



Vergabekammer bei
der Bezirksregierung
Münster

Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK 16/04
Datum des Beschlusses	22. Juli 2004
Bestandskraft	nein
Vergabeart	VOL/A
Rechtsnorm	§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A
Leitsätze	§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A umfasst auch Verhaltensweisen, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot des § 97 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A unvereinbar sind.

„xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH“ zu gründen. Das Unternehmen ist am 16.10.2003 gegründet worden.“

Am 03.06.2004 erfolgte eine Auslosung durch die Antragsgegnerin, an der auch die Antragstellerin beteiligt war. Die Lose 13 und 14 entfielen auf die Beigeladenen zu 1) und zu 2). Die Beigeladenen zu 3) und 4) nahmen ebenfalls mit ihren Angeboten an der Auslosung teil. Sie wurden beigeladen, weil sie möglicherweise mit den Beigeladenen zu 1) und zu 2) wirtschaftlich und personell verflochten sind.

Nachdem die Antragstellerin eine Absage erhalten hatte, rügte sie mit Schreiben vom 07. Juni 2004 erfolglos, dass zwischen den beiden Beigeladenen ein direkter wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe, der als wettbewerbsbeschränkend und vergabewidrig angesehen werde. Schließlich reichte sie einen Nachprüfungsantrag ein, der am 18. Juni 2004 zugestellt wurde.

Die Antragstellerin behauptet, dass zwischen den beiden Beigeladenen wettbewerbsbeschränkende Abreden im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A getroffen wurden, um die Chancen bei einer eventuellen Auslosung der Bieter zu erhöhen. Die Antragsgegnerin hätte diese Angebote ausschließen müssen.

Nach den Handelsregisterauszügen seien zumindest Herr Jxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx und Herr Exxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx Gesellschafter von mehreren Gesellschaften, wozu auch die Beigeladene zu 1) und zu 2) zählen. Beide Gesellschaften hätten bei derselben Bank ein Konto und würden entweder nur einen bzw. sechs Beschäftigte haben. Eine Anfrage im Mai 2004 beim Europa-Lernmittel-Verlag habe ergeben, dass dort nur die Beigeladene zu 2) als Kunde bekannt sei, die Beigeladene zu 1) hingegen nicht. Weiterhin würden einige der Beigeladenen über eine identische Anschrift, eine identische email-Adresse und identische Telefon- und Faxnummern verfügen. Aus diesen Indizien müsse auf eine personelle und wirtschaftliche Verflechtung der Firmen geschlossen werden. Deshalb seien die Angebote entweder bereits aufgrund der Verdingungsunterlagen, wonach eine Loslimitierung vorgesehen war, auszuschließen gewesen oder jedenfalls wegen Verstoßes gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A.

Nach Einsicht in die Vergabeakten stellte die Antragstellerin fest, dass auch die Beigeladenen zu 3) und 4) sich an der Ausschreibung beteiligt hatten und behauptet, dass diese mit den Beigeladenen zu 1) und zu 2) wirtschaftlich und personell verflochten seien.

Die Antragstellerin weist insoweit auf einen Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 03.06.2004, Aktenzeichen 1 VK 29/04, hin, wonach in einem vergleichbaren Fall die Angebote der Firmen, die sich in dieser Weise wettbewerbswidrig verhalten hätten, von der Vergabe ausgeschlossen wurden. Insbesondere sei dies erforderlich, wenn eines der Familienmitglieder bei jeder der bietenden Firmen Gesellschafter oder Mitgesellschafter sei, da letztlich die jeweiligen Gesellschafter der Firmen im Rahmen der Gewinnverteilung die Vorteile, die durch den Abschluss der jeweiligen Verträge entstehen auf sich verbuchen können. Damit würde bei einer Mehrfachbeteiligung die Chance zur Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils deutlich erhöht.

