

## Beschluss

250-4003.20-3317/2011-E-005-HBN

### I.

In dem Nachprüfungsverfahren, §§ 102 ff. GWB;  
auf Grund des Antrages vom 20.07.2011, 1. der Fa. xxxxx GmbH & Co. KG, xxxxx ./ 2. den  
Landkreis xxxx, betreffend die Ausschreibung "PPK Entsorgung im Landkreis xxxx"

### Verfahrensbeteiligte:

1. die Fa.  
xxxxxxx

- Antragstellerin -  
(AST)

Verfahrensbevollmächtigte: RAe xxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

2.  
den xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

- Vergabestelle -  
(VST)

Verfahrensbevollmächtigte: RAe xxxxxxxxx  
beigeladen:

3. die Fa.  
Städtereinigung xxxxxxxxxxx

- Beigeladene -  
(BEI)

Verfahrensbevollmächtigte: **RAe xxxxxxxxxxxxxxxx**

hat die Vergabekammer Freistaat Thüringen, in der Besetzung mit

Herrn Regierungsdirektor Scheid als Vorsitzendem,  
Herrn Dr. Bilzer als hauptamtlichem Beisitzer und  
Herrn Fischer als ehrenamtlichem Beisitzer,

nach mündlicher Verhandlung vom 23.08.2011

am 05.09.2011 beschlossen:

1. **Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin mit dem von der Vergabestelle durchgeführten Vergabeverfahren in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB auf Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt worden ist.  
Die Vergabestelle hat, für den Fall der weiteren Vergabeabsicht, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren in den Stand vor der Abgabe der Vergabeunterlagen zurückzusetzen.**
2. **Die Kosten (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) des Nachprüfungsverfahrens haben die Vergabestelle und die Beigeladene je zur Hälfte zu tragen.  
Die VST ist jedoch gebührenbefreit.**
3. **Die Höhe der Gebühr wird auf xxxxxxxx € festgesetzt. Auslagen sind nicht zu erstatten.**
4. **Die Vergabestelle und die Beigeladene haben auch die der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Kosten gemeinsam zu tragen.**
5. **Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Nachprüfungsverfahren durch die AST wird für notwendig erklärt.**

## **II. Begründung**

### **1. Sachverhalt**

Die Vergabestelle schrieb die PPK Entsorgung europaweit im Supplement zum Amtsblatt der EU im Offenen Verfahren nach den Vergabebestimmungen der VOL/A aus. Als Tag der Absendung der Bekanntmachung wurde der 03.01.2011 benannt.

Der Leistungsgegenstand wurde in der Bekanntmachung wie folgt beschrieben:

*„Einsammeln, Befördern und Verwerten von Altpapier und Verpackungen im Landkreis Hildburghausen“.*

Als Gesamtmengen wurde ein Rahmen von 16.000 t bis 24.000 t Altpapier und Verpackungen vorgegeben.

Als Schlusstermin für den Angebotseingang wurde der 17.03.2011, 9:00 Uhr (später geändert auf 31.03.2011) benannt.

Die Vertragslaufzeit sollte vier Jahre mit der Option einer einmaligen Vertragsverlängerung um 24 Monate betragen.

Geforderte Eignungsnachweise:

Lt. Bekanntmachung Punkte III.2.1 bis III.2.3

Forderung zahlreicher Eignungsnachweise, keine Forderung von Referenzen als Eignungsnachweise.

Lt. Aufforderung zur Angebotsabgabe (Pkt. 2.10 Buchstaben a-j) wurden die in der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise, unter Hinzufügung des Eignungsnachweises „Referenzen“ (i), wiederholt. Es erfolgte der Hinweis:

„Mit dem Angebot einzureichende Unterlagen“

„Folgende Nachweise zur Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind vom Bieter beizubringen:

...

i) *Referenzen aus den letzten fünf Jahren zu den beschriebenen Leistungen, strukturiert nach den Leistungsbereichen (Einsammeln und Befördern, Verwertung), unter Angabe des Ausführungszeitraumes, des Auftraggebers mit Ansprechpartner und Telefonnummer sowie der Auftragsmenge pro Jahr ...“*

Angabe Zuschlagskriterien:

In der Bekanntmachung, Pkt. IV.2.1:

„Wirtschaftlich günstigstes Angebot die nachstehenden Kriterien

1. Angebotspreis, Gewichtung 2
2. Referenzen Verwertung PPK-Fraktion, Gewichtung 1
3. Referenzen Einsammeln und Befördern PPK-Fraktion, Gewichtung 1
4. Jahrestourenkilometer Sammeltouren innerhalb des Landkreises, Gewichtung 1
5. Entfernung Umschlagstelle zur Verwertungsstelle PPK-Fraktion, Gewichtung 1
6. Schadstoffklasse Fuhrpark, Gewichtung 1“

In den Vergabeunterlagen, Pkt. 3:

„Zuschlagskriterien und Angebotsauswertung

... Bei der Wertung der Angebote werden folgende Kriterien herangezogen, wobei die Gesamtpunktzahl bei der Bewertung herangezogen wird.

(1) Preis,

- a. Wichtung 2-fach
- b. 1 – 10 Wertungspunkte

(2) Referenzen und Erfahrungen mit vergleichbaren Leistungen,

- a. Wichtung einfach
- b. 1 bis 5 Wertungspunkte  
für Referenzen Leistungsbereich 2 Transport/Verwertung von PPK
- c. 1 bis 5 Wertungspunkte  
für Referenzen Leistungsbereich 1 Einsammeln und Befördern von PPK

(3) Umweltverträglichkeit der vorgesehenen Verfahren zu Einsammlung, Transport und Verwertung der Altpapiere,

- a. Wichtung einfach
- b. 1 bis 3 Wertungspunkte  
für Jahrestourenkilometer Sammeltouren,
- c. 1 bis 3 Wertungspunkte  
für Entfernung Umschlagstelle zur Verwertungsstelle
- d. 1 bis 4 Wertungspunkte  
für Schadstoffklasse LKW.“

Den Bewerbern wurden zwei Exemplare der Vergabeunterlagen übergeben.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthielt eine Liste über die in den Gemeinden der VST befindlichen Haushalte sowie über die „Problemstandorte“, die Beschreibung der Zusammensetzung des anfallenden Altpapiers, eine Aufstellung über die Sammelmenge von 2003-2009, Forderungen an das eingesetzte Personal, das Fassungsvermögen der Sammelbehälter, deren Anzahl und Standorte, Angaben über die Entsorgungszyklen, die Forderung nach einem Tourenplan, Hinweise zur Sortierung und Verwertung der Sammelware, Festlegungen zur Bestimmung der Einzelanteile der Sammelware, Festlegungen zur Zusammenarbeit mit dem DSD, Zuschlagskriterien und deren Auswertungsmodus.

Der kommunale Anteil des Altpapiers wurde mit 81,6 % der prognostizierten Hauptmenge (5.000 t/a) angegeben.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Pkt. 2.9) war festgelegt:

**„Folgende Angebotsteile müssen unterschrieben und mit Stempel versehen sein:**

- (1) das Angebotsschreiben – Formblatt III-01,
- (2) die Preisdatenblätter – Formblatt III-02,
- (3) die Bietererklärung – Formblatt III-03,
- (4) ggf. die Erklärung von Bietergemeinschaft – Formblatt III-04,
- (5) Darstellung des geplanten Fahrzeugeinsatzes – Formblatt III-05,
- (6) Die Referenzliste – Formblatt III-06,
- (7) Darstellung des Transportkonzeptes – Formblatt III-07“

Insgesamt waren achtzehn Unterschriften zu leisten.

Unter zehn der Formblätter erfolgte als Fettdruck der ausdrückliche Hinweis:

„Das Angebot gilt als nicht abgegeben, wenn die ... (Einschub Vergabekammer: hier Benennung des jeweiligen Formblattes) *nicht unterzeichnet sind.*“

Das bei der VST einzureichende Exemplar der Vergabeunterlagen (Angebot) war in den, den Bewerbern übergebenen Unterlagen mit einem roten Deckblatt gekennzeichnet, auf welchem vermerkt war: „Exemplar 2 - Angebot dem Auftraggeber einzureichen“.

Die erste Seite des Blanketts (ohne Seitennummerierung) der von den Bewerbern einzureichenden Unterlagen enthielt ein Formblatt (nachfolgend Angebotsschreiben 1) mit der Überschrift „Angebot“ (S. 010188 Vergabeakte).

Danach folgte der Abschnitt 2 - Leistungsbeschreibung (40 Seiten), der Abschnitt 3 - Angebot, Preisdatenblätter, Erklärungen (Formblätter) mit 30 Seiten und dort auf den Seiten 3 und 4 das Angebotsschreiben, Formblatt III-01.

Das Angebotsschreiben 1 (1. Seite der einzureichenden Unterlagen), enthielt neben der Angabe der VST und der Beschreibung der Leistung folgende Angaben und Forderungen:

### **„Angebot**

....

Angebot für:

*Pkk-Entsorgung im Landkreis .....*

*Mein/unser Angebot umfasst:*

- folgende Unterlagen

- Leistungsbeschreibung
- das Angebotsschreiben-Formblatt III-01
- die Preisdatenblätter-Formblatt III-02
- die Bietererklärung-Formblatt III-03
- ggf. die Erklärung von Bietergemeinschaft-Formblatt III-04
- Darstellung des geplanten Fahrzeugeinsatzes-Formblatt III-05
- die Referenzliste-Formblatt III-06
- Darstellung des Transportkonzeptes-Formblatt III-07
- Entsorgungsvertrag

- Alle weiteren nach der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots geforderten und soweit erforderlich ausgefüllten Anlagen
- Eigenerklärungen

*Alle genannten Unterlagen sind diesem Angebotsschreiben beigelegt.*

In einem Unterschriftenfeld war das Angebotsschreiben 1 mit Stempel, Datum und rechtsverbindlicher Unterschrift zu versehen. Unter dem Unterschriftenfeld war in Fettdruck vermerkt (Bezug auf Unterschriftenfeld durch Stern \*) Kennzeichnung:

**„\*) Wird das Angebot an dieser Stelle nicht unterschrieben, gilt das Angebot als nicht abgegeben.“**

Das Angebotsschreiben 1 wurde von der VST im Nachprüfungsverfahren als „Deckblatt“ bezeichnet.

Das Angebotsschreiben, Formblatt III-01 (nachfolgend Angebotsschreiben 2), enthielt neben den Angaben zur VST und der Angabe des in die Wertung einfließenden Mengenkorridors folgendes:

#### **„Angebot**

*Die Unterzeichnenden unterbreiten als Einzelunternehmer / als Bevollmächtigter der Bietergemeinschaft (im folgenden Bieter) im Rahmen der Ausschreibung zur ... das vorliegende Angebot. Grundlage für das Angebot bilden die Vergabeunterlagen des Landkreises Hildburghausen (Angebotsaufforderung, Verdingungsunterlagen).*

*Die ausgeschriebenen Leistungen werden zu den in den Preisdatenblättern angegebenen Preisen angeboten. Die Preise schließen alle Leistungen entsprechend der Leistungsbeschreibung ein ...*

*Werden die Angaben nicht vollständig oder unrichtig gemacht, kann das Angebot ausgeschlossen werden.“*

An Platzhaltern waren Ort, Datum, Unterschrift, Titel, Name und Vorname des Unterschriftsleistenden auszuführen.

Unter Pkt. 4 der Leistungsbeschreibung „Preise, Entgelte, Nachweise, Abrechnungen“ wurde den Bewerbern mitgeteilt:

*„Im Leistungsverzeichnis wird von einer Hauptmenge von <5.000 t/a zu Vertragsbeginn am 01.01.2012 ausgegangen. In der folgenden Mengengruppe werden weitere Mengengruppen (+/-500 t/a) angegeben, welche jedoch nur als Eventualposition eingetragen werden müssen.*

*.... Die für die Mengengruppe angegebenen Preise verstehen sich als Festpreise über den Vertragszeitraum.“*

In den Preisdatenblättern III-02 waren für diese Mengengruppen getrennt nach:

- Lieferung und Aufstellung von Sammelbehältern, Behälterdienst (Kapitel 3.2 der VU),
- Sammlung, Beförderung von Altpapier (Kapitel 3.3 der VU),
- Behandlung, Verwertung von Altpapier (Kapitel 3.4 der VU)

Angebotssummen/t anzugeben und zu unterschreiben. Es erfolgte der Hinweis, dass bei fehlender Unterzeichnung das Angebot als nicht abgegeben gelte.

