



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

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LVwA 51/05**

**Halle, 24.02.2005**

§ 114 Abs. 2 GWB  
§ 13 Abs. 2 a-h VOF  
§ 10 Abs. 1 VOF

- Nachprüfungsantrag nicht statthaft
- Zuschlag vor Zustellung der Aussetzungsverfügung der erkennenden Kammer erteilt
- Feststellungsantrag zulässig
- fehlende Angaben und Nachweise

Wenn die im Rahmen der Überprüfung der Vollständigkeit der Bewerbungsunterlagen dem bekannt gegebenen Anforderungsprofil des § 13 Abs. 2a-h VOF nicht entsprochen wurde, so droht der Ausschluss aus dem weiteren Wettbewerb.

Gemäß § 10 Abs. 1 VOF dürfen nur die Bewerber in die Eignungsprüfung einbezogen werden, die nicht aufgrund von § 11 VOF ausgeschlossen wurden und die die in den §§ 12 und 13 VOF genannten Anforderungen erfüllen.

In dem Kammerverfahren

der ..... AG

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte .....Kollegen

Antragstellerin

gegen

die ..... GmbH

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwalt .....

Antragsgegnerin

unter Beiladung

der Bietergemeinschaft  
.....  
vertreten durch  
..... GmbH .....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Verhandlungsverfahren zur Generalplanung für die Sanierung des Dienstgebäudes..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 10.02.2006 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der auf Untersagung der Zuschlagserteilung sowie auf Wiederholung des Verhandlungsverfahrens ab der Auswahl der zur Verhandlung aufzufordernden Bewerber gerichtete Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Antragsgegnerin im Verhandlungsverfahren Generalplanung für die Sanierung des Dienstgebäudes ..... Vergaberechtsvorschriften, wie im Nachprüfungsantrag dargestellt, verletzt hat und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt wurde, wird zurückgewiesen.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Zweck entsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
5. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Kammerverfahrens beziffern sich auf insgesamt ..... **Euro**.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, abgesandt zur Bekanntmachung am .....2005, schrieb die Antragsgegnerin auf der Grundlage der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb die Vergabe von Planungsleistungen für die Generalplanung der Sanierung des Dienstgebäudes ..... in ..... aus. In der Bekanntmachung gab die Antragsgegnerin an, dass sie drei bis fünf Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern wird. Der Umfang des Auftrages umfasst die Generalplanung der Leistungsphasen 1 bis 9, wobei sie sich eine stufenweise Beauftragung vorbehält. Die Auswahl der Bewerber erfolgt auf der Grundlage der im Abschnitt III, Punkt 2) und 3) genannten Kriterien. So sollten die Bewerber zum Zwecke der Eignungsprüfung nachstehende Unterlagen (nicht abschließend) vorlegen:

1. Juristische Personen müssen die Namen und die berufliche Qualifikation der für die Ausführung der Dienstleistung verantwortlichen Personen angeben. Bei natürlichen Personen sind Diplom, Prüfungszeugnisse bzw. sonstige Befähigungsnachweise, bei gesetzlichen Vertretern und verantwortlichen Verfassern Diplom und Prüfungszeugnisse nachzuweisen.
2. Nachweise nach § 12 VOF über Berufshaftpflichtversicherungsdeckung des Bewerbers und seinen Umsatz für entsprechende Dienstleistungen in den letzten drei Geschäftsjahren
3. Nachweise gem. § 13 (2) a-h VOF, insbesondere vergleichbare Leistungen komplexer Bauvorhaben, die in den letzten fünf Jahren erbracht wurden, unter Angabe von Auftraggeber, Bauzeit und Kosten; Personalstruktur, Technische Ausstattung; Maßnahmen zur Gewährleistung der Qualität, Erklärung, dass der Bewerber die Arbeit unmittelbar nach Auftragserteilung aufnehmen kann

4. Bestätigung der Kennzahlen und Beschäftigungszahlen durch Wirtschaftsprüfer/Steuerberater oder durch rechtsverbindlich unterzeichnete Erklärung
5. Nachweis/Erklärung der Zertifizierung nach DIN ISO 9001
6. Erfahrungen und Referenzen vorzugsweise im Segment Sanierung und Umbau

Unter Abschnitt II, Punkt 1.6, Buchst. b) bis d) wird der Gegenstand des Auftrages wie folgt definiert:

- b) Architektenleistungen nach § 15 HOAI  
 Objektplanung für Gebäude  
 Objektplanung für Freianlagen  
 Objektplanung für raumbildende Ausbauten
- c) Ingenieurleistungen nach § 73 HOAI  
 Technische Ausrüstung, Elt Schwach- und Starkstromtechnik, Sicherheitstechnik, Aufzug- und Fördertechnik, Sanitär und Heizung/Lüftung  
 (bevorzugt Planung aus einem Büro)
- d) Ingenieurleistungen nach § 78 HOAI  
 Tragwerksplanung  
 Wärmeschutz  
 Schallschutz und Bauakustik

Die Teilnahmeanträge waren bis zum 02.08.2005 einzureichen.

