



- 1)       XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          und dem
- 2)       XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**zu 2)** XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
des Landschaftsverbandes XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**zu 3)** XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**zu 4)** Bietergemeinschaft  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
bestehend aus der

- 1)       XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          und dem
- 2)       XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
          XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 2004 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den stellvertretenden hauptamtlichen Beisitzer Vogel und den ehrenamtlichen Beisitzer Mensing

am 02. Juli 2004 entschieden:

- 1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, nach Überprüfung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes der Beigeladenen zu 1) und der Fertigung eines schriftlichen Aktenvermerks über das Ergebnis, die Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.
- 2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer werden auf 3275 Euro festgesetzt.
- 3. Die Antragstellerin trägt 2/3 und die Antragsgegnerin 1/3 der Verfahrenskosten.
- 4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
- 5. Die Aufwendungen für die jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten werden gegeneinander aufgehoben.



In den Unterlagen der Antragsgegnerin befand sich mit dem Datum vom 13.05.2004 ein Musterrahmenvertrag für die Erteilung einer Konzession für die o.g. Vergabe, der nach Abschluss des Ausschreibungsverfahrens mit dem jeweiligen Vertragspartner geschlossen werden sollte. Dieser Musterrahmenvertrag war den Bietern nicht übersandt worden.

Aus dem Musterrahmenvertrag ergibt sich, dass die ausgewählten vier Konzessionsnehmer allein berechtigt und verpflichtet sein sollen, Leistungen der Sozialpädagogischen Familienhilfe nach § 31 KJHG für die Antragsgegnerin im Kreisjugendamtsbezirk Steinfurt in den nächsten drei Jahren zu erbringen.

Der Konzessionsnehmer hat diese Leistungen gegenüber einem Hilfeempfänger zu erbringen, sofern dieser einen Bewilligungsbescheid des Konzessionsgebers (Antragsgegnerin) vorlegt. Nach § 8 des Vertragsentwurfs übernimmt die Antragsgegnerin die von dem Hilfeempfänger zu zahlende Vergütung. Diese Vergütung wird berechnet nach den bewilligten und tatsächlich erbrachten Nettobetreuungsstunden, wobei im Vertragsentwurf das konkret vom Konzessionsnehmer mit seinem Angebot vorgelegte Entgelt für die Nettobetreuungsstunde eingetragen wird.

Die Auswahl des Konzessionsnehmers soll auf Vorschlag der Antragsgegnerin durch die Familie erfolgen, die den Antrag auf Hilfe nach § 31 KJHG gestellt hat. Anschließend erlässt die Antragsgegnerin den Bewilligungsbescheid gegenüber der hilfebedürftigen Familie und erklärt gegenüber dem Konzessionsnehmer, dass die Kosten aus dem Betreuungsvertrag mit dem Hilfesuchenden übernommen werden. Im Bewilligungsbescheid legt die Antragsgegnerin die Anzahl der Einsatzstunden pro Woche und den Bewilligungszeitraum fest. Von den Konzessionsnehmern wird erwartet, dass sie mit Beginn der Leistungserbringung ihren Sitz oder eine Geschäftsstelle im Kreis S. haben.

Mit Schreiben vom 18.02.2004 beanstandete der Caritasverband für die Diözese xxxxxxx e.V. erstmalig die Ausschreibung gegenüber der Antragsgegnerin.

Am 01.03.2004 vereinbarten drei Caritasverbände ihre Zusammenarbeit und schlossen sich zu der antragstellenden Bietergemeinschaft zusammen, um gemeinsam ein Angebot vorzulegen.

Mit Schreiben vom 04.03.2004, Eingang bei der Antragsgegnerin am 15.03.2004, rügte zunächst der Caritasverband xxxxxx e.V., der Mitglied der von der Antragstellerin gegründeten Bietergemeinschaft ist, formal das Verfahren u.a. mit dem Hinweis, dass das gewählte Ausschreibungsverfahren im Bereich der nachgefragten Leistungen gar nicht hätte begonnen werden dürfen, weil eine Ausschreibung der Leistungen nach dem Kinder- und Jugendhilfegesetz unzulässig sei. Weiterhin wurde gerügt, dass die in der Ausschreibung gemachten Vorgaben hinsichtlich der Leistungsbeschreibungen insgesamt zu unbestimmt seien. Ein schwerwiegender Grund gegen die Zulässigkeit der Ausschreibung sei auch darin zu sehen, dass die Bieter mindestens drei Mitarbeiter mit mindestens 50 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit fest anzustellen hätten. Diese Bedenken wurden erfolglos von den anderen beiden Mitgliedern der Bietergemeinschaft mit Rügeschreiben vom 10.03.2004, Eingang bei der Antragsgegnerin am 11.03.2004, und mit Rügeschreiben vom 12.03.2004, Eingang 15.03.2004, wiederholt.

Die Antragstellerin legte trotz ihrer Bedenken ein Angebot mit Schreiben vom 12.03.2004 vor, das am 15.03.2004 bei der Antragsgegnerin einging.

Die Öffnung der Angebote erfolgte am 16.03.2004. Aus den insgesamt 6 vorgelegten Angeboten ermittelte die Antragsgegnerin nach der Prüfung aller auftragsbezogener Umstände an-

hand der Kosten für die Nettobetreuungsstunden die vier preisgünstigsten Bieter und teilte diesen mit Schreiben vom 18.05.2004 mit, dass beabsichtigt sei, eine Rahmenvereinbarung mit ihnen zu schließen.

Die Antragstellerin lag mit ihrem Angebot auf den 5. Rang und soll mithin keinen Rahmenvertrag erhalten.

Sie rügte dann erneut mit anwaltlichen Schreiben vom 10.05. und 24.05.2004 erfolglos die Vergabe. Zusätzlich zu den bereits geltend gemachten Beanstandungen trug sie vor, dass Verstöße gegen §§ 5, 5b, 17, 17a VOL/A vorlägen und der Antragsgegnerin auch Wertungsfehler unterlaufen seien. Schließlich beantragte sie mit Schriftsatz vom 27.05.2004 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, das am 28. Mai 2004 durch die Kammer eingeleitet wurde.

Mit Beschluss vom 08. Juni 2004 erfolgte die Beiladung der vier Bieter, die einen Rahmenvertrag erhalten sollen.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, die Antragsgegnerin habe eine Auftragsvergabe im Rahmen eines offenen Verfahrens nach der VOL/A ausgeschrieben und müsse sich jetzt auch an die Vorschriften aus der Verdingungsordnung halten. Bei dem geplanten Musterrahmenvertrag handele es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB und nicht etwa um eine Dienstleistungskonzession. Denn die Vertragspartner würden einen festgesetzten Preis für ihre Leistungen von der Antragsgegnerin erhalten und müssten nicht auf eigenes Risiko und auf eigene Rechnung die Nutzung und Verwertung ihrer Leistungen vornehmen, indem sie beispielsweise von denjenigen, die die Hilfe in Anspruch nehmen, Nutzungsentgelte oder Gebühren verlangen. Da hier eine feste Vergütung gezahlt werde, könnten auch keine eigenen Gewinnchancen realisiert werden.

Weiterhin meint die Antragstellerin, ihrer Antragsbefugnis stehe nicht § 7 Nr. 6 VOL/A entgegen, da sie keine öffentliche Einrichtung im Sinne dieser Vorschrift sei. Davon erfasst würden nur öffentlich rechtliche Einrichtungen, die dem Staat zugeordnet werden könnten. Das wäre bei den Mitgliedern der Bietergemeinschaft nicht der Fall; vielmehr handele es sich um Verbände, die in kirchlicher Trägerschaft ständen.

Zudem meint die Antragstellerin, sie sei antragsbefugt, weil ihr ein Schaden dadurch drohe, dass von den ausgesuchten Bietern zumindest die Beigeladene zu 1) und die Beigeladene zu 2) keinen Anspruch auf den Zuschlag hätten. Bei Nichtberücksichtigung dieser Angebote und bei richtiger Wertung ihres eigenen Angebotes würde sie auf einen der vier vorderen Rangplätze vorrücken und damit reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags haben.

