

VK 3 - 153/06

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

wegen der Vergabe "Beschaffung von Druckerzeugnissen für die ..." hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Grotzfeld und den ehrenamtlichen Beisitzer Merath auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 2007 am 18. Januar 2007 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen selbst.

Gründe

I.

...

1. Die Antragsgegnerin (Ag) hat am ... 2006 die beabsichtigte Vergabe eines Rahmenvertrags zur Realisierung (von der Entwicklung bis zur Lieferung) von Druckerzeugnissen im offenen Verfahren bekannt gemacht.

Die Bekanntmachung enthält unter anderem folgende Festlegungen:

"III.2) Teilnahmebedingungen

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

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

- Handelsregisterauszug

III.2.1) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

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

- Eigenerklärung nach § 7 Nr. 5 VOL/A

III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit

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

....

- Auszug aus dem Gewerbezentralregister, der nicht älter als drei Monate sein darf,
- Bieter, die ihren Sitz nicht in der Bundesrepublik Deutschland haben, haben eine Bescheinigung des für sie zuständigen Versicherungsträgers vorzulegen

....."

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom ... 2006 enthielt als Anlage 2 die Teilnahmebedingungen mit folgenden Regelungen:

"2.3.2 Zuschlagsfrist (Bindefrist)

..... Bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist (...2006) ist der Bieter – soweit nicht zuvor durch Zuschlag ein Vertrag geschlossen ist – an sein Angebot gebunden."

Unter Punkt 3 der Teilnahmebedingungen waren die erforderlichen Anforderungen und Nachweise wie folgt aufgelistet:

- "- Der Bieter hat seine Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nachzuweisen durch eine rechtsverbindliche Eigenerklärung des Bieters gemäß § 7 Nr. 5 VOL/A (Anlage 4), die u.a. beinhaltet, dass der Bieter sich nicht in einem Insolvenz- oder vergleichbaren gesetzlichen Verfahren befindet und seine Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung ordnungsgemäß erfüllt hat,

.....

- ein Auszug aus dem Gewerbezentralregister, der nicht älter als drei Monate sein darf

- Bieter, die ihren Sitz nicht in der Bundesrepublik Deutschland haben, haben eine Bescheinigung des für sie zuständigen Versicherungsträgers vorzulegen
....."

Ein Handelsregisterauszug war hier anders als in der Vergabebekanntmachung nicht mehr gefordert.

Am Ende der Liste der vorzulegenden Nachweise war dann textlich hervorgehoben:

"dass Angebote, die die zuvor geforderten Nachweise und Anforderungen nicht beinhalten, zum Ausschluss führen."

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am ... 2006 gingen insgesamt 13 Angebote auf die genannte Ausschreibung ein. Die Antragstellerin (ASt) beteiligte sich durch fristgerechte Abgabe eines Angebots. Unter Ziffer 1.5 des Angebots heißt es:

"Auszug Gewerbezentralregister
Kopie ist als Anlage beigefügt"

Tatsächlich hatte die ASt an dieser Stelle jedoch ein Handelsregisterauszug beigefügt.

Die Ag schloss die ASt und alle weiteren Bieter, die ihrem Angebot keinen Gewerbezentralregisterauszug beigefügt hatten, gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A vom weiteren Vergabeverfahren aus. Mit am 30. November 2006 zugegangenen Schreiben vom 23. November 2006 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen wird, weil

"geforderte Nachweise fehlen".

Beabsichtigt sei die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der ... GmbH. Dies rügte die ASt mit Schreiben vom 6. Dezember 2006. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2006 übergab die ASt einen Gewerbezentralregisterauszug.

Am 8. Dezember 2006 überprüfte die Ag ihre Vergabeentscheidung und stellte fest, dass nur ein einziger Bieter, nämlich die Beigeladene (Bgl), alle geforderten Eignungsnachweise mit Angebotsabgabe vorgelegt hatte. Die Zuschlagsentscheidung wurde deshalb am selben Tag dahingehend abgeändert, dass nunmehr die Bgl den Zuschlag erhalten sollte. Gleichzeitig wurde in dem entsprechenden Vermerk auf die Erforderlichkeit der Bindefristverlängerung durch die Bgl hingewiesen. Mit einem am 12. Dezember 2006 eingegangenen Telefax bestätigte die Bgl, mit der Verlängerung der Bindefrist bis zum 27. Dezember 2006 einverstanden zu sein. Auf diesem Schreiben findet sich ein vom 11. Dezember 2006 datierter handschriftlicher Vermerk, wonach am 11. Dezember 2006 um die Bindefristverlängerung gebeten wur-

de. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2006 teilte die Ag der ASt die Abänderung ihrer Vergabeentscheidung insoweit mit, als nunmehr die Erteilung des Zuschlags an die Bgl erfolgen soll. Diese neue Vergabeentscheidung rügte die ASt gegenüber der Ag mit Schreiben vom 18. Dezember 2006. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2006 erklärte sich die Bgl mit einer Verlängerung der Bindefrist bis zum 14. Februar 2006 einverstanden.

