



SACHSEN-ANHALT

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA – 13/09

§§ 7a Nr. 3 Abs. 3) und 17 Nr. 2 Abs. 2 lit i) VOL/A

- unverzügliche Rügeobliegenheit
- präzise Angaben zu den geforderten Eignungsnachweise in der Bekanntmachung
- Eignungsnachweis Mindestumsatz

Macht die Antragstellerin in einer zweiten Rüge weitere Vergaberechtsverstöße geltend und hatte bereits im Vergabeverfahren von diesen Kenntnis, so ist es nicht gerechtfertigt, der Antragstellerin einen längeren Zeitraum als 5 Tage ab Kenntnis für die Erhebung der Rüge zuzubilligen. Durch Nichteinhaltung dieser Frist ist die 2. Rüge unzulässig.

Gemäß § 7 a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A gibt der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung (§17 Nr. 2 Abs. 2 lit i)) an, welche Eignungsnachweise die Teilnehmer am Wettbewerb vorzulegen haben. Allein die Angabe in der Vergabebekanntmachung, dass ein Mindestumsatz gefordert wird, ist vage und unbestimmt. Erst in den für den Teilnahmewettbewerb anzufordernden Begleitdokumenten benannte der Antragsgegner die konkrete Höhe des Mindestumsatzes. Aufgrund der wesentlichen Bedeutung dieser Angabe für die Interessenten kann dies nicht als Konkretisierung aus der Vergabebekanntmachung in diesem Punkt angesehen werden, sondern als neue Forderung.

Der Auftraggeber ist grundsätzlich nicht daran gehindert, einen Mindestumsatz von den Bewerbern zu fordern. Diese Entscheidung liegt in seinem Ermessen. Allerdings überschreitet der Auftraggeber sein Ermessen, wenn er einen Mindestumsatz fordert, der in keinem angemessenen Verhältnis zur Leistung steht. Es muss gewährleistet werden, dass Unternehmen, die die Leistung in tatsächlicher Hinsicht erbringen können, nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

gegen

.....

- Antragsgegner -

wegen der Vergabe von IT-Betriebsdienstleistungen auf der Grundlage von vereinbarten Service-Level hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 10.06.2009 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und den ehrenamtlichen Beisitzer Ebert nach der mündlichen Verhandlung vom 03.06.2009 beschlossen:

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

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Kosten werden auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

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

Gründe

I

Der Antragsgegner veranlasste am die Veröffentlichung der Vergabe von IT-Betriebsdienstleistungen auf der Grundlage von vereinbartem Service Level im Supplement zum EU-Amtsblatt. Er wählte hierfür das Verhandlungsverfahren.

Gegenstand der Bekanntmachung ist nach Punkt II.1.3) der Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Hierbei ist eine Laufzeit von 60 Monaten vorgesehen sowie eine zweimalige Verlängerungsoption um jeweils 48 Monate. Nach Punkt II.1.5) der Vergabebekanntmachung konsolidierte der Antragsgegner die Serverstruktur in den ehemaligen und zu einem zentralen Serverstandort in

Hierbei sind Terminalserverstrukturen und eine Virtualisierungsumgebung aufgebaut worden, um den Ressourcenbedarf zu mindern. Im Rahmen des Verfahrens sollen umfassende Aufgaben an einen Dienstleister ausgelagert werden. Zu den auszulagernden Aufgaben gehören insbesondere der weitere Ausbau der Serverinfrastrukturen, der Betrieb der benötigten Server mit allen zugehörigen Aufgaben, der Betrieb der Clients inklusive der Benutzerbetreuung (User Help Desk) sowie die Betreuung der Bürokommunikationsanwendung und Überwachung der Komponenten. Das vorliegende Vergabeverfahren mündet in einen Servicevertrag, in welchem die Leistungsparameter und Messgrößen genau definiert sind. Weiterhin wird vom Auftragnehmer gefordert, dass er einen Warenkorb anbietet, aus dem der Auftraggeber die, im Rahmen des Betriebs der Infrastruktur, erforderliche Hardware beschaffen kann.

Der Antragsgegner hat keine Aufteilung in Lose vorgesehen sowie Nebenangebote nicht zugelassen.