Den vorgelegten Auswertungsunterlagen ist bezüglich der Teilnahmeanträge seitens der Antragsgegnerin die Feststellung zu entnehmen, dass 31 Bewerber, darunter auch die Antragstellerin, vollständige Unterlagen abgegeben haben sollen. Hinsichtlich der Unterlagen „Nachweis/Erklärung der Zertifizierung nach ISO 9001“ der Antragstellerin ist darin vermerkt, dass diese im II. Quartal 2005 zertifiziert worden sei. Die inhaltliche Bewertung erfolgte nach einer Matrix, wobei in die Einzelbewertung die technische Ausrüstung, Beschäftigte, Umsatz, Referenzen und Leistungen für den öffentlichen Auftraggeber einbezogen wurden. Im Ergebnis dieser Prüfung erreichten die Antragstellerin und 11 weitere Bewerber die Höchstpunktzahl 10. In der folgenden Stufe wurden die noch verbleibenden 12 Bewerber hinsichtlich der Qualität, der Durchführbarkeit, der Termintreue und Kosteneinhaltung auf der Basis einer Rücksprache bei den in den Referenzlisten ausgewiesenen öffentlichen Auftraggebern geprüft. Fünf Bewerber mit einer Bewertungssumme von 10 Punkten wurden ausgewählt und zur Angebotsabgabe aufgefordert. Hinsichtlich der Angebotsunterlagen der Antragstellerin erfolgte die Feststellung, dass es Probleme bei der Durchführung und Kosteneinhaltung lt. Auskunft des Staatshochbauamtes Dessau gäbe. Aufgrund dessen wurde die Antragstellerin in der Bewertungsphase - Leistungen für öffentliche Auftraggeber - in der Bewertungsmatrix von 2 auf 1 zurückgestuft. Mit Schreiben vom 30.08.2005 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie ihren Teilnahmeantrag nicht berücksichtigen könne, da eine Vielzahl von Anträgen eingegangen sei.

Auf der Grundlage des Absageschreibens, das der Antragstellerin erst am 19.09.2005 zugeing, ließ diese mit anwaltlichem Schriftsatz vom 21.09.2005 ihre Nichtberücksichtigung beim Auftragsverfahren gegenüber der Vergabestelle rügen. Die Antragstellerin vertrat dabei rügeseitig die Auffassung, dass die Begründung „aufgrund einer Vielzahl der eingegangenen Teilnahmeanträge“ gegen elementare Grundsätze und Vorschriften des Vergabeverfahrens verstoße. Sie habe vollständige und im Übrigen auch formell richtige Bewerbungsunterlagen eingereicht. Insbesondere seien der Bewerbung die in der Ausschreibung geforderten Unterlagen beigefügt und die in der Ausschreibung geforderten Angaben gemacht worden. Ausschlussgründe lägen nicht vor. Es sei nicht erkennbar, anhand welcher Bewertungskriterien die Antragsgegnerin ihre Auswahlentscheidung getroffen und wie sie diese gewichtet habe.

Es liege daher auch eine Verletzung des Transparenzgebotes, des Wettbewerbsgrundsatzes und des Gleichbehandlungsgebotes bzw. des Nichtdiskriminierungsverbotes gem. § 97 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) vor. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass am 26.09.2005, 12:00 Uhr, eine Besprechung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin stattfand, anlässlich der die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Unterlagen zur Auswahl der Bewerber überreichte, da die Planungsbüros zur Wahrung geschützter Daten namentlich nicht benannt wurden. Diesbezüglich rügte sie mit anwaltlichem Schriftsatz vom 28.09.2005 ausdrücklich einen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht. Im Einzelnen wurde vorgetragen, dass sich aus den Bögen lediglich ergebe, dass die Antragstellerin und weitere konkurrierende Bewerber als gleich gut geeignet eingestuft worden seien. Die Entscheidungsfindung, die zur Auswahl der fünf zur Verhandlung aufgeforderten Bewerber geführt habe, sei jedoch nicht dargestellt.

Für den Fall, dass die Antragsgegnerin die genannten Eignungskriterien bei ihrer Auswahlentscheidung in der 3. Stufe besonders gewichtet habe, fehle es in der entsprechenden Bekanntmachung. Es liege daher auch ein Verstoß gegen die §§ 10, 12 und 13 VOF vor.