2. Bereits am 14. Dezember 2006 hatte die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes gestellt. Diesen Antrag hat die Kammer am selben Tag zugestellt.

a) Die ASt ist der Auffassung, sie sei zu Unrecht von der weiteren Wertung ausgeschlossen worden. Bei ihrer Ausschlussentscheidung habe die Ag zu berücksichtigen, dass sie selbst durch die Formulierungen der Bekanntmachung und der Teilnahmebedingungen Verwirrung gestiftet habe. Es sei unklar geblieben, welche Registerauszüge tatsächlich gefordert gewesen seien. Zum einen seien die geforderten Registerauszüge in der Bekanntmachung und in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht identisch gewesen. Zum anderen sei auch nicht ausreichend spezifiziert gewesen, um welche Registerauszüge es sich handle. Irreführend sei zudem, dass der Gewerbezentralregisterauszug zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangt worden sei, denn hierüber gebe er keinerlei Auskunft. Die Vergabestelle könne nicht davon ausgehen, dass die Bieter den Unterschied zwischen Gewerbezentralregister und Handelsregister kennen. Es sei daher in der Bekanntmachung zu formulieren gewesen, dass "zum Nachweis der Zuverlässigkeit mit dem Angebot ein Auszug aus dem Gewerbezentralregister nach § 150 Abs. 1 GewO" vorzulegen sei.

Außerdem sei in der Bekanntmachung keine Möglichkeit eröffnet, dass ausländische Unternehmen eine dem Gewerbezentralregisterauszug gleichwertige Bescheinigung ihres Heimatlandes vorlegen. Versicherungsträger erstellten keine der Gewerbezentralregisterauskunft gleichwertige Bescheinigung. Dies begründe eine Diskriminierung, die es erfordere, die Vergabe im Ganzen aufzuheben. Jedenfalls aber sei eine europarechtskonforme Vergabe nur dadurch möglich, dass bei allen Bietern die – hier vorliegende – Eigenerklärung gemäß § 7 Nr. 5 VOL/A als Eignungsnachweis ausreiche.

Indem die Ag auf § 25 Nr. 2 VOL/A als Ausschlussgrund abstelle, werde nicht klar, ob die Ag wegen des fehlenden Gewerbezentralregistrauszuges von der Unzuverlässigkeit der ASt ausgehen wolle. Dies sei aber jedenfalls nicht gerechtfertigt. Die ASt sei der Ag seit langem bekannt und führe die ausgeschriebene Tätigkeit auch derzeit für die Ag aus. Die ASt habe das Handelsregister vorgelegt und zusätzlich durch die geforderte Eigenerklärung versichert, keine nach § 149 Gewerbeordnung zu registrierenden Verfehlungen begangen zu haben. Dies stehe in seiner Wertigkeit dem Inhalt eines Gewerbezentralregisters gleich. Eine Überprüfung der Richtigkeit der Angaben der Eigenerklärung sei für die Ag ohne besonderen Aufwand möglich, da sie selbst gemäß § 150a Nr. 4 Gewerbeordnung Registerauskunft erlangen könne.

Die ASt macht weiter geltend, die ganze Ausschreibung sei aufzuheben, weil die Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist nicht von allen Bietern und nicht rechtzeitig eingeholt worden sei. Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, wie ein auf den 11. Dezember 2006 datierter Vermerk über ein Telefonat vom 11. Dezember 2006 auf ein Schreiben gelange, das auf den Folgetag datiere. Die Vorgänge um die Verlängerung der Bindefrist seien daher offenbar nicht zureichend dokumentiert worden.

Die ASt beantragt daher,

1. die Antragsgegnerin anzuweisen, das Auswahlverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. die Hinzuziehung des Rechtsanwalts durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag vom 14.12.2006 als unzulässig abzulehnen.

Der Nachprüfungsantrag sei mangels Antragsbefugnis unzulässig. Der ASt drohe nämlich kein Schaden, da ihr Angebot wegen Fehlens geforderter Nachweise zwingend auszuschließen gewesen sei.

