



SACHSEN-ANHALT

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA – 11/09

§ 4 Abs. 8 VOF

§ 97 Abs. 1 GWB

§ 18 VOF

- Integrität der Daten und Vertraulichkeit der übermittelten Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren

- Einreichung der Angebote in einem verschlossenen Umschlag

- Transparenzgebot, Bedeutung des Vergabevermerks

Gemäß § 4 Abs. 8 VOF hat der Auftraggeber die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der übermittelten Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren und der Angebote auf geeignete Weise zu gewährleisten. Per Post oder direkt übermittelte Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren und Angebote sind in einem verschlossenen Umschlag einzureichen, als solche zu kennzeichnen und bis zum Ablauf der für die Einreichung vorgesehene Frist unter Verschluss zu halten. Die Antragsgegnerin hat daraufhin zu wirken, dass nur verschlossene Teilnahmeanträge bei ihr eingereicht werden.

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 GWB ergibt sich, wenn die Antragsgegnerin es unterlassen hat, einen Vergabevermerk zu fertigen, der den Anforderungen des § 18 VOF genügt. Im Vergabevermerk sind die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festzuhalten. Alle wesentlichen Entscheidungen sind zeitnah, lückenlos, laufend und nachvollziehbar zu dokumentieren. Die Bieter haben ein subjektives Recht auf eine ausreichende Dokumentation des Vergabeverfahrens sowie der wesentlichen Entscheidungen im Vergabeverfahren. Ein Vergabevermerk hat eine entsprechende wesentliche Beweisfunktion. Auch ist es den Nachprüfungsinstanzen nicht möglich, ohne ordnungsgemäßen Vergabevermerk das Vergabeverfahren auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

gegen

.....

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

und

.....

- Beigeladene zu 1) -

.....

- Beigeladene zu 2) -

.....

- Beigeladene zu 3) -

Wegen der Vergabe von Planungsleistungen zur Erschließung des Industrie- und Gewerbegebietes in hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am **21.04.2009** durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und den ehrenamtliche Beisitzer Schmidt nach der mündlichen Verhandlung vom 06.04.2009 beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, auf die Auftragsvergabe zu verzichten. Sofern sie weiterhin beabsichtigt, sich die entsprechenden Leistungen zu beschaffen, hat sie das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut einzuleiten. Im Übrigen wird der Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Kosten werden auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig.

Gründe

I

Die Antragsgegnerin veranlasste am die Veröffentlichung der Vergabe von Planungsleistungen für die Erschließung des Industrie- und Gewerbegebietes in im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Sie wählte hierfür das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Gegenstand des Verhandlungsverfahrens sind Planungsleistungen Leistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen der Lph 1-9 nach § 51 HOAI, Baugrundbeurteilung und Gründungsberatung der Lph 1-3 nach § 92 HOAI, Entwurfsvermessung der Lph 1-6 nach § 97b HOAI, Bauvermessung der Lph 1-3 nach § 98 HOAI, Projektsteuerung nach § 31 HOAI, örtliche Bauüberwachung nach § 57 HOAI und Freianlagen (LPB, LAP) der Lph 1-9 nach § 15 HOAI.

Die Teilnahmeanträge waren bei der Antragsgegnerin bis zum 12.01.2009, 14:00 Uhr einzureichen.

Im Abschnitt III.1) der Bekanntmachung wurden die Bedingungen für den Auftrag benannt. Unter Punkt1) a) und b) forderte die Antragsgegnerin für Kauttionen und Sicherheiten eine Haftpflichtversicherung für Personenschäden und für Sachschäden von jeweils 2,5 Mio Euro, die nicht älter als 3 Monate sein durfte. Unter Punkt c) ist eine Bankbürgschaft in Höhe von 5% der Auftragssumme (im Auftragsfall) vorzulegen.

Im Abschnitt III.2) der Bekanntmachung gab die Antragsgegnerin die Teilnahmebedingungen für das Vergabeverfahren bekannt. Als Nachweis über die persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers hatten die Bewerber sowie deren Subunternehmer unter Punkt III.2.1 b) Erklärungen nach § 11 Abs. 2 und 4 VOF vorzulegen.

Die Antragsgegnerin betraute die mit der Durchführung des Ausschlussverfahrens.