Auf Anfragen zu den Vergabeunterlagen erfolgten durch die VST mehrere Klarstellungen an alle Bewerber.

Mit Schreiben vom 03.03.2011 wurde den Bewerbern u.a. mitgeteilt, wie die Punktverteilung / Punktzuordnung bei den bekanntgemachten Zuschlagskriterien erfolgen solle (Zuschlagskriterium Preis: Mindestangebot = 10 Punkte, Mindestangebot +18 % = 0 Punkte, dazwischen lineare Verteilung; Zuschlagskriterium Referenzen: je vorgelegter Referenz in Auftragsmenge 3.000-6.000 t/a = 1 Punkt, maximal 5 Punkte/Bieter, weitere Erläuterungen zum Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit).

Mit Schreiben vom 23.03.2011 wurde u. a. auf die des für die Wertung maßgeblichen Mengenkorridor und Angebotspreis verwiesen. Das Formblatt III-01 (Angebotsschreiben) wurde mit nachfolgender Tabelle abgeändert.

**„Übertrag Preise aus Formblatt III-02 (Mengenkorridor ≤5.000 t/a)**

<b>Kapitel</b>	<b>Kurztext</b>	<b>Gesamt-Menge 100%</b>	<b>Kommu-nalanteil 81,6%</b>	<b>Menge(t) zur Berechnung GP</b>	<b>EP netto in €/t</b>	<b>GP in €</b>
3.2	Leistungs-Bereich 1	≤5.000 t/a	≤4.080 t/a	4.080 t/a		
3.3	Leistungs-Bereich 2	≤5.000 t/a	≤4.080 t/a	4.080t/a		
<i>Summe Gesamtpreis aus LB1 und LB2</i>						
<i>Umsatzsteuer 19%</i>						
<i>Summe Brutto aus LB1 und LB2</i>						
3.4	Leistungs-Bereich 3	≤5.000t/a	≤4.080t/a	4.080t/a		
<b>Gesamtsumme aus Summe Brutto (LB1 Und LB2) sowie LB3 in €</b>						

Zum spätesten Zeitpunkt der Angebotsabgabe lagen lt. dem Protokoll der Verdingungsverhandlung von fünf Bewerbern Angebote vor.

Die Angebote enthielten alle „Minusangebotssummen“.

Bieterrangfolge (Preis ungeprüft) gemäß Protokoll der Verdingungsverhandlung:

- |        |          |
|--------|----------|
| 1. BEI | 100,00 % |
| 2. AST | 38,95 %  |
| 3.     | 23,91 %  |
| 4.     | 6,65 %   |
| usw.   |          |

Die rechnerische Angebotsprüfung ergab keine wesentlichen Angebotssummenänderungen.

Mit Schreiben vom 21.06.2011 teilte die VST der AST mit („Absage nach § 22 Abs. 1 VOL/A“), dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werde, da es nicht dasjenige mit der höchsten Bewertung nach den Kriterien Preis, Referenzen und Umweltverträglichkeit sei. Den Zuschlag solle die BEI erhalten, die die höchste Wertung bei den obigen Kriterien bekommen habe.

Mit Schreiben vom 24.06.2011 rügte die AST die VST, da diese mit deren Schreiben vom 21.06.2011 nicht die gebotene Informations- und Wartepflicht bei europaweiten Ausschreibungen eingehalten habe.

Es sei keine detaillierte Begründung für die Nichtberücksichtigung (**Rüge 1**) erfolgt. Ebenfalls sei der früheste Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht mitgeteilt worden (**Rüge 2**).

Die VST wurde aufgefordert über die Gründe der Nichtberücksichtigung zu informieren, zumal neben dem Preis andere Zuschlagskriterien berücksichtigt worden wären.

Gerügt werde auch die unzulässige Wertung von Eignungskriterien (Referenzen) als Zuschlagskriterium (**Rüge 3**).

Die VST wurde zur Abhilfe der Rügen aufgefordert.

Mit Schreiben vom 06.07.2011 teilte die VST der AST mit, dass die Informations- und Wartepflicht von 10 Tagen gemäß § 101a GWB mit dem Schreiben vom 21.06.2011 und dem ergänzenden Schreiben vom 06.07.2011 eingehalten sei. Der früheste Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gemäß § 101a GWB sei der 22.07.2011 (**Erledigung Rüge 2**).

Das Schreiben vom 21.06.2011 enthalte die Angaben gemäß § 22 EG Abs. 1 VOL/A. Das Angebot erhalte den Zuschlag deswegen nicht, weil es nicht die höchste Punktbewertung erhalten habe und mit 10 Punkten Platz 4 belege.

Die Zuschlagskriterien seien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe mit der Punktbewertung benannt worden. Die zur Bewertung herangezogenen Referenzen seien

auftragsbezogen und spezifiziert für die Leistungsbereiche 1+2 gewesen. Nach Abschnitt III Angebot, Preisblätter, Erklärungen; Formblatt III-06 seien von den Bietern nur die Referenzen abgefordert und bewertet worden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der beschriebenen Leistung (Transport, Verwertung PPK, Einsammeln, Befördern PPK) für den Mengenkorridor 3.000 t/a - 6.000 t/a gestanden hätten.

Andere Referenzen, die Entsorgungs-, Verwertungs- und Transportleistungen betreffen, seien weder angefordert, noch bewertet worden.

Mit Schreiben vom 19.07.2011 erklärte die AST, dass die VST mit ihrem Schreiben vom 06.07.2011 den mit Schreiben vom 24.06.2011 vorgetragenen Rügen größtenteils nicht abgeholfen habe (**Rügen 1 und 3**).

Die AST habe am 18.07.2011 „*Kenntnis über drei weitere Vergabefehler*“ erhalten, die gerügt werden:

- Kein Ausschluss der BEI gemäß § 19 Abs. 3 lit. b VOL/A-EG (fehlende Unterschrift), obwohl auf deren Angebotsdeckblatt (Angebotsschreiben 1) die Unterschrift gefehlt habe (**Rüge 4**):

Der BEI sei rechtswidrig die Nachreichung eines unterschriebenen Angebotsdeckblattes (Angebotsschreiben 1) gewährt worden.

- Kein Ausschluss des Angebots der BEI gemäß § 19 Abs. 3 lit. d VOL/A-EG wegen Änderung der Vertragsunterlagen (**Rüge 5**):

Die akzeptierte Jahrestourenkilometerzahl der BEI (die Hälfte derjenigen der AST) sei nicht realistisch. Eine Erklärung ergebe sich nur durch den Einsatz sehr großer und schwerer Sammelfahrzeuge, was aber eine Änderung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung bedeute, da jeder Bieter den Straßenverhältnissen in Mittelgebirgen Rechnung tragen müsse (siehe Ziff. 2.1 Leistungsbeschreibung).

- Unzulässige Nachverhandlungen mit der BEI gemäß § 18 Satz 2 VOL/A-EG (**Rüge 6**):

Mit der BEI sei vereinbart worden, dass der angebotene Preis für eine höhere Mengengruppe auch schon ab dem Erreichen einer bestimmten geringeren Tonnagemenge gelten solle. Außerdem sei vereinbart worden, welche konkrete Über- oder Unterschreitungen des in den Vergabeunterlagen vorgesehenen Mengenkorridors zu Nachtragsverhandlungen berechtigen.

Die VST werde zum Zweck der Abhilfe aufgefordert, das Angebot der BEI auszuschließen.

Mit Schreiben vom 20.07.2011 beantragte die AST bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen:

1. der VST aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotswertung zurückzusetzen und das Angebot der BEI auszuschließen,
2. hilfsweise alle sonstigen Maßnahmen anzuordnen, um eine Rechtsverletzung der AST zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern,
3. die Akteneinsicht,
4. der VST die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der AST aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die AST für notwendig zu erklären.

Zur Begründung führte die AST aus, dass die VST gegen den § 101a GWB verstoßen habe, indem mit dem Schreiben der VST vom 21.06.2011 eine mangelhafte Vorinformation erfolgte, insbesondere die Gründe der Nichtberücksichtigung nicht benannt worden seien (**Rüge 1**). Gerade weil eine Vielzahl von Zuschlagskriterien benannt worden wäre, eine Wertung mittels Punktsystem zum Einsatz gekommen wäre, hätte zum Zweck der Nachvollziehbarkeit auch eine konkrete Benennung der Einzelbewertungen, die zur Nichtberücksichtigung führten, erfolgen müssen. Die Vorinformation der VST habe nicht den die für diese geltenden Inhalt gehabt.

Die Punktbewertung berücksichtige neben dem Preis auch die Referenzen zu vergleichbaren Leistungen, die Referenzen im Leistungsbereich Transport und Verwertung PPK, die Referenzen für Einsammeln und Befördern von PPK (**Rüge 3**).

Die Vorinformation der VST sei insgesamt unzureichend gewesen.

Mit Datum vom 18.07.2011 habe die AST von den folgenden Vergaberechtsverstößen (**Rügen 4-6**) Kenntnis erhalten:

Der Nichtausschluss der BEI wegen fehlender Unterschrift unter das Angebotsdeckblatt (Angebotsschreiben 1) und die erfolgte Nachforderung der Unterschrift sei rechtswidrig (**Rüge 4**).

Gemäß § 19 Abs. 3 lit. b VOL/A-EG müssten Angebote, die nicht unterschrieben sind, ausgeschlossen werden.

Der § 19 Abs. 2 VOL/A-EG ermögliche es der VST (kann-Bestimmung) fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern. Keine Erwähnung finde in diesem Paragraphen die fehlende Unterschrift. Die Subsumierung der fehlenden Unterschrift unter „Erklärung und Nachweis“ durch die VST sei nicht zutreffend. Wenn dem nicht so wäre, würde der § 19 Abs. 3 lit. b VOL/A-EG überflüssig sein. Gleichfalls würde gegen die Sichtweise der VST sprechen, dass das Vergaberecht im EU-Bereich als formstrenge Verfahren gestaltet sei, durch welches die Grundsätze Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz gewährleistet würden. Eine weite Auslegung des § 19 Abs. 2 VOL/A-EG würde dem entgegen wirken, weil dann immer alles nachgefordert bzw. nachgereicht werden könnte und die ordnungsgemäß handelnden Bieter benachteiligt würden. Unter Verweisung auf aktuelle Rechtsprechung und Kommentarmeinung wären fehlende Unterschriften keine Erklärungen und Nachweise im Sinn des § 19 Abs. 2 VOL/A-EG. Die BEI wäre demzufolge gemäß § 19 Abs. 3 lit. b VOL/A-EG auszuschließen.

Der Nichtausschluss des Angebots der BEI wegen eines die Verdingungsunterlagen ändernden Angebots sei rechtsrechtswidrig (**Rüge 5**).

Die Leistungsbeschreibung enthalte auf Seite 4, Ziff. 2.1 Vorgaben, die den Rahmen der Leistungsausführung beschreiben (Leistungsort – Thüringer Wald, Höhenlage zwischen 300 und 850 m, teils enge Straßen, Einschränkungen der Befahrbarkeit – Straßenzustand, beschränkte Durchfahrthöhen, beschränkte Verkehrslasten, Sackgassen, Einbahnstraßen, ausgeprägte Winterwetterlagen von November-März, Liste der erfahrungsgemäß schwer anfahrbaren Objekte) und daraus abgeleiteten Forderungen der VST - Anpassung der Fahrzeuge und Ausrüstung an die benannten Umstände. Den Bietern wurde ausdrücklich empfohlen sich mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut zu machen, Nachträge wegen fehlender Ortskenntnis wären ausgeschlossen.

Reduzierend auf die Kilometerzahl wirkten sich Rundkurse bzw. Straßen, die nicht bis zum Ende befahren werden müssten, aus. Erhöhend auf die Kilometerzahl wirkten sich kürzerfristige Entsorgungszyklen und die mehrmalige Anfahrt wegen vorfristigem Erreichen der Nutzlast aus. Maßgebend für die Kilometerzahl sei auch der Standort des Auftragnehmers vom Mittelpunkt des Landkreises.

