

VK 2 – 125/06

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

Si GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer L,,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....,

gegen

.....,

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....,

P GmbH,

.....,

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....,

wegen der Vergabe eines Dienstleistungs-Rahmenvertrages über die Konzeption und Entwicklung von Kommunikationsstrategien, die Planung und Entwicklung von Gestaltungskonzeptionen, die Umsetzung dieser Strategien und Konzeptionen sowie Beratungsleistungen zur Kommunikation im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung (...) hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Bur-

chardi, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Sturhahn und den ehrenamtlichen Beisitzer Bellersheim auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 2006 am 29. Dezember 2006 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und durch die Beigeladene war erforderlich.

Gründe

A.

Der Antragsgegner (Ag) veröffentlichte am Mai 2006 europaweit eine Bekanntmachung über die Ausschreibung des o.g. Dienstleistungsauftrags im Nichtoffenen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Als „objektive Kriterien für die Auswahl der begrenzten Zahl von Bewerbern“ gab der Ag an:

Die Auswahl richtet sich nach den Kriterien Erfahrung, Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, wobei diese Aufzählung keine Angabe irgendeiner Gewichtung der einzelnen Eignungskriterien bedeutet.

Zur Beurteilung der Fachkunde und Erfahrung wird auf die bisher durchgeführten Informationskampagnen (keine Werbekampagnen), Agenturprofil (insbesondere Arbeits- und Spezialisierungsbereiche des Bewerbers, Qualifizierung der Mitarbeiter und Gründungsdatum des Bewerbers) und die eingereichten Muster abgestellt.

Positiv wird dabei insbesondere beurteilt, wenn Bewerber Erfahrungen mit Informationskampagnen öffentlicher und größerer privater Auftraggeber haben sowie die kreative Gestaltung der eingereichten Muster. Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit wird auf die bisher durchgeführten Informationskampagnen und das Agenturprofil (insbesondere Mitarbeiterzahl unter Berücksichtigung der für den Auftrag vorgesehenen Mitarbeiter und ihrer Qualifikation, sowie Bruttogesamtumsatz der letzten 3 Jahre in Euro) abgestellt.

Als Teilnahmebedingung verlangte der Ag neben einer vorformulierten „rechtsgültig unterschriebenen Selbsterklärung“ die Darstellung des Agenturprofils auf einem vorgegebenen Form-

blatt und forderte überdies zum Nachweis der „technischen Leistungsfähigkeit“ unter Ziff. III. 2. 3) der Bekanntmachung:

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

- Agenturprofil
- Referenzliste öffentlicher Auftraggeber, für die seit 01.01.2003 Informationskampagnen (keine Werbekampagnen) durchgeführt wurden
- Referenzliste privater Auftraggeber, für die seit 01.01.2003 Informationskampagnen (keine Werbekampagnen) durchgeführt wurden
- Beschreibung von maximal drei Informationskampagnen (keine Werbekampagnen), die seit 01.01.2003 durchgeführt wurden. Zu jeder Informationskampagne sind jeweils insgesamt drei Muster (Anzeigen oder Plakate beizufügen). Die Beschreibung von mehr als drei Kampagnen oder die Abgabe von mehr als jeweils drei Mustern pro Kampagne führen zum Ausschluss.

Der Bewerber muss sämtliche Angaben zwingend auf den Formblättern machen, die von ihm bei der unter I. 1) genannten Stelle angefordert werden können. Dafür genügt eine kurze E-Mail. Die Verwendung der Formblätter dient der besseren Vergleichbarkeit der Anträge auf Teilnahme und soll dem Auftraggeber die Auswahl vereinfachen. Sollte ein Bewerber einen Antrag auf Teilnahme ohne die Formblätter einreichen, wird dieses Fehlen von Unterlagen zum Ausschluss des Bewerbers führen. Die ausgefüllten Formblätter dürfen nicht per E-Mail zurückgeschickt werden, siehe unter IV.3)

Wie weitere 27 Unternehmen, u.a. die P B GmbH (PB) und die Beigeladene (Bg), reichte die Antragstellerin (ASt) fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein. Sowohl die ASt als auch die PB gehören zu einem Konzern, an dessen Spitze die P G S.A., Paris, steht.

In der Spalte des Formblatts „Agenturprofil“, in der die Umsätze für 2003 einzutragen waren, gab die ASt diese nicht an, sondern vermerkte: „Seit 2003 aufgrund internationaler Holding Policy/ Sarbanes Oakley Act Veröffentlichung nicht mehr zulässig.“ Stattdessen gab sie dort die Umsätze der Jahre 2000, 2001 und 2002 an und wies auf eine als Anlage beigefügte „ergänzende Bankreferenz“ hin. In diesem Referenzschreiben vom 17. August 2005 führt die Bank aus, sie stehe seit vielen Jahren in angenehmer und umfangreicher Geschäftsverbindung zur ASt und glaube, dass nur erfüllbare Verpflichtungen eingegangen würden. In den Spalten des Formblatts „Agenturprofil“ für die Umsatzangaben bezüglich der Jahre 2004 und 2005 nahm die ASt keinerlei Eintragung vor. Im Agenturprofil gab die ASt in der Rubrik „Arbeitsbereiche der Agentur“ als „Mediapartner im Netzwerk“ die Z und als „PR-Partner“ die C AG, ... an. Kurzporträts der für die Bearbeitung des Auftrags vorgesehenen Mitarbeiter fügte sie den Hinweis hinzu: „Bei Bedarf in Zusammenarbeit mit: R (C AG) – PR Konzeption“. In der Referenzliste öffentlicher

Auftraggeber, für die seit dem 1.1.2003 Informationskampagnen durchgeführt wurden, gab die ASt lediglich eine – von November 2005 bis Januar 2006 durchgeführte - Kampagne an. Neben dieser beschrieb sie zwei für private Auftraggeber durchgeführte Informationskampagnen. Eine davon war die in der Referenzliste privater Auftraggeber genannte Kampagne für einen Windelhersteller, für die die ASt als Zeitraum der Durchführung“ angegeben hatte: „Kontinuierlicher Einsatz und permanente Weiterentwicklung seit 2000“. Als Muster für diese Kampagne reichte die ASt folgende Unterlagen ein: Ein Anzeigenmuster „Welche Windel ist die beste für mein Kind“ und einen „Impressionschart“ über den Special Event „Explorationswelten“; hinsichtlich eines Direktmarketing-Programms fügte die ASt ein die verkleinerten Titelblätter diverser Broschüren abbildendes Übersichtsblatt „Direkt Marketing“ bei und verwies auf „1 Übersichtschart Themen/Englisch inkl. 1 Broschürenmuster/Deutsch in der Anlage. Tatsächlich waren jedoch neben dem Übersichtschart und einer deutschsprachigen Broschüre für Erstgebärende eine weitere, englischsprachige Informationsbroschüre für Zweitgebärende, ein Faltblatt „More differences“ sowie ein gestalteter Umschlag für eine Direkt-Mailing-Aktion mit inliegendem Anschreiben beigelegt.

Die Bg reichte unter dem 16. Juni 2006 einen Teilnahmeantrag ein. Das Anschreiben ist auf einem Briefbogen der Bg verfasst und von deren Geschäftsführer Stu unterzeichnet, der auf dem Briefbogen als alleiniger Geschäftsführer der Bg genannt wird. In dem Anschreiben bezeichnet sich die Bg als Teil der S Gruppe und führt aus, für die Beratung des Ag solle in der Bg ein Team von Spezialisten aus allen Teilen der S Gruppe gebündelt werden. Die Teilnahmeunterlagen tragen auf Blatt 1 die Bezeichnung der Bg, die sich auf S. 2 vorstellt und die auch in den Fußzeilen der weiteren Blätter – mit Ausnahme der von der Ag gestellten Formblätter – genannt ist. Im Formblatt „Agenturprofil“ lautet die Eintragung im Feld „Agenturname“:

„P GmbH
in Vertretung der S Gruppe“.

Als Gründungsdatum nennt die Bg den Juni 2006. Im Feld „Mitarbeiteranzahl“ werden Angaben für die S Gruppe gemacht. Hinsichtlich der „Arbeitsbereiche der Agentur“ ist im Agenturprofil ausgeführt, die Bg biete als Teil der S Gruppe und damit des „.....“ alle Kommunikationsinstrumente aus einer Hand an. Im Feld der „Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die im Falle einer Zuschlagserteilung“ an Aufträgen durch den Ag beteiligt sind, werden neben dem Geschäftsführer

der Bg, der zugleich als Geschäftsführer der S Group GmbH bezeichnet wird, ausschließlich Personen aufgeführt, die im Zeitpunkt der Bewerbung noch nicht bei der Bg, sondern bei anderen Unternehmen der S Gruppe beschäftigt sind. Die Umsatzangaben im Agenturprofil werden – wie ein entsprechender Klammerzusatz klarstellt - für die S Gruppe gemacht. Die Referenzen öffentlicher und privater Auftraggeber und die drei dargestellten Informationskampagnen beziehen sich – ohne dass dies im Teilnahmeantrag ausdrücklich erwähnt wird – ebenfalls auf die S Gruppe, nicht auf die Bg selbst. Bei der Darstellung der Informationskampagnen ist die Bg so verfahren, dass sie nicht nur die Formblätter ausgefüllt und jeweils drei Muster vorgelegt hat, vielmehr hat sie die Kampagnen auch auf zusätzlichen Seiten beschrieben und dabei auch zahlreiche Kampagnenmotive abgebildet. In der geforderten „Selbsterklärung“ wird die Bg als Bewerber bezeichnet; unterschrieben hat sie der Geschäftsführer Stu.

Der Einreichung der Bewerbung durch die Bg war eine Anfrage eines Mitarbeiters eines anderen Unternehmens der S Gruppe, der S Agenda, vom 16. Juni 2006 an den Ag vorausgegangen. Darin bat der Mitarbeiter um Auskunft, ob es ausschreibungsrechtlich zulässig sei, wenn sich die Bg in Vertretung der S Gruppe bewirbt; die Bg sei ein Unternehmen der S Gruppe. Der Ag hatte darauf am selben Tage geantwortet, grundsätzlich könne sich ein Bewerber in einem Vergabeverfahren durch ein anderes Unternehmen vertreten lassen, zugleich aber geraten, zu juristischen Fragen unabhängigen Rechtsrat einzuholen.

Die ASt und die Bg wurden ebenso wie PB und fünf weitere Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert. In der Leistungsbeschreibung wird der Gegenstand des Rahmenvertrages näher erläutert. Die Agentur solle zeitgemäße Wege ausarbeiten, mittels derer politische Einzelprojekte – mit ordnungspolitischem Hintergrund – kommuniziert und von den Adressaten rezipiert bzw. akzeptiert werden. Die Kommunikation solle sich auf Informationskampagnen (keine Werbekampagnen) mit zielgruppenspezifisch ausgerichteten Maßnahmen konzentrieren. Dazu gehöre beispielsweise auch die Entwicklung von Claims für die jeweilige Informationskampagne. Entsprechend der Thematik und der Zielgruppe solle die Agentur geeignete Kommunikationsinstrumente vorschlagen. Die Qualität der angebotenen Leistungen werde ausschließlich auf der Grundlage einer Arbeitsprobe bewertet, die aus einer Präsentation und einem Booklet bestehe, das einen Überblick über den Inhalt der Präsentation geben müsse. Gegenstand der Aufgabenstellung für die Arbeitsprobe war die Kommunikation der in der Regierungserklärung vom 30. November 2005 beschriebenen Kernziele der Regierungspolitik „Investieren, Sanieren, Refor-

mieren“. Zur Vermittlung dieser Leitidee und der damit verbundenen Reformschritte hatten die Bieter eine mittelfristig angelegte Kommunikationsstrategie zu entwerfen und einen konkreten Kampagnenvorschlag zur Einstiegskommunikation mit Claim, einzusetzenden Instrumenten und Vorschlägen zur inhaltlichen und gestalterischen Umsetzung zu entwickeln. Hinsichtlich der Zuschlagskriterien gab der Ag an:

„Bei der Bewertung der Angebote wird die Qualität mit 70 % und der Preis mit 30 % als Zuschlagskriterium gewichtet.

