



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 09/09 vom 08.10.2009

AZ: 1 VK LVwA 49/09 u. 1 VK LVwA 50/09

Halle, 08.09.2009

§ 107 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 GWB

§ 115 Abs. 3 Satz 1 GWB

§ 97 Abs. 2 u. 7 GWB, § 101 a) GWB

- Vergabeverstöße, die aus der Bekanntmachung bzw. aus den Verdingungsunterlagen erkennbar sind, müssen spätestens bis zur Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist gerügt werden.

- § 101 a) GWB wendet sich ausschließlich an die Auftraggeberseite.

- Soweit hinsichtlich geforderter Erklärungen/Nachweise der Erklärungswille der ausstellenden Stelle auch die Form der Erklärung und die Umstände ihrer Weitergabe an Dritte selbst bestimmt, wird dies verbindliches Anforderungsprofil.

- Wenn vollständige Teilnahmeanträge von konkurrierenden Bewerbern vorliegen, ist im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes weder eine Neuauswertung des Teilnahmewettbewerbes noch eine Aufhebung des streitbefangenen Verfahrens in Betracht zu ziehen.

In den Verfahren der

.....

.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....

.....

Antragstellerin

gegen

die

.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes im Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb bezüglich des Ersatzneubaus des Fußballstadions hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Soweit sich die Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Inhalt der Bekanntmachung zum einen gegen die fehlende Benennung der Zuschlagskriterien einschließlich deren Gewichtung sowie der Gewichtung der Teilnahmekriterien, zum anderen gegen den Mangel an hinreichender Konkretisierung des auftraggeberseitig benannten Auswahlkriteriums „Referenzen hinsichtlich Erfahrungen von Lebenszyklusbetrachtungen von Bauwerken“ wendet, werden der Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlass weiterer vorläufiger Maßnahmen nach § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB verworfen.
Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten der Verfahren.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) den Ersatzneubau desFußballstadions aus. In dieser gab die Antragsgegnerin unter Abschnitt III. die Teilnahmebedingungen bekannt. Danach hatten die Bewerber u. a. ausweislich des Abschnittes III.2.2), Punkt 4 eine gültige Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vorzulegen. Zudem war in der Bekanntmachung angegeben, dass die durch die Antragsgegnerin bereitgestellten Formblätter zur Strukturierung der Teilnahmeanträge zwingend Bestandteil derselben zu sein haben. Unter Punkt I. dieser mit „Informationen zum Vergabeverfahren sowie Musteraufstellung des Teilnahmeantrages“ überschriebenen Formblätter wird für Nachweise, die ausweislich Punkt II. von den Bietern gefordert werden und keine Eigenerklärungen darstellen, die Festlegung getroffen, dass diesbezüglich die Vorlage von Kopien ausreichend sei. Darüber hinaus findet sich dort die ausdrückliche auftraggeberseitige Forderung, dass Nachweise mit dem Vermerk der ausstellenden Stelle, ihnen komme nur im Original Gültigkeit zu (häufig etwa bei Unbedenklichkeitserklärungen des Finanzamtes oder der Berufsgenossenschaft), stets im Original dem Teilnahmeantrag beizufügen sind. Zudem wurde bekannt gegeben, dass drei bis fünf Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Acht Bewerber reichten Teilnahmeanträge ein. Dazu ist den vorgelegten Auswertungsunterlagen die Feststellung zu entnehmen, dass von den acht Bewerbern drei, darunter auch die Antragstellerin, unvollständige Unterlagen abgegeben haben sollen.

Im Ergebnis dieser Auswertung informierte die Antragsgegnerin mittels Faxschreiben vom 23.07.2009 die drei Bewerber darüber, dass sie aufgrund von unvollständigen Teilnahmeanträgen beabsichtige, diese nicht zur Abgabe eines indikativen Angebotes aufzufordern. Gegenüber der Antragstellerin legte sie zur Begründung dar, dass ihrem Teilnahmeantrag nur eine Kopie der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes beigelegt habe, obwohl diese Bescheinigung den Vermerk enthalte, dass sie nur als Original oder beglaubigte Kopie

Gültigkeit besitze. Deshalb liege keine gültige Bescheinigung vor, obwohl diese ausdrücklich seitens der Antragsgegnerin gefordert worden sei. Darüber hinaus teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin rein informatorisch mit, dass man sie auch bei Vollständigkeit des Teilnahmeantrages nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert hätte, da sie voraussichtlich im Rahmen der inhaltlichen Bewertung lediglich den 7. Platz belegt hätte. Auf der Grundlage der Bewertungskriterien Planung, Bauleistungen, Bewirtschaftung, Lebenszyklusbetrachtung sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit habe die Antragstellerin von maximal zu vergebenden 100 Punkten nur 73 erreicht.