Die AST habe mit einer Jahrestourenkilometerzahl von 35.880 km (Ergebnis aus Summe der Bundes,- Landes,- Kreis- und Gemeinde- und Ortsstraßen multipliziert mit 13 An- und Abfahrzyklen) kalkuliert. Die VST habe bei der BEI 20.000 km für die Leistungserfüllung akzeptiert.

Die von der BEI um 16.000 km reduzierte Kilometerzahl sei nur über den Einsatz besonders großer und schwerer Sammelfahrzeuge zu erklären, was gegen die Forderungen der Leistungsbeschreibung an die Fahrzeug- und Geräteauswahl aufgrund der besonderen Ausführungsbedingungen (s. o.) verstoßen würde.

Das Angebot der BEI müsse gemäß § 19 Abs. 3 lit. d VOL/A-EG wegen Nichteinhaltung der Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung (Änderung der Verdingungsunterlagen durch das Angebot der BEI) ausgeschlossen werden.

Die VST habe mit der BEI unzulässige Nachverhandlungen (§ 18 Satz 2 VOL/A-EG) über deren Angebot geführt (**Rüge 6**), indem vereinbart worden sei, dass der angebotene Preis für eine höhere Mengenstaffel bereits ab dem Erreichen einer geringeren Tonnagemenge gelten solle und Vereinbarungen darüber erfolgt wären, ab welchen konkreten Über- und Unterschreitungen des lt. Vergabeunterlagen vorgegebenen Mengenkorridors Nachtragsverhandlungen geführt werden dürften. Dies wäre mit der BEI schriftlich fixiert worden.

Mit Datum vom 21.07.2011 beschloss die Vergabekammer des Freistaates Thüringen den Antrag der AST der VST zu übermitteln.

Die VST wurde unter Terminsetzung zur Übergabe der vollständigen, durchnummerierten Vergabeakte, der Kostenberechnung und eines Blanketts der Vergabeunterlagen aufgefordert. Ohne Terminsetzung wurde die VST zur Stellungnahme zum Antrag aufgefordert.

Mit Schreiben vom 22.07.2011 erklärte die VST den Rügen der AST vom 19.07.2011 nicht abzuweichen.

Mit Schreiben vom 25.07.2011 beantragte die VST die Frist zur Übergabe der abgeforderten Unterlagen zu verlängern. Die Vergabekammer entsprach dem Wunsch der VST und verlängerte gleichzeitig die Entscheidungsfrist um 2 Wochen.

Mit Schreiben vom 01.08.2011 beantragte die VST bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen:

1. die Forderung der AST, die BEI auszuschließen und das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotswertung zurückzusetzen, abzulehnen,
2. der AST die Akteneinsicht zu verweigern,
3. der Vergabe der Leistungen an die BEI, im Interesse der Allgemeinheit und der nachhaltigen Folgen aus der Verzögerung der Vergabeentscheidung, zuzustimmen.

Zur Begründung ihrer Anträge führte die VST aus, dass die Angebotswertung entsprechend der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien und Punktverteilung erfolgt sei (Verweis auf Bewertungsmatrix Vergabeakte Blatt 100140).

Allen Angeboten hätten die geforderten Nachweise und Erklärungen beigelegt. Nicht mit Angebotsabgabe vorliegende Nachweise und Erklärungen wären gemäß § 16 Abs. 2 VOL/A nachgefordert und fristgerecht nachgereicht worden.

Mit vier Bietern wären Bietergespräche zu gleichen Punkten geführt worden. Die BEI habe dabei erklärt, dass der von ihr angebotene Preis der Mengenstaffel 4.501 t/a-5.000 t/a auch bis zu einer Menge von 4.100 t/a gelten würde.

Die geschätzte Vergütung habe für die ausgeschriebene Leistung pro Jahr ca. 0,00 €/a bis 57.120 €/a betragen. Das Angebot der BEI, mit Abstand das günstigste, liege ca. 66 % über der geschätzten Vergütung, die Angebote (1-5) lägen um 196 % auseinander.

Der Rüge der AST zum ungenügenden Gehalt der Vorinformation sei mit der Mitteilung, dass mit 10 Punkten Platz 4 erreicht worden sei, abgeholfen worden.

Die weiteren Rügen, wie die undatierte Aufforderung zur Angebotsabgabe und die undatierte Leistungsbeschreibung, beträfen solche zu den Vergabeunterlagen, die bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe hätten gerügt werden müssen (§ 107 Abs. 3 GWB).

Bei den Rügen vom 24.06.2011 (Rügen 1-3, siehe Sachverhalt) nach Angebotseröffnung stelle sich die Frage nach der Zulässigkeit.

Den angeblich in Erfahrung gebrachten Vergabeverstößen (Rügen 4-6, siehe Sachverhalt) könne nicht abgeholfen werden, da diese nicht den Tatsachen entsprächen, konform mit dem Vergabeverfahren gehen würden.

Das Angebot der BEI sei rechtsgültig unterschrieben gewesen. Gefehlt habe das Formblatt zur Vollständigkeitserklärung der Dokumente (Angebotsschreiben 1 - Vergabeakte Blatt 100123), was die VST offensichtlich nicht an die BEI versandt habe. Das Fehlen sei ein heilbarer Mangel, der im Bietergespräch mit der Unterzeichnung der Erklärung durch die BEI geheilt worden sei.

Die behauptete Änderung der Verdingungsunterlagen durch die BEI liege nicht vor. Der fiktiven Berechnung der AST zu den Tourenkilometern könne nicht gefolgt werden. Die Logistikkonzepte würden sich bei allen Bietern hinsichtlich Länge der Einzeltour, Anzahl der Sammelfahrzeuge je Tour, Bauart und Aufnahmevermögen der Fahrzeuge, Standort, zentraler Umschlags- oder Sortierpunkt unterscheiden. Die BEI habe ihr Konzept im Bietergespräch plausibel nachgewiesen.

Auch sei mit der BEI nicht über deren Angebot verhandelt worden. Gewertet worden sei der Preis lt. Angebot für den Mengenkorridor 4.500 t/a bis 5.000 t/a. Die einseitige Erklärung der BEI im Bietergespräch, dass der Preis für <5.000 t/a auch bis zu einer Mindermenge von 4.100 t/a gelten solle, sei zur Kenntnis genommen worden, aber kein Gegenstand der Vergabeentscheidung gewesen.

Nach Auffassung der VST liege seitens der AST kein berechtigtes Interesse am Nachprüfungsverfahren vor. Auch bei Ausschluss der BEI würde sich die Bieterangfolge nicht ändern und eine andere Bieterin den Zuschlag erhalten.

Die von der AST vorgetragenen Vergaberechtsverstöße lägen alle nicht vor (siehe vor), der Antrag der AST sollte als unbegründet zurückgewiesen werden.

Da kein berechtigtes Interesse der AST am Ausschluss der BEI vorliege, die gerügten Mängel nicht vorlägen, das öffentliche Interesse an der unverzüglichen Zuschlagserteilung (notwendiger Zeitraum für Auftragsvorbereitung 2-3 Monate) bestehe, werde der Antrag gestellt, den Zuschlag der BEI erteilen zu dürfen.

Mit Schreiben vom 01.08.2011 erfolgte die Beiladung der BEI.

Auf Anfrage der Vergabekammer vom 02.08.2011 an die VST, ob deren Ausführungen am Ende von deren Stellungnahme vom 01.08.2011 ein Gestattungsantrag gem. § 115 Abs. 2 GWB sein solle, antwortete die VST mit Schreiben vom 04.08.2011, dass dem nicht so sei.

Mit Schreiben vom 03.08.2011 erfolgte an die Beteiligten die Ladung zur mündlichen Verhandlung am 23.08.2011, 10.00 Uhr im Thüringer Landesverwaltungsamt. Gleichzeitig wurde das Schriftsatzfristende auf den 17.08.2011 festgesetzt.

Am 04.08.2011 nahm die AST Akteneinsicht.

Mit Schreiben vom 17.08.2011 führte die AST auf den Schriftsatz der VST hin aus, dass diese sehr wohl ein berechtigtes Interesse am Nachprüfungsverfahren habe. Entgegen der Auffassung der VST (Bieterangfolge ändere sich nach Ausschluss der BEI nicht) werde die AST bei Ausschluss der BEI die wirtschaftlichste Bieterin. Anhand der Angaben aus der Stellungnahme der VST und der vorgegebenen Zuschlagskriterien und der Wertungsmatrix könne das klar nachgewiesen werden. Die AST habe nach Ausschluss der BEI den günstigsten Angebotspreis und erhalte dafür 20 Punkte, die anderen Bieter dagegen Null Punkte. Da die AST bei den anderen Zuschlagskriterien auch Punkte erhalte, könne deren Vorsprung aus dem Zuschlagskriterium Preis nicht mehr aufgeholt werden.

Betreffend die „nachgereichte Unterschrift“ auf dem Formblatt „Angebot“ (Angebotsschreiben 1) zeige sich nach der Akteneinsicht, dass dieses so nicht zutreffe. Eine Nachforderung gemäß § 19 Abs. 2 VOL/A-EG habe es bereits formal nicht gegeben, da keine ausdrückliche Abforderung mit Fristsetzung zur Abgabe durch VST erfolgt sei. Das Formblatt „Angebot“ (Angebotsschreiben 1) sei von der BEI nicht unterschrieben nachgereicht, sondern von dieser lt. Vergabeakte im Bietergespräch (03.05.2011) unterzeichnet worden. Das von der BEI eingefügte Datum 30.03.2011 (ein Tag vor der Angebotsabgabe) stehe im Widerspruch zur Äußerung der VST, dass der BEI das das Angebotsschreiben 1 offensichtlich nicht mit versandt wurde. Auch wäre eine Nachforderung bereits deshalb nicht zulässig, da die VST mit der Verpflichtung zur Unterschrift unter dem Angebotsschreiben 1 und dem Hinweis, dass die fehlende Unterschrift an dieser Stelle dazu führe, dass das Angebot als nicht abgegeben gelte, ihr Ermessen betreffend eine mögliche Nachforderung ausgeübt habe.

Auch liege ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vor, da an mehreren Stellen der Vergabeakte unterschiedliche Aussagen betreffend die Vollständigkeit des Angebots der BEI vorliegen (Angebote zweifelsfrei und unterschrieben eingegangen – Angebotsdeckblatt (Angebotsschreiben 1) unterschrieben – nachgereicht).

Die Vergabeakte belege, dass nicht nur das Angebot aufgeklärt, sondern nachverhandelt worden sei. Mit der Erklärung der BEI im Bietergespräch, dass der Angebotspreis für den Mengenkorridor 4.501-5000 t/a auch bis zur Menge von 4.100 t/a gelten solle und der anschließenden Forderung der VST nach schriftlicher/verbindlicher Bestätigung dieser

Aussage, liege keine einseitige Erklärung der BEI mehr vor, sondern der Beleg für eine unzulässige Verhandlung. Warum solle überhaupt aufgeklärt werden, wenn der zu wertende Mengenkorridor und zugeordnete Angebotspreis feststehen. Das Ergebnis der Nachverhandlung sei zwar nicht direkt in die Wertung des Preises eingeflossen, habe aber seinen Niederschlag in den Formulierungen der VST zu den Angeboten („... Die BEI ist mit Abstand der kommerzielle Bestbieter ...“).

Die Akteneinsicht habe die Rüge betreffend die Nichterfüllung der Leistungsbeschreibung durch die BEI bestätigt. Die geringen Jahrestourenkilometer der BEI (ca. 50% der AST) lasse sich nur durch die Verbindung von Anzahl der Sammelfahrzeuge je Tour und deren Bauart und Aufnahmevermögen erklären (je größer das Fahrzeug - je weniger Kilometer). Angesichts der Beschreibung der Straßen-, Orts-, Witterungsverhältnisse und Höhenlage durch die VST und deren Forderung nach Rechnungstragung für die Fahrzeuge und Technik durch die Bieter, müsse davon ausgegangen werden, dass dieses durch die BEI nicht erfüllt werde, die angebotene Leistungsausführung so nicht realisierbar sei.

Die BEI müsse ausgeschlossen werden, die AST rücke danach auf den 1. Rang vor.

Mit Schreiben vom 17.08.2011 beantragte die VST bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen:

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der VST für notwendig zu erklären,
3. der AST die Verfahrenskosten einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der VST aufzuerlegen.

