



# SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

## 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt

### Beschluss

#### dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 4/10 vom 24.06.2010

AZ: 1 VK LVwA 63/09

Halle, 01.02.2010

§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB, § 5 VOL/A

§ 97 Abs. 7 GWB

- Rügeerfordernis

- Losaufteilung

Aufgrund von bestimmten Informationen kann sich Rückschluss auf ein vergaberechtswidriges Verhalten aufdrängen.

Die Einbeziehung eines Rechtsbeistandes kann die gesetzliche Pflicht zur Rüge nicht hinauszögern. Eine Verpflichtung zur Losaufteilung besteht dann ausnahmsweise nicht, wenn berechnigte Auftraggeberinteressen einer Aufteilung entgegenstehen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte

.....

gegen

das .....

.....

Antragsgegner

wegen

eines gerügten Vergabeverstoßes im Offenen Verfahren zur Vergabe von Postdienstleistungen (Los 1) 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 Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen, soweit sich die Antragstellerin gegen die auch auf Nachunternehmer erweiterte Pflicht zum Nachweis ihrer Eignung wendet. Darüber hinaus wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Der Antragsgegner schrieb die Vergabe von Postdienstleistungen im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) europaweit am 08.10.2009 aus. Entsprechend Punkt VII.3) der Veröffentlichung wurde eine Vertragslaufzeit vom 01.02.2010 bis zum 31.01.2011, mit der Option auf eine viermalige Verlängerungsmöglichkeit jeweils um ein weiteres Jahr, bekannt gegeben. Der Leistungsumfang umfasst den deutschlandweiten Versand von Briefen (Los 1) und Postzustellungsaufträgen (Los 2). Die Bewerber hatten die Möglichkeit, für ein Los oder mehrere Lose ein Angebot abzugeben. Der Termin für die Einreichung der Angebote war auf den 25.11.2009 festgelegt.

Ausweislich Punkt III.2.1) der Veröffentlichung sollte unter anderem bezüglich des Personalmanagements die berufliche Erfahrung und Ausbildung des Personals (einschlägige Berufs- und Studienabschlüsse) aufgeführt werden.

Bei einem eventuellen Einsatz von Nachunternehmern forderte der Antragsgegner, diese mit Vorlage des Angebotes zu benennen. Außerdem musste pro Unterauftragnehmer jeweils eine Erklärung des Bieters über die Verpflichtung eines Subunternehmers sowie eine Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers vorgelegt werden.

Weiterhin muss der Bieter nach Punkt III.2.3) über ein ausgewogenes Verteilernetz verfügen und die Zustellung an alle Orte deutschlandweit garantieren.

Entsprechend Punkt 4 des Aufforderungsschreibens zur Angebotsabgabe mussten unter anderem Eignungsnachweise nach § 7 a Nr. 3 Abs. 1b), 2a) bis 2c) und 2g) VOL/A mit dem Angebot vorgelegt werden.

Ausweislich Punkt 1.2 dieses Schreibens wurden andere etwaige Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht zugelassen. Dazu heißt es:

„Soweit ein Angebot auf der Grundlage eigener Geschäftsbedingungen abgegeben wird, ist dieses aus Gründen der Chancengleichheit von der Wertung ausgeschlossen.“

Die beiliegende Bewerbererklärung war sowohl von den Bietern als auch von den Nachunternehmern abzugeben. Gegebenenfalls musste das Verzeichnis über Nachunternehmerleistungen ausgefüllt werden.

Eine Grundforderung der Leistungsbeschreibung an alle Bieter (siehe Seite 1) war unter anderem, die Postdienstleistungen erfolgreich zu erbringen, ordnungsgemäß durchzuführen und alle postrechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Gegenstand des zu den Verdingungsunterlagen gehörenden Vertragsentwurfes ist der Versand von Briefen deutschlandweit.

Aus dem Vergabevermerk des Antragsgegners geht hervor, dass das hier streitbefangene Los 1 bewusst nicht in verschiedene Zustellgebiete aufgeteilt worden ist. Eine Aufteilung habe sich in der Vergangenheit nicht bewährt, da diese für den Antragsgegner mit einem

erheblichen Mehraufwand hinsichtlich der Postsortierung und der Kontrolle der vorgelegten Abrechnungen verbunden gewesen sei.