Für die Bewertung der Qualität sind fünf gleichgewichtige Gesichtspunkte maßgebend:

Überzeugungskraft und Schlüssigkeit der Kommunikationsstrategie
Schlüssigkeit des Kampagnenvorschlags
Kreativität des Kampagnenvorschlags
Textliche und sprachliche Umsetzung sowie Informationsgehalt des Kampagnenvorschlags
Visuelle Umsetzung und Bildauswahl des Kampagnenvorschlags

Die Bewertung der Arbeitsprobe wird von Angehörigen des Ag vorgenommen.“

Die Präsentationen der Bieter fanden am 5. und 6. September 2006 statt. Die Bewertungskommission setzte sich gemäß einer Verfügung des Regierungssprechers, Staatssekretär W, vom 28. August 2006 zusammen aus dem Staatssekretär selbst, dem Stellvertretenden Regierungssprecher Dr. St, dem stellvertretenden Amtschef Ste, dem Abteilungsleiter Sp, dessen Stellvertreter Dr. Stm, dem Abteilungsleiter J, dessen Stellvertreter Dr. M sowie dem Leiter des Referats 3, Herrn K, und der Leiterin des federführenden Referats 4, Frau B. Herr F, ein Referent im Referat 4, der nach einer vorausgegangenen Verfügung des Staatssekretärs W vom 25. August 2006 noch als weiterer Bewerter hatte fungieren sollen, nahm an den Präsentationen lediglich als Protokollführer teil.

Die Bewerter erhielten Bewertungsbögen, auf denen die Aufgabenstellung wiedergegeben war und dem jeweiligen Bieter für jedes der fünf in der Leistungsbeschreibung genannten Bewertungskriterien null bis maximal 14 Punkte, insgesamt also höchstens 70 Punkte, zu erteilen waren. Die Bewerter hatten zudem eine Begründung für die Punktevergabe in den Positionen 1.-5. sowie zur Beurteilung insgesamt abzugeben. Einen Bewertungsleitfaden gab es nicht. Unmittelbar nach der letzten Präsentation am 6. September 2006 erörterten die Mitglieder der Bewerterkommission ihre Eindrücke in einer kurzen Besprechung, wobei zunächst der Staatssekretär W eine kurze Gesamteinschätzung abgab und sodann Meinungsäußerungen des Stellvertretenden

Regierungssprechers Dr. St, der Abteilungsleiter Sp und J sowie des stellvertretenden Amtschefs Ste folgten (vgl. Protokoll der Agenturpräsentationen vom 13. September 2006, S. 4 f.). Die Bewertungsbögen wurden von den Mitgliedern der Kommission anschließend bis zum Vormittag des 7. September 2006 ausgefüllt.

Die Bg lag dabei mit insgesamt ... Punkten deutlich vor der ASt, die mit ... Punkten auf den zweiten Platz gelangte. Diese Reihenfolge veränderte sich auch nach Berücksichtigung des Preises nicht. Der von der Bg verwandte Slogan, der sog. „Claim“, lautete: „Es geht voran“. Der Ag hatte intern bereits Monate zuvor einen ähnlichen Claim – „Es geht voran in Deutschland“ – entwickelt, der jedoch erstmals bei Feierlichkeiten am 3. Oktober 2006 öffentlich von ihm verwandt wurde.

Ab dem 15. September 2006 war das Vergabeverfahren Gegenstand einer intensiven Berichterstattung in verschiedenen Medien, die angebliche Ungereimtheiten und Unregelmäßigkeiten benannten. So wurde in der Süddeutschen Zeitung am 16. und 19. September 2006 kritisch darüber berichtet, dass die Bg als erst kürzlich gegründete Agentur u.a. nicht über die geforderten Referenzen verfügen könne. In einem „newsletter“ des Nachrichtendienstes „Der Kontakter“ vom 18. September 2006 wurde zudem darauf hingewiesen, die Wertung sei offenbar ergebnisorientiert zugunsten der Bg durchgeführt worden. Die ASt rügte daraufhin mit Schreiben vom 20. September 2006, die Bg sei zu Unrecht zur Angebotsabgabe aufgefordert und bei der Wertung sachwidrig bevorzugt worden. Diese Rüge wurde vom Ag, der zwischenzeitlich anwaltliche Stellungnahmen eingeholt hatte, mit Schreiben vom 25. September 2006 zurückgewiesen. Die Bg habe sich in nicht zu beanstandender Weise zum Nachweis ihrer Erfahrung und technischen Leistungsfähigkeit auf die Ressourcen der S Gruppe berufen. Die Angebotswertung sei ordnungsgemäß verlaufen. Hiergegen wandte sich die ASt mit einem weiteren, undatierten Rügeschreiben, das sie am 28. September 2006 versandte. Die ASt führt darin aus, ein Bieter könne sich zwar gemäß § 4 VgV auf die Eignung eines Nachunternehmers berufen, doch setze dies voraus, dass der Bieter gleichzeitig (schriftlich) nachweise, dass die Leistung des Nachunternehmers im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung steht. § 4 VgV finde nach seinem Wortlaut zudem nur bei Öffentlichen Ausschreibungen im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 VOL/A Anwendung und nicht bei Beschränkten Ausschreibungen. Zudem müsse bei dem Bieter ein Mindestbestand eigener Eignung vorhanden sein, woran es bei einem Unternehmen wie der Bg, die nach Kenntnis der ASt lediglich auf dem Papier bestehe, fehle. Nach den Informationen der ASt sei die S Gruppe zu-

dem aufgrund vertraglicher Beziehungen zur Initiative N daran gehindert, Leistungen der ausgeschriebenen Art für die Bundesregierung zu erbringen. Es könne keinen Unterschied machen, ob sie beabsichtige, die Leistungen direkt oder indirekt über die Bg als unternehmerisches Zwischenkonstrukt zu erbringen.

In seiner Antwort vom 4. Oktober 2006 legte der Ag u.a. dar, dass nach den von ihm eingeholten Informationen die Bg nicht im Hinblick auf vertragliche Verpflichtungen gegenüber der Initiative N daran gehindert sei, für die Bundesregierung tätig zu werden, und verwies auf eine entsprechende Presseerklärung dieser Initiative sowie eine von der S AG eingeholte Stellungnahme vom 4. Oktober 2006. Auch im Nichtoffenen Verfahren könne sich ein Bieter nach den Grundsätzen des europäischen Vergaberechts, deren Umsetzung § 4 Abs. 4 VgV dienen solle, auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen berufen. Es entspreche auch nationaler Rechtsprechung, dass ein konzernverbundenes Unternehmen sich zum Nachweis seiner Eignung auf die übrigen Mitglieder des Konzerns berufen dürfe. Es bestehe daher kein Grund, der Bg die Eignung abzusprechen.

Mit weiterem Schreiben vom 4. Oktober 2006 teilte der Ag der ASt seine Absicht mit, den Rahmenvertrag mit der Bg abzuschließen. Ausschlaggebend sei die anhand der Bewertungsverteilung gemäß der Leistungsbeschreibung errechnete Wirtschaftlichkeit. Die Bg habe qualitativ ein überaus überzeugendes Gesamtkonzept vorgelegt, das den informationspolitischen Notwendigkeiten der Bundesregierung in vollem Umfang Rechnung trage und für das sie außerordentlich kreative und stringente Lösungsvorschläge unterbreitet habe. Die Präsentation der ASt habe einen positiven Eindruck hinterlassen, der strategische Ansatz sei politisch und kommunikativ durchdacht gewesen und der phantasievolle und doch strikt an der Aufgabenstellung orientierte Kampagnenvorschlag positiv bewertet worden. Es sei jedoch in Zweifel gezogen worden, dass die vorgeschlagene Strategie tragfähig genug sei, um die anstehenden Themen in ihrer Gesamtheit zu kommunizieren. Der von der ASt entwickelte Claim und seine Ableitungen seien als angreifbar empfunden worden.

Gegen die beabsichtigte Vergabeentscheidung hat sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 16. Oktober 2006 gewandt, den die Vergabekammer am 17. Oktober 2006 zugestellt hat. Die ASt wiederholt und vertieft darin ihren Rügevortrag. So vertritt sie insbesondere die Auffassung, ein Bewerber, der nicht selbst über die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Mittel

verfüge, müsse in seiner Bewerbung von sich aus darlegen und den schlüssigen Nachweis dafür antreten, welcher Unternehmer die entsprechenden Mittel besitzt, deren sich der Bewerber bedienen will, und dass diese dem Bewerber tatsächlich zu Gebote stehen. Ob die Bg dies mit einer pauschalen Berufung auf die „S Gruppe“, einen unwägbareren Firmenverbund, getan habe, erscheine fraglich. Ihre finanzielle Leistungsfähigkeit hätte die Bg nach Ansicht der ASt durch Verpflichtungserklärungen der Unternehmen, auf deren Leistungsfähigkeit sich die Bg berufe, nachweisen müssen. Hinsichtlich der Wertung der Angebote macht die ASt detailliert angebliche Bevorzugungen der Bg geltend, von denen sie durch einen Informanten Kenntnis erlangt habe, dessen Identität vorerst noch der Geheimhaltung bedürfe. Um das Ergebnis der Bewertungen zugunsten der Bg zu beeinflussen, sei ein Mitglied der Bewertungskommission wenige Minuten vor Beginn der Präsentationen durch Herrn W und Herrn Ste zum Verzicht auf die Teilnahme am Wertungsverfahren aufgefordert worden. Das Stimmverhalten der Mitglieder der Kommission sei danach abenteuerlich gewesen. Die Bg erhalte auf vier der neun Bögen übereinstimmend 67 bzw. 68 von maximal 70 erzielbaren Punkten. Diese Übereinstimmung der Wertungsergebnisse innerhalb einer Gruppe von Kommissionsmitgliedern und die Diskrepanz zu den übrigen Bietern lasse sich nur dadurch erklären, dass ein zuvor bereits festgelegtes Ergebnis zwanghaft exekutiert worden sei. Das Wertungsergebnis der ASt stehe zudem im Widerspruch zu der Aussage im Absageschreiben, die Präsentation der ASt habe einen positiven Eindruck hinterlassen.

Mit Schriftsatz vom 6. November 2006 trägt die ASt unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich gewährten Einsicht in die nicht geheimhaltungsbedürftigen Teile der Vergabeakte und des Schriftsatzes des Ag vom 24. Oktober 2006 ergänzend vor, sie habe die Informationen, auf die sie ihren Nachprüfungsantrag stütze, nicht auf unlautere Weise erhalten; sie berufe sich auf keine Informationen, die nicht in der Presse enthalten gewesen seien. Ihr Teilnahmeantrag weise auch keine Mängel auf, die zum Ausschluss der ASt hätten führen müssen. Insbesondere sei die Selbsterklärung der ASt von den Vertretungsberechtigten K und B unterzeichnet worden, die im Zeitpunkt der Unterzeichnung Geschäftsführer mit Gesamtvertretungsmacht gewesen seien. Das spätere Ausscheiden von Herrn B stelle die Wirksamkeit der Unterzeichnung nicht in Frage. Dass die ASt ihre Zugriffsmöglichkeit auf Nachunternehmer nicht hinreichend dargetan habe, treffe nicht zu. Bei Si Dialog Connection, Si X, Si New Media und Si Healthcare Connection handele es sich nicht um Nachunternehmer, sondern um nicht selbständige Spezialisierungsbereiche der ASt. Lediglich die Si Dialog Connection GmbH sei ein selbständiges Unternehmen, von dessen Anteilen die ASt 51 % halte. Dies habe die ASt hinreichend deutlich gemacht, indem

sie im Teilnahmeantrag erklärt habe, die Ressourcen seien im Hause der ASt vorhanden. Hinsichtlich des Herrn R von der C AG habe sie im Teilnameantrag erklärt, dass dessen Einsatz nur „bei Bedarf“ erfolge und mit der C AG eine dauerhafte partnerschaftliche Geschäftsbeziehung bestehe. Im Übrigen werde die Antragsbefugnis der ASt durch einen nicht ausreichenden Verfügbarkeitsnachweis nicht berührt, da die ASt die Möglichkeit erhalten müsse, vorzutragen, alle Anträge des Wettbewerbs wiesen vergleichbare Mängel auf, so dass das Vergabeverfahren aufzuheben sei und alle Bieter erneut die Möglichkeit hätten, sich um den Auftrag zu bewerben.

Die im Nachprüfungsverfahren erhobenen Vorwürfe des Ag, die ASt habe keine ausreichende Referenzliste vorgelegt und die beschriebenen Referenzen genügten nicht, weist die ASt u.a. mit Hinweis darauf zurück, dass der Ag an seine Beurteilung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs gebunden sei, solange keine neuen eignungsrelevanten Tatsachen bekannt würden. Eine Mindestzahl von zu beschreibenden Kampagnen sei nicht vorgegeben worden; die zeitliche Relevanz der Informationskampagne für einen Windelhersteller werde aus der Beschreibung und den Unterlagen deutlich. Der Einwand, sie habe zu viele Muster für diese Kampagne vorgelegt, sei für sie nicht verständlich.

