



SACHSEN-ANHALT

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung: 1 Verg 1/10 OLG Naumburg

Az.: VK 2 LVwA LSA – 30/09

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 22 Nr. 1 Satz 1 VOL/A

- Eingangsvermerke ohne Namenszug
- Annahme der Angebote durch eine an der Vergabe beteiligte Person
- Einstufung des Angebots als Original oder Kopie

Der Eingangsvermerk soll gewährleisten, dass mit dem Namenszeichen eine konkrete Person die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit des gefertigten Vermerks und die Authentizität der Posteingänge übernimmt und im Bedarfsfalle hierfür auch in Verantwortung genommen werden kann. Die Einhaltung dieser Vorschrift ist bei fehlenden Namenszeichen nicht für den Verhandlungsleiter kontrollierbar.

Eine an der Angebotsöffnung beteiligte Person wird dem Sinn nach gegen den § 22 Nr. 1 VOL/A verstoßen, wenn sie Angebote in Empfang genommen hat.

Es ist nicht Aufgabe des Verhandlungsleiters zu entscheiden, welches Angebot als Original bzw. Kopie anzusehen ist. Es bedarf hinsichtlich der Einstufung als Original oder Kopie einer eindeutigen Willenserklärung des Bieters. Dies gilt um so mehr, als das bei Abweichungen das Original maßgeblich sein soll.

.....
Verfahrensbevollmächtigte
.....

Antragstellerin

.....
Verfahrensbevollmächtigte
.....

Antragsgegnerin

.....
Verfahrensbevollmächtigte
.....

Beigeladene

wegen

des Abschlusses eines Dienstleistungsvertrages über die Sammlung, den Transport und die Verwertung von kommunalem Altpapier aus dem hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 18.12.2009 auf die mündliche Verhandlung vom 08.12.2009 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrmann beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ab Versendung der Verdingungsunterlagen zu wiederholen. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Kosten werden aufEuro 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 schrieb die Vergabe über Sammlung, Transport und Verwertung von Altpapier im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) europaweit aus. Die Bekanntmachung erschien amim Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Der Leistungsumfang wurde in Los 1 Sammlung und Transport und Los 2 Verwertung von Altpapier aus dem aufgeteilt.

Entsprechend Punkt II.3) der Veröffentlichung wurde eine Vertragslaufzeit vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2013, ohne Option auf eine Verlängerung, bekannt gegeben. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für ein Los oder beide Lose ein Angebot abzugeben. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Die Bieter hatten nach Pkt. III.2.1 u.a. mit dem Angebot eine Bestätigung der Krankenkasse(n), bei denen der/die Mitarbeiter des Bieters versichert sind, dass der Bieter seine Pflicht zur regelmäßigen Zahlung nachkommt, vorzulegen. Weiterhin konnten Erklärungen oder Nachweise in Kopie vorgelegt werden. Die Antragsgegnerin behielt sich vor, die Originale nachzufordern.

Der Einreichungstermin für die Angebote war auf den 25.09.2009, 9:00 Uhr festgelegt.

Ausweislich Punkt 9 im Teil I (Bewerbungsbedingungen) der Verdingungsunterlagen mussten die Bieter ihre Angebote mit allen nach den Vergabe- und Verdingungsunterlagen erforderlichen Unterlagen im Original und mit zwei Kopien einreichen. Weiterhin war gefordert, dass die Angebote deutlich mit der Aufschrift -Angebotsunterlagen – nicht öffnen! Angebot an die „Altpapier“- gekennzeichnet werden. Auch hatten die Bieter zu versichern, dass die jeweiligen Kopien mit dem Original identisch sind. Bei Abweichungen sollte das Original maßgeblich sein.

Unter Punkt 10.1 bat die Antragsgegnerin, die unter Punkt 10.2 geforderten Unterlagen möglichst dem Angebot beizufügen. Auch wolle sie sich vorbehalten, Nachweise und Erklärungen, die mangels Kalkulationserheblichkeit keinen Einfluss auf die Wettbewerbsstellung haben, nachzufordern, falls diese dem Angebot nicht beigefügt seien. Sie gibt weiter vor, dass sie außer den Versicherungsbestätigungen keinen der unter 10.2 abgefragten Nachweise und Erklärungen als kalkulationsrelevant ansehe.

Im Punkt 10.2. der Bewerbungsbedingungen führt sie die Nachweise auf, die sie zum Beleg der Eignung des jeweiligen Bieters abfragt. Dazu gibt sie unter Punkt 2 die Bestätigung der Krankenkasse(n) an, bei der/bei denen Mitarbeiter des Bieters versichert sind, dass der Bieter seiner Pflicht zur regelmäßigen Zahlung von Beiträgen nachkommt.

Unter Punkt II.1.a) und II.2.a) des Angebotsschreibens gab die Antragsgegnerin für Los 1 und Los 2 eine Berechnungsformel einer möglichen Anpassung der Preise ab dem Jahr 2012 vor.