Da die Antragsgegnerin dem Begehren der Antragstellerin nicht abhalf, hat diese mit Fax-Schreiben vom 21.10.2005, eingegangen bei der Kammer am 24.10.2005, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Der Nachprüfungsantrag ist der Antragsgegnerin mit Verfügung der Vergabekammer vom 24.10.2005, 8.55 Uhr zugestellt worden. Ebenso wurde sie mit Zustellung des Antrages über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 GWB belehrt sowie gleichzeitig aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Antragsgegnerin teilte daraufhin mit, dass der Zuschlag bereits erteilt worden sei.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen durch die erkennende Kammer ergab, dass dem Geschäftsführer der ..... GmbH Dessau, Herrn ....., am 24.10.2005 das Zuschlagsschreiben persönlich ausgehändigt worden sei und dieser den Zeitpunkt des Erhaltes unter Angabe der Uhrzeit mit 8:00 Uhr quittierte.

Der Teilnahmeantrag der Antragsgegnerin enthält die Mitteilung, dass sie drei Fachingenieure als Unterauftragnehmer binden wolle. Dazu stellte sie in einer Übersicht dar, welche Leistungen über die noch zu bindenden Planungsbüros erbracht werden sollen. Hierbei handelt es sich um die Tragwerksplanung gem. § 64 HOAI, die Technische Ausrüstung gem. § 73 HOAI, den Schallschutz gem. § 80 HOAI und die Baustatik gem. § 81 HOAI. Der übrige Leistungsumfang gehört zum Leistungsbild der Antragstellerin.

Zu dem in der Bekanntmachung geforderten Nachweis bzw. der Erklärung der Zertifizierung nach DIN ISO 9001 findet sich in den Unterlagen der Antragstellerin der Hinweis, dass im Jahr 2004 mit dem Aufbau eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001:2000 begonnen wurde. Die Zertifizierung des Unternehmens würde im 2. Quartal des Jahres 2005 erfolgen. Ein weiterer Nachweis bzw. eine aktualisierte Erklärung liegt den Unterlagen nicht bei. Dort finden sich ausschließlich Aussagen zu einer bewerbereigenen Qualitätskontrolle.

Weiterhin enthalten die Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin 31 Referenzobjekte der letzten fünf Jahre. Hierbei stellt die Kammer fest, dass in den 10 Objekten, die die geforderten Leistungsphasen 1 bis 9 umfassen, nicht eine Referenz für die Gestaltung von Freianlagen durch die Antragstellerin zu einer dieser Leistungsphasen enthalten ist. Aus den bildlichen Darstellungen zu den angegebenen Referenzobjekten folgt, dass diese keine derartigen Leistungen aufweisen bzw. diese Leistungen von anderen Fachplanern erbracht wurden. Ebenso ist weder aus der Referenzliste noch aus den beigefügten bildlichen Darstellungen zu entnehmen, welche Leistungsphasen im Bereich Wärmeschutz von der Antragstellerin erbracht wurden.

Seitens des Fachplaners für die Tragwerksplanung werden als verantwortliche Personen Herr ..... und Herr ..... sowie Frau ..... benannt. Ein Qualifikationsnachweis für Frau ....., wie er unter § 13 (2) a VOF gefordert wurde, liegt den Unterlagen nicht bei. Auch die vorgelegten Referenzen des Fachplaners für die Technische Ausrüstung enthalten

keine Nachweise bezüglich des geforderten Leistungsprofils Aufzug- und Fördertechnik. Für diese Leistung benennt die Antragstellerin nur ein Schulungs-/Verwaltungsgebäude in Potsdam mit den zu erbringenden Leistungsphasen 5-8.

Ferner geht aus dem vorgelegten Schriftverkehr hervor, dass mit der Antragstellerin mehrfach persönliche Gespräche zum Auswahlverfahren geführt wurden. Mit Schreiben vom 20.10.2005 benannte die Antragsgegnerin die fünf Bewerber, die zum Verhandlungsverfahren aufgefordert wurden und übergab als Anlage einen Auszug aus dem Vergabevermerk, welcher als Grund für die Nichtberücksichtigung der Antragstellerin Probleme bei der Durchführung und Kosteneinhaltung auswies.

Im Hinblick auf die Vertretungsbefugnis des Herrn ..... findet sich in den Unterlagen eine Vollmacht der einzelnen Mitglieder der Beigeladenen, die den Geschäftsführer der ..... GmbH ....., Herrn ....., als Vertreter der Beigeladenen ausweist.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Zuschlagserteilung weder tatsächlich noch rechtlich vor Zustellung des Nachprüfungsantrages erfolgt sei. Zunächst werde die Übergabe der Annahmeerklärung am 24.10.2006, 8.00 Uhr, bestritten. Darüber hinaus sei der auf der Annahmeerklärung für die Beigeladene unterzeichnende Herr ..... nicht vertretungsberechtigt, so dass er den Empfang der Annahmeerklärung für die Beigeladene nicht wirksam habe bestätigen können. Dies folge u.a. auch daraus, dass Herr ..... der Namensunterschrift nicht gem. § 35 Abs. 3 GmbHG die Firma der Gesellschaft habe folgen lassen.

