



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

**AZ: 1 VK LVwA 65/09**

**Halle, 19.04.2010**

§§ 21, 25 VOB/A  
- formelle Unvollständigkeit  
- gleichwertiger Mangel

In dem Nachprüfungsverfahren der

Bietergemeinschaft

.....GmbH  
.....

..... AG  
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
Rechtsanwälte  
.....

gegen

die .....  
.....

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

unter Beiladung der

Bietergemeinschaft

.....

Beigeladene zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte

.....

und

.....mbH

.....

Beigeladene zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte

.....

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Verhandlungsverfahren zur Maßnahme Ersatzneubau des Fußballstadions der Stadt ..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 01.04.2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1).
3. Die Hinzuziehung der anwaltlichen Bevollmächtigten der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 1) werden für notwendig erklärt.
4. Die Kosten werden auf ..... Euro festgesetzt.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 23.05.2009 schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) den Ersatzneubau des Kurt-Wabbel-Fußballstadions der Stadt ..... aus. In dieser gab die Antragsgegnerin unter Abschnitt III.2) die Teilnahmebedingungen, unterteilt in die Unterabschnitte III.2.1) bis III.2.3), bekannt.

Allen Unterabschnitten III.2.1) bis III.2.3) ist die jeweilige Forderung der Verwendung von Formblättern zur Strukturierung u. a. der Teilnahmeanträge gemein. Diese Formblätter werden zum zwingenden Bestandteil der Teilnahmeanträge und müssen daher ebenso zwingende Verwendung finden.

Unter III.2.1) sowie III.2.2) wird jeweils auf die Möglichkeit einer alternativen Vorlage eines Auszuges aus der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. als Nachweis gem. § 8 Abs. 2 VOB/A verwiesen.

Ausschließlich unter III.2.1) findet sich der Hinweis, dass die Eignung - sofern nicht nachfolgend anders angegeben - für jeden Bieter und für jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft gesondert nachzuweisen ist. So müssen die geforderten Referenzen bei Bietergemeinschaften nicht von jedem Unternehmen gesondert vorgelegt werden. Vielmehr muss nur die Bietergemeinschaft insgesamt über die geforderten Referenzen verfügen. Diesbezüglich wird in den Informationen zum Vergabeverfahren sowie der Musteraufstellung des Teilnahmeantrages unter II. „Form der Teilnahmeanträge“ u. a. darauf verwiesen, dass bei Bietergemeinschaften die Nachweise für jedes Mitglied separat zu erstellen sind. Unter Ziffer 2 folgt anschließend eine Liste der jeweils zu verwendenden Formblätter A-E.

Unterabschnitt III.2.2) der Bekanntmachung beinhaltet unter Ziffer 7 die Pflicht zur Vorlage von Jahresabschlüssen der letzten drei Geschäftsjahre, soweit deren Veröffentlichung nach dem Gesellschaftsrecht des Staates, in dem der Bewerber ansässig ist, vorgeschrieben ist. Ziffer 8 weist die Verpflichtung zum Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung unter Verzicht auf die Festlegung einer Mindestdeckungssumme aus.

Nach Unterabschnitt III.2.3), Ziffer 2 der Bekanntmachung sind ferner Nachweise der Qualitätssicherungsmaßnahmen und –systeme des Bewerbers für die ausgeschriebene Leistung vorzulegen.

Ausweislich Ziffer 1 sind zudem Angaben über die in den letzten acht Jahren erbrachten Leistungen im Bereich Planungsleistungen, Bauleistungen von Stadien/Großsportstätten oder wesentlichen Teilen davon sowie sonstigen Sportstätten/Freizeitanlagen, Bewirtschaftungsleistungen (Reinigung, Platzwart/ Hausmeister, Sicherheitsdienstleistungen, Instandhaltung/Instandsetzung) vergleichbarer Projekte unter Benennung des Auftraggebers und des dortigen Ansprechpartners, einer Projektbeschreibung ggf. der Funktion des Bewerbers innerhalb der Arbeitsgemeinschaft sowie der Auftragssumme der Leistung in ihrem Teilnahmeantrag zu machen. Mindestbedingung sei die Vorlage von zwei Referenzen für Stadien/Großsportstätten oder wesentlichen Teilen davon.

In den dazu herausgegebenen Formblättern hat die Antragsgegnerin unter II. „Anforderungen an die Teilnahmeanträge“ eine leistungsbezogene Dreiteilung in D 1 bis D 3 vorgenommen. Für Referenzen im Bereich Planungsleistungen war das Formblatt D 1, für Referenzen im Bereich der Bauleistungen war das Formblatt D 2 und für Referenzen im Bereich der Bewirtschaftungsleistungen das Formblatt D 3 zu verwenden. Als Mindestbedingung wurde auch hier die Vorlage von zwei Referenzen für Stadien/Großsportstätten oder wesentlichen Teilen davon benannt. In die Referenzbewertung sollen entsprechend der Festlegung ferner nur fünf Referenzen einfließen. Der letzte Hinweis findet sich auf den Formblättern D 1 bis D 3 jeweils auch selbst. In den eigens herausgegebenen Erläuterungen zum Formblatt D ist zudem vermerkt, dass bei einer Überschreitung der Maximalreferenzzahl durch den Bewerber/die Bewerbergemeinschaft eine Auswahl zu treffen ist.

Zusätzlich wird in den Erläuterungen zum Formblatt D darauf verwiesen, dass, wenn in den Formblättern D 1 bis D 3 von wesentlichen Nachunternehmern Referenzen angegeben werden, diese das Formblatt C und E auszufüllen haben. Weiterhin ist mit dem Formblatt B eine unterzeichnete Erklärung der Bewerbergemeinschaft (Vertretung, gesamtschuldnerische Haftung) vorzulegen.