In der ersten Bieterinformation vom 16.09.2009 nahm die Antragsgegnerin zu der Nachfrage eines Bewerbers, ob es ausreiche, z.B. Bestätigungen von drei Krankenkassen dem Angebot beizulegen, Stellung. Sie erklärte, dass der Bieter Bestätigungen sämtlicher Krankenkassen vorzulegen habe, bei denen die Mitarbeiter seines Unternehmens versichert sind.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 24.09.2009 die Vorgaben in den Verdingungsunterlagen bezüglich der Preisgleitklausel dahingehend, dass diese ein unkalkulierbares Risiko für die Bieter darstelle.

Mit der dritten Bieterinformation vom 24.09.2009 wurde der Einreichungstermin auf den 02.10.2009, 9:00 Uhr sowie der Indizes in der mengenmäßigen Preisgleitung bei dem Los 2 geändert.

Eine nochmalige Information zur Änderung der Indizes in der mengenmäßigen Preisgleitung bei Los 2 erfolgte mit der 4. Bieterinformation vom 25.09.2009.

Insgesamt reichten 6 Bieter fristgemäß ihre Angebote ein. Darunter befanden sich die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladene, die sich jeweils für beide Lose am Wettbewerb beteiligten. Ein Angebot ging am Einreichungstag nach 9:00 Uhr bei der Antragsgegnerin ein. Der Bieter erklärte schriftlich am selben Tag gegenüber der Antragsgegnerin, dass der Transport des Angebotes aufgrund eines Defektes am Fahrzeug nicht fristgemäß erfolgen konnte. Daraufhin nahm die Antragsgegnerin das Angebot mit in die Wertung auf.

Die Antragsgegnerin erklärte in ihrer Niederschrift, dass alle Angebote gemäß § 22 Nr. 3 a) ordnungsgemäß verschlossen und äußerlich gekennzeichnet waren. Weiterhin dokumentiert sie außer bei dem Angebot Nummer 7, dass alle Angebote bis zum Ablauf der Angebotsfrist entsprechend § 22 Nr. 3 b) bei der für den Eingang als zuständig bezeichneten Stelle eingegangen sind.

Bei Sichtung der Unterlagen hat die Vergabekammer festgestellt, dass das Verpackungsmaterial der Angebote der Beigeladenen, der Bieter Nummer 2 und Nummer 7 zwar Eingangsstempel aufweisen, diese jedoch keinen Namenskurzzeichen tragen, um feststellen zu können, wer die Sendung entgegengenommen hat und verwahrt hat. Weiterhin war im Hinblick auf das Angebot des Bieters Nummer 1 das Verpackungsmaterial nicht vorhanden. Im Übrigen fehlte bei den Ausschnitten des Verpackungsmaterials der Angebote 3,4,5 und 7 die in den Bewerbungsbedingungen festgelegte Kennzeichnung des Verpackungsmaterials.

Die Bieter haben weiterhin größtenteils nicht kenntlich gemacht, ob es sich bei den eingereichten Angeboten um Originale oder Kopien gehandelt hat. Auch gab es keine Angaben in der Niederschrift zur Angebotsöffnung, ob die Angebote in der vorgeschriebenen Anzahl je Los vorlagen.

Aus der Prüfung und Wertung der Angebote ging das Angebot der Beigeladenen als das wirtschaftlichste hervor. Zur Auswertung der Angebote bediente sich die Antragsgegnerin eines Ingenieurbüros. Die Antragsgegnerin hatte sich in ihrem Vergabevermerk die Auswertung des Ingenieurbüros zu Eigen gemacht. Ausweislich dieses Vergabevermerkes fand durch die Antragsgegnerin keine Prüfung statt, inwieweit die eingereichten Krankenkassenbescheinigungen sich tatsächlich, wie von ihr gefordert, jeweils auf alle Mitarbeiter der Bieter beziehen. Die Bieter hatten dies auch nicht entsprechend aufgeschlüsselt. Eine Begründung über einen Verzicht der Prüfung, zumindest bei der

Beigeladenen, fehlt im Vergabebericht. Die Beigeladene gab lediglich für das Jahr 2008 an, dass sie über 100 Mitarbeiter beschäftigt hatte. Insgesamt reichte die Beigeladene vier Krankenkassenbescheinigungen mit ihrem Angebot ein. Davon erklärten drei Krankenkassen, dass bei diesen insgesamt 50 versicherungspflichtige Arbeitnehmer gemeldet waren. Die vierte Krankenkassenbescheinigung wies keine Anzahl der Arbeitnehmer auf.

Die Antragstellerin legte mit ihrem Angebot insgesamt 12 Krankenkassenbescheinigungen vor. Es geht lediglich aus vier Krankenkassenbescheinigungen hervor, dass insgesamt 9 versicherungspflichtige Mitarbeiter gemeldet sind. Die Antragstellerin gab vor, im Jahr 2008 über 50 Mitarbeiter beschäftigt zu haben.