Durch die Beteiligung mehrerer Firmen aus einer „Familiengruppe“ würde auch die Mittelstandsförderung unterlaufen. Zudem seien im Rahmen der Zuschlagskriterien die Referenzen geprüft worden, was eine unzulässige Vermengung von Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien darstelle und mithin gegen § 25 VOL/A verstoße.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag bezüglich der Lose 13 und 14 in dem offenen Ausschreibungsverfahren nach VOL/A bezüglich der Lieferung von Schulbüchern für die Schuljahre 2004/2005, 2005/2006 mit der Option auf das Schuljahr 2006/2007 an die Beigeladenen zu 1) und zu 2) zu erteilen,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bezüglich der Lose 13 und 14 eine erneute Auswahlentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu treffen,
3. die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, dass ein Ausschluss der Angebote der Beigeladenen nicht zulässig gewesen sei. Nach Prüfung der Angebote habe man festgestellt, dass es sich um eigenständige Firmen und somit um eigenständige Bieter handle. Außerdem hätten die Beigeladenen zu 1) und zu 2) unterschiedliche Angebote abgegeben, so dass der Nachweis von Kalkulationsabsprachen bei der Angebotsabgabe oder der Versuch, die statistische Trefferwahrscheinlichkeit im Losverfahren zu erhöhen, nicht geführt werden konnte. Beispielsweise seien die Angaben zu den Lieferzeiten, kostenlosen Servicenummern, Umgang mit der Verpackung und Bonusprogrammen für Schulen unterschiedlich gewesen.

Weiterhin macht die Antragsgegnerin geltend, dass sie ausweislich der Ausschreibungsunterlagen sehr wohl die Eignung der Bewerber und die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Angebote voneinander getrennt habe.

Die Beigeladene zu 1) trägt vor, dass ihre Firma juristisch selbständig und im Jahre 1971 gegründet worden sei. Geschäftsführerin ist laut Handelsregisterauszug des Amtsgerichts Ansbach Frau Ixxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Die Beigeladene zu 1) verkaufe u.a. auch Schulbücher, wobei sie diese vom Schulbuchverlag Klett beziehe. Nach dem Inkrafttreten des Buchpreisbindungsgesetzes seien die Preise „gesetzlich“ geregelt, so dass der Preis als Wertungskriterium ausscheide und eine wettbewerbsbeschränkende Abrede deshalb nicht möglich sei. Zu den Beigeladenen zu 3) und zu 2) und zu anderen selbständigen Firmen könnten keine Aussagen gemacht werden.

Zu den Beziehungen zwischen Dr. Rxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Jxxxxxxxxxxxxxxxxxxx und Exxxxxxxxxxxxxxx und Ixxxxxxxxxxxxxxxxxxx müsste mit Bedauern festgestellt werden, dass keiner der genannten Personen bereit ist, Geschäftsanteile der jeweiligen Firmen zu veräußern oder zu tauschen, da diese Personen aus familiären Gründen restlos zerstritten seien und demnächst eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werde.

Die Beigeladene zu 1) legt die Beschwerdebegründung gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 03.06.2004, 1 VK 29/04, vor. Sie meint, wenn man der Auslegung der Vergabekammer folgen würde, dann wären gemäß § 25 Nr. 1 lit. f) VOL/A nicht nur Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen hätten, auszuschließen, sondern auch alle Bieter, bei denen entsprechende Gesellschafter mehrfach beteiligt sind und tatsächlich Verbindungen bestehen,

ohne dass irgendeine Wettbewerbsbeschränkung erfolgt sei. Den Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede so weit auszulegen, gehe fehl. Auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf (Verg 52/03) gehe nicht so weit und befasse sich im Übrigen nicht mit einer derartigen Lössituation. Das pauschale Zitat in der Entscheidung „wettbewerbsbeschränkendes Verhalten“ sei in dieser Allgemeinheit unzutreffend, denn formal wird der Wettbewerb durch die Beteiligung weiterer juristischer Personen erweitert.

Soweit § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A als Rechtsgrundlage herangezogen werde, wird darauf verwiesen, dass die ergänzende Anwendung und Auslegung dieser Vorschrift nicht zu zusätzlichen Ausschlussatbeständen führen dürfe, die in § 25 Nr. 1 VOL/A nicht enthalten seien.

Zudem müsse immer ein konkreter Nachweis geführt werden; die Annahme von Verdachtsmomenten könne nicht ausreichen, um ein Angebot nach § 25 Nr. 1 lit.f) VOL/A auszuschließen. Außerdem müsse diese Abrede sich auf eine konkrete Ausschreibung im Einzelfall beziehen.