Nach Durchsicht der am 14.10.2009 erhaltenen Verdingungsunterlagen bat die Antragstellerin mit Schreiben vom 19.10.2009 unter anderem um Mitteilung, welchen Inhalt die gemäß Verdingungsunterlagen geforderte Bankerklärung i. S. d. § 7a Nr. 3 Abs. 1b) VOL/A haben solle. Auch sei der Antragstellerin nicht klar, für welche Personen Studiennachweise und berufliche Bescheinigungen i. S. d. § 7a Nr. 3 Abs. 2g) VOL/A vorzulegen seien. Schließlich wäre für den Beruf des Postzustellers weder ein Studium noch eine Lehre Voraussetzung. Im Übrigen sei jedes Unternehmen bei einer geforderten bundesweiten Zustellung von Postsendungen zum Teil auch auf die Leistungen der ..... (im Folgenden: ..... ) angewiesen. Die Antragstellerin werde dann als „Beförderungsmittler“ tätig und die ..... befördere die Postsendungen im Auftrag des Absenders entsprechend ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen – hier: BRIEF NATIONAL. Daher sei die ..... nicht als Nachunternehmer im Sinne des § 10 Nr. 1 VOL/A anzusehen. Aus diesem Grund bat die Antragstellerin um Bestätigung des Antragsgegners, die ..... nicht im beiliegenden Nachunternehmerverzeichnis erfassen zu müssen.

Mit Schreiben vom 26.10.2009, welches am 28.10.2009 bei der Antragstellerin einging, informierte der Antragsgegner unter anderem die Bewerber darüber, dass die unter Punkt 4 der Angebotsaufforderung genannten Eignungsnachweise bis spätestens 16.12.2009, 13.00 Uhr, auch für alle Nachunternehmer vorzulegen seien.

Am 02.11.2009 bat die Antragstellerin den Antragsgegner erneut um Beantwortung der nicht geklärten Anfragen bezüglich der Bankerklärung, der Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung der Mitarbeiter sowie über die Erforderlichkeit der Benennung der ..... im Nachunternehmerverzeichnis.

Mittels Schreiben vom 06.11.2009 rügte die Antragstellerin vorab per Fax die Vorgabe aus dem Schreiben des Antragsgegners vom 26.10.2009, nunmehr sämtliche Eignungsnachweise auch für alle Nachunternehmer einreichen zu müssen. Schließlich habe der Auftraggeber alle geforderten Eignungsnachweise bereits in der Bekanntmachung zu benennen. Dem Auftraggeber sei es nicht gestattet, in den Verdingungsunterlagen weder zusätzliche noch neue Eignungsnachweise abzufordern.

Die Antragstellerin erhielt am 09.11.2009 ein auf den 04.11.2009 datiertes weiteres Schreiben der Antragsgegnerseite. Darin gab der Antragsgegner vor, dass eine aktuelle Bankerklärung oder ein aktueller Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung für die finanzielle Deckung von Schäden bei der Leistungserbringung vorzulegen sei. Weiterhin sei auszuführen, welche Abschlüsse und beruflichen Qualifikationen die Mitarbeiter des Unternehmens haben. Damit könne der Auftraggeber überprüfen, ob die beteiligten Personen Kenner der Materie seien oder vergleichbare Leistungen bereits erbracht hätten. Falls ein Universalanbieter als Nachunternehmer fungiere und im Auftrag des Auftragnehmers tätig werde, müsse auch dessen Eignung nachgewiesen werden. Sofern Leistungen entsprechend § 51 Abs. 1 Nr. 5 des Postgesetzes als Konsolidierer angeboten würden, seien diese nicht Gegenstand des Vergabeverfahrens.

Gegenüber der Antragstellerin erklärte der Antragsgegner mittels Schreiben vom 09.11.2009, ihrer Rüge vom 06.11.2009 nicht abhelfen zu wollen. Er habe in seiner Mitteilung vom 26.10.2009 lediglich darauf hinweisen wollen, dass die in der Bekanntmachung benannten Nachweise nicht nur für die Eignungsprüfung der Bieter, sondern auch für alle Nachunternehmer erforderlich seien. Hierdurch würden keine zusätzlichen oder neuen Anforderungen begründet. Schließlich habe er unter Einbeziehung der Entscheidung des BGH, Az. X ZR 78/07 vom 10.06.2008, eine diesbezügliche Vorlagefrist bis zum 16.12.2009 eingeräumt.