Unter Bezugnahme auf die vom Ag bei Überprüfung des Teilnahmeantrags der Bg erstellten Vermerke vertieft die ASt ihre Argumentation zur ihrer Ansicht nach fehlenden Leistungsfähigkeit der Bg. Falls die Bg lediglich als Vertreterin habe handeln wollen, könne der Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden, weil einige der Eignungsnachweise, insbesondere die Selbstverpflichtungserklärung, sich auf die Bg und nicht auf das vertretene Unternehmen bezögen. Zudem habe die Bg nicht angegeben, wen sie vertreten wolle. Bei der „S Gruppe“ handele es sich nicht um eine rechtsfähige juristische Person, sondern um eine Sammelbezeichnung von Unternehmen, die einen Konzernverbund bildeten. Zumindest das oder die Unternehmen dieser Gruppe, die vertreten werden sollten, hätten nach Ansicht der ASt benannt und das Vertretungsverhältnis hätte durch entsprechende Nachweise belegt werden müssen.

Für den Fall, dass die Bg ein Angebot im eigenen Namen habe abgeben wollen – wofür in der Gesamtschau mehr sprechen möge -, sei der Ausschluss ebenfalls zwingend, da die Bg keine eigenen Eignungsnachweise vorgelegt und einen gesicherten Zugriff auf die Erfahrungen, Ressourcen und Fähigkeiten der Konzernunternehmen nicht nachgewiesen habe. Die pauschalen Äußerungen der Bg über ihre Zugehörigkeit zur S Gruppe genügten hierfür nicht, vielmehr hät-

ten rechtlich verbindliche Vereinbarungen mit bzw. Zusagen von konzernverbundenen Unternehmen vorgelegt werden müssen, ebenso Bürgschaften oder Patronatserklärungen zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bg.

Die ASt weist überdies unter Vorlage eines Handelsregisterauszugs darauf hin, dass Herr Stu, der Unterzeichner der von der Bg abgegebenen Selbsterklärung, nicht alleinvertretungsberechtigt gewesen sei. Zur Rechtsverbindlichkeit der Erklärung hätte es zusätzlich einer Unterschrift durch einen Prokuristen oder den weiteren Geschäftsführer, Herrn T, bedurft.

Hinsichtlich der Wertung der Angebote sei unter anderem bedenklich, dass der Staatssekretär W die unmittelbar nach dem Ende der Präsentationen durchgeführte, für die Meinungsbildung bedeutsame Besprechung der Mitglieder der Bewerterkommission nach Abgabe seiner Einschätzung vorzeitig verlassen habe, die anderen Meinungen also nicht mehr habe zur Kenntnis nehmen können.

Mit Schriftsatz vom 13. November 2006 legt die ASt näher dar, dass deren Konzernobergesellschaft, die P G S.A., sich im Rahmen der durch den Sarbanes-Oxley-Act begründeten Verpflichtung, interne Organisationsstrukturen zu schaffen, die sicherstellen, dass keine falschen Finanzdaten an die Öffentlichkeit gelangen, dazu entschlossen habe, sämtlichen Konzernmitgliedern die Weitergabe von Umsatzzahlen zu verbieten. Hieran sei die ASt gebunden. Umsatzzahlen ab dem Jahr 2003 dürfe sie außerhalb der gesetzlichen Veröffentlichungspflichten nach deutschem Recht nicht an Dritte herausgeben. Aus diesem Grunde habe sie ihrem Teilnahmeantrag eine Bankauskunft beigefügt, die ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gleichwertig nachweise. Der Ag habe diese Unterlagen im Rahmen der Prüfung des Teilnahmeantrages ausreichen lassen und sei an diese Entscheidung gebunden, da keine neuen Sachverhaltsentwicklungen eingetreten seien, die die damalige Wertung falsch erscheinen ließen.

Als Ergebnis der mündlichen Verhandlung hebt die ASt mit Schriftsatz vom 17. November 2006 u.a. hervor, der Ag habe die außerpreislichen Wertungskriterien nicht hinreichend konkret gefasst und es versäumt, deutlich zu machen, auf welche Leistungselemente und Schwerpunkte es ihm maßgeblich ankam. Dass nach Aussagen des Zeugen Sp ein großer Teil der Bieter nicht erkannt habe, mit einer Imagekampagne dem Anliegen des Ag nicht genügen zu können, lasse sich nur hierdurch erklären. Ebenso wenig habe sich der Aufgabenbeschreibung und den Wertungskri-

terien entnehmen lassen, dass es besonders positiv bewertet werden würde, wenn ein Bieter die besonderen Bedingungen der Regierungskommunikation in Zeiten einer Großen Koalition anspreche und die Wechselwirkung zwischen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit thematisiere. Durch die im Rahmen der Nachbesprechung gemachten Äußerungen der Vertreter der Amtsleitung des Ag in der Bewerberkommission sei überdies eine objektive und unvoreingenommene Meinungsbildung der Bewerber zumindest gefährdet worden. Dies begründe bereits einen organisatorischen Mangel des Wertungsverfahrens. Die Ähnlichkeit des von der Bg verwandten Claims mit dem zuvor vom Ag intern entwickelten Slogan mache es schwer, hier an einen Zufall zu glauben.

Die ASt beantragt:

Der Antragsgegner wird angewiesen, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;

hilfsweise:

1. der Antragsgegner wird angewiesen, die Ausschreibung aufzuheben;
2. es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt wurde;

des weiteren,

1. der Antragstellerin unverzüglich Akteneinsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners zu gewähren;
2. dem Antragsgegner die Kostentragung des Verfahrens einschließlich der zur Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen;
3. die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
4. den Zeitpunkt der Zustellung der Antragsschrift an den Antragsgegner zu bestätigen.

Der Ag beantragt:

1. Den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und

3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Nach der in Schriftsätzen vom 24. Oktober 2006, 10. November 2006 und 20. November 2006 dargelegten Auffassung des Ag ist der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, weil die ASt nicht antragsbefugt sei. Ein Schaden drohe ihr nicht, weil sie aus mehreren Gründen zwingend auszuschließen sei. Zum einen habe sie sich als unzuverlässig erwiesen, weil sie ihren Nachprüfungsantrag auf Informationen gestützt habe, die ihr nach eigener Aussage von einem Informanten zur Kenntnis gebracht worden seien. Dass alle diese Informationen bereits der Presse zu entnehmen gewesen seien, treffe nicht zu. Insbesondere seien die genauen Punktezahlen aus den die Bg betreffenden Bewertungsbögen in den Presseberichten nicht genannt worden. Zudem leide der Teilnahmeantrag an einer Reihe von Mängeln, die erst bei erneuter Durchsicht festgestellt worden seien und zum Ausschluss der ASt hätten führen müssen. So habe die ASt die geforderten Umsatzangaben nicht gemacht, obwohl der Sarbanes-Oxley-Act einer solchen Angabe nicht entgegengestanden hätte. Die Konsequenzen einer entgegenstehenden Weisung ihrer Muttergesellschaft müsse die ASt tragen. Bei der beschriebenen Kampagne für einen Windelhersteller habe die ASt zudem mehr als drei Muster vorgelegt. Es sei darüber hinaus nicht ersichtlich, dass die Unterzeichner der Selbsterklärung der ASt Vertretungsmacht gehabt hätten. Die ASt habe hinsichtlich öffentlicher Auftraggeber nur eine Referenz vorgelegt; diese stamme aus dem Jahr 2005, während für 2003 und 2004 keine Referenzprojekte für öffentliche Auftraggeber angegeben worden seien. Ferner könne die Aktualität einer der drei beschriebenen Informationskampagnen nicht beurteilt werden.

Soweit man überdies das Angebot der ASt an den von ihr vertretenen Anforderungen an einen Verfügbarkeitsnachweis hinsichtlich der Möglichkeit des Zugriffs auf die Ressourcen dritter Unternehmen messe, habe sie einen solchen Nachweis bezüglich der Mittel der Si Dialog Connection, einer eigenständigen GmbH, nicht erbracht. Die Verfügbarkeit der Mittel der Si X, Si New Media und Si HealthConnection sei nach diesen Grundsätzen ebenfalls nicht nachgewiesen; ferner fehle es an einem Nachweis dafür, dass Herr R von der C AG eingesetzt werden könne. Der Nachprüfungsantrag sei aber jedenfalls unbegründet, da die Bg nach zutreffender Auffassung den Verfügbarkeitsnachweis für die von ihr benannten Mittel erbracht habe. § 4 Abs. 4 VgV gelte auch für Nichtoffene Verfahren. Ein Kern eigener Leistungsfähigkeit sei nicht erforderlich. Als Nachweis für die Verfügbarkeit der Mittel der Gruppe genügten Eigenerklärungen.

Durch den Hinweis auf ihre Einbindung in die S Gruppe und den Passus „in Vertretung der S Gruppe“ im Feld „Agenturname“ des Formblatts „Agenturprofil“ habe die Bg ihren Zugriff auf die Ressourcen der Gruppe nachgewiesen. Aus welchen Unternehmen der Gruppe die einzusetzenden Mitarbeiter stammen sollten, gehe aus den Angaben im Agenturprofil klar hervor. Die Selbsterklärung der Bg sei rechtswirksam unterschrieben worden; die Voraussetzungen einer Duldungsvollmacht sind nach Ansicht des Ag erfüllt. Ein Wettbewerbsverbot zugunsten der Initiative N das die Bg bzw. die S Gruppe an einem Tätigwerden für den Ag hinderte, existiere nicht.

Die Bewertung der Booklets und Präsentationen weist nach Auffassung des Ag ebenfalls keine Fehler auf. Die Zusammensetzung der Bewertergruppe sei durch Herrn Staatssekretär W endgültig am 28. August 2006 und damit vor Verteilung der Booklets an die Kommissionsmitglieder festgelegt worden. Die materielle Wertungsentscheidung sei durch den Beurteilungsspielraum der Kommissionsmitglieder gedeckt. Durch die Aufgabenstellung und die Bewertungskriterien sei den Bietern hinreichend deutlich gemacht worden, was von ihnen erwartet werde. Die Kriterien seien so transparent, dass es keiner Vorbesprechung der Kommissionsmitglieder bedürft habe, um ein einheitliches Verständnis sicherzustellen. Soweit die Berücksichtigung der besonderen Erfordernisse einer Großen Koalition und der Wechselwirkung zwischen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit positiv bewertet worden seien, handele es sich um eine zutreffende Anwendung der bekanntgegebenen Kriterien. Eine Bevorzugung der Bg durch Absprachen unter den Kommissionsmitgliedern oder Anweisungen an die Bewerber habe nicht stattgefunden, was auch die Beweisaufnahme deutlich gemacht habe. Dass eine Nachbesprechung der Kommissionsmitglieder nach den Präsentationen und vor Ausfüllung der Bewertungsbögen stattgefunden habe, sei nicht zu beanstanden. Ein solcher Meinungs austausch sei für Gremienentscheidungen typisch und nicht fehlerhaft. In ihrer Entscheidungsfreiheit seien die übrigen Mitglieder durch die Stellungnahmen von Herrn Staatssekretär W, Herrn Dr. St und Herrn Sp nicht eingeschränkt worden. Die Unterstellung, die Bg habe den intern entwickelten Slogan des Ag gekannt, sei unzutreffend und auch durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden.

Mit Beschluss vom 2. November 2006 ist die Beigeladene zu dem Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden.

Die Beigeladene beantragt:

...

1. Den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Sie hält den Nachprüfungsantrag ebenso wie der Ag für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet. Die für ihre Rechtsauffassung angeführten Gründe entsprechen dabei im Wesentlichen den vom Ag vorgetragene Argumenten. Die Bg erläutert überdies näher, weshalb sich die P GmbH beworben habe, stellt klar, dass einer Tätigkeit von Unternehmen der S Gruppe für den Ag kein Wettbewerbsverbot zugunsten der Initiative N entgegenstehe, und legt dar, Herr Stu habe den Teilnahmeantrag und die Selbsterklärung der Bg mit ausdrücklicher Einwilligung des weiteren Geschäftsführers, Herrn T, und damit rechtsgültig unterzeichnet. Die Bg habe keine Kenntnis von dem vom entwickelten Slogan „Es geht voran in Deutschland“ gehabt. Nach Auffassung der Bg haben indes die ASt und PB wettbewerbswidrig gehandelt, indem sich beide um den Auftrag bewarben. Als dem Konzern der P G S.A. angehörende Unternehmen seien sie dergestalt miteinander verbunden, dass ein Geheimwettbewerb zwischen ihnen auszuschließen sei. Die Teilnahmeanträge der ASt und der PB hätten nach Ansicht der Bg daher schon aus diesem Grunde nicht berücksichtigt werden dürfen.