Entsprechend der in der Vergabeakte befindlichen Übersicht und dem von der gefertigten Vermerks sind insgesamt 36 Teilnahmeanträge eingegangen. Das Eingangsdatum und Uhrzeit der Teilnahmeanträge wurde darin nicht vermerkt. Auch fehlt bei den Teilnahmeanträgen das dazugehörige Verpackungsmaterial mit dem Eingangsvermerk. Die Antragsgegnerin hat zum größten Teil die Teilnahmeanträge mit ihrem Eingangsstempel (.....) versehen. Aus der Kennzeichnung der Bewerbungsschreiben ist erkennbar, dass die Bewerbungen 1; 2; 4 und 8 vor dem Einreichungstermin geöffnet worden sind. Die Teilnahmeanträge, die ausweislich des Eingangsstempels vom 12.01.2009 eingegangen sind, enthalten nicht die Eingangsuhrzeit. Bei den Teilnahmeanträgen 3 und 26 fehlt der Eingangvermerk. Lediglich bei der Bewerbung Nummer 3 wurde eine Bestätigung per E-Mail von der Antragsgegnerin an den Bewerber versandt, aus der zu entnehmen ist, dass die Bewerbung am 19.12.2008 eingegangen sei. Der Teilnahmeantrag mit der Nummer 13 hat als Eingangsdatum den 13.01. bzw. 18.01.2009.

Die Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin wurden mit keinem Eingangsvermerk gekennzeichnet.

Der Teilnahmeantrag der Beigeladenen zu 1) ist, anders als bei den übrigen Bewerbungsunterlagen, lediglich mit einem neutralen Datumsstempel vom 12.01.2009 versehen. Ausweislich der vermerkten Uhrzeit wurde der Teilnahmeantrag um 13:17 Uhr eingereicht. Bei wem dieser Teilnahmeantrag einging, ist nicht ersichtlich.

Die Antragstellerin reichte für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft einen Nachweis zur Berufshaftpflichtversicherung ein. Von zwei Mitgliedern war das Ausstellungsdatum älter als 3 Monate. Bei einem Mitglied waren die Deckungssummen kleiner als 2,5 Mio Euro. Weiterhin hatte ein Mitglied der Bietergemeinschaft weder einen Auszug aus dem Bundeszentralregister noch eine eidesstattliche Erklärung oder eine förmliche Erklärung zum § 11 Abs. 1 a) bis g) VOF, die vor einem zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder einer dafür qualifizierten Berufsorganisation des Herkunftslandes bestätigt war, eingereicht.

Bei der Beigeladenen zu 1) hatte ebenfalls ein Mitglied der Bietergemeinschaft keine bestätigte Erklärung zum § 11 Abs. 1 a) bis g) VOF eingereicht. Gleiches trifft für den Teilnahmeantrag der Beigeladenen zu 2) und zu 3) in Bezug auf ihre Subunternehmer zu.

Die stellte in ihrer Auswertung fest, dass kein Bewerber die geforderten Nachweise in ihren Referenzen nach § 13 Abs. 2 b VOF erfüllt habe. Nach Absprache mit der Antragsgegnerin sollten alle die Bewerbungen nicht zum Ausschluss führen, die fehlende Faxnummern der Auftraggeber oder Angaben der Baukosten anstatt des Rechnungsbetrages aufwiesen.

Letztendlich wurden 31 Bewerber ausgeschlossen, darunter auch die Antragstellerin. Aus der Übersicht zur Ausschlussprüfung ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin nicht die geforderte Haftpflichtversicherung oder Bankerklärung vorgelegt habe.

Mit Schreiben vom 17.02. und 18.02.2009 informierte die Antragsgegnerin alle erfolglosen Bewerber des Teilnahmewettbewerbes darüber, dass ihre Bewerbung aufgrund von fehlenden Nachweisen nicht weiter berücksichtigt werden würde. Das Mitteilungsschreiben

an die Antragstellerin war auf den 18.02.2009 datiert. Der Postausgang der Schreiben an die Bewerber wurde nicht dokumentiert.

