises hat.

Die Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 3 GWB.

Entgegen der Rechtsauffassung des Antragsgegners ist die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB hier unzweifelhaft gegeben.

Der anwaltliche Vertreter des Antragsgegners verkennt in seinen rechtlichen Darstellungen, dass Erwägungen zur Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Antragstellerin im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung keinerlei Beachtung zukommt. Derartige Überlegungen finden ihren Niederschlag ausschließlich im Rahmen einer Begründetheitsprüfung. Antragsbefugt ist daher bereits jedes Unternehmen, das 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 hier vor, durch die rechtswidrige Wertung der Angebote in ihren Rechten verletzt zu sein. Sie geht davon aus, dass ihr Angebot dem Angebot der Beigeladenen vorgehe und die beabsichtigte Zuschlagserteilung sie somit in ihren Rechten verletze. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend, s. a. Bundesgerichtshof, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06).

Ebenfalls erfüllt ist hier das Erfordernis der Rechtzeitigkeit der Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB.

In Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Antragstellerin kommt die erkennende Kammer zu dem Schluss, dass das Vorbringen im Nachprüfungsantrag zur vermeintlichen Fehlerhaftigkeit der Wertung, insbesondere zur Nichtanwendung der bekannt gemachten Wertungskriterien, nicht präkludiert ist.

Zu Recht ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig, dass die Antragstellerin den vermeintlichen materiellen Vergabeverstoß mit anwaltlichem Faxschreiben vom 26.11.2008 gegenüber dem Antragsgegner ausdrücklich und für diesen unzweifelhaft erkennbar gerügt hat. Dieses Rügevorbringen erfolgte nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer ohne schuldhaftes Zögern und damit rechtzeitig i. S. d. § 107 Abs. 3 GWB. Nach dieser Vorschrift ist eine rechtzeitige Rüge unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages. Der Rügeverpflichtung ist unverzüglich nach Erkennen des vermeintlichen Verstoßes gegen Vergabevorschriften gegenüber dem Auftraggeber zu genügen. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin ausweislich ihres Vortrages in der mündlichen Verhandlung am 24.11.2008 die Erkenntnis gewonnen, der Antragsgegner habe die Wertung nicht an den bekannt gemachten Wertungskriterien ausgerichtet. Da der Rückschluss auf einen vermeintlichen Vergabeverstoß einen inneren Prozess darstellt und keinerlei Gesichtspunkte erkennbar sind, die es unter Anwendung der Beweislastgrundsätze ermöglichen würden, diesen inneren Prozess zwingend auf einen früheren Zeitpunkt zu datieren, muss hier von einem erstmaligen Bewusstwerden am 24.11.2008 ausgegangen werden. Das streitgegenständliche Verfahren bietet weiterhin keinerlei Anlass für einen sich geradezu aufdrängenden Rückschluss einer vermeintlichen materiellen Rechtswidrigkeit und einer daraus resultierenden zeitlichen Vorverlagerung der Rügeverpflichtung gegenüber dem Antragsgegner. In Anbetracht dieser Umstände hat die erkennende Kammer keinerlei Zweifel daran, dass ein Erkennen der vermeintlichen Rechtswidrigkeit am 24.11.2008 sowie eine Rüge mittels Faxschreiben am 26.11.2008 den Anforderungen an die Unverzüglichkeit des Tätigwerdens der hier einschlägigen gesetzlichen Bestimmung erfüllt.

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zum ausreichend substantiierten Vortrag gemäß § 108 GWB ebenfalls genügt.

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag aus Kammersicht unmissverständlich deutlich gemacht, dass die Art und Weise der Information durch den Antragsgegner nach ihrer Ansicht nur den Rückschluss zulassen könne, die Wertung sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Diese Feststellung lässt zum einen hinsichtlich ihrer Eindeutigkeit keinerlei Wünsche offen, zum anderen ist diese entgegen der Auffassung des Antragsgegners sowie der Beigeladenen gerade nicht willkürlich und ohne Anlass aus der Luft gegriffen. Vielmehr hat der Antragsgegner durch das Abfassen des mittlerweile wohl auch nach seiner eigenen Auffassung zumindest irreführenden ersten Informationsschreibens vom 14.11.2008 durchaus Anlass zum Zweifel gegeben, ob über den Preis hinaus auch die übrigen bekannt gemachten Wertungskriterien tatsächlich in seine Erwägungen eingeflossen sind. Zwar nimmt das zweite Informationsschreiben vom 21.11.2008 nunmehr auf sämtliche bekannt gemachten Wertungskriterien Bezug. Da es jedoch nicht Folge eines erneuten Wertungsprozesses ist, sondern lediglich den bereits mit Schreiben vom 14.11.2008 dokumentierten Wertungsprozess mit einer neuen Begründung zu rechtfertigen sucht, ist die Grundlage des Zweifels an einer auftraggeberseitigen vergaberechtskonformen Durchführung der Wertung gerade nicht beseitigt. Der Vortrag erfüllt die an ihn zu stellenden gesetzlichen Anforderungen.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet.

