



Vergabekammer bei
der Bezirksregierung
Münster

Beschluss

- § 97 Abs. 1 GWB
- § 97 Abs. 2 GWB
- § 97 Abs. 4 GWB
- § 97 Abs. 5 GWB
- § 107 Abs. 2 GWB
- § 115 Abs. 2 GWB
- § 9a GWB
- § 17 Nr. 3 Abs. 2 Buchst. l) VOL/A
- § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. g) VOL/A
- § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A

Gestattungsantrag (Eilantrag)

– Abgelehnt wegen überwiegender Erfolgchancen des Nachprüfungsantrags
Antragsbefugnis/Rechtsschutzbedürfnis

- fehlt, wenn Grund für den Ausschluss des Angebots vorliegt.

Fehlen von Eignungsnachweisen

- bildet nur dann einen Ausschlussgrund, wenn diese auf transparente Weise entsprechend der VOL/A in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gefordert wurden; ansonsten kein Ausschluss.

Wiederaufnahme der Eignungsprüfung für einen einzelnen Bieter während des Nachprüfungsverfahrens:

- Kein nachträglicher Ausschluss, wenn Ausschlussgrund nicht zwingend ist und bereits bei der Eignungsprüfung hätte festgestellt werden können.

In dem Nachprüfungsverfahren gem. § 107 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wegen des Verfahrens zur Beschaffung von Schulbüchern für die Schulen der Stadt X

VK 18/03

der

Y...

Bevollmächtigte:

Antragstellerin

gegen die

Stadt X

vertreten durch

Antragsgegnerin

Weitere Beteiligte

1. A
2. B

Beigeladene
Beigeladene

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster am 21. August 2003 in der Besetzung

- | | |
|--|-------------------------------|
| 1. Regierungsdirektorin Ingeborg Diemon-Wies | als Vorsitzende, |
| 2. Oberregierungsrat Jörg Knebelkamp | als hauptamtlicher Beisitzer, |
| 3. Herr Thomas Mensing | als ehrenamtlicher Beisitzer |

entschieden:

1. Der Antrag der Antragsgegnerin, ihr zu gestatten, den Zuschlag für die strittige Auftragsvergabe nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen (Vorabgestattung), wird abgelehnt.
2. Über die durch den Gestattungsantrag entstandenen Kosten wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin, eine kreisangehörige im Regierungsbezirk Münster gelegene Stadt, beabsichtigt, durch ein als offenes Verfahren national und europaweit bekannt gemachtes Vergabeverfahren für die städtischen Schulen preisgebundene Schulbücher für die Schuljahre 2003/2004 und 2004/2005 zu beschaffen. Das Auftragsvolumen wurde auf 445.000,00 Euro pro Jahr geschätzt. Der Gesamtauftrag wurde auf 4 Lose aufgeteilt.

Die Antragstellerin wendet sich mit dem Nachprüfungsantrag gegen die Auswertung der Angebote und die Absicht der Antragsgegnerin, jeweils zwei Lose der Beigeladenen zu 1.) und der Beigeladenen zu 2.) zu übertragen.

Die Antragsgegnerin hat einen Antrag auf vorzeitige Zuschlagsgestattung nach § 115 Abs. 2 GWB gestellt.

2. In der am 05. März 2003 an das Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften übersandten Bekanntmachung, die nach dem Muster in Anhang A I der VOL/A Ausgabe 2000 verfasst war, heißt es unter 11.:

„Mindestbedingungen: Bescheinigungen der zuständigen Stellen des Mitgliedsstaates, aus denen hervor geht, dass der Unternehmer seine Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialbeiträge, Steuern, und Abgaben nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem er ansässig ist, erfüllt hat.

Erklärung über den Gesamtumsatz des Unternehmens und über den Umsatz mit Leistungen, die Gegenstand der Ausschreibung sind, in den letzten 3 Jahren.

Eine Referenzliste ist vorzulegen.“

Zu den Zuschlagskriterien heißt es unter 13.:

„Wirtschaftlichstes Angebot nach folgenden Kriterien: Preis, Kundendienst, Referenzen, sonstige Kriterien: Erfahrung und Zuverlässigkeit im Schulbuchgeschäft, regelmäßige und gleichmäßige Versorgung der Schulen mit Lernmitteln im Rahmen dieser Ausschreibung, schneller und unproblematischer Buchumtausch bei Bestellirrtümern ohne Kostenberechnung, kurzfristige Nachlieferung – auch einzelner Bücher – direkt zur Schule ohne Berechnung von Versand- und Portokosten“.

Die in nationalen Publikationen veröffentlichten Bekanntmachungen enthielten keine Angaben zu Mindestbedingungen oder Zuschlagskriterien.

3. Zusammen mit den Verdingungsunterlagen wurde an die Bewerber eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots versandt, nach der die Angebotsfrist bis zum 29.04.2003 lief und die Zuschlagsfrist bis zum 31.08.2003 läuft. Weiterhin war festgelegt, dass Nebenangebote und Änderungsvorschläge – außer über umweltfreundliche Leistungen – nicht zugelassen würden.

Die in der europaweiten Vergabebekanntmachung erfolgte Festlegung zu den Zuschlagskriterien wurde in der Aufforderung zur Angebotsabgabe wiederholt, nicht jedoch die Ausführungen zu den „Mindestbedingungen“.

Außerdem waren ein Formular für das Angebotsschreiben, eine dreiseitige Leistungsbeschreibung mit einer Bietererklärung und Bewerbungsbedingungen beigelegt. Keine dieser Unterlagen enthielt Hinweise zu den Mindestbedingungen.

In der Bietererklärung hatten die Bieter für die vier Lose jeweils einen prozentualen Nachlasssatz anzugeben. Desweiteren enthält die Bietererklärung den Zusatz: „Änderungen und Zusätze sind nicht zulässig und können zur Nichtberücksichtigung des Angebots führen.“ Für den Fall von Nachlieferungen sollten die Bieter in der Leistungsbeschreibung prozentuale Nachlässe entsprechend den Stufungen in § 7 Abs. 3 Buchpreisbindungsgesetz eintragen.