Zur Zulässigkeit führte die VST aus, dass der Antrag der AST unzulässig sei, da dieser gemäß § 107 Abs. 2 GWB die Antragsbefugnis fehle. Voraussetzung sei die Geltendmachung behaupteter Rechtsverletzungen nach § 97 Abs. 7 GWB.

Anerkannt sei, dass die Verletzung der Vorinformationspflicht nicht für sich allein gesehen, sondern nur in Verbindung mit einem Vergaberechtsverstoß der VST dem Nachprüfungsantrag zum Erfolg verhelfen könne, was vorliegend nicht zutreffe.

Die fehlende Unterschrift auf dem Angebotsschreiben 1 begründe keine Antragsbefugnis, da § 19 Abs. 3 lit. b VOL/A-EG in erster Linie dem Schutz der VST vor unwirksamen Angeboten diene, andere Bieter könnten sich darauf nicht berufen.

Betreffend den Vortrag der Nachverhandlung mit der BEI als angeblichen Verstoß gegen § 18 EG Satz 2 VOL/A bleibe offen, welcher Schaden der AST dadurch entstanden sein solle, da ein solcher Verstoß zur Nichtberücksichtigung des Nachverhandlungsinhalts bei der Wertung führe, vorliegend die BEI auch ohne Berücksichtigung günstigste Bieterin bleibe.

Auch fehle der AST die Antragsbefugnis, da diese gegen das Prinzip des Geheimwettbewerbes verstoßen habe und zwingend auszuschließen sei.

Die AST habe offenkundig rechtswidrig erhaltene Informationen aus dem Angebot der BEI, die nur für die VST bestimmt und geheim zu halten waren, in das Nachprüfungsverfahren eingeführt. Dies sei unter den Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede zu subsumieren. Es liege ein Verstoß gegen die Regeln des lauterer Wettbewerbs durch die Ausnutzung fremden Fehlverhaltens vor. Die Verwertung dieser Kenntnisse durch die Rügeerhebung im Vergabenachprüfungsverfahren sei ein Handeln zum Zweck des Wettbewerbs und führe in der Konsequenz nach § 19 EG Abs. 3 lit. f VOL/A zum Ausschluss.

Die VST führte aus, dass kein Verstoß gegen § 101a GWB vorliege, da die Gründe für die Nichtberücksichtigung anzugeben seien, eine Begründung nicht erforderlich sei. Die AST habe die Information erhalten, dass sie mit 10 Punkten Platz 4 erreicht habe und bereits aus den Vergabeunterlagen die Maximalpunktzahl 40 gekannt. Liege nur ein Grund vor, wie vorliegend die höhere Wirtschaftlichkeit, sei auch nur dieser Grund anzugeben.

Der behauptete Vergaberechtsverstoß (kein Ausschluss trotz fehlender Unterschrift) liege nicht vor.

Die BEI habe das Angebotsschreiben Formblatt III-01 (Angebotsschreiben 2) unterzeichnet, welches voll den Angebotsinhalt (Angebotsaufforderung, Verdingungsunterlagen, Bindung an die Angebotspreise, Leistung gemäß Leistungsbeschreibung) abdecke. Außerdem seien weitere 18 Dokumente unterzeichnet worden.

Demgegenüber sei das im Angebot der BEI völlig fehlende Angebotsschreiben 1 nur ein Deckblatt, in welchem die eingereichten Unterlagen gelistet, aber keine inhaltlichen Aussagen des Bieters enthalten wären. Eine fehlende Unterschrift liege nicht vor. Allein §19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG (fehlende Erklärung) treffe zu, da das Angebotsschreiben 1 und die resultierende Erklärung nicht mit dem Angebot abgegeben worden sei. Die VST habe die fehlende Erklärung rechtskonform nachgefordert.

Eine unzulässige Änderung der Vertragsunterlagen liege nicht vor.

Die BEI habe mit der Unterschrift unter das Angebot die Leistungsbeschreibung zum Angebotsinhalt gemacht. Die Kalkulation und technische Umsetzung der Leistungsausführung sei Sache des Bieters. Die VST sei zur Aufklärung gefordert, wenn ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliege. Vorliegend habe die VST das Angebot geprüft (Logistik, Tourenpläne usw.) und keine Fehler an dessen Plausibilität festgestellt.

Ein Verstoß gegen § 18 EG Satz 2 VOL/A (unzulässige Nachverhandlung) liege nicht vor.

Die VST habe im Bietergespräch die Erklärung der BEI nur zur Kenntnis genommen, dass der wertungsrelevante Angebotspreis bis zu einer Menge von 4.100 t/a gelten solle. Diese Angabe sei in der Wertung nicht berücksichtigt worden.

Mit Schreiben vom 17.08.2011 beantragte die BEI bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen:

1. die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags,
2. die Kostentragung des Verfahrens einschließlich derjenigen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der BEI durch die AST,
3. die Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die BEI.

Die AST sei gemäß § 107 Abs. 2 GWB nicht antragsbefugt, da diese keinen Schaden durch die Verletzung von Vergabevorschriften dargelegt habe. Die fehlende Zuschlagschance, trotz vorliegendem Vergabeverstoß, führe zur fehlenden Antragsbefugnis. Die AST liege auf dem 4. Rang und würde auch bei Ausschluss der BEI nicht günstigste Bieterin werden. Es fehle der Vortrag, wie die AST trotz zwei vor ihr liegender Bieter günstigste Bieterin würde.

Betreffend die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sei die AST gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert, da dies bereits aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen bekannt gewesen sei.

Der Antrag sei auch unbegründet, da kein Vergaberechtsverstoß vorliege.

Die AST habe eine den Anforderungen gemäß § 101a Abs. 1 Satz 1 GWB entsprechende Vorinformation erhalten.

Die AST habe die Vorinformation erhalten, dass sie 10 Punkte und den vierten Platz unter Beachtung der Kriterien Preis, Referenzen, Umweltverträglichkeit erreicht habe. Die fehlende Information - frühester Zuschlagstermin - sei nachgereicht worden. Die VST könne sich bei der Vorinformation kurz fassen. Da vorliegend ein Punktsystem zur Wertung verwendet worden sei, sei die Information, dass der Bieter nicht die Höchstpunktzahl erreicht habe ausreichend. Mit der weiteren Angabe, dass die BEI eine höhere Punktzahl erreicht habe, sei Sinn und Zweck der Vorinformation erfüllt worden.

Der Ausschluss der BEI wegen fehlendem, nachgereichtem Angebotsdeckblatt (Angebotsschreiben 1) sei nicht gegeben.

Das Angebot der BEI sei an allen, dafür vorgesehenen Stellen unterschrieben. Mit dem Formblatt III-01 (Angebotsschreiben 2) und dessen Unterschrift wäre durch die Bezugnahme

auf das Angebot, die Preisdatenblätter und die Unterlagen entsprechend beiliegender Liste der Angebotsinhalte abgedeckt.

Das streitgegenständliche Angebotsschreiben 1 wäre nicht mit dem Angebot abzugeben gewesen.

Das Angebotsschreiben 1 sei nicht in den der BEI übergebenen Vergabeunterlagen enthalten gewesen. Für die BEI sei auch nicht erkennbar gewesen, dass es zu den Vergabeunterlagen gehöre. Ein entsprechender Hinweis sei in den Vergabeunterlagen nicht enthalten gewesen.

Da die BEI von dem Angebotsschreiben 1 keine Kenntnis gehabt habe, habe sie dieses nicht abgeben können. Die Nichtabgabe dürfe demzufolge nicht zu ihren Lasten (Ausschluss) gehen. Auch besitze das Angebotsschreiben 1 als Deckblatt weder für den Inhalt der Angebote, noch für die Wertung Relevanz.

Unabhängig davon habe es, wie erfolgt, von der VST gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG nachgefordert werden dürfen. Das Angebotsschreiben 1 stelle vom Inhalt her eine Erklärung im Sinn des obigen Paragraphen dar.

Der § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG sei auch auf fehlende Unterschriften anwendbar. Wenn fehlende Erklärungen nachgefordert werden dürften, müsse dies erst recht für eine bloße fehlende Unterschrift gelten (Verweisung OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.05.2011, VII-Verg 40/11).

Eine Veränderung der Vergabeunterlagen liege durch die BEI ebenfalls nicht vor.

Das Angebot der BEI erfülle alle Vorgaben der Leistungsbeschreibung unter Beachtung der vorgegebenen Rahmenbedingungen und es habe diesen mit ihrer Technikauswahl Rechnung getragen. Die Tourenfestlegung und deren Kalkulation sei Sache der Bieter. Die VST habe das Angebot der BEI gezielt hinterfragt und als seriös und schlüssig eingeschätzt. Die Prüfung erfolge an Hand des Angebots der BEI und nicht anhand abändernder Vorstellungen eines anderen Bieters. Die Ausführungen der AST zu den notwendigen Tourenkilometern träfen nicht zu.

Betreffend die vermeintliche Nachverhandlung sei zu bemerken, dass eine solche nicht zum Ausschluss des Angebots des Bieters führe, sondern nur zur Nichtberücksichtigung des Nachverhandlungsergebnisses.

Hinsichtlich des Inhaltes der Unterlagen, insbesondere der eingereichten Angebote, wird auf die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabekammer vorliegenden Nachprüfungsakte verwiesen.

## **2. Entscheidungsbegründung**

### **2.1. Zuständigkeit**

**2.1.1** Die Absendung der Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte 2011.

Die Vergabekammer beim Thüringer Landesverwaltungsamt ist zuständig, wenn nach § 104 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB i.V.m. § 2 Abs. 1 der Thüringer Verordnung zur Regelung der Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern (ThürVkvO) die VST ein Auftraggeber mit Sitz im Freistaat Thüringen ist und der maßgebliche Schwellenwert überschritten ist.

**2.1.2** Die VST ist Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB, der nach § 4 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) bei der Vergabe von Dienstleistungen den Abschnitt 2 des Teiles A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) anzuwenden hat, wenn sich der geschätzte Auftragswert wenigstens auf den in § 2 Nr. 2 VgV festgelegten Schwellenwert beläuft.

**2.1.3** Gemäß § 100 Abs. 1 GWB gelten die Nachprüfungsvorschriften des GWB nur für Aufträge, bei denen die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind.

Die nach § 127 Abs. 1 GWB vorgesehene Rechtsverordnung, die VgV, ist per 01.02.2001 in Kraft getreten.

Der für Lieferleistungen maßgebliche Schwellenwert ist in § 2 Nr. 2 VgV in der derzeit geltenden Fassung festgelegt und beträgt 2011 - 193.000 € netto.

Der vorliegend geschätzte Gesamtauftragswert liegt lt. Angabe der VST zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens bei über 1,5 Mio. € netto und überschreitet damit den oben angegebenen Schwellenwert.

**2.1.4** Da die VST Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB aus dem Freistaat Thüringen ist und der maßgebliche Schwellenwert mit der o. g. voraussichtlichen Gesamtauftragssumme überschritten wird, ist entsprechend § 100 Abs. 1 und § 104 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB i. V. m. § 2 Abs. 1 ThürVkvO die Zuständigkeit der Vergabekammer des Freistaates Thüringen gegeben.

## **2.2 Zulässigkeit**

a) Die Anforderungen, die gem. §§ 107 Abs. 1 und 2, 108 GWB an einen zulässigen Antrag zu stellen sind, wurden durch die AST erfüllt.

Die AST hat deutlich herausgestellt, dass sie ein Interesse an den ausgeschriebenen Leistungen hat (eigenes Angebot, Rügen). Sie bringt damit eindeutig zum Ausdruck, dass sie an dem Auftrag interessiert ist.

Sie hat ferner vorgetragen und begründet, dass sie sich durch den unkorrekten Inhalt der Vorinformation (fehlende Angabe des frühesten Zuschlagstermins, fehlende Angabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung beim Zuschlag, die unzulässige Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien bei der Angebotswertung), sowie die unzulässige Nachforderung der Unterschrift auf dem Angebotsdeckblatt (Angebotsschreiben 1) der BEI, der Wertung des Angebots der BEI trotz unzulässiger Veränderung der Verdingungsunterlagen und der unzulässigen Verhandlung zwischen VST und BEI zum Angebotsinhalt in ihrem Recht auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen verletzt sieht (siehe oben **Rügen 1, 3, 4, 5, 6**).