Die Zugehörigkeit zu einem Konzern belegt nach Auffassung der Bg die Verfügungsbefugnis über dessen Mittel. Weiterer Darlegungen und Nachweise bedürfe es insoweit nicht. Vielmehr seien die Leistungen von Konzernunternehmen als Leistungen im eigenen Betrieb des Bieters zu werten, wovon ausweislich des § 3 Abs. 3 des Rahmenvertragsentwurfs auch der Ag ausgegangen sei. Danach gälten Leistungen von Kooperationspartnern, mit denen die Agentur auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehungen unterhält – hierzu gehören nach Ansicht der Bg naturgemäß Konzernverbindungen – nicht als Leistungen von Subunternehmern. Im Übrigen vertritt die Bg die Auffassung, der Umsatz eines Bieters sei nach der Bekanntmachung zwar zu berücksichtigen, doch heiße dies nicht, dass ein geringer oder gar fehlender Umsatz zu einer schlechteren Bewertung der Bewerbung führen müsse. Bei der Art der ausgeschriebenen Leistung komme es entscheidend auf die Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter an. Auch ein junges umsatzloses Unternehmen wie die Bg könne daher ermessensfehlerfrei zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Der ASt und der Bg wurde unter Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt.

Die Beteiligten hatten Gelegenheit, ihre Standpunkte in der gemeinsamen mündlichen Verhandlung am 14. November 2006 zum vorliegenden Verfahren und den Parallelverfahren VK 2 – 128/06 und 131/06 zu erläutern, in der Beweis durch die Vernehmung von Zeugen erhoben wurde.

Durch Verfügung des Vorsitzenden der Vergabekammer vom 16. November 2006 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 18. Dezember 2006, durch weitere Verfügung vom 14. Dezember 2006 bis zum 29. Dezember 2006 verlängert.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die vom Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

B.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ist nach § 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da der aus-
geschriebene Auftrag dem Bund zuzurechnen ist. Der Nachprüfungsantrag ist auch
statthaft, da die für Dienstleistungsaufträge einschlägigen Schwellenwerte überschritten
werden.
2. Die ASt hat etwaigen Rügeobliegenheit genügt, indem sie mit Schreiben vom 20. Sep-
tember 2006 sowie weiterem, am 28. September 2006 beim Ag eingegangenem Schrei-
ben und damit unverzüglich nach Erhalt entsprechender Anhaltspunkte aus Pressebe-
richten und der ersten Rügewiderung des Ag die ihrer Auffassung nach begangenen
Vergabefehler gerügt hat.

3. Der ASt fehlt es auch nicht an der erforderlichen Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Einreichung eines Angebots dokumentiert und macht geltend, durch eine fehlerhafte Wertung des Teilnahmeantrags der Bg und weitere Fehler im Rahmen der Angebotswertung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Wäre das Angebot der Bg zwingend auszuschließen, hätte die ASt gute Aussichten, den Zuschlag zu erhalten. Sollte das Angebot der Bg nicht auszuschließen sein, aber wie die übrigen Angebote einer neuen Wertung unter Vermeidung der von der ASt vorgetragenen Fehler unterzogen werden müssen, so könnten sich die Chancen der ASt, den Zuschlag zu erhalten, ebenfalls deutlich verbessern. Ihrer Darlegungslast, an die im Rahmen der Prüfung der Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind, hat die ASt insoweit genügt. Sie hat außerdem hinreichend dargelegt, dass ihr infolge der beanstandeten Verstöße ein Schaden zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB).

Die Antragsbefugnis scheitert entgegen der Auffassung des Ag und der Bg auch nicht daran, dass – wie sie meinen - die ASt selbst nicht zur Angebotsabgabe hätte aufgefordert werden dürfen oder dass sie wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens einen Ausschlussgrund gesetzt habe. Solche erst nachträglich geltend gemachten Ausschlussgründe stellen die Antragsbefugnis nicht in Frage, sondern sind regelmäßig erst für die Begründetheit des Antrags von Bedeutung (vgl. BGH Beschl. v. 26. September 2006 – X ZB 14/06 Rz. 32 und Beschl. v. 18. Mai 2004 – X ZB 7/04; OLG Düsseldorf Beschl. v. 27. Juli 2006 – VII-Verg 23/06). Eine Ausnahme hiervon ist im vorliegenden Fall auch nicht deswegen anzunehmen, weil bei Zugrundelegung der von der ASt zur Frage des Verfügbarkeitsnachweises vertretenen Auffassung auch ihr eigenes Angebot diesem Maßstab möglicherweise nicht genügt. Denn zum einen könnte sich eine andere Bewertung aus einem geringeren Umfang des Verweises auf Ressourcen verbundener oder dritter Unternehmen als im Falle der Bg ergeben. Zum anderen erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es zu einer Aufhebung der Ausschreibung kommen könnte, sofern auch alle anderen Angebote sich als mangelhaft erweisen und ein Zuschlag im laufenden Verfahren auf unveränderter Grundlage deshalb nicht erteilt werden darf. In diesem Falle hätte die ASt die Chance, mit einem neuen Angebot zum Zuge zu kommen.

II. Der Nachprüfungsantrag erweist sich jedoch als unbegründet. Die Bg wurde zwar zu Unrecht zur Angebotsabgabe aufgefordert, doch gilt dies auch für die ASt. Aus den vom Ag begangenen Vergabeverstößen resultiert daher kein Schaden der ASt. Da wertbare Angebote vorhanden sind und auch kein grundlegender Mangel des Vergabeverfahrens vorliegt, der einem Zuschlag im laufenden Verfahren entgegenstünde, besteht keine Aussicht für die ASt, einen neuen, fehlerfreien Teilnahmeantrag einzureichen. Durch die offenbar gewordenen Verstöße gegen Vergabevorschriften werden daher Zuschlagschancen der ASt nicht beeinträchtigt.

1. Die Bg hat ihre Eignung nicht nachgewiesen und hätte deshalb gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen. Ihr Angebot ist deshalb zwingend auszuschließen.

- a)** Die Eignung der Bg ist allerdings nicht schon deshalb zu verneinen, weil die Bg einen vom Ag intern entwickelten, geheimen Slogan in abgewandelter Form für ihre Arbeitsprobe genutzt und sich damit als unzuverlässig erwiesen hätte. Eine solche Verwertung interner Informationen des Ag durch die Bg bei der Erstellung von deren „Claim“ könnte zwar durchaus eine Unzuverlässigkeit nach § 7 Nr. 5 Buchst. c i.V.m. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A begründen, weil die Bg sich im Wettbewerb einen unzulässigen – durch wettbewerbswidriges Verhalten von Mitarbeitern des Ag oder zur Geheimhaltung verpflichteter Dritter erlangten - Informationsvorsprung zunutze gemacht hätte. Es ist jedoch nicht zur Überzeugung der Kammer erwiesen, dass der Bg bei der Entwicklung von deren Claim tatsächlich solche Zusatzinformationen zur Verfügung standen.

Die Ähnlichkeit des von der Bg vorgeschlagenen Slogans „Es geht voran“ mit dem vom Ag entwickelten Claim „Es geht voran in Deutschland“ ist zwar auffällig. Da der intern entwickelte Slogan einem größeren Kreis von Mitarbeitern des Ag bekannt war, besteht die Möglichkeit, dass die Bg über einen dieser Mitarbeiter oder einen der Dritten, denen der Slogan ebenfalls bekannt war, Kenntnis hiervon erlangt hat. Gegen eine solche Möglichkeit spricht auch nicht entscheidend das Fehlen der Wörter „in Deutschland“ im Claim der Bg, denn eine solche Abweichung könnte von einem unredlichen Bieter gerade deshalb gewählt werden,

um die Verwertung des Insiderwissens zu verschleiern. Andererseits ist jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschließen, dass die Bg ihren Slogan ohne Kenntnis des vom Ag intern entwickelten Claims erdacht hat. Der Slogan „Es geht voran“ ist nicht derart originell, dass eine Beratungsagentur ihn nicht eigenständig entwerfen könnte. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Bieter zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt wie die Mitarbeiter des Ag bei deren interner Suche nach einem Claim, wird zudem gesteigert durch die Vorgaben der Aufgabenstellung und die dabei zu beachtenden Besonderheiten, die für eine Beschränkung der Zahl der als geeignet in Betracht kommenden Slogans sorgen.

Keiner der befragten Zeugen hat bekundet, er selbst habe der Bg vor den Präsentationen Kenntnis vom intern entwickelten Slogan der Ag verschafft oder jemand anderes habe dies getan. Es mutet zwar seltsam an, dass die Ähnlichkeit des von der Bg vorgeschlagenen Claims mit dem intern entwickelten Slogan von denjenigen Bewertern, die den internen Slogan kannten bzw. ihn sogar selbst entwickelt hatten, nicht zum Gegenstand einer offiziellen Besprechung der Kommissionsmitglieder gemacht worden ist, zumal die Zeugen Dr. Stm und Sp in der mündlichen Verhandlung bekundet haben, es habe sie überrascht, dass die Bg einen so ähnlichen Claim präsentierte. Wenn der Zeuge Sp darüber hinaus angibt, eine Vielzahl von Mitarbeitern habe von dem internen Slogan Kenntnis erlangt, so dass er – der Zeuge – nicht beurteilen könne, ob und in welcher Weise die Bg von diesem Slogan Kenntnis erlangt habe, so ist nicht recht verständlich, weshalb der Zeuge nach eigenem Bekunden keinen Anlass gesehen hat, darüber nachzudenken, ob der Slogan aus dem Hause des Ag herausgetragen wurde. Ein hinreichend sicherer Schluss darauf, dass der Bg der intern entwickelte Claim zugespielt worden wäre, lässt sich hieraus jedoch nicht ziehen.

Steht somit nicht fest, dass die Bg sich bei der Erstellung ihrer Präsentation Insiderinformationen zunutze gemacht hat, so scheidet ein Ausschluss des Angebots der Bg mit dieser Begründung aus.

- b) Die Bg ist auch nicht durch ein Wettbewerbsverbot an der Ausführung des Auftrages gehindert. Die Initiative N, zu deren Gunsten ein solches Wettbewerbsver-

bot bestehen soll, hat dessen Existenz ebenso verneint wie die Bg und die S Gruppe. Der vorgelegte Agenturvertrag zwischen der S Berlin GmbH und der Auftraggeberin der Initiative N enthält kein Wettbewerbsverbot. Zweifel daran, dass die Bg rechtlich die Möglichkeit hätte, für den Ag tätig zu werden, sind daher unbegründet.

c) Der Eignungsnachweis der Bg scheitert entgegen der Auffassung der ASt auch nicht daran, dass die Bg keine rechtsgültig unterschriebene „Selbsterklärung“ vorgelegt hätte.

aa) Der Unterzeichner der Erklärung, Herr Stu, ist Geschäftsführer der Bg. Der Gesellschaftsvertrag räumt ihm zwar keine Alleinvertretungsmacht ein. Nach dem Vortrag der Bg, den diese durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des weiteren – zur Alleinvertretung befugten – Geschäftsführers der Bg, Herrn T, untermauert hat, handelte Herr Stu insofern jedoch mit dem Einverständnis von Herrn T. Die ASt ist diesem Sachvortrag nicht substantiiert entgegengetreten. Aus der somit zugrunde zu legenden Sachdarstellung der Bg ergibt sich daher, dass Herrn Stu für die Abgabe der „Selbsterklärung“ rechtsgeschäftlich Einzelvertretungsmacht eingeräumt war. Eine solche Vorgehensweise ist zulässig, sofern die eingeräumte Einzelvertretungsmacht – wie hier – keinen umfassenden Charakter hat, sondern sachlich beschränkt ist und somit die gesellschaftsvertragliche Regelung nicht unterläuft (vgl. Heinrichs in Palandt, BGB, 65. Aufl. 2006, § 167 Rz. 13 m. Nachw.). Angesichts der für die Abgabe der Selbsterklärung bestehenden Vertretungsmacht des Herrn Stu bedarf es keines Rückgriffs auf die Grundsätze der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht.

bb) Die für die Bg nach dem Vorstehenden wirksam abgegebene Selbsterklärung ist auch nicht deshalb unzureichend, weil nicht die Bg selbst, sondern die S Group GmbH, die S AG, die S Holding GmbH oder die S Gruppe insgesamt als Bewerber anzusehen wären und für diese Gesellschaften bzw. die Gruppe keine Selbsterklärung vorliegt. Vielmehr ist es

die Bg selbst, die sich aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers, §§ 133, 157 BGB, beworben hat.