In den besonderen Vertragsbedingungen der Ausschreibungsunterlagen war unter 2.4 bestimmt, wie die Bücher sortiert und verpackt werden sollten und dass der Auftragnehmer die Kosten für die Auslieferung tragen sollte. Die Bieter konnten eintragen, ob sie die Abholung und Rücknahme der Fehlbestellungen mit Berechnung von Porto oder portofrei anbieten wollten. Eine weitere Klausel (2.5) enthielt die Verpflichtung des Auftragnehmers, im Laufe des Schuljahres anfallende Teilbestellungen innerhalb von 3 Werktagen durchzuführen; die Bieter sollten hier durch Ankreuzen festlegen, ob die Nachlieferung portofrei oder mit Berechnung von Porto erfolgen sollte. Des weiteren enthielten die besonderen Vertragsbedingungen Regelungen zur Abrechnung der Buchlieferungen, darunter ein Zahlungsziel von 30 Tagen nach Rechnungseingang. Zusätzlich hatten die Bieter einzutragen, ob sie sich bereit erklärten, den jährlich stattfindenden Lesewettbewerb an den Grundschulen der Antragsgegnerin durchzuführen.

3. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 29.04.2003 gingen 9 Angebote ein, die am 05.05.2003 geöffnet wurden.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot die angebotenen Nachlässe an den vorgesehenen Stellen eingetragen und sich dabei an die in § 7 Abs. 3 Buchpreisbindungsgesetz vorgeschriebenen Sätze gehalten. In den besonderen Vertragsbedingungen hat sie sich zur portofreien Rücknahme von Fehlbestellungen und zur portofreien Teilbestellung verpflichtet und die Bereitschaft ausgesprochen, den Lesewettbewerb durchzuführen. Die unter Nr. 11 der europaweiten Vergabebekanntmachung geforderten Unterlagen (Gesamtumsatz, Umsatz mit der Leistung, die Gegenstand der Ausschreibung ist, Bescheinigungen über das Zahlen von Sozialbeiträgen, Steuern und Abgaben sowie eine Referenzliste) waren in der Vergabeakte ebenso wenig auffindbar wie zusätzliche Angaben zum Unternehmen oder zur angebotenen Leistung.

Auch das Angebot der Beigeladenen zu 1.) enthielt eine mit § 7 Abs. 3 Buchpreisbindungsgesetz konforme Staffelung von Nachlässen und die Zusage der portofreien Rücknahme von Fehlbestellungen und portofreien Ausführung von Nachlieferungen sowie die Bereitschaft zur Durchführung des Lesewettbewerbs. Zu ihrem umfangreichen Anlagenkonvolut gehörte u.a. für jedes Los ein Ergänzungsschreiben, das jedoch durch sogenannte 2. Ergänzungsschreiben, die der Antragsgegnerin am 07.04.2003 zugehen, für ungültig erklärt wurden. In diesen 2. Ergänzungsschreiben unterbreitete die Beigeladene zu 1.) zahlreiche Angaben zu ihrer Arbeitsweise, so u.a. ein Zahlungsziel von 60 Tagen, Angaben zu Mitarbeitern, Lager- und Transportkapazitäten. In diesem Schreiben führt sie folgendes aus: „Dieses Ergänzungsschreiben ist deshalb nicht als Variante oder als Angebot zu werten. Vorrangig für die Bewertung sind die von ihnen zugesandten Angebotsunterlagen mit allen Anlagen (Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen, Erklärungen usw.), welche von uns ausdrücklich anerkannt werden und durch rechtsverbindliche Unterschrift bestätigt wurden.“

Die Beigeladene zu 2.) ist eine Bietergemeinschaft. Ihr Angebot weicht insofern von den Vorgaben des § 7 Abs. 3 Buchpreisbindungsgesetz ab, als sie für Auftragswerte bis zu 25.000,00 Euro für die Staffel von 26 bis 100 Exemplaren einen Nachlass von 12% - statt wie im Gesetz vorgesehen 10% - und für die Staffel von 101 bis 500 Exemplaren einen Nachlass von 13% - statt wie im Gesetz vorgesehen von 12% - angeboten hat. Im übrigen wurden die gesetzlich vorgeschriebenen Nachlässe geboten. Unterlagen nach Nr. 11 der europaweiten Bekanntmachung sind für die Beigeladene zu 2.) in der Vergabeakte nicht auffindbar. Auch diese Bieterin bot die Rücknahme von Fehlbestellungen und die Ausführung von Nachlieferungen portofrei an; sie erklärte sich ebenso bereit, den Lesewettbewerb auszuführen. In einem Begleitschreiben wurde „zu den in der Ergänzung zur Aufforderung der Abgabe eines Angebots abgefragten Service- und Kundendienstleistungen“ Angaben zur Anlieferung der Bücher unterbreitet und die Möglichkeit einer Betriebsbesichtigung für Schulklassen mit entsprechenden Erläuterungen zum Buch- und Verlagswesen sowie bei Beratungsbedarf Termine zur Abwicklung von Schulbuchbestellungen in Aussicht gestellt.

4. Die Antragstellerin nahm daraufhin die Prüfung und Wertung der Angebote vor, deren Ergebnis mit Datum vom 20. Mai 2003 vom Fachamt in das bereits angelegte Formular des Vergabevermerks eingetragen wurde. Ausweislich dieses Vermerks gab es keine Beanstandungen bei der formellen und sachlichen Angebotsprüfung, so dass alle neun Angebote für den Zuschlag in Betracht kämen. Zunächst war handschriftlich eingetragen worden, der Zuschlag solle auf die Angebote 2, 6, 7, 8 erteilt werden. Es handelte sich dabei um die Angebote der Beigeladene zu 1.) (Angebot 2), der Antragstellerin (Angebot 8) und zweier nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligter Bieter. Die diesbezügliche Eintragung wurde jedoch gestrichen. Ausweislich einer zweiten Eintragung sollten nunmehr die Angebote 2 (der Beigeladenen zu 1.) und 9 (der Beigeladenen zu 2.) zum Zuge kommen. Zur Begründung wurde eingetragen: „zwei gleiche Angebote, daher Aufteilung auf die Lose I und III bzw. II und IV“. Dieses Feld im Vergabevermerk wurde von der Sachbearbeiterin und ihrem Vorgesetzten unterschrieben, die bezeichneten Änderungen wurden nicht eigens abgezeichnet.

Ausweislich des Eingangsstempels wurde der formalisierte Vergabevermerk noch am 20. Mai 2003 dem Rechnungsprüfungsamt übergeben.