Eine wirksame Zuschlagserteilung würde hier an § 138 BGB wegen kollusiven Zusammenwirkens der Vergabestelle und der Beigeladenen scheitern. Denn infolge der Kenntnis der Antragsgegnerin und des Vertreters der Beigeladenen von der bereits durch die Antragstellerin angekündigten Einreichung des Nachprüfungsantrages könne die Zuschlagserteilung nur als sittenwidrig bewertet werden. Sittenwidrig sei die Zuschlagserteilung auch deshalb, da die Antragsgegnerin auf die Frage der Antragstellerin, ob die Informationsschreiben nach § 13 VgV bereits versandt worden seien, wahrheitswidrig verneint habe.

Ergänzend zu ihrem Rügevortrag führt sie aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, weshalb sie als nur bedingt geeignet beurteilt wurde und daher nur einen von zwei möglichen Punkten erhalten habe. Die Dokumentation der Erwägungen erschöpfe sich im Hinblick auf die fünf ausgewählten Bewerber in der lapidaren Feststellung, dass diese wegen der angegebenen Referenzobjekte und ihrer Reaktionszeiten sehr gut oder gut geeignet seien, ohne die Maßstäbe ihrer Beurteilung offen zu legen. Wollte die Antragsgegnerin den Referenzobjekten eine besondere Bedeutung beimessen, so hätte sie begründen müssen, warum die Referenzobjekte der ausgewählten Bewerber diese in Bezug auf den zu vergebenden Auftrag als besonders geeignet erscheinen lassen.

Gleiches gelte auch für die Bewertung im Hinblick auf das Auswahlkriterium der Leistungen für öffentliche Auftraggeber. Im Protokoll fänden sich dazu überhaupt keine Erwägungen. Darüber hinaus sei es unrichtig, dass die Antragstellerin im Rahmen der Erbringung von Leistungen für öffentliche Auftraggeber Probleme bei der Durchführung von Bauvorhaben und der Kosteneinhaltung gehabt habe.

Ebenso sei das Heranziehen der Auswahlkriterien Reaktionszeit sowie Termin- und Kostentreue vergabewidrig, da diese in der Vergabebekanntmachung als Auswahlkriterium nicht benannt wurden. Von der Antragsgegnerin seien daher im Rahmen ihrer Bewertung falsche Tatsachen zugrunde gelegt worden.

Die Beigeladene sei von der Antragsgegnerin wiederum im Rahmen der Bewertung des Eignungskriteriums wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu hoch bepunktet worden, da sie nicht einmal ihre Personalkosten erwirtschaftete.

Darüber hinaus habe die Vergabestelle durch die bloße Bezugnahme auf § 13 Abs. 2 a-h VOF keinen der dort genannten Nachweise zum durch die einzelnen Bewerber zu erfüllenden Anforderungsprofil gemacht. Es mangle an der durch die Antragsgegnerin vorzunehmenden Auswahlentscheidung. Eine pauschale Verweisung genüge der Verpflichtung der Auftraggeberseite nicht. § 13 Abs. 2 VOF entfalte für das streitbefangene Vergabeverfahren daher keine Wirksamkeit (vgl. Vergabekammer Düsseldorf, Beschl. vom 21.11.2003).

Das Verhalten der Antragsgegnerin habe bei der Antragstellerin insoweit zu einem Schaden geführt, als Letztere aufgrund vergaberechtswidrigen Unterlassens der Auftraggeberseite

nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sei und somit auch kein Angebot inklusive Gewinnmarge habe einreichen können.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag zur Ausführung von Planungsleistungen für die Sanierung Dienstgebäude ..... der Beigeladenen oder einem anderen der vier weiteren zu den Verhandlungen aufgeforderten Bieter zu erteilen;
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Verhandlungsverfahren ab der Auswahl der zur Verhandlung aufzufordernden Bewerber aus den 12 Bewerbern zu wiederholen;
3. hilfsweise festzustellen, dass die Antragsgegnerin im Verhandlungsverfahren Generalplanung für die Sanierung des Dienstgebäudes ..... Vergaberechtsvorschriften, wie im Nachprüfungsantrag dargestellt, verletzt hat und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt wurde.
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 128 GWB für notwendig zu erklären und
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zu Ziffer 1 und 2 als unzulässig zurückzuweisen;
2. hilfsweise die Anträge der Antragstellerin zu Ziffer 1 und 2 zurückzuweisen;
3. den Hilfsantrag der Antragstellerin zu Ziffer 3 ebenfalls zurückzuweisen;
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin gem. § 128 GWB für notwendig zu erklären und
5. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Sie vertritt die Auffassung,

dass die Hauptanträge der Antragstellerin wegen des wirksam erteilten Zuschlages gegenüber der Beigeladenen keinen Erfolg mehr haben könnten. Im Hinblick auf die antragstellerseitig vorgetragene Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung nach § 138 BGB werde bestritten, gegenüber der Antragstellerin zu irgendeinem Zeitpunkt eine Fehlinformation getätigt zu haben. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin lediglich mitgeteilt, dass eine Auftragsvergabe noch nicht erfolgt sei.