Im Feld „Agenturname“ des Formblatts „Agenturprofil“ hat die ASt zwar „P GmbH in Vertretung der S Gruppe“ angegeben. Zudem hatte noch am Tage der Einreichung des Teilnahmeantrags ein Mitarbeiter der Fa. S Agenda beim Ag nachgefragt, ob es ausschreibungsrechtlich zulässig sei, wenn sich die Bg in Vertretung der S Gruppe bewirbt; die Bg sei ein Unternehmen der S Gruppe. Hieraus ergibt sich bei verständiger Würdigung des Teilnahmeantrags jedoch nicht, dass die Bg sich nicht selbst beworben, sondern im Rechtssinne als Vertreterin eines der genannten Mitglieder der S Gruppe gehandelt hätte. Gegen eine solche Auslegung spricht zwar nicht notwendigerweise, dass die Bg ihr Anschreiben auf eigenem Briefbogen formulierte und auch auf den von ihr gefertigten Seiten des Teilnahmeantrags in der Fußzeile die Bg bezeichnet ist; dies wäre auch bei einem Vertreterhandeln nicht ungewöhnlich.

Nicht vereinbar mit der Annahme eines Vertretergeschäfts ist es jedoch, wenn die Bg in dem Anschreiben darlegt, dass *bei der Bg* ein Team von Spezialisten aus allen Teilen der S Gruppe gebündelt werden soll. Diese Aussage ergibt vielmehr nur dann Sinn, wenn die Bg sich selbst um den Auftrag bewirbt. Hiermit stimmt es überein, dass die Bg auf den ersten beiden Seiten der Bewerbungsmappe sich selbst vorstellt, die „Selbsterklärung“ im eigenen Namen abgibt und im Feld „Arbeitsbereiche der Agentur“ des Formblatts „Agenturprofil“ ausführt, sie selbst biete alle Kommunikationsinstrumente aus einer Hand an. Dass sie sich dabei – wie auf dem Briefkopf – als Unternehmen der S Gruppe bezeichnet, ist nicht etwa als Handeln in fremdem Namen zu werten, sondern soll die Zugehörigkeit zu einem leistungsfähigen Unternehmensverbund deutlich machen. In diesem Sinne ist auch der Passus „in Vertretung der S Gruppe“ im Feld „Agenturname“ zu verstehen, durch den die Bg offenbar zum Ausdruck bringen wollte, dass sie dasjenige Unternehmen dieses Verbundes ist, das sich um den Auftrag bemüht. Nach den Umständen spre-

chen demnach die überwiegenden Gründe dafür, dass die Bg sich selbst um den Auftrag beworben hat. Die Selbsterklärung stammt somit wie gefordert vom Bewerber.

- d) Geht man nach dem Vorstehenden davon aus, dass die Auslegung des Teilnahmeantrags mit hinreichender Klarheit ergibt, dass die Bg sich im eigenen Namen und nicht als Vertreterin der S Gruppe beworben hat, so wird man trotz der beim Ag durch die Formulierung „in Vertretung der S Gruppe“ und die vorherige Anfrage geweckten Zweifel, die sogar zunächst in eine Einstufung der Bewerbung als Vertreterhandeln mündeten, nicht davon ausgehen können, die Bg sei zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. c VOL/A i.V.m. dem - nicht nur zweifelhafte Änderungen an Eintragungen, sondern erst recht zweifelhafte Eintragungen selbst untersagenden - § 21 Nr. 1 Abs. 2 S. 2 VOL/A auszuschließen.
- e) Der Bg fehlt es auch nicht deshalb an der Eignung für den ausgeschriebenen Auftrag, weil sie erst im Juni 2006 gegründet worden ist, im Zeitpunkt der Bewerbung somit noch keine Referenzen vorweisen konnte, selbst noch keine Umsätze erzielt hatte und mit dem Geschäftsführer Stu lediglich über einen der neun Mitarbeiter, die für die Bearbeitung des Auftrages vorgesehen waren, kraft Anstellungsvertrages verfügte. Für sich betrachtet hätte die Bg damit zwar keine Aussicht gehabt, als geeignetes Unternehmen ausgewählt zu werden. Ihr stand jedoch durchaus die Möglichkeit offen, ihre Eignung durch den Nachweis zu belegen, dass sie für den Auftrag über die in der S Gruppe unstreitig vorhandenen hinreichenden Ressourcen verfügt. Diesen Nachweis hat sie jedoch nicht erbracht, so dass ihre Eignung zu verneinen ist.
- aa) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht es einem Dienstleistungserbringer, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird (vgl. EuGH Urt. v. 2. Dezember 1999, Rs. C – 176/98 – Holst Italia, Rz. 27; Urteil v. 18. März 2004, Rs. C – 314/01 – Österreichische Sozi-

alversicherungsträger, Rz. 43). Ebenso bestimmen inzwischen Art. 47 Abs. 2 S. 1 und Art. 48 Abs. 3 S. 1 der Vergabekoordinierungsrichtlinie vom 31. März 2004, dass ein Wirtschaftsteilnehmer sich für einen bestimmten Auftrag auf die Aktivitäten anderer Unternehmen stützen kann. § 4 Abs. 4 VgV in der durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz geänderten, für das vorliegende Verfahren maßgeblichen Fassung vom 8. September 2005 trägt diesen Grundsätzen Rechnung; dass die Möglichkeit, sich der Fähigkeiten anderer Unternehmen zu bedienen, sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf Offene Verfahren beschränken soll, läßt sich der in § 4 Abs. 4 VgV ausgesprochenen Verweisung auf § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A nicht entnehmen. Diese Bestimmung wird man richtigerweise dahin verstehen müssen, dass die hier entscheidende Voraussetzung, wonach die Bewerber sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen müssen, sich auch auf Nichtoffene und Verhandlungsverfahren bezieht.

Wollte man dies anders sehen, müsste man § 4 Abs. 4 VgV i.V.m. § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A für das hier in Rede stehende Nichtoffene Verfahren analog anwenden; eine Beschränkung der in § 4 Abs. 4 VgV getroffenen Regelung auf Offene Verfahren liefe dem erkennbaren Regelungszweck zuwider, den o.g. Grundsätzen des europäischen Vergaberechts Rechnung zu tragen. Diese aber beanspruchen Geltung nicht allein für das Offene Verfahren, sondern sind bei Nichtoffenen Verfahren gleichermaßen zu beachten. Wer sich auch an einer solchen Analogie gehindert sieht, müsste deshalb jedenfalls durch richtlinienkonforme Auslegung von VgV und VOL/A zum selben Ergebnis gelangen.

Festzuhalten bleibt somit, dass die Berufung auf die Fähigkeiten dritter Unternehmen auch im Rahmen des streitgegenständlichen Nichtoffenen Verfahrens zulässig ist.

- bb)** Diese Möglichkeit besteht entgegen der Auffassung der ASt in vollem Umfang; ein Kern eigener Leistungsfähigkeit des Bieters, der auf die Lei-

stungsfähigkeit Dritter verweist, ist nicht erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. Juni 2006 – VII Verg 18/06, insoweit gegen VK Düsseldorf, Beschl. vom 9. März 2006 – VK – 7/2006-L).

cc) Die Eignung der Bg ist jedoch deswegen zu verneinen, weil sie mit ihrem Teilnahmeantrag nicht nachgewiesen hat, über die Mittel der anderen Unternehmen, deren sie sich bedienen möchte, auch verfügen zu können.

(1) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hat der Dienstleistungserbringer, der im Hinblick auf seine Zulassung zu einem Vergabeverfahren auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweisen will, zu denen er unmittelbare oder mittelbare Verbindungen hat, nachzuweisen, dass er tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrages erforderlich sind, verfügt (vgl. EuGH Urt. v. 2. Dezember 1999, Rs. C – 176/98 – Holst Italia, Rz. 29; Urteil v. 18. März 2004, Rs. C – 314/01 – Österreichische Sozialversicherungsträger, Rz. 44). Art. 47 Abs. 2 S. 2 und Art. 48 Abs. 3 S. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie vom 31. März 2004 legen dies inzwischen ausdrücklich fest.

Diesen Grundsätzen Rechnung tragend, lässt auch die obergerichtliche Rechtsprechung die Berufung eines Bieters auf Einrichtungen und Mittel eines anderen Unternehmens nur dann zu, wenn der Bieter nachweist, dass diese Einrichtungen und Mittel ihm tatsächlich zur Verfügung stehen (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. Juni 2006 – VII-Verg 18/06; Beschl. v. 22. Dezember 2004 – VII-Verg 81/04; Beschl. v. 5. Juli 2000 – Verg 5/99; OLG Naumburg, Beschl. v. 9. September 2003 – 1 Verg 5/03; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27. Juni 2003 – 11 Verg 4/03; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 21. April 2004 – 1 Verg 1/ 04; Beschl. v. 5. Juli 2006 – 1 Verg 6/05). Die entsprechenden Darlegungen und Nachweise hat der Bieter von sich aus zu erbringen, ohne dass es hierfür einer besonderen Anforderung sei-

tens der Vergabestelle bedürfte (vgl. – jeweils für Offene Verfahren - OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Dezember 2004 – VII-Verg 81/04; Beschl. v. 28. Juni 2006 – VII Verg 18/06; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27. Juni 2003 – 11 Verg 4/03; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 21. April 2004 – 1 Verg 1/ 04; 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 22. September 2006 – VK 1 – 103/06; ebenso für Verhandlungsverfahren OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. März 2005 – VII Verg 76/04). Dies gilt auch im Nichtoffenen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb; der Bieter hat in diesem Falle den Nachweis nicht erst mit dem Angebot, sondern mit der Bewerbung zu führen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5. Juli 2000 – Verg 5/99). Die Erforderlichkeit eines Verfügbarkeitsnachweises wird vom Ag dementsprechend auch zu Recht nicht grundsätzlich bestritten.

- (2) Entgegen der Auffassung des Ag und der Bg hat diese den Verfügbarkeitsnachweis mit ihrem Teilnahmeantrag auch dann nicht erbracht, wenn man hierfür Eigenbelege als taugliche Nachweisart ansieht. Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 S. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie nennen zwar als Beispiel für den Nachweis die Vorlage von Zusagen der Unternehmen, deren Mittel der Bieter einzusetzen beabsichtigt und stellen insoweit auf einen Fremdbeleg ab, doch ist damit keine abschließende Regelung hinsichtlich der Art des Nachweises getroffen. Eigenbelege dürften deshalb grundsätzlich zulässig sein. Da die Ag im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs keine Fremdbelege gefordert hatte, liegt es zumindest nahe, im vorliegenden Fall für den Nachweis der Verfügbarkeit von Drittmitteln ebenfalls Eigenbelege ausreichen zu lassen.

Die in dem Teilnahmeantrag seitens der Bg gemachten Aussagen sind indessen nicht geeignet, den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Erforderlich hierfür wäre, dass die Eigenerklärung Umstände darlegt, aus denen sich ergibt, dass der Bewerber über die Mittel der Drittunternehmen, auf die er sich beruft, verfügen kann. Die Bg hat sich in

ihrem Anschreiben zwar als Teil der S Gruppe bezeichnet. Aus der bloßen Zugehörigkeit zu einem Unternehmensverbund ergibt sich aber noch keine Verfügungsmöglichkeit des Bewerbers über die Mittel anderer Mitglieder des Unternehmensverbundes (vgl. EuGH Urt. v. 2. Dezember 1999, Rs. C – 176/98 – Holst Italia, Rz. 29). Eine solche Verfügungsmacht wird zwar dann anzunehmen sein, wenn der Bieter die Drittunternehmen, auf die er sich beruft, beherrscht (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 21. April 2004 – 1 Verg 1/04). Dass die Bg herrschenden Einfluss auf die Unternehmen hätte, deren Mittel sie nutzen möchte, ist jedoch weder im Teilnahmeantrag dargelegt worden noch entspricht es der Realität.

Die Bg hat im Teilnahmeantrag auch nicht dargetan, aufgrund einer Personalunion zwischen Mitgliedern ihrer Geschäftsführung und der Muttergesellschaft der S Gruppe über die Mittel der Gruppe verfügen zu können. Soweit die Bg im Nachprüfungsverfahren eine solche Verfügungsmacht daraus ableitet, dass Herr T zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Bg und alleinvertretungsberechtigtes Mitglied des Vorstands der S AG sei und deshalb über die Mittel verfügen könne, auf die die Bg Bezug nehme, ist dies schon deshalb unerheblich, weil im Teilnahmeantrag hiervon nichts erwähnt und insbesondere Herr T an keiner Stelle genannt wird. Erst recht hat die Bg die Konzernstruktur nicht in einer Weise erläutert, die eine solche Zugriffsmöglichkeit kraft Personalunion plausibel machen könnte. Aus dem Umstand, dass der auf dem Briefbogen des Anschreibens zum Teilnahmeantrag als alleiniger Geschäftsführer der Bg bezeichnete Herr Stu im Teilnahmeantrag zugleich als Geschäftsführer der S Group GmbH bezeichnet wird, ergibt sich ebensowenig eine Zugriffsmöglichkeit auf die Mittel der S Gruppe. Denn welche Stellung die S Group GmbH innerhalb der S Gruppe hat, bleibt im Teilnahmeantrag der Bg gänzlich unklar.