Erst am 07. Juli 2003 wurde vom Fachamt der Antragsgegnerin ein weiterer ergänzender Vermerk erstellt. In diesem formlosen Vermerk wurden unter der Überschrift „Referenzen“ für jeden Bieter die angegebenen Referenzen zusammengefasst. Unter der Überschrift „Kundendienst“ wurden für die Bieter stichpunktartig z. B. Mitarbeiterzahlen, Anzahlen von Kraftfahrzeugen, Lagerkapazitäten, Zahlungsziel (teilweise 30, teilweise 60 Tage) sowie Modalitäten der Auslieferung der Schulbücher und Auftragsbearbeitung aufgeführt.

Anschließend folgen einige Ausführungen zur Relevanz der einzelnen Angaben und eine Übersicht, in der zu den Kategorien

- Fachpersonal – fest angestellte Mitarbeiter,
- Service bei Lieferung - persönliche Betreuung,
- Lagerkapazität,
- umweltfreundliche Verpackung – Ortsnähe und
- Zahlungsziel

für die einzelnen Angebote durch Ankreuzen bzw. durch Angabe eines Zahlungsziels in Tagen eine pauschalierte Bewertung vorgenommen wurde.

Der Vermerk fährt fort, es ergebe sich, dass die Beigeladene zu 1.) und die Beigeladene zu 2.) den besten Kundendienst anböten und über ausgezeichnete Referenzen verfügten. Für die Beigeladene zu 2.) wurde auch noch die Möglichkeit genannt, Schulklassen-Betriebsbesichtigungen mit entsprechenden Erläuterungen zum Buch- und Verlagswesen

durchzuführen. Aus diesen Gründen und im Bemühen, möglichst gleichwertige Aufträge zu erteilen, böte sich an, der Beigeladenen zu 1.) den Auftrag für die Lose I und III und der Beigeladenen zu 2.) den Auftrag für die Lose II und IV zu erteilen.

Unter dem 08. Juli 2003 wurde der formalisierte Vermerk vom Rechnungsprüfungsamt unterzeichnet, wobei keine Bedenken gegen die Auftragsvergabe an die Beigeladene zu 1.) und die Beigeladene zu 2.) erhoben wurden.

Am 28.07. wurden die Bieter von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Beigeladene zu 1.) und die Beigeladene zu 2.) informiert. Als Gründe für die Auftragsvergabe an die beiden Beigeladenen wurde genannt, diese böten neben einer persönlichen Betreuung bei der Lieferung den umfangreichsten Kundendienst, die größten Lagerkapazitäten oder die längsten Zahlungsziele.

5. Daraufhin wandte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 29.07.2003 an die Antragsgegnerin, um die Vergabeentscheidung förmlich zu rügen. Die Ausschreibungsunterlagen, vor allem die besonderen Vertragsbedingungen, enthielten detaillierte Vorgaben und Abfragen zur Leistung. Der Detaillierungsgrad erwecke den Eindruck, dass kein zusätzlicher Informationsbedarf zum Thema Kundendienst etc. bestanden hätte. Aus Sicht der Antragstellerin habe es daher keinen Anlass gegeben, Angaben zum Kundendienstspektrum zu unterbreiten, zumal sie hätte befürchten müssen, dass diese Ausführungen als unzulässiges Nebenangebot gewertet worden wären. Die persönliche Betreuung bei der Auftragsabwicklung sei als Zuschlagskriterium in den Ausschreibungsunterlagen nicht abgefragt worden. Auch sei keine Aussage zur Lagerkapazität gefordert worden, und ein länger als vorgegebenes Zahlungsziel von 30 Tagen sei wegen der diesbezüglichen Festlegung in den Vertragsbedingungen und dem Verbot von Nebenangeboten nicht akzeptabel.

6. Am 06.08.2003 stellte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer, der von dieser am 07. August 2003 der Antragstellerin zugestellt wurde. Die von der Antragstellerin favorisierten zwei Bieter wurden durch Verfügung vom 11. August 2003 zum Verfahren beigeladen.

Mit Schriftsatz vom 14.08.2003 beantragt die Antragsgegnerin die Gestattung des vorzeitigen Zuschlags.

7. Die Antragstellerin beanstandet im Nachprüfungsverfahren, dass Eignungsprüfung und Angebotswertung unzulässig vermischt worden seien. Die bei der Angebotswertung herangezogene Lagerkapazität sei nicht als Zuschlagskriterium genannt worden und hätte allenfalls als Eignungskriterium berücksichtigt werden können.

Zudem sei für die Abfrage von Kundendienstleistungen, die über die in den Angebotsunterlagen enthaltenen Leistungen hinausgingen, in den Angebotsunterlagen kein Raum gewesen.

Das Zahlungsziel sei mit 30 Tagen festgelegt worden, deswegen könnten Angebote über ein längeres Zahlungsziel nicht zu einer besseren Bewertung führen.

Da Nebenangebote, soweit sie sich nicht auf umweltfreundliche Leistungen beziehen, durch die Vergabeunterlagen ausgeschlossen worden seien, könnten auch zusätzlich angebotene Kundendienstleistungen bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt werden.

Zusätzlichen Erläuterungen seien in den Angebotsunterlagen nur unter Hinweis auf ein Skonto, Nachlässe, Rabatte abgefragt worden.

8. Die Antragsgegnerin sieht keine Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags in der Hauptsache.

Der Nachprüfungsantrag könne nicht erfolgreich sein, weil der Antragsteller kein Rechtschutzbedürfnis besitze und das Vergabeverfahren nicht fehlerbehaftet sei.

Das Rechtschutzbedürfnis fehle, weil die Antragstellerin ihre Eignung nicht nachgewiesen habe, insbesondere nicht die geforderten Referenzen vorgelegt habe. Bei in der Zwischenzeit angestellten Erkundigungen bei drei Schulträgern sei von Unkorrektheiten bei der Auftragsausführung berichtet worden, was die Zuverlässigkeit der Antragstellerin nunmehr in Frage stelle.

Außerdem habe ihr Angebot keine Zuschlagschance, weil es keine Angaben zum Kundendienst enthalten habe, obwohl dies mit der Benennung des Kundendienstes als Zuschlagskriterium gefordert gewesen sei. Somit weise ihr Angebot keinerlei Vorzüge gegenüber den anderen Angeboten auf.

Dem könne die Antragstellerin nicht entgegenhalten, die Angebotsunterlagen seien insofern nicht eindeutig und erschöpfend oder sogar unverständlich. Mit dem Begriff „Kundendienst“ seien ersichtlich unselbstständige Leistungsmodalitäten gemeint gewesen, zu denen Angaben hätten gemacht werden können. Aus der Angabe dieses Kriteriums ergebe sich, dass Bieter hierzu individuelle Angaben und Erläuterungen unterbreiten müssten. Dies konnte in Nummer 10 des Angebots oder in einer besonderen Anlage erfolgen. Nr. 2.2 der Bewerbungsbedingungen würde Erläuterungen auf einer besonderen Anlage durchaus erlauben.