Die Teilnahmeanträge waren bei dem Antragsgegner bis zum 20.05.2009 bis 12:00 Uhr einzureichen.

In Punkt III.2) der Bekanntmachung gab der Antragsgegner die Teilnahmebedingungen für das Vergabeverfahren bekannt.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit hat der Antragsgegner unter Punkt III.2.2) u. a. folgende Angaben Erklärungen bzw. Unterlagen oder Nachweise gefordert:

- 2.2.1 Leistungsspektrum des Unternehmens [B];
- 2.2.3 Umsatz der letzten 3 Jahre [B];
- 2.2.4 Mindestjahresumsatz der letzten 3 Jahre [A];
- 2.2.5 Umsatzerklärungen, aufgeschlüsselt auf die Leistungsbereiche [B];
- 2.2.6 Mindestjahresumsatz der letzten 3 Jahre für die 4 Leistungsbereiche [A];
- 2.2.8 Personalsituation im Unternehmen [B].

Unter Punkt III.2.3) hat der Antragsgegner zur technischen Leistungsfähigkeit u. a. folgende Angaben, Erklärungen bzw. Unterlagen oder Nachweise verlangt:

- 2.3.2 Referenzprojekte [A];
- 2.3.4 Personal [B];
- 2.3.5 Qualifikation des Personals [A];
- 2.3.10 Umweltschutzmanagement in Ihrem Unternehmen [B].

Der Antragsgegner hatte jeweils ausgeführt, dass sich näheres aus dem Begleitdokument zum Teilnahmewettbewerb, welches zusammen mit dem zu verwendeten Formularen bei der Vergabestelle anzufordern ist, ergebe. Weiterhin verlangte er, dass die A-Kriterien erfüllt werden müssen. Schließlich sei die Vollständigkeit der Angaben ein möglicherweise geforderter Mindeststandard.

Der Antragsgegner hat weiterhin unter Punkt IV.1.2) festgelegt, dass drei Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die als B-Kriterien (Bewertungskriterien) gekennzeichneten Anforderungen sollten mittels Punktesystem ausgewertet werden. Eine Erreichung einer Mindestpunktzahl sei zu erzielen. Im Anschluss daran würden die drei Bewerber mit der höchsten Punktzahl bei den B-Kriterien zum Verhandlungsverfahren ausgewählt.

Außerdem hatte der Antragsgegner unter Punkt IV.1.1) ausgeführt, dass das Verfahren in verschiedenen Phasen abgewickelt werde, um die Zahl der zu erörternden Lösungen bzw. Angebote schrittweise zu verringern.

Als Zuschlagskriterium hatte der Antragsgegner das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Verdingungs- /Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung angegeben sind, vorgesehen.

Schließlich hatten die Bewerber die ergänzenden Unterlagen; das Begleitdokument zum Teilnahmewettbewerb sowie Formulare abzurufen.

Aus Punkt 1.1 des Begleitdokumentes geht hervor, dass dies eine Ergänzung zu den EU-Bekanntmachungen sei. Die Vorgaben aus der EU-Bekanntmachung des Begleitdokumentes seien bei der Erstellung des Teilnahmeantrages zu beachten. Bei eventuellen Widersprüchen hätten die Inhalte der EU-Bekanntmachung Vorrang.

Auf entsprechende Anforderung hatte der Antragsgegner der Antragstellerin die entsprechenden Unterlagen einschließlich des Begleitdokuments am 28.04.2009 auf elektronischem Wege übermittelt. Der Antragsgegner hatte in dem vorgenannten Begleitdokument unter 2.2.1 (Leistungsspektrum des Unternehmens) u. a. ausgeführt, dass die Bewerber strategische Partnerschaften mit führenden Technologieunternehmen nachweisen sollen.

Als Ausschlusskriterium war unter Punkt 2.2.4 aufgeführt, dass ein Mindestjahresumsatz in Deutschland in Höhe von durchschnittlich 100 Mio. Euro (exklusive Umsatzsteuer für die Jahre 2005, 2006 und 2007) erwartet werde.

Unter Punkt 2.2.6 [A] (Mindestjahresumsatz der letzten 3 Jahre für die 4 Leistungsbereiche) wird ein Mindestjahresumsatz von durchschnittlich 10 Mio. Euro vorausgesetzt.