Die Zugriffsmöglichkeit auf die Mittel der Gruppe hat die Bg schließlich auch nicht dadurch nachgewiesen, dass sie ihrer Firma im Feld „Agenturname“ des Agenturprofils die Formulierung „in Vertretung der S Gruppe“ hinzugefügt hat. Wie oben dargelegt, besagt dieser Zusatz bei verständiger Auslegung des Teilnahmeantrags nicht, dass die Bg im Rechtssinne als Vertreterin handelte. Eine rechtliche Bindung der S Gruppe oder der dieser Gruppe neben der Bg angehörenden Unternehmen wird durch diesen Passus somit nicht hervorgerufen. Andere Gründe, weshalb die Ressourcen der Gruppe dem Zugriff der Bg unterliegen sollten, sind nicht ersichtlich.

Entgegen der Ansicht der Bg belegt auch § 3 Abs. 3 des Agenturvertragsentwurfs nicht, dass die Verfügbarkeit von Mitteln von Konzernunternehmen keines Nachweises bedurfte bzw. dass ein solcher Nachweis mit der Behauptung einer Zugehörigkeit zum Konzern erbracht war. Die Bestimmung betrifft nicht die Eignungsprüfung, sondern regelt, unter welchen Bedingungen der – bereits als geeignet beurteilte – Auftragnehmer Unteraufträge erteilen darf. Insoweit stellt die Bestimmung des § 3 Abs. 3, wonach feste Kooperationspartner der Agentur, mit denen diese auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehungen unterhält und deren Leistungen sie als eigene Leistungen anbietet, nicht als Unterauftragnehmer gelten, den Auftragnehmer zwar von dem Erfordernis frei, die vorherige Zustimmung des Auftraggebers zur Vergabe eines Unterauftrags einzuholen und Unteraufträge nach Wettbewerbsgrundsätzen zu vergeben. Sie besagt jedoch nicht, dass bereits im Rahmen der Eignungsprüfung die Verfügbarkeit von Mitteln eines solchen Kooperationspartners unterstellt werden kann. Im Rahmen der Eignungsprüfung hat sich der Auftraggeber vielmehr zunächst von der Verfügbarkeit der Ressourcen des Kooperationspartners und dessen Eignung zu überzeugen, damit es für die Beauftragung dieses Unternehmens mit der Leistungserbringung keiner vorherigen Zustimmung mehr bedarf.

f) Unabhängig vom Vorstehenden hätte der Teilnahmeantrag der Bg jedenfalls deshalb keinen Erfolg haben dürfen, weil die Bg für die drei dargestellten Informationskampagnen eine zu hohe Anzahl von Mustern eingereicht hat. Nach der Bekanntmachung, durch die sich der Ag eine entsprechende Bindung auferlegt hatte, führt die Abgabe von jeweils mehr als drei Mustern pro Kampagne zum Ausschluss. Der Begriff des Musters wird dabei in der Bekanntmachung und den vom Ag zur Verfügung gestellten Formblättern durch den Zusatz „(Anzeigen oder Plakate)“ definiert. Die Bg hat zwar nur drei als solche bezeichnete Muster pro Kampagne vorgelegt, zusätzlich hierzu und zu der Beschreibung der Kampagne auf dem auszufüllenden Formblatt jedoch – worauf die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - zu jeder der Kampagnen eine Vielzahl weiterer Motive vorgelegt. Die Beschränkung auf höchstens drei Muster hat die Bg dadurch missachtet. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, die zusätzlichen Motive seien nicht als Muster bezeichnet worden. Unter Mustern sind für einen objektiven Bewerber die der Beschreibung der Informationskampagne beigefügten Anzeigen oder Plakate zu verstehen, anhand deren die Umsetzung der Informationskampagne beispielhaft verdeutlicht wird. Diesen Zweck erfüllen auch die von der Bg wiedergegebenen, nicht ausdrücklich als Muster bezeichneten weiteren Anzeigen, Plakate und sonstigen Kampagnenmotive ohne weiteres.

Dem erkennbaren Anliegen des Ag, durch die Vorgabe von Formblättern und die Beschränkung der Anzahl der Muster eine Materialflut zu vermeiden und die Bewerber zu einer konzentrierten Darstellung und überzeugenden Auswahl zu veranlassen, läuft die Vorgehensweise der Bg ersichtlich zuwider. Gegenüber denjenigen Bewerbern, die sich an die Beschränkung gehalten haben, hat sich die Bg einen unzulässigen Vorteil verschafft. Dass die Bg nicht nur drei Muster vorgelegt, sondern die komplette Kampagne wiedergegeben hat, ist bei der Prüfung der Teilnahmeanträge – wie eine entsprechende Notiz einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters des Ag auf einem „Post-it“-Zettel deutlich macht, nicht gänzlich unbenutzt geblieben. Die nach der Bekanntmachung gebotene Konsequenz, die Bg auszuschließen, hat der Ag daraus zu Unrecht nicht gezogen.

2. Das Angebot der ASt ist jedoch ebenfalls nicht wertbar, weil die ASt mit ihrem Teilnahmeantrag ihre Eignung nicht nachgewiesen hat und deshalb gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A nicht zur Angebotsabgabe hätte aufgefordert werden dürfen.

- a) Dem Ag und der Bg ist nicht darin zu folgen, dass der Nachprüfungsantrag schon deswegen keinen Erfolg haben könne, weil die ASt sich auf wettbewerbswidrig erlangte Informationen stütze und deshalb vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müsse. Es trifft zwar zu, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, wettbewerbsbeschränkenden und unlauteren Verhaltensweisen entgegenzuwirken. Eine solche unlautere Verhaltensweise kann das bewusste Ausnutzen fremden Fehlverhaltens im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens darstellen, wenn der Nachprüfungsantrag auf Informationen gestützt wird, die dem Antragsteller rechtswidrig zugespielt worden sind (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 6. Oktober 2005 – Verg W 7/05). Die darin liegende Verfehlung des Antragstellers muss jedoch, soll sie einen Ausschlussgrund bilden, erhebliches Gewicht haben. Dies ist im vorliegenden Verfahren nach Auffassung der Vergabekammer nicht der Fall. Die ASt hat zwar in ihrem Nachprüfungsantrag die genauen Punktezahlen aus Bewertungsbögen angegeben und sich auf Informationen berufen, die ihr durch Informanten zur Kenntnis gebracht worden seien. Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens hat sie dagegen hervorgehoben, diese Formulierung habe auf einem Missverständnis beruht; die Bewertungsbögen für die Bg seien der ASt nicht bekannt, ihre Informationen habe sie ausschließlich aus der Presse oder deren Quellen bezogen. Von der Identität eines Informanten habe sie keine Kenntnis.

Die Vergabekammer verkennt nicht, dass nach diesen Ausführungen nicht ausgeschlossen ist, dass die ASt auf Informationen desjenigen zurückgegriffen hat, der auch die Presse mit Details zu dem Vergabeverfahren versorgt hat. Der Rückgriff auf solche Informanten („Quellen“) der Presse kann – unabhängig davon, ob die Identität des Informanten bekannt ist – durchaus unlauter sein. Zu berücksichtigen sind dabei jedoch die Umstände des Einzelfalls. Dieser ist vorliegend dadurch gekennzeichnet, dass die von der ASt verwendeten Informationen bereits weitgehend Gegenstand öffentlicher Berichterstattung und damit nicht mehr geheim waren. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der exzellenten Benotung der Bg

durch einige Mitglieder der Bewerterkommission, über die im Kern bereits in der Zeitschrift Werben und Verkaufen vom 19. September 2006 berichtet worden war. Der durch mögliche Indiskretionen erlangte weitere Wissenszuwachs der ASt fällt nicht so sehr ins Gewicht, dass hieraus eine wesentlicher, unlauter erlangter Wettbewerbsvorteil hergeleitet werden könnte, der einen Ausschluss der ASt rechtfertigte.

Die zusätzlichen Erkenntnisse bezogen sich zudem nicht auf den Inhalt des konkurrierenden Angebots und damit einen Gegenstand schützenswerten Geheimwettbewerbs, sondern auf dessen Bewertung durch die hierzu berufene Kommission. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass der Ag angesichts der Presseberichte bereits selbst eine Untersuchung des Wertungsvorganges eingeleitet hatte. Wenn die ASt in dieser Lage ausführte, aufgrund welcher Informationen sie Anlass zu der Annahme habe, im Hause des Ag sei die Bg aus wettbewerbsfremden Motiven bevorzugt worden, kann dies als Beitrag zur Aufklärung eines vom Ag selbst als klärungsbedürftig eingestuften Vorganges betrachtet werden. Es wäre sogar bedenklich, wenn ein Bieter den Auftraggeber nicht über solche an ihn herangetragenen Erkenntnisse informierte. Die ASt musste insoweit nicht damit rechnen, Geheimhaltungsinteressen des Ag zuwiderzuhandeln, indem sie die erlangten Informationen an ihn weitergab. Das ebenfalls verfolgte Ziel, die eigenen Zuschlagschancen zu wahren, erlaubt daher nicht den Schluss auf eine solchermaßen unlautere Haltung der ASt, dass diese sich als Auftragnehmerin disqualifiziert hätte.

- b) Ein zum Ausschluss der ASt führender Wettbewerbsverstoß ist auch nicht darin zu sehen, dass diese sich parallel mit der ebenfalls zum Konzern der P G S.A. gehörenden PB um den Auftrag beworben hat. Die Grundsätze der Fusionskontrolle, die verbundene Unternehmen als nicht miteinander im Wettbewerb stehend ansieht, sind auf das Vergabeverfahren nicht ohne weiteres zu übertragen. Die Beurteilung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist strukturbezogen; nach einer Freigabeentscheidung besteht keine Möglichkeit mehr, den Zusammenschluss zu untersagen. Soweit tatsächlich konzerninterner Wettbewerb herrschen sollte, ist dieser nicht strukturell gesichert und kann daher im Rahmen der fusionskontroll-

rechtlichen Bewertung kein entscheidendes Gewicht beanspruchen. Bei der Beteiligung an einem Vergabeverfahren handelt es sich dagegen um ein punktuell Verhalten, das einer Überprüfung danach zugänglich ist, ob die Mitglieder des Unternehmensverbundes einander mit ihren Angeboten als Wettbewerber gegenüberstehen. Zutreffend nimmt das OLG Düsseldorf daher bei Angeboten mehrerer konzernangehöriger Unternehmen nicht ohne weiteres wettbewerbsbeschränkende Absprachen an, sondern hält diesbezüglich zusätzliche Anhaltspunkte für erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. Juli 2006 – VII-Verg 23/06). Erst wenn diese vorhanden sind, so dass die äußeren Umstände dafür sprechen, dass ein Geheimwettbewerb nicht stattgefunden hat, obliegt es dem Bieter, diese Bedenken auszuräumen. Eine solche Situation liegt hier jedoch nicht vor. Die ASt und PB gehören zwar einem Netzwerk an, agieren aber selbständig am Markt. Da sie nur zwei von acht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bietern waren und erheblicher Wettbewerbsdruck von den übrigen Bietern erwartet werden konnte, musste der Ag nicht befürchten, die ASt und PB würden sich bei der Angebotsabgabe abstimmen, zumal die Art der zu erbringenden Leistung erfolgversprechende Abstimmungen erschwert. Auch die eingereichten Angebote geben keinen Hinweis darauf, dass PB und die ASt einander keinen Geheimwettbewerb geliefert hätten. Ein Ausschluss wegen wettbewerbsbeschränkender Abreden kommt daher nicht in Betracht.

c) Der Ag hat jedoch im Rahmen der Auswertung der Teilnahmeanträge zu Unrecht die Eignung der ASt bejaht.

aa) Entgegen der pauschalen, nicht weiter vertieften Behauptung des Ag im Schriftsatz vom 24. Oktober 2006 hat die ASt allerdings eine rechtsgültig unterzeichnete Zuverlässigkeitserklärung vorgelegt. Die ASt hat die im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bestehende Vertretungsmacht der Unterzeichner K und B durch einen als Anlage AS 14 zum Schriftsatz vom 6. November 2006 vorgelegten Handelsregisterauszug belegt. Auf die Rechtsgültigkeit der Erklärung hat es keinen Einfluss, dass Herr B im August 2006 als Geschäftsführer abberufen wurde. Ein Nachweis für die Vertretungsmacht war vom Ag weder in der Bekanntmachung noch in

den Verdingungsunterlagen noch während der Bewertung der Teilnahmeanträge gefordert worden. Daraus, dass die ASt mit dem Teilnahmeantrag einen solchen Nachweis nicht geliefert hat, wurden vom Ag daher während der Prüfung der Teilnahmeanträge – anders als nunmehr im Nachprüfungsverfahren – zu Recht keine für die ASt nachteiligen Schlüsse gezogen.