Die Antragsgegnerin versandte vorab per Fax am 06.11.2009 gemäß § 101 a Abs. 1 GWB die Informationsschreiben an alle erfolglosen Bieter. Aus dem Schreiben an die Antragstellerin ging hervor, dass ihr Angebot für beide Lose nicht das wirtschaftlichste sei. Weiterhin informierte die Antragsgegnerin darüber, dass das Angebot der Beigeladene frühestens am 17.11.2009 bezuschlagt werden solle.

Die Beigeladene wurde darüber informiert, dass vorgesehen ist, ihr den Zuschlag möglicherweise nach Ablauf einer zehntägigen Wartefrist für beide Lose zu erteilen.

Mit Schreiben vom 10.11.2009 rügte die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit des Informationsschreibens dahingehend, dass ihr hierin nicht die Gründe der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mitgeteilt worden seien. Sie könne die Entscheidung nicht nachvollziehen. Es fehle an der Information, welchen Platz ihr Angebot einnimmt und weshalb das Angebot der Beigeladenen wirtschaftlicher sein solle. Weiterhin sei die Wertung der Angebote nicht gemäß § 25 VOL/A durchgeführt worden, da sie das wirtschaftlichste Angebot vorgelegt hätte. Auch wenn ihr Angebot auf Rang zwei liegen sollte, müsse das Vergabeverfahren aufgehoben werden, weil die Beigeladene nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde verfüge. Dies betreffe insbesondere die Frage des Mindestlohnes und der eigenen Referenzen.

Ebenso habe die Beigeladene ein Unterpreisangebot vorgelegt, auf das der Zuschlag nicht erteilt werden dürfe. Es ermangele hierbei an einer ordnungsgemäßen Kalkulation bezüglich des Mindestlohnes. Abzustellen sei bei der Wertung der Angebote grundsätzlich auf die Endsumme und nicht auf die Summen der einzelnen Lose oder andere Positionen des Leistungsverzeichnisses. Die Antragstellerin sei seit vielen Jahren im Entsorgungsgebiet tätig. Sie könne daher bei der Kalkulation des Angebotes im Gegensatz zu der Beigeladenen und anderen Bietern viele Vorteile nutzen (wie z.B. bestehender Betriebshof, Sortieranlage etc.).

Mit Schreiben vom 12.11.2009 erklärte die Antragsgegnerin, der Rüge nicht abhelfen zu wollen.

Die Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13.11.2009 erneut auf, ihre Entscheidung zu überdenken und erklärte weiterhin bei Nichtabhelfen einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer zu stellen.

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 14.11.2009 per Fax am 16.11.2009 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt. Sie vertiefte das Vorbringen aus den Rügeschreiben. Sie ist der Meinung, dass aufgrund der sprachlichen Änderung durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 die Antragsgegnerin die Regelungen des § 101 a GWB in dem Informationsschreiben nicht beachtet habe. Auch wäre im Ergebnis einer willkürfreien Wertung der Angebote entsprechend § 25 VOL/A das Angebot der Antragstellerin als das wirtschaftlichste hervorgegangen. Weiterhin habe die Antragsgegnerin ihren Rügen bezüglich der Indizes nur pro forma abgeholfen. Die Antragstellerin habe hinreichend dargelegt, dass der Abrechnungspreis sich nie am Marktniveau entwickle. Die Antragsgegnerin hätte überprüfen müssen, ob eine Veränderung der Berechnung der vermeintlichen Bestbieter nach der 3. und 4. Bieterinformation stattgefunden habe. Insbesondere, da die erstplatzierten und

zweitplazierten Bieter mit ihren Angebotssummen dicht beieinander lägen, sei zu vermuten, dass diese sich entweder verrechnet hätten oder Unterpreisangebote vorgelegt hätten. Dies führe in beiden Fällen unweigerlich zum Angebotsausschluss. Schließlich hätte die Antragsgegnerin bei ihrer Preisprüfung nicht die Entscheidungen des OLG Rostock vom 06.03.2009 beachtet.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin nicht die Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde der vor der Antragstellerin liegenden Bieter geprüft, da diese Angebote wegen Ermangelung derselben vom weiteren Vergabeverfahren hätten ausgeschlossen werden müssen. Die Antragstellerin habe die erkannten Vergabefehler ordnungsgemäß gerügt und dies hinreichend begründet. Die Vergabekammer sei berechtigt, weitere Vergabeverstöße von Amts wegen aufzugreifen. Die Fehler in der Dokumentation des Vergabeverfahrens müssten zu einer Aufhebung führen. Die Eingangsstempel auf den Angebotsumschlägen der Bieter seien unzureichend. Die Formvorschriften seien strikt einzuhalten und dienten dazu, Gefahrenquellen für mögliche Manipulationen auszuschließen. Es sei nicht entscheidend, ob dies für die Vergabe relevant sei. Hinsichtlich der Prüfung der Vorlagebestätigung der Krankenkassen sei die Eignungsprüfung nicht ausreichend. Schließlich verfüge die Beigeladene über deutlich höhere Vorhalte- und Transportkosten als die Beigeladene, da sie sich im Auftragsgebiet nicht einmieten müsse. Dies lasse den Schluss zu, dass sie nur deshalb einen niedrigen Wertungspreis erzielt habe, weil die von ihr kalkulierten Erlöse unrealistisch seien. Schließlich habe die Antragsgegnerin die Auswahlentscheidung nicht unter ihrer ausschließlichen Verantwortung getroffen. Sie habe den Vorschlag des Ingenieurbüros nicht eigenständig geprüft und sich damit auseinander gesetzt.