Weiterhin sollten die Bewerber unter Punkt 2.2.8 [B] Angaben zur Anzahl ihres festangestellten Personals, aufgeschlüsselt auf die Leistungsbereiche zentraler Betriebsdienstleistungen, dezentrale Betriebsdienstleistungen, Help-Desk-Dienstleistungen sowie Roll Out Leistungen für die letzten 3 Geschäftsjahre 2005, 2006 und 2007 abgeben.

Darüber hinaus wurde von den Bewerbern nach Punkt 2.3.2 [A] verlangt, dass sie vollständige Informationen zu drei vergleichbaren Projektreferenzen aus den letzten 5 Jahren einreichen. Es würden nur 3 Projektreferenzen gewertet.

Weiterhin hatte der Antragsgegner unter 2.3.4 [B] Angaben zur Qualifikation und Erfahrungen des Personals gefordert, aus denen eine möglichst hohe Übereinstimmung der Qualifikation mit den Anforderungen aufgrund der zu vergebenden Leistungen hervorgehe.

Unter 2.3.5 [A] verlangte der Antragsgegner schließlich bestimmte Voraussetzungen für das verfügbare Personal.

Unter Punkt 2.3.10 [B] wurde verlangt, dass das Umweltschutzmanagement in dem Unternehmen in Bezug auf den Leistungsgegenstand beschrieben wird.

Ausweislich des Vergabevermerks wird der Auftragswert einschließlich aller Bedarfsoptionen sowie Optionen (inklusive Verlängerungsoptionen) auf 5 Millionen Euro geschätzt.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 29.04.2009, dass nach Punkt 2.2.4 ein Mindestjahresumsatz der letzten drei Jahre in Höhe von durchschnittlich 100 Mio. Euro gefordert werde. Diese Vorgabe sei wettbewerbsbeschränkend. Zwar könne nach § 7 a Abs. 3 VOL/A ein Nachweis zum Gesamtumsatz der letzten 3 Jahre gefordert werden. Die Festlegung eines Mindestumsatzes sei allerdings nicht vorgesehen. Durch diese Vorgabe werde eine Reihe von Unternehmen bereits vorab vom Teilnahmewettbewerb ausgeschlossen. Dies sei durch die zu vergebende Leistung nicht gerechtfertigt, da vergleichbare IT-Betriebsdienstleistungen für 894 Arbeitsplatzrechnungen mehrheitlich von Unternehmen erbracht würden, die einen wesentlich geringeren Umsatz erzielen.

Der Antragsgegner beantwortete das Rügeschreiben am 06.05.2009. Er führt aus, dass derartige Mindestanforderungen zulässig seien. Die Auflistung in § 7 a Nr. 3 Abs. 1 VOL/A sei nicht abschließend. Die Mindestbedingungen eines Umsatzes in Höhe von 100 Mio. Euro seien gerechtfertigt.

Von einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung hänge die Arbeitsfähigkeit aller Organe und der gesamten Verwaltung des Antragsgegners ab. Leistungsstörungen könnten unmittelbar zur Unterbrechung der Arbeitsfähigkeit der Bediensteten des Antragsgegners sowie zum vollkommenen Erliegen der täglichen Verwaltungstätigkeit führen. Der Auftrag sei nach alledem als in außergewöhnlichem Maße organisationskritisch einzustufen. Hierbei sei von besonderem Gewicht, dass eine verlässliche Absicherung im Hinblick auf einen zu vermeidenden Insolvenzeintritt des Vertragspartners erreicht werden muss. Hieraus ergebe sich, dass besondere Anforderungen an die wirtschaftliche wie auch die technische Leistungsfähigkeit von Interessenten zu stellen seien. Diese könnten nur durch besonders leistungsfähige Unternehmen erbracht werden. Die Leistungsfähigkeit spiegle sich auch in der Höhe des Gesamtumsatzes wider.

Der Antragsgegner wies darauf hin, dass die Möglichkeit bestehe, dass sich Bewerber bzw. Bietergemeinschaften an dem Verfahren beteiligen.

