



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 2 Verg 3/11 vom 18.08.2011

AZ: 1 VK LSA 57/10

Halle, 07.04.2011

§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 4 GWB
§ 25 Nr. 1 Abs. 2a) i.V.m. § 21 Nr. 1 Satz 1 VOL/A 2006
§ 97 Abs. 2 GWB, § 114 Abs. 1 GWB

- Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB
- zulässige Rügefrist von 7 Tagen
- Anwendung des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB
- Ausschluss aller Angebote und daher anschließende Aufhebung des Verfahrens
- preisliches Fortwirken der im Offenen Verfahren abgegebenen Angebote in das Verhandlungsverfahren
- Anweisung zur Aufhebung durch Kammer bei schwerwiegenden Verstößen

Es ist von einer unzureichenden Information im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB zwecks Eingreifens einer Rechtsbehelfsfrist auszugehen, wenn der AG ausschließlich auf § 107 GWB mit den Absätzen 1 und 2 hinweist.

Das Formular der Bewerbererklärung nach Abschnitt 2 entspricht inhaltlich nicht vollumfänglich dem nach Abschnitt 1.

Eine Beeinträchtigung drittschützender vergaberechtlicher Bestimmungen zu Lasten eines Bieters liegt vor, wenn er gezwungen wird mit Bietern zu konkurrieren, die einem anderen Anforderungsprofil unterworfen wurden.

Bei schweren Verstößen ist trotz Präclusion eine Aufhebung des Vergabeverfahrens ausnahmsweise durch die Kammer möglich.

In dem Nachprüfungsverfahren

der Fa..... GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

Antragstellerin

gegen

die
.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

.....GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigter
.....

Beigeladene

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in dem Verfahren zur Vermarktung und Verwertung von Altpapier hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 16.03.2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das streitbefangene Verhandlungsverfahren aufzuheben.
2. Die Kosten des Verfahrens, samt der Kosten für die Rechtsverfolgung der Antragstellerin, trägt die Antragsgegnerin.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.
4. Die Hinzuziehung einer anwaltlichen Vertretung der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

G r ü n d e

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A 2006) die Vermarktung und Verwertung von 13.000 t Altpapier der Stadt einschließlich der Annahme an einer Übergabestelle und den Transport zur Verwertungsanlage für den Zeitraum vom 01.01.2011 bis zum 31.12.2011 aus. In dieser wurde ausweislich Punkt IV. 2.1) als Zuschlagskriterium ausschließlich der niedrigste Preis bekanntgegeben.

Gemäß Abschnitt III der Bekanntmachung legte der Auftraggeber verschiedene Teilnahmebedingungen fest.

So sollten die Bieter nach Punkt 2.1) u. a. mit dem Angebot die Bewerbererklärung gemäß Runderlass (RdErl.) des MW LSA vom 21.11.2008-41-32570/3 vorlegen. Nach Punkt 2.3 wurde u.a. eine Beschreibung der technischen Ausrüstung bzw. der technischen Anlagen gefordert. Zudem waren Betriebsgenehmigungen für die Umladestelle und die Verwertungsanlage einzureichen.

Mit den Ausschreibungsunterlagen erhielten die Bieter ein Angebotsschreiben, dem als Anlagen Formulare der Bewerbererklärung nach Abschnitt 2 einschließlich des Nachunternehmerverzeichnisses gemäß dem vorgenannten Runderlass beigelegt waren. Diese waren von Bietern und Nachunternehmern gleichsam auszufüllen. Entsprechend Punkt 3.1 der Bewerbungsbedingungen bestimmte der Auftraggeber, dass für das Angebot die übersandten Vordrucke zu verwenden waren. Die Verwendung selbst gefertigter Vervielfältigen, Abschriften und Kurzfassungen, ausgenommen beim Leistungsverzeichnis, war unzulässig.

Unter den Abschnitten 2.3 und 2.4 der Leistungsbeschreibung wurde durch den Auftraggeber festgelegt, dass die Bieter Angaben zur Umladestation sowie zur Verwertungsanlage einzutragen haben. Diesbezüglich war gefordert, den Namen der Anlage, den Betreiber und dessen Genehmigungsdaten anzugeben. Zudem waren die entsprechenden Genehmigungen nachzuweisen. Darüber hinaus ist dargelegt, dass dem Angebot neben dem Genehmigungsbescheid eine Beschreibung der Verfahrensabläufe in der Verwertungsanlage sowie eine Erläuterung der vertraglichen Beziehung des Auftragnehmers zum Betreiber der Verwertungsanlage bzw. seine Zugriffsrechte auf diese Anlage beizulegen sind.

Im Ergebnis von Bieteranfragen korrigierte der Auftraggeber mittels Schreiben vom 02.07.2010 die im Aufforderungsschreiben falsch zitierten Paragraphen zur Abforderung von Nachweisen gemäß § 7a VOL/A. In Übereinstimmung mit dem Aufforderungsschreiben wies die Antragsgegnerin nochmals ausdrücklich darauf hin, dass alle vorgenannten Nachweise und Angaben dem Angebot beizufügen waren. Zusätzlich findet sich unter Punkt 4. der mit „Vertragliche Beziehungen des Auftragnehmers zum Betreiber der Umladestelle bzw. der Verwertungsanlage“ überschriebenen Absatz folgende auftraggeberseitige Festlegung:

„Auch bei Einbeziehung eines Papiervermarkters ist der geplante Verwertungsweg für das Altpapier zu beschreiben und die vertraglichen Beziehungen nachzuweisen. Ohne diese Nachweise ist eine Prüfung der Einhaltung der rechtlichen Vorgaben für die Verwertung von Altpapier durch die Vergabestelle nicht möglich.

Der Papiervermarkter ist ein Nachunternehmer, ebenfalls die beauftragte Papierfabrik, Nachunternehmererklärungen sind auszufüllen.“

Insgesamt reichten 7 Bieter, darunter auch die Antragstellerin und die Beigeladene, bis zum 13.07.2010, 10:00 Uhr fristgemäß ein Angebot ein. Ausweislich des Vergabevermerkes der Antragsgegnerin wurden alle Angebote ausgeschlossen, da kein Angebot eingegangen wäre, das den Ausschreibungsbedingungen in vollem Umfang entspreche. Hinsichtlich der Antragstellerin begründete die Antragsgegnerin ihre Entscheidung dahingehend, dass eine Bewerbererklärung entgegen der Abforderung nicht nach Abschnitt 2, sondern lediglich nach Abschnitt 1 vorgelegt worden sei. Außerdem fehle für die Umladestation die Genehmigung nach Bundesimmissionsschutzgesetz.

Seitens des Angebotes des Beigeladenen würden einerseits Angaben bezüglich der Verfahrensabläufe in der Verwertungsanlage sowie andererseits die Bewerbererklärung für den Nachunternehmer des Papiereinkaufs fehlen. Darüber hinaus beinhalte das Angebot ebenso keine Genehmigung für die Umladestation.

Alle übrigen Angebote wären ebenso unvollständig. So fehlten entsprechende Bewerberklärungen bzw. notwendige Genehmigungen wären nicht oder nicht vollständig vorgelegt worden.

Mittels Fax-Schreiben vom 28.07.2010 teilte die Antragsgegnerin allen Bietern mit, dass das Offene Verfahren aufgehoben wurde, da kein Angebot den Ausschreibungsbedingungen in vollem Umfang entsprochen habe und daher alle gemäß § 25 VOL/A von der Wertung auszuschließen wären.

