

VK 3 - 141/06

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Lieferung von Gemüse und Obst (frisch), Auftragsnummer ..., Los ..., Los ... und Los ..., hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Reetz auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 2006 am 12. Dezember 2006 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in der Ausschreibung mit der Bearbeitungsnummer ..., Lose ... und ..., den Zuschlag zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt gegenwärtig unter der Bearbeitungsnummer ... ein Offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Lebensmitteln an ... durch. Die Ausschreibung ist in Lose aufgeteilt. Die Lose ... und ... betreffen die Lieferung von Frischobst und –gemüse innerhalb bestimmter Regionen. Angebote konnten auf ein oder mehrere Lose abgegeben werden.

- a) Unter Ziff. III.2) „Teilnahmebedingungen“ der Bekanntmachung war Folgendes aufgeführt:

„III.2.1) Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

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

Erklärung des Bieters, der Bietergemeinschaft:

- dass über das Vermögen kein Insolvenzverfahren oder vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt ist oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist.
- dass er/sie sich nicht in Liquidation befindet.
- dass keine schweren Verfehlungen vorliegen, die die Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellen.
- dass er/sie seiner/ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie von Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung nachgekommen ist.

Rechtslage – Geforderte Nachweise:

- Handelsregisterauszug.
- Eintrag in die Handwerksrolle oder gleichwertiges aus dem Herkunftsland.

III.2.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

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

- ...

- Der Auftraggeber behält sich eine Betriebsbesichtigung vor Zuschlagserteilung vor.

III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit

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

Erklärung über ausreichende Transportkapazität und Produktionskapazität“.

- b) U.a. die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) haben fristgerecht Angebote auf die Lose ... und ... abgegeben. Keinem der auf diese Lose abgegebenen Angebote waren die o.g. Erklärungen i.S.d. III.2.1) und III.2.3) der Bekanntmachung beigefügt.

Neben dem Formular „Öffnungsniederschrift“ enthält die Vergabeakte für jedes Los eine „Bieterübersicht“ mit Namen und Anschriften sowie eine zweiseitige „Auswertung Angebote“ (Blatt 356 – 359, 556 – 559 und 741 - 744 der Akten). In der letztgenannten Auswertungstabelle (Datum 14. September 2006) werden unter der Überschrift „Bieter mit vollständiger Angebotsabgabe“ drei bzw. vier Bieter genannt. Die Bg steht bei sämtlichen o.g. Losen an erster, die ASt an dritter bzw. vierter Stelle. In den beiden weiteren Spalten der Tabelle ist der „Angebotswert“ des betreffenden Bieters aufgeführt sowie die jeweilige „Differenz“ zum Angebotswert der Bg. In einem zweiten Abschnitt dieses Auswertungsblattes werden unter der Überschrift „Bieter mit unvollständiger Angebotsabgabe“ weitere Bieter erwähnt, jeweils mit ihrem Angebotspreis und unter Aufzählung der im Hinblick auf das Leistungsverzeichnis „fehlenden Posten“. Im letzten Abschnitt dieses Blattes sind die Namen und Adressen weiterer „Bieter ohne Angebotsabgabe“ angegeben.

- c) Mit Schreiben gemäß § 13 VgV vom 25. Oktober 2006 teilte die Ag der ASt mit, dass der Zuschlag nicht auf ihr Angebot erteilt werden könne, weil die Bg das „wirtschaftlichste gültige“ Angebot abgegeben habe. Der Rüge der ASt vom 6. November 2006 half die Ag nicht ab.

2. Mit Schriftsatz vom 13. November 2006 stellte die ASt einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer des Bundes. Der Nachprüfungsantrag wurde der Ag am 15. November 2006 zugestellt.