Das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei auszuschließen, weil diese nicht hinreichend wirtschaftlich leistungsfähig sei. Denn diese Bietergemeinschaft würde im Gebiet der Antragsgegnerin keinerlei Einrichtungen vorhalten, mit denen sie Leistungen der sozialpädagogischen Familienhilfe erbringen könne. Zumindest ein Teil der Beigeladenen zu 1) würde auch keine hinreichenden Referenzen vorweisen können.

Weiterhin meint die Antragstellerin, das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei auszuschließen, weil ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliege. Bei der Beigeladenen zu 1) handele es sich um einen kirchlichen Träger, der an die allgemein sich am BAT anlehenden geltenden Tarifverträge gebunden sei. Aus einem Vergleich mit dem Angebot der Beigeladenen zu 3), die ebenfalls der Diakonie zuzuordnen sei, würde sich ersehen lassen, dass die Beigeladene zu 1) erheblich günstiger angeboten hätte. Daraus könne nur ge-

geschlossen werden, dass die Beigeladene zu 1) entweder nicht nach den für den Träger einschlägigen Gehaltstarif zahlen werde oder die tarifliche Arbeitszeit nicht einhalten will.

Sie habe insbesondere die fallspezifischen Minderzeiten pro Mitarbeiter mit lediglich 15 % angegeben, wobei der Wert für Fahrtzeiten und Aktenführung mit lediglich 5 % angesetzt worden sei, was nach Auffassung der Antragstellerin unmöglich zu leisten sei. Dies würde bedeuten, dass an einem Arbeitstag die erforderliche Zeit für Dokumentationen und Fahrten insgesamt nur 23 Minuten betragen dürfe, wobei allerdings in der Regel 4 Familien pro Tag durch einen Mitarbeiter zu versorgen seien. Auch der Wert für die Verwaltungskosten sei bei der Beigeladenen zu 1) völlig unrealistisch in Ansatz gebracht worden.

Da das Angebot der Beigeladenen zu 1) insgesamt unauskömmlich kalkuliert worden sei, hätte die Antragsgegnerin zumindest eine Preisprüfung machen müssen, was aber nicht geschehen sei.

Der Preis der Beigeladenen zu 2) sei ebenfalls unauskömmlich, weil bei einer Preisabfrage im Bereich der Sozialpädagogischen Familienhilfe im Jahre 2001 festgestellt worden sei, dass die Beigeladene zu 2) deutlich höhere Preisvorstellungen hatte als zum gegenwärtigen Zeitpunkt. Unverständlich sei die Preisangabe der Beigeladenen zu 2) auch deshalb, weil sie ebenfalls an die gleichen Tarifstrukturen (BAT) wie die Antragstellerin gebunden sei. Die Beigeladene zu 2) habe zudem Verwaltungskosten und Sachkosten zusammen angegeben, obwohl diese nach der Kalkulation zu trennen gewesen seien. Sie habe zudem mit einem zu hohen Bruttostundensatz pro Mitarbeiter im Jahr kalkuliert, der unrealistisch sei, aber zu einem Preisvorteil führe. Auch hier hätte die Antragsgegnerin eine Preisprüfung durchführen müssen.

Die Beigeladene zu 2) sei auch deshalb auszuschließen, weil es sich dabei um einen Eigenbetrieb des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe handele und die öffentliche Hand nach § 7 Nr. 6 VOL/A nicht berechtigt sei, sich an einer Ausschreibung der vorliegenden Art zu beteiligen. Die Antragstellerin bestreitet, dass dieser Eigenbetrieb kostendeckend arbeite. Letztlich würde die Beigeladene zu 2) vom Landschaftsverband getragen und unterliege damit keinem Insolvenzrisiko. Die Beigeladene zu 2) werde auch personell durch den Landschaftsverband unterstützt, wie sich aus der Prozessführung ersehen lasse. Im Übrigen verweist die Antragstellerin auf § 4 Abs. 2 SGB VIII, wonach gerade die öffentliche Jugendhilfe keine eigenen Dienste und Einrichtungen anzubieten habe, wenn private und frei gewerbliche Träger in ausreichendem Maße vorhanden sind. Die durchgeführte Ausschreibung habe gezeigt, dass genügend andere Anbieter auf dem Markt vorhanden sind.

Zudem meint die Antragstellerin, sie hätte auch deshalb einen Schaden, weil die Antragsgegnerin ihre Zuschlagskriterien nicht eingehalten habe. Unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Pluralität hätte zumindest ein katholischer Träger berücksichtigt werden müssen, zumal die Bevölkerungsmehrheit im Auftragsgebiet zu mehr als 60 % katholisch sei. Demgegenüber habe die Antragsgegnerin zwei von der evangelischen Kirche getragene Einrichtungen ausgesucht, und zwar die Beigeladene zu 1) und zu 3), aber überhaupt keinen katholischen Träger.

Möglicherweise, so meint die Antragstellerin sei das Vergabeverfahren auch ganz aufzuheben, weil die Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht unstatthaft sei. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin auf ein Gutachten des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge vom 10.02.2004 und auf ein Rechtsgutachten von Neumann/Nieland/Philip „Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht“, auf die hiermit vollinhaltlich bezug genommen wird. Sie weist auch auf zwei Entscheidungen des Verwal-

tungsgerichts Münster mit den Aktenzeichen 5 L 756/04 und 5 L 728/04 hin, wonach nicht von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen sei, so dass auch insoweit das Kartellvergabe-recht keine Anwendung finden könnte.

Die Antragstellerin behauptet, ihre Rügen seien rechtzeitig erfolgt. Sie habe u.a. mit Schreiben vom 10.03.2004, also vor Ablauf der Bewerbungsfrist, die Verstöße gerügt und dabei auch die Bedenken des Diözesancaritasverbandes aufgegriffen. Dieser habe mit Schreiben vom 12.08.2003 und 18.02.2004 zumindest indirekt auf Bedenken hinsichtlich § 5 VOL/A hingewiesen. Auch die weiteren Bedenken hinsichtlich der fehlenden europaweiten Ausschreibung und § 5b VOL/A seien in diesen Schreiben gerügt und im Rügeschreiben vom 10.3.2004 wiederholt worden. Im Übrigen nehme die Antragstellerin erstmalig an einem förmlichen Vergabeverfahren teil. Es gelte der Amtsermittlungsgrundsatz, so dass die Vergabekammer auch den nicht gerügten, aber relevanten Verstößen gegen bieterschützende Bestimmungen nachzugehen habe. Sie habe aufgrund der langjährigen guten Zusammenarbeit mit der Antragsgegnerin nicht sofort den Rechtsweg beschreiten wollen. Auch die von ihr wiederholt vorgetragenen Bedenken vor und während des Ausschreibungsverfahrens hätten die Antragsgegnerin nicht umstimmen können. Sie habe deshalb keinen Sinn darin gesehen, umgehend ein förmliches Verfahren einzuleiten, zumal bei der Antragsgegnerin keinerlei Einsicht erkennbar gewesen sei.

Die Antragstellerin hält den Nachprüfungsantrag auch für begründet.

Sie rügt einen Verstoß gegen § 17a VOL/A, weil eine europaweite Ausschreibung durch Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft unterblieben sei.

Die nach § 17 VOL/A erforderlichen Mindestangaben der Bekanntmachung seien nicht vollständig veröffentlicht worden.

Weiterhin habe die Antragsgegnerin gegen § 5 VOL/A verstoßen, weil die angebotenen Leistungen nicht in Teil-Lose zerlegt wurden, so dass sich kleine und mittlere Unternehmen nicht um die Lose bewerben konnten.

Zudem verstoße der Abschluss von Rahmenvereinbarungen gegen § 5b VOL/A, weil diese nur im Bereich der Sektoren zulässig seien, nicht aber im Bereich der Daseinsvorsorge. Außerdem käme keine konkrete Vereinbarung über einen bestimmten Zeitraum und einen bestimmten Mindestumfang einer genau beschriebenen Leistung zustande; geregelt werde nur die vergabewidrige theoretische Möglichkeit der Heranziehung einzelner Bieter zu konkreten Einzelaufträgen, ohne dass jedoch ein bestimmter Mindestumfang zugesichert werde.

Letztlich läge ein Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A vor, weil den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werde. Die Auftragnehmer würden nach den Verdingungsunterlagen verpflichtet, mindestens 3 Mitarbeiter mit mindestens 50 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit fest anzustellen, während die Antragsgegnerin aber keinen bestimmten Mindestumfang an Leistungen zusage.