Die Antragstellerin rügte mit Fax-Schreiben vom 12.11.2009 die Nichtbeantwortung ihrer Fragen bezüglich der Bankerklärung und der Berufs- und Studiennachweise der Mitarbeiter. Darüber hinaus sei es Wettbewerbsunternehmen verwehrt, die ..... in die Erbringung der Leistung einzubeziehen. Dies verstoße gegen das Transparenz- und Diskriminierungsverbot

gemäß §§ 97 Abs. 1 GWB und 2 Nr. 2 VOL/A. Im Übrigen sei ihr immer noch nicht bekannt, wie mit dem Einsatz der ..... bei der bundesweiten Zustellung zu verfahren sei.

Anschließend reichte die Antragstellerin am selben Tag einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein, der sich gegen das Los 1 richtet. Der Nachprüfungsantrag wurde dem Antragsgegner am 13.11.2009 zugestellt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Bieter, entsprechend der Bekanntmachung, lediglich ihre Nachunternehmer mit der Vorlage ihres Angebotes zu benennen hätten. Weiterhin müsse der Bieter für jeden Nachunternehmer eine Erklärung über dessen Verpflichtung sowie eine Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers selbst vorlegen. Diese Forderungen stünden im Einklang mit dem vorzulegenden Nachunternehmerverzeichnis aus den Verdingungsunterlagen. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung sei mit den Grundsätzen des Vergaberechtes nicht in Einklang zu bringen. Unzulässig, da inhaltlich von der Bekanntmachung sowie den Verdingungsunterlagen abweichend, sei daher die Vorgabe aus dem Schreiben vom 26.10.2009, nunmehr die in Punkt 4 der Angebotsaufforderung aufgeführten Eignungsnachweise auch für alle Nachunternehmer vorlegen zu müssen. Der Antragsgegner verstoße damit gegen § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A. Dies habe die Antragstellerin auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB am 06.11.2009 gerügt. Eine Pflicht zu einem vorherigen Tätigwerden habe nicht bestanden. Zwar sei das Schreiben der Antragsgegnerseite bereits am 28.10.2009 der Antragstellerin zugegangen, diese habe das Schriftstück aber erst am 29.10.2009 an die auch in diesem Verfahren mit der Wahrnehmung ihrer rechtlichen Vertretung beauftragte Kanzlei übermittelt. Die Vielfältigkeit der im Laufe des Vergabeverfahrens gestellten Anfragen habe die Einordnung des fraglichen Schreibens erschwert. Letztlich habe man sich nach Absprache mit der Mandantin unter Nutzung einer angemessenen Überlegensfrist entschieden, eine entsprechende Rüge gegenüber der Auftraggeberseite am 06.11.2009 fristgerecht auszusprechen.

Ungeachtet dessen sei es im Übrigen nicht möglich, an dem vorliegenden Vergabeverfahren erfolgreich teilzunehmen, sofern der Antragsgegner auf die Vorlage der Nachunternehmererklärung auch durch die ..... weiterhin bestehe. Die ..... stelle die Sendungen nach ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu und erbringe demzufolge die Postdienstleistung ausschließlich für den Absender. Die Antragstellerin fungiere in diesen Fällen lediglich als Bote und nicht als Vertragspartner der ..... Schließlich arbeite die Antragstellerin mit 36 weiteren privaten Zustellunternehmen und decke dadurch 60% des gesamten Bundesgebietes ab. Eine flächendeckende Zustellung könne daher letztlich nur mit Hilfe der ..... gewährleistet werden. Auch könne kein Mitbewerber die ausgeschriebene Dienstleistung flächendeckend erbringen, ohne auf die Leistungen der ..... zurückzugreifen. Die Forderung, ebenfalls von der ..... eine Nachunternehmererklärung bei einer bundesweiten Postdienstleistung vorlegen zu müssen, stelle deshalb einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bzw. das Gleichbehandlungsgebot gemäß §§ 97 Abs. 2 GWB und 2 Nr. 2 VOL/A dar. Daher verstoße auch das vom Antragsgegner mit Schreiben vom 09.12.2009 vorgebrachte Anforderungsprofil, es werde nur ein Unternehmen gesucht, welches die ausgeschriebene Leistung in eigener Verantwortung durchführen könne, gegen die Verpflichtung zur Losaufteilung entsprechend § 97 Abs. 3 S. 1 GWB. Sofern der Antragsgegner lediglich nur ein Unternehmen beauftragen wolle, das nur mit eigenen Ressourcen die Leistung erbringe, wäre das Vergabeverfahren generell entbehrlich. Schließlich sei dazu zurzeit nur die ..... in der Lage. Im Übrigen finde diese Haltung keine Rechtfertigung in der auftraggeberseitig erstellten Leistungsbeschreibung. Schließlich habe der Antragsgegner in diesem Zusammenhang auch die Vorgaben des § 8 Nr. Abs. 1 VOL/A pflichtwidrig unberücksichtigt gelassen. Ihm sei es danach verwehrt, durch die Abforderung einer Nachunternehmererklärung auch von der ..... gegenüber der Antragstellerin marktunübliche Anforderungen zu stellen.