Die Beigeladene zu 1) behauptet, dass keine Identität der Bieter vorliege. Davon könne nur ausgegangen werden, wenn das wirtschaftliche Ergebnis dem Bieter zugute käme, der hinter diesen Gesellschaften als Person stehen würde. Das sei nicht der Fall. Die Gesellschaften würden strikt auseinander gehalten. Insofern herrsche das Wettbewerbsprinzip.

Die Beigeladene zu 2) legte mit Fax vom 04.07.2004 einen Handelsregisterauszug des Amtsgerichts Ansbach vor, aus dem sich ergibt, dass Frau Exxxxxxxxx Geschäftsführerin ist, während Herr Jxxxxxxxxxxxxxxxxx und Herr Exxxxxxxxxxxxxxxxx Gesellschafter der Beigeladenen zu 2) sind.

Die Beigeladene zu 3) legte einen Handelsregisterauszug des Amtsgerichts Neuruppin vor, wonach Frau Ixxxxxxxxxxxxxxxxx Geschäftsführerin ist. Gesellschafter sind Herr Rxxxxxxxxxxxxxxxxx, Herr Jxxxxxxxxxxxxxxxxx und Herr Exxxxxxxxxxxxxxxxx.

Die Beigeladene zu 4) hat sich in diesem Verfahren überhaupt nicht geäußert.

Am 21. Juli 2004 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten und 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 eine Gemeinde ist, die der mittelbaren Landesverwaltung angehört und 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).

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Gegenstand des Verfahrens ist die Vergabe eines Schulbuchauftrages durch einen öffentlichen Auftraggeber für die Schuljahre 2004/05 und 2005/06 mit Option für das Schuljahr 2006/07, wobei der Auftragswert sich auf insgesamt ca. 3.450.000 Euro beläuft und damit der Schwel-

lenwert im Sinne von § 2 Nr. 3 VgV überschritten ist. Der Antrag bezieht sich zulässigerweise nur auf die Lose 13 und 14, weil bei diesen beiden Losen nach Auffassung der Antragstellerin, Unternehmen den Auftrag erhalten sollen, bei denen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen angenommen werden.

Die Antragstellerin hat dargelegt, dass sie ein Interesse am Auftrag hat und dass ihr infolge der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften ein Schaden droht (§ 107 Abs. 2 GWB). Nach Erhalt der Absage am 07. Juni 2004 rügte sie unverzüglich, aber erfolglos die beabsichtigte Vergabe.

Der Antrag ist begründet.

Die Antragstellerin ist im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB in ihren Rechten verletzt, weil die Antragsgegnerin verpflichtet war, die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 4) bei der Auslosung unberücksichtigt zu lassen.

1) Die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 4) waren gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A auszuschließen, weil sich aus den Angeboten und den Umständen schließen lässt, dass diese Bieter in bezug auf die Vergabe von Schulbuchaufträgen in den einzelnen Kommunen wettbewerbsbeschränkende Abreden getroffen haben.

Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht nur auf ein gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst alle sonstigen Absprachen, aber auch Verhaltensweisen, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot des § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 VOL/A unvereinbar sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.09.2003, Verg 52/03). Wettbewerbsbeschränkend ist jedes Verhalten, das auf die Einschränkung von Wettbewerb hinausläuft (Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage, § 2 Rd. 22). Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen sowie ungesunde Begleiterscheinungen sind bei öffentlichen Auftragsvergaben durch den öffentlichen Auftraggeber zu bekämpfen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.06.2002, Verg 18/02). Diese Vorschriften haben bieterschützenden Charakter.

Richtig ist sicherlich, dass es hier wegen des Buchpreisbindungsgesetzes keine Preisabsprache zwischen diesen Unternehmen geben kann. Aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 52/03, geht aber eindeutig hervor, dass auch Verhaltensweisen von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A erfasst werden, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind. Das ergibt sich auch aus der Entscheidung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschluss vom 07.11.003, wonach zwar die Beteiligung von konzernverbundenen oder personell verbundenen Bieterfirmen an ein und denselben Vergaben unschädlich sein soll, solange es sich um rechtlich selbständige juristische Personen handelt. Allerdings dürften in diesem Falle keine konkreten Anhaltspunkte für wettbewerbsbeschränkende oder unlautere Verhaltensweisen ersichtlich sein. Genau dies ist jedoch hier der Fall.

