



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Die Beigeladene war nicht verpflichtet, für ihre Nachunternehmer mit dem Angebot Verfügbarkeitserklärungen vorzulegen, nur weil diese einen wesentlichen Teil der Leistung erbringen sollten.**
- 2. Kein Ausschluss eines Angebotes im Falle einer formwechselnden Umwandlung gemäß § 202 Abs. 1 UmwG, weil sich dadurch die Identität des Bieters nicht ändert.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Ausschreibung eines Auftrages zur Entsorgung von Altpapier im Kreis

VK 14/07 und VK 15/07

der Bietergemeinschaft

und

Antragstellerin zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte

und

Antragstellerin zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte

gegen

Antragsgegnerin

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 23. August 2007 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und der ehrenamtlichen Beisitzerin Rechtsanwältin Wiemann

am **28. August 2007** beschlossen

1. Die Nachprüfungsanträge werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2800 € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen jeweils zur Hälfte.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, eine Entsorgungsgesellschaft mbH, schrieb die Altpapierentsorgung im Kreisgebiet mit Ausnahme von zwei Städten in einem offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit aus. Der Auftragnehmer soll das von den Städten und Gemeinden angelieferte Altpapier an bestimmten Umschlagplätzen übernehmen, verwerten und vermarkten. Dafür hatte der Auftragnehmer eine bestimmte Vergütung an die Antragsgegnerin zu zahlen. Die Ausschreibung erfolgte in vier Gebietslosen und sollte über einen Zeitraum von drei Jahren vergeben werden. Nebenangebote waren zulässig, soweit sie preisliche Vorteile bei einer Vergabe von mehreren Losen vorsahen.

Als Zuschlagskriterien nannte die Antragsgegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot, wobei sie zur Ermittlung den Gesamterlös und die Transportkosten berücksichtigen wollte.

In der Bekanntmachung verlangte die Antragsgegnerin von den Bietern die Vorlage einer Vielzahl von Eignungsnachweisen. So verlangte sie u.a. eine Zertifizierung(en) als Entsorgungsfachbetrieb nach § 52 KrW-/AbfG oder gleichwertige Nachweise, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen über qualifiziertes und geschultes Personal verfügt, eine Betriebsordnung, ein Betriebshandbuch, und ein Betriebstagebuch besitzt, die entsprechend geführt werden, dass es Mitglied bei der Berufsgenossenschaft ist, ein ausreichender Versicherungsschutz besteht und ein aktuelles polizeiliches Führungszeugnis des Unternehmens/ Niederlassungsleiters des für die Leistungen verantwortlichen Betriebes. Weiterhin forderte sie die Vorlage einer Genehmigung der Annahmestelle bzw. der Umschlaganlage nach

Bundesimmissionsschutzgesetz/Abfallrecht bzw. Baurecht und eine Eigenerklärung/Referenz über den Umschlag von Altpapier sowie über die Vermarktung und Verwertung von Altpapier.

In Ziffer 4.6 der Leistungsbeschreibung wird verlangt: „ Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Annahme und zum Umschlag des angelieferten Altpapiers. Der Standort der Umschlaganlage darf dabei nicht weiter als 20 km (Luftlinie) zu den Gemeindegrenzen der Städte und Gemeinden, die zu dem jeweiligen Los gehören, sein. Es dürfen auch mehrere Umschlaganlagen je Los angeboten werden. Der Bieter ordnet bei mehreren Umschlaganlagen je Los, die betroffenen Städte und Gemeinden jeweils einer Umschlaganlage zu. “

Die Bieter hatten die Standorte konkret zu benennen und so zu wählen, dass die Umschlaganlagen für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten ausreichend dimensioniert sind. In Ziffer 4.6.3 verlangte die Antragsgegnerin bestimmte Mindestöffnungszeiten für die Umschlaganlagen.

Hinsichtlich einer etwaigen Unterbeauftragung verlangte die Antragsgegnerin, dass die Bieter bei deren Beauftragung wettbewerbliche Grundsätze beachten und mit dem Unterauftragnehmer insgesamt keine ungünstigeren Bedingungen vereinbaren, als zwischen ihm und dem Auftraggeber vereinbart werden.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt von 11 Bietern Angebote, darunter auch von den beiden Antragstellern und der mit Beschluss vom 25. Juni 2007 Beigeladenen.

Die Antragstellerin zu 2) legte ein Angebot für die Lose 1, 2 und 4 vor, während die Antragstellerin zu 1) und die Beigeladene für sämtliche 4 Lose Angebote und jeweils ein Nebenangebot vorlegten. Als wirtschaftlichstes Angebot für alle vier Lose ermittelte die Antragsgegnerin das Nebenangebot und Angebot der Beigeladenen (Platz 1 und 2), gefolgt von dem Nebenangebot der Antragstellerin zu 1) auf dem 3. Platz. Die Antragstellerin zu 2) befindet sich auf dem 5. Platz bei den Losen 1, 2 und 4.

In ihrem Angebot weist die Beigeladene darauf hin, dass sie sich zurzeit in der Umwandlung zu einer GmbH & Co. KG befinde und diesbezüglich die Eintragung im Handelsregister am 23.03.2007 beantragt worden sei. Sie erklärt, dass sie das Angebot auch mit Rechtswirkung für und gegen die neue Gesellschaft abgegeben habe und versichert die unverzügliche Vorlage eines aktuellen Handelsregisterauszuges.