Die übrigen Bieter hätten dies auch so verstanden und erläuternde Angaben zum Kundendienst vorgelegt.

Wenn die Antragstellerin die Vergabeunterlagen für widersprüchlich hielt, hätte sie dies gegenüber der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren rügen müssen; jetzt sei sie mit diesem Vorbringen präkludiert.

Soweit die Berücksichtigung der Lagerkapazität und eines über 30 Tage hinausgehenden Zahlungsziels bei der Wertung unzulässig sei, führe dies nicht zum Ausschluss der betreffenden Angebote.

Es bestehe im übrigen ein überwiegendes Interesse an einer vorzeitigen Zuschlagsgestattung, weil die Lieferung der benötigten Bücher vor dem Schuljahresbeginn am 13.09.2003 für die Funktionsfähigkeit der Schulen unerlässlich sei und eine Verzögerung auf das Unverständnis der Schulen, Eltern und der Politik stoßen würde. Alte Klassensätze seien wegen Beschädigungen und Veralterung der Bücher nicht hinreichend vorhanden. Angesichts des Bildungsinteresses der Schüler und im Interesse der Gleichbehandlung von Schülern aus sozial schwachen Kreisen müsse das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin zurückstehen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

ihr zu gestatten, den Zuschlag für die strittige Auftragsvergabe nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen (Vorabgestattung).

9. Die Antragstellerin beantragt,

den Antrag der Antragsgegnerin auf vorzeitige Zuschlagsgestattung abzuweisen.

Es sei unzutreffend, dass die Antragstellerin nicht die geforderten Eignungsnachweise eingereicht habe. Wenn sie nun in der Vergabeakte fehlten, sei das nicht der Antragstellerin zuzurechnen. Gegen das Fehlen spreche, dass die Vorabinformation keinen Hinweis auf eine etwa

fehlende Eignung enthält. Zum Beleg dieser Behauptung hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren Nachweise zur Bieterreignung (mit Ausnahme einer Aussage zum Gesamtumsatz der letzten drei Jahre) vorgelegt, die mit dem Angebot auch beim Auftraggeber eingereicht worden seien.

Weiterhin bestreitet sie, dass die von der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren ange stellte Referenzabfrage eine mangelnde Eignung der Antragstellerin dokumentiere. Im Fall des ersten Schulträgers habe es ihr gegenüber keine Beanstandungen gegeben. Beim zweiten Schulträger seien Lieferverzögerungen auf verzögerte Verlagslieferungen zurückzuführen gewesen. Beim dritten Schulträger sei nur ein Mal statt eines bestellten Lehrbuchs ein Arbeitsheft ausgeliefert worden.

Da der Nachprüfungsantrag mit großer Wahrscheinlichkeit zum Erfolg führe, könne dem Gestattungsantrag nicht stattgegeben werden.

Die Antragsgegnerin habe gravierende Nachteile, die ein Abweichen von dieser Regel rechtfertigen könnten, nicht nachgewiesen. Dies gelte insbesondere für die Schulbücher für das Schuljahr 2004/2005, für die zu diesem Zeitpunkt keine Eilbedürftigkeit vorliegen könne. Erfahrungsgemäß seien in den Schulen auch Buchexemplare aus Vorgängerklassen verfügbar. Der jetzt bestehende Zeitdruck sei auf die verzögerte Bearbeitung der Vergabe durch die Antragsgegnerin zurückzuführen. Die Zeitersparnis durch einen vorzeitigen Zuschlag wirke sich nicht erheblich aus.

10. Die Beigeladene zu 2.) hat zum Gestattungsantrag nicht Stellung genommen, hat aber geäußert, dass sie ihr eigenes Angebot für das wirtschaftlichste halte.

11. Im übrigen wird auf die Vergabeakte und den im Nachprüfungsverfahren entstandenen Schriftverkehr verwiesen.

II.

1. Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster ist für die Entscheidung in diesem Verfahren zuständig, weil die Antragsgegnerin als Gemeinde der mittelbaren Landesverwaltung angehört, von ihr vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und die Antragsgegnerin – als Vergabestelle – ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpVf NRW).

2. Der Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags ist zurückzuweisen, weil kein überwiegendes Interesse an einer Zuschlagserteilung vor der Entscheidung in der Hauptsache besteht. Der Nachprüfungsantrag wird voraussichtlich erfolgreich sein.

2.1 Ein Gestattungsantrag ist erfolgreich, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen (§ 115 Abs. 2 Satz 1 GWB).

Gegen die vorzeitige Zuschlagsgestattung streitet bei der im Rahmen der Eilentscheidung anzustellenden Interessenabwägung nicht nur das wirtschaftliche Interesse des Unternehmens, das den Nachprüfungsantrag gestellt hat und seine Zuschlagschance zu verlieren droht. Vielmehr ist in die Interessenabwägung auch das öffentliche Interesse an der Rechtmäßigkeit der

Auftragsvergabe und der Einhaltung des Vergaberechts einzustellen (Thüringer OLG, Beschl. v. 14.11.01 – 6 Verg 6/01 – VergabeE C-16-6/01). Dieses steht einer Zuschlagsgestattung entgegensteht, wenn die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers bei der im Eilverfahren anzustellenden summarischen Prüfung offen zu Tage tritt und unschwer berücksichtigt werden kann. In einem solchen Fall wäre es mit einem rechtsstaatlichen Verfahrensverständnis nicht in Einklang zu bringen, wollte man die – fehlenden – Erfolgsaussichten in der Hauptsache außer Acht lassen (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 14.06.01 – WVerg 0004/01; VergabeE C-13-4/01).

2.2 Nach summarischer Prüfung ergeben sich keine durchgreifenden Zweifel an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags.

2.2.1 Der strittige Auftrag unterliegt der Vergabenachprüfung. Es handelt sich um einen Lieferauftrag über Schulbücher für einen Zeitraum von zwei Schuljahren mit einem Gesamtvolumen von geschätzt 890.000 EURO. Damit ist der einschlägige Schwellenwert von 200.000 EURO für Aufträge, die nicht dem Bund zuzurechnen sind (§ 2 Nr. 3 VgV), überschritten.

