

1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen beim Regierungspräsidium Leipzig

Typ des Spruchkörpers: Vergabekammer

Beschluss 1 / SVK / 011 - 10 vom 11.05.2010

Entscheidungserhebliche Normen:

§ 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A, § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A

Fundstellen:

IBR 8/2010, S. 470 (Kurzdarstellung)

Obsiegen des Bieters: (Bieter obsiegt)

Leitsatz (amtlich)

1. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A, der Eignungsnachweise mittels Eintragung in das PQ-Verzeichnis zulässt, sieht nach seinem Wortlaut vor, dass alle öffentlichen Auftraggeber, die zur Anwendung der VOB/A verpflichtet sind, den Eintrag in die Liste der Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (PQ-Verzeichnis) als Eignungsnachweise verbindlich anerkennen. Daher setzt der Hinweis des Bewerbers auf seine durch PQ nachgewiesene Eignung keineswegs das Einverständnis des Auftraggebers voraus.

2. Das Präqualifizierungsverfahren dient der Entbürokratisierung und Vereinfachung des Vergabeverfahrens und soll dem Bieter die zeit- und kostenaufwändige Mühe ersparen, für jede neue Ausschreibung um die er sich bewirbt erneut die geforderten Eignungsunterlagen zusammenzustellen. Dieses dem Grunde nach begrüßenswerte System der Präqualifikation würde ad absurdum geführt, wenn Nachweislücken, die sich lediglich aufgrund der noch nicht durch die Präqualifizierungsstelle erfolgten jährlichen Aktualisierungen ergeben, zu Lasten eines Bieters gingen. Denn dann wäre dieser wiederum vor jeder neuen Ausschreibung gehalten, zu überprüfen, ob die hinterlegten Dokumente noch dem aktuellen Anforderungsniveau entsprechen.

3. Etwas anderes gilt generell für den Fall, dass der Auftraggeber gesonderte, auftragsbezogene Eignungsnachweise fordert, die nicht in dem PQ-System hinterlegt sind. Hier ist und bleibt es Sache des Bieters darauf zu achten, dass er diese zusätzlichen Nachweise fristgerecht und anforderungsgemäß erbringt, da anderenfalls das Angebot vom Ausschluss bedroht ist.

Entscheidungstext

In dem Nachprüfungsverfahren

- Umbau und Sanierung Amtsgericht XXXXXX, Schloss XXXXXX – , Baumeisterarbeiten
- Vergabe-Nr.: XXXXXX

pp.

hat die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nach mündlicher Verhandlung vom 07.05.2010 am 11.05.2010 durch die Vorsitzende Frau Kadenbach, den Hauptamtlichen Beisitzer Herrn Kühne und den Ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Fritzsche beschlossen:

1. Dem Auftraggeber wird aufgegeben, die Angebote unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen sowie unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten.

2. Der Auftraggeber trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Verfahrensgebühr wird auf XXXXXX Euro festgesetzt. Der Auftraggeber ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

I.

Mit europaweiter Vergabebekanntmachung vom XXXXXX veröffentlichte der Auftraggeber die beabsichtigte Vergabe des Auftrages XXXXXX/VOL, Amtsgericht XXXXXX, Baumeisterarbeiten/Rohbauarbeiten. Eine Aufteilung in Lose war gemäß Ziffer II.1.8 nicht vorgesehen. Unter III.2 Teilnahmebedingungen heißt es: "3.2.1 Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers" sowie "Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister": Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: "Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A; Bescheinigung Berufsgenossenschaft; die geforderten Eignungsnachweise können einzeln vorgelegt oder mittels Präqualifikation durch eine der zugelassenen Stellen nachgewiesen werden". Als Verfahrensart war das offene Verfahren angegeben. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe heißt es unter Punkt 3.2.:

3.2 Zum Nachweis der Eignung sind vorzulegen:

mit dem Angebot auf Verlangen der Vergabestelle folgende Untertagen nach § 8 Nr. 3 Abs.1 VOB/A

a) b) c) f)

3.3 Folgende sonstige Nachweise/Angaben sind vorzulegen:

mit dem Angebot auf Verlangen der Vergabestelle

Bescheinigung der Berufsgenossenschaft I - Angaben zur techn. Ausstattung

- Angaben zum Einsatz d. vorgesehenen techn. Personals

3.4 Präqualifizierte Unternehmen können anstelle der Nachweise nach 3.2 im Angebotsschreiben EG 213EG unter Nr. 4.4 die Nummer angeben, unter der sie in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) eingetragen sind.

Die Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab. Zum Submissionstermin am 25.02.2010 lagen insgesamt 11 Angebote vor. Das Angebot der Beigeladenen war dabei erstplatziert. Mit einem Angebotsendpreis von XXXXXX Euro war das Angebot der Antragstellerin zweitplatziert hinter dem Angebot der Beigeladenen. Mit Schriftsatz vom 03.03.2010 wandte sich die Antragstellerin an die Auftraggeberin und wies diese darauf hin, dass es sich bei der Beigeladenen um eine neu gegründete Firma aus dem Jahr 2009 handele. Aus Sicht der Antragstellerin sei auf Grund der Neugründung bei der Beigeladenen die nach VOB/A geforderte notwendige Erfahrung und Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Bauleistung am Schloss XXXXXX nicht gegeben. Insoweit rügte die Antragstellerin eine mögliche Vergabeentscheidung zugunsten der Beigeladenen. Die Antragstellerin trug weiter vor, dass der Geschäftsführer der Beigeladenen früher selber Geschäftsführer der XXXXXX mbH und der Firma XXXXXX GmbH (XXXXXX) gewesen sei. Beide Firmen seien im Herbst 2009 in die Insolvenz gegangen und hätten hierbei einen erheblichen Schaden verursacht. Zudem sei davon auszugehen, dass im Nachgang zum Insolvenzverfahren, wie in fast allen Fällen üblich, mit einer strafrechtlichen Verurteilung des Geschäftsführers wegen Insolvenzdelikten zu rechnen sei. Vor diesem Hintergrund müsse die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der neugegründeten Firma der Beigeladenen besonders geprüft werden. Insoweit weise die Antragstellerin bereits im Vorfeld einer Vergabeentscheidung auf die diesbezüglichen Bedenken hin.