- a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Zur Begründung trägt sie vor, das Schreiben gemäß § 13 VgV genüge nicht den gesetzlichen Voraussetzungen und sei daher unwirksam. Die hierin gewählte Formulierung sei unzulässig, nicht eindeutig, nicht nachvollziehbar und erwecke bei der ASt den Eindruck, dass sie ein nicht gültiges Angebot abgegeben habe. Der Ausschluss ihres Angebots sei vergaberechtswidrig und könne nicht auf § 25 Nr. 1 VOL/A gestützt werden. Die ASt meint außerdem, das Vergabeverfahren sei formal fehlerhaft, weil die ausgeschriebenen Antragsunterlagen unvollständig, nicht eindeutig und nicht hinreichend bestimmt seien. Der zweite formale Fehler bestehe darin, dass bei der Bg die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Auditierung nicht stattgefunden habe. Ferner seien die Angebotsunterlagen der Bg unvollständig, so dass die Bg auszuschließen sei. Die Bg sei insbesondere nicht leistungsfähig, sie verfüge nicht über das notwendige Personal, den notwendigen PkW, nicht über die notwendige Sachkunde sowie nicht über die behördlichen Genehmigungen. Die Prüfung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Angebote sei in der Vergabeakte zu vermerken.

Hinsichtlich der Vollständigkeit der von ihr selbst mit dem Angebot vorzulegenden Eignungsnachweise trägt die ASt in der mündlichen Verhandlung vor, sie habe alle Nachweise vorgelegt, die in der Angebotsaufforderung genannt worden seien. Darauf, dass in der Bekanntmachung hiervon möglicherweise abweichende Nachweise genannt worden waren, komme es nicht an.

Das Angebot der Bg ist nach Auffassung der ASt ferner deshalb auszuschließen, weil es entgegen § 21 VOL/A nicht vollständig die geforderten Preise enthalte. Im Bereich „Tomaten“ habe die Bg ein falsches Angebot abgegeben und der Ausschreibung nicht entsprochen. Sowohl für Tomaten als auch für Cocktailtomaten (Artikelgruppe 01) hätten Festpreise für die gesamte Vertragsdauer von zwei Jahren angegeben werden müssen. Nur für die Produktgruppe 02 gelte der Marktpreis, der täglich durch die ZMP GmbH (Zentrale Markt- und Preisberichtsstelle) festgestellt werde, zuzüglich individueller Zuschläge, die sich aus dem von den Bietern auszufüllenden „Marktpreisformular“ ergäben. Dieses Formular habe die Bg im Gegensatz zu der ASt nicht abgegeben. Bei der Angebotsauswertung sei die Ag bei Tomaten und Cocktailtomaten im Falle der Bg von einem wöchentlich variablen ZMP-Preis ausgegangen, bei der ASt jedoch

von dem von ihr angebotenen Festpreis. Je nach ZMP-Preis der betreffenden Kalenderwoche ergebe sich hierbei für die Bg ein Preisvorteil. Bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens hätte die ASt und nicht die Bg in allen Losen das preisgünstigste Angebot abgegeben.

Des Weiteren seien die Zulieferer der Bg nicht überprüft worden. Die Auffassung der Ag, dass die Bg keine Zulieferer habe, sei für die Lieferung von Kartoffeln unzutreffend. Dieser Zulieferer sei nicht auditiert und von der Bg nicht in den Ausschreibungsunterlagen angegeben worden. Die Entscheidung, der Bg den Zuschlag zu geben, sei daher nicht nachvollziehbar und möglicherweise willkürlich.

Ferner sei die Bg wegen einem ungewöhnlich niedrigen Angebot gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2, 3 VOL/A auszuschließen. Aus den Vergabeakten sei nicht zu erkennen, dass die Ag die Angebotspreise der Bg überprüft habe. Zudem sei das Angebot der Bg bei den Tomaten ein Dumpingpreis, auf jeden Fall jedoch ein Unterpriß, der im Jahresdurchschnitt nicht zu erfüllen sei. Hierdurch habe sich die Bg einen unerlaubten Wettbewerbsvorteil verschafft.