Der AST fehlt auch nicht die Antragsbefugnis aufgrund fehlender Zuschlagschance bzw. unlauterer Verhaltensweise bei der Informationsbeschaffung zum Zweck der Wettbewerbsbeeinflussung.

**- Verletzung des Grundprinzips des Geheimwettbewerbs durch die AST, indem diese durch die Beschaffung nur der VST zugänglicher Fakten, sich einer unlauteren Verhaltensweise schuldig gemacht habe und damit den Wettbewerb zu beeinflussen versucht habe.**

Die Ausführungen der VST, betreffend unlauterer Verhaltensweise bei der Informationsbeschaffung zum Zweck der Wettbewerbsbeeinflussung, treffen nicht zu.

Zutreffend ist, dass die AST mit ihrem Rügeschreiben vom 19.07.2011 (Rügen 4-6) drei bis dahin nicht vorgetragene Vergaberechtsverstöße rügte („Unsere Mandantin hat in Erfahrung gebracht, ...“), die ihr bei korrektem Verfahrensablauf (Geheimwettbewerb), trotz der gebotenen Verfahrenstransparenz, nicht hätten bekannt sein dürfen.

Die Vergabekammer betrachtet die Beschaffung von vertraulichem Material dann als unlauter, wenn die Aktivität zur Beschaffung von dem interessierten Wirtschaftsteilnehmer ausgeht und dieser den, die Information Beschaffenden zu rechtswidrigen Handlungen bewegt. Lauterkeit bzw. Unlauterkeit bezieht sich also auf die Verhaltensweise bei der Informationsbeschaffung, nicht jedoch auf die Verwendung der Informationen.

Vorliegend konnte anhand der Verfahrensakte, aber auch in der Verhandlung nicht festgestellt werden, dass die AST selbst aktiv wurde, einen „Informanten“ zur Beschaffung nicht abzugebender Informationen animierte und die AST sich damit im Sinn der obigen Ausführung eines solchen Verstoßes der unlauteren Informationsbeschaffung schuldig gemacht hat.

Ein Beweis dafür, dass ein Fall der unlauteren Informationsbeschaffung im Sinn der obigen Ausführungen vorliege, wurde seitens der VST nicht angetreten. Die Formulierungen der VST beschränkten sich darauf, dass angesichts der vorgelegten, eigentlich geheimen Informationen (Rügeinhalte 4-6) „*offensichtlich*“ von einer unzulässigen Beschaffung, also unlauteren Verhaltensweise auszugehen sei.

Entsprechend führte die VST, auf Nachfrage der Vergabekammer zum Kenntniserhalt der AST, in der Verhandlung aus:

*„Sie könne sich das nicht genau erklären, entweder seien von Seiten der VST oder vielleicht auch von Seiten der BEI Informationen geflossen. Was auf jeden Fall klar sei, diese Informationen seien zu Unrecht weitergegeben worden und würden in Bezug auf die AST eine unlautere Verhaltensweise darstellen, die zwingend zum Ausschluss des Angebotes führe.“*

Als bemerkenswert stellte sich in diesem Zusammenhang der freizügige Umgang der VST mit Daten und Fakten heraus, die geheim zu halten, den Bietern in ihrer Gesamtheit nicht mitzuteilen waren (siehe Sachverhalt, Stellungnahme VST). In der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag, die allen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu geben war und in der auch keine Sperrvermerke enthalten waren, wurden durch die VST zahlreiche geheim zu haltende Daten und auch Fakten aus dem Vergabeverfahren (Prüfung und Wertung), darunter auch die in den Rügen 4-6 enthaltenen Sachinhalte/ Angebotsinhalte der BEI aufgeführt. Wenn also an dieser Stelle mit diesen eigentlich geheimen Informationen in dieser Art und Weises umgegangen wurde, kann nicht ausgeschlossen werden, dass an anderer Stelle und zu anderen Zeitpunkten ebenso, wenn auch unbewusst, Informationen herausgegeben wurden.

Für einen Ausschluss der AST, wegen unlauterer Verhaltensweise, sieht die Vergabekammer aufgrund fehlenden Nachweises keine Veranlassung.

Den Ausführungen der VST, dass durch die Verwendung unlauter beschaffter Informationen in den Wettbewerb eingegriffen werde und die AST damit versucht habe, das Wettbewerbsergebnis zu ihren Gunsten zu beeinflussen, trifft nur bedingt zu und gehen am Kern des Problems vorbei.

Richtig ist, dass solche Informationen und deren Einführung in ein Nachprüfungsverfahren u. U. geeignet sein können, den Wettbewerb und damit die ursprüngliche Vergabeabsicht zu verändern.

Zu hinterfragen ist deshalb, wann denn die Möglichkeit einer Wettbewerbsbeeinflussung besteht. Hierbei wäre nach zwei verschiedenen Zeitpunkten/Zeiträumen zu unterscheiden. Dies wäre zum Ersten der späteste Termin der Angebotsabgabe mit der davorliegenden Angebotsfrist und zum Zweiten der Zeitraum nach dem spätesten Angebotsabgabetermin (Zuschlagsfrist).

Bis zum spätesten Termin der Angebotsabgabe ist die Wettbewerbsbeeinflussung verallgemeinert gesagt, dadurch gekennzeichnet, dass Kenntnisse über Angebotsinhalte von Mitbewerbern in das eigene Angebot einfließen, sich der Verwender somit einen Wettbewerbsvorteil verschafft.

Die mögliche Einflussnahme auf den Wettbewerb im Zeitraum nach dem spätesten Termin der Angebotsabgabe ist dadurch gekennzeichnet, dass das eigene Angebot durch Verstöße gegen das Vergaberecht, also durch Verstöße gegen die festgelegten Prüfungs- und Wertungsfestlegungen bevorzugt wird.

Mit dem Ablauf der Angebotsfrist (spätester Termin zur Angebotsabgabe) sind die Angebote inhaltlich festgelegt, unveränderbar. Damit ist deren Stellung im Wettbewerb im Vergleich zu den Angeboten der anderen Bieter, ohne deren inhaltlicher Kenntnis, bereits feststehend. Kenntnisse aus den Angeboten der anderen Bieter im Vergabeverfahren können in diesem Zeitraum demzufolge nicht mehr zu einer Veränderung der absoluten

Stellung/Platzierung im Vergabeverfahren führen. Diese absolute Stellung der Angebote findet nach der vergaberechtskonformen Prüfung- und Wertung ihren konkreten Ausdruck in der ermittelten Bierrangfolge.

Eine Wettbewerbsbeeinflussung ist also in diesem Zeitraum des Wettbewerbs entweder durch die nichtvergaberechtskonforme Prüfung- und Wertung oder die direkte Einflussnahme auf die VST (der ist es, den wollen wir, usw.) möglich.

Vorliegend stellt sich also entsprechend den Ausführungen der VST die Frage, ob sich die AST durch die mit den Rügen 4-6 in das Vergabeverfahren eingeführten Informationen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffte.

Die Rügen 4-6 (siehe Sachverhalt) enthalten lt. AST zwei Prüfungsfehler (unzulässige Nachholung einer fehlenden Unterschrift, Nichtberücksichtigung von unzulässigen Veränderungen der Vergabeunterlagen) und einen prinzipiellen Verfahrensfehler (Durchführung unzulässiger Verhandlungen zum Angebotsinhalt). Alle drei Informationen betreffen Aktivitäten der VST nach dem spätesten Termin zur Abgabe des Angebots und konnten seitens der AST daher vor diesem Termin keinen Eingang in deren Angebot finden und damit auch nicht den Wettbewerb diesbezüglich beeinflussen.

Es handelt sich um Informationen, die der AST erst nach dem spätesten Termin zur Abgabe des Angebots bekannt werden konnten.

Ziel eines Nachprüfungsantrags ist es nicht das Wettbewerbsergebnis durch eine unzulässige Einflussnahme zu verändern (siehe obige Ausführungen), sondern durch das der AST zustehende Recht aus § 97 Abs. 7 GWB, die VST zur Einhaltung der Vergaberegeln und damit zur vergaberechtskonformen Entscheidungsfindung anzuhalten. Die Rügen 4-6 und der Antrag der AST richten sich nicht gegen den Angebotsinhalt, sondern gegen die nach Auffassung der AST nicht vergaberechtskonforme Behandlung des Angebotsinhaltes der BEI durch die VST.

Das es dann im Gefolge der Einklage der vergaberechtskonformen Entscheidungsfindung (Weg) in der Folge zu einem anderen Wettbewerbsergebnis kommen kann, ist nicht auszuschließen.

Im Mittelpunkt steht also das Recht der AST auf Einhaltung der vergaberechtlichen Regelungen durch die VST.

Dass die Einklage dieses Rechts durch die AST im Fall des Vorliegens einer Vergaberechtsverletzung zu einer Änderung des Wettbewerbs führt, kann nicht als unzulässig Einflussnahme auf den Verlauf des Wettbewerbs gewertet werden.

#### **- Keine fehlende Antragsbefugnis der AST wegen fehlendem Schaden aufgrund fehlender Zuschlagschance (Bierrangfolge Platz 4)**

Der AST fehlt auch nicht die Antragsbefugnis aufgrund fehlender Zuschlagschance.

Die für den Zuschlag vorgesehene BEI erhielt 39 Punkte.

Die AST liegt mit 10 Punkten auf Rang vier der Bierrangfolge.

Die Bierrangfolge wurde durch die Zuschlagskriterien Preis (20 Punkte), Referenzen (10 Punkte) und Umweltverträglichkeit (10 Punkte) bestimmt.

Für die Bierrangfolge war das Zuschlagskriterium Preis das maßgebende, insbesondere durch die Punktwertungsvorgabe (Günstigster Angebotspreis = 18 Punkte, Günstigster Angebotspreis Abweichung > 18% = 0 Punkte).

Da alle Bieter um mehr als 18% vom Angebotspreis der BEI abwichen, erhielten sie für das Zuschlagskriterium Preis jeweils Null Punkte.

Bei den anderen zwei Zuschlagskriterien erhielten sie jeweils Wertungspunkte (AST: 10 Punkte, zweit- bzw. drittgünstigster Bieter: 14 bzw. 15 Punkte).

Bei ihren Ausführungen gingen sowohl die VST als auch die BEI davon aus, dass beim Ausschluss der BEI die Bierrangfolge vom Prinzip her gleich bleiben würde, die AST also nur auf den dritten Platz gelange.

Zutreffend ist aber, dass es im Fall des Ausschlusses der BEI bei der Wertung des Preises zu einem anderen Ergebnis kommen würde.

In diesem Fall hätte die AST den günstigsten Angebotspreis und würde dafür 20 Punkte erhalten. Da die Angebotspreise der anderen Bieter alle um mehr als 18% von dem der AST abweichen, würden diese für das Zuschlagskriterium Preis jeweils Null Punkte erhalten.

Im Fall der Beibehaltung der Wertungspunkte für die zwei anderen Zuschlagskriterien würden für die AST 10 Punkte anstehen, für die anderen Bieter 14 bzw. 15 Punkte.

Der Wertungsvorsprung der AST von 20 Punkten, aus dem Zuschlagskriterium Preis, wäre durch die anderen Bieter nicht mehr aufzuholen, die AST wäre somit wirtschaftlichste Bieterin.

- b)** Die Rügen der AST erfolgten nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB teilweise auch unverzüglich.

Danach muss die Rüge nach Kenntniserlangung des Vergabeverstößes so bald erklärt werden, als es dem Antragsteller nach den Umständen möglich und zumutbar ist. Es ist ein für die Prüfung und Begründung der Rüge notwendiger Zeitraum anzuerkennen. Auf die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ist auch bei der Fristenberechnung Rücksicht zu nehmen. Absolute Obergrenze stellt hierbei, je nach Einzelfall, ein Zeitraum bis zu 14 Tagen – entsprechend § 121 BGB – dar.

Die AST hat auf die Information der VST gemäß § 22 Abs. 1 VOL/A-EG vom 21.06.2011 schriftlich zum 24.06.2011 (**Rügen 1-3**) – nach deren Heilung (**Rüge 2**) bzw. Zurückweisung (**Rüge 1, 3**) durch die VST (06.07.2011) - nochmals zum 19.07.2011 die unvollständige Information über die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Wertungs- und Verfahrensfehler (siehe **Rügen 1, 3, 4, 5, 6**) gerügt.