Die in der Wertung verbliebenen 5 Bewerber wurden durch die auf ihre fachliche Eignung geprüft. Grundlage bildeten die in der Bekanntmachung festgelegten Zuschlagskriterien bis auf das Kriterium Honorar. Daraufhin erhielten weitere 2 Bewerber ein auf den 10.03.2009 datiertes Absageschreiben.

Aus dem Vermerk ist nicht erkennbar, wann und von wem die einzelnen Stufen des Auswahlverfahrens bearbeitet wurden. Die Tabellen zur Ausschlussprüfung der Bewerber und die Bewertungsmatrix wurden nicht unterschrieben. Auch kann daraus nicht entnommen werden, inwieweit die Antragsgegnerin eine eigenverantwortliche Entscheidung für den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens getroffen hatte, da die Vergabeakte ihrerseits keine eigenen Entscheidungen der Antragsgegnerin enthält. Sie unterschrieb lediglich die bis dahin versandten Absageschreiben.

Die Antragstellerin bat mit Schreiben vom 23.02.2009 (vorab per Fax) um Mitteilung bis zum 26.02.2009 hinsichtlich der fehlenden Nachweise ihres Teilnahmeantrages und inwieweit ein Dritter für die Prüfung und Auswertung der Bewerbungen für den Auftraggeber tätig gewesen sei. Sie bat gegebenenfalls weiterhin um die namentliche Benennung des Beauftragten. Ein Einspruch der Nichtberücksichtigung behielt sie sich vor.

Die Antragsgegnerin begründete mit Schreiben vom 24.02.2009 den Ausschluss der Antragstellerin dahingehend, dass sie alle die Bewerber vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen habe, die die geforderten Nachweise nicht vorgelegt hätten. Von der Antragstellerin seien nicht alle Bankbürgschaften älter als 3 Monate gewesen.

Weiterhin teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie die mit der Prüfung und Auswertung der Bewerbungen beauftragt habe.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 26.02.2009 ihren Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren. Schließlich habe kein Mitglied der eine Bankbürgschaft mit dem Teilnahmeantrag eingereicht. Im Übrigen sei eine Bankbürgschaft entsprechend der Bekanntmachung erst im Auftragsfall gefordert. Ihr Ausschluss wäre somit nicht gerechtfertigt. Die Antragstellerin forderte weiterhin eine Zulassung ihrer Bewerbung am weiteren Vergabeverfahren bis zum 04.03.2009, 14:00 Uhr. Eine Einreichung eines Nachprüfungsverfahrens bei einer Nichtabhilfe behielt sie sich vor.

Die Antragsgegnerin korrigierte mit Schreiben vom 03.03.2009 ihre Begründung zum Ausschluss der Antragstellerin dahingehend, dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft nicht den geforderten Nachweis der Haftpflichtversicherung in Höhe von 2,5 Mio Euro für Personen- und Sachschäden entsprechend Pkt. III.1.1 der Bekanntmachung erbracht hätte. Alternativ sei die Vorlage einer Bankbürgschaft in der geforderten Höhe möglich gewesen. Die eingereichte Eigenerklärung könne nicht als ausreichend angesehen werden.

Im Übrigen bestünde gemäß § 12 Abs. 3 VOF die Möglichkeit, dass die Mitglieder einer Bietergemeinschaft bei der Erfüllung von Aufträgen sich anderer Unternehmen bedienen könnten. Dazu sei allerdings ein entsprechender Nachweis, z.B. in Form einer Verpflichtungserklärung, vorzulegen gewesen, dass die erforderlichen Mittel zur Verfügung stünden.

Außerdem seien die Haftpflichtversicherungen der und der älter als 3 Monate und die Deckungssummen bei dem letztgenannten Bietermitglied hätten auch nicht die geforderten Höhen.

Ein Ausschluss der Bietergemeinschaft sei im Auswahlverfahren deshalb unabdingbar gewesen.

Die Antragstellerin rügte erneut mit Schreiben vom 04.03.2009 die Entscheidung der Antragsgegnerin. Bei ihr sei nunmehr der Eindruck entstanden, dass nach dem Schlusstermin für die Teilnahmeanträge eine zusätzliche und nicht bekanntgegebene

Voraussetzung definiert wurde. Ihre Bewerbung sei dadurch nicht diskriminierungsfrei i.S. des § 97 GWB behandelt worden.