Schließlich meint die ASt, das Auswahlverfahren sei voreingenommen, unfair und aufgrund sachfremder Erwägungen durchgeführt worden. So sei ihr von mehreren Anlieferstellen der Ag, die sie seit zwei Jahren beliefere, bereits vor Angebotsschluss mitgeteilt worden, dass sie ab dem 1. Dezember nicht mehr tätig werden würde. Ein Küchenchef habe ihr sogar mitgeteilt, dass der Name des neuen Lieferanten bereits bekannt sei und Bestellungen bereits dorthin gegeben werden würden. Dies habe die ASt auch unverzüglich gegenüber der Ag gerügt. Wenn der ASt etwas vorzuwerfen sei, hätte die Ag ihr Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Die ASt vermutet, dass die Ag voreingenommen sei, zudem deshalb, weil ein Vertreter der Ag bei einer Auditierung der ASt vor einem Jahr geäußert habe, er werde dafür sorgen, dass die ASt den nächsten Zuschlag nicht erhalten werde.

Ein weiterer Vergaberechtsverstoß bestehe darin, dass die ASt trotz Nachfrage nicht an der Öffnung der Angebote habe teilnehmen dürfen. Die im Rahmen der Akteneinsicht überlassene Niederschrift über die Eröffnung der Angebote erfülle außerdem nicht die Formalien des § 22 VOL/A.

Hierüber hinaus handele die Ag rechtswidrig, da sie es abgelehnt habe, der ASt als bisherigem Lieferanten die Fortführung des Vertrags, der am 30. November 2006 ausgelaufen sei, zu ermöglichen. Die Ag hätte drei Angebote einholen und dabei sowohl den Vorlieferanten als auch regionale vorhandene Lieferanten berücksichtigen müssen. Dies habe die Ag jedoch nicht getan, vielmehr liefere seit dem 1. Dezember 2006 bereits die Bg Waren an die Ag.

Hinsichtlich der Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, trägt die ASt vor, als mittelständisches Unternehmen verfüge sie angesichts der komplexen und speziellen Rechtsfragen nicht über das zur zweckentsprechenden Durchführung dieses Verfahrens notwendige rechtskundige Personal.

Die ASt beantragt daher:

1. Die Ag zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen.
2. Im mündlichen Verhandlungsverfahren zusätzlich zu den bisher gestellten Angaben die Ag dazu zu verpflichten, die Regeln des Vergabeverfahrens einzuhalten und zunächst mit unterschiedlichen Tagesangeboten Preisauskünfte einzuholen und an den jeweils wirklich wirtschaftlich Günstigsten wochenweise einen Auftrag zu erteilen.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.
4. Der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

die Anträge der ASt zurückzuweisen.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil das Angebot der ASt nicht das wirtschaftlich günstigste gewesen sei. Nach Auswertung der Angebote im Gesamtlösungsprozess ... in Zusammenhang mit der Auswertung der Regionallose ... bis ... sei das Angebot

der Bg für das Gesamtlos ... das wirtschaftlichste Angebot. Hierbei sei die Addition der jeweils wirtschaftlichsten Angebote aus den Regionallosen ... und ... berücksichtigt worden.

Das Angebot der ASt sei bei der Auswertung berücksichtigt und nicht ausgeschlossen worden. Aus dem Schreiben gemäß § 13 VgV lasse sich nicht entnehmen, dass das Angebot der ASt ungültig sei, sondern nur, dass es nicht für den Zuschlag vorgesehen wurde.

Die Ag bestreitet, dass eine ihrer Mitarbeiterinnen der ASt mitgeteilt habe, dass deren Angebot das preislich günstigste sei. Entgegen des Vortrags der ASt müssten nach der Ausschreibung auch nicht alle Bieter auditiert werden; die Ag habe sich lediglich vorbehalten, vor Vergabe des Zuschlags eine Betriebsbesichtigung vorzunehmen. Sowohl die Bg als auch die ASt seien bereits auditiert worden, die jährliche Auditierung der ASt vom Mai 2006 sei noch aktuell. Die Auditierungsunterlagen belegten, dass die Bg als Lieferant für die Ag geeignet sei. Die Zulieferer der Bg hätten nicht geprüft werden müssen, weil die Bg keine Zulieferer habe.