Eine Pflicht zur Nachforderung des bei der ASt fehlenden Gewerbezentralregistrauszuges bestehe nicht. Insoweit fehle es schon an der von der ASt behaupteten Unklarheit.

Der Gewerbezentralregisterauszug sei sowohl in der Bekanntmachung als auch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe eindeutig gefordert gewesen. Allein der in der Bekanntmachung noch geforderte Handelsregisterauszug habe in den Teilnahmebedingungen keine Erwähnung mehr gefunden. Darüber hinaus sei eine Diskrepanz zwischen Bekanntmachung und Aufforderung zur Angebotsabgabe dadurch aufzuklären, dass es allein auf die Anforderungen der Vergabebekanntmachung ankomme.

Der weitere geltend gemachte Vergaberechtsverstoß, die Anforderungen in der Vergabebekanntmachung seien unklar formuliert und begründeten eine Diskriminierung, sei nicht unverzüglich gerügt worden und die ASt sei daher mit diesem Vorbringen präkludiert. Darüber hinaus könne die ASt als inländische Bieterin nicht dadurch in ihren Rechten verletzt sein, dass die von ausländischen Bietern vorzulegenden Eignungsnachweise unklar seien.

Der Verlängerung der Bindefrist habe die Bgl mit Schreiben vom 12. Dezember 2006 zugestimmt, so dass ein zuschlagsfähiges Angebot vorhanden sei.

- c) Durch Beschluss vom 21. Dezember 2006 ist die Bgl zum Verfahren hinzugezogen worden.

Sie weist darauf hin, dass aus ihrer Sicht eine Unklarheit hinsichtlich der geforderten Nachweise nicht bestanden habe.

In der mündlichen Verhandlung am 11. Januar 2007 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig. Soweit er zulässig ist, ist er unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach §§ 100 Abs. 1, 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da sich der Nachprüfungsauftrag auf einen dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der für Dienstleistungen einschlägigen Schwellenwerte (§ 2 VgV) bezieht.
- b) Die ASt ist nur teilweise antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Antragsbefugt nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Soweit sich die ASt darauf beruft, es sei in der Bekanntmachung keine Möglichkeit eröffnet, dass ausländische Unternehmen eine dem Gewerbezentralregisterauszug gleichwertige Bescheinigung ihres Heimatlandes vorlegen (vgl. § 7a Nr. 2 Abs. 4 VOL/A), so macht sie keine Verletzung in ihren eigenen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB geltend, weil ein Recht auf eine entsprechende Formulierung der Bekanntmachung allein im Interesse der ausländischen Bieter eröffnet ist. Sie als inländische Bieterin konnte den geforderten Nachweis ohne weiteres erbringen und ist damit durch die Nachweisanforderungen für ausländische Bieter nicht beschwert. Das Verfahren vor der Vergabekammer ist nämlich kein objektives Beanstandungsverfahren, die Geltendmachung subjektiver Rechte Dritter ist nicht möglich (Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 2. Aufl., § 107 Rz. 21 und 22).

Im Übrigen ist die ASt antragsbefugt, denn sie wendet sich hier gerade gegen den ihrer Auffassung nach unberechtigten Ausschluss ihres Angebots. Unterstellt, ihr Vortrag sei zutreffend und das Angebot zu Unrecht von der weiteren Wertung ausgeschlossen worden, so wäre das Angebot der ASt bei der Wertung zu berücksichtigen und hätte daher Aussichten auf den Zuschlag.

- c) Mit ihrem Vorbringen, die Bekanntmachung sei nicht hinreichend eindeutig formuliert gewesen, ist die ASt allerdings gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB präkludiert. Aus der Bekanntmachung selbst war nämlich erkennbar, dass die Ag sowohl einen Handelsre-

gisterauszug als auch einen Gewerbezentralregisterauszug (ohne Bezugnahme auf § 150 GewO) fordert. Für den Bieter, der den Unterschied zwischen den beiden Registerarten nicht kennt, muss schon hierdurch eine Unklarheit begründet worden sein. Die ASt hätte sich daher gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist am ... 2006 mit einer diesbezüglichen Rüge an die Ag wenden müssen. Darauf, ob die ASt die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße als solche positiv gekannt hat, kommt es – wie auch der Vergleich mit dem insoweit abweichenden Wortlaut des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zeigt – gerade nicht an.