Der Ausschluss bezüglich des Partners sei falsch, da das Prüfergebnis nicht mit den Teilnahmebedingungen der Bekanntmachung übereinstimme. Der bemängelte Nachweis sei schließlich erst im Auftragsfall vorzulegen gewesen. Die Vorlage der Berufshaftpflichtversicherung, wie unter III.2.2) der Bekanntmachung für den Teilnahmeantrag gefordert, hätten alle Mitglieder der Bietergemeinschaft mit ihrem Teilnahmeantrag vorgelegt. Auch gebe es unter diesem Punkt keine Forderung, dass diese mit dem Teilnahmeantrag nicht älter als 3 Monate sein und eine bestimmte Deckungshöhe haben sollte.

Eine Vermischung der Kriterien für den Teilnahmewettbewerb mit denen für den Auftragsfall sei unzulässig.

Die Antragstellerin forderte die Zulassung ihrer Bewerbung im weiteren Vergabeverfahren bis zum 06.03.2009, 14:00 Uhr. Ansonsten wolle sie einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer stellen.

Nachdem die Antragsgegnerin erklärt habe, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, leitete die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 18.03.2009 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer ein.

Die Vergabekammer hat diesen Antrag am selben Tag der Antragsgegnerin zugestellt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass sämtliche unter Punkt III.2 benannten Nachweise für den Teilnahmewettbewerb von ihr vollumfänglich eingereicht wurden. Die für den Auftragsfall benannten Nachweise hätten jedoch nicht in der Auswahlphase herangezogen werden dürfen. Der Ausschluss ihrer Bewerbung sei deshalb falsch und unbegründet.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin gegen das vergaberechtliche Neutralitätsgebot verstoßen. Herr sei Gesellschafter und Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) und gleichzeitig Geschäftsführer des beauftragten Ingenieurbüros

Weiterhin hat die Antragstellerin ihre Aussagen gegenüber der Antragsgegnerin ergänzt und vertieft.

Die Antragstellerin beantragt, ihre Bewerbung zum Bieterverfahren zuzulassen.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Sie reichte nach der Ladung zur mündlichen Verhandlung ihre Stellungnahme datiert auf den 01.04.2009 ein.

Sie legt dar, dass die Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin entsprechend der in der Bekanntmachung festgelegten Bewertungskriterien geprüft wurden. Die Antragsgegnerin vertritt außerdem die Auffassung, dass nur die unter Punkt III.1.1)c) geforderte Bankbürgschaft für den Auftragsfall gefordert werde. Dies ergebe sich schon allein aus den Zusatz „im Auftragsfall“. Die unter Punkt III.1.1) a) und b) geforderten Nachweise der Haftpflichtversicherungen mit den angegebenen Höhen und der Aktualität seien bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen gewesen. Diese Forderung gehe unmissverständlich aus der Bekanntmachung hervor. Schließlich forderte der Auftraggeber für Bietergemeinschaften eine gesamtschuldnerische Haftung. Gleiches könne auch nur für die Haftpflichtversicherungen zutreffen.

Soweit die Antragstellerin der Meinung ist, dass die Bekanntmachung fehlerhaft sei, hätte sie dies gegenüber dem Auftraggeber rügen müssen.

Aus diesem Grund sei der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückzuweisen. Eine mündliche Verhandlung sei aus diesen Gründen nicht erforderlich und eine Entscheidung nach Lage der Akten wäre ausreichend gewesen.

In der mündlichen Verhandlung vom 06.04.2009 haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft.

Die Beigeladenen haben davon abgesehen, eigene Anträge zu stellen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen. In Hinblick auf das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Vergabeakte Bezug genommen.

II

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und teilweise begründet.

1. Zulässigkeit

1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2140 ff.), geändert durch Artikel 2 Abs. 18 des Gesetzes vom 12. August 2005 (BGBl I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 01. September 2005 (BGBl I S. 2676), i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., geändert durch RdErl. des MW vom 8.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003, zuletzt geändert im MBL LSA Nr. 26/2007 S. 568 ff) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 206.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträge gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl I S. 2676), geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 23.10.2006 (BGBl I S. 2334), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 04.12.2007 (Verordnung (EG) Nr. 1422/2007), ist für dieses Vorhaben aufgrund des geschätzten Wertes von 1,2 Mio Euro (Netto) bei Weitem überschritten.