Die Antragsgegnerin habe zudem unzulässigerweise keine Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgenommen. Die Antragstellerin sei davon ausgegangen, dass insbesondere aufgrund der langjährigen Zusammenarbeit die Leistungsfähigkeit, die Fachkunde und Zuverlässigkeit wesentliche Kriterien gewesen seien.

Abschließend weist die Antragstellerin darauf hin, dass sich der Prozessbevollmächtigte im Sinne von § 16 VgV in einem Interessenkonflikt befände, weil er in einem ähnlich gelagerten Verfahren die Interessen des Landschaftsverbandes Westfalen- Lippe vertreten habe und sich dieser mit einer Einrichtung auch an diesem Vergabeverfahren beteilige.

Die Antragstellerin beantragt,

- 1) das Vergabeverfahren insgesamt aufzuheben,
- 2) hilfsweise eine Neubewertung der Angebote unter Berücksichtigung entsprechender Maßgaben der Vergabekammer anzuordnen,
- 3) hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen,
- 4) der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzugeben,
- 5) festzustellen, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat,
- 6) festzustellen, dass für die Antragstellerin die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

- 1) den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen
- 2) hilfsweise zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, weil kein öffentlicher Auftrag vergeben würde und deshalb keine öffentliche Ausschreibung vorliege. Die Antragsgegnerin habe kein Vergabeverfahren im Sinne von §§ 97 ff. GWB durchgeführt, weil die ausgesuchten Bieter nur die Chance zum Erwerb eines Auftrages mit einem Hilfeempfänger erhalten würden; insofern räume die Antragsgegnerin lediglich eine Konzession ein, erteile aber keinen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB. Mit der Konzessionsvergabe habe die Antragsgegnerin nur die Höhe der Kosten ermitteln wollen, die die Bieter den Hilfesuchenden im Einzelfall in Rechnung stellen dürften und die von der Antragsgegnerin als übernommene Schuld unmittelbar an den Bieter gezahlt werde.

Ein Vergabeverfahren nach Abschnitt 1 der VOL/A habe die Antragsgegnerin gewählt, um den Anforderungen des EuGH an die transparente und faire Vergabe von Konzessionen genüge zu tun.

Schließlich hätte die Antragstellerin aus der Mitteilung vom 18.05.2004 als auch aus dem Antwortschreiben der Antragsgegnerin auf die förmliche Rüge der Antragstellerin vom 24.05.2004 deutlich entnehmen können, dass eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen, aber kein öffentlicher Auftrag vergeben werden sollte.

Soweit dennoch von der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach §§ 97 ff. GWB ausgegangen werde, sei der Antrag unzulässig, weil es sich bei der Antragstellerin um eine Einrichtung im Sinne von § 7 Nr. 6 VOL/A handele. Die Antragstellerin setze sich als Bietergemein-

schaft aus gemeinnützigen Einrichtungen aus dem Bereich der Jugendhilfe zusammen und wäre mithin nicht befugt an einer öffentlichen Ausschreibung teilzunehmen, weil ihre Mitglieder steuerliche Vorteile gegenüber anderen privaten Wettbewerbern genießen würden.

Schließlich habe die Antragstellerin auch nicht unverzüglich gerügt, weil die Bekanntmachung vom 31.01.2004 datiere und die Verdingungsunterlagen am 02.02.2004 übersandt wurden. Die Rüge mit Schreiben vom 10.03.2004 und erst recht die später eingelegten Rügen seien somit nicht mehr unverzüglich gewesen.

Ausführungen zur Begründetheit erübrigten sich, so meint die Antragsgegnerin, weil eine Konzessionsvergabe allein den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Einhaltung der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen müsste.

Im Übrigen weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass zumindest keine unauskömmlichen Entgelte geboten wurden, da im Schnitt die Abweichungen lediglich ca. 20 % von den bisherigen Leistungen betragen würden. Dies sei bei der erstmaligen Durchführung eines Wettbewerbs ein eher geringfügiger Preisunterschied. Die Unauskömmlichkeit von Preisen sei vergaberechtlich nur relevant, wenn nachweislich eine Insolvenz des Bieters während der Vertragslaufzeit zu befürchten sei oder die Absicht festgestellt werden kann, dass andere Wettbewerber vom Markt verdrängt werden sollen. Beide Umstände träfen hier nicht zu.

Zudem habe man mit der Beigeladenen zu 1), wie auch mit allen anderen Beigeladenen, Aufklärungsgespräche geführt. Dabei habe man anhand eines Vordruckes die einzelnen Gesichtspunkte abgefragt und eingetragen. Von der Beigeladenen zu 1) habe man sich die Kalkulationsunterlagen in diesem Gespräch vorlegen lassen, diese ausgewertet und entsprechende Prozentsätze in den Vordruck übertragen.

Die Antragsgegnerin bestreitet, dass ein Interessenkonflikt im Sinne von § 16 VgV vorliegt, nur weil der Verfahrensbevollmächtigte in einem ähnlichen Fall bereits den Landschaftsverband xxxxxxxxxxxxxxxxxxxberaten habe, der hier wiederum als Bieter beteiligt ist.

Die Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt.

Sie meint, dass je nach Auslegung des § 7 Nr.6 VOL/A sowohl die Antragstellerin als auch sämtliche Beigeladenen von dieser Vorschrift erfasst würden.

Sie trägt vor, dass sich § 7 Nr. 6 VOL/A auf alle Einrichtungen beziehe, die vorrangig soziale Belange verfolgen würden, weil dies der Grund für die Steuerbefreiung sei und diese sich erheblich auf die Preiskalkulation auswirke. Da die gemeinnützige Tätigkeit die Steuerbefreiung zur Folge habe, sollten alle Unternehmen –unabhängig von ihrer Organisationsform- vom Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen, die nicht steuerbefreit sind, ausgeschlossen sein.

§ 7 Nr. 6 VOL/A schütze entweder „gewerbliche Unternehmen“ vor der steuerbegünstigten Konkurrenz derjenigen Unternehmer, die sozialpolitische Zielsetzungen verfolgen oder § 7 Nr. 6 VOL/A beziehe sich nur auf solche Einrichtungen, die direkt aus Mitteln der öffentlichen Hand finanziert werden und die aus diesem Grunde einen erheblichen Wettbewerbsvorteil hätten.

Der Wortlaut des § 7 Nr. 6 VOL/A nenne ausdrücklich „Einrichtungen der Jugendhilfe“, wozu sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladenen zählen, erwähne aber nicht, dass es sich um öffentliche oder sogar öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen handeln müsse.

Vielmehr müsse zwischen gewerblichen und nicht gewerblichen Unternehmen unterschieden werden.

Die Beigeladene zu 2) sei ein Eigenbetrieb des Landschaftsverbandes xxxxxxxxxxxxxxxx, würde aber vom Landschaftsverband nicht finanziert. Sie sei zwar steuerbefreit, müsse sich aber selbst finanzieren und würde als Sondervermögen außerhalb des Haushaltes unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten geführt. Der Eigenbetrieb würde aufgelöst, wenn er in eine Verlustsituation geraten würde.

Die Beigeladene zu 2) meint, dass es nicht sachgerecht sei, den § 7 Nr. 6 VOL/A auf steuerlich privilegierte Einrichtungen anzuwenden, weil der Vorschrift dadurch eine ordnungspolitische Bedeutung zukäme, was weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck der Vorschrift gerechtfertigt sei.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer bis zum 08.07.2004 verlängert.

Am 30.06.2004 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster ist für die Entscheidung in diesem Verfahren zuständig, weil die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB ihren Sitz im Lande Nordrhein-Westfalen, und zwar im Regierungsbezirk Münster hat (§§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 3 ZuStVO NpVf NRW).

A) Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

1) Soweit ein Verstoß gegen § 13 VgV geltend gemacht wird, kann dieser durch das eingeleitete Nachprüfungsverfahren als geheilt angesehen werden.