Die Bg habe auch sonst kein fehlerhaftes Angebot abgegeben. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht gefordert worden, dass für sämtliche Artikel der Gruppe 01 Festpreise anzugeben sind. Dies sei der ASt auch nicht gesagt worden. Für Gemüse, das wie unverarbeitete Tomaten und Cocktailtomaten zur unverarbeiteten Kistenware gehöre, könne ein Bieter daher auch den ZMP-Preis mit dem auf dem Ergänzungsblatt genannten Zu- oder Abschlag angeben. Die Bg habe dieses Ergänzungsblatt mit ihrem Angebot vorgelegt. Die Behauptung der ASt, dass sie ohne die Tomaten preisgünstiger gewesen sei als die Bg, sei ausweislich der Berechnungen der Ag unzutreffend.

Ferner habe die Bg keinen Dumpingpreis abgegeben.

Des Weiteren tritt die Ag der Behauptung der ASt entgegen, ihre Mitarbeiter in den Küchen wären vor Abschluss der Angebotsauswertung über den Stand der Ausschreibung informiert worden. Diese hätten der ASt daher auch keine fundierten Informationen geben können.

Ferner dürfe die ASt gemäß § 22 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A nicht an der Angebotsöffnung teilnehmen. Wie aus der entsprechenden Niederschrift ersichtlich, seien die Vorgaben über die Öffnung der Angebote eingehalten worden.

Im Übrigen verweist die Ag auf ihre Rügeantwort vom 8. November 2006, wonach das Angebot der ASt ebenso behandelt und ausgewertet worden sei wie die Angebote der anderen Bieter. Die Feststellung, ob ein Betrieb als Zulieferer für die Ag geeignet sei, erfolge nicht durch die Vergabestelle, sondern mittels Auditierung durch Veterinäre und Lebensmittelchemiker, die nicht in das Vergabeverfahren eingebunden seien. Dies sei auch bei der Bg so geschehen.

Die Ag teilt außerdem mit, dass sie die ausgeschriebene Leistung bis zur endgültigen Entscheidung über den Zuschlag im Rahmen der freihändigen Vergabe erteilt habe (§ 3 (4) f VOL/A). Im Preisvergleich der Bieter sei die Bg auch unter Zugrundlegung des nachträglichen Angebots der ASt, zu den bisherigen Vertragskonditionen zu liefern, die preisgünstigste gewesen.

- c) Durch Beschluss vom 17. November 2006 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese beantragt über ihren Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
 2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg für notwendig zu erklären;
 3. der ASt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Bg aufzuerlegen.

Die Bg schließt sich den Ausführungen der Ag an. Im Übrigen tritt sie der Behauptung der ASt entgegen, sie sei nicht leistungsfähig, nicht ordnungsgemäß überprüft worden und verfüge nicht über die erforderliche Sachkunde. Die Bg verfüge über 21 Kühl-LkW, 15 Hänger mit Kühlung und einen PkW-Park. Sie beschäftige 49 Mitarbeiter, verfüge über mehrere großvolumige Kühllhäuser und ihre Firma bestehe seit über 50 Jahren. Sowohl ihr Geschäftsführer als auch ihre Mitarbeiter verfügten über die entsprechende Sachkunde. Das Unternehmen der Bg habe einen Umsatz von ca. 21 Mio. € und beliebere wegen der herausragenden Qualität ihrer Produkte Krankenhäuser, Handelsketten,

Kantinen usw. Außerdem sei sie zertifiziert auf Higher Level in der Produktkategorie 5. Neben der gebotenen Fachkunde besitze die Bg auch die erforderliche Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit und lasse somit eine einwandfreie Ausführung des Vertrages erwarten.