Mit Schreiben vom 06.05.2009 hat die Antragstellerin weitere Punkte gerügt. Hinsichtlich der Punkte 2.2.1, 2.2.6, 2.2.8, 2.3.2 sowie 2.3.4 und 2.3.5 seien die Vorgaben dem Leistungsgegenstand nicht angemessen. Kleinere und mittlere Unternehmen würden benachteiligt. Die Anforderung nach Punkt 2.3.10 sei für den Auftrag nicht relevant.

Durch die genannten Ausschluss- und Wertungskriterien werde eine Vielzahl von Unternehmen bereits vom Teilnahmewettbewerb ausgeschlossen. Dies rechtfertige die zu vergebenden Leistungen nicht, da vergleichbare Leistungen erfolgreich von Unternehmen erbracht würden, die die geforderten Kriterien nicht oder unzureichend erfüllen könnten.

Hierzu hat der Antragsgegner mit Schreiben vom 11.05.2009 Stellung genommen. Er führte aus, dass entgegen der Auffassung der Antragstellerin der Nachweis von Technologiepartnerschaften für die zu erbringende Dienstleistung von erheblicher Relevanz sei. Diese könne je nach Ausgestaltung einen Interessenten als im besondern Maße technisch leistungsfähig ausweisen. Weiterhin habe sich der Antragsgegner bei der Festlegung des Mindestumsatzes an dem zu erwartenden Auftragsvolumen orientiert. Der geforderte Mindestumsatz stehe in einem zulässigen Verhältnis zum erwarteten Auftragsvolumen. Auch seien die geforderten Angaben zur Personalsituation und zu Referenzobjekten aufgrund der Komplexität der Leistung angemessen. Schließlich müssten die Unternehmen, die die Leistung erbringen wollten, über entsprechende Kenntnisse im Umweltmanagement verfügen. Dies sei im Teilnahmeantrag darzustellen. Der Antragsgegner sei seit dem Jahr 2007 nach dem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsführung zertifiziert.

Der Antragsgegner hatte aufgrund von Fragen von Interessenten Anpassungen und Klarstellungen an den Forderungen aus der Bekanntmachung sowie aus dem Begleitdokument vorgenommen. Vor allem wurde ein Mindestjahresumsatz für die letzten drei Jahre in Höhe von 10 Millionen Euro (statt bisher 100 Millionen Euro) erwartet. Weiterhin hat der Antragsgegner u. a. klargestellt, dass sich der Gesamtumsatz auf alle vier Leistungsbereiche beziehen solle. Der Umsatz solle sich gleichmäßig verteilen, so dass für jeden Bereich ein Umsatz von 2,5 Millionen Euro erwartet werde. Der Antragsgegner hat alle Interessenten am 12.05.2009 und 18.05.2009 über diese Änderungen informiert. Aufgrund dieser Änderungen wurde der Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge auf den 04.06.2009, 12:00 Uhr verschoben. Der Antragsgegner hat hierzu am die Veröffentlichung einer Bekanntmachung über zusätzliche Informationen im Supplement zum EU-Amtsblatt veranlasst.

Die Antragstellerin stellte am 08.05.2009 einen Antrag auf Nachprüfung. Sie vertieft das Vorbringen aus dem Rügeschreiben. Die Umsatzgröße stünde in keinem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit. Sie benennt beispielhaft Unternehmen mit einem wesentlich geringeren Umsatz als gefordert, die vergleichbare Leistungen mit einem deutlich höheren Auftragsvolumen als in der streitgegenständlichen Ausschreibung erbracht hätten. Die Antragstellerin hat das diesbezügliche Vorbringen im Folgenden weiter ergänzt. Die entsprechende Vorgabe sei unverhältnismäßig. Dies gelte auch, soweit der Antragsgegner die Forderung des Mindestumsatzes zwischenzeitlich von 100 Mio. Euro auf 10 Mio. Euro reduziert habe. Es sei weiterhin nicht möglich, über einen Mindestumsatz einem Insolvenzrisiko vorzubeugen. Vielmehr werde der Umsatz zu einem erheblichen Teil durch Aufträge an private Unternehmen abgedeckt, die ihrerseits insolvenzfähig seien. Auch sei die Antragstellerin zu 100 % im Eigentum eines kommunalen Unternehmens, von daher bestehe kein Insolvenzrisiko. Die geforderten Teilnahmebedingungen führten auch im Übrigen zum Ausschluss qualifizierter Wettbewerber, was sowohl gegen § 97 GWB als auch gegen die §§ 7a und 8 a VOL/A Abschnitt 2 verstoße.