Ein Interessenkonflikt im Sinne von § 16 VgV ist nicht erkennbar. Nach § 16 VgV sollen für den Auftraggeber nur Personen tätig werden, deren Interessen weder mit denen eines Bieters noch mit den Interessen eines Beauftragten des Bieters verknüpft sind. Allerdings kann allein aus der beratenden Tätigkeit des Verfahrensbevollmächtigten für einen anderen Bieter nicht geschlossen werden, dass dieser voreingenommen im Sinne von § 16 VgV in diesem Verfahren ist. Geregelt wird in § 16 VgV ein Mitwirkungsverbot, d.h. ein Verbot aktiver entscheidungsbezogener Tätigkeiten bei vergaberelevanten Entscheidungen des Auftraggebers (Reidt, Stickler, Glaß, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, § 16, Rd. 7). Der Verfahrensbevollmächtigte ist nach seinem eigenen Vortrag aber erst nach der Auswertung der Angebote von der Antragsgegnerin beauftragt worden. Ausweislich der Vergabeakten liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Verfahrensbevollmächtigte schon früher an den Entscheidungen mitgewirkt hat.

2) Der Rechtsweg in Vergabesachen ist nach § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB gegeben, weil die Verletzung von Rechten aus § 97 Abs. 3 und 7 GWB geltend gemacht wird. Der nach § 2 Nr.

3 VgV erforderliche Schwellenwert von 200.000 Euro wird hier mit einem geschätzten Auftragsvolumen in Höhe von ca. 2,5 Millionen Euro überschritten. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

3) Die Antragsgegnerin kann sich nicht darauf berufen, kein Vergabeverfahren im Sinne von §§ 97 ff. GWB durchgeführt zu haben, weil sie keinen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB, sondern nur eine Konzession vergeben wollte. Im Entscheidungsfall hat die Antragsgegnerin die im Streit stehenden Leistungen ausgeschrieben und unterliegt damit den Bestimmungen des Vergaberechts. Derjenige öffentliche Auftraggeber, der sich für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, ist auch an die Bestimmungen des Vergaberechts gebunden (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02). Die Antragsgegnerin hat in einigen Tageszeitungen unter der Überschrift „Öffentliche Ausschreibung“ einen Ausschreibungstext veröffentlichen lassen und Angebotsunterlagen an Interessenten versandt, auf eine Zuschlags- und Bindefrist hingewiesen und den nicht berücksichtigten Bietern ein Absageschreiben entsprechend § 13 VgV übersandt. Aus der Sicht der Bieter stellte sich dies als eine dem Vergaberechtsregime unterliegende Ausschreibung dar. Auch ein Bieter, der anwaltlich beraten wurde, konnte allein aus diesen Umständen nicht eindeutig schließen, dass der Rahmenvertrag kein öffentlicher Auftrag sein sollte, zumal der Entwurf des Musterrahmenvertrags datiert vom 13.05.2004 den Interessenten zuvor nicht übersandt wurde.

Der Entwurf des Musterrahmenvertrages, der sich in den Akten der Antragsgegnerin befindet, ist rechtlich ein Dienstleistungsvertrag im Sinne vom § 99 GWB und eben keine Dienstleistungskonzession, weil den im Wege der Ausschreibung ermittelten Vertragspartnern zumindest in den Fällen, in denen eine sozialpädagogische Familienhilfe nach § 31 KJHG bewilligt wird, diese Hilfe unmittelbar nach § 8 des Vertragsentwurfes ausgezahlt wird, soweit sich der Hilfeempfänger diesen Träger zur Betreuung ausgesucht hat. Andere Leistungsanbieter darf die Antragsgegnerin nicht beauftragen. Die Abhängigkeit der Beauftragung von der Erteilung des Bewilligungsbescheides und der Auswahlentscheidung des Hilfeempfängers ist lediglich eine Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB. Auch bedingte Rechtsgeschäfte sind rechtlich unmittelbar verbindlich, auch wenn sie von dem Eintritt der Bedingung abhängen. Die fehlerhafte Bezeichnung des Vertrages als Konzessionsvertrag ist rechtlich unerheblich.

Auch die Tatsache, dass das in der Bekanntmachung genannte Auftragsvolumen nicht nur von einem Vertragspartner erbracht werden soll, steht dem nicht entgegen. Vielmehr ist entscheidend, dass nur diese vier Vertragspartner überhaupt die Möglichkeit haben, entsprechende Leistungen für die Antragsgegnerin in den nächsten drei Jahren zu erbringen und die anderen Anbieter keine Chancen auf dem Markt haben. Sie bleiben vom Markt ausgeschlossen. Welche Anteile aus dem Auftragsvolumen letztlich der einzelne Vertragspartner bekommt, ist für die Frage, ob ein Vertrag oder welche Art von Vertrag vorliegt, unerheblich. Dies ist vielmehr eine Frage der Kalkulation.

Das wirtschaftliche Risiko wird insoweit nicht den Auftragnehmern überbürdet, weil sie sich diejenigen „Kunden“, die sie betreuen, nicht selbst suchen müssen, sondern diese werden ihnen von der Antragsgegnerin genannt. Dafür erhalten sie als unmittelbares Entgelt die Sozialhilfeleistung, die eigentlich dem Hilfeempfänger zusteht. Wenn man im Wege eines gegenseitigen Vertrages zwischen einem Einrichtungsträger und dem Träger der Sozialhilfe über diesen Anspruch disponiert, dann können aus diesem Vertrag auch unmittelbare Ansprüche geltend gemacht werden. Insofern liegt ein Leistungsaustauschvertrag vor, auch wenn dieser Vertrag Leistungen zugunsten eines Dritten enthält. Sobald der Auftragnehmer die sozialpä-

dagogische Familienhilfe als Leistung erbringt, kann er aufgrund des Musterrahmenvertrages die Antragsgegnerin auf Zahlung eines Entgeltes in Anspruch nehmen. Der Auftragnehmer ist nicht darauf angewiesen, seinen Entgeltanspruch beim Hilfeempfänger geltend zu machen, sondern Schuldnerin dieses Zahlungsanspruches ist die Antragsgegnerin aufgrund des geschlossenen Rahmenvertrages.

4) Für einige der gerügten Vergabeverstöße ist aber die Antragsbefugnis der Antragstellerin nicht dargelegt worden.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist antragsbefugt jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Sinn und Zweck dieses letztgenannten Erfordernisses ist es zu verhindern, dass ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren keine Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebotes und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann. Normiert ist damit für das Vergabenachprüfungsverfahren das –bei sämtlichen Rechtsschutzverfahren geltende – Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses. Entsprechend diesem Regelungszweck hat die antragstellende Partei für jeden einzelnen gerügten Verstoß gegen die Vergabevorschriften schlüssig und nachvollziehbar darzulegen, dass der betreffende Vergabefehler ihre Aussichten auf den Zuschlag tatsächlich beeinträchtigt hat oder dass die Zuschlagschancen zumindest verschlechtert worden sein können (vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.07.2003, Verg 26/03; Beschluss vom 14.05.2001, Verg 19/01; OLG Koblenz, Beschluss vom 25.05.2000, 1 Verg 1/00) Hat ein Antragsteller mithin, den gerügten Vergabeverstoß zu seinen Lasten hinweggedacht, gleichwohl keine Chance darauf, sich bei der zu treffenden Vergabeentscheidung gegen seine Wettbewerber durchzusetzen, so ist er nicht antragsbefugt; denn dann kann der geltend gemachte Schaden gerade nicht auf den Vergabeverstoß zurückgeführt werden, den der Antragsteller zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens machen will (OLG Dresden, Beschluss vom 23.07.2002, WVerg 0007/02; BayObLG, Beschluss vom 12.04.2000, Verg 1/00). Der Antragsteller hat schlüssig darzulegen, dass die angeblichen Vergabeverstöße für die Verschlechterung der eigenen Bieterposition kausal waren (in diesem Sinne OLG Frankfurt, Beschluss vom 05.08.2003, 11 Verg 1/02; BayObLG, Beschluss vom 20.08.2001, Verg 9/01; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.11.1999, Verg 2/99).

Im Einzelnen:

a) Der Antragsbefugnis der Antragstellerin steht zunächst nicht § 7 Nr. 6 VOL/A entgegen.