In Folge dessen widersprach der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit Faxschreiben vom 27.07.2009 und rügte das Verfahren als vergaberechtswidrig.

Insbesondere entspreche die im Teilnahmeantrag enthaltene Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vollumfänglich den Anforderungen des Auftraggebers. Dieser habe in der Bekanntmachung offen gelassen, ob die Unbedenklichkeitsbescheinigung im Original vorgelegt werden müsse oder aber eine Kopie ausreiche. Soweit die Auftraggeberseite diesbezüglich eine konkrete Form habe vorgeben wollen, könne sich ihr Unvermögen bei der Umsetzung nicht zu Ungunsten der Bewerber auswirken. Auch sei der durch die ausstellende Behörde auf der Unbedenklichkeitsbescheinigung aufgedruckte Vermerk, die Bescheinigung entfalte nur im Original oder als beglaubigte Kopie Geltung, ohne rechtliche Bedeutung, denn die den Teilnahmeunterlagen beigefügte Kopie sei gut leserlich gewesen und gebe keinerlei Anhaltspunkte für Manipulationen. Ausweislich des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 16.01.2006, AZ: VII Verg 92/05 seien auch lesbare und vollständige Fotokopien zum Nachweis geeignet.

Zudem mache die bloße Mitteilung der Endpunktzahlen der erreichten Teilwertungen ein Nachvollziehen derselben unmöglich. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der Bewertung der Erfahrungen von Lebenszyklusbetrachtungen von Bauwerken mit nur vier Punkten. Dieses Bewertungskriterium sei im Übrigen unklar und daher vergaberechtswidrig. Daher sei die Offenlegung des gesamten Wertungsverlaufes einschließlich Begründungen für alle Wertungspunkte unausweichlich.

Außerdem habe die Antragsgegnerin verabsäumt, die Gewichtung der Teilnahmekriterien sowie die endgültigen Zuschlagskriterien einschließlich der Gewichtungen in der Bekanntmachung anzugeben. Der bloße Hinweis auf die Bewertungsmatrix, die Bestandteil der Unterlagen ist, die zur Erstellung des Teilnahmeantrages abgefordert werden konnten, sei nicht ausreichend. Vielmehr liege darin ein Verstoß gegen die europäische Rechtsprechung (Entscheidung EuGH vom 24.01.2008, AZ: Rs. C-532/06). Schon durch die Bekanntmachung müsse der Bewerber in die Lage versetzt werden, entscheiden zu können, inwieweit er überhaupt die Teilnahmeunterlagen abfordert und die endgültigen Kriterien erfüllen könne.

Mittels anwaltlichem Schriftsatz vom 28.07.2009 ergänzte die Antragstellerin ihr Rügevorbringen vom Vortag. Die Fehlerhaftigkeit der Bewertung erstrecke sich auf den gesamten Teilnahmeantrag. Dies betreffe auch die Bewertung der Kriterien Planung mit 15 Punkten, Bauleistung mit 18 Punkten sowie Bewirtschaftung mit nur 21 Punkten.

Im Anschluss dessen informierte die Antragsgegnerin mittels am 29.07.2009 bei der Gegenseite eingegangenen Schreibens darüber, dass sie an ihrer Auffassung des gerechtfertigten Ausschlusses festhalte. Rein informatorisch wies sie ergänzend auf die Unzulässigkeit des Rügevorbringens hinsichtlich der vermeintlich unzureichenden Konkretisierung des Bewertungspunktes „Erfahrungen von Lebenszyklusbetrachtungen“ sowie der fehlenden Bekanntgabe der Gewichtungen der Teilnahmekriterien und der Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung hin. Die Rügen hätten im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Bekanntmachung erfolgen müssen.

Es komme noch hinzu, dass den einzelnen Rügegesichtspunkten jegliche Berechtigung fehle. Das Kriterium „Erfahrungen mit Lebenszyklusbetrachtungen“ sei ausweislich der Bewertungsmatrix als Bewertung der Leistungserbringung für Referenzobjekte aus einer Hand (Komplettleistung, Planung, Bau, Betrieb) sehr wohl näher konkretisiert worden. Hierzu habe die Antragsgegnerin in den vorgegebenen Referenzformularen Ankreuzungen in einer entsprechenden Spalte vorgesehen, die auch die Antragstellerin bei zwei Vorgaben ausgefüllt habe. Da die Antragstellerin nur zwei Referenzen als Lebenszyklusprojekte angegeben ha-

be, käme es zu der Bewertung mit vier Punkten. Auch stehe der Hinweis in der Bekanntmachung, die genaue Gewichtung ergebe sich aus der in den Verdingungsunterlagen enthaltenen Bewertungsmatrix, im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen. Die Verfahrensweise der Antragsgegnerin komme nicht einem durch den EuGH zu Recht kritisierten nachträglichen Gewichten von bereits bekannt gegebenen Kriterien gleich, da die dem Vergabeverfahren zugrunde liegende Gewichtung mit den Vergabeunterlagen und damit rechtzeitig transparent gemacht worden sei.