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, da sie durch Abgabe eines Teilnahmeantrages ihr Interesse am betreffenden Auftrag dokumentiert hat, eine Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machte (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegte, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

1.3 Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin hat den aus ihrer Sicht unberechtigten Ausschluss am weiteren Vergabeverfahren mit ihrem Schreiben vom 25.02.2009 rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt.

Der Antrag ist nach dieser Vorschrift unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, muss die Rüge im Regelfall binnen 1 bis 5 Tagen (OLG Naumburg 1 Verg 17/04 vom 14.12.2004) erfolgen und zwar auf dem schnellstmöglichen Weg, gegebenenfalls per Fax oder Telefon. Eine Rügefrist von 2 Wochen, die in der Rechtsprechung als Obergrenze anerkannt wurde (OLG Düsseldorf Verg 1/99 vom 13.04.1999) kann dem Unternehmen lediglich dann eingeräumt werden, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch eine schwierige Sach- und / oder Rechtslage erschwert wird und die Inanspruchnahme fach- und rechtskundige Unterstützung erfordert. Die Rügefrist beginnt, wenn dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler ergibt.

Nach dem Erhalt des Informationsschreibens vom 18.02.2009 erhielt die Antragstellerin Kenntnis davon, dass aufgrund fehlender Nachweise ihre Bewerbung nicht weiter Berücksichtigung finden würde. Der Postausgang dieses Schreibens wurde von Seiten der Antragsgegnerin nicht hinreichend dokumentiert. Die Antragstellerin forderte mit Schreiben vom 23.02.2009 die Angabe der fehlenden Nachweise. Daraufhin benannte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24.02.2009 (Postausgang 25.02.2009) die fehlenden Nachweise der Antragstellerin in ihrem Teilnahmeantrag. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 26.02.2009 erstmalig nach Erhalt des Antwortschreibens ihren Ausschluss. Vorher war es der Antragstellerin nicht möglich, eine Rüge anzubringen, da der Antragstellerin erst mit Erhalt dieses Schreibens die vermeintlich fehlenden Nachweise bekanntgegeben worden waren. Sie hat damit innerhalb von einem Tag rechtzeitig erstmalig gerügt.

Soweit die Antragsgegnerin vorbringt, die Antragstellerin habe bereits die Vorgaben aus der Bekanntmachung rügen müssen, so ist dies unzutreffend. Sie wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag lediglich gegen den aus ihrer Sicht berechtigten Ausschluss ihres Teilnahmeantrages. Sie stellt die Vorgaben der Bekanntmachung nicht in Frage.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

Unabhängig von dem im Nachprüfungsantrag vom 16.03.2009 aufgegriffenen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß ist die Antragstellerin aufgrund der durch die Vergabekammer festgestellten schwerwiegenden Verstöße gegen die Vertraulichkeit gemäß § 4 Abs. 8 VOF und des Transparenzgebotes des § 18 VOF in ihren Rechten verletzt.

Allein diese Tatsachen stellen einen schwerwiegend Verstoß gegen Vergabevorschriften dar, die im laufenden Vergabeverfahren nicht mehr behoben werden können. Die Antragsgegnerin ist daher gehalten, auf die bekannt gemachte Vergabe des Auftrages zu verzichten. Soweit die Antragsgegnerin daran festhält, sich die Leistung beschaffen zu wollen, ist sie verpflichtet, ein neues Verfahren einzuleiten. Bei dieser Sachlage hat die Antragstellerin keinen Anspruch darauf, dass ihr Teilnahmeantrag im jetzigen Vergabeverfahren berücksichtigt wird.

Im Einzelnen:

2.1 Verstoß gegen die Vertraulichkeit der Teilnahmeanträge gemäß § 4 Abs. 8 VOF

Gemäß § 4 Abs. 8 VOF hat der Auftraggeber die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der übermittelten Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren und der Angebote auf geeignete Weise zu gewährleisten. Per Post oder direkt übermittelte Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren und Angebote sind in einem verschlossenen Umschlag einzureichen, als solche zu kennzeichnen und bis zum Ablauf der für die Einreichung vorgesehene Frist unter Verschluss zu halten.