Ferner wurde bekannt gegeben, dass drei bis fünf Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Fünf Bewerber wurden schließlich mit Schreiben vom 29.07.2009 unter Übersendung der Ausschreibungsunterlagen gebeten, ein indikatives Angebot abzugeben. Einzureichen waren zwei schriftliche Ausfertigungen und zwei ungeschützte digitale Angebote. Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen sollte ein Ersatzneubau mit einer Kapazität von bis zu 15.000 Plätzen unter Einhaltung der definierten Kostenobergrenze von 16,5 Mio. Euro angeboten werden. Sofern diese überschritten werde, war eine Alternativvariante als Nebenangebot anzubieten. Die Variante war so anzulegen, dass ein ausbaufähiges Stadion mit einer Kapazität von 10.000 Zuschauern angeboten wird. Hierbei war zu beachten, dass die Rohbaukonstruktion bei dieser Ausbauvariante bereits so auszulegen war, dass sie für eine Erhöhung der Zuschauerzahl auf 15.000 bereits vorbereitet ist, mithin das Dach, die Umfassungswände der Tribünen und andere Bauteile bei einem späteren Ausbau nicht verändert werden müssen. Die Alternativvarianten sollten nur dann einer Wertung unterliegen, wenn kein Bieter den Amtsentwurf unter Einhaltung der Mindestanforderungen anbietet. Zudem waren max. drei Nebenangebote zugelassen, deren Anforderungsprofil auf Seite 474 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurde. Ferner hatten Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften u. a. mit dem Angebot eine von allen Mitgliedern rechtsverbindlich unterschriebene Erklärung über deren gesamtschuldnerische Haftung abzugeben.

Mit Schreiben vom 29.10.2009 erteilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin für das weitere Verfahren mit der Begründung eine Absage, dass sie nur den 4. Platz in der Auswertung belegt habe. Entscheidend sei gewesen, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot im Vergleich der Preise nicht zu überzeugen vermochte. An dieser Platzierung ändere sich auch bei der Gesamtbetrachtung der Wertungskriterien nichts.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 02.11.2009 die ihr zur Kenntnis gegebene Bewertung der indikativen Angebote als vergaberechtlich fehlerhaft. Dem Schreiben der Antragsgegnerin ließe sich nicht entnehmen, ob der Auswertung die Haupt- oder die Nebenangebote zugrunde gelegt worden seien. Sie gehe davon aus, dass kein Bieter die Mindestbedingung von 16,5 Mio. Euro mit seinem Hauptangebot habe erfüllen können. Damit hätte die ausgeschriebene Alternativvariante zur Wertung kommen müssen.

In Folge dessen erklärte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 04.11.2009, bei ihrer Auswertung die Hauptangebote berücksichtigt zu haben. Diesen Umstand habe man der Antragstellerin aber bereits im Präsentationstermin mitgeteilt. Ihr Nebenangebot habe man nicht werten können. Es erfülle z.B. die schallschutztechnischen Mindestanforderungen nicht, die Standsicherheit der Phorphyrwand sei gefährdet und die geforderte Videowand werde nicht angeboten.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 19.11.2009 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt, welches sich im Wesentlichen auf den Rügevortrag stützt. Mit Schreiben der Vergabekammer vom 20.11.2009 ist der Antrag 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 zum Antrag vorzulegen. Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin den Teilnahmewettbewerb mittels anwaltlichem Schreiben vom 23.12.2009 zum Bestandteil ihres Antrages gemacht.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab hinsichtlich des durchgeführten Teilnahmewettbewerbes, dass von acht Bewerbern Teilnahmeanträge übergeben wurden. Über diese wurden Auswertungstabellen eingereicht. Diese enthalten u. a. Empfehlungen zur zukünftigen Einbeziehung der Bewerber ins Verhandlungsverfahren bzw. formale Gründe, die zu deren Ausschluss führen sollten.

Die Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin wurden im Vorfeld des Nachprüfungsverfahrens antragsgegnerseitig als vollständig eingestuft. Dazu ist festzustellen, dass die Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin am 30.06.2009 - und damit einen Tag vor dem Termin zu deren Abgabe - bei dem als Kontaktstelle für die ausgeschriebene Leistung in der Bekanntmachung angegebenen Dezernat II der Antragsgegnerin eingingen und von dort erst am 09.07.2009 an die Submissionsstelle weitergereicht wurden. In einem durch den Ressortleiter der Antragsgegnerin, Herrn ....., erstellten Vergabevermerk wurde die Entscheidung zur Aufnahme in den Teilnahmewettbewerb damit begründet, dass die Unterlagen bei normalem Geschäftsgang rechtzeitig zur Submissionsstelle hätten gelangen können. Eine Manipulation sei ausgeschlossen, da sie im verschlossenen Dienstzimmer des Herrn ..... gelegen haben.

Bezüglich der im Einzelnen beizubringenden Nachweise ist festzuhalten, dass seitens des Bergewerksmitglieders ..... keine Jahresabschlüsse vorgelegt wurden. Im Anschreiben zu den Bewerbungsunterlagen ist allerdings dargelegt, dass die ..... GmbH eine Organgesellschaft der ..... AG sei. Auch liegt von ihr kein eigenständiger Nachweis zur Haftpflichtversicherung vor. Ausweislich des durch die ..... vorgelegten Haftpflichtversicherungsnachweises erstreckt sich dieser auf die bei der zuständigen Berufsgenossenschaft eingetragenen gesamten Betriebe einschließlich aller Nebenbetriebe. Ein eigenständiger Nachweis der ..... zu Qualitätssicherungsmaßnahmen und -systemen ist in den Unterlagen ebenso nicht enthalten.

Die Teilnahmeunterlagen der Beigeladenen zu 1) wurden ebenfalls als vollständig eingestuft. Die erkennende Kammer stellte dazu fest, dass für das benannte Nachunternehmen ..... GmbH, welches Teile der Objektplanung mit dem .....Planungs GmbH erbringen soll, selbst keine Referenzen vorliegen. Aus dem den Teilnahmeunterlagen beiliegenden und hierzu durch den Nachunternehmer ..... erstellten Organigramm zur Planung ergibt sich, dass die ..... GmbH lediglich im Bereich Architektur/Freianlagen zum Einsatz kommen soll. Alle weiteren Leistungen, wie z.B. Ver- und Entsorgungskonzept, Technische Ausrüstung und Tragwerksplanung sollen durch den Generalplaner selbst erbracht werden.

Das Formblatt C, welches die geforderten Angaben zum Umsatz und zur Anzahl der Beschäftigten der letzten drei Jahre beinhaltet, wurde für die Mitglieder der Bergewerksmitgliederschaft und das benannte Nachunternehmen ..... GmbH vorgelegt, nicht jedoch für die ..... GmbH.

Im Formblatt D 1 - Referenzen Planungsleistungen - sind fünf Referenzobjekte der ..... GmbH benannt. Vom Prüfer wurde festgestellt, dass drei Objekte dem Büro ..... als Gesamtplaner oder Teil einer Planungsgemeinschaft zuzuordnen sind. Inwieweit hier Aufklärung betrieben wurde, welche Leistungen von Mitarbeitern der ..... GmbH erbracht wurden, ist anhand der Unterlagen nicht nachvollziehbar. Für ein weiteres Referenzobjekt wurde der Leistungszeitraum 1997 bis 08/2001 angegeben. Aus dem den Teilnahmeunterlagen beigelegten Büroprofil geht hervor, dass die ..... GmbH jedoch erst am 20.11.2001 gegründet wurde. Lt. beigefügtem Referenzschreiben der Stadt ..... hat die Geschäftsführerin Fr. .....in ihrer damaligen Eigenschaft als Mitarbeiterin des Planungsbüros ..... beim Umbau des Stadions, 2. Bauabschnitt, als Architektin mitgewirkt.