Dies veranlasste den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zum Faxschreiben vom 31.07.2009, ausweislich dessen die Antragstellerin erst am 27.07.2009 nach Rechtsberatung Kenntnis von der Vergaberechtswidrigkeit der gerügten Aspekte erhalten habe und die Rügen daher unverzüglich erfolgt seien. Auch könne man die angeblichen Konkretisierungen in Bezug auf die Referenz Lebenszyklusbetrachtung nicht als solche ansehen. Es werde vielmehr erneut nur eine grobe Darstellung als Bewertung der Leistungserbringung für Referenzobjekte aus einer Hand angeboten. Zudem gehe dies nicht aus der Bekanntmachung hervor. Darüber hinaus sei die Bewertung im Kriterium Planung mit 15 von erreichbaren 25 Punkten falsch, da die Referenz Nr. 3 nicht null, sondern fünf Punkte hätte erhalten müssen. Auch bei der Referenz habe die Antragstellerin Planungsleistungen durchgeführt, so dass eine Bewertung mit fünf Punkten gerechtfertigt gewesen wäre. Beim Kriterium Bauleistungen sei ebenso eine falsche Bewertung durchgeführt worden. Die Antragstellerin hätte daher deutlich mehr als 73 Punkte erhalten müssen und wäre damit mindestens als einer der fünf Teilnehmer am Verhandlungsverfahren zu beteiligen gewesen. Insgesamt stelle das Verhalten der Auftraggeberseite einen Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere den Transparenzgrundsatz dar.

Da eine Abhilfeentscheidung seitens der Antragsgegnerin ausweislich ihres Schreibens vom 03.08.2009 nicht erfolgte, hat die Antragstellerin mittels Schriftsatz vom 07.08.2009 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt sowie einen Antrag gemäß § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB auf Erlass weiterer vorläufiger Maßnahmen gestellt.

Mit Schreiben der Vergabekammer vom 10.08.2009 sind die Anträge der Antragsgegnerin zugestellt worden. Gleichzeitig wurde sie über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 GWB belehrt und aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zu den Anträgen vorzulegen.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab, dass dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin eine Kopie einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vom 29.06.2009 beiliegt. Auf der Bescheinigung befindet sich der Aufdruck: „Nur gültig im Original, ohne Streichungen, mit Dienstsiegel und Unterschrift oder als beglaubigte Fotokopie“.

Die Antragstellerin stützt sich im Nachprüfungsantrag inhaltlich auf die Rügevorträge und führt im Einzelnen dazu ergänzend aus, dass die Zulässigkeit des Antrages insbesondere nicht an den Erfordernissen der Rechtzeitigkeit des Rügeverhaltens scheitern könne. Denn die Kenntnis der rechtlichen Relevanz von Tatsachen, die einen Vergaberechtsverstoß begründen könnten, könne ausweislich der vergaberechtlichen Rechtsprechung selbst bei Großunternehmen dann nicht automatisch unterstellt werden, wenn die Rechtslage schwierig sei. Sei für die Rüge die Kenntnis der vergaberechtlichen Rechtsprechung erforderlich, so könne von einem derartigen Wissen bei einem Unternehmen auch dann nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, wenn es sich um ein großes Bauunternehmen mit eigener Rechtsabteilung handele. Dies gelte auch, wenn man sich ständig an Ausschreibungen beteilige. Im vorliegenden Fall müsse dies dann aber umso mehr für die Antragstellerin als mittelständisches Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung gelten. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass die Ausgestaltung eines Verhandlungsverfahrens in erster Linie durch die Rechtsprechung entwickelt worden sei und die Antragstellerin ohnehin bisher äußerst selten an Vergabeverfahren teilgenommen habe. Positive Kenntnis von den Vergaberechtsverstößen habe die Antragstellerin somit erst mit Rechtsberatung am 27.07.2009 erlangt, so dass alle

Rügen rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gegenüber der Antragsgegnerin erhoben worden seien.