Des Weiteren sei die Bg am 17. Oktober 2006 auditiert worden. Bei der erneuten Überprüfung am 17. November 2006 sei festgestellt worden, dass die Bg alle noch im vorherigen Gutachten genannten Mängel beseitigt habe. Im Übrigen habe die Ag in ihrer Ausschreibung nicht gefordert, dass alle Bieter auditiert sind, sondern habe sich lediglich eine Betriebsbesichtigung vor Zuschlagserteilung vorbehalten.

Schließlich meint die Bg, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten aus den gleichen Gründen notwendig geworden sei, wie sie die ASt für sich selbst vorgetragen habe.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen gewesen sind.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird Bezug genommen. In der mündlichen Verhandlung am 4. Dezember 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Die beabsichtigte Vergabe des Auftrags an die Bg verstößt gegen § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, da die Bg – ebenso wie alle anderen Bieter – nicht wie in der Bekanntmachung gefordert ihre Eignung nachgewiesen hat.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB), da nach ihrer Darstellung eine Verletzung eigener Rechte als möglich erscheint und ihr hierdurch ein Schaden zu entstehen droht.

Die ASt trägt im Wesentlichen vor, die Bg sei ungeeignet, weil sie nicht über das notwendige Personal sowie die notwendigen Fahrzeuge verfüge und nicht sachkundig sei. Sollte dies zutreffen, dürfe die Ag der Bg bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A nicht den Zuschlag erteilen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 22. Dezember 2004, VII-Verg 81/04, und vom 28. Juni 2006, VII-Verg 18/06).

Der Antragsbefugnis der ASt steht nicht entgegen, dass ihr eigenes Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen. Die ASt hat zwar nicht die gemäß Ziff. III.2.1) und III.2.3) der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise vorgelegt. Für die Frage, welche Eignungsnachweise beizubringen sind, kommt es entgegen der Auffassung der ASt wegen § 7a Nr. 2 Abs. 3 S. 1 VOL/A ausschließlich auf die Bekanntmachung an. Diese Vorgaben darf die Ag im Lauf des Vergabeverfahrens, z.B. in der Angebotsaufforderung, nicht ändern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 25. November 2002, Verg 56/02, und vom 13. Januar 2006, VII-Verg 83/05). Die ASt wäre daher bereits aus formellen Gründen nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zwingend auszuschließen, weil diese Nachweise fehlen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 22. Dezember 2004, VII-Verg 81/04, und vom 28. Juni 2006, VII-Verg 18/06). Dennoch ist es denkbar, dass der ASt durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden zu entstehen droht, da die Ag auf kein Angebot den Zuschlag erteilen darf: Kein Bieter hat nämlich die o.g. Eignungsnachweise vorgelegt, so dass alle Bieter zwingend auszuschließen sind. Bei Fortbestehen des Bedarfs, wovon hier auszugehen ist, kommt somit die Aufhebung dieser Ausschreibung gemäß §§ 26 Nr. 1 a), Nr. 5 VOL/A und die Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens in Betracht. Die ASt hat die Chance, sich hieran mit einem neuen, zuschlagsfähigen Angebot zu beteiligen. Dass sie bei ordnungsgemäßer Vorgehensweise der Ag bessere Chancen hat, den Auftrag egal in welchem Vergabeverfahren zu erhalten, reicht für einen „Schaden“ i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB aus (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

- b) Dass kein Bieter die geforderten Eignungsnachweise vorgelegt hat, hat die ASt erst im laufenden Nachprüfungsverfahren erfahren. Eine Rüge i.S.d. § 107 Abs. 3 GWB ist diesbezüglich entbehrlich, weil diese ihren Zweck, ein Nachprüfungsverfahren möglichst zu vermeiden, nicht mehr erfüllen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, aaO.).