Weder die Bekanntmachung, noch die Vergabeunterlagen, noch die Bieterinformationen enthalten Hinweise auf den § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB (Fristenregelung für Anträge nach zuvoriger Rügeabweisung).

#### **Rüge 1:**

Die VST informierte die AST gemäß § 22 Abs. 1 VOL/A-EG mit Schreiben vom 21.06.2011 darüber, dass das Angebot nach den Kriterien Preis, Referenzen und Umweltverträglichkeit nicht die höchste Bewertung habe.

Die AST rügte daraufhin mit Schreiben vom 24.06.2011 die ungenügende Begründung der Nichtberücksichtigung bzw. der Ablehnung ihres Angebots.

Mit Schreiben der VST vom 06.07.2011 teilte diese der AST mit, dass sie mit 10 Punkten den vierten Platz belege. Weiterhin wurden die verwendeten Zuschlagskriterien benannt und angegeben, welche Referenzen prinzipiell zur Wertung herangezogen worden seien.

Mit Schreiben vom 19.07.2011 rügte die AST erneut und monierte die Nichtabhilfe ihrer Rüge.

Die Rüge 1 erfolgte unverzüglich. Eine Abhilfe durch die VST erfolgte nicht.

#### **Rüge 2:**

Die Abhilfe erfolgte durch VST mit Schreiben vom 06.07.2011 durch Angabe des frühesten Zeitpunktes der Zuschlagserteilung.

#### **Rüge 3:**

Die VST informierte die AST gemäß § 22 Abs. 1 VOL/A-EG mit Schreiben vom 21.06.2011 darüber, dass das Angebot nach den Kriterien Preis, „Referenzen“ und Umweltverträglichkeit nicht die höchste Bewertung habe. Bei diesen Kriterien habe die BEI die höchste Wertung erreicht.

Mit Schreiben vom 24.06.2011 rügte die AST, dass die VST Referenzen als Zuschlagskriterium verwendet habe. Referenzen seien Eignungskriterien, die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sei unzulässig.

Die Angabe von Referenzen als Zuschlagskriterium erfolgte sowohl in der Bekanntmachung, als auch in den Vergabeunterlagen.

Der lt. Bekanntmachung angegebene späteste Termin zur Angebotsabgabe war der 17.03.2011.

Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 und 3 GWB sind Vergaberechtsverstöße aufgrund der Bekanntmachung bzw. der Vergabeunterlagen bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe (vorliegend 17.03.2011) zu rügen.

Vorliegend erfolgte die Rüge 3 der AST ca. 3 Monate nach Ablauf der Frist zur Abgabe der Angebote, war also nicht mehr unverzüglich und damit präkludiert.

### **Rügen 4, 5, 6**

Die Rügen 4-6 (siehe Sachverhalt) betreffen von der AST vorgetragene, behauptete Vergaberechtsverstöße bei der Wertung des Angebots der BEI und die Verhandlung zum Angebotsinhalt der BEI. Die gerügten Vergaberechtsverstöße sind entsprechend ihrer Stellung im Vergabeverfahren, dem Zeitraum nach Angebotseröffnung bis zur Absendung der Vorinformation zuzuordnen. Eine Informationspflicht der VST für diese vorgenommenen vergaberechtlichen Verfahrensschritte bestand nicht. Damit besteht mangels vorliegender Unterlagen für die Vergabekammer aufgrund der Vergabeakte keine Möglichkeit, den objektiv frühesten Zeitpunkt der Kenntnis der behaupteten Vergaberechtsverstöße festzustellen. Aufgrund der Einordnung der Vergaberechtsverstöße in den Verfahrensablauf waren diese nicht bis zum Termin der Angebotsabgabe zu rügen.

Unwiderrspochen von den Beteiligten wurde als Termin für die Kenntnis der Vergaberechtsverstöße durch die VST von der AST der 18.07.2011 genannt.

Die Rüge der AST erfolgte mit Schreiben vom 19.07.2011 und damit unverzüglich.

Die resultierende Zeitspanne zwischen Information durch die VST bzw. Kenntniserlangung von Vergaberechtsverstößen durch die AST und der Rüge der AST bei der VST kann hier bei den Rügen **1, 4, 5, 6** als unverzüglich im Sinn der Vorschrift erachtet werden.

Der Rügeverpflichtung ist gemäß § 107 Abs. 3 GWB Genüge getan.

## **2.3 Begründetheit**

Der Antrag der AST ist begründet.

Die AST ist durch die Durchführung des Vergabeverfahrens durch die VST in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB und § 101a Abs. 1 GWB auf Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt worden.

### **2.3.1 Verstoß gegen die Informationspflicht aus § 101a Abs. 1 GWB**

Die von der VST an die AST gesandte Absage („*Betreff: Absage nach § 22 EG Abs. 1 VOL/A*“) vom 21.06.2011 kann nicht das Vorinformationsschreiben gemäß § 101a Abs. 1 GWB ersetzen, erfüllt darüber hinaus aber auch inhaltlich nicht die Anforderungen an die abzugebende Vorinformation. Auch die von der VST mit Schreiben vom 06.07.2011 vorgenommene Ergänzung ihrer „Absage“ und der nunmehrige Bezug auf den § 101a GWB erfüllt - wegen der Unterlassung der Mitteilung der konkreten Gründe für die Nichtbezuschlagung des Angebots und, damit verbunden, die der AST genommenen Möglichkeit der Beurteilung der Bewertung des eigenen Angebots - nicht die Anforderungen an eine Vorinformation gemäß § 101a Abs. 1 GWB. Der AST wurde somit ein wesentliches Element betreffend die Wahrnehmung des Primärrechtsschutzes auf Grund des Verstoßes gegen den § 101a GWB genommen.

Die von der VST vorgenommene vermeintliche Vorinformation erfolgte zweifelsfrei nach der Feststellung des wirtschaftlichsten Bieters, also nach der letzten Wertungsstufe.

Ausweislich der Verfahrensakte erfolgte mit dem Schreiben der VST vom 26.06.2011 eine „Information“ der Bieter gemäß „§ 22 EG Abs. 1 VOL/A“.

Unabhängig von dessen Inhalt verkannte die VST, dass es sich bei einer Mitteilung gemäß § 22 Abs. 1 VOL/A-EG um eine Mitteilung handelt, die nach zuvor erfolgter Zuschlagserteilung an die Bieter zu geben ist. Also war bereits aus diesem Grund die von der VST vorgenommene „Information“ irreführend und entsprach von deren Ansatz nicht den Tatsachen, da keine Zuschlagserteilung vorlag.

Die Vorinformation gemäß § 101a GWB erfolgt demgegenüber nicht nach Zuschlag, sondern vermittelt den Bietern nur, dass beabsichtigt sei, einem bestimmten Bieter den Zuschlag zu erteilen.

Aber auch vom Inhalt und von der Zielstellung her unterscheiden sich die beiden Bieterinformationen.

Mittels der Information gemäß § 22 Abs. 1 VOL/A-EG soll den Bietern zur Kenntnis gebracht werden, dass die durch das Vergabeverfahren erfolgte Bindung ihrer Ressourcen durch die Erteilung des Zuschlags nicht mehr besteht und die Bieter wieder frei in ihrer Verfügbarkeit sind. Weiterhin sollen die „nicht berücksichtigten Bieter“ über die Bekanntgabe der Gründe für die Ablehnung ihres Angebots und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots in die Lage versetzt werden, Schlüsse für nachfolgende Vergabeverfahren zu ziehen.

Die Zielstellung und der Inhalt der Vorinformation gemäß § 101a GWB ist hingegen abgeleitet aus dem durch die Vergabekoordinierungsrichtlinie festgelegten Primärrechtsschutz der Bieter im Vergabeverfahren, also dem Anspruch des Bieters auf Einhaltung der Vergabebestimmungen und die Möglichkeit des Einklagens auf deren Einhaltung im Vergabeverfahren.

Die VST verkannte offensichtlich die Bedeutung des § 101a Abs. 1 GWB und der mit diesem verbundenen Vorinformationspflicht, insbesondere die Pflicht zur Mitteilung „über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung“.

Auf die Information gemäß § 22 Abs. 1 VOL/A-EG vom 21.06.2011 rügte die AST mit Schreiben vom 24.06.2011 die ungenügende Begründung der Nichtberücksichtigung, zumal es mehrere Zuschlagskriterien gebe (siehe Sachverhalt).

Die VST teilte der AST daraufhin mit Schreiben vom 06.07.2011 (wieder mit der Überschrift „Absage nach § 22 EG Abs. 1 VOL/A“) zu den Gründen der Nichtberücksichtigung mit, dass die AST nicht die höchste Bewertung, und insgesamt mit 10 Punkten den vierten Platz erreicht habe. Es folgte die Wiederholung der Zuschlagskriterien und der Hinweis, dass entsprechend dieser die Punktbewertung erfolgt sei.

Da nicht nur der Preis für die Zuschlagsentscheidung lt. Bekanntmachung maßgebend sein sollte, sondern daneben auch die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien „Referenzen und Erfahrungen mit vergleichbaren Leistungen“, sowie „Umweltverträglichkeit der vorgesehenen Verfahren zu Einsammlung, Transport und Verwertung der Altpapiere“, war es der AST aufgrund der gegebenen „Absage gemäß § 22 EG Abs. 1 VOL/A“ unmöglich zu erkennen, bei welchen Zuschlagskriterien bzw. Unterkriterien es welche Punktabschläge bei der Bewertung ihres Angebots gab. Der AST war somit die Grundlage genommen einzuschätzen und zu überprüfen, inwieweit die vorgenommene Angebotsbewertung ihres Angebots durch die VST vergaberechtskonform erfolgte.

Im Übrigen ist zu konstatieren, dass seitens der VST bereits formal keine Vorinformation gemäß § 101a Abs. 1 GWB erfolgte, da in allen „Informationen“ an die AST, aber auch die anderen Bieter, immer der Betreff „Absage nach § 22 EG Abs. 1 VOL/A“ angegeben wurde.

### **2.3.2 Nachforderung/ Nachreichung des Angebotsschreiben 1 („Angebot“) durch die VST/ BEI**

Die Nachforderung des Angebotsschreibens 1 durch die VST war unzulässig.

Das Angebotsschreiben 1 war nicht als Erklärung im Sinn des § 16 Abs. 3 VOL/A-EG einzuordnen und demzufolge nicht gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG nachholbar.

Das Fehlen des Angebotsschreibens 1 im Angebot der BEI, und damit der auf diesem zu leistenden Unterschrift, führt zum Ausschluss der BEI gemäß § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG.

Die der Vergabekammer als Blankett übergebenen Vergabeunterlagen enthielten in dem von den Bewerbern mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen zwei Angebotsschreiben. Beide Angebotsschreiben waren sowohl vom Inhalt, Umfang, als auch ihrer Platzierung im Angebot unterschiedlich.

Das Angebotsschreiben 1 ist lt. der den Bewerbern übergebenen Vergabeunterlagen die erste Seite des einzureichenden Angebots. Es besteht aus einer Seite, ist im Fettdruck mit „**Angebot**“ überschrieben und hat keine Seitennummerierung.

Mit dem Angebotsschreiben 1 wurde angegeben, welche Unterlagen das Angebot umfasst („*Mein/Unser Angebot umfasst: ...*“) und dass alle auf dem Angebotsschreiben 1 genannten Unterlagen dem Angebotsschreiben beigelegt sind. Welche Unterlagen das Angebot umfasst, wurde von der VST im Angebotsschreiben 1 vorgegeben.

Im darunter liegenden Schriftfeld wurde von den Bewerbern/Bietern die Angabe des Ortes, des Datums, Stempel und die rechtsverbindliche Unterschrift gefordert. Mit Stern gekennzeichnet und auf das Schriftfeld verweisend erfolgt in Fettdruck der Hinweis:

**„\*) Wird das Angebot an dieser Stelle nicht unterschrieben, gilt das Angebot als nicht abgegeben.“**

Es handelt sich bei dem Angebotsschreiben 1 um ein typisches Angebotsschreiben in Anlehnung an die Angebotsschreiben aus dem Vergabehandbuch, mit der Ausnahme, dass keine Angabe des Angebotspreises erfolgt.