2.2.2 Die Antragstellerin besitzt die Antragsbefugnis (§ 107 Abs. 2 GWB).

Durch die Abgabe eines Angebots hat die Antragstellerin ihr Interesse am Auftrag dokumentiert.

Die Antragstellerin hat auch eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht, indem sie vorgetragen hat, dass Kundendienstleistungen, Lagerkapazitäten und langes Zahlungsziel in die Angebotswertung einbezogen wurden, obwohl Angaben hierzu in den Vergabeunterlagen nicht gefordert worden waren bzw. eine Abweichung vom vorgegebenen Zahlungsziel von 30 Tagen ausgeschlossen gewesen sei. Derartige Sachverhalte können Verstöße gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz (§ 97 Abs. 1, 2 GWB) bilden und Bieter in ihren Rechten verletzen.

Dass der beanstandete Sachverhalt ausweislich der Vorabinformation der Antragsgegnerin zum Zuschlag an Konkurrenten führen soll, bildet einen möglichen Schaden für die Antragstellerin, den sie in ihrem Nachprüfungsantrag hinreichend dargelegt hat.

2.2.3 Der Antragstellerin kann auch nicht eine Verletzung der Rügeobliegenheit entgegengehalten werden (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB).

Sie wendet sich gegen die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin, die ihr erst am 29.07.2003 bekannt gegeben wurde. Das an demselben Tag übermittelte Schreiben der Antragstellerin rügte die bezeichneten Sachverhalte ausdrücklich, ist somit sowohl inhaltlich bestimmt als auch unverzüglich ergangen (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB).

Dagegen lässt sich nicht einwenden, die Antragstellerin hätte für sie unklare Inhalte der Vergabeunterlagen bereits unverzüglich nach Erhalt rügen müssen und könne die vorgebrachten Rügen nunmehr – wegen Präklusion – nicht mehr erheben.

Dies trifft auf die Rügen betreffend die Lagerkapazitäten und das Zahlungsziel bereits deswegen nicht zu, weil die Vergabeunterlagen insofern eindeutig waren, als sie keine Angaben zu Lagerkapazitäten forderten bzw. das Zahlungsziel auf 30 Tage festlegten und die Zahlungsbedingungen nicht als Zuschlagskriterien angegeben waren.

Eine Präklusion besteht ebenso wenig hinsichtlich der Berücksichtigung von Kundendienstleistungen. Die Rügeobliegenheit wird nämlich nur dann ausgelöst, wenn ein Unternehmen einen Sachverhalt positiv als Rechtsverstoß erkennt. Bloße Zweifel oder der bloße Verdacht eines Vergaberechtsverstößes können die Rügeobliegenheit nicht auslösen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.08.01 – Verg 32/01, Beschl. v. 04.07.01 – Verg 20/01).

Im vorliegenden Verfahren ließen die Vergabeunterlagen durchaus die Deutung zu, nur die Angaben, ob Nachlieferungen portofrei ausgeführt, Fehlbestellungen portofrei zurückgenommen und der jährliche Lesewettbewerb durchgeführt werde, würden als Kundendienstleistungen berücksichtigt werden. Zwar mag es naheliegend gewesen sein, zu erwarten, dass die diesbezüglichen Aussagen der Bieter keine starke Differenzierung erlauben würden und zusätzliche Angaben zu Kundendienstleistungen gewünscht seien. Darin konnte eine vergaberechtswidrige Unklarheit gesehen werden. Dass die Antragstellerin diesen Sachverhalt vor der Vorabinformation als Rechtsverstoß bewertet hätte, kann aber nicht festgestellt werden.

Nachdem schon wegen der Angaben der Vergabeunterlagen zu den Kundendienstleistungen keine Rügeobliegenheit bestand, kann offen bleiben, ob ein Unterlassen der Rüge gegen die Vergabeunterlagen überhaupt zur Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags führen kann, der sich gegen die Angebotswertung wendet (in diesem Sinne: KG Berlin, Beschl. v. 10.10.02 – 2 KartVerg 13/02; NZBau 2003, 338).

2.2.4 Der Antragstellerin kann auch nicht wegen möglicherweise nicht eingereicherter Eignungsnachweise das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen werden.

Ein Unternehmen kann dann mangels Rechtsschutzbedürfnisses keinen Nachprüfungsantrag stellen, wenn es aus Gründen, die außerhalb des Gegenstands des Nachprüfungsantrags liegen, den durch das Nachprüfungsverfahren angestrebten Auftrag nicht erhalten kann und der Zuschlag auf ein zuschlagstaugliches Konkurrenzangebot zu erteilen ist. Denn das antragstellende Unternehmen kann dann keinen Vorteil aus einer Entscheidung der Vergabekammer erlangen.

So liegt der Fall aber hier nicht. Zwar ist mit der ständigen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (vgl. u.a. Beschl. v. 25.11.02 – Verg 56/02) davon auszugehen, dass ein Angebot auszuschießen ist, wenn der Bieter die vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise nicht zum angegebenen Zeitpunkt einreicht, weil dann die nach § 25 Nr. 2 VOL/A erforderliche Feststellung der Bietereignung, die grundsätzlich allein aufgrund der in der Vergabebekanntmachung genannten Eignungsnachweise durchzuführen ist, nicht möglich ist.

Im vorliegenden Verfahren ist zwischen den Beteiligten streitig, ob die Antragstellerin ihre Eignungsnachweise eingereicht hat. Dagegen spricht, dass die Antragsgegnerin bereits in ihrem Vermerk vom 07.07.2003 das Fehlen von Referenzen der Antragstellerin behauptet hat. Dieser Vermerk ist jedoch wegen seiner Zeitferne zur Angebotseröffnung am 05.05. nur bedingt aussagekräftig.

Selbst wenn die Eignungsunterlagen bei der Angebotseröffnung nicht vorgelegen haben sollten, hält die Vergabekammer einen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin im vorliegenden Verfahren nicht für zulässig, weil die Antragsgegnerin die Eignungsnachweise nicht entsprechend den Vorgaben der VOL/A angefordert hat und das etwaige Fehlen der Eignungsnachweise daher nicht (nur) der Antragstellerin sondern auch der Antragsgegnerin zuzurechnen ist.