Weiterhin sei die Mitteilung des Antragsgegners, die Bankerklärung müsse die finanzielle Deckung von Schäden bei der Leistungserbringung beinhalten, nicht ausreichend transparent und diskriminiere wegen des völlig unklaren Erklärungsinhaltes das Unternehmen der Antragstellerin. Gleiches beträfe auch die mangelhaften Erläuterungen bezüglich der Nach-

weise nach § 7 a Nr. 3 Abs. 2g) VOL/A über die berufliche Befähigung der für die Leistungserbringung vorgesehenen Personen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren „Deutschlandweiter Versand von Briefen“ (Vergabenummer ....., Los 1) gemäß der Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ..... in den Stand vor Übersendung der Ausschreibungsunterlagen zurückzusetzen und im Falle der fortbestehenden Beschaffungsabsicht die Ausschreibungsunterlagen entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer und unter Berücksichtigung ihrer Betriebsmitteilung vom 26.10.2009 einheitlich für alle Bieter zu überarbeiten,
2. dem Antragsgegner aufzuerlegen, die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen sowie
3. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren für die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag auf Vergabenachprüfung abzulehnen.

Er vertritt die Ansicht,

dass der Antrag bereits unzulässig sei, da die Antragstellerin ausweislich ihrer Darlegungen kein Interesse an der Erbringung der Gesamtleistung habe. Es fehle ihr daher bereits an der Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 GWG.

Dessen ungeachtet sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet.

So bestehe keine Diskrepanz zwischen der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen und der Mitteilung, sämtliche Eignungsnachweise auch für alle Nachunternehmer vorlegen zu müssen. Eine Differenzierung zwischen Bieter und Nachunternehmer sei bewusst weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen erfolgt, da sich die Eignungsprüfung auf alle beteiligte Unternehmen zu erstrecken habe. Mittels Schreiben vom 26.10.2009 seien darüber hinaus keine über die Bekanntmachung reichenden Eignungsnachweise verlangt worden, so dass von einer inhaltlichen Diskrepanz in keiner Hinsicht die Rede sein könne.

Des Weiteren wäre den Bietern bereits mit der Bekanntmachung die Anforderung einer deutschlandweiten Garantie der Zustellung von Postsendungen transparent gemacht worden. Die Antragstellerin erkläre jedoch, lediglich 60% des gesamten Bundesgebietes abdecken zu können und nur durch die Übergabe von Teilsendungen an die ..... eine deutschlandweite Zustellung zu gewährleisten. Eine eigene vertragliche Beziehung mit der ..... bestünde hierbei nicht. Dadurch erfülle sie nicht die Voraussetzungen der ausgeschriebenen Leistung. Die Leistungsbeschreibung sehe vor, dass die Bieter die bundesweite Zustellung in eigener Verantwortung erbrächten. Daher entsprächen auch Angebote, welche eine Konsolidierung gem. § 51 Abs. 1 Nr. 5 Postgesetz vorsähen, ebenfalls nicht diesen Vorgaben und seien daher auszuschließen. Hierbei würden die Bieter lediglich die Briefsendungen im Auftrag des Absenders bei diesem abholen und bei einer Annahmestelle der ..... einliefern. Ungeachtet dessen ließen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ..... entsprechend Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 die Möglichkeit zu, anderslautende Vertragsbedingungen schriftlich zu vereinbaren. Es sei daher für den Auftraggeber nicht nachvollziehbar, dass die ..... für Wettbewerber grundsätzlich nicht als Nachunternehmer tätig werden würde und es deshalb ausgeschlossen sei, eine Nachunternehmererklärung von der ..... zu erhalten. Zudem habe sich die ..... ebenfalls in diesem Vergabeverfahren beworben. Soweit die ..... ein Angebot vorlege, könne damit die Eignungsprüfung anhand der vorgelegten Nachweise erfolgen.