Insbesondere habe der Antragsgegner Referenzprojekte gefordert, die in zwei Fällen Leistungen für die Kommunalverwaltung zum Gegenstand haben müssten. Dies sei sachlich nicht gerechtfertigt, es reiche aus, wenn die Leistungen einen etwa gleich hohen Schwierigkeitsgrad aufwiesen. Auch die Forderung, 21 zertifizierte, fest angestellte Mitarbeiter zu beschäftigen, sei überzogen.

Auch die Forderung eines Umweltmanagements stehe in keinem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.

Schließlich sei unklar, welche Anforderungen der Antragsgegner stelle, um bei der Eignungsprüfung die Maximalpunktzahl von 10 Punkten zu erlangen. Außerdem sei nicht transparent, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen ausgeschlossen würden.

Sie beantragt,

den Antragsgegner zu verpflichten, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wieder herzustellen, insbesondere die Mindestanforderungen zu den Eignungskriterien in Ziffern 2.2.4, 2.2.6, 2.3.2, 2.3.5 und 2.3.10 des Begleitdokumentes zum Teilnahmewettbewerb bei der Wertung der Eignung der Bewerber nicht zu berücksichtigen.

Der Antragsgegner beantragt, den Nachprüfungsantrag wegen Unzulässigkeit, hilfsweise wegen Unbegründetheit zurückzuweisen.

Im Hinblick auf die Rüge vom 06.05.2009 habe die Antragstellerin die behaupteten Vergabeverstöße nicht unverzüglich geltend gemacht. Sie habe bereits nach Übermittlung der Unterlagen am 28.04.2009 bzw. zum Zeitpunkt der ersten Rüge am 29.04.2009 Kenntnis vom Inhalt des Begleitdokumentes zum Teilnahmewettbewerb gehabt. Sie habe insoweit erst 7 Tage nach Kenntnis der leicht ersichtlichen weiteren Rügepunkte diese geltend gemacht. Dies sei nicht rechtzeitig. Inhaltlich bezieht sich der Antragsgegner weiterhin auf seine Stellungnahme vom 11.05.2009. Hinsichtlich der Rüge vom 29.04.2009 habe der Antragsgegner am 11.05.2009 abgeholfen. Im Ergebnis sei die Anforderung an den Mindestumsatz auf 10 Mio. Euro herabgesetzt worden. Insoweit sei der Nachprüfungsantrag erledigt.

Es bestünde ein Zusammenhang zwischen einem zu erwartenden Insolvenzrisiko und den erwirtschafteten Umsatzzahlen eines Unternehmens. Hiervor seien zwar auch umsatzstarke Unternehmen nicht gänzlich geschützt, dieses Risiko sei jedoch wesentlich geringer. Der Antragsgegner habe diesbezüglich im Übrigen ein eigenes Ermessen. Die komplexen Leistungen seien als außergewöhnlich sensibel sowie organisationskritisch zu bewerten. Hierauf gestützt seien besondere Anforderungen an die Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde zu stellen. Die Antragstellerin habe im Übrigen nicht dargelegt, dass sie in eigenen Rechten verletzt sei. Sie habe den Nachprüfungsantrag gestellt, ohne den Termin, den der Antragsgegner zur Beantwortung der zweiten Rüge genannt hatte, abzuwarten.

In der mündlichen Verhandlung vom 03.06.2009 haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft.

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 teilweise 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 5 Mio Euro (Netto) bei Weitem überschritten.

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, da sie durch Abforderung der Begleitdokumente zum Teilnahmeantrag 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 die aus ihrer Sicht die im Begleitdokument gestellte Forderung des Mindestumsatzes von 100 Mio. Euro mit ihrem Schreiben vom 29.04.2009 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.