- bb)** Soweit der Ag nunmehr der Auffassung ist, die ASt habe keine ausreichende Referenzliste betreffend öffentliche Auftraggeber vorgelegt, und es fehle auch an der Beschreibung von drei geeigneten Referenzen, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Bekanntmachung ist nicht zu entnehmen, dass der Bieter seit dem 1. Januar 2003 in jedem Jahr für öffentliche Auftraggeber Informationskampagnen durchgeführt haben muss, um als geeignet angesehen werden zu können. Der Passus „seit dem 1.1.2003“ besagt aus Sicht eines verständigen Bieters vielmehr lediglich, dass ältere, vor 2003 durchgeführte Informationskampagnen bei der Beurteilung der Eignung nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Mit der angegebenen Kampagne aus dem Jahr 2005 hat die ASt somit eine hinreichend aktuelle Referenz benannt.

Die erstmals im Nachprüfungsverfahren geäußerte Einschätzung des Ag, der Teilnahmeantrag der ASt sei nicht zu berücksichtigen gewesen, weil die beschriebene Kampagne für einen Windelhersteller im Jahr 2000 begonnen habe, so dass nicht eingeschätzt werden könne, welche der Maßnahmen im relevanten Zeitraum seit dem 1. Januar 2003 durchgeführt worden seien, erscheint aus mehreren Gründen unzutreffend. Zum einen hat die ASt jedenfalls zwei andere aktuelle Kampagnen beschrieben. Gefordert war die Beschreibung von „maximal“ drei Kampagnen, so dass selbst dann, wenn die Kampagne für den Windelhersteller außer Betracht bleiben müsste, seitens der ASt keine Mindestanforderung verletzt worden wäre. Zum anderen ergibt sich aus der Beschreibung und den beigegeführten Unterlagen hinreichend deutlich, dass die Maßnahmen seit Beginn der Kampagne „kontinuierlich“ durchgeführt werden, sich also auch auf

den relevanten Zeitraum seit 2003 erstrecken. Die Kampagne für den Windelhersteller war daher bei der Eignungsprüfung richtigerweise zu berücksichtigen.

- cc) Zutreffend macht der Ag indes geltend, die ASt habe keine hinreichenden Umsatzangaben gemacht. Gefordert war nach der Vergabebekanntmachung die Angabe der Umsätze für die Jahre 2003, 2004 und 2005. Für keines dieser Jahre hat die ASt Umsätze benannt. Ihre Einlassung, seit 2003 sei aufgrund internationaler Holding Policy/ Sarbanes Oxley Act die Veröffentlichung solcher Umsatzzahlen nicht mehr zulässig, bildet keinen stichhaltigen Grund gemäß § 7 a Nr. 2 Abs. 3 S. 2 VOL/A für das Unterlassen der geforderten Angaben. Tatsächlich begründet der Sarbanes-Oxley Act (SOX) kein Hindernis für die Angabe der geforderten Umsätze gegenüber dem Ag.

Die Konzernobergesellschaft der ASt, die P G S.A., Paris, ist zwar an der New York Stock Exchange gelistet und unterfällt daher dem Anwendungsbereich des Gesetzes. Die von der ASt im Nachprüfungsverfahren angeführte Section 404 des SOX verlangt aber keineswegs, die Publikation von Umsatzangaben durch Tochtergesellschaften zu unterbinden, sondern fordert lediglich, dass Kontrollmechanismen eingeführt werden, die die Publikation von *fehlerhaften* Finanzdaten verhindern.

Selbst wenn man ein Verbot gegenüber Tochtergesellschaften, deren Umsatzzahlen zu publizieren, als ein grundsätzlich angemessenes Mittel ansehen wollte, die Veröffentlichung unzutreffender Angaben von vornherein zu unterbinden, so folgt daraus im vorliegenden Fall kein Hindernis für die Angabe von Umsatzdaten gegenüber dem Ag. Denn zum einen zielen die Pflichten aus Section 404 des SOX darauf, die Richtigkeit von veröffentlichten Finanzdaten zu gewährleisten, um Anleger vor auf Fehlinformationen beruhenden Aktiengeschäften zu schützen. Angaben im Vergabeverfahren gegenüber dem Auftraggeber sind aber keineswegs zur Veröffentlichung bestimmt, sondern vom Auftraggeber ohne weiteres als

Geschäftsgeheimnis zu behandeln. Schon aus diesem Grunde kann eine derartige Umsatzangabe gegenüber dem Auftraggeber keinen Pflichtverstoß im Sinne des SOX begründen. Zum anderen hat die US-amerikanische Börsenaufsicht Securities and Exchange Commission (SEC) am 2. März 2005 entschieden, ausländischen an US-Börsen gelisteten Unternehmen eine Übergangsfrist für die Erfüllung der Anforderungen der Section 404 des SOX zu gewähren, so dass diese von Unternehmen wie der Publicis S.A. erst für Geschäftsjahre erfüllt werden müssen, die nach dem 15. Juli 2006 enden. Auch deshalb hätte die ASt Umsatzangaben für die Jahre 2003-2005 machen dürfen, ohne berechtigte Interessen der Muttergesellschaft zu gefährden. Diesen in der mündlichen Verhandlung ausführlich erörterten Gesichtspunkten ist die ASt nicht substantiiert entgegengetreten.

Ob die ASt die Vorgaben der Konzernmutter gleichwohl dahin verstehen musste, dass der ASt die Angabe von Umsätzen für die Jahre bis 2005 auch im Vergabeverfahren untersagt ist, erscheint im Übrigen deshalb zweifelhaft, weil die ebenfalls von der P G S.A. kontrollierte PB im vorliegenden Falle ihre Umsätze wie gefordert beziffert hat. Sollte die ASt die internen Regelungen allerdings zutreffend interpretiert haben, so wären diese aus den oben genannten Gründen als objektiv nicht gerechtfertigt und unangemessen zu bewerten. Einen stichhaltigen Grund für fehlende Umsatzangaben gegenüber dem Ag könnten sie daher nicht bilden. Der Ag kann vielmehr allein dann auf andere als die geforderten Angaben verwiesen werden, wenn ein objektives Hindernis der Lieferung der verlangten Informationen durch den Bieter entgegensteht. Die Konsequenzen aus etwaigen ungerechtfertigten Vorgaben der Muttergesellschaft hat die ASt zu tragen.

Hat die ASt die Umsatzangaben somit ohne stichhaltigen Grund unterlassen, kommt es auf die Frage, ob die vorgelegte Bankauskunft einen geeigneten Ersatz darstellt, nicht mehr an. Die ASt hat einen geforderten Eignungsnachweis nicht vorgelegt. Nach ständiger Rechtsprechung des

OLG Düsseldorf hat sie ihre Eignung damit nicht nachgewiesen, was gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zwingend ihren Ausschluss nach sich zieht (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. Juni 2006 – VII-Verg 18/06).

- dd)** Ein weiterer zwingender Grund für den Ausschluss der ASt besteht darin, dass diese mehr als drei Muster für die Kampagne zugunsten eines Windelherstellers eingereicht hat. Gemäß Ziff. III.2.3), 4. Spiegelstrich der Vergabebekanntmachung führt die Abgabe von „mehr als jeweils drei Mustern pro Kampagne“ zum Ausschluss. Mit dieser Formulierung, die eine entsprechende Selbstbindung des Ag begründet, konnte aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen Bieters nur gemeint sein, dass bereits die Einreichung von mehr als drei Mustern zu einer Kampagne den Ausschluss nach sich zieht und diese Folge nicht etwa erst dann eintritt, wenn bei allen drei Kampagnen die Zahl von drei Mustern überschritten wird. Die ASt hat diese Vorgabe hinsichtlich der Kampagne für den Windelhersteller nicht beachtet. Neben einer Anzeige und einem Impressionschart hat sie zu einer Direktmailing-Kampagne ein Übersichtsblatt mit den Themen und Broschürenmotiven, darüber hinaus zwei Broschüren, ein Faltblatt und einen gestalteten Briefumschlag mit Anschreiben vorgelegt.

Die Vielzahl der beigefügten Kommunikationsinstrumente und Motive lässt es nicht zu, die auf die Direktmailing-Kampagne bezogenen Unterlagen als lediglich ein Muster zu verstehen. Die ASt hat daher insoweit die höchstzulässige Zahl an Mustern überschritten. Ihr kann dabei auch nicht zugute gehalten werden, dass es sich bei den Broschüren und dem Faltblatt sowie dem Briefumschlag mit Anschreiben nicht um Anzeigen oder Plakate handelt. Der Ag hat Muster zwar als Anzeigen oder Plakate definiert. Aus Sicht eines verständigen Bieters kann dies jedoch nicht bedeuten, dass andere Kommunikationsinstrumente ohne zahlenmäßige Beschränkung vorgelegt werden durften. Dem Zweck, vergleichbare Grundlagen für die Auswahl zu schaffen, liefe dies erkennbar zuwider. Soweit

daher ein Bieter andere Kommunikationsinstrumente als Anzeigen oder Plakate vorgelegt hat, sind diese auf die Zahl der Muster anzurechnen. Nicht ausreichend wäre es dagegen, die anderen Kommunikationsinstrumente als nicht vorgelegt zu betrachten, denn sie werden vom Ag durchaus zur Kenntnis genommen und beeinflussen auf diese Weise die Einschätzung der Leistungsfähigkeit des Bieters. Einer Wettbewerbsverzerrung kann daher nur dadurch vorgebeugt werden, dass die anderen Kommunikationsinstrumente bei der Zahl der vorgelegten Muster berücksichtigt werden. Die ASt hat deshalb wegen Überschreitens der zulässigen Anzahl von Mustern einen Ausschlussgrund verwirklicht.

ee) Die ASt hat darüber hinaus nicht nachgewiesen, weshalb sie – sofern der Ag dies wünschen sollte – für PR-Aufgaben auf Herrn R von der C AG würde zugreifen können. Dass die C AG im Agenturprofil als PR-Partner der ASt bezeichnet wird, belegt nach dem oben hinsichtlich der Bg Gesagten noch nicht die Verfügbarkeit der C AG bzw. des Herrn R für den in hier in Rede stehenden Auftrag. Gleiches gilt für die als „Mediapartner im Netzwerk“ angegebene Z. Ob der fehlende Nachweis der Verfügbarkeit der Mittel dieser Unternehmen ein solches Gewicht hat, dass hieraus ein zwingender Ausschlussgrund folgt, bedarf angesichts der oben zu cc) – dd) gemachten Ausführungen keiner Entscheidung.

d) Da ihr Angebot zwingend auszuschließen ist, kann die ASt im vorliegenden Fall die von der Bg verwirklichten Ausschlussgründe nicht mit Erfolg geltend machen.

aa) Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes zum Nachteil der ASt scheidet schon deshalb aus, weil der Ag – wenn auch zu Unrecht – sowohl die Bg als auch die ASt zur Angebotsabgabe aufgefordert, aus den objektiv vorhandenen Mängeln beider Teilnahmeanträge also keine unterschiedlichen Konsequenzen gezogen hat.

bb) Dies ändert zwar nichts daran, dass die Berücksichtigung des Teilnahmeantrags der Bg – auch wenn sie nicht in diskriminierender Weise erfolgte

– einen Verstoß gegen § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A darstellt. Zur Begründung einer Rechtsverletzung des ASt dürfte dies bereits genügen, denn der Bundesgerichtshof hat jüngst ausgeführt, das Recht des Bieters auf Gleichbehandlung und – worauf es im vorliegenden Fall ankommt - der Anspruch auf Einhaltung der sonstigen Bestimmungen über das Vergabeverfahren stünden jedem durch eine Missachtung betroffenen Teilnehmer an einem solchen Verfahren unabhängig von der Beschaffenheit seines eigenen Angebotes zu (vgl. BGH Beschl. v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, Rz. 52); die Verletzung der sonstigen Verfahrensregeln muss dabei, wie die Entscheidungsgründe nahelegen, nicht notwendigerweise mit einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes einhergehen. Zum Erfolg des Nachprüfungsverfahrens führt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots oder anderer Vergabebestimmungen indes nur dann, wenn die Zuschlagschancen des ASt durch einen solchen Vergabefehler beeinträchtigt worden sind (BGH a.a.O., Rz. 53). Dies war in dem vom BGH entschiedenen Fall deswegen zu bejahen, weil sämtliche Angebote an einem Mangel litten, der einem Zuschlag im laufenden Verfahren entgegenstand. Nur die hierdurch begründete Aussicht, dass die Vergabestelle die Ausschreibung aufheben und es auch der ASt ermöglichen würde, ein wertbares Angebot einzureichen, war geeignet, eine durch den gerügten Vergabefehler herbeigeführte Beeinträchtigung der ASt in ihren Zuschlagschancen zu begründen. Kann dagegen im laufenden Verfahren ein Zuschlag rechtmäßig erteilt werden, fehlt es an einer solchen Aussicht des mit seinem aktuellen Angebot zwingend auszuschließenden Bieters auf eine „zweite Chance“, die es ihm ermöglicht, ungeachtet der Mängel seines aktuellen Angebots mit einem neuen, fehlerfreien Angebot seine Zuschlagschance zu wahren.