Eine grundsätzliche Zusage der Geeignetheit des Universalanbieters ..... könne jedoch aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter nicht von vornherein unterstellt werden. Zudem würden fehlende Eignungsnachweise nicht automatisch zum Ausschluss des Angebotes führen. Das Fehlen von Eignungsnachweisen würde lediglich die Eignungsprüfung des Auftraggebers erschweren.

Schließlich habe der Antragsgegner die Fragen aus dem Schreiben der Antragstellerin vom 19.10.2009 in seinem Schreiben vom 04.11.2009 vollumfänglich beantwortet. Ein Informationsdefizit bestehe also nicht.

Die erkennende Kammer hat mittels Schreiben vom 21.01.2010 gegenüber den Beteiligten ihre Absicht zur Entscheidung im schriftlichen verfahren mitgeteilt. Dabei ist sie von der Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages ausgegangen.

## II.

1. Soweit sich die Antragstellerin gegen die auch auf Nachunternehmen erweiterte Pflicht zum Nachweis ihrer Eignung wendet, ist der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig.

1.1. Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Az.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Az.: 42-32570/03.

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

1.2. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

1.3. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist die Antragstellerin 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 eine nachträgliche Veränderung des auftraggeberseitigen Anforderungsprofils an die abzugebenden Angebote keine Aussicht auf eine Zuschlagserteilung zu haben. Darüber hinaus hält sie die Auffassung des Antragsgegners zu den Möglichkeiten der Einbeziehung der ..... für wettbewerbsfeindlich. In diesem Zusammenhang wird zudem die fehlende Aufteilung in regionale Lose ebenso bemängelt, wie das unnötige Stellen ungewöhnlicher Anforderungen im Sinne des § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

1.4. Die Antragstellerin ist vorliegend mit ihrem Vorbringen, der Antragsgegner habe in seinem Schreiben vom 26.10.2009 in Abweichung zum Inhalt der Bekanntmachung und damit in vergaberechtswidriger Art und Weise eine Verpflichtung zur Vorlage von Eignungsnachweisen auch auf Nachunternehmen erweitert, gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert.

Zwischen den Beteiligten besteht über die grundsätzliche Einschlägigkeit der zuvor zitierten Regelung zu Recht offenbar Einvernehmen. Eine Anwendbarkeit des eine Frist zur Rüge bis zur Abgabe der Angebote einräumenden § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB scheidet hier aus, da dieser eine Höchstfrist beschreibt. Erkennt der Rügende den vermeint-

lichen Vergabeverstoß bzw. hat er sich dieser Erkenntnis schuldhaft verschlossen, so gilt auch bei Verstößen, die aus den Verdingungsunterlagen erkennbar sind, die allgemeine Verpflichtung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB zum unverzüglichen Handeln gegenüber der Auftraggeberseite. So verhält es sich hier.

Ausweislich Ziffer 1 des als Anlage 5 dem Nachprüfungsantrag beigefügten Schreibens des Antragsgegners vom 26.10.2009 sind die Eignungsnachweise nach Nr. 4 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes auch für alle Nachunternehmer vorzulegen. Obwohl dieses Schreiben der Antragstellerin nachweislich bereits am 28.10.2009 zugegangen, rügte diese die nunmehr streitbefangene auftraggeberseitige Feststellung erst mittels Schreiben vom 06.11.2009 als vergaberechtswidrig. Die im Schreiben vom 26.10.2009 enthaltenen Äußerungen des Antragsgegners sind unmissverständlich. Daher ist hier die Kenntnis des auftraggeberseitig nunmehr für relevant erachteten Anforderungsprofils an die Dokumentation der Eignung ausnahmsweise mit der Kenntnis von der vermeintlichen Rechtswidrigkeit dieser erweiterten Anforderungen gleichzusetzen. Die Kammer stützt sich bei dieser Feststellung auf Ziffer I. 4. des Schreibens der Antragstellerin vom 19.10.2009 an den Antragsgegner. Aus diesem folgt, dass die bis zu diesem Zeitpunkt im Falle eines geplanten Nachunternehmereinsatzes an die Bieter gestellte Anforderung zur Vorlage eines Nachunternehmerverzeichnis der Antragstellerin wohl bekannt war. Die Antragstellerin hat damit dokumentiert, dass sie sich intensiv mit den Details der entsprechenden Vorgaben des Antragsgegners befasst hatte. Es kann daher unterstellt werden, dass sich die Kenntnis auf das gesamte durch die Bekanntmachung transparent gemachte Anforderungsprofil an einen Nachunternehmereinsatz erstreckte. Somit wusste die Antragstellerin mit Eingang des Schreibens vom 26.10.2009 auch um die davon abweichende Ausweitung der Vorlagepflicht von Eignungsnachweisen auf Nachunternehmer. Aus Kammeransicht musste sich der Antragstellerin aufgrund dieser Information der Rückschluss auf ein vergaberechtswidriges Verhalten der Auftraggeberseite geradezu aufdrängen. Einer Konsultation eines Anwaltes hätte es in diesem Zusammenhang sicherlich nicht bedurft. Selbstverständlich blieb der Antragstellerin die Einbeziehung anwaltlichen Rates unbenommen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass sich die sie treffende gesetzliche Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge gegenüber der Auftraggeberseite hinauszögert. Die Darlegungen des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin zum Postlauf innerhalb seiner Kanzlei sind daher ebenso als unerheblich zu bezeichnen, wie das vorgetragene Abstimmungserfordernis zwischen Anwalt und Mandantin. Die entsprechenden Ausführungen müssen folglich unberücksichtigt bleiben.