Bei der Bewertung der Referenzen für Bauleistungen wurde eine Referenz in die Bewertung einbezogen, die nach eigenen Angaben der Bewerberin älter als acht Jahre (hier: Leistungszeitraum 1998 bis 2000) ist. Inwieweit die Referenzobjekte der Bewerberin überhaupt zugeordnet werden können, da in den beigefügten Referenzen als beteiligter Auftragnehmer zum einen die ..... Baugesellschaft mbH und zum anderen die ..... GmbH benannt sind, ist seitens der Antragsgegnerin in den Unterlagen nicht dargelegt. Bei dem Referenzobjekt Stadion Hamburg findet sich hinter der Eintragung Auftragnehmer ..... mbH in Klammern gehalten der Zusatz - StB-Arbeiten. In den Auswertungsunterlagen findet sich das Objekt in der Rubrik sonstige

Großsportstättenprojekte oder wesentliche Teile davon wieder. Auf welcher Grundlage diese Zuordnung erfolgte, geht aus den Unterlagen nicht hervor.  
Im Referenzbereich zu den Bewirtschaftungskosten benennt die Beigeladene zu 1) u. a. Sporthallen in Halle, die sie seit über 25 Jahre bewirtschaftete.

Die Bewerberunterlagen der Beigeladenen zu 2) als auch die der ..... GmbH weisen im Hinblick auf das antragsgegnerseitige Anforderungsprofil keine Besonderheiten oder Auffälligkeiten auf.

Die Antragstellerin stützt sich im Nachprüfungsantrag inhaltlich auf ihren Rügevortrag und führt im Einzelnen dazu ergänzend aus, dass die Zulässigkeit des Antrages insbesondere nicht an den Erfordernissen der Rechtzeitigkeit der Rüge scheitere. Dies gelte sowohl hinsichtlich des ursprünglich ausschließlich angegriffenen Angebotsverfahrens als auch hinsichtlich der nachträglichen Erweiterung auf den bereits abgeschlossenen Teilnahmewettbewerb. Soweit die Antragsgegnerin eine Präklusion im Zusammenhang mit dem Ablauf des Präsentationstermins und der dort stattgefundenen Fokussierung auf das Hauptangebot der Antragstellerin zu begründen suche, stelle der Verlauf des Präsentationstermins selbst keinen Vergaberechtsverstoß dar, da die Bieter keinen Anspruch auf einen bestimmten Inhalt eines Präsentationstermins hätten. Demzufolge habe zu diesem Zeitpunkt keine Notwendigkeit für eine Rüge bestanden. Hinsichtlich des Teilnahmeantrages habe die Antragstellerin erst aufgrund des im Rahmen des Kammerverfahrens übermittelten Schreibens der Antragsgegnerin vom 25.11.2009 von den ebenfalls in das Angebotsverfahren aufgenommenen Konkurrenten erfahren. Die Erweiterung des Nachprüfungsantrages sei daher nicht zu beanstanden, eine Verpflichtung zur vorherigen Rüge bestehe nicht.

Die Begründetheit des Nachprüfungsantrages folge daraus, dass die nunmehr bekannt gewordene Auswahl der Teilnehmer zum Verhandlungsverfahren nicht vergaberechtskonform erfolgt sei. Entsprechend der Bekanntmachung seien zwei Referenzen für Stadien/Großsportstätten oder wesentliche Teile davon erforderlich gewesen, um die Mindestbedingung für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu erfüllen. Über derartige Referenzen dürften neben der Antragstellerin lediglich die ..... verfügen. Aus der Marktkennntnis heraus könne dies für die Beigeladene zu 1) sowie die Beigeladene zu 2) jedoch nicht zutreffen. Jedenfalls folge dies aus den Veröffentlichungen der jeweiligen konkurrierenden Bewerber auf ihren Internetseiten.

Soweit die Antragsgegnerin die Vollständigkeit des Teilnahmeantrages der Antragstellerin nunmehr in Zweifel ziehe, entbehre dies jeder rechtlichen Grundlage. Denn alle zwingend geforderten Erklärungen und Nachweise seien von ihr im Rahmen des Teilnahmeverfahrens abgegeben worden. Im Übrigen seien sämtliche von der Antragsgegnerin aufgeführten angeblich fehlenden Nachweise der Leistungsfähigkeit zuzuordnen, die per se nicht von jedem Bergergemeinschaftsmitglied zu erbringen seien. Soweit hier tatsächlich eine abweichende Anforderung der Auftraggeberseite existieren sollte, habe sie den Nachweis der Leistungsfähigkeit durch die sich ausdrücklich auf die ..... beziehenden Nachweise geführt. Die Antragsgegnerin habe in diesem Zusammenhang außer acht gelassen, dass die ..... eine 100 %-ige Tochter der ..... sei. Die durch die ..... hinterlegten Konzernjahresabschlüsse beinhalteten neben dem Jahresabschluss der ..... auch die Abschlüsse der von ihr beherrschten Unternehmen, also auch der ..... Ebenso sei die ..... als Organgesellschafter auch mit in die Qualitätssicherungssysteme der Konzernmutter einbezogen. Aus eben diesen Erwägungen heraus bestehe für die ..... auch keine eigene Haftpflichtversicherung, sie sei vielmehr von der .....-Konzernhaftpflichtversicherung mit umfasst. Die angeblich fehlenden Nachweise seien zudem auch durch entsprechende Unterlagen der benannten Nachauftragnehmer abgedeckt.