Soweit sich die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Erwägungen zur Zulässigkeit zu den Fristen der §§ 101a) und 107 Abs. 3 GWB äußere, argumentiere sie offensichtlich rechtsfehlerhaft. Die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB könne im Zusammenhang mit Erwägungen zur Rechtzeitigkeit der Rüge keine Bedeutung erlangen, da die dort formulierte Frist im Zusammenhang mit einer Nichtabhilfeentscheidung in Folge einer vorher bereits ausgesprochenen Rüge stehe. Diesbezüglich wäre daher zeitlich allenfalls die Nichtabhilfeentscheidung vom 29.07.2009 von Relevanz, nicht jedoch das Absageschreiben vom 23.07.2009. Ungeachtet dessen sei durch Einreichen des Nachprüfungsantrages am 07.08.2009 die 15-tägige Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB gewahrt.

Zudem erliege die Antragsgegnerin auch in tatsächlicher Hinsicht einem Irrtum, als sie ausdrücklich von einer Vergaberüge vom 10.08.2009 spreche. Eine solche existiere nicht.

Unabhängig von allen Erwägungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages treffe die erkennende Kammer ohnehin die Verpflichtung, die geltend gemachten Verstöße im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 110 Abs. 1 GWB aufzugreifen und den Auftraggeber zu entsprechenden Maßnahmen zu verpflichten.

Materiell-rechtlich gelte im Hinblick auf den Zusatz der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes „Nur gültig im Original oder als beglaubigte Fotokopie“ nicht die strenge Formvorgabe des Auftraggebers in den Informationen zum Vergabeverfahren. Das dortige Formfordernis werde hier insoweit herabgesetzt, als eine beglaubigte Fotokopie gerade nicht die Gültigkeit einer Urkunde bescheinigen könne. Folglich könne die Spezialregelung der Antragsgegnerin keine Anwendung finden. Es müsse somit die in der Information befindliche Generalklausel zur Zulässigkeit der Vorlage einfacher Kopien für Nachweise gelten, die keine Eigenerklärung darstellten. Aufgrund der unterschiedlichen Regelungen sei die Antragstellerin zu Recht davon ausgegangen, dass die Vorlage einer Kopie ausreichend sei. Denn sie habe ihre Unbedenklichkeitsbescheinigung der Spezialregelung des Auftraggebers nicht zuordnen können. Zudem sei durch die Antragstellerin eine Eigenerklärung abgegeben worden, dass die Kopie der Unbedenklichkeitsbescheinigung mit dem Original übereinstimme.

Hinsichtlich des Kriteriums „Erfahrungen von Lebenszyklusbetrachtungen“ sei bereits zweifelhaft, ob überhaupt ein Bewerber die Maximalpunktzahl erreichen konnte, da die Angabe von Referenzen in Bezug auf öffentliche Hochbauten begrenzt gewesen sei.

Im Übrigen bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Berücksichtigung zweier Bieter. Ausweislich der Internetseiten finde man für beide Bieter kein einziges Referenzprojekt eines Stadions oder einer anderen Großsportstätte. Gerade vor diesem Hintergrund sei anzuraten, die erkennbar falsche Auswahlentscheidung von Amts wegen zu untersuchen.

Weiterhin sei die Dokumentation in den Vergabeunterlagen widersprüchlich und daher unzureichend. Von der Vergabestelle sei die hier relevante Bescheinigung offensichtlich als ausreichend angesehen worden. Erst das beratende Büro scheine das anders gesehen zu haben, obwohl man auch dort unterschiedliche Darlegungen finde. Kommt ein öffentlicher Auftraggeber aber seiner Dokumentationspflicht nicht ordnungsgemäß nach, könne darauf bereits mit Erfolg ein Vergabenachprüfungsantrag gestützt werden. Eine Nachholung und Verbesserung der unterbliebenen Dokumentation sei nach der Rechtsprechung unmöglich.

Unter Berücksichtigung aller Umstände könne im vorliegenden Fall zudem nicht nach Lage der Akten gemäß § 112 Abs. 1 GWB entschieden werden. Denn offensichtlich unbegründet könne ein Antrag nur dann sein, wenn gar keine Bescheinigung vorgelegt worden wäre.