Insoweit ist der Nachprüfungsantrag der ASt daher auf jeden Fall zulässig. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind nämlich, wie gerade bezüglich der Rüge schon der Wortlaut von § 107 Abs. 3 GWB zeigt (Unzulässigkeit des Antrags, „soweit“ die Rüge nicht unverzüglich erfolgte), für jeden Vergaberechtsverstoß gesondert zu prüfen (OLG Celle, Beschluss vom 12. Mai 2005, 13 Verg 5/05 m.w.N; OLG Koblenz, Beschluss vom 26. Oktober 2005, 1 Verg 4/05). Somit braucht nicht entschieden zu werden, ob die Rüge der ASt vom 6. November 2006 i.S.d. § 107 Abs. 3 GWB rechtzeitig erfolgte.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die ASt wird dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Ag der Bg unter Missachtung des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A den Zuschlag erteilen will.

Die Eignungsprüfung der Ag war vergabefehlerhaft. Die Ag hat eine Reihe von Eignungsanforderungen aufgestellt und diese gemäß § 7a Nr. 2 Abs. 3 S. 1 VOL/A in der Bekanntmachung angegeben. An diese Vorgaben ist die Ag gebunden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 25. November 2002 und vom 13. Januar 2006, jeweils aaO.). Sie ist nicht berechtigt, das Fehlen der Eignungsnachweise, wie hier geschehen, schlichtweg zu ignorieren und damit im Ergebnis – ohne sich mit diesem Sachverhalt auseinanderzusetzen – im Nachhinein de facto auf die Einreichung dieser Nachweise zu verzichten. Da kein Bieter die gemäß Ziff. III.2.1) und III.2.3) der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise mit seinem Angebot vorgelegt hat, hätte die Ag im Gegenteil alle Bieter gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zwingend ausschließen müssen (vgl. oben). Dies hat die Ag jedoch nicht getan. Vielmehr will sie der Bg den Zuschlag erteilen, weil diese im Vergleich zu den übrigen drei Bietern mit angeblich „vollständiger Angebotsabgabe“ das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

Dadurch, dass die Ag der Bg entgegen § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A den Zuschlag erteilen will, wird die ASt auch in ihren Rechten verletzt (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, aaO.). Diesbezüglich kommt es nicht darauf an, dass das Angebot der ASt selbst gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A auszuschließen ist. Dies nimmt der ASt nämlich nicht das sich aus § 97 Abs. 7 GWB ergebende Recht darauf, dass die Zuschlagserteilung an die Bg, deren Angebot mit demselben Mangel behaftet ist, unterbleibt (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, aaO.).

Da im vorliegenden Fall sämtliche Angebote gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A auszuschließen sind, wird die Rechtsverletzung der ASt durch die Anordnung beseitigt, dass die Ag keinem Bieter den Zuschlag erteilen darf (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, aaO.).

Auf die weiteren von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße kommt es nicht an, weil weder die Angebote noch die hierauf bezogene Wertungs- und Zuschlagsentscheidung der Ag Bestand haben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 S. 2 VwVfG. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen.

Zwar hat sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag in einen Interessengegensatz zu der Bg gestellt, indem sie u.a. vorgetragen hat, diese sei mangels Leistungsfähigkeit und Vollständigkeit ihres Angebots von der Wertung auszuschließen. Da die Bg jedoch das Verfahren nicht wesentlich gefördert hat, hat sie kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und somit kein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Sie ist daher nicht als unterliegende Partei anzusehen und somit nicht an den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und den notwendigen Aufwendungen der ASt zu beteiligen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 17. Mai 2004, VII – Verg 12/03 m.w.N., und vom 13. Juli 2005, VII – Verg 19/05).

IV.

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 beginnt, 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
angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und
Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Ver-
gabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwer-
defrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Be-
schwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Ent-
sche

Dr. Herlemann

Dr. Dittmann