Darüber hinaus seien die Bieter im Rahmen der seitens der Antragsgegnerin gesetzten Kostenobergrenze von 16,5 Mio. Euro netto gehalten gewesen, entweder den Amtsvorschlag zu realisieren oder die vorgegebene Alternativvariante als Nebenangebot anzubieten. Ein verständiger und sachkundiger Bieter habe die Ausschreibungsunterlagen nur so verstehen können, dass ein Hauptangebot, das die Kostenobergrenze überschreite, ausgeschlossen werden müsse. Die Interpretation der relevanten Passagen habe sich an deren Wortlaut zu orientieren und sei daher eindeutig. Der Begriff der Kostenobergrenze sei mit dem antragsgegnerseitig nunmehr aufgeworfenen Begriff der Kostenschätzung nicht gleichzusetzen. Die Haltung der Antragsgegnerin stelle vielmehr eine Relativierung der eigenen Vorgaben dar. Gegen eine Gleichsetzung dieser Begriffe spreche zudem, dass die Schätzung den Bietern regelmäßig nicht bekannt gegeben werde, um den Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen. Kein Bieter habe die Kostenobergrenze mit seinem Hauptangebot eingehalten. Daher seien diese auch allesamt einer Wertung nicht zugänglich. Da ihr Nebenangebot bisher offenbar noch keiner den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Wertung unterzogen worden sei, müsse die Auswertung wiederholt werden. Im Übrigen könne die Antragsgegnerin im Nachhinein keine Mindestanforderung konstruieren, die in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten gewesen seien. Die relevanten Mindestanforderungen an die Nebenangebote seien von der Antragstellerin allesamt eingehalten worden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebotswertung nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen,
2. dabei insbesondere die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Haupt- und Nebenangebote der anderen Bieter auszuschließen und den Zuschlag auf das Nebenangebot der Antragstellerin zu erteilen,
3. hilfsweise, das Vergabeverfahren in den Stand nach Aufforderung zur Abgabe der indikativen Angebote zurückzusetzen,
4. höchst hilfsweise, das Vergabeverfahren in den Stand nach Abgabe der Teilnahmeanträge zurückzusetzen,
5. ferner höchst hilfsweise, das Vergabeverfahren einzustellen,
6. die Hinzuziehung als Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
7. der Vergabestelle die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erachten.

Die Antragsgegnerin trägt dazu vor, dass die Antragstellerin die fehlende Wertbarkeit der Hauptangebote bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 30.09.2009 hätte rügen müssen. Ihr Vortrag sei insofern verspätet. Ungeachtet dessen scheitere der Nachprüfungsantrag inhaltlich bereits an der nunmehr festgestellten Unvollständigkeit der Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin. So fehle es an den vorzulegenden Jahresabschlüssen, dem Haftpflichtversicherungsnachweis und den Qualitätssicherungsmaßnahmen und -systemen des Bewerbergemeinschaftspartners ..... Die Antragstellerin könne in diesem Zusammenhang insbesondere nicht mit ihrem Vortrag durchdringen, Teile der dem Teilnahmeantrag beigefügten Unterlagen erstreckten sich auf beide Bewerbergemeinschaftsmitglieder. Insoweit müsse der angeblichen Nichtveröffentlichung von Jahresberichten durch das Bewerbergemeinschaftsmitglied ..... entgegengehalten werden, dass die Internetrecherche zumindest für das Jahr 2007 ein genau gegenteiliges Ergebnis erbracht habe. Der Vortrag der Antragstellerin entspreche daher zum einen nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, zum anderen sei ein Erstrecken auf beide Mitglieder der Bewerbergemeinschaft aber auch nicht im Teilnahmeantrag gegenüber der Antragsgegnerin dokumentiert worden. Ein Ausschluss vom weiteren Wettbewerb habe hier daher schon im Rahmen der formellen Prüfung zu erfolgen. Die Argumentation der Antragstellerin lasse eine unzulässige Vermischung von formeller und inhaltlicher Prüfung erkennen.

Im Gegensatz zur Antragstellerin komme ein Ausschluss der Beigeladenen zu 1) im Zusammenhang mit dem Teilnahmewettbewerb nicht in Betracht. Die Planungsreferenzen seien durch den Nachunternehmer ..... GmbH vorgelegt worden, der wesentliche Planungsleistungen, nämlich die der Objektplanung gem. § 15 HOAI erbringe. Ein Ausschluss wegen Nichtvorlage von Referenzen zu Planungsleistungen komme zudem nach dem Anforderungsprofil der Antragsgegnerin bereits dann nicht in Betracht, wenn - wie hier - zwei Baureferenzen vorgelegt worden seien. Aber selbst wenn dies anders zu beurteilen sein sollte, hätte dies keinen Ausschluss der Beigeladenen zu 1) zur Folge, sondern allenfalls eine Reduzierung der Punktvergabe.

Auch stünde die bloße Viertplatzierung des indikativen (Haupt-) Angebotes der Antragstellerin einem erfolgreichen Nachprüfungsantrag bereits entgegen. Ihr Nebenangebot erfülle zudem grundlegende Anforderungen nicht. Eine entsprechende Begründung sei im Vergabevermerk festgehalten worden. Ebenso sei das indikative Angebot nicht rechtswirksam unterzeichnet, so dass es aufgrund eines formalen Mangels ausgeschlossen werden müsse. Ferner sei das Formblatt B nicht von der Bietergemeinschaft, sondern lediglich vom Geschäftsführer der ..... unterzeichnet worden. § 164 BGB komme daher zum Tragen, so dass ein eventueller Mangel des Willens im eigenen Namen zu handeln hier unbeachtlich sei.

Unbegründet sei der Nachprüfungsantrag zudem, da der Betrag von 16,5 Mio. Euro netto nur das Ergebnis einer Kostenschätzung darstelle und als solcher nicht geeignet sei, die Wertbarkeit der diesen Betrag übersteigenden Hauptangebote auszuschließen. Die Antragstellerin gehe offenbar von einem fehlerhaften Verständnis des Begriffes „Kostenobergrenze“ aus. Bereits aus dem Stadtratsbeschluss vom 30.04.2009 folge, dass die 16,5 Mio. Euro keine Festlegung im Sinne einer absoluten Kappungsgrenze darstelle, sondern der Antragsgegnerin auch weiterhin im Rahmen ihres Ermessens eine Bezuschlagung eines auch über diesen Wert liegenden Hauptangebots ermögliche.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen zu 1) aufzuerlegen und

3. die Hinzuziehung als Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 1) gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erachten.