Die Kammer hält diese Auffassung des OLG Düsseldorf für zutreffend. Sinn und Zweck des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A ist die Bekämpfung von unlauteren Verhaltensweisen, die zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen, wodurch dann andere Wettbewerbsteilnehmer benachteiligt werden. Die Generalklausel in § 2 Nr. 1 VOL/A wiederholt keinesfalls nur die Ausschlussstatbestände des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A, sondern ergänzt diese Vorschrift unter Berücksichtigung des Regelungsgehalts. Dies

ergibt sich schon daraus, dass Generalklauseln nicht nur bereits geregelte Sachverhalte erfassen, sondern darüber hinaus gerade solche Sachverhalte rechtlich berücksichtigen sollen, die nicht konkret unter eine Gesetzesvorschrift subsumiert werden können.

Hier fand der Wettbewerb letztlich in der Form der Auslosung statt. Im Rahmen dieses „Wettbewerbs“ sollten alle Teilnehmer, die mit ihren Angeboten berücksichtigt werden konnten, die gleichen Ausgangschancen erhalten. Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln; eine Benachteiligung ist nicht gestattet (vgl. § 97 Abs. 2 GWB). Wenn aber einige Teilnehmer sich im Verhältnis zu anderen Teilnehmern Ausgangsvoraussetzungen schaffen, die bei der Losentscheidung zu einer Erhöhung der eigenen Chancen führen, obwohl dies mit dem Inhalt der Auftragserfüllung, also mit dem Angebot an sich, nichts zu tun hat, dann handelt es sich dabei um eine unlautere und den „Wettbewerb durch Losentscheid“ verzerrende Verhaltensweise, die im Vergabekartellrecht nicht zulässig ist. Soweit also letztlich von einer Bietergruppe ein Angebot in Erwartung einer Entscheidung im Losverfahren mehrfach bei der Vergabestelle eingereicht wird, muss davon ausgegangen werden, dass dies faktisch zu einer Benachteiligung derjenigen Wettbewerbsteilnehmer führt, die ihr Angebot nur einmal einreichen.

Die Vergabestelle ist verpflichtet, diese „ungesunden“ und unlauteren Begleiterscheinungen im Wettbewerb gemäß § 2 Nr. 1 VOL/A zu bekämpfen. Das muss sie schon zum Selbstschutz tun, weil ansonsten die anderen Wettbewerber in neuen Ausschreibungsverfahren die gleichen Verhaltensweisen übernehmen, um ihre eigenen Chancen zu erhöhen.

Soweit die Antragsgegnerin meint, ihr sei nicht aufgefallen, dass die Referenzen der Beigeladenen fast identisch waren, kann die Kammer dies nicht nachvollziehen, weil es nicht nur um einzelne Referenzen geht, sondern um insgesamt drei Listen mit mehr als 20 gleichen Referenzangaben hinsichtlich der Kommunen und auch der Auftragsvolumen. Darüber hinaus war die Entscheidung, ob die Angebote der Beigeladenen berücksichtigt werden konnten oder nicht, vor der Auslosung zu treffen. Insofern stellt sich hier nicht die Frage, ob das Angebot der Beigeladenen zu 1) deshalb in der Wertung bleiben konnte, weil diese Firma der Antragsgegnerin aus vorhergehenden Auftragsvergaben bekannt war.

Die Antragsgegnerin hätte auch nach Auswertung des Rechtsgutachtens der Stadt Essen vom 23.03.2004, dass ihr ausweislich der Ausschreibungsunterlagen vorlag, hinsichtlich der Referenzen Anlass zu einer sorgfältigen Überprüfung gehabt. Dort wird darauf hingewiesen, dass einige Referenzen der Beigeladenen zu 4) von anderen Vergabestellen überprüft wurden und sich herausgestellt hat, dass diese Firma bei den von ihr genannten Referenzgebern überhaupt nicht bekannt war. Diesen konkreten Anhaltspunkten und Hinweisen ist die Antragsgegnerin nicht nachgegangen, obwohl hinreichend Anlass dazu bestand. Die Antragsgegnerin hätte anhand der Referenzlisten feststellen können, dass hier –obwohl die Beigeladenen zu 1) bis 4) als selbständige Unternehmen auftraten- diese nicht unabhängig voneinander am Markt agierten, sondern sie durch die gezielte Abgabe von Angeboten unter verschiedenen Firmenbezeichnungen ihre Auslosungschancen zum Nachteil anderer Wettbewerbsteilnehmer erhöhen wollten.