Mit Schreiben vom 12.03.2010 reagierte der Auftraggeber auf das Schreiben der Antragstellerin und teilte dieser mit, dass sich der Vergabevorgang derzeit in Prüfung befinde und die Antragstellerin nach Abschluss des Wertungsvorganges gemäß § 13 VgV informiert werde.

Mit Schreiben vom 24.03.2010 informierte die Auftraggeberin die Antragstellerin gemäß § 101 a GWB, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Als Grund wurde angegeben, dass auf das Angebot der Antragstellerin kein Zuschlag erteilt werden könne, weil ein niedrigeres Hauptangebot vorläge.

Mit Schreiben vom 29.03.2010 zeigten sich die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber an und rügten den beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene als rechtswidrig.

Zur Begründung trug die Antragstellerin vor, öffentliche Aufträge dürften nur an Unternehmen vergeben werden, die fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig seien. Ziffer III.2.1 der Vergabebekanntmachung sei zu entnehmen, dass auf Verlangen der Auftraggeberin Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 a), b), c), und f) VOB/A vorzulegen gewesen seien. Insoweit seien gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 a) und b) die Unterlagen zum Umsatz der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vorzulegen, soweit sie vergleichbare Bauleistungen beträfen. Gleiches gelte für die Ausführung vergleichbarer Leistungen in den drei abgeschlossenen zurückliegenden Geschäftsjahren. Die Beigeladene könne nicht über solche Unterlagen verfügen, weil sie in den drei abgeschlossenen Geschäftsjahren weder vergleichbare Umsätze erzielt habe, noch vergleichbare Leistungen erbracht habe. Der Umstand, dass es sich bei der Beigeladenen um einen so genannten "newcomer" handele, impliziere bereits, dass die Beigeladene noch keine vergleichbare Leistung habe erbringen können, weshalb ihr Angebot auszuschließen sei. Weiter forderte die Antragstellerin den Auftraggeber auf bis zum 01.04.2010 mitzuteilen, ob er das Angebot der Beigeladenen vom Verfahren ausschließen werde. Andernfalls werde sie ein Vergabenachprüfungsverfahren bei der erkennenden Vergabekammer durchführen.

Mit Schreiben vom 01.04.2010 nahm der Auftraggeber zum Schreiben der Antragstellerin Stellung und teilte mit, der Rüge nicht abhelfen zu können. Gleichzeitig teilte er mit, dass die Eignung der Beigeladenen umfangreich geprüft worden sei und dass man im Ergebnis dazu gekommen sei, dass ein Rückgriff auf vergleichbare Referenzleistungen der Firma XXXXXX GmbH möglich und ein Ausschluss der Beigeladenen nicht gerechtfertigt sei.

Nachdem der Auftraggeber dem Rügeschreiben der Antragstellerin nicht abgeholfen hatte, beantragte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 06.04.2010 bei der erkennenden Vergabekammer die Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens.

Hierzu beantragte sie unter anderem sinngemäß:

2. Dem Auftraggeber wird untersagt, den Zuschlag in der streitgegenständlichen Ausschreibung an die Beigeladene zu erteilen.
3. Der Auftraggeber wird angewiesen, erneut in die Angebotswertung einzutreten und erneut unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen sowie unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.

Zur Begründung des Vergabenachprüfungsantrages trug die Antragstellerin im Wesentlichen die gleichen Argumente vor wie bereits in ihrem Rügeschreiben.

So legte sie abermals dezidiert dar, dass die Beigeladene erst seit dem Jahr 2009 auf dem Markt tätig sei. Vor diesem Hintergrund sei zu bezweifeln, dass die Beigeladene über die von dem Auftraggeber geforderten Nachweise und Referenzen verfüge. Aus der Reaktion des Auftraggebers, welcher mitgeteilt habe, dass ein Rückgriff auf vergleichbare Referenzleistungen der insolventen Firma XXXXXX mbH möglich sei, sei zu schließen, dass die Beigeladene nicht dargelegt habe, dass sie auf sächliche und persönliche Mittel der XXXXXX GmbH uneingeschränkt zurückgreifen könne. Der bloße Hinweis auf Referenzen oder die Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens genügen nämlich nicht, wenn der Bieter nicht zugleich darstelle, wie der die entsprechende Leistungsfähigkeit des Unternehmens gesichert habe. Aber selbst wenn die Firma der Beigeladenen die Unterlagen tatsächlich vorgelegt habe, wonach sie uneingeschränkt auf die Ressourcen der XXXXXX GmbH zurückgreifen könne, könne sich die Beigeladene nicht auf die "Leistungsfähigkeit" der XXXXXX GmbH berufen, da diese insolvent sei. Der Geschäftsbetrieb der XXXXXX GmbH sei

daher vom Insolvenzverwalter zerschlagen worden. Nach alledem sei nach Auffassung der Antragstellerin der Vergabenachprüfungsantrag begründet.