Das zweite Angebotsschreiben (Angebotsschreiben 2) wurde mit Schreiben vom 23.03.2011 geändert. Es ist in den Vergabeunterlagen im Abschnitt 3 „Angebot, Preisblätter, Erklärungen“ platziert und trägt in diesem Abschnitt die Seitennummerierung 3 und 4. Im Fettdruck trägt es auf der Seite 3 die Überschrift „**Formblatt III-01**“ und darunter „**Angebot**“. Es folgt die Angabe:

*„Die Unterzeichnenden unterbreiten ... das vorliegende Angebot. Grundlage für das Angebot bilden die Vergabeunterlagen des ... (Angebotsaufforderung, Verdingungsunterlagen). Die ausgeschriebenen Leistungen werden zu den in den Preisdatenblättern angegebenen Preisen angeboten ...“*

Es folgt die im Sachverhalt aufgeführte Tabelle, betreffend den für die Angebotswertung maßgebenden Mengenkorridor. Weiterhin wurden Forderungen betreffend den Einsatz von Nachunternehmern getroffen. Anschließend erfolgte der Hinweis, dass, wenn die Angaben nicht vollständig oder unrichtig gemacht würden, das Angebot ausgeschlossen werden „könne“.

Es wurde Ortsangabe, Datumsangabe, Unterschrift, Titel, Name, Vorname des Unterschriftsleistenden gefordert.

### **2.3.2.1 Angebotsschreiben 1 - „Angebot“ oder nur „Erklärung“ (Angebotsdeckblatt)**

Mit der Überschrift des Angebotsschreibens 1 „*Angebot*“ wurde gegenüber den Bewerbern bereits visuell zum Ausdruck gebracht, dass es sich hierbei um das Angebot handelt und nicht, wie von der VST in ihrem Schriftsatz vom 01.08.2011 ausgeführt, lediglich um ein Angebotsdeckblatt, was die Vollständigkeit der erhaltenen Dokumente gegenüber der VST erklären soll.

Dieses gilt umso mehr, da zusätzlichen im Formblatt III-03 (Bietererklärung) die Bieter u.a. mit Unterschrift zu erklären hatten, dass sie alle Ausschreibungsunterlagen vollständig erhalten hätten.

Schwer nachvollziehbar ist, wie aus dem mit „Angebot“ überschriebenen (Angebotsschreiben 1) in der Argumentation der VST ein Deckblatt wird.

Den Ausführungen der VST steht auch die Formulierung in dem Angebotsschreiben 1 entgegen:

*„Mein/Unser Angebot umfasst: -folgende Unterlagen ...“*

Hier handelt es sich nicht um die Erklärung, dass der Bewerber/Bieter alle Unterlagen vollständig erhielt, sondern darum, welche Unterlagen Inhalt des Angebots des Bieters sind und im Zuschlagsfall Vertragsgegenstand zwischen VST und Bieter werden.

Mit der Unterschrift gab der Bewerber/Bieter an, was Inhalt des Angebots sei, und nicht eine Erklärung über die Vollständigkeit erhaltener Unterlagen.

Auch die von der VST vorgenommene Anhebung der Anforderung im Angebotsschreiben 1, betreffend die vorzunehmende Unterschriftsleistung von „müssen unterschrieben sein“ (siehe § 16 Abs. 1 VOL/A-EG) zu „rechtsverbindliche Unterschrift“, bringt zum Ausdruck, dass es sich nicht um eine reine Formalie, sondern um eine Rechtsbindung des Bewerbers/Bieters gegenüber der VST handelt. Diese Rechtsbindung kann aber wiederum nur das Angebot, also den Vertragsinhalt, betreffen.

Die Nachrangigkeit des Angebotsschreibens 2 findet auch in dieser Hinsicht ihren Ausdruck, indem auf diesem „nur eine Unterschrift“ verlangt wurde.

Auch die Argumentation der VST unter Verweisung auf das unterschriebene Angebotsschreiben 2, dass damit die erforderliche Unterschrift unter das Angebot vorliege, vermag nicht zu überzeugen.

Im Angebotsschreiben 1 wird eine Vielzahl von Unterlagen konkret aufgeführt, die Angebotsinhalt des Bieters sind. Im Angebotsschreiben 2 erfolgt keine konkrete Aufzählung der Angebotsinhalt werdenden Unterlagen, sondern nur der Hinweis auf die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und die Verdingungsunterlagen (s. o.). Ob beides inhaltlich deckungsgleich und für alle Bewerber/Bieter gleichermaßen inhaltlich bestimmt ist, ist zumindest fraglich.

Maßgebend für die Einordnung und damit für die Bedeutung des Angebotsschreibens 1 kann nur dasjenige sein, was die VST den Bewerbern/Bietern in den Vergabeunterlagen mitteilte („Angebot“), und nicht das, was sie unausgesprochen evtl. auch erst im Nachgang gedacht hat („Angebotsdeckblatt“).

Das Angebotsschreiben 1 ist aufgrund dessen Inhalts und der von der VST damit verbundenen Forderungen - entgegen der Ausführungen der VST und der BEI - nicht nur ein Angebotsdeckblatt, welches unter den Begriff Erklärung zu subsumieren ist.

Da es sich bei dem Angebotsschreiben 1, entgegen der Darstellung von VST und BEI, nicht nur um eine reine Vollständigkeitserklärung mit Unterschrift handelt, war das Angebotschreiben 1 nicht gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG nachzufordern.

### **2.3.2.2 Fehlende Unterschrift auf dem Angebotsschreiben 1**

Die Vergabekammer ist der Auffassung, dass es sich bei dem Angebotsschreiben 1 um einen Teil des Angebots, also die verbindliche Erklärung eines Bieters gegenüber der VST handelt, die Leistungen zu den von der VST vorgegebenen Bedingungen und den von dem Bieter angebotenen Preisen auszuführen (s.o.). Die BEI war deshalb gemäß § 19 Abs. 3 lit. b VOL/A-EG wegen fehlender Unterschrift unter das Angebot auszuschließen.

Gemäß § 16 Abs. 1 VOL/A-EG müssen auf dem Postweg oder direkt übermittelte Angebote unterschrieben sein.

Mit der Unterschrift unter das Angebot erklärt der Bieter einseitig, bereits zum spätesten Zeitpunkt der Angebotsabgabe, verbindlich seine Angebotsbindung und eine entsprechende Ausführung im Zuschlagsfall.

In der Rechtsfolge für den § 16 Abs. 1 VOL/A-EG gibt es für den Fall der Nichteinhaltung ausdrücklich den § 19 Abs. 3 VOL/A-EG, in dem festgelegt ist:

„Ausgeschlossen werden:“ und unter lit. a)

„Angebote, die nicht unterschrieben ... sind,“

Maßgebend ist also, dass das Angebot unterschrieben sein muss. Das Angebot umfasst dasjenige, was zwischen der VST und dem Bieter im Zuschlagsfall Vertragsgegenstand wird. Keine Festlegung enthält der § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG darüber, an welcher Stelle und welche Anzahl von Unterschriften zu leisten sind. Die Festlegung darüber liegt allein im Verantwortungsbereich der VST. Die Verwendung des Vergabehandbuchs (eine Unterschrift

deckt den gesamten Angebotsinhalt ab) wäre in diesem Zusammenhang zwecks Vermeidung von Fehlern sicher hilfreich, verpflichtend aber nur für die entsprechenden VST. Keinen Unterschied macht es für die Rechtsfolge im Fall des Fehlens einer Unterschrift, ob mehrere Unterschriften oder nur eine alles umfassende Unterschrift unter das Angebot gefordert wurde. Das Fehlen führt gemäß § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG zum Ausschluss.

Vorliegend wählte die VST die Möglichkeit der Abforderung einer Vielzahl von Einzelunterschriften unter einzelne, vorgegebene Angebotsteile. Unerheblich sind für die Vergabekammer und die Bieter die Gründe für diese Forderungen. Erheblich sind aber für die Bieter und die VST die Konsequenzen im Fall der Nichterfüllung der geforderten Unterschriftsleistungen unter das Angebot.

Im Rahmen der Verfahrenstransparenz und des Prinzips der Gleichbehandlung hat sich die VST an die einmal getroffene Festlegung (zwingend mehrere Unterschriften unter einzelne, angegebene Angebotsteile) zu halten, während die Bieter dementsprechende Angebote einzureichen haben und den Anspruch darauf haben, dass nichtentsprechende Angebote den vergaberechtlichen Konsequenzen unterworfen werden.

Unstrittig ist lt. Vergabeakte und auch dem Angebot der BEI, dass das Angebotsschreiben 1 dem Angebot der BEI nicht nur nicht unterschrieben, sondern überhaupt nicht beilag.

Das Angebot der BEI erfüllte wegen der fehlenden Unterschrift unter das Angebotsschreiben 1 nicht die Forderung aus dem § 16 Abs. 1 VOL/A-EG nach zwingender Unterschrift unter das Angebot („... Angebote müssen unterschrieben sein;“) und war deshalb gemäß § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG zwingend („Ausgeschlossen werden:“) auszuschließen.

Insoweit die VST ausführte, dass es sich vorliegend nicht um eine fehlende Unterschrift auf einem Dokument handele, vielmehr das entsprechende Formblatt (Angebotsschreiben 1) „schlicht“ mit dem Angebot nicht vorgelegt worden sei und damit der § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG (Fehlen von Erklärungen und Nachweisen) mit der Folge der Nachforderungsmöglichkeit gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG einschlägig sei, kann sich die Vergabekammer dieser Auffassung nicht anschließen.

Folge der Auffassung der VST wäre, dass immer dann, wenn eine Angebotsunterschrift, die auf einer Seite des Angebots zu leisten wäre und der Bieter diese Angebotsseite nicht abgeben würde, der Fall einer nichtvorgelegten Erklärung vorliegen würde. Die Konsequenz wäre dann die permanente Möglichkeit der Nachholung, auch von Angebotsunterschriften.

Überspitzt würde das bedeuten, dass Unterschriften unter das Angebot dann nicht fehlen würden, wenn der Bieter das Blatt, auf dem die Angebotsunterschrift zu leisten war, nicht mit dem Angebot einreicht. Es bestünde dann die Möglichkeit der Nachforderung durch die VST. Für den Bieter bestünde dann die Möglichkeit zu entscheiden ob er denn mit der nachträglichen Abgabe des unterschriebenen Angebotsschreibens im Wettbewerb verbleiben, oder sich mit der Nichtabgabe nachträglich aus dem Wettbewerb und seinem Angebot verabschiedet.

Nachteilig würde es sich für denjenigen Bieter auswirken, der leichtsinnigerweise das nichtunterschriebene Angebotsschreiben abgab, und der dann wegen fehlender Angebotsunterschrift auszuschließen wäre.

Nicht nachvollziehbar ist, dass die Nichtabgabe des Angebotsschreibens und der darauf geforderten Unterschrift ein geringerer Vergaberechtsverstoß sein sollte, als die fehlende Unterschrift auf einem abgegebenen, aber nicht unterschriebenen Angebotsschreiben.

Wäre das so, würde der § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG überflüssig sein, ja ins Leere gehen. Dem ist aber gerade nicht so. Der § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A-EG bestimmt nur, dass Angebote die nicht unterschrieben sind, auszuschließen sind.

Ausschlussgrund ist also die fehlende Unterschrift unter das Angebot, das Fehlen der Unterschrift an sich. Dieser Fall trifft aber umso mehr zu, wenn das zu unterschreibende Angebotsschreiben bereits körperlich schon nicht dem Angebot beiliegt.

Die VOL/A beinhaltet ein formalisiertes Verfahren und über die unterschiedlichen Formulierungen der Verbindlichkeit (kann, soll, muss) definierte Handlungsabfolgen. Im § 19 Abs. 3 VOL/A-EG sind als „muss“ eindeutig definierte Ausschlussgründe aufgeführt, bei denen keine Ermessenausübung vorgesehen ist. Wäre dies nicht so, hätte der Gesetzgeber

nicht die strenge Formulierung für den Fall der fehlenden Unterschrift unter das Angebot gewählt.

Im Übrigen muss das Angebot der BEI allein aufgrund des Nachsatzes, der Bedingung der VST im Angebotsschreiben 1, zwingend ausgeschlossen werden.