Diese Regelung dient den Interessen der Bewerber, um einen fairen Wettbewerb zu sichern. Es dient weiterhin dazu, dass kein Teilnahmeantrag bzw. Angebot nachträglich geändert werden könnten, was insbesondere im Zusammenwirken mit einem mit der Vergabe betrauten Mitarbeiter bei unverschlossenem Umschlag möglich wäre (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 29.07.2008 – Az.: Z3-3-3194-1-18-05/08).

Die Antragsgegnerin hat diese Vorgaben im Vergabeverfahren nicht beachtet.

Aus den Eingangstempeln der Anschreiben einiger Bewerber geht eindeutig hervor, dass diese vor dem Ablauf in der Bekanntmachung festgelegten Einreichungstermins geöffnet worden sind. Auch hatte die Antragsgegnerin die Teilnahmeanträge, die am festgelegten Schlußtag für die Einreichung eingingen, nicht mit der entsprechenden Uhrzeit gekennzeichnet. Jegliches Verpackungsmaterial der Teilnahmeanträge fehlte.

Die Antragsgegnerin gab in der mündlichen Verhandlung an, dass ihr diese Regelung bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen unbekannt gewesen sei. Auch habe ihr die Antragstellerin persönlich und unverschlossen ihren Teilnahmeantrag übergeben.

Ebenso äußerte die Beigeladene zu 2) in der mündlichen Verhandlung, dass es in der Bekanntmachung keine Forderung gab, die Anträge verschlossen einzureichen.

Diese Vorgabe ergibt sich jedoch ohne weiteres ausdrücklich aus dem § 4 Abs. 8 VOF. Die Antragsgegnerin hätte daraufhin wirken müssen, dass nur verschlossene Teilnahmeanträge bei ihr eingereicht werden.

2.2 Verstoß gegen das Transparenzgebot wegen fehlender Dokumentation

Die Antragsgegnerin hat weiterhin bei der Wertung der Teilnahmeanträge gegen das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 GWB verstoßen. Die Antragsgegnerin hat es unterlassen, einen Vergabevermerk zu fertigen, der den Anforderungen des § 18 VOF genügt. Im Vergabevermerk sind die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festzuhalten. Alle wesentlichen Entscheidungen sind zeitnah, lückenlos, laufend und nachvollziehbar zu dokumentieren.

Die Bieter haben ein subjektives Recht auf eine ausreichende Dokumentation des Vergabeverfahrens sowie der wesentlichen Entscheidungen im Vergabeverfahren.

Bei anderer Betrachtungsweise wäre es einem öffentlichen Auftraggeber möglich, die Wertung der Teilnahmeanträge im Nachhinein zu manipulieren. Gerade dies soll durch die Beachtung des Transparenzgebotes des § 97 Abs. 1 GWB ausgeschlossen werden. Um einen effektiven Rechtsschutz der Bewerber zu gewährleisten, müssen zumindest die wesentlichen Zwischenentscheidungen (hierzu zählt auch die Prüfung der Ausschluss- und Auswahlkriterien) laufend und nachvollziehbar dokumentiert sein, damit der Weg zur Vergabeentscheidung vom einzelnen Bewerber nachvollzogen und damit kontrolliert werden kann. Die Bewerber sollen in nachvollziehbarer Weise nicht nur erfahren, aus welchen Gründen sie nicht im weiteren Vergabeverfahren bzw. für die Auftragsvergabe vorgesehen sind, sondern sollen sich auch im laufenden Vergabeverfahren davon überzeugen können, dass der für den Vertragsschluss in Betracht kommende Bewerber auf Grund sachgerechter, nachvollziehbarer und ermessenfehlerfreier Entscheidungen bestimmt worden ist (Vergabekammer Brandenburg, Beschluss vom 17.07.2001, 2. VK 56/01; Vergabekammer Arnsberg, Beschluss vom 29.11.2002, VK 1-25/2002; Vergabekammer Hessen, Beschluss vom 29.05.2002, 69d VK-15/2002; OLG Bremen, Beschluss vom 14.04.2005, Verg 1/2005 in VergabeR 2005, Seite 537). Ein Vergabevermerk hat eine entsprechende wesentliche Beweisfunktion. Auch ist es den Nachprüfungsinstanzen nicht möglich, ohne ordnungsgemäßen Vergabevermerk das Vergabeverfahren auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