Mit Schriftsatz vom 13.04.2010 nahm der Auftraggeber zum Vergabenachprüfungsantrag Stellung und beantragte:

1. den Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens als unbegründet zurückzuweisen.
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Zur Begründung des Abweisungsantrages legte der Auftraggeber dar, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschließen sei, da der Nachweis der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre, entgegen der vorherigen Vereinbarung, fehlende Unterlagen bis zum 09.03.2010 nachzureichen, erst per Telefax am 10.03.2010 per Telefax um 11.59 Uhr nachgereicht worden sei. Weiter legte der Auftraggeber dar, dass das Angebot der Beigeladenen nicht auszuschließen gewesen sei. Der zuständige Fachbereich des Auftraggebers habe sich aktuelle vertrauliche Nachweise zur finanziellen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen vorlegen lassen. Alle Nachweise bescheinigten auch unter Berücksichtigung weiterer Aufträge, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beigeladenen gewährleistet sei. Die Beigeladene verfüge auch über die in der Ausschreibung geforderten Referenzen. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin habe die Beigeladene auch dargelegt, dass sie auf sämtliche und persönliche Mittel der XXXXXX GmbH uneingeschränkt zugreifen könne. Die Beigeladene habe eine Aufstellung mit 26 namentlich benannten Beschäftigten vorgelegt, welche von der Firma XXXXXX GmbH übernommen worden seien. Hierzu habe die Beigeladene erklärt, dass es sich um 90 % der Mitarbeiter der XXXXXX GmbH gehandelt habe.

Weiter legte der Auftraggeber dar, dass er im Zuge der Eignungsprüfung auch den Insolvenzverwalter kontaktiert habe, durch welchen bestätigt worden sei, dass technische Geräte durch die Firma der Beigeladenen aus der Insolvenzmasse der XXXXXX GmbH herausgelöst worden seien. Letzten Endes hätten auch die Nachfragen des Auftraggebers bei den Bauherren der angegebenen Referenzen ein durchweg positives Bild ergeben. Die vorgelegten Referenzen seien auch in Art und Umfang mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar gewesen.

Mit Beschluss vom 16.04.2010 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen.

Mit Schreiben vom 21.04.2010 nahm die Antragstellerin abermals zum Sach- und Streitstand Stellung und legte zunächst dar, dass sich aus der gewährten Akteneinsicht ergäbe, dass der Auftraggeber die geforderten Eignungsnachweise am 04.03.2010 nicht nur von der Antragstellerin abgefordert habe, sondern auch von der Beigeladenen. Im Vergabevermerk sei dazu vermerkt, dass die Beigeladene auf Unterlagen der XXXXXX mbH verwiesen habe, aus welcher sie als Neugründung hervorgegangen sei. Der Akteneinsicht sei weiter zu entnehmen, dass die Beigeladene per E-Mail vom 15.03.2010 aufgefordert worden sei, Nachweise zur technischen, personellen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorzulegen, woraus mangels vertiefender Akteneinsicht zu schlussfolgern sei, dass die Beigeladene der Vorlagepflicht hinsichtlich der Eignungsnachweise nicht oder jedenfalls nicht in ausreichender Weise nachgekommen sei. Aus dem Vermerk folge, dass die Beigeladene als neu gegründete Gesellschaft anzusehen sei. Dementsprechend sei davon auszugehen, dass sie keine Referenzen aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren habe vorlegen können, weshalb sie auf Referenzen der Firma XXXXXX mbH habe verweisen müssen. Grundsätzlich sei zwar anerkannt, dass sich ein Bieter auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen berufen könne, was grundsätzlich auch für Newcomer gelte, dazu müsse aber nachgewiesen werden, dass der entsprechende Bieter über die persönlichen und sächlichen Mittel der anderen Firma auch verfügen könne. Vorliegend sei zu mutmaßen, dass die Beigeladene diese Anforderungen des Auftraggebers offensichtlich nicht erbracht habe. Andernfalls hätte sich der Auftraggeber nicht veranlasst gesehen, mit E-Mail vom 15.03.2010 Unterlagen nachzufordern.

Weiter enthalte die Akte eine E-Mail der Beigeladenen an den Auftraggeber vom 15.03.2010. In dieser E-Mail werde Bezug genommen auf ein telefonisch avisiertes Schreiben, welches der Vergabeakte nicht beigefügt sei. Offensichtlich müsse es sich hier um Blatt 533 der Verfahrensakte

handeln. Auch daraus sei zu folgern, dass die Beigeladene Unterlagen habe nachreichen müssen, da die ursprünglich vorgelegten Unterlagen offensichtlich nicht geeignet gewesen seien, die Eignung der Beigeladenen nachzuweisen. In diesem Zusammenhang sei nach Auffassung der Antragstellerin darauf zu verweisen, dass es selbst in einem Verfahren nach der VOL/A dem Auftraggeber nicht gestattet sei, eigene Kenntnisse zu verwenden, wenn der Bieter die entsprechenden Unterlagen nicht selbst vorgelegt habe. Vorliegend sei zu mutmaßen, dass die Beigeladene die erforderlichen Unterlagen unvollständig oder ungenügend vorgelegt habe, so dass der Auftraggeber veranlasst gewesen sei, selbst Recherchen zur Eignung des Bieters anzustellen. Zu betonen sei jedoch, dass die Nachweisführung hinsichtlich der Eignung eine Bringepflicht des Bieters sei und somit nur durch ihn zu leisten sei.

Soweit der Auftraggeber darauf verwiesen habe, dass die Antragstellerin zu den jahresdurchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren erst am 10.03.2010 per Telefax Unterlagen eingereicht habe, so sei darauf zu verweisen, dass die Antragstellerin mit Telefax der XXXXXX mbH aufgefordert worden sei, verschiedene Unterlagen bis zum 08.03.2010 vorzulegen. Diese Frist sei telefonisch bis zum 09.03.2010 verlängert worden. Die Antragstellerin sei dieser Aufforderung innerhalb der einvernehmlich verlängerten Frist nachgekommen. Insbesondere habe die Antragstellerin Angaben zu den Beschäftigten gemacht, wie sich aus den "Angaben zum Nachweis der Eignung nach § 8 VOB/A" ergebe. Daraufhin habe die Mitarbeiterin der Firma XXXXXX mbH am 09.03.2010 bei dem Mitarbeiter Herrn XXXXXX der Antragstellerin nochmals angerufen und mitgeteilt, dass sie die jahresdurchschnittlichen Beschäftigten der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre benötige, woraufhin die Antragstellerin mit einem Telefax vom 10.03.2010 die Unterlagen vorgelegt habe. Insoweit sei es also nicht richtig, dass die geforderten Erklärungen innerhalb der gesetzten Frist nicht abgegeben worden seien. Im Übrigen sei die Antragstellerin auch ein so genanntes präqualifiziertes Unternehmen, so dass ihr die Möglichkeit offenstünde, die Nachweise nach Ziffer 3.2 der Angebotsaufforderung abzugeben. Die Forderung nach den jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräften befände sich insoweit in § 8 Nr. 3 Abs. 1 c) VOB/A, welcher in Ziffer 3.2 der Angebotsaufforderung benannt sei. Als präqualifiziertes Unternehmen habe die Antragstellerin den Nachweis über die von ihr beschäftigten Arbeitnehmer bereits damit geführt, dass sie präqualifiziert sei, ohne dass noch weitere Einzelnachweise vorzulegen gewesen seien.