Im Übrigen wurde auftraggeberseitig darüber informiert, dass erneut ein Verfahren gemäß § 3 EG 3 a) VOL/A im Verhandlungsverfahren eingeleitet werde. Gleichfalls wurden die Bieter zum 05.08.2010 zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert.

Daraufhin hat die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes als auch die Aufhebung der Ausschreibung mit Fax-Schreiben vom 30.07.2010 gegenüber der Antragsgegnerin ge-

rügt. Sie vertritt rügeseitig die Auffassung, dass der Ausschluss ihres Angebotes rechtswidrig sei, da ein tragfähiger Grund weder mitgeteilt worden sei noch vorliege. Aufgrund der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses hätte das Offene Verfahren nicht aufgehoben werden dürfen. Die Antragstellerin bat um Überprüfung der Entscheidung bzw. im Falle der Nichtabhilfe um Mitteilung der Ausschlussgründe. Des Weiteren legte sie dar, dass sie ungeachtet dessen, zur Wahrung ihrer Rechtsposition, den Termin am Verhandlungsgespräch am 05.08.2010 bestätige. Allerdings gehe sie davon aus, dass es zum Verhandlungsgespräch aufgrund der Überprüfung der Vorgehensweise nicht kommen werde.

Die Antragsgegnerin reagierte auf die Rüge per Faxschreiben am 02.08.2010, half dieser jedoch nicht ab. Stattdessen legt sie dar, dass der Ausschluss gerechtfertigt sei, da eine im Angebot enthaltene Bewerbererklärung nicht den Anforderungen der Bewerbungsbedingungen Punkt 3.1 entspreche. Auftraggeberseitig sei vorgegeben worden, dass die Bewerbererklärung nach dem Formblatt Abschnitt 2 auszufüllen sei. Im Widerspruch dazu habe die Antragstellerin von einem Nachunternehmer das Formblatt nach Abschnitt 1 ihrem Angebot beigelegt.

Weiterhin befinde sich in den Angebotsunterlagen hinsichtlich des Betreibers der Umladestation lediglich ein Schreiben des Regierungspräsidiums Magdeburg vom 16.05.2003, das sich auf die Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) Nr. 696 vom 22.08.1996 und entsprechende Änderungen beziehe. Diese Genehmigung läge dem Angebot jedoch nicht mal auszugsweise vor, so dass die geforderte Genehmigung nach dem BImSchG fehle.

Ausweislich der in den Vergabeunterlagen enthaltenen Aktennotiz über die durchgeführten Verhandlungsgespräche am 05.08.2010 wird auftraggeberseitig erklärt, dass zu Beginn der Verhandlungsrunde jedem der sieben Bieter nach Aufhebung des Offenen Verfahrens das fortführende Verfahren erläutert worden sei. Unter der Voraussetzung, dass alle Bieter mit dieser Verfahrensweise einverstanden seien, sollten nur die fehlenden Unterlagen formaler oder technischer Natur entsprechend der Anlage zur Leistungsbeschreibung nachgereicht werden. Werde keine Übereinkunft mit allen Bietern erzielt, müssten die Angebote komplett neu eingereicht werden. In beiden Fällen sei der Preis nicht verhandelbar, so dass der Preis aus dem Angebot des Offenen Verfahrens bindend sei.

Im Anschluss daran teilte der Auftraggeber mittels Fax-Schreiben vom 11.08.2010 sämtlichen Bietern nochmals mit, dass Gegenstand des Verhandlungsverfahrens lediglich das Nachreichen der fehlenden technischen und/oder formellen Unterlagen aus allen Angeboten des Offenen Verfahrens sei. Die Preise seien nicht Verhandlungsgegenstand gewesen und entsprechend der Angebote aus dem Offenen Verfahren beizubehalten. Darüber hinaus wurde mitgeteilt, dass im Ergebnis der Verhandlungsgespräche alle Bieter ihr Einverständnis mit der Verfahrensweise erklärt hätten. Als Einreichungstermin für die fehlenden Unterlagen wurde der 19.08.2010 mitgeteilt. Außerdem ist in den Gesprächsprotokollen vermerkt, dass die Ausschreibungsunterlagen übergeben wurden.

Zum 19.08.2010 wurden von allen sieben Bietern Unterlagen eingereicht. Ausweislich des Vergabevermerkes wurde auftraggeberseitig festgestellt, dass alle Bieter die noch fehlenden Unterlagen nachgereicht hätten. Der Zuschlag solle auf das wirtschaftlichste Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Unter Bezugnahme auf § 101a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) informierte die Antragsgegnerin die Bieter mittels Fax-Schreiben vom 11.11.2010, dass sie den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen beabsichtige. Der Vertragsschluss sollte 11 Kalendertage nach Absendung dieser Information per Fax erfolgen. Gegenüber der Antragstellerin informierte sie weiterhin darüber, dass der antragstellerseitig angebotene Bruttopreis unter dem angebotenen Preis der Beigeladenen liege.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mittels Fax-Schreiben vom 18.11.2010 neben einer rechtsfehlerhaften Angebotswertung auch die Unvollständigkeit der Bieterinformation. In dieser fehle die Angabe des frühesten Tages eines Vertragsschlusses, was nicht nur zur Unwirksamkeit der Bieterinformation, sondern auch der Zuschlagserteilung führe.

Im Zusammenhang mit der auftraggeberseitigen Wertung wurde bestritten, dass das durch die Antragsgegnerin vorgetragene Verhältnis zwischen dem angebotenen Preis der Beigeladenen und dem der Antragstellerin tatsächlich vorliegen könne. Die Antragstellerin habe mit Sicherheit im Rahmen des Offenen Verfahrens einen wirtschaftlicheren Preis angeboten. Die Beigeladene könne allenfalls dann einen niedrigeren Preis angeboten haben, wenn ihr im Verhandlungsverfahren auftraggeberseitig eine Preisänderung unter Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz gestattet worden wäre. Zudem werde vermutet, dass die Beigeladene bei der Preisangabe oder/und die Antragsgegnerin bei der Wertung die Grundsätze der Finanzbehörden über tauschähnliche Umsätze nicht beachtet haben könnten. In einem derartigen Fall wäre dieses Angebot wegen verbotener Mischkalkulation auszuschließen. Auch habe die Antragstellerin aufgrund von Marktinformationen Kenntnis davon erlangt, dass die Beigeladene über keinen gesicherten Verwertungsweg entsprechend den Vorgaben der Vergabeunterlagen verfügen könne. Insbesondere habe sie einen Verwertungsweg in der geforderten Form nicht nachweisen bzw. den Nachweis einer vertraglichen Bindung erbringen können. Im Übrigen würden die Rügen vom 30.07.2010 aufrechterhalten. Der Ausschluss ihres Angebotes werde durch keine tragfähigen Gründe gerechtfertigt. So wäre die Bewerbererklärung mit der geforderten praktisch deckungsgleich. Außerdem sei die Genehmigung der Anlage des Nachunternehmers durch die Änderungsanzeige sowie eine darauf bezogene Behördenbestätigung hinreichend nachgewiesen, da daraus die Legalisierung der angezeigten Tätigkeiten folge.