Die Antragstellerin hatte in diesem Sinne nach Erhalt der Begleitdokumente am 28.04.2009 am nächsten Tag die geforderte Mindestumsatzhöhe von 100 Mio Euro gerügt. Dies ist unverzüglich. Dagegen hat sie die weiteren Vergabeverstöße erst nach 7 Tagen und damit nicht fristgerecht gegenüber dem Antragsgegner geltend gemacht. Die Antragstellerin hatte bereits durch die erste Rüge bekundet, dass sie das Begleitdokument spätestens am 29.04.2009 zur Kenntnis genommen hatte. Die vorgebrachten Vergabeverstöße hätten sich der Antragstellerin, die auch selbst Vergabeverfahren durchführt, bereits zu diesem Zeitpunkt förmlich aufdrängen müssen. Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, dass die betreffenden Forderungen des Antragsgegners unangemessen zu der zu vergebenden Leistung seien und kleinere und mittlere Unternehmen benachteiligen würden. Es wird davon ausgegangen, dass dies die Antragstellerin bei Lektüre des Begleitdokumentes als ein im Vergabewesen erfahrenes Unternehmen bereits erkannt hatte. Es bedurfte insoweit keines weiteren erheblichen Prüfungsaufwandes oder einer rechtlichen Beratung. Dementsprechend war das Rügeschreiben vom 06.05.2009 knapp und allgemein gehalten. Weiterhin hatte sie für die Abfassung des Schreibens keine anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen. Die Antragstellerin hätte die weiteren vorgebrachten Rügepunkte bereits am 29.05.2009 geltend machen können. Grundsätzlich besteht die Rügeobliegenheit nicht erst

ab dem Zeitpunkt, indem der Bieter Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung nachweisbaren Vergabefehler erlangt hat. Es genügt vielmehr das Wissen um einen Sachverhalt, der aus subjektiver Sicht des Bieters den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt, der es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. OLG Naumburg a.a.O.). Die Antragstellerin hatte in diesem Sinne am 29.04.2009 Kenntnis von sämtlichen von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstößen. Aufgrund der genannten Umstände ist es nicht gerechtfertigt, der Antragstellerin einen längeren Zeitraum als 5 Tage ab Kenntnis für die Erhebung der Rüge zuzubilligen. Diese Frist hat die Antragstellerin bei ihrer zweiten Rüge nicht eingehalten. Es besteht insoweit eine andere Sachlage als bei der von der Antragstellerin angeführten Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf vom 20.10.2008 Verg 41/08; OLG Naumburg vom 20.02.2006 Verg 01/06; OLG Frankfurt vom 08.02.2005 Verg 24/04).

Soweit der Antragsgegner meint, dass es der Antragstellerin an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle, ist dies unzutreffend. Sie war nicht gehalten, vor Einreichung des Nachprüfungsantrages die Antwort des Antragsgegners auf ihr zweites Rügeschreiben abzuwarten. Vielmehr besteht zwischen Erhebung der Rüge und Einreichung des Nachprüfungsantrages keine Frist.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

Die Antragstellerin hat einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner auf das Verhandlungsverfahren verzichtet und das Verfahren, sofern er an der Beschaffung festhält, wiederholt. Die Vergabekammer ist insoweit befugt, auch unabhängig von den Anträgen auf das Vergabeverfahren einzuwirken (§ 114 Abs. 1 Satz 2 GWB). Der Antragsgegner hat zu Unrecht einen Mindestumsatz von 10 Mio. Euro in den Klarstellungen zum Begleitdokument gefordert. Darüber hinaus hätte er die Forderung zum Mindestumsatz in einer bestimmten Höhe bereits in der Vergabebekanntmachung erheben müssen.