Mit Schriftsatz vom 28.04.2010 nahm der Auftraggeber abermals zum Vortrag der Antragstellerin Stellung und wies darauf hin, dass die Beigeladene fristgerecht sämtliche abgeforderten Unterlagen übermittelt habe. Darüber hinaus sei darauf hinzuweisen, dass entsprechend der Kommentierung zur VOB/A durchaus durch den Auftraggeber Aufklärungen hinsichtlich der Nachweise erfolgen und Auskünfte eingeholt werden könnten, sofern der betroffene Bieter zuvor darüber unterrichtet sei. Soweit ein Bieter verlangte Eignungsnachweise fristgerecht eingereicht habe, stelle eine Ergänzung dieses Nachweises kein unzulässiges Nachverhandeln dar.

Mit neuerlichem Schriftsatz vom 30.04.2010 wies der Auftraggeber darauf hin, dass die Antragstellerin nicht, wie von der Antragstellerin dargelegt, Angaben zu den jahresdurchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei Geschäftsjahren fristgerecht vorgelegt habe. Insoweit helfe auch nicht der Verweis auf die Präqualifikation, da sich aus dem selbst von der Antragstellerin vorgelegten Präqualifikationseintrag ergebe, dass hier nur diejenigen Angaben erfasst seien, die die Jahre 2006 bis 2008 betreffen. Gefordert sei demgegenüber die Angabe der jahresdurchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei Geschäftsjahren, also von den Jahren 2007 bis 2009. Damit fehle eine geforderte Erklärung, die zum Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin führe.

Mit weiterem Schriftsatz vom 05.05.2010 vertiefte die Antragstellerin abermals ihr Vorbringen.

In der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2010 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit den Sachvortrag zu vertiefen. Auf die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung wird verwiesen. Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien und wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf die übrigen Schriftsätze Bezug genommen. Die von der Vergabestelle überlassenen Vergabeakten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Die Antragstellerin stellte ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 06.04.2010 zu II., III. und V.

Der Auftraggeber beantragte, die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Beigeladene war nicht in der mündlichen Verhandlung zugegen und stellte naturgemäß keine eigenen Anträge.

II.

1. Der Antrag auf Nachprüfung ist zulässig (1) und begründet (2).

1. Der Vergabenachprüfungsantrag ist zulässig

a. Die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation Vergabekammern des Freistaates Sachsen für den Antrag zuständig.

b. Die Auftraggeber ist der Freistaat Sachsen. Dieser unterliegt gemäß § 98 Nr. 1 GWB dem Vergaberechtsregime.

c. Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Als Bieterin hat die Antragstellerin ihr Interesse an der Zuschlagserteilung signalisiert. Die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene die ihrer Meinung nach als "newcomerin" vom Wettbewerb auszuschließen war, erfolgte ihres Erachtens vergaberechtswidrig.

d. Die geplante Gesamtauftragssumme überschreitet den EU-Schwellenwert. Nach § 100 Abs. 1 GWB unterliegen der Nachprüfung durch die Vergabekammer nur Aufträge, welche die Auftragswerte (Schwellenwerte) erreichen oder überschreiten. Die Auftragswerte werden durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegt. Der Gesetzgeber hat von der Ermächtigung in § 127 Nr. 1 GWB zum Erlass einer Rechtsverordnung durch Erlass der Vergabeverordnung (VgV) Gebrauch gemacht. Vorliegend überschreitet die geplante Gesamtauftragssumme den EU-Schwellenwert. Der Wert für das gesamte Bauvorhaben liegt mit über XXXXXX Mio. Euro über dem maßgeblichen Schwellenwert. Der Wert des hier in Streit stehenden Loses liegt bei ca. XXXXXX Mio Euro, das Los unterfällt jedoch nicht dem 20 % Kontingent entsprechend § 2 Nr. 7 VgV, so dass der Auftraggeber zur europaweiten Ausschreibung verpflichtet war. Die Vergabekammer ist zuständig.

e. Der Vergabenachprüfungsantrag ist hinsichtlich des Rügeerfordernisses des § 107 Abs. 3 GWB zulässig. Die Antragstellerin hat die ihrer Meinung nach vergaberechtswidrige Absicht des Auftraggebers der Annahme des Angebotes der Beigeladenen unverzüglich i.S.d. § 107 GWB gerügt. Mit Informationsschreiben nach § 101a GWB vom 24.03.2010 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, das wirtschaftlichere Angebot der Beigeladenen anzunehmen. Soweit sich die Antragstellerin hiergegen mit Rügeschreiben vom 29.03.2010 wandte, erfolgte dies unzweifelhaft unverzüglich, denn eine Rüge innerhalb von lediglich zwei Tagen ist nach einhelliger Rechtsprechung (vgl. OLG Koblenz, B. v. 18.09.2003, 1 Verg 4/03; VK Brandenburg, B. v. 18.06.2003, VK 31/03; OLG Dresden, B. v. 06.04.2004, WVerg 1/04) als unverzüglich anzusehen.