Die Kammer sieht diese unlauteren Verhaltensweisen bei den Beigeladenen zu 1) bis 4) als erwiesen an, da eine Reihe von Indizien und Umstände auf eine gezielte Kampagne hindeuten.

Die Beigeladenen zu 1) bis 4) sind zwar ausweislich der Handelsregisterauszüge, soweit diese vorliegen, tatsächlich juristisch selbständig; sie agieren aber nicht unabhängig voneinander am Markt.

Die Beigeladene zu 1) führt in ihrem Angebot sogar aus, dass sie ihre SGV GmbH wieder aktiviert hat, um wieder als selbständiger Bieter am Markt aufzutreten. Gleiches gilt für die Beigeladene zu 4), die auf einem Begleitschreiben offen zugibt, dass sich „erfahrene und langjährige Gesellschafter“ der Beigeladenen zu 2) und zu 3) entschlossen hätten, die Beigeladene zu 4) (im Oktober 2003) zu gründen.

Entscheidender ist aber, dass zumindest die Beigeladenen zu 1), zu 2) und zu 4) nahezu identische Referenzlisten vorgelegt haben. Soweit ein Unternehmen für sich in Anspruch nimmt, dass es tatsächlich selbständig am Markt agiert, kann es nicht auf die Referenzen von Unternehmen zurückgreifen, zu denen es keine Verbindungen hat. Unternehmen, die sich auf gleichlautende Referenzen berufen, müssen untereinander in Beziehung stehen, ansonsten hätten sie nicht das Recht und die Möglichkeit, sich auf identische Referenzen zu berufen.

Anhand von Referenzen und Umsatzzahlen will ein Auftraggeber feststellen, ob der potentielle Auftragnehmer Erfahrungen auf dem Gebiet der nachgefragten Leistung hat und ob er in der Lage sein wird, den Auftrag auch tatsächlich auszuführen. Er will also eine gewisse Leistungskonstanz durch die Anforderung entsprechender Nachweise nachhalten. Insofern können Referenzen nicht einfach von anderen Unternehmen „übernommen“ und als „eigene“ ausgegeben werden, weil damit nicht dokumentiert wird, dass der konkrete Bieter sich auch wirklich hinsichtlich der nachgefragten Leistungen am Markt bereits bewährt hat.

Die früheren Leistungen einer anderen Firma können nur dann die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens für einen konkreten Auftrag belegen, wenn sichergestellt ist, dass diese den ausgeschriebenen Auftrag vollständig oder zumindest zu einem ganz überwiegenden Teil durch das Personal der früheren Firma durchführen wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.11.2001, Verg 33/01). Dabei ist zu berücksichtigen, dass an einer Unternehmensleistung sowohl die Unternehmensleitung, die gesamte Betriebsorganisation und die Struktur des Unternehmens ansich maßgeblichen Anteil haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.07.2001, Verg 16/01). Die Eignung des Bieters bestimmt sich grundsätzlich nicht allein aus der Person seines Inhabers oder organschaftlichen Vertreters, sondern aus der Unternehmensorganisation als Ganzes, also durch die Gesamtheit der das Unternehmen prägenden Leistungsträger, welche die zu vergebende Leistung zu erbringen haben, d.h. letztlich über die Summe der in der betrieblichen Tätigkeit angesammelten Erfahrungen und Qualifikationen (OLG Dresden, Beschluss vom 23.07.2002, WVerg 0007/02). Entscheidend ist somit, welche Personen an der Durchführung der Aufträge beteiligt waren, auf die sich die Referenzen beziehen. Nur soweit eine weitgehende Identität zwischen den Personen, die für die Referenzaufträge zuständig waren und der Mitarbeiter in der neu gegründeten Firma festgestellt werden kann, können die Referenzen der bisherigen Firma berücksichtigt werden. Denn bei einer derartigen Fallkonstellation kann der Auftraggeber sicher sein, dass die neu gegründete Firma die Gewähr dafür bietet, dass die bisherigen Leistungen des vorherigen Unternehmens und „Referenzgebers“ auch weiterhin erbracht werden.