Sie ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag aus unterschiedlichsten Gesichtspunkten bereits unzulässig sei. Zum einen sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin nicht rechtzeitig zum Abgabetermin am 01.07.2009 bei der ausdrücklich im Rahmen der Bekanntmachung benannten Stelle eingegangen. Es komme hier nicht darauf an, ob trotz der von der Antragstellerin allein zu vertretenden fehlerhaften Abgabe des Teilnahmeantrages im Dezernat II der Stadtverwaltung bei normalem Postlauf noch ein rechtzeitiger Eingang bei der als Annahmestelle ausdrücklich ausgewiesenen Submissionsstelle hätte erwartet werden können. Die diesbezüglichen Erwägungen der Antragsgegnerin seien insofern rechtsfehlerhaft, da diese die rechtliche Wirkung der individuellen Bestimmung einer konkreten Annahmestelle durch sie selbst verkenne. Denn in einem Fall wie dem vorliegenden werde die Stelle, bei der die betreffende Unterlage in unzulässiger Weise abgegeben worden sei, nicht zum Empfangsboten der Auftraggeberseite, sondern vielmehr zum Boten des den Teilnahmeantrag abgebenden jeweiligen Bewerbers. Ein eine rechtzeitige Weitergabe hindernder Umstand bis hin zu einem Fehlverhalten der den Teilnahmeantrag unzuständiger Weise annehmenden Stelle wäre daher eben nicht dem Auftraggeber, sondern dem jeweiligen Wettbewerber zuzurechnen, somit hier der Antragsstellerin. Diese müsse sich den erst zum 09.07.2009 erfolgten und damit um acht Tage verspäteten Eingang der Teilnahmeunterlagen bei der Submissionsstelle folglich zurechnen lassen, was wiederum einer inhaltlichen Bewertung der Teilnahmeunterlagen entgegenstünde.

Zum anderen sei das indikative Angebot zumindest nicht erkennbar im Namen der Antragstellerin abgegeben worden. Die ledigliche Unterschriftsleistung eines Geschäftsführers eines Bewerbergemeinschaftsmitgliedes unter Verzicht eines die Vertretung der Bewerbergemeinschaft kenntlich machenden Zusatzes, lasse hier die Antragsbefugnis der Antragstellerin im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB entfallen.

Im Übrigen verkenne die Antragstellerin offenbar grundsätzlich, dass es im Rahmen der Prüfung der formellen Vollständigkeit nicht auf die Analyse tatsächlicher Umstände oder Verfügbarkeiten ankomme, sondern es lediglich um die ausreichende Dokumentation derselben gegenüber der Auftraggeberseite gehe. Jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft musste sich daher verpflichtet sehen, die ausweislich der Bekanntmachung mit dem Teilnahmeantrag vorzulegenden Unterlagen auch tatsächlich ihrem Teilnahmeantrag beizufügen. Erstrecke sich eine Unterlage eines Bewerbergemeinschaftsmitgliedes tatsächlich auch auf das andere Bewerbergemeinschaftsmitglied, so hätte dies einer entsprechenden Dokumentation im jeweiligen Teilnahmeantrag selbst bedurft. Dies sei hier jedoch nicht erfolgt.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Die erkennende Kammer hat mittels Beschlüssen vom 18.03.2010 die Bietergemeinschaft ..... GmbH/..... GmbH & Co. KG und die Bieterin ..... mbH zum Verfahren beigeladen.

Ausweislich der Beschlüsse vom 26.02.2010, 22.03.2010, 24.03.2010 und 30.03.2010 sind der Antragstellerin, der Beigeladenen zu 1) sowie der Beigeladenen zu 2) Einsicht in die Akten des Teilnahmewettbewerbes sowie in die des Angebotsverfahrens gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen der Mitbewerber bzw. -bieter sowie Informationen über deren Teilnahmeanträge bzw. indikativen Angebote enthalten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

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

Bei der ausgeschriebenen Leistung 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 05.08.2009 - 41-32570-17, MBl. LSA Nr. 26/2007 v. 29.06.2007) 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 antragsgegnerseitig nunmehr festgestellte Unvollständigkeit ihres Teilnahmeantrages, die Feststellung der Vollständigkeit des Teilnahmeantrages der Beigeladenen zu 1), den Ausschluss ihres Nebenangebotes sowie den Nichtausschluss der den Betrag von 16,5 Mio. Euro netto übersteigenden Hauptangebote in ihren Rechten verletzt zu sein. Sie vertritt die Ansicht, im Gegensatz zur Beigeladenen zu 1) einen den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechenden Teilnahmeantrag abgegeben zu haben. Zudem geht sie davon aus, dass alle Hauptangebote aufgrund der Überschreitung der sog. Obergrenze von 16,5 Mio. Euro netto für eine Zuschlagserteilung nicht mehr zur Verfügung stünden, stattdessen aber ihr indikatives Nebenangebot den Zuschlag erhalten müsse.

Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis demnach ausreichend. Soweit die Beigeladene zu 1) die Antragsbefugnis auf der Grundlage eines vermeintlich nicht ordnungsgemäß unterzeichneten Angebotes gefährdet sieht, sei darauf verwiesen, dass derartige Erwägungen erforderlichenfalls im Rahmen der Begründetheitsprüfung angestellt werden. Im Zusammenhang mit der Antragsbefugnis reicht bereits die Möglichkeit einer Rechtsverletzung aus.

Erwägungen zur Rechtzeitigkeit der Rüge stehen der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages ebenfalls nicht entgegen. Soweit die Antragsgegnerin die Rechtzeitigkeit der Rüge anzweifelt, beschränkt sich dieser Vortrag auf den ursprünglichen Inhalt des Nachprüfungsantrages, mithin auf das Angebotsverfahren. Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass ihr späteres Wertungsverhalten zu den Hauptangeboten bei Überschreitung der sog. Obergrenze von 16,5 Mio. Euro netto bereits aus den Festlegungen der Bekanntmachung folge, somit eine Rüge spätestens bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hätte stattfinden müssen. Kernpunkt des Antragstellervortrages ist jedoch gerade die vermeintlich fehlende Ausrichtung des Wertungsverhaltens der Antragsgegnerin an den in der Bekanntmachung veröffentlichten Festlegungen. Die erkennende Kammer ist hier nicht der Auffassung, dass die Festlegungen der Antragsgegnerin zur Obergrenze die Zuschlagsfähigkeit von Hauptangeboten, die diese Grenze überschreiten, erkennbar unbeeinflusst lassen sollen. Gerade dies wäre jedoch unabdingbare Voraussetzung für die Feststellung einer Präklusion.

Die Zulässigkeit der im Verlaufe des Verfahrens erfolgten Erweiterung des Nachprüfungsantrages auf den bereits abgeschlossenen Teilnahmewettbewerb stößt in diesem Zusammenhang ebenfalls auf keine Bedenken. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass ein Rügeerfordernis bei bereits erhobenem Nachprüfungsantrag aus Kammersicht generell entfällt. Denn das Rügeerfordernis dient dazu, der Auftraggeberseite die Möglichkeit einer unkomplizierten und ein Nachprüfungsverfahren unnötig machenden Abhilfe zu geben. Eben dieses Ziel kann bei einem bereits anhängigen Verfahren nicht mehr erreicht werden.