2. Der zulässige Antrag der Antragstellerin ist begründet.

Das Angebot der Antragstellerin ist nicht vom weiteren Wettbewerb auszuschließen. Das Angebot der Beigeladenen ist hingegen ist, soweit sie nicht auf eigene Umsatzzahlen für die letzten drei Geschäftsjahren sowie jahresdurchschnittlich Beschäftigte für die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre verweisen kann als auch wegen der verspäteten Vorlage der EFB Preisblätter vom weiteren Wettbewerb auszuschließen.

1. Fehlende Aktualisierung der Angabe zu den jahresdurchschnittlich Beschäftigte in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren im Präqualifikationsverzeichnis

Mit Telefax-Schreiben vom 04.03.2010 wurde die Antragstellerin aufgefordert, zur Ermöglichung der Wertung des Angebots bis Montag, den 08.03.2010 (u.a.) folgende aktuelle Unterlagen/ Angaben per Fax vorzulegen:

Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren/Referenzen

ausgeführte Leistungen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren

jahresdurchschnittlich Beschäftigte in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren
(. . .)

zum Einsatz vorgesehenes technisches Personal

Die Verfahrensbeteiligten einigten sich nach dem unbestrittenen Vortrag der Antragstellerin im Rahmen eines Telefongespräches darauf, dass die Antragstellerin die geforderten Unterlagen erst bis zum 09.03.2010 vorzulegen habe.

Mit Telefaxschreiben vom 09.03.2010 übersandte die Antragstellerin dem Auftraggeber ein Unterlagenkonvolut, das unter anderem unter der Überschrift "Angaben zum Nachweis der Eignung nach § 8 VOB/A" eine Auflistung der Bruttoumsätze für die Jahre 2007-2009 enthielt, sowie eine Auflistung der zur Zeit beschäftigten Arbeitskräfte, teilweise gegliedert in Berufsgruppen. Weiter enthielten diese Unterlagen eine handschriftliche Angabe zum Einsatz des vorgesehenen technischen Personals. Eine Angabe der jahresdurchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren war in diesen Unterlagen jedoch nicht enthalten. Diese Angabe tätigte die Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber jedoch erst am 10.03.2010 und damit verspätet, soweit man auf den vorgegebenen Vorlagezeitpunkt abstellte. Damit fehlte zunächst eine Angabe zu den jahresdurchschnittlich Beschäftigten zu dem von der Vergabestelle vorgegebenen Vorlagezeitpunkt, wobei nach Auffassung der Vergabekammer unter Berücksichtigung, dass die Vergabebekanntmachung am 07.01.2010 erfolgte, als die "zurückliegenden letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre" die Jahre 2007-2009 zu betrachten waren.

Fraglich war insoweit, ob die verspätete Vorlage dieser Angabe zum Ausschluss des Angebotes gemäß Punkt 3.3 der Bewerbungsbedingungen EG (FB 212EG) führen musste, oder ob sich die Antragstellerin erfolgreich darauf berufen konnte, dass sie über eine aktuelle Präqualifizierung verfügte.

Gemäß Ziffer III.2.1) der Vergabebekanntmachung waren Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A gefordert, wobei jedoch bereits in der Vergabebekanntmachung darauf hingewiesen wurde, dass die geforderten Eignungsnachweise einzeln vorgelegt oder mittels Präqualifikation durch eine der zugelassenen Stellen nachgewiesen werden können. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe heißt es dazu weiter:

3.2 Zum Nachweis der Eignung sind vorzulegen:

mit dem Angebot auf Verlangen der Vergabestelle

folgende Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs.1 VOB/A

a) b) c) f)

Unter Punkt 3.4 erfolgte dann der weitere Hinweis:

"Präqualifizierte Unternehmen können anstelle der Nachweise nach 3.2 im Angebotsschreiben EG 213EG unter Nr. 4.4 die Nummer angeben, unter der sie in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) eingetragen sind."

Ausweislich der Angebotsunterlagen ist die Antragstellerin seit dem XXXXXX beim pq-Verein unter der Nummer XXXXXX präqualifiziert. Insoweit hätte der Auftraggeber nicht auf Einzelnachweise zurückgreifen müssen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung räumte der Auftraggeber ein, es sei ungeachtet dessen jedoch so gewesen, dass das Planungsbüro, das die Auswertung der Unterlagen vorgenommen habe, noch nicht so dezidiert eingewiesen sei und sich insoweit mit Schreiben vom 03.04.2010 die Einzelunterlagen mit Fristsetzung bis Montag, den 08.03.2010 habe vorlegen lassen. Eine Einsichtnahme in die PQ-Liste sei hingegen nicht erfolgt.

Im Rahmen des Vergabenachprüfungsverfahrens berief sich die Antragstellerin darauf, dass sie als präqualifiziertes Unternehmen ihre Eignung in ausreichendem Maße durch den Eintrag im Präqualifikationsverzeichnis nachgewiesen habe. Dem war allerdings zunächst entgegen zu halten, dass im PQ-Verzeichnis lediglich Angaben zu den jahresdurchschnittlich Beschäftigten für die Jahre 2006-2008, nicht jedoch für das zurückliegende, abgeschlossene Jahr 2009 enthalten waren.

Gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A ist als Nachweis der Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) insbesondere auch die vom Auftraggeber direkt abrufbare Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins XXXXXX e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) zulässig. Auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche Nachweise können verlangt werden.

Bei der Angabe zu den jahresdurchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren handelt es sich nach Auffassung der Vergabekammer nicht um "auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche Nachweise". Insoweit hatte die Vergabekammer zu prüfen, ob es vorliegend ausreichte, dass die Antragstellerin mit Angebotsabgabe auf ihre PQ-Nummer hinwies und sich insoweit auf die im PQ-Verzeichnis hinterlegte Aktualität verließ.