Ferner sei das mit der Zustellung des Nachprüfungsantrages verbundene Zuschlagsverbot nicht geeignet, die durch das Auftraggeberhandeln gefährdeten Rechtspositionen der Antragstellerin im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB zu schützen. Es bedürfe daher darüber hinaus einer einstweiligen Aussetzung des Vergabeverfahrens. Denn auch bei einer möglichen Entscheidung der Vergabekammer auf Zurückversetzung des Verfahrens in das Stadium des Teilnahmewettbewerbs würde das vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin

durch eine zeitlich frühere Kenntnis der konkurrierenden Bieter von den Verdingungsunterlagen fortwirken. Auch würde eine zwischenzeitlich nicht ausgeschlossene Durchführung von Verhandlungsgesprächen uneinholbare Vorteile für die übrigen Bieter mit sich bringen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin anzuweisen, die Antragstellerin zum Verhandlungsverfahren zuzulassen und zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern,

hilfsweise,
das Verfahren in das Teilnahmeverfahren zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsprechung der Vergabekammer die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern,

äußerst hilfsweise,
das Verfahren aufzuheben,
2. die Vergabestelle gemäß § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB ohne mündliche Verhandlung einstweilen anzuweisen, das Vergabeverfahren vorläufig einzustellen,

hilfsweise,
die Antragstellerin sofort unter Vorbehalt im weiteren Verhandlungsverfahren zu beteiligen und
3. die Hinzuziehung als Bevollmächtigter der Antragstellerin nach § 128 Abs. 4 GWB, § 80 Abs. 3 VwVfG für notwendig zu erachten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen und der Antragsgegnerin auch im Hinblick auf den Antrag nach § 115 Abs. 3 GWB zu gestatten, das Verfahren weiterzuführen.

Inhaltlich verweist auch die Antragsgegnerin auf den bereits im Zusammenhang mit dem Rügevorbringen geführten Schriftverkehr und führt ergänzend aus, dass die Antragstellerin mit Faxschreiben vom 23.07.2009 ein Absageschreiben im Sinne des § 101a) GWB erhalten habe. Die Vergaberüge sei am 10.08.2009 erfolgt, so dass die Frist aus § 101a) GWB aufgrund des Verstreichens von mehr als 10 Tagen bereits abgelaufen sei. Selbst wenn man auf die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB abstellen würde, obwohl es sich bei dem Schreiben vom 23.07.2009 nicht um eine Nichtabhilfeentscheidung handele, wäre auch diese Frist abgelaufen. Fallentscheidend sei aber, dass die Antragstellerin ihrem Teilnahmeantrag keine gültige Bescheinigung des Finanzamtes beigefügt habe und daher der Ausschluss zu Recht erfolgt sei. Die am Vergabeverfahren Beteiligten seien ohne Ausnahme an die Festlegungen auf der Unbedenklichkeitsbescheinigung des ausstellenden Finanzamtes gebunden. Die Vorlage einer einfachen Kopie besitze daher keine Gültigkeit. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen unter I. explizit darauf hingewiesen, dass Nachweise bei denen die ausstellende Stelle ausdrücklich vermerkt, dass sie nur im Original Gültigkeit besitzen, auch den Teilnahmeanträgen im Original beigefügt werden müssen, ohne dass es hierzu einer gesonderten Aufforderung bedürfe.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

Der Antragstellerin ist mittels Beschluss vom 19.08.2009 Einsicht in die Akten gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen der Mitbewerber bzw. Informationen über diese enthalten.

Seitens der erkennenden Kammer sind die Beteiligten mit Schreiben vom 20.08.2009 darüber informiert worden, dass im schriftlichen Verfahren entschieden werden solle. Gleichzeitig haben sie Gelegenheit zur abschließenden Stellungnahme erhalten.

II.

Soweit sich die Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Inhalt der Bekanntmachung zum einen gegen die fehlende Benennung der Zuschlagskriterien einschließlich deren Gewichtung sowie der Gewichtung der Teilnahmekriterien, zum anderen gegen den Mangel an hinreichender Konkretisierung des auftraggeberseitig benannten Auswahlkriteriums „Referenzen hinsichtlich Erfahrungen von Lebenszyklusbetrachtungen von Bauwerken“ wendet, ist diese wegen verspäteter Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 GWB mit ihrem diesbezüglichen Vorbringen präkludiert. Der Nachprüfungsantrag als auch der Antrag auf Erlass weiterer vorläufiger Maßnahmen nach § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB sind diesbezüglich unzulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03. Der Nachprüfungsantrag als auch der Antrag auf Erlass weiterer vorläufiger Maßnahmen werden im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Bauauftrag i. S. von § 99 Abs. 1 und 3 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Bauleistung Ersatzneubau Fußballstadion handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A, Fassung 2006. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 5.150.000 Europäischen Währungseinheiten überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

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 für die zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, 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 vor, durch die Nichtangabe der Gewichtung der Teilnahmekriterien in der Bekanntmachung sowie durch eine rechtswidrige Wertung ihres Teilnahmeantrages in ihren Rechten verletzt zu sein. Sie vertritt die Ansicht, dass die Angabe der Gewichtung der Teilnahmekriterien schon in der Bekanntmachung unerlässlich sei, da sie aufgrund der Bekanntmachung schon entscheiden müsse, ob überhaupt die Teilnahmeunterlagen abgefordert werden oder nicht. Zudem geht sie davon aus, dass ihr Teilnahmeantrag bei korrekter vergaberechtskonformer Wertung in die engere Wahl kommen müsse und somit eine Chance auf die Aufnahme ins Verhandlungsverfahren bestehe.