Nach § 7 Nr. 6 VOL/A sind Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen. Grund der Nichtzulassung der in § 7 Nr. 6 VOL/A genannten öffentlichen Einrichtungen sei, so die Auffassung des OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 23.12.2003, Verg 58/03, dass diese Einrichtungen andere als erwerbswirtschaftliche Ziele, nämlich vorrangig soziale Belange, verfolgen und deshalb oftmals steuerliche Vorteile genießen. Da sie deshalb günstigere Angebote vorlegen könnten, bestehe die Gefahr einer Verdrängung privater Unternehmen bei der Vergabe im Preiswettbewerb (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Wie bereits im Beschluss vom 28. Mai 2004, VK 10/04, ausgeführt, geht die Kammer auch hier unter Berücksichtigung der o.a. Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei den „ähnlichen Einrichtungen“ im Sinne von § 7 Nr. 6 VOL/A entsprechend dem Wortlaut um staatliche Einrichtungen, wie Behörden oder Anstalten handeln muss, die von staatlichen Stellen durch dienst- oder fachaufsichtsrechtliche Weisungen beeinflusst werden können. Es muss sich folglich um „öffentliche“ Einrichtungen handeln. Diese Einrichtungen sollen den privaten Unternehmen keine Konkurrenz machen, weil sie aufgrund ihrer Gewährträgerhaftung oftmals vorteilhafter kalkulieren können und nicht voll dem Wettbewerb unterworfen sind. Entscheidendes Kriterium ist somit nicht vorrangig und im weitesten Sinne die Gemeinnützigkeit der Einrichtung, die sich in steuerliche Vorteile oder der Verfolgung von nicht erwerbswirtschaftlichen Zielen manifestiert, sondern es darf sich nicht um Einrichtungen handeln, die mit dem öffentlichen Auftraggeber in Zusammenhang stehen. Diejenigen Einrichtungen, die sozialpolitische Zielsetzungen verfolgen und dadurch steuerliche Vorteile genießen, aber als selbständige Anbieter einer Leistung bzw. als Unternehmer am Markt auftreten, werden von der Zielsetzung des § 7 Nr. 6 VOL/A nicht erfasst. Dies ist bei der Antragstellerin, eine Bietergemeinschaft bestehend aus Verbänden in kirchlicher Trägerschaft, der Fall. Es handelt sich vom Staat zu trennende Verbände, die zwar soziale Belange verfolgen, aber nicht öffentliche Einrichtungen im Sinne von § 7 Nr. 6 VOL/A sind.

Die Kammer bleibt auch entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 2) bei dieser Interpretation des § 7 Nr. 6 VOL/A. Es kann nicht entscheidend und vorrangig auf steuerliche Vorteile ankommen, die sich günstig auf die Preiskalkulation auswirken, sondern es müssen mehrere Faktoren zusammen kommen, um der Intention des § 7 Nr. 6 VOL/A gerecht zu werden. Auch der Deutsche Verdingungsausschuss für Leistungen hat möglicherweise in seinen Erläuterungen die Dimension der Vorschrift vor dem Hintergrund des sich weiter entwickelnden Marktes nicht endgültig und abschließend vorhergesehen. Das dies so ist, folgt beispielsweise aus dem Antrag einer Partei datiert vom 26.05.2004, der dem Deutschen Bundestag zur Beschlussfassung vorgelegt wurde.

Soweit –unabhängig von der Organisationsform- auf steuerliche Vorteile abgestellt wird, müsste man dann aus Gründen der Gleichbehandlung im Wettbewerb auch prüfen, ob ein privates Unternehmen ebenfalls irgendwelche Steuervergünstigungen erhält, die dann wiederum in die Kalkulation einfließen könnten. Letztendlich könnten dann beispielsweise auch Zuwendungen/ Beihilfen, die private Unternehmen erhalten, zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck des § 7 Nr.6 VOL/A, wonach die in öffentlicher Trägerschaft geführten Institutionen nicht am Wettbewerb teilnehmen sollen.

b) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, soweit die Antragstellerin rügt, die Beigeladenen zu 1) und zu 2) hätten unangemessen niedrige Preise angegeben bzw. es bestehe ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung. Nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB muss der Antragsteller diejenigen Umstände aufzeigen, aus denen sich schlüssig die Möglichkeit eines Schadens aufgrund eines sog. Unterkostenangebotes ergibt. Das setzt voraus, dass der Antragsteller nachvollziehbare Gründe dafür angibt, dass die behauptete Rechtsverletzung seine Chance, den Zuschlag zu erhalten, schmälert oder ausschließt (Boesen, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, § 107 Rd. 53; OLG Rostock, Beschluss vom 10.05.2000, 17 W 4/2000). Die Antragstellerin hat substantiiert dargelegt, welche Kalkulationsfehler in den Angeboten der Beigeladenen zu 1) und zu 2) feststellbar seien. Sollten tatsächlich unangemessen niedrige Preise angeboten worden sein, so hätte die Antragsgegnerin eine Preisprüfung durchführen müssen, was hier nicht erfolgt ist. Beim Wegfall der gerügten Unterkostenangebote der

Beigeladenen zu 1) und zu 2) würde die Antragstellerin auf eine der vorderen vier Ränge vorrücken und mithin reelle Chancen auf den Zuschlag haben.

c) Der Nachprüfungsantrag ist auch zulässig, soweit die Antragstellerin rügt, die Antragsgegnerin habe die Eignung der Beigeladenen zu 2) nicht ordnungsgemäß festgestellt, weil es sich um eine Einrichtung im Sinne von § 7 Nr. 6 VOL/A handele, die an dem Vergabeverfahren nicht hätte teilnehmen dürfen. Der Ausschluss der Beigeladenen zu 2) von der Wertung würde die Bieterposition der Antragstellerin begünstigen und ihr reelle Chancen auf den Zuschlag eröffnen. Dies gilt auch soweit die Antragstellerin die Eignung der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich fehlender Referenzen beanstandet.

d) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, soweit die Antragstellerin beanstandet, die Antragsgegnerin habe die Vorgaben aus den Verdingungsunterlagen hinsichtlich der Pluralität und der Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht ordnungsgemäß gewertet. Diese Vergabeverstöße –soweit sie denn vorliegen– würden ebenfalls eine Benachteiligung der Antragstellerin darstellen, die die Aussichten auf den Zuschlag verschlechtern könnten.

e) Für die weiteren angeblichen Vergabeverstöße fehlt es an einer schlüssigen Darlegung der Kausalität für die Zuschlagschancen der Antragstellerin; ihr droht auch dann, wenn sich diese gerügten Vergabeverstöße tatsächlich als begründet herausstellen sollten, kein Schaden. Denn durch diese Beanstandungen ändert sich weder der Inhalt des Angebotes der Antragstellerin noch die Rangfolge der Bieter. Zumindest hat die Antragstellerin nicht dargelegt, dass ihr Angebot einen anderen Inhalt haben würde.

Zwar dürfen die Anforderungen an die Darlegung eines drohenden oder entstandenen Schadens nicht überspannt werden. Hat ein Bieter jedoch ein Angebot abgegeben, dass nach der Wertung auf einem der vorderen Plätze liegt und rügt er nunmehr, die Verdingungsunterlagen enthielten unzulässige, vergaberechtswidrige Anforderungen, so setzt die Darlegung eines eingetretenen oder drohenden Schadens voraus, dass die Auswirkungen der gerügten Verstöße auf die Kalkulation des Bieters dargelegt werden (OLG Frankfurt, Beschluss vom 05.08.2003, 11 Verg 1/02). Hierzu muss der Antragsteller zumindest plausibel aufzeigen, wie sich ohne die gerügten Verstöße seine Stellung im Wettbewerb gegenüber den übrigen Bietern so verbessert hätte, dass er eine realistische Chance auf Erteilung des Auftrags gehabt hätte (OLG Frankfurt, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.11.1999, Verg 2/99; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.03.2003, Verg 49/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.08.2003, Verg 38/03; OLG Rostock, Beschluss vom 24.09.2001, 17 W 11/01).

Die Kammer ist hingegen nicht berechtigt, von Amts wegen diese Fragen zu prüfen. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf die Vorschrift des § 114 Abs. 1 GWB verweist, wonach die Vergabekammer an die Anträge nicht gebunden ist und auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken kann, ist daraus eine entsprechende Befugnis nicht herzuleiten. Voraussetzung dafür, dass die Vergabekammer in der Sache tätig werden und Anordnungen treffen kann, ist ein zulässiger Nachprüfungsantrag. Diejenigen Vergabefehler, die zum Beispiel mangels Antragsbefugnis oder wegen der unterbliebenen rechtzeitigen Rüge, nicht zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können, sind einer Sachentscheidung durch die Vergabekammer entzogen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02).

f) Soweit die Antragstellerin beanstandet, die Ausschreibung sei nicht ordnungsgemäß nach den §§ 17 bzw. 17a VOL/A veröffentlicht worden, weil keine europaweite Ausschreibung durch eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft erfolgt sei

und auch die erforderlichen Mindestangaben nicht vollständig veröffentlicht worden seien, ist eine daraus resultierende Benachteiligung der Antragstellerin weder vorgetragen worden noch ersichtlich.