Unter Präqualifikation ist eine der Auftragsvergabe vorgelagerte, auftragsunabhängige Prüfung der Eignungsnachweise auf der Basis der in § 8 VOB/A definierten Anforderungen und gegebenenfalls zusätzlicher Kriterien zu verstehen. Unternehmer weisen ihre Eignung periodisch etwa gegenüber einer Agentur oder einer Behörde nach, und "präqualifizieren" sich dadurch für bestimmte Produkt- oder Gewerbekategorien. Auftraggeber können dann im einzelnen Vergabeverfahren bei präqualifizierten Unternehmen weitgehend auf eigene Eignungsprüfungen verzichten. Dies soll zu einer Reduzierung des bürokratischen und häufig fehlerträchtigen Aufwandes hinsichtlich der Nachweisführung zur Eignung führen. Die Präqualifikation wird zu einem gewissen Stichtag erteilt und jährlich aktualisiert.

Der mit der VOB/A implementierte § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A, der Eignungsnachweise mittels Eintragung in das PQ-Verzeichnis zulässt, sieht nach seinem Wortlaut vor, dass alle öffentlichen Auftraggeber, die zur Anwendung der VOB/A verpflichtet sind, den Eintrag in die Liste der Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (PQ-Verzeichnis) als Eignungsnachweise verbindlich anerkennen. Daher haben lediglich die Bewerber die Option, zwischen der aufwändigeren Eignungsprüfung per Einzelnachweis oder dem einfacheren Nachweis durch Präqualifikation wählen zu können. Ein Wahlrecht auf Seiten der Auftraggeber besteht nicht. Daher setzt der Hinweis des Bewerbers auf seine durch PQ nachgewiesene Eignung keineswegs das Einverständnis des Auftraggebers voraus. Vielmehr verstößt der Auftraggeber, der weiterhin Eignungsnachweise per Einzelnachweis nach § 8 Nr. 3 fordert, gegen § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A und muss die Folgen dieses fehlerhaften Verhaltens tragen (Werner in Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht Kompaktcommentar, § 8 VOB/A, Rn 32, 33). Insoweit durfte also vorliegend der Auftraggeber keine Einzelnachweise über diejenigen Eignungstatbestände fordern, die bereits Gegenstand der Zertifizierung waren, so dass die verspätete Vorlage der Angabe zu den jahresdurchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren der Antragstellerin nicht zum Ausschluss des Angebotes führen konnte. Damit kam es letztlich darauf an, ob der Nachweis der Eignung durch den Verweis auf die bis zum 14.05.2010 gültige Präqualifikation in ausreichendem Maße geführt wurde, was nach Auffassung der Vergabekammer zu bejahen war.

Nach Auffassung der erkennenden Kammer dient das Präqualifizierungsverfahren der Entbürokratisierung und Vereinfachung des Vergabeverfahrens und soll dem Bieter die immer neue zeit- und kostenaufwändige Mühe ersparen, für jede neue Ausschreibung um die er sich bewirbt erneut die geforderten Eignungsunterlagen zusammen tragen zu müssen. Dieses dem Grunde nach begrüßenswerte System der Präqualifikation würde ad absurdum geführt, wenn Nachweislücken, die sich lediglich aufgrund der noch nicht erfolgten jährlichen Aktualisierungen ergeben, zu Lasten eines Bieters gingen, denn dann wäre dieser wiederum vor jeder neuen Ausschreibung gehalten zu überprüfen, ob die hinterlegten Dokumente noch dem aktuellen Anforderungsniveau entsprechen. Soweit also der Auftraggeber angibt, dass die allgemeinen Eignungsanforderungen durch Verweis auf die Präqualifikation ersetzt werden können, muss eine aktuelle und gültige Präqualifikation vollumfänglich dem Anforderungsniveau entsprechen können.

Etwas anderes gilt generell, und darauf sei an dieser Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen, für den Fall, dass der Auftraggeber gesonderte, auftragsbezogene Eignungsnachweise fordert, die nicht in dem PQ-system hinterlegt sind. Hier ist und bleibt es Sache des Bieters darauf zu achten, dass er diese zusätzlichen Nachweise fristgerecht und anforderungsgemäß erbringt, da anderenfalls das Angebot vom Ausschluss bedroht ist.

Im vorliegend zu entscheidenden Fall ergibt sich aus dem Präqualifikationsverzeichnis, dass diejenigen Aussagen zur Eignung, die durch Eigenerklärung aktualisiert werden könnten bis zum 14.05.2010 Gültigkeit besitzen. Vor diesem Hintergrund ist die Vergabekammer der Auffassung, dass es unschädlich ist, dass der Bieter im März 2010 die Aktualisierung der hinterlegten Auskünfte und Dokumente für das zurückliegende Jahr 2009 noch nicht vorgenommen hatte. Er durfte sich insoweit darauf verlassen, dass die Präqualifikation vollumfänglich im Rahmen ihrer ausgewiesenen Gültigkeit (hier 14.05.2010) den Eignungsanforderungen des Auftraggebers entsprach und er rechtzeitig vom PQ-Verein auf demnächst vorzunehmende Aktualisierungen hingewiesen werden würde.

Im Ergebnis war es also unschädlich, dass das PQ-Verzeichnis keine Aussagen zum zurückliegenden Jahr 2009 enthielt, das Angebot der Antragstellerin war nicht vom weiteren Wettbewerb auszuschließen.

2. Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen

2.1. Verspätete Vorlage der Formblätter 223 zur Aufgliederung der Einheitspreise

Das Angebot der Beigeladenen war im Ergebnis der amtswegigen Prüfung der Vergabekammer vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Mit Schreiben vom 04.03.2010 wurde die Beigeladene durch das vom Auftraggeber mit der Auswertung der Angebote beauftragte Planungsbüro per Telefax aufgefordert, bis Montag, den 08.03.2010 verschiedene Eignungsunterlagen, sowie die Formblätter 221 Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation (2 Seiten), bzw. 222 Preisermittlung bei Kalkulation über die Endsumme (2 Seiten) bzw. 223 Aufgliederung der Einheitspreise (1 Seite) vorzulegen.