Sie beantragt,

der Antragsgegnerin zu untersagen, den o.g. Auftrag zu vergeben,

hilfsweise,

dass die Kammer unabhängig von den Anträgen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinwirkt (vgl. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB).

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin vom 14.11.2009 zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die Rügen der Antragstellerin wären nicht hinreichend substantiiert. Sie ist der Ansicht, dass sie insbesondere den Rügen der Antragstellerin durch die Korrektur der Bezugswerte für die Preisanpassung im Los 2 mit ihren Bieterinformationen drei und vier abgeholfen habe. Nach der formellen Wertung der Angebote und der Eignungsprüfung der Beigeladenen und der Antragstellerin gäbe es keine Ausschlussgründe für beide Bieter am weiteren Vergabeverfahren. Im Ergebnis der anschließenden Preisprüfung ginge das Angebot der Beigeladenen als das wirtschaftlichste für beide Lose hervor. Die Preisunterschiede zwischen dem erstplazierten und zweitplazierten wiesen weniger als 10 % in beiden Losen aus. Die Angebote der zweitplazierten Bieter kämen auch als seriöse Vergleichsgrößen in Betracht. Auch lägen diese Angebote über der von der Antragsgegnerin durchgeführten Kostenschätzung. Bezüglich der gerügten Fehler im Vergabeverfahren habe die Antragsgegnerin diese gegenüber der Antragstellerin vollumfänglich beantwortet. Auf Verlangen der Antragstellerin sei die Antragsgegnerin auch bereit, im Rahmen des § 27 a VOL/A weitere Informationen über die nichtberücksichtigten Angebote zu erteilen.

Die Antragsgegnerin habe im Laufe des Vergabeverfahrens Nachfragen und Rügen sorgfältig geprüft und ggf. durch entsprechende Mitteilungen Abhilfe geschaffen. Dass die Antragsgegnerin die Hinweise der Bewerber gewissenhaft geprüft habe, sei auch daran erkennbar, dass sie die Verdingungsunterlagen teilweise geändert und demzufolge auch den Einreichungstermin verschoben habe.

Schließlich habe die Antragsgegnerin alle Bieter im Sinne des § 101 a GWB über die vorgesehene Bezuschlagung des Angebotes der Beigeladenen informiert. Eine weitere Begründung, dass das Angebot der Beigeladenen aufgrund des günstigsten Wertungspreises bezuschlagt werden solle sei entbehrlich. Schließlich wäre lediglich der Preis als Wertungskriterium benannt.

Soweit einzelne Eingangsvermerke unvollständig wären, hätte dies keine ausschlaggebende Bedeutung. Allenfalls komme eine Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand der Angebotsaufforderung in Betracht. Jedenfalls fehlten diese Vermerke nicht bei allen Angeboten. Die Antragsgegnerin habe unabhängig hiervon im Submissionsprotokoll den fristgemäßen Eingang der Angebote ordnungsgemäß dokumentiert. Sie hatte im Übrigen eidesstattliche Erklärungen von drei Mitarbeitern vorgelegt, wonach die Angebote fristgemäß eingegangen seien. Der verspätete Eingang eines Angebotes stehe nicht in Streit. Ziehe man unabhängig hiervon den Schluss, dass auf Grund der fehlenden Namenskürzel einzelne Verfahrensstufen wiederholt werden müssten, überspanne man die Anforderungen des Vergaberechts. Vielmehr komme es auf Grund der Begleitumstände auf eine ordnungsgemäße Kennzeichnung der Angebote nicht mehr an. Auch die Bestätigungen der Krankenkassen seien bei allen Bietern vollständig. Im Übrigen habe sich die Antragsgegnerin ausdrücklich vorbehalten, Nachweise nachzufordern. Die Antragsgegnerin habe im Zuge einer Plausibilitätsprüfung keine Zweifel daran gehabt, dass die eingereichten Nachweise der Beigeladenen sämtliche Mitarbeiter umfassten. Die Antragsgegnerin habe in zulässiger Weise mit Beratern kooperiert.