Die Antragstellerin hat trotz der eingeschränkten Bekanntmachungen von der Absicht der Auftragsvergabe tatsächlich Kenntnis erlangt und sie hat sich mit einem eigenem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragstellerin hat nicht vorgetragen, dass sie ein inhaltlich anderes Angebot mit besseren Aussichten auf eine Zuschlagserteilung abgegeben hätte, wenn das Vergabeverfahren ohne diese angeblichen Fehler durchgeführt worden wäre. Soweit ersichtlich, ergeben sich für diese Auffassung auch keine Anhaltspunkte aus den Ausschreibungsunterlagen.

g) Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen § 5 Nr. 1 VOL/A rügt, weil die angebotene Leistung nicht in Teil-Lose zerlegt wurde, hat sie nicht dargelegt, dass sie durch diese Ausgestaltung des Vergabeverfahrens bei der Abgabe ihres Angebotes benachteiligt war.

Insbesondere ist auch nicht ersichtlich, dass die einzelnen Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft chancenreichere Einzelangebote hätten abgeben können, wenn die Antragsgegnerin das Kreisgebiet in mehrere Teil-Lose aufgeteilt hätte. Allein die Tatsache, dass die freien Träger traditionell regional verfasst sind, zwingt eine Vergabestelle nicht zu einer Aufteilung des Auftrages in Teil-Lose.

h) Weiterhin ist nicht ersichtlich, inwiefern der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Sinne von § 5b VOL/A –unabhängig von der vergaberechtlichen Zulässigkeit– sich zum Nachteil der Antragstellerin ausgewirkt haben soll. Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, inwiefern das Angebot der Antragstellerin dadurch inhaltlich anders ausgefallen wäre.

i) Letztlich fehlt der Antragstellerin auch die Antragsbefugnis hinsichtlich ihrer Rüge, es liege ein Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A vor. Die Antragstellerin hat auch diesbezüglich nicht dargelegt, dass sie ein anderes –an sich günstigeres Angebot abgegeben hätte, wenn dieser behauptete Vergabeverstoß nicht erfolgt wäre. Die Antragstellerin hat ausweislich ihrer Rügen vom 10. und 12.03. 2004 Zweifel an der Eindeutigkeit und Bestimmtheit der Ausschreibung gehabt. Dennoch legte sie ein Angebot vor und beteiligte sich am Wettbewerb. Auch in den folgenden Rügen wird nicht ausgeführt, warum man trotz der Probleme mit der Bestimmtheit der Ausschreibung den Preis für die geforderte Nettobetreuungsstunde kalkulieren konnte. Entsprechend der Auffassung des EuGH, Urteil vom 12.02.2004, C-230/02, muss ein Bieter möglichst rasch und unmittelbar gegen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen angehen. Den Beschleunigungs- und Effizienzzielen der Richtlinie 89/665/EWG entspricht es nicht, wenn eine Person keine Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers beantragt, mit der die Spezifikation einer Ausschreibung festgelegt wurde, obwohl sie sich durch diese Spezifikation diskriminiert fühlt, weil diese sie daran hindere, sich in sinnvoller Weise an dem Verfahren zur Vergabe des fraglichen Auftrages zu beteiligen, und stattdessen die Mitteilung von der Zuschlagserteilung für diesen Auftrag abwartet, um diese gerade unter Berufung auf den diskriminierenden Charakter der Spezifikation vor der zuständigen Stelle anzufechten (EuGH, a.a.O.).

j) Auch die Beanstandung, die Vergabe der nachgefragten Leistungen nach § 31 KJHG im Wege einer Ausschreibung nach der VOL/A sei vergaberechtswidrig gewesen, reicht für sich genommen nicht aus, um die Antragsbefugnis zu begründen. Auch hier hätte dargelegt werden müssen, welche Auswirkungen diese ggf. vergaberechtswidrige Anforderung auf das eigene Angebot gehabt haben soll. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, dass sich ihre Bie-

terposition in diesem Wettbewerb verbessert hätte und sie eine realistische Chance auf Erteilung des Auftrages gehabt hätte, wenn dieser gerügte Verstoß hinweggedacht wird. Bedenken gegen die Durchführung eines Vergabeverfahrens hätte die Antragstellerin vor Abgabe ihres Angebotes darlegen und ggf. im Wege eines Nachprüfungsverfahrens verfolgen müssen.

k) Soweit die Antragstellerin meint, allein durch die Bildung der Bietergemeinschaft und der Ausarbeitung der Angebotsunterlagen seien ihr erhebliche Kosten entstanden, die nutzlos wären, wenn sie im Rahmen dieses Vergabeverfahrens keinen Zuschlag bekommen würde, muss sie sich entgegenhalten lassen, dass ihr Verhalten im Vergabeverfahren insofern widersprüchlich erscheint und im Übrigen rechtlich nicht nachvollziehbar ist. Sie hätte vor der Erstellung des Angebotes diese Bedenken der Antragsgegnerin mitteilen müssen und den entsprechenden Rechtsweg einschlagen können, soweit die Antragsgegnerin diese Rügen nicht berücksichtigt hätte. Im Übrigen gilt hier § 20 Nr. 2 VOL/A, wonach für die Bearbeitung des Angebots (dem Bieter) keine Kosten (vom öffentlichen Auftraggeber) erstattet werden. Damit können diese Kosten nicht als „Schaden“ geltend gemacht werden, für den Fall, dass es nicht zu einer Auftragserteilung kommt. Soweit auf betriebsbedingte Kündigungen hingewiesen wird, gehört dies zum internen Organisationsbereich der Antragstellerin, der mit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Vergabeverfahrens nichts zu tun hat.

5) Bei dieser Sachlage lässt es die Kammer dahingestellt, ob die Rügen, die sich auf die formalen Vergaberechtsverstöße, wie die §§ 17, 17a, 5, 5b sowie 8 VOL/A beziehen, überhaupt unverzüglich erfolgt sind. Vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass das Schreiben des Caritasverbandes für die Diözese xxxxxxxx e.V. vom 18.02.2004 nicht als Rüge berücksichtigt werden kann, weil es sich bei Rügen um verfahrensrechtliche Erklärungen handelt, die nur von den Bietern, aber nicht von übergeordneten Interessenverbänden vorgenommen werden können, es sei denn, diese haben eine konkrete Vertretung für einen Bieter übernommen (in diesem Sinne OLG Brandenburg, Beschluss vom 28.11.2002, VergW 8/02).

Die mit den Schreiben vom 10.05.2004 und 24.05. 2004 geltend gemachten Rügen, für die auch die Antragsbefugnis der Antragstellerin festgestellt wurde, sind unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB erhoben worden. Das Absageschreiben der Antragsgegnerin datierte vom 18.05.2004; die Rüge vom 24.05.2004 ist am 26.05.2004 bei der Antragsgegnerin eingegangen.

B) Der Nachprüfungsantrag ist im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB begründet, soweit die Antragstellerin die Neubewertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer beantragt. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag unbegründet; der Antrag auf Aufhebung des Vergabeverfahrens wird hiermit zurückgewiesen.

Im Einzelnen:

1) Es sind zunächst keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach die Antragsgegnerin zu einem Ausschluss der Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A verpflichtet gewesen wäre.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.