Zunächst einmal kann nicht mehr eindeutig festgestellt werden, welche von den beigeladenen Firmen denn tatsächlich für die Durchführung der Aufträge in der Referenzliste verantwortlich war. Darüber hinaus kann aus den Angeboten nicht geschlossen werden, welche Person oder welcher Mitarbeiter bei der Durchführung der Aufträge aus der Referenzliste maßgeblich beteiligt war. Die davon betroffenen Beigeladenen haben auch nicht dargelegt, welche Leis-

tungen welchem Unternehmen zugeordnet werden können. Vielmehr wird wiederholt darauf verwiesen, dass alle Unternehmen als juristisch selbständige Personen am Markt tätig sind und es eben keine relevanten personellen Verflechtungen gibt. Wenn man sich aber auf identische Referenzen beruft, dann hätte man entsprechend der o.g. Rechtsprechung auf eine gemeinsame Unternehmensstruktur mit entsprechenden personellen Verflechtungen hinweisen müssen. Möglicherweise hätte die Antragsgegnerin dann nicht alle Angebote unabhängig voneinander in die Auslosung gegeben. Aus der Tatsache, dass die Beigeladenen dies nicht getan haben, kann nur geschlossen werden, dass sie ihre Chancen bei der Losentscheidung durch die Mehrfacheinreichung eines Angebotes erhöhen wollten. Das hält die Kammer für eine unlautere und wettbewerbswidrige Verhaltensweise gegenüber den anderen Bietern. Da sich bereits aus den Angeboten diese Absicht erkennen ließ, bedarf es darüber hinaus, keiner weiteren konkreteren Nachweise, wie die Antragsgegnerin meint. Insbesondere war es nicht erforderlich eine Absprache nachzuweisen, sondern allein aus den Umständen und den Angeboten ließen sich diese wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen erkennen.

Dem Angebot der Beigeladenen zu 3) lag zwar eine andere Referenzliste bei; allerdings steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass zumindest aufgrund der Tatsache, dass Herr Exxxx xxxxxxxxxxxx und Herr Jxxxxxxxxxxxxxxxxx als Gesellschafter der Beigeladenen zu 3) tätig sind und sie im Angebot der Beigeladenen zu 4) darlegten, dass sie diese Gesellschaft gegründet hätten, um mehr Wettbewerb nach dem Buchpreisbindungsgesetz zu haben, dass die Beigeladene zu 3) ebenfalls an diesen wettbewerbsverzerrenden Verhaltensweisen beteiligt war.

Die Antragsgegnerin hätte diese unlauteren Verhaltensweisen unterbinden müssen. Sie hat sich zwar ein Rechtsgutachten von der Stadt Essen beschafft, aber bei der Auswertung der Angebote ausweislich ihres Vermerks vom 19.05.2004 keine intensiven Überlegungen angestellt. Sie verweist darauf, dass alle Beigeladenen als selbständige Firmen in das Handelsregister eingetragen sind und somit als selbständige Bieter zu behandeln seien. Die Beigeladenen zu 2) und 3) hatten ihren Angeboten aber überhaupt keine Handelsregisterauszüge beigelegt. Also konnten diese auch nicht von der Antragsgegnerin überprüft worden sein.

In einem weiteren Vermerk der Antragsgegnerin vom 19.05.2004 (Bl. 1265) überprüft die Antragsgegnerin die Beigeladenen zu 1) und zu 4) hinsichtlich ihrer Eignung unter dem Begriff „Zulassung von Newcomern“, beachtet dabei aber nicht, dass „fremde“ Referenzen wie o.a. ausgeführt, nicht einfach übernommen werden dürfen.

2) Die Antragsstellerin hat aber keinen Anspruch auf Wiederholung der Losentscheidung zu den im Streit stehenden Losen 13 und 14, soweit sie behauptet, die Antragsgegnerin hätte die Wertungsstufen gemäß § 25 VOL/A nicht eingehalten. Ausweislich der Bekanntmachung hat die Antragsgegnerin zwar die „Referenzen“ als Zuschlagskriterien bezeichnet, was nicht zulässig ist. Die Referenzen sollen Aufschluss geben über die Eignung der Bieter und sind nach § 25 Nr. 2 VOL/A zu prüfen. Erst nach dieser Prüfung sind die Angebote derjenigen Bieter, die als geeignet befunden wurden, auf ihre Wirtschaftlichkeit hin gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A zu prüfen.