Die Beigeladene hat davon abgesehen, einen Antrag zu stellen. Sie vertritt die Auffassung, dass die Rügen der Antragstellerin unzureichend wären. Sie habe keine Anhaltspunkte oder Indizien benannt, aus denen sich der Verdacht eines Vergabeverstößes ergebe. Hinsichtlich des behaupteten Vergaberechtsverstößes gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A sei zu bedenken, dass diese Vorschrift nicht bieterschützend sei. Die Antragstellerin könne sich hierauf nicht berufen. Sie könne auch nicht darlegen, dass ihr durch die behaupteten Verstöße ein Schaden zu entstehen drohe. Sie liege in Bezug auf Los 2 lediglich auf Platz 3. Im Hinblick auf die behauptete unzureichende Information nach § 101 a GWB habe die Antragstellerin kein Rechtsschutzbedürfnis. Die Rüge vom 24.09.2009 sei im Übrigen präkludiert, da die Antragstellerin nicht innerhalb von 15 Tagen nach Eingang der Beantwortung einen Nachprüfungsantrag gestellt habe. Auch genüge der Nachprüfungsantrag nicht der Form des § 108 GWB. Da der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, sei die Vergabekammer nicht berechtigt, von Amts wegen die Vergaberechtsverstöße aufzugreifen. Sie sei unabhängig davon zu einer umfassenden Rechtskontrolle nicht verpflichtet. Im Übrigen sei das Informationsschreiben der Antragsgegnerin ausreichend. Außerdem habe die Antragsgegnerin im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung festgestellt, dass die Beigeladene den Nachweis der Krankenkassen vollständig erbracht habe. Selbst wenn das Angebot unvollständig wäre, sei der Beigeladenen Gelegenheit zu geben, die Nachweise nachzureichen. Im Übrigen habe die Beigeladene die Kopien der Angebote in der geforderten Form vorgelegt. Es sei unschädlich, dass bei einigen Angeboten das Namenskürzel beim Eingangsvermerk fehle. Dies sei nur erheblich, wenn die Rechtzeitigkeit des Eingangs in Zweifel stünde.

Der Beigeladenen sei durch Empfangsbekanntnis mit Unterschrift durch die Antragsgegnerin bestätigt worden, dass der Eingang ihres Angebotes rechtzeitig erfolgte. Sie hatte dieses Empfangsbekanntnis in der mündlichen Verhandlung der Vergabekammer vorgelegt.

In der mündlichen Verhandlung am 08.12.2009 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.

Mit Beschluss vom 01.12.2009 wurde dieGmbH zum Verfahren beigegeben.

Die von der Antragstellerin mit dem Nachprüfungsantrag beantragte Akteneinsicht wurde ihr mit Beschluss vom 30.11.2009 teilweise gewährt.

Die Beigeladene beantragte ebenfalls am 04.12.2009 Akteneinsicht, welche ihr mit Beschluss vom 07.12.2009 teilweise zugestanden wurde.

II

Der Antrag ist teilweise zulässig und teilweise begründet.

1.1. Zulässigkeit

Der Antrag ist teilweise zulässig.

1.1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114 ff.), geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23.04.2009 (BGBl. I S. 790), zuletzt geändert am 15.07.2009 (BGBl. I S. 1795) i.V.m. der Vergabeverordnung vom 23.10.2006 (BGBl. I S. 2334), modifiziert durch Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 vom 05.12.2007, geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23.04.2009 (BGBl. I S. 790), zuletzt geändert am 15.07.2009 (BGBl. I S. 1795) sowie RdErl. des MW vom 04.03.1999 – Einrichtung der Vergabekammern LSA – (MBI. LSA Nr. 13/99), zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 (MBI. LSA Nr. 57/2003) i.V.m. d. Gem. Geschäftsordnung d. VgK, Bek. des MW v. 05.08.2009 (MBI. LSA Nr. 33/2009) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 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 mit einem geschätzten Wert der Gesamtmenge ohne Mehrwertsteuer vonEuro bei Weitem überschritten.

1.1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt.

Nach § 107 Abs. 2 GWB 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 hatte ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebotes dokumentiert. Sie hat auch hinreichend dargelegt, dass ihr durch die geltend gemachten Vergabeverstöße ein Schaden droht. Auch soweit sie sich darauf beruft, dass die Beigeladene angeblich ein rechtswidriges Unterpreisangebot mit Verdrängungsabsicht abgegeben habe, kann sie sich auf eine mögliche Verletzung eigener Rechte berufen. Die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A schützt, anders als die Beigeladene meint, insoweit auch konkurrierende Bieter. Bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften wird der

Wettbewerb beeinträchtigt. Die Aussichten der Bieter auf die Zuschlagserteilung, die ein ordnungsgemäßes Angebot abgegeben haben, werden gemindert. Im Übrigen haben die Bieter Anspruch auf Einhaltung dieser Vorschrift nach § 97 Abs. 7 GWB (vgl. OLG Celle, 30.04.1999-13 Verg 1/99; OLG Jena, 22.12.1999-6 Verg 3/99). Auch soweit die Antragstellerin mit ihrem Angebot für Los 2 lediglich den dritten Platz einnimmt, steht dies einer Antragsbefugnis nicht entgegen. Sie hat in ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemacht, dass die vor ihr liegenden Bieter auszuschließen seien. Damit hat sie hinreichend dargelegt, dass ihr bei Einhaltung der Vergabevorschriften ein Schaden zu entstehen droht.

1.1.3 Rügeobliegenheit

Soweit sich die Antragstellerin mit ihrer Rüge vom 24.09.2009 gegen die Preisgleitklausel wendet, ist dieses Vorbringen präkludiert; im Übrigen hat sie jedoch die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 Abs. 3 GWB größtenteils eingehalten.