Hinsichtlich des Antrages auf Erlass weiterer vorläufiger Maßnahmen macht sie geltend, dass das bloße Zuschlagsverbot dem Fortgang des Bieterverfahrens zunächst einmal nicht

entgegenstehe, so dass selbst bei einer nachträglichen Aufnahme der Antragstellerin in das Bieterverfahren aufgrund des zeitlichen Vorteils der Konkurrenz im Rahmen der Auseinandersetzung mit den Vorstellungen und Anforderungen der Auftraggeberseite eine nicht unerhebliche Wettbewerbsverzerrung gegeben wäre. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis demnach ausreichend.

Ebenso hat sie durch ihren Vortrag den Anforderungen des § 108 GWB entsprochen.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Rügeverhalten den gesetzlichen Erfordernissen des § 107 Abs. 3 GWB an die Rechtzeitigkeit einer Rüge nicht in allen Fällen entsprochen.

a) Soweit sich die Antragstellerin gegen die fehlende Benennung der Zuschlagskriterien einschließlich deren Gewichtung sowie der Gewichtung der Teilnahmekriterien in der Bekanntmachung wendet, war der Umstand der Nichterwähnung bereits aus der Bekanntmachung selbst ersichtlich. In diesem Zusammenhang ist unerheblich, dass die Antragstellerin das Fehlen dieser Angaben in der Bekanntmachung erst in Folge der anwaltlichen Beratung am 27.07.2009 als aus ihrer Sicht rechtlich fehlerhaft gewertet haben will. § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB stellt ausdrücklich auf die objektive Erkennbarkeit eines für gegeben erachteten Vergabefehlers ab, hier also auf das Fehlen der entsprechenden Angaben, nicht jedoch auf den Zeitpunkt der rechtlichen Bewertung als vergabewidrig und damit auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Erkennens.

Die Antragstellerin ist insoweit mit ihrem Vortrag gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB präkludiert.

b) Letztlich kommt die erkennende Kammer im Hinblick auf den Vortrag der Antragstellerin, die Bekanntmachung weise mit der Umschreibung „Referenzen hinsichtlich Erfahrungen von Lebenszyklusbetrachtungen von Bauwerken“ ein nicht hinreichend konkretes Teilnahmekriterium aus, zum selben Ergebnis. Auch diesbezüglich ist das Vorbringen der Antragstellerseite als präkludiert anzusehen.

In diesem Zusammenhang ist unerheblich, ob es sich bei dem unter Punkt VI.1.2) der Bekanntmachung findenden Hinweis „Näheres ergibt sich aus der Bewertungsmatrix, die Bestandteil der Unterlagen ist,.....“ um einen Zusatz handelt, der beim hier maßgeblichen billig und gerecht denkenden Drittleser den gerechtfertigten Eindruck erzeugen könnte, das strittige Merkmal erfahre im Rahmen der erwähnten Bewertungsmatrix seine Konkretisierung. Verneint man dies, so wäre die vermeintlich nicht ausreichende Konkretisierung bereits aus der Bekanntmachung selbst ersichtlich, was entsprechend den Ausführungen unter a) zur Feststellung der Präklusion gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB führen würde. Bejaht man diese Frage jedoch, so ist der entsprechende Vortrag wegen Verstoßes gegen die Verpflichtung zur rechtzeitigen Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Ausweislich des Vortrages der Antragstellerin werde durch die Formulierungen in der zu den Verdingungsunterlagen gehörenden Bewertungsmatrix nur eine nicht hinreichend konkrete Darstellung durch eine ebensolche ersetzt. Die erkennende Kammer teilt diese inhaltliche Bewertung der Antragstellerseite mit der Folge, dass das fortdauernde Formierungsdefizit der Antragsgegnerin hinsichtlich dieses Teilnahmekriteriums aus den Verdingungsunterlagen erkennbar war. In diesem Falle hätte es seitens der Antragstellerin einer entsprechenden Reaktion gegenüber der Antragsgegnerin bis spätestens zum festgesetzten Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeunterlagen, hier dem 01.07.2009 bedurft. Diesem zeitlichen Erfordernis hat die Antragstellerin bei Weitem mit den oben beschriebenen rechtlichen Folgen nicht genügt. Auch § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB lässt den Zeitpunkt des tatsächlichen Erkennens des vermeintlichen Fehlverhaltens der Gegenseite unberücksichtigt.