Die Antragsgegnerin hat nämlich gegen Bekanntmachungsvorschriften verstoßen, auf deren Einhaltung die Antragstellerin einen Anspruch hat (§ 97 Abs. 7 GWB). Die Antragsgegnerin hat auf die Vorlagepflicht nicht auf die Weise hingewiesen, die in der VOL/A vorgeschrieben ist. Sie hat auf die Eignungsnachweise allein in der europaweiten, nicht aber in der nationalen Vergabebekanntmachung (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. m) VOL/A) sowie insbesondere nicht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 17 Nr. 3 Abs. 2 Buchst. 1) VOL/A) hingewiesen. Ein Bewerber muss aber darauf vertrauen können, dass die Bekanntmachungsvorschriften vollständig beachtet werden, insbesondere dass die Aufforderung zur Angebotsabgabe alle in der VOL/A genannten Angaben enthält und insofern vollständig ist. Insbesondere brauchte die Antragstellerin die Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht anhand der europaweiten Vergabebekanntmachung auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen.

Zwar erscheint der Begriff „Referenzen“ unter den Zuschlagskriterien, nicht jedoch mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass und welche Referenzen bereits mit dem Angebot einzureichen sind.

2.2.5 Die Antragsgegnerin kann auch nicht aufgrund der nachträglichen Kontaktaufnahme mit drei anderen Schulträgern geltend machen, dass die Antragstellerin nicht hinreichend zuverlässig sei.

Eine Änderung der Eignungsfeststellung zulasten eines Bieters ist, wenn die Eignungsprüfung abgeschlossen ist und insbesondere bei dem Bieter Vertrauen in den Bestand der Eignungsaussage geschaffen wurde, nur dann zulässig, wenn die Eignungsaussage aus zwingenden Gründen keinen Bestand haben kann und das Vertrauen des Bieters somit nicht schützenswert ist. Steht dem Auftraggeber jedoch ein Beurteilungsspielraum zu, ist er an die zuvor getroffene positive Eignungsaussage nach Treu und Glauben gebunden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.12.02 – Verg 45/02; Thüringer OLG, Beschl. v. 13.10.99 – 6 Verg 1/99, NZBau 2001, 39, 40).

Die Antragsgegnerin hat die Eignung der Antragstellerin bereits bei der Vergabeentscheidung festgestellt, als sie vermerkt hat, alle vorliegenden Angebote kämen für den Zuschlag in Betracht (Feld VI des Vordrucks Vergabevermerk). Das impliziert eine positive Eignungsaussage über die Antragstellerin, weil Angebote von Bietern, deren Eignung nicht positiv festgestellt wird, nicht für einen Zuschlag in Betracht kommen (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A). Die Antragsgegnerin hat auch bei der Antragstellerin schützenswertes Vertrauen in den Bestand der Eignungsaussage geschaffen, indem sie die Vorabinformation über die Zuschlagserteilung an die Konkurrenten mit Vorzügen derer Angebote, nicht aber mit einem Eignungsmangel der Antragstellerin begründet hat, obwohl der Wortlaut von § 13 Satz 1 VgV (... informiert ... über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots.) dies gefordert hätte.

Einen Eignungsmangel, der zwingend zum Ausschluss der Antragstellerin führt, bilden die beschriebenen Zuverlässigkeitsmängel nicht. Ein Auftraggeber besitzt bei der Eignungsprüfung einen Beurteilungsspielraum, der in der Vergabenachprüfung nur eingeschränkt überprüft werden kann. Soweit er nach einer zutreffenden Auswertung der Eignungsnachweise, zu der auch die Abfrage von Referenzen bei anderen Auftraggebern gehören kann, auf Sachverhalte stößt, die Zweifel an der ordnungsgemäßen Auftragsausführung zulassen, obliegt es dem Auftraggeber zu beurteilen, ob die Sachverhalte so gravierend sind, dass der betreffende Bieter für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt. Bei dieser Prognose und der zuvor durchzuführenden Auswertung hat der Auftraggeber den Gleichheitsgrundsatz zu beachten.

Dieser verbietet es grundsätzlich, eine Referenzabfrage nur bei einem Bieter und nicht etwa bei allen Bietern durchzuführen.

Danach wäre es möglicherweise zulässig gewesen, die Eignung der Bieter durch eine Abfrage bei anderen Schulträgern zu überprüfen und die Antragstellerin wegen der beschriebenen Mängel als nicht geeignet aus dem Vergabeverfahren auszuschließen. Ein zwingender Ausschlussgrund, der auch einen nachträglichen Ausschluss aus dem Verfahren erzwingt, liegt aber erst dann vor, wenn rechtliche Restriktionen, eine zuvor getroffenen Festlegung auf ein gewisses Mindest-Eignungsniveau oder Eignungsmängel vorliegen, die eine positive Beurteilung undenkbar erscheinen lassen.

Eine Änderung der Eignungsaussage ist auch nicht etwa deswegen zulässig, weil mit den eingeholten Auskünften ein neuer Sachverhalt vorläge. Die von den anderen Schulträgern mitgeteilten Mängel sind nicht erst nach der Eignungsprüfung entstanden, sie hätten vielmehr bei einer entsprechenden Eignungsprüfung vor der Angebotswertung festgestellt werden können.

Darüberhinaus ist zwischen den Beteiligten mit einer Ausnahme umstritten, ob es die behaupteten Mängel gegeben hat und ob die Ursachen hierfür bei der Antragstellerin oder den Buchverlagen liegt. Da derartige Hintergründe für einen Auftraggeber, der von den Mängeln selbst nicht betroffen war, nur unter erheblichen Schwierigkeiten aufzuklären sind, könnte ein Vergleich der Häufigkeit der Beanstandungen über die verschiedenen Bieter einen Anhalt für deren Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit geben. Dann wäre es aber eine Diskriminierung der Antragstellerin, wenn sie allein sich einer systematischen Referenzüberprüfung mit dem Risiko des Ausschlusses stellen müsste.

2.3 Der Nachprüfungsantrag ist bei summarischer Prüfung auch begründet.

2.3.1 Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt, weil die Angebotswertung fehlerhaft war. Die von der Antragstellerin beanstandeten Entscheidungsgründe durften allesamt nicht in die Wertung der Angebote eingehen.