Die Antragsgegnerin hat bislang davon abgesehen, einen eigenständigen Vergabevermerk zu fertigen. Die Vergabeakte enthält lediglich Übersichten und vorläufige Auswertungen des Ingenieurbüros, die nicht unterzeichnet sind. Die Antragsgegnerin hat in keiner Weise dokumentiert, ob sie sich die Feststellungen des Ingenieurbüros zu Eigen macht. Sie hat dazu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass sie noch einen eigenen Vergabevermerk fertigen wolle. Sie war jedoch gehalten, bereits mit Einleitung des

Vergabeverfahrens eine Dokumentation durchzuführen. Sie war auch verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen wie den Ausschluss oder Nichtausschluss von Bewerbern zeitnah in dem Vergabevermerk zu begründen. Dies hat die Antragsgegnerin verabsäumt. Sollte die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren wiederholen, wird ihr außerdem empfohlen, von Ausführungen die lediglich mit ja? und nein begründet werden, abzusehen, da diese nicht nachvollziehbar sind. Im Übrigen ist es ihr verwehrt, bei der Wertung der Teilnahmeanträge von ihren eigenen Vorgaben aus der Bekanntmachung Abstriche zu machen.

2.3 zu treffende Maßnahme der Vergabekammer

Nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB entscheidet die Vergabekammer darüber, ob die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist dabei nicht an Anträge gebunden und kann unabhängig hiervon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken (vgl. § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Vorliegend hat die Antragsgegnerin durch die Verletzung des Vertraulichkeitsgrundsatzes und des Transparenzgebotes in besonders schwerwiegender Weise gegen Vergaberechtsbestimmungen verstoßen und damit nicht nur Rechte der Antragstellerin, sondern aller Bewerber verletzt. Der Antragstellerin war es auch nicht möglich, diese Verstöße zu rügen, da sie hiervon keine Kenntnis erlangen konnte. Da diese Verstöße bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens aufgetreten sind, kann die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nur dadurch hergestellt werden, dass die Antragsgegnerin verpflichtet wird, das Verfahren durch Verzicht auf die Auftragsvergabe zu beenden und gegebenenfalls bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht ein neues Vergabeverfahren einzuleiten (vgl. zu einer ähnlichen Fallkonstellation: VK Südbayern a.a.O.). Nur hierdurch können die Rechtsverletzungen beseitigt werden und die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wieder hergestellt werden. Eine andere Möglichkeit steht insoweit nicht zur Verfügung. Bei dieser Sachlage kann die Antragstellerin nicht verlangen, dass ihr Teilnahmeantrag im jetzigen Vergabeverfahren in der Verhandlungsphase berücksichtigt wird.

2.4 Hinweise der Vergabekammer

Ohne dass es für das hier zur Überprüfung vorliegende Vergabeverfahren darauf ankommt, weist die Vergabekammer darauf hin, dass die Vorgaben des § 6 VOF hinsichtlich der Mitwirkung von Sachverständigen am Vergabeverfahren zwingend einzuhalten sind.

Die Antragsgegnerin hat sich für die Vorbereitung und Durchführung des Teilnahmewettbewerbes eines Dritten bedient. Nach § 6 Nr. 2 VOF dürfen Sachverständige weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Vergabe beteiligt sein und auch nicht beteiligt werden. Unmittelbare Beteiligung bedeutet, dass der betreffende Sachverständige Inhaber oder Leiter eines Unternehmens ist, das sich am Wettbewerb um den zu vergebenden Auftrag beteiligt (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 21.09.2004 - 54-08/04).

Weiterhin beteiligt sich jeder Sachverständige mittelbar, der bewusst oder unbewusst dazu neigen kann, die mit der Vergabe zusammenhängenden Fragen nicht ganz frei von subjektiven Einflüssen zu betrachten (vgl. Daub/Eberstein, VOL/A, 5.Aufl., Rdnr. 23 zu § 6 VOL/A).