Ebenfalls vermöge die bloße Androhung der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht, eine Zuschlagserteilung als Sittenwidrigkeit erscheinen zu lassen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei die Beigeladene bei der Entgegennahme der Annahmeerklärung ordnungsgemäß vertreten worden. Die ..... GmbH ..... sei

das geschäftsführende Mitglied der Beigeladenen. Dies ergebe sich zunächst aus der Erklärung der Arbeitsgemeinschaft, in welcher es bei Unterzeichnung aller Beteiligten heißt: „Wir erklären, dass erstens das o. b. geschäftsführende Mitglied der Arbeitsgemeinschaftsmitglieder diese gegenüber dem Auftraggeber verbindlich vertritt.“ Die lückenlose Vertretung folge aus dem Eintrag des Herrn ..... als Geschäftsführer mit Alleinvertretungsbefugnis im Handelsregister HRB 1386.

Unabhängig davon fehle es an der Antragsbefugnis der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe erkennen lassen, dass ihr Interesse letztlich nicht darin bestand, in den Kreis der Bieter aufgenommen zu werden, sondern ausschließlich eine „finanzielle Kompensation“ von der Antragsgegnerin zu begehren.

Im Übrigen seien sowohl die Hauptanträge als auch der Hilfsantrag unbegründet, da sich das Verfahren bei näherer Prüfung als fehlerfrei herausstellen werde. Es sei zutreffend, dass die Antragsgegnerin zunächst die Geeignetheit von zwölf Bewerbern anhand der veröffentlichten Kriterien festgestellt habe. In den Vergabeunterlagen war bereits kenntlich gemacht, dass die Antragsgegnerin nur die Einholung von fünf Angeboten beabsichtige. Wollte man mit der Antragstellerin die Auffassung vertreten, wonach die Heranziehung weiterer objektiver Kriterien dann nicht mehr möglich sei, so wäre das Verfahren wegen einer zu großen Zahl geeigneter Bewerber aufzuheben gewesen. Tatsächlich habe die Antragsgegnerin ausweislich des Protokolls zur Besprechung vom 18.08.2005 objektive Kriterien angelegt, die auch der Bekanntmachung entsprächen. Sie sei dann im Rahmen des ihr zustehenden weiten Spielraumes zur Auswahl der fünf Bieter gelangt. In diesem Zusammenhang sei zugestanden, dass zunächst die Entscheidung nicht dokumentiert war. Diese Dokumentation sei unter Berücksichtigung der tatsächlich angelegten Kriterien jedenfalls nachgeholt worden. Ein Vergabebefehl liege daher nicht vor. Die Nachbesserung der Dokumentation sei zulässig. Dies sei zumindest für die Nachholung der Dokumentation im Nachprüfungsverfahren anerkannt. Zweck der Nachholung der Dokumentation sei es, ihr zu ermöglichen, inhaltliche Einwendungen gegen ihre Bewertung noch im Nachprüfungsverfahren vorzubringen. Außerdem führe eine fehlende Dokumentation und Transparenz nicht zwangsläufig zu einem zu Gunsten eines Antragstellers im Rahmen eines Kammerverfahrens wirkenden Rechtsverstoßes. Die Dokumentation sei nicht Selbstzweck, sondern habe eine dienende Funktion. Das Fehlen eines Vergabevermerkes sei beispielsweise für die materielle Rechtmäßigkeit einer Vergabeentscheidung ohne Bedeutung.

Der mit Schriftsatz vom 26.10.2005 gestellte Befangenheitsantrag gegen die hauptamtliche Beisitzerin ist mit Beschluss vom 16.11.2005 zurückgewiesen worden.

Die erkennende Kammer hat die Bietergemeinschaft ..... Architekten- und Ingenieurbüros mit Beschluss vom 12.12.2005 beigeladen.

Mit Beschluss vom 25.01.2005 ist der Antragstellerin Akteneinsicht in die Verfahrensakte des Antragsgegners gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen der Mitbewerber bzw. Informationen über diese enthalten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf die ausgetauschten Schriftsätze, das Protokoll der mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben ergänzend Bezug genommen.