Wohle junger Menschen und Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten sollen. Ob § 7 Nr. 6 VOL/A entsprechend dem Wortlaut Anwendung findet, ist nach Auffassung der Kammer dahingehend zu beantworten, dass durch teleologische Reduktion die Zielsetzung der Vorschrift mitzubersichtigen ist und dabei mehrere Faktoren eine Rolle spielen können. Daraus folgt, dass gerade diejenigen Institutionen von § 7 Nr. 6 VOL/A nicht erfasst werden, die wie sonstige gewerbliche Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsichten am Bieterverfahren teilnehmen. Ausgehend von diesem Verständnis der Vorschrift hält die Kammer unter Berücksichtigung des im Vergaberecht zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatzes die Belassung aller beteiligten Parteien in diesem Vergabewettbewerb für sachgerecht, zumal es im Kartellvergaberecht letztlich um die Verwirklichung des Wettbewerbs geht und den sieht die Kammer hier nicht als gefährdet an, wenn alle von der Vorschrift betroffenen Einrichtungen im Vergabeverfahren bleiben. Demgegenüber würde ansonsten der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehlen, wenn sie als Einrichtung im Sinne von § 7 Nr. 6 VOL/A allein aufgrund des Wortlautes eingeordnet würde, die anderen Beigeladenen aber gleichwohl die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift erfüllen, ohne dass dies irgendwelche wettbewerblichen Konsequenzen für diese Bieter hätte.

c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin sich bei der Wertung der Angebote (§ 25 VOL/A) auch an die Vorgaben aus ihren Verdingungsunterlagen gehalten. Sie hat unter Ziffer 2 der Vorbemerkungen angegeben, dass sie eine Pluralität unter den vier zu berücksichtigenden Trägern für erforderlich halte, insbesondere im Hinblick auf die Beteiligung konfessionsgebundener und konfessionsungebundener Träger. Damit war nicht eine konfessionelle Pluralität oder eine Proportionalität zu der Kircheng Zugehörigkeit im Kreisgebiet, wie die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27.05.2004 an die Antragstellerin bereits mitgeteilt hat, gemeint, sondern daraus lässt sich nur die angemessene Berücksichtigung von kirchlich getragenen Einrichtungen und rein privatrechtlich getragenen Unternehmen schließen. Die Auslegung und Anwendung der Verdingungsunterlagen ist insofern nicht zu beanstanden. Beurteilungsdefizite sind insoweit nicht erkennbar.

d) Weiterhin ist nicht feststellbar, dass die Antragsgegnerin die Zuschlagskriterien falsch gewichtet hat. Ausweislich Ziffer 2 der Vorbemerkungen hat sie nach Prüfung der Vollständigkeit der Angebote die Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) der Bieter festgestellt und die Preise miteinander verglichen. Den Begriff „Wirtschaftlichkeit“ hat die Antragsgegnerin offensichtlich auf die gesamten Wertungsstufen bezogen, was nicht falsch ist, soweit sie die Stufen nicht miteinander vermengt. Dafür liegen keine Anhaltspunkte vor.

2) Der Nachprüfungsantrag ist aber begründet, soweit die Antragstellerin Verstöße gegen § 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A sowie § 25 Nr. 5 und § 23 Nr. 2 und 3 VOL/A geltend macht.

Nach § 25 Nr. 3 VOL/A ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Erscheinen Angebote im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, so überprüft der Auftraggeber gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A vor der Vergabe des Auftrages die Einzelposten dieser Angebote. Auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Zu diesem Zwecke hat der Auftraggeber vom Bieter die erforderlichen Belege zu verlangen und überprüft in der abschließenden Angebotswertung vorgelagerten Prüfungsstufe, ob es sich um ein derartiges Angebot handelt. Die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote maßgeb-

lichen Gesichtspunkte sind festzuhalten und das Ergebnis der Prüfung ist gemäß § 23 Nr. 2 und 3 VOL/A aktenkundig zu machen.

Ausgehend von der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, wonach § 25 Nr. 3 VOL/A zumindest über § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A bieterschützenden Charakter hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2000; Verg 28/00; Beschluss vom 17.06.2002, Verg 18/02; Beschluss vom 12.03.2003, Verg 49/02), was auch der Auffassung der Kammer entspricht, ist es zwar nicht Sinn der Vorschriften, den Bietern auskömmliche Preise zu garantieren. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt, auch sogenannte Unterkostenpreise bei einer Auftragsvergabe zu akzeptieren, sofern er nach Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Anbieter auch zu diesen Preisen zuverlässig und vertragsgerecht leisten können (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Der öffentliche Auftraggeber ist allerdings verpflichtet, „ungesunde Begleiterscheinungen“ im Wettbewerb zu bekämpfen. Wenn und soweit also Unterkostenangebote vom Auftraggeber nicht nur aus Gründen des Selbstschutzes, sondern auch mit Blick auf diese weitere Verpflichtung aus § 2 Nr. 1 VOL/A unterbunden werden müssen, dann muss der öffentliche Auftraggeber prüfen, ob diese Unterkostenangebote in der zielgerichteten Absicht abgegeben werden oder zumindest die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere Mitbewerber vom Markt ganz (also nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe) verdrängt werden sollen. Ferner muss geprüft werden, ob es sich um ein Unterkostenangebot handelt, das den Bieter selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt, so dass er den Auftrag möglicherweise nicht vertragsgerecht durchführen können.

Ein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung oder ein unangemessen niedriger Angebotspreis ist dann anzunehmen, wenn die erhebliche Abweichung vom angemessenen Preis ohne weiteres ins Auge fällt (OLG Jena, Beschluss vom 22.12.1999, 6 Verg 3/99; OLG Rostock, Beschluss vom 28.04.2000, 17 W 3/00; OLG Celle, Beschluss vom 30.04.1999, 13 Verg 1/99). Dabei ist grundsätzlich auf den Gesamtpreis abzustellen, was hier nicht relevant ist, weil sich die Leistung nicht aus Einzelposten zusammensetzt.

Die Antragsgegnerin hätte hier, allein aus dem Vergleich der Preise, die von den Bietern für die Nettobetreuungsstunden angegeben wurden, Anlass für eine Wirtschaftlichkeitsüberprüfung gehabt. Das günstigste Angebot – dabei handelt es sich um das Angebot der Beigeladenen zu 1) - steht schon zu den anderen Angebotspreisen nicht im Verhältnis. Während diese sich im Bereich von 50 bis 60 Euro pro Nettobetreuungsstunde bewegen, liegt das günstigste Angebot bei gerade 41 Euro. Die Abweichung von den anderen Angebotspreisen war zumindest auffällig. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin aufgrund des aktuellen SPFH-Vertrages Preise um 60 Euro pro Nettobetreuungsstunde bezahlt. Das Angebot mit dem niedrigsten Preis liegt mithin ca. 30 % unter diesem aktuellen Preis. Aus diesen objektiven Umständen hätte die Antragsgegnerin schließen müssen, dass möglicherweise zumindest die Beigeladene zu 1) ein unauskömmliches Angebot vorgelegt hat. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass sie diese Bedenken auch tatsächlich gehabt hat und diese im Rahmen des Aufklärungsgesprächs auch verfolgt hat. Sie hat sich die Kalkulationsunterlagen von der Beigeladenen zu 1) zeigen lassen und hat diese ausgewertet. Dabei sei sie zu dem Ergebnis gekommen, dass der Preis auskömmlich ist.

Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, ein sogenanntes Unterkostenangebot zwingend von der Wertung auszuschließen; sie muss nur in nachvollziehbaren Gründen darlegen, warum es wirtschaftlich unbedenklich ist, dieses Angebot dennoch zu bezuschlagen.

Die Antragsgegnerin ist aber verpflichtet, vor der abschließenden Angebotswertung zu prüfen, ob es sich tatsächlich um ein sogenanntes Unterkostenangebot handelt. Aus den Vergabe-

akten der Antragsgegnerin geht nicht hervor, dass sie diese Überprüfung in dem erforderlichen Maße durchgeführt hat. Die maßgeblichen Gesichtspunkte sind jedenfalls nicht schriftlich in den Akten fixiert worden.

Gemäß § 23 Nr. 2 und 3 VOL/A ist das Ergebnis der Prüfung (Beurteilung der Wirtschaftlichkeit) aktenkundig zu machen. Die Regelung hat insofern bieterschützenden Charakter, als der Bieter sich nach erfolgter Wertung davon überzeugen kann, ob der Auftraggeber hierbei auch tatsächlich alle relevanten Punkte berücksichtigt hat (Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage, § 23 Rd. 18). Die in § 23 vorgesehene formale und inhaltliche Prüfung der Einzelangebote dient der Vorbereitung der Wertung aller Angebote nach § 25 VOL/A. Die Wertung setzt mithin die vorangegangene Einzelfallprüfung voraus, damit anschließend auch wirklich vergleichbare Angebote miteinander verglichen werden. Diese Prüfung –ob im Rahmen des § 23 oder ggf. noch bei der vergleichenden Wertung nach § 25 VOL/A- kann hier ausweislich der Vergabeakten nicht nachvollzogen werden, obwohl hier Anlass zu einer umfassenden Wirtschaftlichkeitsbetrachtung bei dem Angebot der Beigeladenen zu 1) bestand.