Aufgrund des Zugangs des hier maßgeblichen Schreibens des Antragsgegners bei der Antragstellerin am 28.10.2009 wurde die Rügefrist somit zum 29.10.2009 in Gang gesetzt. Der Verpflichtung zur Unverzüglichkeit des Rügevorbbringens wurde jedoch seitens der Antragstellerin durch ihr Untätigbleiben über einen Zeitraum von 8 Tagen nicht hinreichend genügt. Das Verhalten der Antragstellerin entspricht diesbezüglich nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers von einem Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Der entsprechende Vortrag hat demnach als verfristet zu gelten.

Hinsichtlich des übrigen Vorbringens hat die erkennende Kammer keine Zweifel an der Rechtzeitigkeit des jeweiligen Rügevortrages gegenüber dem Antragsgegner.

- 1.5. Den Anforderungen gemäß § 108 GWB an die Form des Vortrages wird der Nachprüfungsantrag gerecht.
2. Der ansonsten zulässige Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.
  - 2.1. Die Antragstellerin ist durch das seitens des Antragsgegners für verbindlich erachtete Anforderungsprofil einer Leistungserbringung durch den jeweiligen Bieter nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.
    - a) In diesem Zusammenhang irrt die Antragstellerin bereits, soweit sie die rechtliche Verbindlichkeit der Forderung nach einer Leistungserbringung durch den jeweiligen Bieter in Frage stellt. Die erkennende Kammer weist ausdrücklich darauf hin, dass die Leis-

tungserbringung durch ein sich am Wettbewerb beteiligendes Unternehmen grundsätzlich zum selbstverständlichen Bestandteil einer jeden Leistungsbeschaffung gehört. Unter bestimmten Voraussetzungen kann es ebenso selbstverständlich einem Auftraggeber offenstehen, ein Abweichen von diesem Grundsatz zuzulassen. Dies muss aus Kammersicht seitens des Auftraggebers unmissverständlich transparent gemacht werden. Hier hat der Antragsgegner bereits unter Ziffer III. 2.3) der Bekanntmachung festgelegt, dass der Bieter über ein ausgewogenes Verteilernetz verfügen und die Zustellung an alle Orte deutschlandweit garantieren muss. Darüber hinaus findet sich auf Seite 1 der Leistungsbeschreibung u. a. die Grundforderung gegenüber jedem Bieter, die Postdienstleistung erfolgreich zu erbringen. Vorliegend hat der Antragsgegner daher auf das Erfordernis der Leistungserbringung durch den jeweiligen Bieter zum einen nicht verzichtet und zum anderen noch zusätzlich auf dessen Verbindlichkeit hingewiesen. Es steht aus Kammersicht daher völlig außer Zweifel, dass die ausgeschriebene Leistung nur von dem Wettbewerber anforderungsgemäß erbracht werden kann, dem die Leistungserbringung rechtlich zuzurechnen ist. Dies kann aber kein Wettbewerber sein, welcher die Postsendung auf der Grundlage der allgemeinen Geschäftsbedingungen der ..... diesem Unternehmen zur eigenverantwortlichen Beförderung übergibt. Denn bei derartigen Fallkonstellationen kommt tatsächlich ausweislich der allgemeinen Geschäftsbedingungen der ..... kein Vertragsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der ..... zustande. Vielmehr sähe sich der Antragsgegner neben der Antragstellerin einem weiteren Vertragspartner, hier der ....., gegenüber. Dies ist jedoch seitens des Antragsgegners ausdrücklich nicht gewollt.