Da die Antragsgegnerin dem Begehren der Antragstellerin in den wesentlichen Rügepunkten nicht abhalf, beantragte Letztere mit Fax-Schreiben vom 19.11.2010 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 22.11.2010 ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin unter Aussetzung der Vergabeverfahren und Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen durch die erkennende Kammer ergab hinsichtlich des Offenen Verfahrens, dass dem Angebot der Antragstellerin tatsächlich eine Bewerbererklärung eines Nachauftragnehmers nach Abschnitt 1 und nicht nach Abschnitt 2 beiliegt. Außerdem enthalten diese für den betreffenden Nachauftragnehmer keine Genehmigungsunterlagen nach Bundesimmissionsschutzgesetz, sondern lediglich ein Schreiben, welches Bezug auf die Genehmigungen nimmt. Hinsichtlich der Zugriffsmöglichkeiten auf die Papierfabrik befindet sich in den Unterlagen eine Bestätigung durch die als Nachunternehmer benannte Papierfabrik, ausweislich dessen sie die entsprechenden Altpapiermengen der in Rede stehenden Ausschreibung für die Laufzeit übernehmen und einer Verwertung zuführen werde.

In den Angebotsunterlagen der Beigeladenen ist im Rahmen des Offenen Verfahrens dargelegt, dass sie die zu übernehmenden Altpapiermengen in eine konkret benannte und vertraglich gebundene Papierfabrik zu liefern beabsichtige. Entgegen der ausdrücklichen Beteuerung liegt dem Angebot der Nachweis zum Zugriff auf die Anlage etwa durch eine Erklärung des Anlagenbetreibers nicht bei. Darüber hinaus wurde die durch die Beigeladene benannte Firma zur Abwicklung des Papiereinkaufs weder als Nachunternehmer im Nachunternehmerverzeichnis aufgeführt, noch eine entsprechende Bewerbererklärung ausgefüllt. Zudem beinhaltet das Angebot keine Genehmigung für die Umladestation, sondern lediglich die 1. Seite eines Genehmigungsbescheides einer Altpapier-Sortieranlage.

In den übrigen fünf Angeboten mangelt es im Offenen Verfahren zum Teil an entsprechenden Bewerberklärungen, an der Vorlage abgeforderter Genehmigungen oder an der Beschreibung der technischen Ausrüstung bzw. Anlagen.

Anhand der zum Verhandlungsverfahren übergebenen Unterlagen konnte kammerseitig festgestellt werden, dass die diesbezüglichen Ausschreibungsunterlagen vollumfänglich denen des vorausgehenden Offenen Verfahrens entsprechen. Zusätzlich wurde auftraggeberseitig allerdings eine Anlage zur Leistungsbeschreibung beigelegt, auf der alle mit dem Angebot vorzulegenden Nachweise und Unterlagen aufgelistet wurden. Die zu dokumentierende Zugriffsmöglichkeit auf die Papierfabrik wurde im Verhandlungsverfahren danach vom

Erfordernis des Nachweises einer vertraglichen Beziehung um die Möglichkeit der Abgabe eine Eigenerklärung erweitert. Eine Begründung findet sich in den übergebenen Unterlagen dazu nicht.

Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass die Antragstellerin die noch fehlenden Unterlagen im Verhandlungsverfahren nachgereicht hat. Die Beigeladene legte die ihr gegenüber nachgeforderten Unterlagen ebenfalls vor. Die auftraggeberseitige Nachforderung bezog sich dabei nicht auf die Dokumentation der Zugriffsmöglichkeiten auf einen Papierverwerter.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei. Die Antragstellerin erfülle alle Zulässigkeitsvoraussetzungen und habe die Vergaberechtsverstöße gegenüber dem Auftraggeber u. a. auch nach anwaltlicher Beratung mit Schreiben vom 18.11.2010 rechtzeitig gerügt. Diese Beratung sei am Vortag und am selben Tage des Rügeschreibens erfolgt. Im Übrigen dürfte die Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) nicht wirksam sein.

Die Begründetheit des Antrages folge daraus, dass die Antragsgegnerin in mehrfacher Hinsicht gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen habe, so dass die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt worden sei.

Zunächst sei bereits der im Rahmen des Offenen Verfahrens erfolgte Ausschluss ihres Angebotes vergaberechtswidrig erfolgt. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin aussagefähige und hinreichende Genehmigungsdokumente für die Umschlaganlage mit dem Angebot eingereicht. Vorgelegt habe ein Feststellungsbescheid vom 17.02.2010 der Antragsgegnerin selbst als heutiger Genehmigungsbehörde für die Umschlaganlage sowie zwei frühere Bestätigungen der Genehmigungsbehörde vom 16.05.2003 und vom 06.06.2008, jeweils bezogen auf Anzeigen des Anlagenbetreibers nach § 15 BImSchG. Die genannte Vorschrift regle die bloße Anzeigebedürftigkeit nicht genehmigungsbedürftiger Änderungen einer immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlage. Den Unterlagen sei daher zu entnehmen gewesen, dass die Umschlaganlage gerade auch für die hier in Rede stehenden Tätigkeiten über die immissionsschutzrechtliche Genehmigung verfüge.

Des Weiteren entspreche die im Angebot enthaltene Bewerbererklärung nach Abschnitt 1 für den Nachunternehmer der Umschlaganlage inhaltlich vollumfänglich der Bewerbererklärung nach Abschnitt 2. Ein Ausschluss sei daher also nicht begründbar. Im Übrigen hätte die Antragsgegnerin die formal richtige Erklärung, die nicht wettbewerbsrelevant sei, im Rahmen des Offenen Verfahrens nachfordern müssen. Denn die Erklärung erhalte Angaben zu Sachverhalten bzw. persönlichen Verhältnissen, die im Nachhinein nicht änderbar seien. Aufgrund des rechtswidrigen Ausschlusses des Angebotes der Antragstellerin hätte die Antragsgegnerin das Offene Verfahren demnach auch nicht aufheben dürfen.

Ungeachtet dessen könne eine Zuschlagsentscheidung im Rahmen des Verhandlungsverfahrens auch nicht zu Gunsten der Beigeladenen ausfallen, da sie nach Marktinformationen weder im Offenen Verfahren noch im Verhandlungsverfahren über einen gesicherten Verwertungsweg für das Altpapier zur Papierfabrik verfüge. Eine vertragliche Vereinbarung, eine Erklärung oder dgl. einer Papierfabrik dürfte dem Angebot nicht beiliegen. Die Beigeladene hätte daher in Ermangelung einer gesicherten Verwertung überhaupt nicht kalkulieren können. Unklar sei zudem, ob die Beigeladenen überhaupt eine Papierfabrik als Nachunternehmer benannt habe. Sollte dies nicht geschehen sein, wäre das Angebot bereits wegen Fehlens wettbewerbsrelevanter Erklärungen zum Nachauftragnehmer auszuschließen. Ansonsten sei zu prüfen, inwieweit der Nachauftragnehmer zur Verfügung stehe. Aufgrund der auftraggeberseitigen Äußerungen vom 24.11.2011 müsse die Antragstellerin diesbezüglich annehmen, dass im Rahmen des Verhandlungsverfahrens die Eignungs- und Nachweisanforderungen modifiziert worden seien. Dies räume die Antragsgegnerin auch in dem obengenannten Schreiben dahingehend ein, dass „von einzelnen Forderungen Abstand genommen“ worden sei, u. a. von der Forderung des Vorliegens eines Vertrages zum Nachweis der Sicherung der Papierverwertung. Da die Antragstellerin während des Verfahrens keine diesbezüglichen Informationen erhalten habe, müsse sie davon ausgehen, dass nur zu Gunsten der Beigeladenen die Anforderungen reduziert worden seien. Schließlich sei die Durchfüh-

zung des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung nur zulässig, als die ursprünglichen Bedingungen nicht grundlegend geändert werden. Eine Änderung der Eignungsanforderungen stelle aber eine grundlegende Änderung dar, die weder vor Beginn noch während des Verhandlungsverfahrens vorgenommen werden dürfe.

Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin die Wirtschaftlichkeitswertung fehlerhaft durchgeführt. Offenbar sei der Beigeladenen entgegen allen anderen Bietern die Möglichkeit eingeräumt worden, ihr Angebot aus dem offenen Verfahren wirtschaftlich nachzubessern. Darin liege ein Verstoß gegen die eigenen Vorgaben und darüber hinaus gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB. Zudem sei davon auszugehen, dass seitens der Beigeladenen bei der Angebotserstellung bzw. der Antragsgegnerin bei der Angebotswertung im Hinblick auf die zu kalkulierende Umsatzsteuer nicht korrekt verfahren worden sei. So könne es zu Verschiebungen zwischen den Dienstleistungskosten und den Altpapierlösen gekommen sein, um so die anfallende Umsatzsteuer zu verringern und sich im Bieterwettbewerb einen Vorteil zu verschaffen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen vom Vergabewettbewerb auszuschließen und die Angebotswertung unter Ausschluss dieses Angebotes zu wiederholen,
3. hilfsweise, das Vergabeverfahren aufzuheben,
4. weiter hilfsweise, andere zur Wahrung der Rechte der Antragstellerin gebotene Anordnungen zu treffen,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen und
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung von Rechtsanwälten durch die Antragstellerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag in allen Punkten zu verwerfen,
hilfsweise zurückzuweisen.

Zur Begründung trägt sie vor,

dass sie entgegen der Ansicht der Antragstellerin nach Auswertung sowohl im Rahmen des Offenen Verfahrens als auch im Verhandlungsverfahren mit ihrem Angebot nur an zweiter und die Beigeladene an erster Stelle gelegen habe. Das Offene Verfahren habe die Antragsgegnerin aufheben müssen, da kein ordnungsgemäßes und vollständiges Angebot eingegangen sei. Im Angebot der Antragstellerin habe es neben der Bewerbererklärung nach Abschnitt 2 auch an der Genehmigung der Umladestation gefehlt. Die diesbezügliche auftraggeberseitige Abforderung ergebe sich bereits ausdrücklich aus der Bekanntmachung, als auch aus dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes. Nachdem alle Angebote der anderen Bieter ebenso auszuschließen waren, hätte das Vergabeverfahren nur noch aufgehoben werden können. Mit Schreiben vom 28.07.2010 habe sie dies den Bietern mitge-

teilt und gleichzeitig informiert, dass ein Verhandlungsverfahren gemäß § 3 EG Abs. 3a) VOL/A durchgeführt werde.

Für das Verhandlungsverfahren sei nunmehr die inzwischen in Kraft getretene VOL/A 2009 anzuwenden. Die Anwendung der neuen VOL sei nicht rechtfehlerhaft erfolgt, da es sich bei dem Verhandlungsverfahren um ein rechtlich selbstständiges Vergabeverfahren handele. Eine Verknüpfung der Verfahren habe nicht aus inhaltlichen sondern nur aus ökonomischen Gründen stattgefunden. Zudem sei diese Verfahrensweise den Bietern mit Schreiben vom 11.08.2010 erläutert worden, was alle Bieter widerspruchslos hingenommen hätten. Von daher sei der Nachprüfungsantrag bereits als unzulässig zu verwerfen, da die Antragstellerin die Verfahrensweise nach § 107 Abs. 3 GWB nicht rechtzeitig gerügt habe. Da die Antragstellerin am Verhandlungsverfahren beteiligt war, sei ihr zudem auch kein Schaden entstanden, weshalb ihr bereits die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB fehlen dürfte.

Gemäß § 3 EG Abs. 3a) VOL/A könne ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden, wenn ein vorangegangenes Offenes Verfahren aufgehoben werden musste, weil nur Angebote abgegeben worden sind, die auszuschließen waren, die ursprünglichen Bedingungen des Auftrages nicht grundlegend geändert werden und alle Unternehmen aus dem Offenen Verfahren wieder einbezogen werden. Dieses Verfahren sei daher vergaberechtskonform gewählt worden. Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin die Nichtverhandelbarkeit der Preise bestimmt habe. Lediglich über die Erfüllung einzelner geforderter Formalien habe verhandelt werden sollen. Im Verlauf der Verhandlungen sei dann von einzelnen Forderungen Abstand genommen worden, unter anderem auch von der Forderung des Vorliegens eines Vertrages zum Nachweis der Papierverwertung. Hierzu sei eine Eigenerklärung akzeptiert worden. Diese Eigenerklärung liege bei der Beigeladenen vor, so dass ein Ausschluss nicht angezeigt sei. Zudem sei das Angebot auch das Wirtschaftlichste. Die Berechnung des Angebotspreises sei entsprechend der Leistungsbeschreibung erfolgt, um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Selbstverständlich sei in allen Angeboten in gleicher Weise vorgegangen worden.

Im Vorfeld der mündlichen Verhandlung lässt die Beigeladene anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag bereits offensichtlich unzulässig sei. So fehle es der Antragstellerin bereits an der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB. Darüber hinaus sei sie mit sämtlichen vermeintlichen Vergabeverstößen gemäß § 107 Abs. 3 GWB präkludiert. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Gegen die Verfahrenswahl bestünden keine durchgreifenden Bedenken. Auch würden keine sonstigen Verfahrensmängel, etwa ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung, vorliegen. Schließlich sei auch die Angebotswertung in allen vier Wertungsstufen nicht zu beanstanden. Ein Tätigwerden der erkennenden Kammer von Amts wegen wäre daher ausgeschlossen.

Hinsichtlich des Vorwurfes der Niedrigpreisigkeit des Angebotes der Beigeladenen mangle es der Antragstellerin bereits an der Antragsbefugnis. Nach gefestigter Rechtsprechung sei dieser Aspekt nicht drittschützend. Ebenso würden Ausnahmetatbestände nicht greifen. Denn die Annahme, die Antragstellerin sei im Laufe der Auftragszeit nicht leistungsfähig, sei schon wegen der kurzen Vertragsdauer abwegig. Fernliegend sei auch die Annahme, dass das Angebot der Marktverdrängung dienen könne.

Soweit die Wertung im Rahmen des Offenen Verfahrens samt Aufhebung desselben überhaupt Gegenstand des Nachprüfungsantrages sein sollte, habe die Antragstellerin die Voraussetzungen des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nicht eingehalten. Zwar liege diesbezüglich eine rechtzeitige Rüge vor, jedoch habe die Antragstellerin nach der Nichtabhilfeentscheidung der Antragsgegnerin vom 02.08.2010 nicht innerhalb von 15 Tagen ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Damit sei in Bezug auf alle Aspekte des Rügeschreibens vom 30.07.2010 eine Verfristung eingetreten, was diesbezüglich zur offensichtlichen Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages führe. Zweifel an der Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bestünden hier nicht, da in der Bekanntmachung in der dafür vorgesehenen Rubrik Einlegung von Rechtsbehelfen auf § 107 GWB hingewiesen worden sei, so dass die Rechtsmittelfrist Anwendung finde.