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist seitens des Antragsgegners gemäß § 26 Nr. 1 d) VOL/A durch Erklärung gegenüber allen am Vergabeverfahren beteiligten Bietern aufzuheben, da auf keines der abgegebenen Angebote ein Zuschlag erteilt werden kann. Eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen würde die Antragstellerin in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 2 u. 7 GWB verletzen.

Der Antragsgegner hat durch sein vergaberechtswidriges Verhalten bei der Öffnung der abgegebenen Angebote nicht nur das Angebot der Antragstellerin, sondern auch alle übrigen Angebote einer Wertbarkeit entzogen. Die der erkennenden Kammer vorgelegten Unterlagen sind unter Gewährleistung der Gesichtspunkte von Transparenz und Wettbewerb bereits keiner formellen Prüfung mehr zugänglich. Denn aufgrund der bereits unter I. dargestellten Art und Weise der Kennzeichnung bzw. Nichtkennzeichnung ist nicht zweifelsfrei feststellbar, welche konkreten Unterlagen dem Verhandlungsleiter vor Öffnung der Angebote vorlagen, da die durchgeführte Kennzeichnung nicht den Bestimmungen des § 22 Nr. 3 b) Satz 2 VOL/A genügt, sondern durch den eingesetzten Verhandlungsleiter offenbar willkürlich vorgenommen wurde.

Gemäß § 22 Nr. 3 b) VOL/A werden alle wesentlichen Angebotsbestandteile, die zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorlagen, einschließlich der Anlagen einheitlich gekennzeichnet. Dieses Erfordernis dient der Gewährleistung der Authentizität der Angebote und ist unabdingbare Grundvoraussetzung zur Sicherung eines transparenten und damit fairen Wettbewerbs. Die ledigliche Kennzeichnung von Angebotsteilen gewährleistet das gesetzlich geforderte Maß an Sicherheit der Authentizität der auftragsrelevanten Bieterunterlagen hier im konkreten Fall nicht. Zwar fordert § 22 Nr. 3 b) VOL/A nicht die Kennzeichnung sämtlicher abgegebenen Unterlagen, sondern beschränkt sich auf deren wesentliche Bestandteile, aber auch diesem Erfordernis hat der Antragsgegner nicht entsprochen. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die auftraggeberseitigen Ermessenserwägungen zur Wesentlichkeit einzelner Bieterunterlagen nur dann hinreichende Aussicht auf Bestätigung durch die erkennende Kammer haben, wenn diese zumindest einen gewissen systematischen Ansatz erkennen lassen. Dies ist jedoch nicht der Fall. So findet sich im Angebot der Antragstellerin keine Kennzeichnung durch Lochung auf dem Angebotsschreiben, dem Verzeichnis der Unternehmerleistungen, der Verpflichtungserklärung sowie auf den Nebenangeboten. Hingegen ist das Angebotsschreiben im Angebot der Beigeladenen sehr wohl gekennzeichnet, es fehlt jedoch die Lochung u. a. auf dem Leistungsverzeichnis sowie den Nebenangeboten.

Allgemein anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass zu den wesentlichen Bestandteilen eines Angebotes u. a. die Blätter gehören, die die Preise und die geforderten Erklärungen sowie die Unterschrift, enthalten. Die Kennzeichnung hat sofort im Rahmen der Eröffnungsverhandlung und nicht im Nachhinein zu erfolgen. Abgesehen davon, dass Letzteres zu Manipulationsvorwürfen von Seiten der Bieter führen könnte, geht schon aus der in Nr. 3b) Satz 2 aufgezeigten Reihenfolge der vorzunehmenden Handlungen (Öffnung, Kennzeichnung, Fertigung einer Niederschrift über die Öffnung) eindeutig hervor, dass die Kennzeichnung mit zur Eröffnungsverhandlung gehört. Dem Verhandlungsleiter kommt keine Befugnis zu, wesentliche Angebotsbestandteile nicht zu kennzeichnen. Er tut daher gut daran, möglichst sämtliche Bieterunterlagen durch Kennzeichnung zu individualisieren. Scheut er das Risiko einer Fehleinschätzung jedoch nicht, so läuft er Gefahr das Vergabeverfahren aufgrund seiner Ermessensausübung scheitern zu lassen. Dies ist vorliegend gegeben, denn hier wurden preisrelevante Bieterunterlagen und abgeforderte Erklärungen pflichtwidrig nicht gekennzeichnet.

Eine Wertung der ordnungsgemäß gekennzeichneten Teile der Bieterunterlagen kam nicht in Betracht, da man einer auftraggeberseitigen zielgerichteten Manipulation durch die Beeinflussung der Wertbarkeit von Angebotsunterlagen einzelner Bieter Tür und Tor öffnen würde.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. In diesem Nachprüfungsverfahren wird dem Antrag der Antragstellerin entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen des Antragsgegners, so dass dieser die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin unter Zugrundelegung der 5-jährigen Vertragslaufzeit mit der Verlängerungsoption um weitere 3 Jahre hier..... Euro.

Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i.V.m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von € hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Die Antragstellerin erhält den geleisteten Vorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses 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