## II.

Die Anträge auf Untersagung der Zuschlagserteilung sowie auf Wiederholung des Verhandlungsverfahrens ab der Auswahl der zur Verhandlung aufzufordernden Bewerber sind 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 Nachprüfungs- bzw. hilfsweise Feststellungsantrag werden im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Dienstleistungsauftrag i. S. von § 99 Abs. 1 und 4 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung - Generalplanung für die Sanierung des Dienstgebäudes ..... - handelt es sich um Planungsleistungen im Sinne von § 1 VOF Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme 200.000,- Euro überschreitet, sind die Bestimmungen der VOF anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I Abs. 2 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 22.01.2004 - 42-32570-17, MBI. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da die Antragsgegnerin ihren Sitz innerhalb der Grenzen der Stadt ..... hat.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht statthaft.

An der erforderlichen Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrages fehlt es hier, da der Zuschlag vor Zustellung der Aussetzungsverfügung der erkennenden Kammer am 24.10.2006, 8.55 Uhr durch Übergabe der schriftlichen Annahmeerklärung der Antragsgegnerin an den Vertreter der Beigeladenen bereits um 8.00 Uhr wirksam erteilt wurde. Gemäß § 114 Abs. 2 GWB kann ein bereits erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden.

Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, der Zuschlag sei aus unterschiedlichsten Gesichtspunkten nicht wirksam erteilt worden, vermag sie mit diesem Vortrag nicht zu überzeugen.

- a) Dies gilt insbesondere für die Behauptung der Antragstellerseite, der Vermerk des Vertreters der Beigeladenen auf der Annahmeerklärung der Antragsgegnerin sei inhaltlich falsch, da die Übergabe dieser Erklärung tatsächlich nicht vor Zustellung der Aussetzungsverfügung der Vergabekammer erfolgt sei. Derartige pauschale Behauptungen sind nicht geeignet, Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit des fraglichen Vermerkes zu begründen. Dies gilt um so mehr, als auf den Hinweis der erkennenden Kammer, die Behauptung möge durch einen weiteren Vortrag bzw. einen Beweisantritt untermauert werden, seitens der Antragstellerin nicht reagiert wurde.
- b) Nicht im tatsächlichen Vortrag unzureichend, sondern in der rechtlichen Bewertung fehlerhaft ist der Vortrag der Antragstellerseite, die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses folge aus dem Fehlen der gemäß § 35 Abs. 3 GmbHG erforderlichen Bezeichnung der durch die tatsächlich handelnde Person vertretenen Firma. Hier verkennt die Antragstellerin, dass der Zuschlag durch bloßen Zugang der Annahmeerklärung gegenüber dem Vertreter der Beigeladenen erfolgt. Zum wirksamen Vertragsschluss bedarf es keiner Bestätigung des Zuganges dieser Annahmeerklärung durch die Beigeladene. Dem Zugangsvermerk kommt demnach hier nur insoweit eine Funktion zu, als darin der Zeitpunkt des Zuganges schriftlich fixiert wurde. Die darin grundsätzlich liegende Beweiskraft wird nicht dadurch geschmälert, dass der die Annahmeerklärung Entgegennehmende den Zeitpunkt des Zuganges gegebenenfalls auch im Widerspruch zu § 35 Abs. 3 GmbHG dokumentierte.
- c) Soweit die Antragstellerin die Wirksamkeit des Vertragsschlusses durch den als zugestanden geltend könnenden Vortrag zu begründen sucht, alle Vertragspartner seien über die beabsichtigte Anrufung der Vergabekammer vor Zuschlagserteilung informiert worden, vermag die erkennende Kammer im Hinblick auf eine Nichtigkeit des Vertrags-



schlusses gemäß § 138 BGB keinen geeigneten Vortrag zu entdecken. Eine Nichtigkeit nach § 138 BGB wegen gemeinschaftlichen schädigenden Verhaltens der Vertragsparteien zu Lasten der Antragstellerin würde voraussetzen, dass es den Vertragsparteien beim Vertragsschluss gerade darauf ankommen würde, die Antragstellerin zu schädigen. Dafür fehlt hier jedoch jeder Anhaltspunkt. Die Antragstellerin handelte hier im Rahmen ihres ebenfalls geschützten Eigeninteresses auf Zuschlagserteilung als Grundvoraussetzung für den ausgeschriebenen und benötigten Leistungsbezug. Ebenso gehört es zum ureigenen Interesse der Beigeladene den Zuschlag selbst zu erhalten. Das ein Konkurrenzunternehmen den Zuschlag denkllogisch dann nicht ebenfalls erhalten kann, ist lediglich ein Abfallprodukt ihres von der Rechtsordnung legitimierten Strebens. Grundsätzlich sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass die Androhung eines Nachprüfungsverfahrens es weder dem Auftraggeber noch einem konkurrierenden Bieter unmöglich macht, den Zuschlag wirksam zu erteilen bzw. zu empfangen. § 115 Abs. 1 GWB bestimmt, dass das Zuschlagsverbot erst mit Zustellung des tatsächlich gestellten Nachprüfungsantrages entsteht. Anderenfalls könnte die bloße Androhung eines Kammerverfahrens den geplanten Vertragsschluss unmöglich machen, ohne dass die Interessen des Auftraggebers und des von diesem zur Zuschlagserteilung vorgesehenen Bieters im Rahmen eines tatsächlich angestrebten Kammerverfahrens gewahrt werden könnten. Die Rechtsauffassung der Antragstellerin steht damit im Widerspruch zur Grundentscheidung des Gesetzgebers, der neben dem Individualrecht auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen auch ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an einer zügigen Zuschlagserteilung gesichert sehen will.