Hinsichtlich der übrigen Rügeaspekte ist hingegen der Zeitpunkt ihres tatsächlichen Erkennens von Bedeutung. Die Antragstellerin hat hier durch ihren Verfahrensbevollmächtigte für die erkennende Kammer unwiderlegbar vortragen lassen, aufgrund der rechtlichen Komplexität erst durch die anwaltliche Rechtsberatung samt Auswertung der Rechtsprechung Kenntnis von den vermeintlichen Vergabeverstößen gewonnen zu haben. Die am 27.07., 28.07. und 31.07.2009 erfolgten Rügen können somit mit Ausnahme der unter a) und b) be-

reits erwähnten Gesichtspunkte als rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gewertet werden.

Im Hinblick auf die rechtlichen Ausführungen der Antragsgegnerin zur Unzulässigkeit der gestellten Anträge wegen Ablaufs einer Frist gemäß § 101 a) GWB lässt es die Kammer hier bei dem Hinweis bewenden, dass die zitierte Regelung sich ausschließlich an die Auftraggeberseite wendet und dieser neben der Verpflichtung zur Information der Wettbewerber über das Ergebnis der Auswertung auch eine Wartepflicht bis zur Erteilung des Zuschlags von 10 bzw. 15 Tagen nach Absenden der Information auferlegt. Der Regelungsinhalt umfasst keine Anforderungen an einen potentiellen Antragsteller in einem Verfahren vor der erkennenden Kammer.

Soweit sich der Einwand der Antragsgegnerin, die Frist aus § 107 Abs. 3 GWB sei abgelaufen, auf die Regelung des § 107 Abs. 3 Satz 4 GWB beziehen sollte, hat die Antragstellerin diese Frist eingehalten. Ausweislich vorgenannter Vorschrift ist ein Antrag nur unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers bezüglich der Nichtabhilfe einer Rüge bis zum Stellen eines Nachprüfungsantrages vergangen sind. Die Nichtabhilfeentscheidung ist der Antragstellerin am 29.07.2009 zugegangen, so dass die mittels Faxes am 07.08.2009 bei der Vergabekammer eingegangenen Anträge rechtzeitig gestellt wurden und somit dieser gesetzlichen Anforderung entsprechen.

Der in Teilen zulässige Nachprüfungsantrag sowie der ebenfalls nur in Teilen zulässige Antrag auf Erlass weiterer vorläufiger Maßnahmen sind als unbegründet zurückzuweisen.

Die Antragstellerin ist durch das Verhalten der Antragsgegnerin, insbesondere durch den Ausschluss ihrer Bewerbung von der weiteren Wertung, nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Denn ihre Bewerbung hat zu Recht durch die Antragsgegnerin keine weitere Berücksichtigung gefunden.

Die Antragstellerin hat hier der durch die Antragsgegnerseite u. a. formulierten Verpflichtung zur Vorlage einer gültigen Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes zum Nachweis der Eignung im Rahmen des vorgelagerten Teilnahmeverfahrens nicht entsprochen. Die hier erfolgte Vorlage einer einfachen Kopie der Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes wäre als Erklärung eines Dritten grundsätzlich geeignet, dem allgemeinen auftraggeberseitigen Anforderungsprofil zu genügen. Aufgrund des Erklärungsinhaltes der vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigung galten hier jedoch die in Ziffer III.2.2) der Bekanntmachung sowie Punkt I. der Informationen zum Vergabeverfahren formulierten erhöhten Anforderungen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war das Anforderungsprofil eindeutig und klar formuliert. Ein in einfacher Kopie vorgelegter Nachweis eines Dritten sollte nur dann ausreichen, wenn die den Nachweis ausstellende Stelle selbst nichts anderes verfügt hat.