- b) Die Antragstellerin irrt abermals, soweit das Erfordernis einer jedem Bieter rechtlich zuzurechnenden vollständigen Leistungserbringung nicht mit dem Grundsatz des freien Wettbewerbs in Einklang zu bringen sei. Aus Sicht der erkennenden Kammer hat der Antragsgegner den zuvor zitierten vergaberechtlichen Gesichtspunkten ausreichend Rechnung getragen. Die Kammer stützt sich dabei auf die grundsätzliche Möglichkeit des flächendeckenden Zusammenschlusses zu Bietergemeinschaften bzw. zu ebenso flächendeckenden Hauptunternehmer-/Nachunternehmerkonstellationen. Bereits diese Möglichkeit muss ausreichen, um hier von einem Vergabeverfahren unter Wettbewerbsbedingungen zu sprechen. Angesichts der Vielzahl der sich unstrittig bereits am Markt befindlichen Anbietern trifft die Auftraggeberseite hier keine Verantwortung für unternehmerische Entscheidungen möglicher Bieter, keine Kooperation einzugehen oder bestimmte Regionen nicht selbst zu bedienen.
- c) Auch die Bezugnahme der Antragstellerin auf das Gebot der Mittelstandsförderung und das grundsätzliche Erfordernis der Losaufteilung nach § 5 VOL/A kann hier nicht zur Feststellung einer Rechtsverletzung führen. Eine Verpflichtung zur Losaufteilung besteht ausnahmsweise dann nicht, wenn berechnete Auftraggeberinteressen einer Aufteilung entgegenstehen. Vorliegend ist dieser Ausnahmefall im Hinblick auf eine Aufteilung in Regionallose gegeben. Der in den Vergabeunterlagen enthaltene Vergabevermerk weist unter Ziffer 1 aus, dass eine Aufteilung in Regionallose bewusst unterlassen worden ist, da sich dies in der Vergangenheit nicht bewährt habe. Die Sortierung der Post sowie die Kontrolle der Rechnungslegung der verschiedenen Anbieter hätten in der Vergangenheit einen erheblichen und nunmehr nicht mehr leistbaren Mehraufwand für den Antragsgegner bedingt. Der Antragsgegner hat somit sein Ermessen ausgeübt. Seine Ausführungen sind nachvollziehbar und stehen daher aus Kammersicht einer Verpflichtung zur Aufteilung in verschiedene Regionallose entgegen. Anzeichen für einen Ermessensmissbrauch bestehen zudem auch gerade im Hinblick auf die antragsgegnerseitig durchgeführte Zweiteilung in Postsendungen (Los 1) und Postzustellungsurkunden (Los 2) nicht.
- d) Von einer ungewöhnlichen Anforderung an die Leistungserbringung im Sinne des § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A kann angesichts der obigen Darlegungen folglich ebenso keine Rede sein.

2.2. Die Antragstellerin ist auch nicht durch Unklarheiten zum Anforderungsprofil des Antragsgegners in Bezug auf dessen Erwartungen hinsichtlich der zu § 7a Nr. 3 Abs. 1b), Nr. 3 Abs. 2g) VOL/A zu erfüllenden Vorlagepflichten in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