Die übrigen geltend gemachten Vergaberechtsverstöße hat die ASt auf das Schreiben der Ag gemäß § 13 VgV vom 23. November 2006, das bei der ASt am 30. November 2006 eingegangen ist, unverzüglich i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB mit Schreiben vom 6. Dezember 2006 gegenüber der Ag gerügt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

- a) Die Ag hat das Angebot der ASt zu Recht ausgeschlossen. Das Angebot der ASt ist gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zwingend auszuschließen, weil ihm nicht wie gefordert bei Angebotsabgabe ein Gewerbezentralregisterauszug beigelegt war.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur die Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) besitzen. Die Ag hat in der Bekanntmachung und in den Teilnahmebedingungen zum Nachweis der Eignung unter anderem die Vorlage eines Auszugs aus dem Gewerbezentralregister, der nicht älter als drei Monate sein darf, mit Angebotsabgabe gefordert. Sie hat klar darauf hingewiesen, dass Angebote, die die geforderten Nachweise nicht beinhalten, zum Ausschluss führen. Die ASt hat den geforderten Gewerbezentralregisterauszug unstreitig nicht mit Angebotsabgabe vorgelegt. Damit hat sie den geforderten Eignungsnachweis nicht erbracht und ist mit ihrem Angebot gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zwingend auszuschließen.

Ob die ASt materiell für die Ausführung der Leistung geeignet ist und sich dies möglicherweise aus anderen vorzulegenden Nachweisen oder sonstigen, der Ag zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ergibt, ist unerheblich. Die Ag hat mit dem Erfordernis der Vorlage eines Gewerbezentralregisterauszugs ein formelles Eignungskriterium aufgestellt und ist an diese von ihr selbst festgelegte Anforderung gebunden. Irgendein Entscheidungsspielraum steht ihr insoweit nicht zu. Der Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A ist nämlich gerade nicht – wie das Fehlen von Angaben und Erklärungen im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A – in das pflichtgemäße Ermessen der Ag gestellt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juni 2004 Verg 11/04; Beschluss vom 25. Mai 2005, VII-Verg 8/05; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20. Juli 2004, VK 3 – 80/04).

Auch ein Nachfordern fehlender Eignungsnachweise oder die Berücksichtigung des nach Angebotsabgabe eingereichten Gewerbezentralregisterauszuges seitens der Ag kommt nach dem Sinn und Zweck des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A nicht in Betracht, da sonst den Geboten der Transparenz und des chancengleichen Wettbewerbs des § 97 Abs. 1, 2 GWB nicht Rechnung getragen würde. Eine nachträgliche Anforderung oder die Berücksichtigung eines nachgeforderten Eignungsnachweises würde eine unzulässige Nachverhandlung i.S.v. § 24 Nr. 1 Abs. 1, Nr. 2 Abs. 1 VOL/A darstellen. Die Nachverhandlung ist dem Auftraggeber ausschließlich als eine Aufklärungsmaßnahme im engeren Sinne gestattet. Sie darf nicht dazu dienen, dem Bieter eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung seines Angebots zu ermöglichen; folglich können insbesondere nicht im Angebot fehlende, zwingende Angaben nachgeholt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Juli 2003, Az.: Verg 32/03).

Anders als die ASt meint war der Gewerbezentralregisterauszug auch wirksam gefordert. Die entsprechende Anforderung findet sich in der Vergabebekanntmachung und – gleichlautend – auch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Es besteht insoweit kein Widerspruch zwischen der Bekanntmachung und den der Aufforderung zur Angebotsabgabe beigefügten Teilnahmebedingungen. Zwar ist zutreffend, dass in der Bekanntmachung anders als in den Teilnahmebedingungen zusätzlich noch die Vorlage eines Handelsregisterauszuges gefordert war. Für die Bieter war damit möglicherweise nicht zweifelsfrei erkennbar, ob ein Handelsregisterauszug vorzulegen war. Die Pflicht zur Vorlage

des Gewerbezentralregisterauszugs und die Erkennbarkeit dieser Verpflichtung aus Bekanntmachung und Angebotsaufforderung wird dadurch aber nicht in Frage gestellt.