2.3.2 Die Einbeziehung der Lagerkapazität in die Angebotswertung war unzulässig.

Die VOL/A verbietet es grundsätzlich, Eignungsgesichtspunkte bei der Zuschlagsentscheidung einzubeziehen. Dies ergibt sich aus den Regelungen des § 97 GWB und des § 25 VOL/A. Nach § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 VOL/A kommt es bei der Zuschlagsentscheidung auf die Wirtschaftlichkeit des Angebots an, nicht jedoch auf Eignungsmerkmale des Bieters. Diese sind in einem von der Zuschlagsentscheidung getrennten Verfahrensschritt zu prüfen und zu einer abschließenden Eignungsaussage zusammenzufassen, die dem Angebot des betreffenden Bieters die Zuschlagschance eröffnet – im Fall einer positiven Eignungsaussage – oder – im Fall einer negativen Eignungsaussage – verwehrt (§25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A). Bei der Zuschlagsentscheidung kann ein „Mehr an Eignung“ ein „Weniger an Wirtschaftlichkeit“ nicht ausgleichen (vgl. BGH, Urt. V. 08.09.98 – X ZR 109/96).

Die Lagerkapazität eines Unternehmens erlaubt eine Prognose zu der Frage, ob das Unternehmen in der Lage sein wird, den Lieferauftrag vertragsgemäß auszuführen. Sie stellt somit einen Eignungsgesichtspunkt dar. Die Lagerkapazität wurde jedoch nicht im Rahmen einer Eignungsprüfung getrennt von der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt, sondern - wie in der Vorabinformation mitgeteilt - tatsächlich in die Wertung der Angebotsinhalte einbezogen und fungierte mithin als Zuschlagskriterium.

Darüberhinaus war das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) verletzt, weil die Lagerkapazität weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium genannt worden war (§ 9a VOL/A, § 17 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. m) bzw. § 17 Nr. 3 Abs. 2 Buchst. 1) VOL/A).

2.3.3 Die Einbeziehung eines Zahlungsziels von mehr als 30 Tagen in die Angebotswertung war ebenfalls fehlerhaft.

Dies ergibt sich schon daraus, dass in den Vergabeunterlagen die Zahlungsbedingungen nicht als Zuschlagskriterium genannt worden waren und es der Antragsgegnerin durch das Transparenzgebot verwehrt ist, andere als die angegebenen Zuschlagskriterien anzuwenden (vgl. 2.3.2).

2.3.4 Ebenso verletzt die Heranziehung von Kundendienstleistungen, so wie sie von der Antragsgegnerin praktiziert wurde, die Antragstellerin ihren Rechten.

Im Rahmen des Transparenzgebots hat ein Auftraggeber die Vorgabe des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOL/A zu beachten, dass die geforderte Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben ist, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können und die Angebote miteinander verglichen werden können. Hält sich ein Bieter an die Leistungsbeschreibung und unterbreitet er die in den Verdingungsunterlagen geforderten Angaben, ist sein Angebot vollständig, wertbar und mit den anderen Angeboten vergleichbar. Es handelt sich dann um ein so genanntes Hauptangebot. Weil derartige Hauptangebote von der Leistung her i.d.R. nicht voneinander abweichen, ist der Angebotspreis häufig das einzige Zuschlagskriterium, anhand dessen Hauptangebote verglichen werden können.

Wünscht der Auftraggeber Angebote, die den Rahmen der Leistungsbeschreibung überschreiten, kann er die Bewerber ausdrücklich auffordern, Nebenangebote und Änderungsvorschläge einzureichen. Insbesondere dann, wenn Nebenangebote eingereicht werden, entsteht ein Spielraum für die Anwendung von anderen Zuschlagskriterien als den Angebotspreis. Angesichts des Transparenzgebots kann es dabei fehlerhaft sein, die Bewerber im Unklaren darüber zu lassen, welche Inhalte von Nebenangebote erwünscht und welche für den Auftraggeber uninteressant sind. Derartige Überlegungen können durch die Angabe von Zuschlagskriterien, aber auch durch entsprechende Hinweise in den Vergabeunterlagen offenbart werden.

Die Vergabeunterlagen sind, was die gewünschte Grundleistung betrifft, eindeutig und erschöpfend. Es geht um das Liefern preisgebundener Schulbücher für die Schuljahre 2003/2004 sowie 2004/2005 in vier Teillosen. Zur Grundleistung gehört, dass

- die Bücher nach gewissen Gesichtspunkten sortiert und frei Verwendungsstelle ausgeliefert werden (2.4 der Besonderen Vertragsbedingungen),
- die Liefertermine mit den Schulen abgestimmt werden (a.a.O.),
- Fehlbestellungen von der Schule abgeholt und kostenfrei zurückgenommen (a.a.O.),
- bei Teilbestellungen eine Lieferfrist von drei Tagen eingehalten wird (2.5),
- bestimmte Modalitäten bei der Abrechnung beachtet werden (2.6),
- darunter ein Zahlungsziel von 30 Tagen (2.6).

Im Rahmen der Grundleistung wurde als Varianten abgefragt, ob die Rücknahme von Fehllieferungen und die Durchführung von Nachlieferungen portofrei oder mit Berechnung von Porto erfolgen und ob der Bieter den jährlichen Lesewettbewerb durchführen würde.

Über diesen Rahmen für ein Hauptangebot hinausgehende Angebotsinhalte sind inhaltlich als Nebenangebote zu qualifizieren, im vorliegenden Vergabeverfahren aber nicht wertbar. Denn

die Antragstellerin hat in der Aufforderung zur Angebotsabgabe Nebenangebote und Änderungsvorschläge – soweit sie nicht umweltfreundliche Leistungen beinhalten – ausdrücklich ausgeschlossen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. g) VOL/A).

Dies ergibt sich auch aus dem letzten Satz der von den Bietern einzureichenden Bietererklärung: „Änderungen und Zusätze sind nicht zulässig und können zur Nichtberücksichtigung des Angebotes führen.“ Auch danach mussten die Bieter damit rechnen, dass zusätzliche Angebotsinhalte zum Bieterausschluss führen, zumindest aber für die Wertung ohne Bedeutung sind.

Die Tatsache, dass der Auftraggeber „Kundendienst“ als Zuschlagskriterium benannt hat und weitere Ausführungen getätigt hat, die unter den Begriff des Kundendienstes zu fassen sind, ändert daran nicht. Die Kriterien „schneller und unproblematischer Buchumtausch ohne Kostenberechnung“ sowie „kurzfristige Nachlieferung – auch einzelner Bücher – direkt zur Schule ohne Berechnung von Versand- und Portokosten“ haben Bezug zu den zu der Grundleistung abgefragten Varianten und konnten so verstanden werden, dass sie mit der Zusage der portofreien Ausführungen dieser Leistungen erfüllt seien.