Das Herausheben des Angebotsschreibens 1 wird - im Gegensatz zum Angebotschreiben 2 - auch in Bezug auf die Bedeutung der zu leistenden Unterschrift und die Folgen für die Bieter bei deren Nichtleistung sichtbar.

Beim Angebotsschreiben 1 wurde den Bewerbern/ Bietern betreffend die fehlende Unterschriftsleistung auf dem dafür vorgesehenen Platzhalter formuliert:

*„Wird das Angebot ... nicht unterschrieben, gilt das Angebot als nicht abgegeben.“*

Im Angebotsschreiben 2 wurde lediglich die Unterschriftsleistung auf einem Platzhalter gefordert, betreffend eine fehlende Unterschriftsleistung wurde keine entsprechende Rechtsfolge, entsprechend der auf dem Angebotsschreiben 1, formuliert:

*„Werden die Angaben nicht vollständig oder unrichtig gemacht, kann das Angebot ausgeschlossen werden.“*

Die Forderung der VST betreffend die Unterschrift auf dem Angebotsschreiben 1 und damit auch dessen Bedeutung wurde darüber hinaus noch durch den Zusatz „an dieser Stelle“ hervorgehoben.

*„\*) Wird das Angebot an **dieser Stelle nicht** unterschrieben, gilt das Angebot als nicht abgegeben.“*

Unter Beachtung der Festlegungen und Forderungen der VST betreffend die auf dem Angebotsschreiben 1 zu leistende Unterschrift, wäre allein aufgrund der Ortsfestlegung für die zu leistende Unterschrift „an dieser Stelle“ und der Verknüpfung mit der Rechtsfolge für den Fall des Fehlens - „Ausschluss“, die BEI zwingend auszuschließen.

Dafür, dass es sich bei dem Angebotsschreiben 1 nicht nur um ein Angebotsdeckblatt, sondern um ein angebotsrelevantes Schreiben handelt, spricht auch, dass dessen Vorhandensein überhaupt geprüft, es im Prüfungsvermerk als fehlend vermerkt wurde und im Bietergespräch von der VST mit Unterschrift nachgefordert wurde.

Da das Angebot der BEI nicht, wie gefordert, unterschrieben war (§ 16 Abs. 1 VOL/A-EG), führt das gemäß 19 Abs. 3 lit. b VOL/A-EG zum Ausschluss des Angebots der BEI.

### **2.3.3 Nichtvorliegen des Angebotsschreibens 1 in den der BEI übergebenen Vergabeunterlagen**

Aufgrund des nicht bestrittenen Tatsachenvortrags der BEI und auch der VST ist davon auszugehen, dass das Angebotsschreiben 1 der BEI nicht mit den Vergabeunterlagen übersandt wurde.

Dies kann nicht zu Lasten der BEI gehen. Jedoch kann das Angebot der BEI auch nicht in der Wertung verbleiben ( siehe Pkt. 2.3.2).

Aus den genannten Gründen war die Rückversetzung der Vergabeverfahrens in den Zeitpunkt vor Ausgabe der Vergabeunterlagen zu veranlassen.

Im Schreiben der VST vom 01.08.2011 (Stellungnahme zum Antrag) führte die VST unter dem Pkt. 8.2.1 zum Angebot der BEI, betreffend das Angebotsschreiben 1, aus:

*„Lediglich das Formblatt (Ordner 10 – Blatt 100123) Deckblatt mit Vollständigkeitserklärung der Dokumente war nicht abgegeben worden, da es beim Zusammenstellen der Formulare bei der Ausschreibenden Stelle offensichtlich nicht mit versandt wurde.“*

Die Möglichkeit, dass das Angebotsschreiben 1 der BEI nicht mit den Vergabeunterlagen zugesandt wurde, wird erstmalig von der VST in ihrer Stellungnahme zum Antrag der AST erwähnt.

Sowohl aus der formellen Angebotsprüfung als auch aus dem Bietergesprächsprotokoll vom 03.05.2011 ist nur zu entnehmen, dass das Angebotsschreiben 1 dem Angebot der BEI nicht beilag, was durch die Bemerkungen in der Vergabeakte:

- „fehlt“ (also nicht vorhanden) bzw.
- „unterschrieben nachgereicht“ (lag also nicht vor und wurde nachgereicht) zum Ausdruck gebracht wurde.

Eine formale Nachforderung des Angebotsschreibens 1 (schriftliche Aufforderung mit Terminsetzung) erfolgte lt. der Verfahrensakte und auf Nachfrage der Vergabekammer, in der Verhandlung, nicht.

In der Verhandlung erklärte die BEI, dass sie von dem Angebotsschreiben 1 erstmalig im Bietergespräch vom 03.05.2011 Kenntnis bekommen habe.

Übereinstimmend erklärten die VST und BEI auf Nachfrage der Vergabekammer in der Verhandlung zum fehlenden, nachgereichten Angebotsschreiben 1 der BEI, dass die VST ein Blankett des Angebotsschreibens 1 der BEI im Bietergespräch übergeben habe und dieses von der BEI ausgefüllt worden sei. Zur Datierung erklärte die BEI, dass sie sich des Termins ihres Angebotes entsonnen habe und dieses auf dem Angebotsschreiben 1 im Bietergespräch eingetragen habe.

Betreffend die Nichtabgabe des Angebotsschreibens 1 mit dem Angebot, erklärte die BEI, dass sie es nicht mit den Vergabeunterlagen erhalten habe. Im Übrigen sei in den Vergabeunterlagen auch kein Hinweis auf die Rückgabepflicht dieses Schreibens enthalten gewesen. Eine Seitennummerierung gebe es für dieses Schreiben auch nicht, sodass auch bei Durchsicht der Vergabeunterlagen dessen Fehlen nicht bemerkt worden sei.

Die Ausführungen der BEI zum Fehlen des Angebotsschreibens 1 aufgrund dessen Nichtvorhandenseins in den ihr übergebenen Vergabeunterlagen, aber auch deren Vortrag, dass es ihr aufgrund der inhaltlichen Gestaltung der Vergabeunterlagen unmöglich gewesen sei, auf das Fehlen des Angebotsschreibens 1 zu schließen, ist für die Vergabekammer nach eigener Durchsicht der Vergabeunterlagen nachvollziehbar. Widersprüche waren aus dem Vortrag der BEI nicht zu erkennen, wurden seitens der Beteiligten aber auch nicht vorgetragen.

Seitens der VST erfolgte kein Vortrag dahingehend, dass das Angebotsschreiben 1 bei der BEI rechtzeitig, vor dem spätesten Termin zur Angebotsabgabe vorlag.

Aufgrund dieser Tatsachenermittlung und deren Würdigung ist davon auszugehen, dass der BEI das Angebotsschreiben 1 nicht mit den Vergabeunterlagen übergeben wurde, sodass ihr das Fehlen des unterschriebenen Angebotsschreibens 1 in deren Angebot nicht anzulasten war.

Es besteht jedoch keine Möglichkeit, das Vergabeverfahren unter Einbeziehung der BEI, trotz des nicht mit dem Angebot abgegebenen Angebotsschreibens 1, weiterzuführen (siehe Pkt. 2.3.2)..

Dies führt für den Fall, dass die VST weiterhin die Leistung vergeben will, zur Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Zeitpunkt vor Ausgabe der Vergabeunterlagen.

#### **2.3.4 Rügen 5 und 6**

Die Rüge 5 (unzulässige Veränderung der Verdingungsunterlagen durch den Angebotsinhalt der BEI) und die Rüge 6 (unzulässige Verhandlung über den Angebotsinhalt zwischen VST und BEI) sind nicht entscheidungserheblich.

### **2.3.5 Verpflichtende Hinweise der Vergabekammer zur Weiterführung des Vergabeverfahrens nach dessen Rückversetzung in den Stand vor der Ausgabe der Vergabeunterlagen.**

#### **- Vergabeunterlagen**

Die den bisherigen Bewerbern zu übergebenden Vergabeunterlagen sind unter Beachtung der o. g. Probleme zu überarbeiten, insbesondere ist das Zuschlagskriterium „Referenzen“ aus den Vergabeunterlagen zu streichen.

Als Voraussetzung für die Wertung des Zuschlagskriteriums „Umweltverträglichkeit“ reicht es nicht aus, die Tourenkilometerzahlen als absolute Zahlen zu bewerten. Voraussetzung dafür ist der mit dem Angebot anzutretende vollständige, nachprüfbare „Nachweis“ über deren Zustandekommen.

Die nicht in die Wertung eingehenden, aber abgefragten Mengenkorridore und deren Preise (Festpreise) stellen unzulässige Preisabfragen dar, sind zu streichen oder in die Wertung nachvollziehbar einzubeziehen.

#### **- Durchführung der Eignungsprüfung**

Die Eignungsprüfung ist ohne die Prüfung von Referenzen durchzuführen, da in der Bekanntmachung keine Referenzen als Eignungsnachweise gefordert wurden.

Die Eignungsprüfung erschöpft sich nicht nur in der Feststellung, ob der geforderte Nachweis vorliegt oder nicht vorliegt. Die Eignungsprüfung ist anhand der vorgelegten Nachweise durchzuführen und in der Dokumentation zu vermerken.

#### **- Anwendung der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien**

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ist von der VST mittels der in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien, mit Ausnahme des Zuschlagskriteriums „Referenzen“, durchzuführen.

#### **- Vorinformation der Bieter gemäß § 101a GWB**

Den Bietern ist eine Vorinformation gemäß § 101a Abs. 1 GWB zu geben.

Mit der Angabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des jeweiligen Bieters hat die Angabe über die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien zu erfolgen.

## **3. Kostenentscheidung**

Die Entscheidung über die Kosten (Gebühren und Auslagen) beruht auf § 128 Abs. 1 und 3 GWB. Die Entscheidung über die Höhe der zu zahlenden Gebühren für das Verfahren vor der Vergabekammer beruht auf § 128 Abs. 2 und 3 GWB.

Ausweislich des Tenors der Entscheidung haben die VST und die BEI die Kosten des angestrebten Nachprüfungsverfahrens gemeinsam zu tragen, da sie im Verfahren die Unterlegenen sind (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).

Die Höhe der Gebühr war nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens festzusetzen (§ 128 Abs. 2 GWB).

Die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens bestimmt sich regelmäßig danach, welches wirtschaftliche Risiko der Verfahrensbeteiligte übernommen hat (vorliegend für die vierjährige Vertragslaufzeit plus der einmaligen Verlängerungsoption von zwei Jahren: xxxxxx € Brutto).

Dies führt im vorliegenden Fall, gemäß § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB, für die VST und die BEI zu einer Gebühr in Höhe von insgesamt **4xxxxx €**.

Ausgehend vom Angebot der AST (lt. übereinstimmender Angabe von AST und VST in der mündlichen Verhandlung xxxxxx € brutto) sowie der dazu entwickelten und regelmäßig angewandten Gebührentabelle der Vergabekammer Freistaat Thüringen (Stand: 01.01.2010) war die Gebühr insgesamt auf den o. g. Betrag für die VST und die BEI festzusetzen.

Die Beigeladene wird gebeten, die Gebühr

in Höhe von **xxxxx €**

auf das nachfolgende Konto


unter Angabe der Posten-Nr.: **xxxxxxxx** bis zum **21. September 2011** zu überweisen.

Die VST ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 des Thüringer Verwaltungskostengesetzes von der Zahlung der Gebühren befreit.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die AST wird für notwendig erklärt.

Die VST und die BEI haben als die im Verfahren Unterlegenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der AST gemeinsam zu tragen.

Der von der AST mit dem Antrag geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 2.500,- € ist dieser zu erstatten.

**Die AST wird gebeten, der Vergabekammer zwecks Rücküberweisung des geleisteten Kostenvorschusses die einschlägige Bankverbindung mitzuteilen.**

#### **Hinweis**

Ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren findet nicht (mehr) statt (§ 128 Abs. 4 Satz 5 GWB).

### **III. Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich, innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer, beim Thüringer Oberlandesgericht Jena, Rathenaustraße 13, 07745 Jena, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung der Vergabekammer beantragt wird, und Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Scheid  
Vorsitzender

Dr. Bilzer  
Hauptamtlicher Beisitzer

Siegel