Der Antrag ist nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB unzulässig, soweit der Antragsteller mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Sofern die Antragstellerin in der vierten Bieterinformation vom 25.09.2009 keine Abhilfe ihrer Rüge sieht, hätte sie innerhalb dieses Zeitraumes einen Nachprüfungsantrag stellen müssen. Sie hat jedoch erst am 16.11.2009 einen solchen Antrag eingereicht. Insoweit sind die dort geltend gemachten Vergabeverstöße bezüglich der Preisgleitklausel und damit des unkalkulierbaren Risikos bei der Angebotserstellung präkludiert.

Im Hinblick auf die Rüge vom 10.11.2009 ist der Antrag jedoch nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB größtenteils zulässig. Die Antragstellerin hat im Sinne dieser Vorschrift die von ihr geltend gemachten Verstöße gegen das Vergaberecht unverzüglich nach Kenntnis gerügt. Sie hatte ihre Rüge vier Tage nach Erhalt des Informationsschreibens vom 06.11.2009 angebracht. Aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, muss die Rüge je nach Lage des Einzelfalles in der Regel 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. Diese Frist hat die Antragstellerin eingehalten. Bei der gegebenen Sachlage erscheint es nicht angemessen, der Antragstellerin einen kürzeren Zeitraum als vier Tage zuzubilligen. Anders als die Beigeladene und die Antragsgegnerin meinen, hat die Antragstellerin auch nicht ohne weitere Anhaltspunkte „ins Blaue hinein“ gerügt. Vielmehr hat sie ausgeführt, dass sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, da sie seit vielen Jahren in diesem Gebiet als Entsorger tätig sei. Sie könne daher im Gegensatz zur Beigeladenen und anderen Bietern viele Vorteile bei der Kalkulation des Angebotes nutzen. Hieraus ergab sich aus ihrer Sicht der Schluss, dass die anderen Bieter ein Unterpreisangebot abgegeben hätten und die Antragsgegnerin die Angebote nicht ordnungsgemäß gewertet hätte. Weitere Darlegungen können von der Antragstellerin nicht verlangt werden, da ihr die Angebote der konkurrierenden Bieter nicht bekannt sind (vgl. zu einer ähnlichen Fallkonstellation OLG Düsseldorf vom 23.01.2008-Verg 36/07). Sie hat auch hinreichend ausgeführt, dass die Bieterinformation aus ihrer Sicht unzureichend wäre. Soweit die Antragstellerin dagegen geltend gemacht hat, dass die Beigeladene nicht über die geforderte Eignung verfüge, ist dieses Vorbringen nicht weiter substantiiert worden. Damit ist dieses Vorbringen nicht weiter beachtlich (vgl. OLG München, 07.08.2007-Verg 8/07). Die Antragsgegnerin war bei der Pauschalität dieses Vorwurfes nicht in der Lage, hierauf angemessen zu reagieren, sondern konnte ihrerseits nur allgemein darauf verweisen, dass die Beigeladene aus ihrer Sicht geeignet ist.

1.1.4 Formerfordernis des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag entspricht den Formerfordernis des § 108 Abs. 2 GWB. Nach dieser Vorschrift muss die Begründung eines Nachprüfungsantrages die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten sowie darlegen, dass eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist; sie soll, soweit bekannt,

die sonstigen Beteiligten benennen. Insoweit hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag jedenfalls zu der Frage der unzureichenden Bieterinformation sowie zu angeblichen Fehlern in der Wertung der Angebote hinreichend begründet. Diesbezüglich wird auf die vorangegangenen Ausführungen Bezug genommen.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

Unabhängig von dem Vorbringen aus dem Nachprüfungsantrag vom 14.11.2009 ist die Antragstellerin aufgrund der durch die Vergabekammer festgestellten schwerwiegenden Verstöße gegen § 22 Nr. 1 Satz 1 VOL/A und Wertung der Angebote gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A in ihren Rechten verletzt. Die Antragsgegnerin ist daher gehalten, dass Vergabeverfahren ab der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen.

Die Vergabekammer ist nach § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Sie erforscht den Sachverhalt von Amts wegen nach § 110 Abs. 1 GWB. Sie kann sich dabei auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Hierbei hat sie jedenfalls Umstände zu berücksichtigen, die aus der Vergabeakte ersichtlich sind (vgl. Begründung zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl. I S. 790). Zwar ist die Vergabekammer zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle nicht verpflichtet. Die Vergabekammer hält es jedoch für geboten, die nachfolgend genannten Vergaberechtsverstöße aufgrund ihrer Bedeutung aufzugreifen. Durch diese Verstöße werden auch Rechte der Antragstellerin verletzt. Sie konnte diese ursprünglich nicht selbst geltend machen, da sie eine entsprechende Kenntnis nicht erlangen konnte.