- d) Der am 24.10.2005 erfolgte Zuschlag ist auch nicht deshalb nach § 138 BGB nichtig, wenn die Antragsgegnerin die mehrfachen Anfragen der Antragstellerin nach einer bereits erfolgten Absendung der die Zuschlagserteilung vorbereitenden Informationsschreiben nach § 13 VgV tatsächlich wahrheitswidrig beantwortet hätte. Zum einen setzt die Nichtigkeit in diesem Falle ein kollusives Handeln beider Vertragsparteien voraus. Ein solches ist hinsichtlich der Beigeladenen von der Antragstellerin noch nicht einmal vorgebracht und auch für die Kammer nicht erkennbar. Zum anderen wurde die Antragstellerin nach ihrem eigenen anwaltlichen Vortrag vom 26.10.2005 am 20.10.2005 durch die Antragsgegnerin darüber informiert, dass eine Zuschlagserteilung zum 24.10.2005 erfolgen solle. Die der Antragstellerin verbleibende Zeit war grundsätzlich nicht zu kurz bemessen, um noch rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag zu stellen, zumal die die Antragstellerin vertretende Kanzlei offensichtlich in das gesamte Vergabeverfahren involviert war. In diesem Zusammenhang war es für die Antragstellerseite erkennbar und vermeidbar, dass eine Zusendung des Nachprüfungsantrages per Fax am Freitag, den 21.10.2005 um 17.01 Uhr, die Gefahr einer Zustellung erst nach erfolgtem Zuschlag in sich bergen könnte. Dieser Umstand darf der Antragsgegnerin nicht als Folge eines eventuell pflichtwidrigen Verhaltens zugerechnet werden, sondern fällt ausschließlich in den Verantwortungsbereich der Antragstellerin.

Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist zulässig.

Die erkennende Kammer geht hier von einem Vorliegen der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB aus.

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 Bewertung ihrer Teilnahmeunterlagen in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass ihr Ausschluss aus dem weiteren Wettbewerb willkürlich sei und ihr dadurch die Möglichkeit genommen worden sei, ein Angebot abzugeben. Diesen Vortrag hält die erkennende Kammer an dieser Stelle für ausreichend.

Dem Erfordernis der rechtzeitigen Rüge wurde ebenfalls entsprochen.

Die Antragstellerin wurde mit Zugang des Schreibens der Antragsgegnerin vom 30.08.2005 am 19.09.2005 über ihre Nichtberücksichtigung im Auftragsverfahren in Kenntnis gesetzt. Bereits mit anwaltlichem Schriftsatz vom 21.09.2005 lies die Antragstellerin ihr Unverständnis gegenüber der Antragsgegnerin zum Ausdruck bringen. Die Rüge war somit als rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB zu bewerten.

Die Formerfordernisse des § 108 GWB wurden ebenfalls eingehalten.

Der Feststellungsantrag der Antragstellerin war jedoch als unbegründet zurückzuweisen. Die Antragstellerin ist durch die Verfahrensweise der Antragsgegnerin bei der Auswahl der zur Verhandlung aufzufordernden Bewerber in ihren Rechten als Teilnehmerin am Vergabeverfahren nicht verletzt worden. Vielmehr stand die Einbeziehung der Antragstellerin in die dritte Stufe der Auswertung der Teilnahmeunterlagen bereits im Widerspruch zu zwingenden Regelungen des Vergaberechtes und erfolgte damit zu Unrecht.

Bereits im Rahmen der Überprüfung der Vollständigkeit der Bewerbungsunterlagen hätte die Antragstellerin auf der Grundlage des durch die Antragsgegnerin bekannt gegebenen Anforderungsprofils aus dem weiteren Wettbewerb ausgeschlossen werden müssen, da die Teilnahmeunterlagen nicht dem für verbindlich erklärten Anforderungsprofil des § 13 Abs. 2 a-h VOF entsprechen.