Ausweislich der Vergabeakten hat die Antragsgegnerin diese Stufen aber eingehalten. Sie hat nach Überprüfung und Vervollständigung der Angebote diese nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A geprüft (Blatt 1204), dann die Unbedenklichkeitsbescheinigungen (Blatt 1239), dann die Referenzen (Blatt 1263 bis 1266) und dann die Wirtschaftlichkeit der verbliebenen Angebote (Blatt 1275). Insofern hat sie die Wertungsstufen des § 25 VOL/A ordnungsgemäß ein-

gehalten. Anhaltspunkte, wonach die Referenzen als Zuschlagskriterien auf der vierten Wertungsstufe geprüft wurden, sind nicht ersichtlich.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Durch den vorstehenden Wertungsfehler der Antragsgegnerin haben sich die Chancen der Antragstellerin, aber auch anderer Bieter, auf die Zuschlagserteilung zumindest auch hinsichtlich der Lose 13 und 14 verringert. Es waren insgesamt 4 Angebote bei der Auslosung dabei, die zuvor wegen des Verstoßes gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A von der Verlosung auszuschließen gewesen wären. Lässt man diese Angebote außen vor, so steigen die Chancen der Antragstellerin auf Erhalt eines Auftrages.

Die Antragsgegnerin wird somit verpflichtet, ihre Wertung hinsichtlich der Lose 13 und 14 in der Form der Verlosung (vierte Wertungsstufe) zu wiederholen und dabei die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 4) unberücksichtigt zu lassen. Angebote, die von der Antragsgegnerin bereits auf vorhergehenden Wertungsstufen ausgeschlossen wurden, sind ebenfalls bei der neuen Verlosung nicht zu berücksichtigen.

Vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass die Bieter nach der Durchführung der neuen Verlosung erneut gemäß § 13 VgV über das Ergebnis zu informieren sind.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragsgegnerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat. Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Mindestgebühr in Höhe von 2650 Euro ausgehend von dem Gesamtauftragswert für die im Streit stehenden Lose 13 und 14 über einen Zeitraum von drei Jahren gemäß § 3 VgV in Höhe von 450.000 Euro festzusetzen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter, soweit er im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen. Demzufolge hat die Antragsgegnerin diese Kosten zu tragen. Sie ist aber nach § 128 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes 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 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 hier streitentscheidend waren.

VI.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer § 12a Abs. 2 GKG analog zugrundegelegt.

Wegen des beschränkten Geltungsbereichs des Gerichtskostengesetzes auf gerichtliche Verfahren enthält der § 12a Abs. 2 GKG lediglich eine Regelung für die Berechnung des Gegenstandswertes für Verfahren über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammer. Allerdings bestimmt § 8 Abs. 1 Satz 2 BRAGO, dass die für die Gerichtskosten geltenden Wertvorschriften auch für die anwaltliche Tätigkeit außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und daher auch für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer gelten sollen.

Demzufolge bestimmt sich der Gegenstandswert im vergaberechtlichen Verfahren vor der Vergabekammer durch entsprechende Heranziehung des § 12 a Abs.2 GKG.

Nach § 12a Abs. 2 GKG beträgt der Gegenstandswert 5 % der Auftragssumme.

Das Interesse der Antragstellerin wird durch das von ihr abgegebene Angebot definiert. Ausgehend von der Auftragssumme der Antragstellerin wären dies bei Berücksichtigung der Lose 13 und 14 sowie der Optionsrechte ca. 450.000 Euro, wobei es sich hierbei um die Bruttoauftragssumme handeln soll. Bei der Festsetzung des Gegenstandswertes ist aber von der Nettoauftragssumme auszugehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.12.2002, Verg 42/01). Für die Festsetzung der Kosten sollte dann von einem Gegenstandswert in Höhe von ca. 18.850 Euro (5% der Nettoauftragssumme von 377.000 Euro) ausgegangen werden.

Entsprechend dem Beschluss des OLG Thüringen vom 25. Juni 2001 (6 Verg 1/01) und dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 03.07.2003, Verg 29/00 hat die Vergabekammer aber keine Streitwertfestsetzung zu treffen, sondern die Vergabekammern erlassen lediglich eine Kostengrundentscheidung und befinden darüber, ob die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war und die Anwaltskosten damit erstattungsfähig sind.

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 Beschwerdebegründung 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

Stolz

Wiemann