Die Forderung eines Gewerbezentralregisterauszuges stellt auch keine unzulässige Inländerdiskriminierung dar. Die von der ASt behauptete Ungleichbehandlung, die darin liegen soll, dass einem ausländischen Bieter – anders als der ASt – unter Umständen die Möglichkeit eröffnet wird, eine entsprechende Eigenerklärung abzugeben, besteht nicht. Die Einholung einer Auskunft aus dem Gewerbezentralregister ist für den inländischen Bieter eine mit wenig Aufwand und Kosten verbundene Formalität. Der ausländische Bieter hat gemäß § 7a Nr. 2 Abs. 4 VOL/A ebenfalls Formalitäten einzuhalten, nämlich Registereintragungen oder Bescheinigungen eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde seines Heimatlands einzuholen oder eine eidesstattliche Erklärung vor einem Notar, einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde abzugeben. Auch bei einer im Ausnahmefall zulässigen feierlichen Eigenerklärung muss eine Bescheinigung über die Echtheit dieser Erklärung ausgestellt werden. Es trifft demnach nicht zu, dass bei den ausländischen Bietern im Ergebnis geringere Nachweisanforderungen gelten als bei den inländischen Bietern. Darüber hinaus bedeutet die Auffassung der ASt, dass in jedem Fall, in dem eine Bescheinigung von einem ausländischen Bieter nicht erbracht werden kann, eine Eigenerklärung des ausländischen Bieters und – zur Vermeidung einer Inländerdiskriminierung – auch des inländischen Bieters genügen müsste. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass letztlich bei jedem europaweiten Vergabeverfahren von keinem Bieter irgendwelche formalisierten Nachweise verlangt werden könnten. Diese Konsequenz zieht aber das Europarecht gerade nicht (vgl. Art 45 und 46 Richtlinie 2004/18/EG vom 31 März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge).

- b) Die Erteilung des Zuschlags an die Bgl ist ohne Verstoß gegen Vergabevorschriften möglich, eine Aufhebung der Ausschreibung kommt nicht in Betracht.

Die Auftragsvergabe kann im vorliegenden Vergabeverfahren erfolgen, weil nicht alle Angebote unvollständig sind. Jedenfalls das Angebot der Bgl enthält nach den zutreffenden Feststellungen der Ag alle geforderten Nachweise und Erklärungen. Daher ist mit der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Bgl auch keine Ungleichbehandlung der ASt

verbunden. Die Ag hat vielmehr in Übereinstimmung mit § 97 Abs. 2 GWB alle Angebote gleichermaßen daraufhin überprüft, ob sie der Ausschreibung entsprechen, insbesondere ob die geforderten Eignungsnachweise mit Angebotsabgabe vorgelegt wurden. Sie hat aus dem Fehlen der Eignungsnachweise bei allen übrigen Bietern dieselben Konsequenzen gezogen, nämlich die Angebote ausgeschlossen.

Das Angebot der Bgl ist noch zuschlagsfähig. Abgesehen davon, dass die Erteilung des Zuschlags auch außerhalb der Zuschlags- und Bindefrist zulässig ist (2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 4. Januar 2001, VK 2 – 12/01), ist ein Vergaberechtsverstoß im Zusammenhang mit der Verlängerung der Bindefrist hier nicht erkennbar. Aus der Vergabeakte ergibt sich eindeutig, dass die Ag rechtzeitig vor Ablauf der Bindefrist am ... 2006 von der Bgl die Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist eingeholt hat. Bereits der Vermerk über die aktualisierte Vergabeentscheidung vom 8. Dezember 2006 enthält den Hinweis, dass die Verlängerung der Bindefrist erforderlich ist. Da die Bgl zu diesem Zeitpunkt der einzige noch in der Wertung verbliebene Bieter war, war es ausreichend, von ihr allein das Einverständnis mit der Verlängerung der Bindefrist einzuholen. Das entsprechende Schreiben der ASt ist als Telefax am 12. Dezember 2006, also vor Ablauf der in den Verdingungsunterlagen festgelegten Bindefrist bei der Ag eingegangen. Dass die Ag auf diesem Schreiben nachträglich vermerkt hat, dass die Zustimmung zur Bindefristverlängerung telefonisch abgefragt wurde, macht den Geschehensablauf ebenso wenig fragwürdig wie die Tatsache, dass dieser Vermerk falsch datiert wurde.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB.

Da die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag unterlegen ist, kann sie zur Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen herangezogen werden, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 154 Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO analog). Die entsprechenden Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall bereits deshalb nicht erfüllt, weil die Beigeladene keine Anträge gestellt und das Verfahren auch sonst nicht wesentlich gefördert hat. Sie hat daher kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und somit kein Prozesskostenrisiko

auf sich genommen (vgl. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. Mai 2004, VII – Verg 12/03 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob sich die ASt – wie für die Kostenerstattungspflicht zugunsten der Beigeladenen zusätzlich erforderlich – mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zu der Beigeladenen gestellt hat (Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 19. Februar 2002, Verg 33/01, und vom 29. Juni 2004, VII – Verg 21/04).

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, bei Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung 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 Vergabekammer. 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.

Dr. Herlemann

Grotzfeld