Präkludiert sei die Antragstellerin auch hinsichtlich ihres Rügevorbringens vom 18.11.2010 bezüglich des durchgeführten Verhandlungsverfahrens. Hier habe die Antragstellerin allerdings bereits ihrer Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge nicht entsprochen. Die Behauptung gegenüber der Antragsgegnerin, die Beigeladene verfüge nicht über einen gesicherten Verwertungsweg für das Altpapier zu einer Papierfabrik, so dass das Angebot wegen des Fehlens wettbewerbsrelevanter Erklärungen zum Nachunternehmer sowie dessen Verfügbarkeit auszuschließen sei, hätte nicht erst nach sieben Tagen nach Zugang des Informationsschreibens erfolgen dürfen. Dies stelle einen Verstoß gegen § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB dar, dessen Anwendbarkeit durch die Rechtsprechung des EuGH nicht eingeschränkt werde.

Hier habe eine Pflicht zur Rüge innerhalb eines Zeitraumes von 1 bis 3 Tagen bestanden. Selbst wenn man eine Rügefrist von 3 bis 5 Tagen für zulässig erachten würde, so wäre diese vorliegend nicht gewahrt. Es müsse hier davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin die vermeintlichen Mängel auch unmittelbar nach Erhalt der Bieterinformation erkannte bzw. hätte erkennen können, denn der Name der Beigeladenen sei Bestandteil des Informationsschreibens gewesen. Folglich hätte die Antragstellerin die angeblich mangelnde Eignung erkennen und geltend machen können. Es benötige hierzu nämlich keinerlei Rechtskenntnisse, vielmehr nur Sachkenntnisse bzw. vergaberechtliche Kenntnisse über die die Antragstellerin hinreichend verfüge. Der antragstellerseitige Hinweis auf sog. Marktinformationen führe ebenso nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung, da der Vortrag zu allgemein und ohne Substanz sei.

Gleiches gelte für den Vortrag einer im Ergebnis fehlerhaften Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes der Beigeladenen, sei es auf der Grundlage einer angeblich unzutreffenden Berücksichtigung der Umsatzsteuer, sei es hinsichtlich einer Verzerrung des Wettbewerbs durch Einräumung der Möglichkeit zur Modifizierung des Angebotes der Beigeladenen.

Zweifelhaft sei die Zulässigkeit dieses Vortrages darüber hinaus auch unter dem Gesichtspunkt des § 108 GWB.

Auf der Grundlage der vorherigen Ausführungen komme eine Verfügung der Vergabekammer gegenüber der Antragsgegnerin auch von Amts wegen nicht in Betracht. Die Vergabesenate gingen übereinstimmend davon aus, dass der für die Vergabekammer in § 110 Abs. 1 GWB geregelte Untersuchungsgrundsatz nur innerhalb eines vom Antragsteller durch seine nicht durch Verstoß gegen § 107 Abs. 3 GWB ausgeschlossenen Rügen definierten Nachprüfungsverfahrens Geltung beanspruchen könne. Bei einem nicht oder nur fehlerhaft gerügten und damit präkludierten Verstoß sei ein Einschreiten der Vergabekammern und -senate von Amts wegen nicht möglich. Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 GWB solle verhindern, dass Bieter mit Vergabefehlern spekulierten. Diese Auffassung habe letztlich in der Neufassung des § 110 Abs. 1 GWB ihren Niederschlag gefunden. Hinzu komme weiterhin, dass der Untersuchungsgrundsatz seine Grenze darin finde, dass ein möglicher Verstoß zugleich den Antragsteller betreffen und ihn in seinen Rechten verletzen müsse. Auch dies sei hier nicht gegeben.

In diesem Zusammenhang verkenne die Beigeladene nicht, dass in Einzelfällen bei schwerwiegenden Vergabeverstößen nach wie vor ein Tätigwerden der Kammer in Betracht komme. Ein solch schwerwiegender Verstoß liege aber weder in der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne europaweite Bekanntmachung noch in den sonstigen Verfahrensweisen der Vergabestelle begründet.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Die Aufhebung des Offenen Verfahrens sei auf der Grundlage des § 26 Nr. 1a) VOL/A in zulässigerweise vorgenommen worden.

Ebenso sei das Verhandlungsverfahren unter Beachtung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes durchgeführt worden. Alle Bieter seien über den Verfahrensinhalt und -ablauf ordnungsgemäß informiert und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes an diesem beteiligt worden. Insbesondere treffe es entgegen der Unterstellung der Antragstellerin nicht zu, dass die Antragstellerin Gelegenheit gehabt habe, ihren Angebotspreis nachzubessern. Ebenso unzutreffend sei die Behauptung der Antragstellerin, dass während

des Verhandlungsverfahrens die Anforderungen an Eignungsnachweise, insbesondere die Verfügbarkeit von Nachunternehmern, reduziert worden seien. Die Anforderungen seien unverändert sowohl im Offenen Verfahren als auch im Verhandlungsverfahren dahingehend ausgestaltet gewesen, dass eine Erläuterung der vertraglichen Beziehung des Auftragnehmers zum Betreiber der Verwertungsanlage bzw. seine Zugriffsrechte auf diese Anlage beizulegen seien. Diese Anforderung genauso wie alle anderen Vorgaben habe die Beigeladene erfüllt.

Bezüglich der Angebotswertung sei alles ordnungsgemäß erfolgt, so dass an der vorgesehenen Zuschlagserteilung festzuhalten sei.

Die erkennende Kammer hat mittels Beschluss vom 03.03.2011 die Bieterin RECON-T GmbH zum Verfahren beigeladen.

Ausweislich der Beschlüsse vom 28.02.2011 und 08.03.2011 sind der Antragstellerin sowie der Beigeladenen Einsicht in die Akten der Antragsgegnerin gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich nicht auf die durch die Mitbieter eingereichten Unterlagen, die Auswertungsunterlagen, die Inhalte aus diesen Bieterunterlagen enthalten sowie auf die Niederschrift der Eröffnungsverhandlung.

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

Der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin rügt im Rahmen der mündlichen Verhandlung förmlich die Verletzung der Dokumentationspflicht der Antragsgegnerseite im Hinblick auf die Änderung der formalen Anforderungen vom Offenen Verfahren zum Verhandlungsverfahren.

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

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin scheidet hier letztlich nicht am Fehlen von Zulässigkeitsvoraussetzungen, bzw. an der Unbegründetheit des Vorbringens.

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

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

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist die Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 107 Abs. 2 GWB gegeben. Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an einem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin trägt vor, dass das Offene Verfahren vergaberechtswidrig aufgehoben worden sei, da sie ein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben habe. Auch im nachfolgenden Verhandlungsverfahren habe sie durch die auftraggeberseitige fehlerhafte Wertung des Angebotes der Beigeladenen ihre Chancen auf den Zuschlag verloren. Dies verletze sie in ihren Rechten. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend. Soweit die Beigeladene dieser kammerseitige Feststellung im Hinblick auf das Verhandlungsverfahren durch den Hinweis auf den fehlenden Drittschutz bei Niedrigpreisangeboten zu begegnen sucht, vermag die erkennende Kammer dem nicht zu folgen. Denn die Wettbewerbserheblichkeit resultiert bereits aus dem antragstellerseitigen Vortrag in Richtung einer Mischkalkulation durch die Beigeladene.

Die Antragstellerin hat im Vorfeld des Nachprüfungsantrages den gesetzlichen Erfordernissen des § 107 Abs. 3 GWB nicht in allen Fällen entsprochen.