Das Kriterium „regelmäßige und gleichmäßige Versorgung der Schulen mit Lernmitteln im Rahmen dieser Ausschreibung“ hatte zwar keinen Bezug zu den Verdingungsunterlagen und bleibt als Zuschlagskriterium ohne Bezug zu zulässigen Angebotsinhalten. Dies und die Verwendung des Begriffs „Kundendienst“ selbst können einen Bewerber veranlassen zu vermuten, dass weitere Kundendienstleistungen gewünscht seien. Angesichts der Hinweise, dass keine Zusätze zum Angebot zulässig sind und Nebenangebote ausgeschlossen sind, war aber auch die entgegengesetzte Vermutung, dass weitere Nebenleistungen nicht gewünscht sind, vertretbar.

Derartige Unklarheiten sind dem Auftraggeber zuzurechnen. Wenn unklare Vergabeunterlagen dazu führen, dass die Bieter ein unterschiedliches Verständnis von dem haben, was von ihnen erwartet wird, liegt darin ein Verstoß gegen das Transparenzgebot und eine Diskriminierung der betreffenden Bieter (§ 97 Abs. 1, 2 GWB, § 2 Nr. 2 VOL/A).

Im übrigen hat auch die Beigeladene zu 1.) die Vergabeunterlagen für unklar gehalten, wie die Tatsache zeigt, dass sie ihrem ersten Ergänzungsschreiben ein zweites Ergänzungsschreiben folgen ließ, in dem sie betonte, dass dieses Ergänzungsschreiben nicht als Variante oder Angebot zu werten sei.

Der Auftraggeber kann sich auch nicht durch eine Klausel in den Bewerbungsbedingungen, nach der er auf Unklarheiten hinzuweisen ist, von seiner Verantwortlichkeit für die Vergabeunterlagen befreien. Ein Verstoß der Antragstellerin gegen die Rügeobliegenheit, wegen der sie gehindert wäre, Unklarheiten in den Vergabeunterlagen und die sich daraus ergebenden Wertungsentscheidungen des Auftraggebers zu beanstanden, kann die Antragsgegnerin hier nicht geltend machen, da der Antragstellerin eine positive Kenntnis der diesbezüglichen Rechtsfehler vor der Angebotswertung nicht unterstellt werden kann (vgl. 2.2.3).

2.4 Die Vergabekammer hat – über den Vortrag der Antragstellerin hinaus – weitere gravierende Bedenken gegen eine Fortführung des Vergabeverfahrens und kann diese Bedenken ggf. in der Entscheidung in der Hauptsache aufgreifen, um auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken (§ 114 Abs. 1 Satz 2 GWB).

2.4.1 Das Vergabeverfahren krankt daran, dass bereits in der Anlage des Vergabeverfahrens die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Eignungsprüfung und Zuschlagsentscheidung nicht geschaffen wurden. Die Antragsgegnerin hat es versäumt, an sich von ihr für erforderlich gehaltene Eignungsnachweise – etwa zu Lagerkapazitäten, Fachpersonal, Transportkapazität

zitäten – in Bekanntmachung und Aufforderung zur Angebotsabgabe zu bezeichnen und ihre Angebotsunterlagen so zu gestalten, dass die Bieter von sich aus wertbare Nebenangebote über gewünschte Nebenleistungen abgeben konnten.

Eignungsnachweise, die in der europaweiten Bekanntmachung enthalten waren, wurden nicht ausdrücklich in der Aufforderung zur Angebotsabgabe mit den Angeboten verlangt.

Bei der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien wurden Eignungsgesichtspunkte wie Referenzen, Erfahrung und Zuverlässigkeit genannt.

Eignungsgesichtspunkte, zu denen keine Eignungsnachweise verlangt waren (Fachpersonal, Lagerkapazität), und auch der unzulässige Gesichtspunkt der Ortsnähe wurde in die Zuschlagsentscheidung einbezogen.

Im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung wurden Serviceleistungen gewertet, die von den Bietern – etwa der Beigeladenen zu 1.) – nicht als Nebenangebot verbindlich angeboten, sondern nur als Merkmal der Leistungsfähigkeit genannt worden sind. Dies verbietet sich, weil bei der Zuschlagsentscheidung nur konkrete Angebote verglichen werden können.

2.4.2 Bedenklich erscheint auch, dass bei den Bietern abgefragt wurde, ob sie den jährlichen Lesewettbewerb der Antragsgegnerin durchführen würden. Dieser dürfte mit erheblichem Aufwand verbunden sein, der den Rahmen zulässiger „handelsüblicher Nebenleistungen“ i.S.v. § 7 Abs. 4 Nr. 4 Buchpreisbindungsgesetz überschreitet.

2.4.3 Ebenso bedenklich erscheint es, von den Bietern die Bereitschaft zu verlangen, unbegrenzt Nachlieferungen und den Umtausch von Fehlbestellungen auf Kosten des Auftragnehmers anzubieten. Die Verantwortung für Fehl- und Nachbestellungen trägt der Auftraggeber. Der Auftragnehmer hat hierauf keinen Einfluss. Daher kann in dieser Bestimmung eine unzulässige Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses liegen.

3. Die Folgen für den Schulunterricht sind nicht so gravierend, dass die Erteilung des Zuschlags trotz der erheblichen Wahrscheinlichkeit des Erfolgs des Nachprüfungsantrags gestattet werden könnte.

Hinsichtlich der Schulbücher für das Schuljahr 2004/2005 ist eine Eilbedürftigkeit nicht ersichtlich. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin selbst vorgetragen, dass Schulbuchbestände in einem gewissen Umfang durchaus noch vorhanden sind. Verbleibende Lücken rechtfertigen eine vorzeitige Zuschlagsgestattung nicht. Das pädagogische Fachpersonal der Schulen ist in der Lage, Lücken in der Ausstattung mit Lehrmitteln für eine Übergangszeit zu überbrücken.

III.

Zitierte Rechtsvorschriften

Rechtsmittelbelehrung

Das Beschwerdegericht kann nunmehr auf Antrag des Auftraggebers unter den Voraussetzungen des § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB den sofortigen Zuschlag gestatten (§ 115 Abs. 2 Satz 2 GWB). Der Antrag ist schriftlich zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begrün-

dung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen.

Beschwerdegericht ist das Oberlandesgericht Düsseldorf (Vergabesenat), Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Diemon-Wies

Knebelkamp

Die Unterschrift des ehrenamtlichen Beisitzers ist nach der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Nordrhein-Westfalen nicht erforderlich.