Die Antragstellerin hat hierzu vorgebracht, dass der Geschäftsführer eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft der Beigeladenen zu 1) gleichzeitig Geschäftsführer der sei. Dies bedarf hier keiner weiteren Klärung, da die Antragsgegnerin ohnehin gehalten ist, auf die weitere Durchführung des Vergabeverfahrens zu verzichten. Die Antragsgegnerin hat allerdings bei einer möglichen Neueinleitung des Verfahrens die vorgenannte Bestimmung zu beachten.

Darüber hinaus wird an dieser Stelle angemerkt, dass sich die im Rahmen der VOF relevanten Vergabekriterien in Auswahl- und Auftragskriterien unterteilen. Die Auswahlkriterien dienen entsprechend § 10 VOF der Ermittlung der am besten geeigneten Bewerber hinsichtlich ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und fachlichen Eignung. Dagegen

dienen die Auftragskriterien der Findung des besten Leistungsangebotes. In der VOF ist eine strikte Trennung der Auswahl- und Auftragskriterien zwar nicht möglich. Die Auswahlkriterien dürfen allerdings nicht völlig identisch mit den Auftragskriterien sein.

In ihrer Bekanntmachung hatte die Antragsgegnerin 6 Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben, wobei 5 davon fast ausschließlich in der Auswahlphase zur Ermittlung der am besten geeigneten Bewerber dienen. Die Antragsgegnerin sollte bei einer möglicherweise Wiederholung des Vergabeverfahrens die Zuschlagskriterien neu überdenken, damit sie in der Verhandlungsphase das beste Leistungsangebot auf der Grundlage der in der Bekanntmachung benannten Auftragskriterien ermitteln kann. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin sowohl in den Teilnahmebedingungen als auch in den Bedingungen für den Auftrag jeweils eine Haftpflichtversicherung für Personen- und Sachschäden abgefordert. Sie hat für diese bei den Bedingungen für den Auftrag eine Mindestschadenshöhe vorgegeben und auch verlangt, dass der Versicherungsnachweis nicht älter als 3 Monate ist. Es ist fraglich, ob die nochmalige Abforderung dieses Nachweises für den Auftragsfall sinnvoll ist. Die Antragsgegnerin hätte die Anforderung bereits konkret im Teilnahmewettbewerb formulieren können. Diese unterschiedlichen Anforderungen führten bei vielen Bewerbern letztendlich zum Ausschluss.

Schließlich wird darauf hingewiesen, dass der Teilhabeantrag der Antragstellerin, wie auch aller übrigen zur Verhandlung vorgesehenen Bewerber gemäß § 10 VOF auszuschließen gewesen wäre. Mindestens jeweils ein Mitglied der Bietergemeinschaft oder ein Subunternehmer hatten weder einen Auszug aus dem Bundeszentralregister, eine gleichwertige Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes oder eine eidesstattliche Erklärung oder eine förmliche Erklärung vor einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder einer dafür qualifizierten Berufsorganisation des Herkunftslandes gemäß § 11 Abs. 2 VOF vorgelegt.

Es kommt nicht mehr darauf an, ob der von der Antragstellerin vorgebrachte Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt.

Kostenentscheidung

III

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragsgegnerin als Unterliegende anzusehen. Es kommt dabei nicht entscheidend darauf an, dass auch die Antragstellerin mit ihrem Antrag nicht in vollem Umfang durchgedrungen ist. Dies tritt zurück, da die Antragsgegnerin gehalten ist, das Vergabeverfahren durch Verzicht zu beenden. Dies ist von außerordentlich großem Gewicht.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Die Grundlage des wirtschaftlichen Wertes bildet der geschätzte Auftragswert inklusive Mehrwertsteuer von 1.428.000 Euro. Dies ergibt einen wirtschaftlichen Wert in Höhe von Euro zuzüglich Euro für Auslagen.

Angesichts des mit der Bearbeitung des Nachprüfungsverfahrens verbundenen sachlichen und personellen Aufwandes besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Dagegen können die Beigeladenen nicht zur Erstattung der Aufwendungen herangezogen werden, da sie keine eigenen Anträge gestellt haben.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners

zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragsgegnerin ist hier als Unterliegende anzusehen.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG LSA).

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Schmidt, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez. Oanea

gez. Krasper