Allerdings teilt die erkennende Kammer nicht die Auffassung der Beigeladenen, der Nachprüfungsantrag sei bereits hinsichtlich des Angebotsausschlusses der Antragstellerin im Offenen Verfahren samt anschließender Aufhebung wegen Verstoßes gegen § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB präkludiert und damit unzulässig. Während zwischen den Verfahrensbeteiligten richtigerweise offenbar Einigkeit darüber besteht, dass Rügegesichtspunkte zumindest diesbezüglich nicht verletzt sein dürften, scheidet der Nachprüfungsantrag hier nicht an den Erfordernissen des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB, da diese Vorschrift hier keine Anwendung findet. Denn in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OLG Celle, Beschlüsse vom 04.03.2010, Az: 13 Verg 1/10 sowie vom 12.05.2010, Az: 13 Verg 3/10, handelt es sich bei der Regelung des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB um eine Rechtsbehelfsfrist, auf die in der Bekanntmachung hinzuweisen ist. Ob die erkennende Kammer in diesem Zusammenhang bereits den Hinweis auf eine Stelle für ausreichend erachtet, bei der man Auskunft über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhalten kann, kann hier mangels Entscheidungserheblichkeit offen bleiben. Vorliegend hat die Auftraggeberseite zwar auf § 107 GWB verwiesen. Ausdrücklich abgedruckt wurden jedoch nur die nicht einschlägigen Absätze 1 und 2 des Paragraphen. Darin liegt nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer eine unzureichende Information der Auftraggeberseite, die zudem im Hinblick auf ihre Lückenhaftigkeit die Gefahr birgt, den Leser von darüber hinausgehenden Nachforschungen in Richtung weiterer vielleicht einschlägiger Absätze abzuhalten. Ob es sich hier um eine gezielte Desinformation der Antragsgegnerin handelt oder lediglich ein Auftraggeberversehen vorliegt, kann hier dahingestellt bleiben. Es fehlt jedenfalls an der unentbehrlichen Warnfunktion, die für das Eingreifen einer Rechtsbehelfsfrist unerlässlich ist.

Soweit die Rechtzeitigkeit der Rügen vom 18.11.2010 im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB angezweifelt werden, ist festzustellen, dass die erkennende Kammer nicht nur von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Merkmals der Unverzüglichkeit im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ausgeht, sondern vorliegend auch von dessen Erfüllung überzeugt ist. Denn in Übereinstimmung mit der Spruchpraxis zahlreicher Vergabekammern und -senate sind die Entscheidungen des EuGH vom 28.01.2010 – Rs. C-406/08 und C-456/08 hier mangels Vergleichbarkeit der Rechtslage nicht übertragbar. Dies muss u. a. auch deshalb gelten, da der Begriff der Unverzüglichkeit durch § 121 BGB eine gesetzliche Definition erfahren hat und dazu ferner auf eine lange Tradition der Rechtsprechung verwiesen werden kann.

Soweit sich die Antragstellerin gegen die auftraggeberseitige Feststellung der Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Beigeladenen im Verhandlungsverfahren wegen eines nicht gesi-

cherten Verwertungsweges wendet, kann dieser Vortrag als unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gelten. Dies müsste hier umso mehr gelten, als die Antragstellerin vorliegend zumindest vorträgt, den Rückschluss der vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Wertung nicht ausschließlich aus dem Informationsschreiben der Antragsgegnerin nach § 101a GWB gezogen zu haben, sondern aufgrund des Zugangs zu bestimmten Marktinformationen zu einem Erkenntnisgewinn gekommen zu sein. Wären die Quellen und der Zeitpunkt dieser Informationserlangung von rechtlicher Relevanz, so hätte es die erkennende Kammer bei diesem eher allgemein gehaltenen Vortrag der Antragstellerseite nicht belassen und weitere diesbezügliche Nachforschungen angestellt. Hier war dies jedoch entbehrlich, da die erkennende Kammer vorliegend eine Rügefrist von sieben Tagen nach Zugang des Informationsschreibens noch durchaus für angemessen erachtet. Entgegen der geäußerten Auffassung der Beigeladenen hat sich in der vergaberechtlichen Rechtsprechung zu § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB mittlerweile eine regelmäßige Rügefrist von einer Woche herausgebildet. Nur bei außergewöhnlich einfach gelagerten Fällen könne diese Regelfrist herabgesetzt werden. Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Aufgrund des Zugangs des hier maßgeblichen Schreibens der Antragsgegnerin bei der Antragstellerin am 11.11.2010 wurde die Rügefrist somit zum 12.11.2010 in Gang gesetzt. Der Verpflichtung zur Unverzüglichkeit des Rügevorbringens wurde seitens der Antragstellerin durch ihr Tätigwerden über einen Zeitraum von sieben Tagen hinreichend genügt. Das Verhalten der Antragstellerin entspricht diesbezüglich den Vorstellungen des Gesetzgebers von einem Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Der entsprechende Vortrag hat demnach als rechtzeitig zu gelten.

Aus eben diesen Erwägungen ist die Antragstellerin auch nicht mit ihren Vorträgen im Verhandlungsverfahren zur vermeintlich fehlerhaften Wirtschaftlichkeitsbewertung, zur Umsatzsteuerproblematik sowie zur Möglichkeit der Nachbesserung des Beigeladenenangebotes präkludiert.

Präkludiert ist die Antragstellerin einzig mit dem im Rahmen des Kammerverfahrens mittels anwaltlichem Schriftsatz der Antragstellerseite vom 02.12.2010 erstmals vorgetragenen Vorwurf der Ungleichbehandlung der am Verhandlungsverfahren Beteiligten im Zusammenhang mit den jeweils zu erbringenden Eignungsnachweisen. Diesbezüglich wurden die Anforderungen des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB an die Unverzüglichkeit des Rügehandelns nicht eingehalten. Diese Präklusionswirkung erstreckt sich auch auf die von gleicher Seite in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gegebenen Auftraggeberkritik hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit des Fehlens einer diesbezüglichen Dokumentation.

Vorliegend wurde allen am Verhandlungsverfahren Beteiligten mit den Verdingungsunterlagen eine Anlage zu den vorzulegenden Nachweisen und Unterlagen übergeben. Ausweislich des letzten Spiegelanstriches ist für die Dokumentation der Zugriffsmöglichkeit auf den Papierverwerter neben der Vorlage eines Vertrages bzw. einer Vereinbarung auch die Möglichkeit der Abgabe einer Eigenerklärung vorgesehen. Letzteres stellt eine Modifizierung zum Anforderungsprofil zu Beginn des Verhandlungsverfahrens dar. Aufgrund der Eindeutigkeit der Formulierung kommt es vorliegend nicht darauf an, ob der Antragstellerin diese Modifizierung beim Lesen der Unterlagen tatsächlich bewusst geworden ist. Einzig entscheidend ist hier, dass diese Veränderung der Antragstellerin samt der daraus resultierenden Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung auch zu ihren Lasten hätte bewusst werden müssen. Die erkennende Kammer hält dies vorliegend auch deshalb für gegeben, da in der betreffenden Anlage ausdrücklich auftraggeberseitig darauf hingewiesen wurde, dass nur die Nachweise und Unterlagen im Verhandlungsverfahren vorzulegen seien, die im Offenen Verfahren nicht vorgelegt worden sind.

Ist die Antragstellerin mit dem Vorwurf der Wettbewerbsverzerrung auf der Grundlage veränderter Bringepflichten präkludiert, so muss sich die Präklusionswirkung mangels isoliertem Drittschutz des Dokumentationserfordernisses auch auf die Verletzung der diesbezüglichen Dokumentationspflicht erstrecken.