Die Beigeladene übersandte dementsprechend zunächst mit Schreiben vom 05.03.2010 diverse Unterlagen, denen Aussagen zu Referenzen, den jahresdurchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren bzw. zu der für die Leistung zur Verfügung stehenden technischen Ausrüstung, zu entnehmen waren. Die geforderten Formblätter 223 zur Aufgliederung der Einheitspreise reichte die Beigeladene erst mit Telefaxschreiben vom 12.03.2010 nach. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass ausweislich der Aufforderung zur Angebotsabgabe Punkt 4 die Formblätter EG 221/222 und 223 ab Verlangen der Vergabestelle innerhalb von 7 Kalendertagen vorzulegen waren. Selbst wenn man also zu Gunsten der Beigeladene unterstellen würde, dass die Formblätter EG 223 nicht bis zum 08.03.2010, sondern entsprechend der Aufforderung zur Angebotsabgabe innerhalb von 7 Tagen ab Verlangen vorzulegen waren, so hätten diese spätestens am 11.03.2010 vorgelegt werden müssen. Die Vorlage am 12.03.2010 war mithin jedenfalls verspätet.

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die Bewerbungsbedingungen EG (FB 212EG) unter Punkt 3.3 Folgendes vorsehen: 3.3 Das Angebot muss die Preise und die in den Vergabeunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten. Unvollständige Angebote werden ausgeschlossen. Dasselbe gilt, wenn die von der Vergabestelle gesondert verlangten Unterlagen nicht zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt vorgelegt werden.

Unter Berücksichtigung dieser Bestimmung war in Folge der verspäteten Vorlage der Formblätter zur Aufgliederung der Einheitspreise der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu verfügen.

2.2. Unzureichender Eignungsnachweis entsprechend der Vorgaben des Auftraggebers

Mit Telefax vom 04.03.2010 wurde auch die Antragstellerin aufgefordert, zur Ermöglichung der Wertung des Angebots bis Montag, den 08.03.2010 (u.a.) folgende aktuelle Unterlagen/ Angaben per Fax vorzulegen:

- [x] Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren/Referenzen
- [x] ausgeführte Leistungen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren
- [x] jahresdurchschnittlich Beschäftigte in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren
- [x] für die Leistung zur Verfügung stehende technische Ausrüstung
- [x] zum Einsatz vorgesehenes technisches Personal

Innerhalb der von dem Auftraggeber vorgesehenen Frist legte die Beigeladene umfangreiche Dokumente vor und wies darauf hin, dass sie im Jahr 2009 das ingenieurtechnische knowhow, das Personal und den Maschinenpark sowie Baustellen der XXXXXX mbH übernommen habe. So reichte sie beim Auftraggeber eine umfangreiche Referenzliste ein und wies darauf hin, dass die Referenzliste Leistungen enthalte die die Beigeladene nach der Übernahme der XXXXXX GmbH erbracht habe.

Weiter tätigte die Beigeladene Angaben zum Umsatz der Jahre 2007 bis 2009 sowie zur mittleren Beschäftigungszahl der letzten 3 Jahre. Zudem fügte die Beigeladene dem Unterlagenkonvolut die Gewerbeanmeldung vom 01.10.2009 sowie eine steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung bei.

Der Auftraggeber hinterfragte diese Angaben dezidiert und ließ sich darüber hinaus einen Liquiditätsplan sowie eine namentliche Aufstellung der von der insolventen XXXXXX GmbH übernommenen Mitarbeiter geben. Darüber hinaus ließ sich der Auftraggeber vom Insolvenzverwalter bestätigen, dass der angegebene Maschinenpark tatsächlich aus der Insolvenzmasse der XXXXXX GmbH herausgelöst wurde.

Obwohl vorliegend das Angebot der Beigeladenen bereits wegen der verspäteten Vorlage der Formblätter EG 223 auszuschließen war, sieht es die Vergabekammer zur Vermeidung weiterer Nachprüfungsanträge als zweckdienlich an zum Wertungsvorgang des Auftraggeberin in der gebotenen Kürze Stellung zu nehmen

Soweit sich die Beigeladene vorliegend auch auf Referenzen der insolventen Vorgängerfirma aus den Jahren 2007 und 2008 beruft, hält die Vergabekammer dies im gegebenen Zusammenhang für zulässig. Ein Bieter, der durch Neugründung aus einem Unternehmen hervorgegangen ist, die gleichen Personen beschäftigt, über das bisher vorhandene Know-how verfügt und mit im Wesentlichen denselben Anlagen und Werkzeugen arbeitet, kann auf Nachfrage des Auftraggebers nach Auffassung der Vergabekammer auch auf Arbeiten als Referenz verweisen, die dieselben Mitarbeiter in der früheren Firma erbracht haben (VK Sachsen, B. v. 14.04.2008 - 1/SVK/013-08 VK Hessen, B. v. 11.04.2007, 69 d VK-07/2007; 2. VK Brandenburg, B. v. 15.11.2005, 2 VK 64/05). Die Berufung auf Referenzen eines insolventen, vom Bieter übernommenen Unternehmens ist also vergaberechtlich nicht zu beanstanden (2. VK des Bundes beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 27.08.2002, VK 2- 60/02), wenn sichergestellt ist, dass der Bieter den ausgeschriebenen Auftrag vollständig oder zumindest zu einem ganz überwiegenden Teil durch das Personal der früheren Firma durchführen wird (VK bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 09.03.2004, VK 2/04).