Die Antragstellerin geht in ihrer Annahme fehl, wenn sie unterstellt, dass der Bezugnahme auf § 13 Abs. 2 a-h VOF in der Vergabebekanntmachung für sie keinerlei rechtliche Relevanz beikomme. Zunächst weist die Kammer darauf hin, dass es sich in diesem Falle eben nicht um eine lediglich pauschale Verweisung auf eine Regelungsmaterie handelt, die einer weiteren Spezifizierung bedurft hätte. Im Gegensatz zu der von der Antragstellerin zur Untermauerung ihres Vorbringens angeführten Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf auf der Grundlage des § 7a VOL/A sieht § 13 Abs. 2 VOF über die Entscheidung der Auftraggeberseite hinaus, ob man eines, mehrere oder gleich alle dort aufgeführten Alternativen zum Gegenstand des verbindlichen Anforderungsprofils machen möchte, keine weitere Entscheidung des Auftraggebers vor. Die Auftraggeberseite muss sich gerade nicht - wie bei § 7 a VOL/A - zwischen zwei oder mehreren Alternativen entscheiden, die sich inhaltlich ausschließen. Die Antragsgegnerin hat damit nicht nur die Freiheit der Ermessensausübung genutzt, sie hat auch ihrer Verpflichtung zur ausreichenden Ausübung ihres Ermessens hinreichend Rechnung getragen. Für die erkennende Kammer sind im Zusammenhang mit diesem bekannt gemachten Anforderungsprofil keinerlei Fragen offen geblieben. Dass dies auch für die Teilnehmer am Bewerbungsverfahren gelten würde, durfte die Antragsgegnerin mangels Rüge von dieser Seite zu Recht unterstellen.

Hinsichtlich der durch die Bezugnahme auf § 13 Abs. 2 a und b VOF geforderten Angaben und Nachweise herrscht in den Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin zum einen ein Mangel an Qualifikationsnachweisen bezüglich des für die Ausführung verantwortlichen Personals und zum anderen ein Mangel bezüglich der Referenzen für die Freiflächengestaltung sowie Aufzug- und Fördertechnik für die Leistungsphasen 1 – 9.

Ebenso verhält es sich hinsichtlich der durch die Bekanntmachung geforderten Zertifizierung nach DIN ISO 9001.

In der Dokumentation der Auswertung der Bewerberunterlagen findet sich ein Vermerk, dass die Antragstellerin im II. Quartal 2005 zertifiziert wurde. In den Unterlagen der Antragstellerin sind jedoch keinerlei Angaben ersichtlich, die diesen Rückschluss der Auftraggeberseite rechtfertigen könnten. Die Antragsgegnerin hat das Fehlen entsprechender Unterlagen offensichtlich nicht erkannt. Zum Nachweis/Erklärung zur Zertifizierung nach ISO 9001 findet sich in den Unterlagen der Antragstellerin lediglich der Hinweis, dass im II. Quartal 2005 eine Zertifizierung erfolgen solle. Ob bei einer in der nahen Zukunft bevorstehenden Zertifizierung eine Mitteilung über diesen Umstand und ein unverzügliches Nachschieben der entsprechenden Bescheinigung ausnahmsweise ausreichen kann, bedarf in diesem Fall keinerlei Entscheidung, da der angekündigte Zeitraum der Zertifizierung zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeunterlagen in der Mitte des III. Quartals 2005 bereits abgelaufen war. Hätte die

Zertifizierung bereits stattgefunden, so hätte die Antragstellerin diese beifügen müssen. Sollte die Zertifizierung nicht entsprechend der Ankündigung erfolgt sein, so können die Bewerberunterlagen ebenfalls nur als unvollständig bewertet werden.

Das beigefügte Schreiben einer Firma, die bestätigt, dass sie die Antragstellerin beim Aufbau des Qualitätsmanagementsystems unterstütze, ersetzt die geforderte Zertifizierung hier nicht.

Aus der Summe dieser Erwägungen folgt, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin demnach gar nicht in die weitere Bewertung hätte einbeziehen dürfen. In § 10 VOF ist für den öffentlichen Auftraggeber verbindlich geregelt, wie er das Auswahlverfahren durchzuführen hat. Gemäß § 10 VOF Abs. 1 VOF darf er nur die Bewerber in die Eignungsprüfung einbeziehen, die nicht aufgrund von § 11 VOF ausgeschlossen wurden und die die in den §§ 12 und 13 VOF genannten Anforderungen erfüllen. Dem kam die Antragsgegnerin nicht pflichtgemäß nach.

### III.

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

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin 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 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. In diesem Verfahren wird den Anträgen der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen, so dass sie die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich hier auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Kosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von ..... € (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von ..... € (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKostG LSA). Die Gebühren wurden anhand der für die Kammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt auf der Grundlage der geschätzten Auftragssumme (450.000,00 €) festgesetzt.

Unter Abzug des bereits geleisteten Vorschusses hat die Antragstellerin noch einen Betrag in Höhe von ..... € unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-076905-3 auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu zahlen.

### 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 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 bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unter-  
schrieben 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. Katzsch

gez. Dolge