Im Einzelnen:

2.1 Unzureichender Eingangsvermerk der Angebote

Die Antragsgegnerin sah bei drei Angeboten, unter anderem bei der Beigeladenen, davon ab, die Eingangsvermerke mit einem Namenszug zu versehen. Die Antragsgegnerin hat dadurch gegen die Regelungen des § 22 Nr. 1 Satz 1 VOL/A verstoßen. Ein Vermerk i.S. dieser Vorschrift dient der Beweissicherung. Er muss daher in einem förmlichen Verfahren den Aussteller erkennen lassen. Der Eingangsvermerk soll sicher stellen, dass der Wettbewerb zwischen den Bietern unter gleichen Voraussetzungen stattfindet und nicht einzelne Bieter ihr Angebot nachträglich verändern. Er soll dokumentieren, dass die Angebote fristgemäß eingegangen sind. Um bei Vertretungs- und Mehrfachvertretungsfällen eindeutig festzustellen, wer die Sendung entgegen genommen und verwahrt hat, ist ein Namenszug unabdingbar. Schließlich soll gewährleistet sein, dass mit dem Namenszeichen eine konkrete Person die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit des gefertigten Vermerks und die Authentizität der Posteingänge übernimmt und im Bedarfsfalle hierfür auch in Verantwortung genommen werden kann (vgl. OLG Naumburg 31.03.2008, 1 Verg 1/08). Dies war auf Grund der fehlenden Namenszeichen nicht gewährleistet. Die Einhaltung dieser Vorschrift ist bieterschützend. Weiterhin soll die ordnungsgemäße Kennzeichnung dem Verhandlungsleiter die Feststellungen nach § 22 Nr. 3 a) VOL/A ermöglichen. Insoweit beinhaltet die Niederschrift zur Angebotsöffnung vom 02.10.2009 unzutreffende Angaben. Dort ist hinsichtlich der drei Angebote gerade nicht festgestellt worden, dass die Kennzeichnung unzureichend ist. Diese Niederschrift kann aber schon allein deshalb den Eingangsvermerk nicht ersetzen, da es an der geforderten Unmittelbarkeit der Kennzeichnung fehlt. Aus diesem Grund soll das Verpackungsmaterial der Angebote selbst gekennzeichnet werden. Vor diesem Hintergrund machen auch weder das Empfangsbekennnis, das die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung übergeben hatte, noch die von der Antragsgegnerin überreichten eidesstattlich Erklärungen den

Eingangsvermerk entbehrlich. Soweit sich die Beigeladene und die Antragsgegnerin auf die Entscheidungen des OLG Naumburg , Beschluss vom 29.01.2009- 1 Verg 10/08 und Beschluss vom 02.04.2009 – 1 Verg 10/08, bezogen, war insoweit ein anderer Sachverhalt gegeben. Diese Entscheidungen betrafen ein Verhandlungsverfahren, für das der § 22 VOL/A ohnehin nur eingeschränkt Anwendung findet. Die Beigeladene und die Antragsgegnerin können sich demgemäß nicht darauf berufen, dass dieser Verstoß für die Vergabe nicht relevant sei. Die Vorschrift über die Dokumentation des Vergabeverfahrens sind zwingend einzuhalten, um mögliche Manipulationen weitestgehend auszuschließen. Darüber hinaus soll den Eingangsvermerk ein an der Vergabe nicht beteiligter Dritter anbringen. Die Einhaltung dieser Vorschrift ist bei fehlenden Namenszeichen nicht für den Verhandlungsleiter kontrollierbar. Aus dem Empfangsbekanntnis und aus der eidesstattlichen Erklärung wird jedoch deutlich, dass Frau zwei Angebote entgegen nahm. Sie war auch an der Angebotsöffnung beteiligt und hatte dies mit ihrer Unterschrift in der hierbei gefertigten Niederschrift dokumentiert. Hiermit wird jedenfalls dem Sinn nach gegen den § 22 Nr. 1 VOL/A verstoßen, da die Angebote durch eine an der Vergabe nicht beteiligte Person in Empfang genommen werden sollen.

2.2 Kennzeichnung Originalangebot und Kopien

Die Bieter (so auch die Antragstellerin und die Beigeladene) haben es größtenteils versäumt zu versichern, dass die jeweiligen Kopien mit dem Original der Angebote identisch sind. Dies war jedoch nach Ziff. 9 S. 5 der Bewerbungsbedingungen gefordert. Ein Großteil der Bieter hatte es unterlassen, ihre Angebote als Original oder Kopie zu kennzeichnen. Vielmehr haben sie bei der Angebotsöffnung offensichtlich dem Verhandlungsleiter die Entscheidung überlassen, welches Angebot als Original bzw. Kopie anzusehen ist. Dies widerspricht den Aufgaben eines Verhandlungsleiters. Seine alleinige Aufgabe ist es, festzustellen, ob die Angebote ordnungsgemäß verschlossen und äußerlich gekennzeichnet sind und bis zum Ablauf der Angebotsfrist bei der für den Eingang der zuständig bezeichneten Stelle eingegangen sind. Um späteren Manipulationsversuchen oder Unklarheiten zu begegnen, bedarf es hinsichtlich der Einstufung als Original oder Kopie einer eindeutigen Willenserklärung des Bieters. Dies gilt um so mehr, als das bei Abweichungen das Original maßgeblich sein soll (vgl. Ziff. 9 S. 5 der Bewerbungsbedingungen). Unzutreffend hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Kopien und Originale in allen Fällen unkompliziert zu unterscheiden wären. So hatte die Beigeladene die von der Antragsgegnerin im Original versendeten Verträge nicht unterzeichnet. Sie hat lediglich die Unterschrift im Original auf einer Kopie vorgenommen. Darüberhinaus waren bei einigen Angeboten nur Kopien der entsprechenden Angebotsunterlagen ausgefüllt worden.