In einer Gesamtschau der Umstände kommt die erkennende Kammer im Hinblick auf § 108 GWB zur Feststellung, dass den Anforderungen an einen hinreichend substantiierten Vortrag trotz Bedenken letztlich genügt wurde.

Die Antragstellerin ist durch den im Nachprüfungsantrag angegriffenen Ausschluss ihres Angebotes sowie durch die sich anschließende Aufhebung des Offenen Verfahrens nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Denn ihr Angebot als auch alle Angebote der übrigen Bieter sind vergaberechtskonform gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A 2006 durch die Antragsgegnerin ausgeschlossen worden. In Folge dessen hat die Antragsgegnerin das Offene Verfahren nach § 26 Nr. 1a) VOL/A zu Recht aufgehoben.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin musste ihr Angebot durch die Antragsgegnerin aufgrund fehlender Zuschlagsfähigkeit gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A von der weiteren Wertung ausgeschlossen werden. Soweit die Regelung selbst dem Auftraggeber ein grundsätzliches Ermessen im Umgang mit unvollständigen Angeboten einräumt, hat sich die Antragsgegnerin hier durch ihre Verlautbarung unter Punkt 3.3. des Aufforderungsschreibens im Rahmen einer formalisierten Ermessensausübung selbst gebunden. Sie war im Falle eines unvollständigen Angebotes zum Ausschluss verpflichtet.

Ausweislich der Bekanntmachung in Verbindung mit dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes traf in dem streitbefangenen Offenen Verfahren jeden Wettbewerber die Verpflichtung, mit dem Angebot u. a. eine Bewerbererklärung gemäß RdErl. des MW LSA vom 21.11.2008-41-32570/3 nach Abschnitt 2 vorzulegen. Zudem waren Betriebsgenehmigungen für die Umladestelle und die Verwertungsanlage einzureichen. Dem Aufforderungsschreiben waren als Anlagen Formulare der Bewerbererklärung nach Abschnitt 2 einschließlich des Nachunternehmerverzeichnisses gemäß dem vorgenannten Runderlass beigelegt. Diese waren von Bietern und Nachunternehmern gleichsam auszufüllen. Entsprechend Punkt 3.1 der Bewerbungsbedingungen bestimmte der Auftraggeber, dass für das Angebot die übersandten Vordrucke zu verwenden waren. Im Ergebnis von Bieteranfragen wies der Auftraggeber nochmals ausdrücklich darauf hin, dass alle Nachweise und Angaben mit dem Angebot einzureichen sind. Diesem Erfordernis hat die Antragstellerin dahingehend nicht entsprochen, dass ihrem Angebot unstrittig für den Nachunternehmer der Umladestation nicht die geforderte Bewerbererklärung nach Abschnitt 2, sondern nach Abschnitt 1 beilag. Soweit die Antragstellerin davon ausgeht, dass der Ausschluss ungerechtfertigt sei, da beide Formulare praktisch deckungsgleich seien, entspricht dies nicht den Tatsachen. Denn entgegen der Erklärung nach Abschnitt 2 fehlt im Formular der Bewerbererklärung nach Abschnitt 1 die Aussage, inwieweit das Unternehmen wegen der Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Geldwäsche, Subventionsbetrug, Bestechung oder Vorteilsgewährung rechtskräftig verurteilt worden ist.

Soweit der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin in diesem Zusammenhang darauf zu verweisen sucht, dass der Auftraggeber der Antragstellerin die Möglichkeit hätte einräumen müssen, die formal richtige Erklärung aufgrund der fehlenden Wettbewerbsrelevanz nachzureichen, kann diese Auffassung kammerseitig nicht geteilt werden. Ausschlaggebend für die Bewertung der Angebote sind die in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen bezeichneten Nachweise und Erklärungen zur Feststellung der Eignung. Es kommt hier somit ausschließlich darauf an, dass das Anforderungsprofil des Auftraggebers transparent gemacht worden ist. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber mehrmals den Zeitpunkt zur Vorlage der abgeforderten Nachweise und Erklärungen mit Angebotsabgabe ausdrücklich festgelegt. Diese Festlegung der Antragsgegnerin ist für alle am Vergabeverfahren Beteiligten verbindlich. Es dürfen weder darüber hinausgehende Gesichtspunkte in die Wertung einfließen noch darf die auftraggeberseitig zu treffende Ermessensentscheidung auch nur Teile der oben benannten Anforderungen unberücksichtigt lassen. Ein Ausschluss wegen fehlender bzw. mangelnder Erklärungen war somit geboten.

Im Hinblick auf die Eindeutigkeit der Rechtslage kann daher dahingestellt bleiben, inwieweit die in den Angebotsunterlagen der Antragstellerin enthaltenen Schreiben den Anforderungen

der Antragsgegnerin bezüglich der geforderten Genehmigung der Umladestation nach Bundesimmissionsschutzgesetz entsprechen.

Wie die Antragsgegnerin ebenfalls in zutreffender Weise festgestellt hat, mangelt es den Angebotsunterlagen der Beigeladenen an der geforderten Genehmigung für die Umladestation, da dem Angebot lediglich die 1. Seite eines Genehmigungsbescheides einer Altpapier-Sortieranlage beilag. Mehrmals ausdrücklich gefordert hat die Antragsgegnerin den Nachweis des Genehmigungsbescheides u. a auch der Umladestation. Darüber hinaus wurde die durch die Beigeladene benannte Firma zur Abwicklung des Papiereinkaufs weder als Nachunternehmer im Nachunternehmerverzeichnis aufgeführt, noch eine entsprechende Bewerbererklärung beigelegt. Somit war der Ausschluss des Beigeladenenangebotes wegen fehlender Erklärungen bereits aus diesen Erwägungen heraus unumgänglich.

Entgegen des dokumentierten Wertungsergebnisses der Antragsgegnerin hätte das Angebot der Beigeladenen zusätzlich wegen des Fehlens des Nachweises der Verfügbarkeit einer Papierverwertungsanlage ausgeschlossen werden müssen. Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen waren dem Angebot neben dem Genehmigungsbescheid der Verwertungsanlage eine Beschreibung der Verfahrensabläufe in der Anlage sowie eine Erläuterung der vertraglichen Beziehung des Auftragnehmers zum Betreiber der Verwertungsanlage bzw. seiner Zugriffsrechte auf diese Anlage beizulegen. Im Ergebnis von Bieteranfragen gab der Auftraggeber nochmals gegenüber allen Bietern seine ausdrückliche Festlegung bekannt, dass mit dem Angebot der geplante Verwertungsweg für das Altpapier zu beschreiben ist und die vertraglichen Beziehungen auch bei Einbeziehung eines Papiervermarkters nachzuweisen sind. Ohne diese Nachweise könne eine Prüfung der Einhaltung der rechtlichen Vorgaben für die Verwertung des Altpapiers auftraggeberseitig nicht bewertet werden. Diesen konkreten Anforderungen genügt das Angebot der Beigeladenen keinesfalls. Die Angebotsunterlagen beinhalten lediglich die Aussage, dass die Beigeladene beabsichtige, die zu übernehmenden Altpapiermengen in eine konkret benannte und vertraglich gebundene Papierfabrik zu liefern. Entgegen der ausdrücklichen Beteuerung liegt dem Angebot der Nachweis zum Zugriff auf die Anlage etwa durch eine Erklärung des Anlagenbetreibers nicht bei. Dies blieb auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung unwidersprochen.