Eine solche zweite Chance ist der ASt hier nicht eröffnet, weil zuschlagsfähige Angebote zweier Bieter – Bieter Nr. 16 und 18 (entsprechend der Numerierung im Rahmen der Auswertung des Teilnahmewettbewerbs) – vorliegen und deswegen keine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass es zu einer rechtmäßigen Aufhebung des Verfahrens kommen könn-

te. Die Angebote der Antragstellerinnen in den Parallelverfahren VK 2 – 128/06 und VK 2 - 131/06 unterliegen nach Auffassung der Vergabekammer zwar ebenfalls dem zwingenden Ausschluss, weil die dortigen Antragstellerinnen ihre Eignung nicht nachgewiesen haben. Maßgeblich ist dabei der fehlende Nachweis der Verfügbarkeit von Mitteln verbundener Unternehmen, auf die sich die Antragstellerinnen im Teilnahmewettbewerb berufen haben. An ebendiesem Mangel leidet auch das Angebot einer anderen Bieterin, die zur Angebotsabgabe aufgefordert worden ist (Bieterin Nr. 10), in ihrem Teilnahmeantrag aber Umsätze und Mitarbeiterzahl nur insgesamt für sich und ihre Mehrheitsgesellschafterin angeben, Nachweise für eine Zugriffsmöglichkeit auf die Mittel der Mehrheitsgesellschafterin aber nicht geliefert hatte; überdies waren den beschriebenen Kampagnen keinerlei Muster beigelegt. Schließlich hat eine weitere Teilnehmerin an den Präsentationen wie die ASt unter Hinweis auf den Sarbanes/Oxley-Act nicht die geforderten Umsatzangaben für die Jahre 2003-2005 gemacht und hätte deshalb ebenfalls nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen (Bieterin Nr. 8); zudem nahm diese Bieterin Bezug auf Ressourcen einer Muttergesellschaft und – für den Bereich PR - eines Kooperationspartners, ohne einen Nachweis für deren Verfügbarkeit zu liefern.

Die Angebote der Bieter Nr. 16 und 18, die in die Wertung gelangt sind, unterliegen dagegen keinem Ausschluss. Auf sie darf der Zuschlag erteilt werden. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Ag dennoch rechtmäßigerweise – nur hierauf kann es ankommen - die Ausschreibung aufheben könnte, bestehen nicht. Zwar sind diese Angebote seitens des Ag deutlich schlechter bewertet worden als jene der Bg und der ASt; dass sie rechtmäßigerweise als nicht wirtschaftlich i.S.d. § 26 Nr. 1 Buchst. c VOL/A eingestuft werden könnten, ist jedoch weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Die Bieterin Nr. 18 liegt, auch wenn sie von der Bewerterkommission weit weniger Punkte als die Bg und auch deutlich weniger Punkte als die ASt erhalten hat, in der Gesamtwertung unter Berücksichtigung des Preises auf Rang 3. Der Abstand zu dem – vom Ag

gemäß seinen Äußerungen gegenüber der Presse offenbar als wirtschaftlich angesehenen – Angebot der ASt ist dabei nicht so groß, dass eine Einstufung des Angebots der Bieterin Nr. 18 als unwirtschaftlich nahe läge. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, wäre eine mögliche Aufhebung nach § 26 VOL/A aber kein gegenüber dem von der ASt verwirkten zwingenden Ausschluss nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A gleichartiger oder wenigstens gleichwertiger Ausschlussgrund. Sofern man auch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. September 2006 (X ZB 14/06) mit der bisherigen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf annimmt, dass Ausschlussgründe, die alle Angebote betreffen, nur dann eine Untersagung des Zuschlags im laufenden Verfahren rechtfertigen, wenn sie demjenigen Ausschlussgrund gleichartig oder gleichwertig sind, den der ASt verwirkt hat, wäre ein solcher Ausspruch im vorliegenden Verfahren daher auch dann nicht möglich, wenn eine Aufhebung nach § 26 VOL/A ernsthaft in Betracht käme.

3. Einer weitergehenden materiellen Prüfung stehen nach Auffassung der Vergabekammer die oben dargestellten strengen Grundsätze der Rechtsprechung zur Eignungsprüfung entgegen, die hier dazu führen, dass die ASt durch die gerügten Vergabefehler in ihren Zuschlagschancen nicht beeinträchtigt worden ist. Zu einem anderen Ergebnis – der Annahme eines Schadens für die ASt - könnte man allenfalls dann gelangen, wenn das gesamte Vergabeverfahren an einem derart schwerwiegenden Mangel litte, dass trotz vorhandener zuschlagsfähiger Angebote ein Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung nicht in Betracht käme, sondern stattdessen die Aufhebung des Vergabeverfahrens oder dessen Zurückversetzung in das Stadium vor Abgabe der Teilnahmeanträge geboten wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.
 - a) Wäre es als erwiesen anzusehen, dass das Verfahren von vornherein darauf zugeschnitten war, die Bg zu bevorzugen und ihr den Auftrag zu verschaffen, indem sie wertvolle Zusatzinformationen über den intern entwickelten Claim erhielt, die Zusammensetzung der Bewertungskommission aus sachwidrigen Erwägungen verändert wurde und die Bewertung der Qualität der Angebote durch Absprachen unter den Bewertern oder Anweisungen an die Bewerber zugunsten der Bg ver-

zerzt worden ist, könnte ein grundlegender Mangel zwar zu bejahen sein. Fraglich wäre aber auch dann, ob dieser eine Aufhebung des Verfahrens oder wenigstens dessen Zurückversetzung in ein Stadium vor Auswertung der Teilnahmeanträge geböte, so dass die Mängel des von der ASt vorgelegten Teilnahmeantrages irrelevant würden; genügen könnte vielmehr auch eine Zurückversetzung in das Stadium der Bewertung der Teilnahmeanträge. Indessen ist bereits der Beweis für ein sachwidriges Vorgehen der Vergabestelle in dem oben skizzierten Ausmaß nicht erbracht worden. Dass die Bg bei Erstellung ihrer Präsentation Kenntnis von dem intern beim Ag entwickelten Slogan gehabt hätte, ist nach dem oben zu B II 1 a Gesagten nicht erwiesen, erst recht nicht, dass es Mitarbeiter der Vergabestelle gewesen wären, die diese Information an die Bg weitergeleitet hätten.

Ebenfalls nicht erwiesen ist, dass die Nichtberücksichtigung von Herrn F als Bewerber auf sachfremden, manipulativen Erwägungen beruhte. Der Sachverhalt stellt sich vielmehr so dar, dass Herr Staatssekretär W die ursprüngliche Festlegung nachträglich geändert hat; angesichts seiner Organisationshoheit bedurfte diese Entscheidung keiner Begründung. Es erscheint jedoch plausibel, dass schlichtweg keine Notwendigkeit mehr dafür gesehen wurde, einen Referenten aus dem Referat 4 als Bewerber vorzusehen, als feststand, dass die Referatsleiterin als Mitglied der Bewertungskommission fungieren würde. Die Änderung des Bewerberkreises fand zudem am 28. August 2006 statt und lag damit vor der ab dem 30. August 2006 erfolgten Verteilung der Präsentationsbooklets an die Bewerber. Eine nicht genehme Meinung über die in den Booklets dargestellten Konzepte konnte Herr F zu diesem Zeitpunkt deshalb noch nicht gefasst haben.

Was die Bewertung der Präsentationen und die Bewertungsmaßstäbe angeht, so hat die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung zwar erhebliche Bedenken geäußert. Diese gründen zum einen darauf, dass der Ag nur sehr grob umrissen hat, worauf es ihm ankam. Da er der Bewertungskommission ebenfalls keine genauen Anweisungen hinsichtlich der zu beachtenden Merkmale gab, bestand die Gefahr, dass die Bewerber die vorgegebenen Gesichtspunkte hinsichtlich der Qualität nach eigenen Vorstellungen interpretierten und damit keinen einheitlichen Maßstab bei der Beurteilung anlegten. Die vorgetragene Rechtfertigung hierfür,

man habe der Kreativität der Bieter Spielraum und durch eine Besetzung der Kommission mit vielen Mitgliedern aus verschiedenen Bereichen bewusst unterschiedlichen Meinungen Raum lassen wollen, wird in ihrer Überzeugungskraft dadurch eingeschränkt, dass sich die unterschiedlichen Sichtweisen nach den Präsentationen nicht unmittelbar in der Bewertung niederschlugen, sondern die Möglichkeit besteht, dass Einschätzungen von Mitgliedern der Kommission im Rahmen der Nachbesprechung in eine bestimmte Richtung gelenkt wurden. Zum anderen ist es für die Vergabekammer nach den eher zurückhaltend formulierten Einschätzungen in der Nachbesprechung zur Qualität der Angebote insgesamt nicht ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Bg von mehreren Beurteilern in allen Bewertungsmerkmalen exzellente Punkte erhalten hat. Darüber hinaus erscheinen einzelne Bewertungen nicht frei von Widersprüchen. Dies gilt insbesondere für die Bewertung der ASt durch Herrn Dr. Stm, der ihr im Freitext des Beurteilungsbogens eine „gute, pfiffige Umsetzung, gute Texte, frische Ideen“ bescheinigt, bei den korrespondierenden Bewertungsmerkmalen 4 und 5 jedoch nur jeweils 2 von 14 möglichen Punkten zuerkennt.

Ob diese Bedenken tatsächlich jeweils einen Wertungsfehler begründen, kann an dieser Stelle jedoch dahinstehen; denn selbst wenn dies zu bejahen sein sollte, belegen sie nur punktuelle Mängel im Bereich der Angebotswertung, nicht jedoch einen grundlegenden Mangel, der dazu führen könnte, das Verfahren in ein Stadium vor der Auswertung der Teilnahmeanträge zurückzusetzen. Dessen bedürfte es jedoch, damit die ASt trotz der Mängel ihres aktuellen Teilnahmeantrags eine Chance auf den Zuschlag hätte.

- b)** Soweit schließlich die Gründe für die Auswahl der acht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bieter nicht hinreichend dokumentiert sind, vermag auch dies der ASt nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn zum einen ist diese nicht benachteiligt worden, da sie – wenn auch zu Unrecht – zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Zum anderen begründete ein solcher Dokumentationsmangel keine Notwendigkeit, das Verfahren in ein Stadium vor Abgabe der Teilnahmeanträge zurückzusetzen, vielmehr würden deren erneute Prüfung und die sorgfältige Dokumentation der Auswahlentscheidung den Vergabefehler beseitigen. Bei zutreffender

Bewertung des von der ASt eingereichten Teilnahmeantrags dürfte die ASt indes nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Eine verbesserte Zuschlagschance erhalte die ASt somit nicht.

Es bleibt daher dabei, dass die Zuschlagschancen der ASt durch die vom Ag begangenen Vergabefehler nicht beeinträchtigt worden sind.

Der Nachprüfungsantrag kann daher in der Sache keinen Erfolg haben.

C.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Ag auf § 128 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Kosten der Bg hat die ASt in entsprechender Anwendung der §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO zu erstatten, weil sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt und die Bg sich darüber hinaus durch eigene Schriftsätze, die Stellung eigener Anträge und die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (vgl. hierzu Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 5. August 2005 – Verg 31/05, vom 15. Mai 2005 - Verg 12/03; vom 29. April 2003 - Verg 47/02). Die Bg hat damit ein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und ist im Verhältnis zur ASt als obsiegende Partei anzusehen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeit anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

D.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung be-

ginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebe-
gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer an-
gefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweis-
mittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsan-
walt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentli-
chen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabe-
kammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.
Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht
auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die
Beschwerde verlängern.

Burchardi

Sturhahn