Auch stehen der Erweiterung des Prüfungsumfanges auf den Teilnahmewettbewerb hier keine Gesichtspunkte einer eventuellen Verwirkung gemäß § 242 BGB analog entgegen. Vorliegend hat die Antragstellerin erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens Kenntnis von den konkurrierenden Mitbewerbern erhalten. In Folge dessen sah sie sich zu Recht erst dann aufgefordert, die Internetpräsentation dieser Unternehmen zu sichten und ihre nunmehr aufgekommenen Zweifel an deren Eignung zum Gegenstand des Kammerverfahrens zu machen.

Die Antragstellerin hat zudem durch ihren Vortrag den Anforderungen des § 108 GWB entsprochen.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist jedoch nicht begründet.

Die Antragstellerin ist durch die im Rahmen der Erweiterung des Nachprüfungsantrages auf den bereits abgeschlossenen Teilnahmewettbewerb erfolgten erneuten Bewertung ihres Teilnahmeantrages durch die Antragsgegnerin und den daraus resultierenden Ausschluss ihrer Bewerbung von der weiteren Wertung nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Denn ihre Bewerbung erfüllt nicht die Anforderungen an die formelle Vollständigkeit der einzureichenden Unterlagen.

So wurden von ihr die Verpflichtungen zur Vorlage von Jahresabschlüssen hinsichtlich der letzten drei Geschäftsjahre, zum Nachweis des Bestehens einer Betriebshaftpflichtversicherung sowie zum Nachweis von Qualitätssicherungsmaßnahmen und -systemen für die ausgeschriebenen Leistungen nicht für jeden einzelnen Bewerbergemeinschaftspartner erfüllt. Erwägungen zur durchaus zweifelhaften Vereinbarkeit dieses Anforderungsprofils mit dem materiellen Vergaberecht oder gar zu dessen Sinnhaftigkeit sind in diesem Zusammenhang nicht anzustellen, da keiner der Beteiligten am Vergabeverfahren die ausreichend transparenten Festlegungen der Antragsgegnerin gerügt hat. Sie sind demnach Bestandteil des kammerseitig hier zugrunde zu legenden Prüfmaßstabes.

1. Jahresabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre:

Ausweislich III.2.1) in Verbindung mit III.2.2), Ziffer 7 traf auch die ..... in ihrer Eigenschaft als Mitglied der Bewerbergemeinschaft zur Feststellung ihrer Eignung die Verpflichtung, die Jahresabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin beizufügen. Einigkeit besteht zwischen den Verfahrensbeteiligten zumindest dahingehend, dass die ..... eine grundsätzliche Pflicht zur Bilanzerstellung gemäß §§ 242, 264 Abs. 1 u. 2 HGB trifft, wenn auch nur hinsichtlich einer sog. verkürzten Bilanz nach § 266 Abs. 1 Satz 3 HGB. Besteht aber eine Bilanzierungspflicht nach deutschem Recht, so haben die ..... und damit die Antragstellerin der Aufforderung zur Vorlage dieser Bilanzen im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs grundsätzlich zu entsprechen. Diese Verpflichtung entfielen nur dann, wenn ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand im Sinne des § 264 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 5 HGB vorläge. Diesbezüglich hat die Antragstellerin schriftsätzlich trotz ausdrücklichen Hinweises durch den Vorsitzenden im Verlaufe der durchgeführten Akteneinsicht nichts vorgetragen. Die ledigliche anwaltliche Äußerung in der mündlichen Verhandlung, die gesetzlichen Ausnahmeregelungen träfen auf die ..... alle zu, muss insbesondere im Hinblick auf die nicht erfüllte Voraussetzung einer Offenlegung des jeweils eingreifenden Ausnahmetatbestandes im Sinne des § 325 HGB als eine bloße Schutzbehauptung gewertet werden. Angesichts der bestehenden Bilanzierungspflicht und des Nichteingreifens einer gesetzlichen Ausnahmeregelung wurde der Vorlagepflicht im Teilnahmewettbewerb somit nicht genügt.

An dieser Feststellung vermögen letztlich auch die verschiedenen Argumentationsansätze der Antragstellerseite nichts mehr zu ändern. Insbesondere musste der Versuch scheitern, die Beteiligung der ..... von einer Mitgliedschaft an der Bewerbergemeinschaft auf eine bloße Mitgliedschaft im Firmenverbund zu reduzieren. Es fällt in diesem Zusammenhang durchaus schwer zu glauben, dass die Antragstellerin die Unterschiedlichkeit dieser beiden Sachlagen nicht zu erkennen vermag. Dass die ..... auch als Bestandteil des Firmenverbundes indirekt über die ..... hätte agieren können, kann hier durchaus zugestanden werden, hat aber nichts mehr mit dem hier zu entscheidenden Sachverhalt gemein.

Angesichts der ausweislich der gesetzlichen Regelungen der §§ 242, 264, 266 HGB bestehenden Verpflichtung der ..... zur Erstellung von Bilanzen, muss auch den anwaltlichen Bestrebungen eine Absage erteilt werden, die Vorlage der Bilanzen der ..... als eine Erfüllung der Vorlagepflicht der ..... darzustellen, während die ..... der sie treffenden Verpflichtung durch Bezugnahme auf die Präqualifikation genügt haben will.

2. Haftpflichtversicherungsnachweis:

Laut III.2.1) in Verbindung mit III.2.2), Ziffer 8 der Bekanntmachung oblag einer Bewerbergemeinschaft zur Feststellung ihrer Eignung die Verpflichtung zum Nachweis einer bestehenden Betriebshaftpflicht für sämtliche ihrer Mitglieder. Den Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin lag lediglich ein auf die ..... ausgestellter Nachweis bei. Ein sich auf die ..... ausdrücklich erstreckender Nachweis wurde erst im Vorfeld der mündlichen Verhandlung gegenüber der erkennenden Kammer nachgereicht. Dies reicht zur Erfüllung des Anforderungsprofils der Antragsgegnerin jedoch nicht aus.