Die Antragsgegnerin vermerkt zwar in ihrem Schreiben vom 27.05.2004 an die Antragstellerin, mit dem sie die Rügen zurückweist, dass sie im Rahmen der Aufklärung festgestellt habe, dass die angebotenen Entgelte nicht unauskömmlich sind. Dabei sei auch die Problematik der Tarifbindung angesprochen und ausgeräumt worden. Es läge auch keine kartellrechtsrelevante Verdrängungsabsicht vor. Diese Aussagen ersetzen aber nicht die tatsächlich durchzuführende und als Aktenvermerk festzuhaltende Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin. Eine Subsumtion des Sachverhaltes unter die im o.g. Schreiben angegebenen Voraussetzungen ist in den Vergabeakten nicht zu finden. Insofern gibt die Antragsgegnerin lediglich die rechtlichen Voraussetzungen wieder, die sich in der Rechtsprechung zu der Problematik von sog. Unterkostenangeboten herausgebildet haben. Eine eindeutige Befassung mit der Wirtschaftlichkeit des Angebotes der Beigeladenen zu 1) hat nach den Vergabeunterlagen offensichtlich nicht stattgefunden. Dies lässt sich auch nicht dem handschriftlichen Vermerk auf der Rückseite des „Referenzschreibens“ der Beigeladenen zu 1) entnehmen.

Ebensowenig kann die Überprüfung anhand des Vordruckes vom 23.03.2004 nachvollzogen werden, den die Antragsgegnerin bei dem Aufklärungsgespräch mit der Beigeladenen zu 1) und auch bei den anderen Beigeladenen verwandte. Dort finden sich keine Ausführungen zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes der Beigeladenen zu 1), auch wenn –wie die Antragsgegnerin unwidersprochen vorgetragen hat- die Kalkulationsbelege vorlagen und von der Antragsgegnerin ausgewertet wurden.

Die Kammer hält diese Nachprüfungspflicht und die Fertigung eines Wirtschaftlichkeitsvermerks in diesem Falle nicht für eine reine Formalität, weil die kalkulierten Preise maßgeblich von der Anwendung von Tarifverträgen und der Berücksichtigung von Verwaltungskosten bzw. Fahrkosten abhängig waren. Die anzugebenden Preise für die Nettobetreuungsstunden waren auch deshalb schwierig zu kalkulieren, weil insgesamt vier Anbieter sich das von der Antragsgegnerin geschätzte Auftragsvolumen teilen sollten und der Anteil für den einzelnen Bieter nicht feststand. Gerade in den Fällen, in denen alle Bieter eine nicht ganz einfache Kalkulation durchführen müssen, muss die Vergabestelle den Auffälligkeiten bei der Angemessenheit des Preises sorgfältig nachgehen und die dafür vorgesehenen Schritte nach der VOL/A einhalten. Die anderen Bieter haben aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung Anspruch darauf, dass die Prüfung der Wirtschaftlichkeit in einem solchen Fall nachvollziehbar durchgeführt wird.

Aus den vorstehenden Ausführungen lässt sich schon schließen, dass es hier nicht lediglich um die Fertigung eines Vergabevermerks im Sinne von § 30 VOL/A geht, auf dessen Vollständigkeit und Richtigkeit der Bieter keinen unmittelbaren eigenen Rechtsanspruch hat.

Eine entsprechende Wirtschaftlichkeitsprüfung hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen zu 2) hält die Kammer hingegen nicht für zwingend erforderlich.

3) Der Nachprüfungsantrag ist hingegen unbegründet, soweit die Antragstellerin die Aufhebung des Vergabeverfahrens beantragt. Anhaltspunkte für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens gemäß § 26 VOL/A sind nicht ersichtlich.

Soweit die Antragstellerin meint, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens hier wegen der Eigenart der Leistungen grundsätzlich nicht zulässig gewesen sei, kann sie aufgrund des verspäteten Vorbringens ihrer Rüge damit nicht mehr gehört werden. Im Übrigen hat die Kammer bereits ausgeführt, dass sie hier einen öffentlichen Auftrag annimmt, der dem Vergaberechtsregime unterliegt.

Die Aufhebung der Ausschreibung hat auch nicht gemäß § 26 Nr. 1 lit. d) VOL/A aus schwerwiegenden Gründen zu erfolgen, nur weil alle an dem Verfahren beteiligten Bieter unter § 7 Nr. 6 VOL/A fallen und nicht nur das Angebot der Antragstellerin, sondern auch die anderen Angebote, weil sie an demselben Mangel leiden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2003, Verg 20/03), von dem Verfahren auszuschließen wären. Eine neue Ausschreibung würde wegen der vorhandenen Strukturen auf diesem Markt zu keinem anderen Ergebnis führen und wäre wegen der noch nicht abschließenden Auslegung des § 7 Nr. 6 VOL/A in der Rechtsprechung aus Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgründen nicht sachgerecht.

### III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

Die Antragstellerin ist hier gemäß § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit §§ 25 Nr. 2 und 3 sowie 2 Nr. 1 VOL/A in ihren Rechten durch das Unterlassen der Wirtschaftlichkeitsprüfung verletzt. Denn bei einer Wiederholung der Wertung könnte sich herausstellen, dass das Angebot der Beigeladenen zu 1) nicht wirtschaftlich ist. Dann wäre die Antragsgegnerin verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen zu 1) aus der Wertung zu nehmen. Damit würde die Antragstellerin auf eine der vorderen vier Rangpositionen vorrücken und den Zuschlag bekommen.

Da es sich um eine Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes handelt, ist sie selbst verpflichtet, diese Überprüfung vorzunehmen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn feststehen würde, wie die Entscheidung ausfallen wird und folglich ein unnötiges Hin und Her vermieden werden soll (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003, Verg 66/02).

Insofern hält die Kammer es hier zur Behebung des Vergaberechtsverstößes für ausreichend und sachgerecht, der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wirtschaftlichkeit des Preises der Bei-

geladenen zu 1) in der nach der VOL/A vorgeschriebenen Form zu prüfen und anschließend das Ergebnis dieser Prüfung aktenkundig machen. Anschließend ist die 4. Wertungsstufe (Vergleich der Preise) zu wiederholen.

Vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass im Anschluss daran allen Bieter erneut ein Informationsschreiben entsprechend § 13 VgV zuzusenden ist.

#### IV.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Der Kostenrahmen ergibt sich aus § 128 Abs. 2 GWB.

Die Vergabekammern des Bundes haben in Zusammenarbeit mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Danach ist bei einem Auftragswert ausgehend von dem Gesamtangebot der Antragstellerin in Höhe von ca. 2,5 Millionen Euro, eine Gebühr in Höhe von 3275 Euro zu erheben. Die Vergabekammer sieht keine Billigkeitsgründe, die zu einer Verringerung der Gebühr (§ 128 Abs. 3 Satz 4 GWB) führen. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten gemäß § 128 Abs. 3 GWB zu tragen.

Die Antragstellerin hat nicht die Aufhebung des Vergabeverfahrens und auch nicht den unmittelbaren Ausschluss eines Angebotes der Beigeladenen erreicht. Sie hat lediglich erreicht, dass das Angebot der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit erneut überprüft werden muss. Insofern erscheint es interessengerecht, dass die Antragstellerin 2/3 der Verfahrenskosten zu übernehmen hat, während die Antragsgegnerin 1/3 der Verfahrenskosten zu tragen hat.

Die Antragsgegnerin ist gemäß § 128 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Verwaltungskostengesetzes des Bundes als juristische Person des öffentlichen Rechts von der Zahlung dieser Gebühr befreit.

#### V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabeprüfstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht und dem allgemeinen Verfahrensrecht streitentscheidend waren.

Die Kosten sind nach dem Maß des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen, wobei die Kammer es hier für gerechtfertigt hält, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin die Aufwendungen für ihren Verfahrensbevollmächtigten selbst tragen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Vogel