Im Einzelnen:

2.1 Verstoß gegen §§ 7a Nr. 3 Abs. 3) und 17 Nr. 2 Abs. 2 lit i) VOL/A

Gemäß § 7 a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A gibt der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung (§17 Nr. 2 Abs. 2 lit i)) an, welche Eignungsnachweise die Teilnehmer am Wettbewerb vorzulegen haben. Vor der Veranlassung eigener Aufwendungen soll der Bewerber, auch aufgrund des Transparenzgebotes, bereits anhand der in der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise und Eignungskriterien erkennen können, ob für ihn eine Bewerbung in Betracht kommt. Die vollständige und verbindliche Angabe dieser Daten ist im Rahmen der Bekanntmachung dem Auftraggeber zumutbar (vgl. OLG Naumburg vom 26.02.2004 – 1 Verg 17/03). Der Antragsgegner hat es verabsäumt, bei der Forderung des Mindestjahresumsatzes für die letzten 3 Jahre in der Vergabebekanntmachung die geforderte Höhe anzugeben. Allein die Angabe in der Vergabebekanntmachung, dass ein Mindestumsatz gefordert wird, ist vage und unbestimmt. Hierdurch können die Interessenten nicht abschätzen, ob für sie eine Bewerbung sinnvoll ist. Erst in den für den Teilnahmewettbewerb anzufordernden Begleitdokumenten benannte der Antragsgegner die konkrete Höhe des Mindestumsatzes. Aufgrund der wesentlichen Bedeutung dieser Angabe für die Interessenten kann dies nicht als Konkretisierung aus der Vergabebekanntmachung in diesem Punkt angesehen werden, sondern als neue Forderung. Auch kann dieses Begleitdokument nicht etwa als Bestandteil der Vergabebekanntmachung angesehen werden. Vielmehr hat der Antragsgegner selbst in dem Begleitdokument ausgeführt, dass dieses lediglich eine Ergänzung darstellt. Bei etwaigen Widersprüchen haben die Inhalte der EU-Bekanntmachung Vorrang.

2.2 Nachweise der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

Unabhängig hiervon war die Forderung des Mindestumsatzes in Höhe von 10 Mio. Euro pro Jahr unangemessen. Der Auftraggeber ist grundsätzlich nicht daran gehindert, als Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit einen Mindestumsatz von den Bewerbern zu fordern (vgl. im Ergebnis ebenso Müller-Wrede Verdingungsordnung für Leistungen, Kommentar, 2. Auflage 2007 § 7a Rdnr. 68). Diese Entscheidung liegt in seinem Ermessen. In § 7a Nr. 3 Abs.1 VOL/A sind die zu fordernden Eignungsnachweise in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht nicht abschließend benannt. Die Auftraggeber haben die Möglichkeit, noch weitere Nachweise zu fordern, soweit dies sachgerecht ist. Die Angabe eines Mindestumsatzes lässt erkennen, dass das Unternehmen eine bestimmte Größe aufweist. Der Auftraggeber hat grundsätzlich die Möglichkeit, kleinen Unternehmen den Zugang zum Wettbewerb zu verwehren, wenn er einschätzt, dass diese nicht gewährleisten können, die Leistung ordnungsgemäß zu erbringen. Allerdings überschreitet der Auftraggeber sein Ermessen, wenn er einen Mindestumsatz fordert, der in keinem angemessenen Verhältnis zur Leistung steht.

So liegt der Fall hier. Der Antragsgegner hat in seiner Kostenschätzung für den gesamten Leistungszeitraum einschließlich der Option von 9 Jahren eine Kostenhöhe von 5 Mio. Euro ermittelt. Für die Höhe des Mindestumsatzes hat er allerdings 10 Mio. Euro pro Jahr von den Bewerbern gefordert. Dies steht in einer Diskrepanz zur Leistung, da für die Erbringung der Leistung voraussichtlich jährlich Kosten in Höhe von ca. 0,56 Mio. Euro anfallen werden. Zwar basiert die Kostenschätzung des Antragsgegners aus dem Jahr 2007, allerdings rechtfertigt das nicht, einen vielfach höheren Mindestumsatz (hier ungefähr das 18-fache des geschätzten jährlichen Leistungsumfanges) von den Bewerbern zu verlangen. Hierdurch wird der Wettbewerb in unzulässiger Weise verengt. Es muss gewährleistet werden, dass Unternehmen, die die Leistung in tatsächlicher Hinsicht erbringen können, nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Es ist dabei dem Auftraggeber auch möglich, einen höheren Mindestumsatz als den jährlich geschätzten Auftragswert zu fordern. Dabei ist jedoch ein derartiges Missverhältnis wie vorliegend nicht vertretbar. Auch die von dem Antragsgegner in dem Vergabevermerk gegebene Begründung, dass sichergestellt werden soll, dass das Unternehmen seinen Umsatz nicht allein über den Auftrag realisiert, überzeugt nicht. Der erzielte Umsatz drückt nur aus, in welcher Größenordnung Leistungen in der Vergangenheit erbracht wurden. Hiervon unabhängig scheint der Antragsgegner hier fälschlicherweise davon ausgegangen zu sein, dass der Auftragswert von 5 Mio. Euro sich auf ein Jahr bezieht.