Die zu unterschiedlichen Zeiten vorgelegten Bescheinigungen des Haftpflichtversicherers weisen zwar dieselbe Versicherungsnummer auf, sind jedoch textlich nur teilweise identisch. Beiden Bescheinigungen ist dabei ein Erstrecken des Versicherungsschutzes auf die bei der zuständigen Berufsgenossenschaft eingetragenen gesamten Betriebe einschließlich aller Nebenbetriebe gemein. Ebenso verweisen beide Bescheinigungen auf den jeweils vorgenannten Versicherungsnehmer. Dies ist durch die Ausweisung im jeweiligen Adressfeld im ersten Fall die ..... und erst in der nachgereichten Bescheinigung die ..... Auch findet sich erst in der an die ..... gerichteten

Bescheinigung ein ausdrücklicher Hinweis auf einen Versicherungsschutz im Rahmen einer Konzernpolice. Es kann hier daher wohl zugestanden werden, dass auch die ..... über einen entsprechenden Haftpflichtversicherungsschutz verfügt. Das Bestehen eines solchen ist jedoch für die Frage der formellen Vollständigkeit der Teilnahmeunterlagen ohne Relevanz, wenn es zum vorgegebenen Zeitpunkt an der entsprechenden Nachweisführung mangelt. Eben dies ist hier der Fall.

Daran ändert auch der oben bereits zitierte und in den jeweiligen Bescheinigungen vorhandene Hinweis auf ein Erstrecken des Versicherungsschutzes auf die bei der zuständigen Berufsgenossenschaft eingetragenen gesamten Betriebe einschließlich aller Nebenbetriebe nichts. Die Kammer geht davon aus, dass die ..... nicht unter die dort abstrakt beschriebenen Betriebe bzw. Nebenbetriebe der ..... fällt. Im Übrigen beinhaltet die Verpflichtung zur Vorlage eines Nachweises auch die Verpflichtung zur hinreichenden Transparenz desselben. Eventuelle Zweifel am Erklärungsinhalt fallen auf den Vorlegenden zurück, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt von einer Unvollständigkeit der Teilnahmeunterlagen ausgegangen werden muss.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt die erkennende Kammer auch nicht unter Einbeziehung des im Anschreiben zum Teilnahmeantrag enthaltenen Hinweis auf die ..... als Organgesellschaft der ....., einschließlich der dort abstrakt beschriebenen Möglichkeit, die Ressourcen der Letztgenannten bzw. der übrigen Tochtergesellschaften zu nutzen. Denn die Formulierungen im Anschreiben betreffen, ungeachtet ihrer fehlenden Konkretisierung, ausschließlich das durch die ..... bzw. .... selbst bestimmte Verhältnis zueinander, nicht jedoch die Beziehung eines Dritten gegenüber einem bzw. beiden Unternehmen. Die dortigen Ausführungen sind also nicht kennzeichnend für eine bestehende Eintrittspflicht eines Haftpflichtversicherers, können demnach Erklärungsdefizite des vorgelegten Nachweises auch nicht ausgleichen. Es bleibt somit auch diesbezüglich bei der Feststellung der Unvollständigkeit der Teilnahmeunterlagen.

### 3. Qualitätssicherungsmaßnahmen und -systeme:

Aus III.2.1) in Verbindung mit III.2.3), Ziffer 2 der Bekanntmachung folgt die Verpflichtung zum Nachweis der Qualitätssicherungsmaßnahmen und -systeme ebenfalls für jedes einzelne Mitglied einer Bewerbergemeinschaft. Auch diesem Anforderungsprofil hat die Antragstellerin im Hinblick auf das Bewerbergemeinschaftsmitglied ..... im Rahmen der Erstellung ihrer Teilnahmeunterlagen nicht entsprochen. Beigefügt wurde denselben lediglich eine Zertifizierung für die ..... sowie den Nachauftragnehmer agn ..... und Partner GmbH. Das Zertifikat der ..... weist im Anhang gelistete Unternehmenseinheiten aus, für die es ebenfalls einen Gültigkeitsanspruch erhebt. Darunter ist die ..... jedoch nicht aufgelistet. Eine Ausdehnung des Zertifikates auf dieselbe kann nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer auch nicht aus dem unter 2. dieses Beschlusses bereits erwähnten Formulierungen im Anschreiben zur Abgabe des Teilnahmeantrages folgen. Denn den dort gewählten Formulierungen fehlt es an der hinreichenden Konkretisierung. Ein allgemeiner Hinweis auf die Möglichkeit des Rückgriffs auf konzerninterne Ressourcen beinhaltet zu viele Unwägbarkeiten und steht daher der Verwendung in einem Verfahren zur Feststellung der Eignung eines Bewerbers grundsätzlich entgegen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass, soweit die Beigeladene zu 1) von einem verspäteten Eingang des Teilnahmeantrages der Antragstellerin ausgeht, diese Annahme rechtsfehlerhaft ist. Die Kammer verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass die hier einschlägige VOB/A für Teilnahmeanträge diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung ausweist. Sie hält jedoch eine Anlehnung an die entsprechende Bestimmung im Angebotsverfahren des § 22 Nr. 6 Abs. 1 VOB/A für angezeigt. Der Ordnungsgeber stellt dort darauf ab, ob das in den Herrschaftsbereich des Auftraggebers gelangte Angebot aus vom Anbieter nicht zu vertretenden Gründen nicht rechtzeitig zum Eröffnungstermin vorlag.

Wird dies bejaht, so ist dieses Angebot wie ein rechtzeitig vorgelegtes Angebot zu behandeln.

Die Antragsgegnerin hat unter Analyse des üblichen Verwaltungshandelns in ihrem Vermerk festgestellt, dass die rechtzeitige Vorlage der Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin zum Eröffnungstermin bei normalem Postlauf - trotz der von der Antragstellerin zu vertretenden fehlerhaften Abgabe im Dezernat II der Antragsgegnerin - ohne Weiteres hätte sichergestellt werden können. Es kann aus heutiger Sicht nicht mehr nachvollzogen werden, weshalb die Unterlagen acht Tage im Dezernat II verblieben sind. Fest steht jedenfalls, dass das seitens der Antragsgegnerin ausgeübte Ermessen auch gerade im Hinblick auf die Ausweisung des Dezernates II als Ansprechpartner im streitbefangenen Vergabeverfahren und der dort vorhandenen Kenntnis der Gesamtumstände nicht zu beanstanden ist. Die erkennende Kammer sieht sich daher auch trotz der auftraggeberseitigen Festlegung einer konkreten Stelle zur Entgegennahme der Teilnahmeanträge nicht veranlasst, von dieser Auffassung abzuweichen.