Allerdings ist es nach Auffassung der Vergabekammer nicht möglich, sich als neu gegründetes Unternehmen sich auf die Umsatzzahlen oder die früheren Mitarbeiterzahlen eines insolventen Unternehmens zu berufen. Als Grund dafür ist anzuführen, dass es sich bei dem insolventen Unternehmen und dem neu gegründeten Unternehmen um zwei rechtlich selbständige Firmen handelt. Bei Umsatzzahlen handelt es sich um ein zentrales Element der unternehmensbezogenen Eignungsprüfung. Umsatzzahlen sind ein wichtiger Indikator der wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens einerseits, als auch ein Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens andererseits (vgl. bspw. OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.02.2010 - Verg W 10/09). Insoweit macht die Vorlage von Umsatzzahlen nur dann Sinn, wenn sie die wirtschaftliche Situation des sich bewerbenden Unternehmens abbilden. Die Berufung auf Umsatzzahlen eines anderen, sogar insolventen Unternehmens lässt gerade keine Rückschlüsse auf die finanzielle oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des zu beurteilenden Unternehmens zu.

Im Grunde sieht das auch der Auftraggeber so. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung äußerte der Auftraggeber auf die Frage, was er an den Umsatzzahlen der letzten drei Jahre ablesen wolle, dass man schon eine Tendenz der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens feststellen könne. Darüber hinaus, so der Auftraggeber, dienten die Zahlen zum Vergleich mit anderen Bietern. Auf Grund von niedrigen Umsatzzahlen, könne man sich ggf. die berechnete Frage stellen, ob das Umsatzvolumen, gemessen an dem auszuführenden Auftrag, etwas über die Leistungsfähigkeit aussage. Auf die Frage der Vergabekammer, ob man über die Abfrage der Umsatzzahlen der letzten drei Geschäftsjahre, bezogen auf potenzielle Newcomer, auch eine gewisse Steuerung vornehmen wolle, führte der Auftraggeber aus, es sei wichtig zu prüfen, ob die sich bewerbenden Firmen vom Umfang ihrer bisherigen Leistung her überhaupt befähigt seien, das Bauvolumen zu stemmen. Wenn beispielsweise ein Bauvolumen von XXXXXX Mio. Euro ausgeschrieben sei und den Unterlagen zu entnehmen sei, dass die Firma in den letzten zwei Jahren lediglich Umsätze i. H. v. XXXXXX Euro getätigt habe, dann sei diese Firma u. U. nicht befähigt, einen größeren Auftrag auszuführen.

Damit hat der Auftraggeber nach Auffassung der Vergabekammer zum Ausdruck gebracht, dass er ersichtlich in Kauf genommen hat, dass er durch die Forderung nach der Vorlage von Umsatzzahlen für die zurückliegenden 3 Jahre durchaus den Marktzutritt für Newcomer erschweren wollte. Von dieser Forderung kann er nun nicht zu Gunsten der Beigeladenen nur deshalb abweichen, weil er ggf. die Umstände der Insolvenz der XXXXXX GmbH genauer kennt, oder schlicht an die Leistungsfähigkeit des Unternehmens "glaubt". Die so gefundene Begründung lässt sich ebenso auf die Frage nach der Vorlage von Zahlen für die durchschnittlich Beschäftigten in den letzten drei Jahren übertragen.

Im Ergebnis war damit das Angebot der Beigeladene auch mangels Nachweis eigener Umsatzzahlen auszuschließen, der Auftraggeber wird insoweit seinen Wertungsvorgang wiederholen müssen. Im Ergebnis aber war der Antrag der Antragstellerin damit begründet.

III.

Der Auftraggeber hat als Unterliegender die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB zu tragen. Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB). Der Gesetzgeber hat mit dieser an § 80 Abs. 2 GWB angelehnten Regelung klargestellt, dass - wie im Kartellverwaltungsverfahren - vorrangig auf die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens abzustellen ist (Kollmorgen in Langen/Bunte GWB, 8. Auflage 1998, § 80 Rdnr. 18).

Die Vergabekammern des Bundes haben eine im Dezember 2009 überarbeitete Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt. Diese Staffel sieht in Abhängigkeit vom wirtschaftlichen Hintergrund der Antragstellerin (Angebotssumme) eine Gebühr in Höhe von XXXXXX Euro vor. Dieser Betrag kann entsprechend § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB ermäßigt werden, ggf. bis auf ein Zehntel. Als Gründe einer Ermäßigung sind dabei nur solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung sowie dem erforderlichen Verwaltungsaufwand stehen (vgl. Boesen, a.a.O., Rn. 16 ff. zu § 128). Gründe, die dies rechtfertigten, waren hier nicht gegeben. Daher wird die Gebühr auf XXXXXX Euro festgesetzt. Gesonderte Auslagen, welche nicht bereits durch die Gebühr bei der Vergabekammer abgegolten wären, sind nicht angefallen.

Der Auftraggeber ist jedoch gemäß § 8 VerwKostG von der Erstattung der Gebühren in diesem Verfahren befreit.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung notwendigen Auslagen seines Gegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vorliegend ist er Auftraggeber in diesem Verfahren der Unterliegende. Daher hat er die notwendigen Aufwendungen zur Rechtsverfolgung der Antragstellerin entsprechend § 128 Abs. 4

Satz 1 GWB zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin war gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB i. V. m. § 80 VwVfG notwendig. Beim Vergaberecht handelt es sich auch aufgrund vielfältiger europarechtlicher Überlagerung um eine wenig übersichtliche und zudem stetigen Veränderungen unterworfenen Rechtsmaterie, die wegen des gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahrens bei der Vergabekammer bereits prozessrechtliche Kenntnisse verlangt. Hinzu kommt, dass hier umfassende Fragen zur vergaberechtlichen Wertung der Angebote unter Bezugnahme auf das Präqualifikationsverfahren Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens waren. Die Bewältigung dieser Fragen war der Antragstellerin ohne Hinzuziehung anwaltlichen Beistandes nicht zuzumuten.

IV.

Gegen die Entscheidungen der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht einzulegen. Beschwerdegericht für die 1. Vergabekammer des Freistaates ist das Oberlandesgericht Dresden, Vergabesenat, Schlossplatz 1, 01067 Dresden. Die Beschwerde muss zugleich mit ihrer Einlegung begründet werden (§ 117 Abs. 2 GWB). Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten. Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Kadenbach
Kühne
Fritzsche