Soweit die Antragstellerseite die Eindeutigkeit der Formulierung der Antragsgegnerin deshalb in Frage zu stellen sucht, als Letztere nur festgelegt habe, dass man der Forderung einer ausstellenden Stelle nach Weitergabe des Originalbelegs zu entsprechen habe, sich jedoch keine ausdrückliche Festlegung finde, wie mit der durchaus erweiternden Alternative der Weitergabe einer beglaubigten Kopie umzugehen sei, vermag diese Argumentationsweise die erkennende Kammer nicht zu überzeugen. Für den hier maßgeblichen und bei der Auslegung von Willenserklärungen stets zu bemühen billigen und gerechten Dritten, war nur allzu deutlich, dass die Auftraggeberseite ausschließlich solche Nachweise akzeptieren würde, die der durch die jeweilige ausstellende Stelle festgelegten Form entsprechen. Die Antragsgegnerin hat somit dem Erklärungswillen der ausstellenden Stelle erkennbar den Stellenwert eingeräumt, der diesem rechtlich zukommt. Soweit der Erklärungswille - wie hier - auch die Form der Erklärung und die Umstände ihrer Weitergabe an Dritte selbst mitbestimmt, wird dies ebenfalls verbindlich. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Anforderungsprofil unterschieden zwischen der Kopie und dem Original. Das ausstellende Finanzamt hat das Original mit der beglaubigten Kopie gleichgesetzt. In Anbetracht dieser Umstände stand daher für jeden erkennbar fest, dass bei dieser Konstellation neben der

Vorlage eines Originals auch die Vorlage einer beglaubigten Kopie, nicht aber die Vorlage einer einfachen Kopie ausreichend sein würde.

Die durch die Antragstellerin vorgelegte Unbedenklichkeitsbescheinigung ist somit nicht wertbar. Sie gilt daher als nicht vorgelegt, was zur formellen Unvollständigkeit der Teilnahmeunterlagen und damit zum Ausschluss von der weiteren Wertung führt.

Auch kommt im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB weder eine Neuauswertung des Teilnahmewettbewerbes noch eine Aufhebung des streitbefangenen Verfahrens in Betracht, da hier vollständige Teilnahmeanträge von konkurrierenden Bewerbern vorliegen.

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz wäre nur dann gegeben, wenn sämtliche im streitbefangenen Verfahren abgegebenen Teilnahmeanträge unter Übertragung der Rechtsprechung des BGH auf Teilnahmewettbewerbe an einem gleichwertigen Mangel leiden würden. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang die Korrektheit der inhaltlichen Auswertung der konkurrierenden Teilnahmeanträge anzweifelt, ist dieser Einwand nach Ansicht der erkennenden Kammer schon nicht geeignet, einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu begründen. Die inhaltliche Bewertung konkurrierender Teilnahmeanträge bleibt dann unbeachtlich, wenn der Teilnahmeantrag der Antragstellerseite bereits formell unvollständig ist. Dies ist ausweislich der obigen Ausführungen hier der Fall. Die Kammer geht in einem Fall wie dem hier vorliegenden nur dann von einem gleichwertigen Mangel aus, wenn die Teilnahmeanträge sämtlicher konkurrierender Bewerber in Übertragung der Herangehensweise vom Angebotsverfahren auf das Teilnahmeverfahren auf der gleichen oder einer früheren Wertungsstufe auszuschließen sind. Wie bereits dargestellt liegen durchaus formell vollständige Teilnahmeanträge konkurrierender Bewerber vor, so dass von einem gleichwertigen Mangel sämtlicher Teilnahmeanträge hier nicht die Rede sein kann.

Der Antrag der Antragstellerin nach § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB ist aufgrund der vorliegend festgestellten Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages mangels Verstoßes gegen § 97 Abs. 2 u. 7 GWB ebenfalls zurückzuweisen.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3, dritte Alternative GWB verzichtet, weil allein aufgrund der Aktenlage der Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen bzw. als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen ist. Soweit der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin das Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit nur dann für gegeben erachtet, wenn ein geforderter Nachweis nicht vorgelegt wurde, sei darauf verwiesen, dass die unzureichende Form der Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes aufgrund der hier vorliegenden Besonderheiten einer Nichtvorlage derselben gleichkommt. Die Kammer sieht das Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit daher als erfüllt an. Ebenso war der Antrag nach § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB ausweislich obiger Ausführungen zurückzuweisen. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach der mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen. Für den Antrag nach § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB wird keine gesonderte Gebühr erhoben.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Verfahrens 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 Verfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. Im streitbefangenen Verfahren wird den Anträgen der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen der Antragstellerin, so dass sie 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 Verfahrens.

Die Höhe der Gebühren (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt anhand der für die Kammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt auf der Grundlage des geschätzten Auftragswertes der Antragsgegnerin (. Euro) Euro.
Da keine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, wird die Gebühr auf Euro reduziert.

Zu den fälligen Gebühren 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

Euro

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,- Euro hat sie nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses unter Verwendung des Kassenzeichens 3300- den Betrag in Höhe von **Euro** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

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 Beschwerdebegründung 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.

Die Entscheidung auf der Grundlage des Antrages nach § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB ist ausweislich § 115 Abs. 3 Satz 3 GWB nicht selbstständig anfechtbar.

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Dolge