Die Unvollständigkeit der Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin hat hier zwingend den Ausschluss vom weiteren Wettbewerb zur Folge. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum zwingenden Ausschluss unvollständiger Angebote im Zusammenhang mit der Vergabe von Bauleistungen ist nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer auch auf Teilnahmewettbewerbe uneingeschränkt anwendbar. Im Gegensatz zur schriftsätzlich geäußerten Auffassung der Antragstellerin war es daher hier mangels auftraggeberseitigen Ermessens nicht von Nöten, die Folgen eines formell unvollständigen Teilnahmeantrages über die Feststellungen des zwingenden Ausschlusses vom weiteren Wettbewerb hinaus gesondert zu beleuchten. Soweit die Antragstellerin diesbezüglich auf eine anderslautende Kommentierung verweist, handelt es sich dabei um eine Kommentierung zur VOL/A, demnach zu einer Verdingungsordnung, die im Vergleich zu der hier einzig maßgeblichen VOB/A der Auftraggeberseite im Hinblick auf die Rechtsfolgenseite in Fällen der formellen Unvollständigkeit tatsächlich ein Ermessen einräumt.

Der Ausschluss der Antragstellerin hätte somit bereits durch die Antragstellerin im Nachgang der ersten Auswertung der Teilnahmeanträge erfolgen müssen. Dieses Versäumnis hat die Antragsgegnerin somit ausgeglichen.

Der Zurückweisung des Nachprüfungsantrages steht aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles ausnahmsweise auch nicht entgegen, dass die Aufnahme der Beigeladenen zu 1) in das Angebotsverfahren sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf deren Angebot gegen auch durch die Antragsgegnerin einzuhaltendes zwingendes Vergaberecht verstößt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Teilnahmeunterlagen der Beigeladenen zu 1) das auftraggeberseitige Anforderungsprofil verletzen. So wurde der Verpflichtung zur Vorlage des Formblattes C hinsichtlich der Nachunternehmerin ..... GmbH durch die Beigeladene zu 1) nicht entsprochen. Ausweislich Abschnitt III.2.1) der Bekanntmachung war zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit das Formblatt C von jedem Bewerber bzw. jedem Mitglied der Bewerbergemeinschaft dem jeweiligen Teilnahmeantrag ausgefüllt beizufügen. Auf dem Formblatt selbst ist der Hinweis aufgedruckt, dass, sofern Referenzen von einem wesentlichen Nachunternehmer benannt werden, dieses Formblatt auch von diesem Nachunternehmer ausgefüllt den Teilnahmeunterlagen beizulegen ist. Vorliegend soll die Eignung der Bewerbergemeinschaft für Planungsleistungen mittels Referenzen der .....Planungs GmbH zu bereits erbrachten Planungsleistungen im Sinne des § 15 HOAI nachgewiesen werden. Diese sind durch den anwaltlichen Vertreter der Antragsgegnerin mehrfach in seinen Schriftsätzen als die wesentlichen Planungsleistungen beschrieben worden. Dieser Wertung stimmte der anwaltliche Vertreter der Beigeladenen zu 1) auf entsprechende und protokollierte Nachfrage des Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung zu Recht ausdrücklich zu. Die Antragsgegnerin hätte somit im Rahmen einer ergebnisoffenen und an objektiven Kriterien

orientierten Bewertung die Unvollständigkeit der Teilnahmeunterlagen der Beigeladenen zu 1) unschwer erkennen und den Rückschluss des zwingenden Ausschlusses vom weiteren Wettbewerb ziehen müssen.

Einen weiteren Verstoß hält die Vergabekammer im Zusammenhang mit der zur Feststellung der Eignung zu dokumentierenden Referenzlage für gegeben. Aufgrund der fehlenden Entscheidungserheblichkeit erspart sich die erkennende Kammer tiefergehende Ausführungen. Es sei hier lediglich angemerkt, dass die antragsgegnerseitig vertretene Auffassung einer auf beliebige Teilbereiche der zu vergebenden Leistung reduzierten Referenzabforderung auf zwei Referenzen einer Auslegung der transparent gemachten Festlegungen in der Bekanntmachung sicher nicht standgehalten hätte.

Die hier seitens der Antragsgegnerin offenbar beabsichtigte und gegen materielles Vergaberecht verstoßende Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen zu 1) ist für den Ausgang dieses Nachprüfungsverfahrens ausnahmsweise jedoch ohne Bedeutung. Denn die Antragsgegnerin hätte das Angebotsverfahren durch die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes gegenüber mit der Antragstellerin als auch mit der Beigeladenen zu 1) konkurrierenden und im Gegensatz zu diesen die Anforderungen des Teilnahmewettbewerbs erfüllenden Bewerbern erfolgreich durchführen können. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Beigeladene zu 2) als auch die ..... GmbH. Soweit die Antragstellerin den Inhalt der Referenzen der Beigeladenen zu 2) anzweifelt, ist darauf zu verweisen, dass ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann gegeben wäre, 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 des konkurrierenden Teilnahmeantrages der Beigeladenen zu 2) anzweifelt, ist dieser Einwand nach Ansicht der erkennenden Kammer schon nicht geeignet, einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu begründen. Denn 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 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.

Einzig diesem Umstand hat die Antragsgegnerin zu verdanken, dass der gestellte Nachprüfungsantrag zurückgewiesen werden musste.

### III.

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

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). Unter Anwendung des § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat die Antragstellerin im vorliegenden Fall die notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen zu 1) unter Billigkeitsgesichtspunkten zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu den gestellten Anträgen in diesem Verfahren

maßgeblich. Hier wird den Anträgen der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen, so dass diese die Kosten des Verfahrens tragen muss.

Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens. Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) unter Zugrundelegung der Bruttoentgeltsummen für den Um- und Erweiterungsbau einschließlich der Betriebskosten für die voraussichtliche Dauer von 10 Jahren des indikativen Nebenangebotes der Antragstellerin ..... Euro.

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 Berücksichtigung des hier geleisteten Vorschusses in Höhe von 2.500,00 Euro hat die Antragstellerin nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses noch einen Betrag in Höhe von ..... **Euro** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

Da es bei einer Bietergemeinschaft aus kassentechnischen Gründen nicht möglich ist, nur ein Kassenzeichen zu vergeben, wird mitgeteilt, dass die

..... GmbH  
.....

unter dem Kassenzeichen: **3300-.....**

**oder**

die .....AG  
.....

unter dem Kassenzeichen: **3300-.....**

den Betrag nach den Grundsätzen der gesamtschuldnerischen Haftung zu zahlen haben.

Sobald der Gesamtbetrag in Höhe von ..... **EUR** unter einem von den zwei Kassenzeichen eingegangen ist, wird das andere Kassenzeichen gelöscht.

Der geschuldete Betrag ist demnach nicht zu teilen und nur einmal unter Verwendung des jeweiligen Kassenzeichens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzahlen.

### **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.

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Dolge