Die übrigen fünf Angebote waren ebenfalls keiner Zuschlagserteilung zugänglich. Denn auch bei diesen Bietern fehlen geforderte Genehmigungen, Bewerbererklärungen oder es mangelt an der Beschreibung der technischen Ausrüstung bzw. Anlagen. Letzteres wurde ebenso eindeutig mit Angebotsabgabe durch die Bekanntmachung sowie durch das Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes unter Punkt 3.2 in Verbindung mit der auftraggeberseitigen Information mittels Schreiben vom 02.07.2010 gefordert.

Ebenso ist die im Rahmen des Verhandlungsverfahrens durchgeführte auftraggeberseitige Wertung des Beigeladenenangebotes, immer gemessen am herausgegebenen Anforderungsprofil an die abzugebenden Unterlagen, als vergaberechtskonform einzustufen. Das im Verhandlungsverfahren auftraggeberseitig aufgeweichte Anforderungsprofil zur Dokumentation der Beziehungen zu einem Papierverwerter wurde seitens der Beigeladenen durch eine bereits im Offenen Verfahren abgegebene und zu diesem Zeitpunkt noch ungenügende Eigenenerklärung erfüllt. Dies gilt ebenso für die übrigen im Offenen Verfahren festgestellten formellen Defizite der Angebotsunterlagen der Beigeladenen.

Zudem hat die Beigeladene das günstigste Angebot abgegeben. Anhaltspunkte für Manipulationen bei der Angebotserstellung durch die Beigeladene oder durch die Antragsgegnerseite sind nicht erkennbar. Insbesondere weisen die Abweichungen zwischen den Angeboten der Beigeladenen und der Antragstellerin bei Erlös und Verwertungsentgelt lediglich einen Abweichungsgrad von unter 2% aus. Auch konnten durch die erkennende Kammer keine Anhaltspunkte für Nachverhandlungen festgestellt werden. Ein Ausschluss des Beigeladenenangebotes war unter den in diesem Verhandlungsverfahren geltenden Prämissen aus diesem Grunde daher nicht angezeigt.

Ungeachtet des zuvor Dargelegten hat es die erkennende Kammer in der Sache ausnahmsweise für erforderlich und sich selbst daher auch für berechtigt erachtet, die Antragsgegnerin im Rahmen des § 114 Abs. 1 GWB anzuweisen, das Verhandlungsverfahren aufzuheben.

Ausweislich der kammerseitig geteilten Spruchpraxis des OLG München (Beschlüsse vom 09.08.2010, Az: Verg 13/10, vom 29.09.2009, Az: 12/09 und vom 10.12.2009, Az: 16/09) ist bei schwerwiegenden Verstößen eine Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Vergabekammer ausnahmsweise trotz Präklusion möglich, wenn eine Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung schlichtweg unvertretbar erscheint und die Antragstellerin durch eine Zuschlagserteilung in ihren Rechten verletzt würde. Im vorliegenden Fall sieht die erkennende Kammer beide Voraussetzungen als erfüllt an.

Die Kammer stützt ihre Entscheidung ausdrücklich nicht darauf, dass die Antragsgegnerin das Verhandlungsverfahren aus hiesiger Sicht zu Unrecht durch § 3 EG Abs. 3a) 2 Alt. VOL/A als gerechtfertigt angesehen hat. Dies betrifft sowohl die auftraggeberseitige Nichtdurchführung eines Teilnahmewettbewerbes im Verhandlungsverfahren als auch das preisliche Fortwirken der im Offenen Verfahren abgegebenen Angebote in das Verhandlungsverfahren hinein. Hier liegen zwar gravierende Verstöße gegen das materielle Vergaberecht vor, jedoch keine Beeinträchtigung der die Antragstellerin hier schützenden individualrechtlichen Positionen. Letztlich trifft dies auch für die aus Kammersicht fehlerhafte und zu den vorigen Ausführungen im engen Zusammenhang stehende Schlussfolgerung der Anwendbarkeit der VOL/A 2009 auf das Verhandlungsverfahren zu. Auch darin liegt hier keine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen der Antragstellerin.

Anders verhält es sich jedoch hinsichtlich des präkludierten Vortrages der Antragstellerin zur Ungleichbehandlung der konkurrierenden Bieter im Verhandlungsverfahren. Hier hält es die Kammer für möglich und notwendig, auf den Fortgang des Vergabeverfahrens durch Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Aufhebung desselben einzuwirken. Denn die Antragsgegnerin hat durch die Modifikation des Anforderungsprofils an die mit dem Angebot beizubringenden Unterlagen vom Offenen Verfahren zum Verhandlungsverfahren gegen die Verpflichtung zur Gleichbehandlung gemäß § 97 Abs. 2 GWB verstoßen. Während die Antragstellerin die vertraglichen Beziehungen zum Papierverwerter noch durch Vorlage eines klassischen Nachweises entsprechend den Anforderungen des Offenen Verfahren zu dokumentieren hatte, will die Antragsgegnerin nunmehr die im Verhandlungsverfahren ergänzend aufgenommene Eigenerklärung für die Beigeladene ausreichen lassen. Dies verzerrt den Wettbewerb und ist im Rahmen eines am Prinzip der Gleichbehandlung auszurichtenden Vergabeverfahrens nicht hinnehmbar. In diesem Zusammenhang ist unbeachtlich, ob die Beigeladene bei Fortbestand des ursprünglichen Anforderungsprofils alle notwendigen Unterlagen und Erklärungen beigebracht hätte. Im Rahmen der vergaberechtlichen Überprüfung verbietet es sich aus grundsätzlichen Erwägungen, Hypothesen anzustellen und diese zur Grundlage der rechtlichen Bewertung zu machen. Ungeachtet der Frage, ob die Antragstellerin bei einer Konstellation wie der vorliegenden überhaupt berechtigt ist, im Nachgang zum Offenen Verfahren das Anforderungsprofil zu verändern, ist eine Modifikation von Anforderungen ausgeschlossen, die von konkurrierenden Bietern im Offenen Verfahren teils erfüllt bzw. teils nicht erfüllt wurden. Bei anderer Sichtweise würde man es der Auftraggeberseite zugestehen, durch gezielte Veränderungen Einfluss auf die Position einzelner Bieter im Wettbewerb zu nehmen. Das Auftraggeberverhalten greift hier demnach in die Grundlagen des Wettbewerbs ein und lässt eine Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung schlechterdings unannehmbar erscheinen.

Da die Antragstellerin somit auftraggeberseitig gezwungen wurde mit Bietern zu konkurrieren, die einem anderen Anforderungsprofil unterworfen waren, liegt eine Beeinträchtigung drittschützender vergaberechtlicher Bestimmungen zu Lasten der Antragstellerin vor.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang der Verfahren im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesen Verfahren maßgeblich. Vorliegend wird dem Hilfsantrag der Antragstellerin auf Aufhebung des Vergabeverfahrens entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen der Antragsgegnerin, so dass diese die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) unter Zugrundelegung des Bruttogesamtentgeltes der Antragstellerin 2.676,40 Euro.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von 221,35 Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

2.897,75 Euro,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **2.897,75 Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kas- senzeichens **3300-269326-7** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Die Antragstellerin erhält den geleisteten Vorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebe- gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer ange- fochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Be- weismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Be- schwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

Thomas

Pönitz

Dolge