2.3 Unzureichende Eignungsprüfung

Die Antragsgegnerin hatte in ihrer Vergabebekanntmachung unter Teilnahmebedingungen vorgegeben, dass die Bieter die Bestätigung über die regelmäßige Zahlung an die Krankenkasse(n), bei der /bei denen Mitarbeiter des Bieters versichert sind, vorlegt. Dies ist so zu verstehen, dass der entsprechende Nachweis beim Offenen Verfahren mit dem Angebot vorlegt wird. Die Antragsgegnerin hat jedoch diese Vorgabe in zulässiger Weise modifiziert. Sie hat in den Bewerbungsbedingungen sich vorbehalten, u.a. den entsprechenden Nachweis nachzufordern. Die Antragsgegnerin war jedoch gehalten, zu prüfen, ob jedenfalls die Beigeladene die von ihr selbst gestellten Anforderungen erfüllt. Dieser Pflicht ist sie bislang nicht im ausreichenden Maße nachgekommen. Sie hat in ihren Bieterinformationen ausdrücklich präzisiert, dass die Unternehmen die Nachweise von sämtlichen Krankenkassen ihrer Beschäftigten vorzulegen haben. Dies kann jedenfalls aus dem Angebot der Beigeladenen nicht nachvollzogen werden. Soweit die Antragsgegnerin insoweit eine sogenannte Plausibilitätsprüfung vorgenommen haben will, ist dies nicht dokumentiert. Sie hat in dem Vergabevermerk nur die Krankenkassen, von denen die Bieter die einzelnen Nachweise vorgelegt hatten, einschließlich des Ausstellungsdatums, benannt. Im Übrigen wäre diese sogenannte Plausibilitätsprüfung in dieser Form auch nicht

ausreichend gewesen. Die Antragsgegnerin hätte sich aus Transparenzgründen vielmehr davon überzeugen müssen, dass für jeden einzelnen Mitarbeiter des Unternehmens ein entsprechender Nachweis vorliegt. Dies hätte sie auch dokumentieren müssen. Sie ist insoweit an ihre eigenen Vorgaben gebunden. Es ist dabei nicht ausreichend, dass sie sich dabei lediglich auf Mitarbeiterzahlen aus den Jahren 2006 bis 2008 orientiert. Vielmehr hat sie die aktuelle Mitarbeiterzahl des Unternehmens zu berücksichtigen.

2.4 Zu treffende Maßnahmen der Vergabekammer

Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt zu wiederholen, ab dem ein Vergabeverstöß vorliegt. Dies ist ab Versendung zur Angebotsaufforderung erforderlich, da die Vergabefehler ab der Anbringung der Eingangsvermerke aufgetreten sind. Auf andere Weise können diese nicht behoben werden. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob die weiteren von der Antragstellerin vorgebrachten Vergabeverstöße vorliegen. Jedoch kann das Vorinformationsschreiben der Antragsgegnerin wohl als ausreichend angesehen werden. Die Antragsgegnerin hatte vorgegeben, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Vor diesem Hintergrund genügt die Information, dass die Angebote der erfolglosen Bieter nicht die wirtschaftlichsten sind. Weiterhin liegt bei der Beigeladenen, aufgrund der geringen Preisdifferenzen zu den nachfolgenden Angeboten und der Kostenschätzung der Antragsgegnerin, wahrscheinlich kein Unterpreisangebot vor. Schließlich hat die Antragsgegnerin in zulässiger Weise bei der Angebotsprüfung sich eines Dritten bedient. Die Zuschlagentscheidung hat sie jedoch selbst getroffen.

Kostenentscheidung

III

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V. Abs. 3 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, da sie mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen ist. 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 ab Angebotsaufforderung zu wiederholen, was von außerordentlichem großem Gewicht ist.

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 bilden die Angebotssummen der Antragstellerin hochgerechnet auf vier Jahre. Dies ergibt eine Gebühr in Höhe von Euro zuzüglichEuro für Auslagen.

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

Die Beigeladene war nicht zur Kostentragung heranzuziehen, da sie keine eigenen Anträge gestellt hatte.

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).

Die Antragsgegnerin hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses einen Betrag in Höhe von Euro unter Verwendung des Kassenzzeichens auf das Konto bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ einzuzahlen. Der Antragstellerin wird der bereits geleistete Kostenvorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet. Dazu wird um Angabe der Bankverbindung gebeten.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Herrmann, 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