Bei dieser Sachlage ist der Antragsgegner gehalten, auf die Auftragsvergabe zu verzichten, da auf andere Weise der Vergabeverstoß nicht geheilt werden kann. Der Antragsgegner hatte gefordert, dass die Teilnahmeanträge bis zum 04.06.2009 vorzulegen sind. Nach diesem Zeitpunkt ist es dem Antragsgegner nicht möglich, die Teilnahmebedingungen zu ändern. Im laufenden Verfahren wäre er vielmehr an die von ihm selbst aufgestellten Forderungen bei der Auswertung gebunden. Der Antragsgegner kann daher nicht verpflichtet werden, die vom ihm aufgestellte Forderung bei der Wertung der Teilnahmeanträge nicht zu beachten. Im Übrigen würde dadurch die Vergabekammer in das Ermessen des Antragsgegners eingreifen, da es ihm unbenommen ist, einen Mindestumsatz zu fordern, allerdings nicht in der von ihm bislang vorgesehenen Höhe. Sofern er an der Vergabe der Leistung festhalten möchte, ist er daher gehalten, das Vergabeverfahren ab Versendung der Bekanntmachung, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer, zu wiederholen. Hier ist bereits im Übrigen von Bedeutung, dass schon die Bekanntmachung fehlerhaft war, da der Antragsgegner dort nicht den geforderten Eignungsnachweis (Angabe der Höhe des Mindestumsatzes) benannte.

2.4 Hinweise der Vergabekammer

Ohne dass es in dem laufenden Vergabeverfahren darauf ankommt, weist die Vergabekammer darauf hin, dass der Antragsgegner bei einer Wiederholung des Verfahrens sämtliche von ihm geforderten Eignungsnachweise in der Vergabebekanntmachung benennen muss. Diese können in anderen Unterlagen, wie hier Begleitdokument, lediglich

präzisiert werden. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass bereits aus der Vergabebekanntmachung erkennbar sein muss, ob für den Interessenten eine Bewerbung in Betracht kommt. So hat beispielsweise der Auftraggeber die Anforderungen an Referenzen bereits genau in der Bekanntmachung zu beschreiben.

Soweit der Antragsgegner bei der Wiederholung des Vergabeverfahrens Referenzen fordert, sollte er keine Anforderungen stellen, die Unternehmen diskriminieren. In dem laufenden Verfahren erschien es unangemessen, Referenzen von Leistungen zu fordern, die sich zum Teil ausschließlich auf deutsche Kommunalverwaltungen beziehen. Auch wurde möglicherweise der Wettbewerb dadurch unzulässig beschränkt, dass sämtliche Projekte in Deutschland angesiedelt sein mussten. Schließlich müsste gegebenenfalls der Mindestumsatz der letzten drei Jahre für die vier Leistungsbereiche dem Gesamtmindestumsatz angepasst werden.

Es ist schließlich unschädlich, dass der Antragsgegner die Bewertungsmatrix für die Teilnahmeanträge nicht bekannt gegeben hatte. Die Bewerber hatten in den Teilnahmeanträgen lediglich ihre wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit darzustellen. Die Kenntnis der Bewertungsmatrix hätte daher die Erstellung der Teilnahmeanträge nicht beeinflussen können.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich aus § 7a Nr. 4 VOL/A, dass unvollständige Teilnahmeanträge im weiteren Wettbewerb nicht berücksichtigt werden können.

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 der Antragsgegner als Unterliegender 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 der Antragsgegner 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 5,95 Mio. Euro. Dies ergibt eine Gebühr 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.

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. Der Antragsgegner ist hier als Unterliegender 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 Ebert, 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