- a) Der Antragsgegner hat die von der Antragstellerin unter I.2. in ihrem Schreiben vom 19.10.2009 formulierte Anfrage nach dem auftraggeberseitig erwarteten Inhalt der vorzulegenden Bankerklärung i. S. d. § 7a Nr. 3 Abs. 1b) VOL/A, nach nochmaliger Erinnerung durch die Antragstellerin, schließlich mit Schreiben vom 04.11.2009 beantwortet. Aus dem Antwortschreiben ist aus Kammersicht eindeutig zu entnehmen, dass die Bankerklärung dazu dienen sollte, die tatsächliche Durchsetzbarkeit berechtigter Interessen der Auftraggeberseite im Schadensfall gegen den jeweiligen Bieter zu sichern. Die Erläuterung lässt keinerlei inhaltliche Fragen mehr offen, so dass der Antragsgegner seiner Verpflichtung zur unmissverständlichen Formulierung seines Anforderungsprofils ausreichend nachgekommen ist. Von einer den Wettbewerb einschränkenden Diskriminierung der Antragstellerin durch Vorenthaltung notwendiger Informationen kann daher keine Rede sein. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die bereits durch den Verordnungstext (§ 7a Nr. 3 Abs. 1b) VOL/A) vorgenommene Gleichsetzung von Bankerklärung und dem Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherungsdeckung den Sinn und damit auch den erwarteten Erklärungsinhalt einer entsprechenden Bankerklärung hinreichend deutlich machen dürfte. Ein darüber hinausgehendes berechtigtes Informationsbedürfnis der Antragstellerin hat aus Kammersicht diesbezüglich auch vor dem 04.11.2009 nicht bestanden.
- b) Anders verhält es sich hinsichtlich der Bezugnahme des Antragsgegners auf die Regelung des § 7a Nr. 3 Abs. 2g) VOL/A, da die durch den zukünftigen Vertragspartner geschuldete Leistung tatsächlich wohl keiner entsprechenden Ausbildung bedarf. Aufgrund dieser Besonderheit bestand seitens der Antragstellerin hier ein Bedürfnis nach Aufklärung über die auftraggeberseitig bestehende Erwartungshaltung. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist der Antragsgegner diesem Bedürfnis nach Information aber mit seinem Schreiben vom 04.11.2009 in hinreichender Art und Weise nachgekommen. Aus diesem Schreiben folgt, dass der Antragsgegner Informationen über die im Unternehmen vorhandenen Abschlüsse und beruflichen Qualifikationen wünscht, um daraus Rückschlüsse auf Erfahrungswerte von gegebenenfalls mit der eigentlichen Leistungserbringung zukünftig zu betrauender Personen ziehen zu können. Auch diese Erläuterung lässt aus Kammersicht keine Fragen mehr offen, so dass ein ungestilltes berechtigtes Informationsbedürfnis der Antragstellerin mit Zugang des Schreibens des Antragsgegners vom 04.11.2009 verneint werden muss. Eine Verletzung von Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB ist folglich auch hier nicht gegeben.

An dieser Stelle sei der erkennenden Kammer der Hinweis erlaubt, dass selbst bei positiver Feststellung eines Informationsdefizits ein Verstoß gegen § 97 Abs. 7 GWB aufgrund des Verhaltens der Antragstellerin bei der Angebotserstellung ausgeschlossen wäre. Zwar läge in diesem Fall ein Verstoß gegen bindende Bestimmungen des Vergaberechtes vor, die Ursächlichkeit für einen möglichen Schadenseintritt im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB müsste jedoch verneint werden. Die zwischenzeitlich durch den Antragsgegner erfolgte Angebotseröffnung und die erfolgte Einsicht in das Angebot der Antragstellerin lässt den Rückschluss auf eine unzulässige Änderung der vorgegebenen Verdingungsunterlagen durch die Art und Weise der antragstellerseitig erfolgten Einbeziehung der ..... in die angebotene Leistungserbringung zu. Ein derartiges Verhalten zieht zwingend den Ausschluss des abgegebenen Angebotes nach sich. In diesem Zusammenhang verweist die erkennende Kammer auf den Beschluss des OLG Naumburg 1 Verg 2/09 vom 10.03.2009, ausweislich dessen bei Verdingungsunterlagen, die konkrete Vertragsbedingungen zwingend und ausnahmslos vorgeben, die beabsichtigte Inanspruchnahme von Leistungen der ..... nach deren allgemeinen

Postbeförderungsbedingungen eine inhaltliche Abweichung darstellt. Dies wäre hier entsprechend den obigen Feststellungen zum Erfordernis der dem jeweiligen Bieter zuzurechnenden Leistungserbringung der Fall. Zudem sind ausweislich Punkt 1.2 des Angebotschreibens andere etwaige allgemeine Geschäftsbedingungen nicht zugelassen. Dort heißt es ausdrücklich: „Soweit ein Angebot auf der Grundlage eigener Geschäftsbedingungen abgegeben wird, ist dieses aus Gründen der Chancengleichheit von der Wertung ausgeschlossen“.

### III.

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

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. Sie unterliegt daher, 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 durch den Antragsgegner geschätzten mittleren Auftragswertes für Los 1 von ..... Euro für ein Jahr unter Einbeziehung der Möglichkeit einer viermaligen Verlängerungsoption für jeweils ein weiteres Jahr ..... 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 hinzu.

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 Kassenzzeichens **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 Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer ange-

fochten 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.

Thomas

Pönitz

Foerster