Weiterhin nennt die Beigeladene insgesamt 5 Unternehmen, die im Kreisgebiet ansässig sind, und die sie im Falle der Auftragserteilung mit der Annahme und den Umschlag des Altpapiers (Umschlaganlagen) beauftragen werde und fügt ihrem Angebot für alle Unternehmen als auch für ihr eigenes entsprechende Zertifikate als Entsorgungsfachbetrieb und die Genehmigungsbescheide für die jeweilige Umschlaganlage bei. Abschließend nennt sie insgesamt 4 Referenzen, die sich auf ihr Unternehmen beziehen.

Mit Schreiben vom 29.05.2007 teilte die Antragsgegnerin den Bietern mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag in allen 4 Losen auf das Nebenangebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Antragstellerin zu 1) rügte am 01.06.2007 und die Antragstellerin zu 2) am 05.06.2007 die geplante Vergabe. Sie beantragten anschließend die Nachprüfung vor der Vergabekammer. Die Vergabekammer hat die beiden Verfahren, da die Zielrichtung weitestgehend vergleichbar war, entsprechend § 147 ZPO am 25.06.2007 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden.

Die Antragstellerinnen sind der Auffassung, dass auf das Angebot der Beigeladenen der Zuschlag nicht erteilt werden könne.

Die Beigeladene könne die in den Verdingungsunterlagen gestellten Anforderungen an die Umschlaganlagen nicht erfüllen, da sie über keine eigenen Standorte für den Umschlag von Altpapier in den im Streit stehenden Kreisgebiet verfüge. Nach den Vorgaben durften die Umschlaganlagen nur jeweils 20 km Luftlinie zum nächstgelegenen Punkt der Grenze entfernt sein. Jedenfalls könnten – soweit Umschlagstellen angegeben worden sein sollten – diese die Anforderungen in den Vergabeunterlagen nicht erfüllen. Insbesondere sei nicht sichergestellt, dass die gegebenenfalls genannten Umschlaganlagen die vorgegebenen Öffnungszeiten einhalten werden. Gerade für den Fall, dass keine eigenen Umschlaganlagen vorhanden sind, sei eine Vereinbarung mit dem Betreiber der Umschlaganlage erforderlich, aus der sich ergebe, dass die Öffnungszeiten für die Dauer des vorliegenden Auftrages, und zwar bis zum 30.09.2010, gewährleistet werden. Darüber hinaus sei in diesem Zusammenhang zu prüfen, in welchem Umfang die von der Beigeladenen eingebundenen Nachunternehmer über die geforderten Referenzen verfügen. Die Antragstellerinnen meinen, dass Nachunternehmer, die einen wesentlichen Teil der Leistung erbringen, grundsätzlich auch über entsprechende Referenzen wie der Hauptunternehmer verfügen müssten.

Die Antragstellerinnen stellen insgesamt in Abrede, dass die Beigeladene auch die anderen unter Abschnitt III Ziffer 2. der Vergabebekanntmachung genannten Eignungsnachweise mit dem Angebot vorgelegt hat.

Die alternativ zur Zertifizierung nach § 52 KrW-/AbfG zugelassenen gleichwertigen Nachweise könnten nicht die Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses ersetzen. Durch das Wort „und“ sei klargestellt, dass ein polizeiliches Führungszeugnis des Unternehmens- bzw. Niederlassungsleiters kumulativ neben dem Nachweis einer Zertifizierung oder einem gleichwertigen Nachweis gefordert war. Ein aktuelles polizeiliches Führungszeugnis gehe auch in qualitativer als auch in zeitlicher Hinsicht über den Aussagegehalt einer Zertifizierung hinaus, so dass es keinen Sinn mache, das Führungszeugnis nur dann zu verlangen, wenn man keine Zertifizierung, sondern einen gleichwertigen Nachweis vorlege. Zwar müsse für die EfB-Zertifizierung auch die persönliche Zuverlässigkeit nachgewiesen werden; das Zertifikat erfasse aber keine kleineren Verfehlungen und gelte für einen Zeitraum von 18 Monaten. Zudem würden mit der Vorlage eines gleichwertigen Nachweises und eines polizeilichen Führungszeugnisses unterschiedliche Ziele verfolgt, so dass sich aus dem Sinn und Zweck der Nachweise die zwingende Vorlage auch eines polizeilichen Führungszeugnisses ergebe.

Weiterhin bestreiten die Antragstellerinnen, dass die Beigeladene eine Erklärung über ihren Gesamtumsatz, über die Bilanzen, die Betriebshaftpflichtversicherung

sowie die genehmigungsrechtliche Situation der vorgesehenen Umschlagplätze ordnungsgemäß nachgewiesen hat. Allein die baurechtlichen Genehmigungen würden jedenfalls einen rechtskonformen Betrieb der Anlagen nicht ermöglichen.

Weiterhin tragen die Antragstellerinnen vor, die Beigeladene habe die geforderten Referenzen nicht nachgewiesen. Nach ihren Informationen sei die Beigeladene nicht im Bereich des Umschlags und Transports von Altpapier tätig, sondern im Bereich der Vermarktung von Wertstoffen. Möglicherweise habe sie sich auf Referenzen der mit ihr verbundenen Unternehmen aus dem Konzern berufen, die aber der tatsächlich anbietenden Beigeladenen nicht zugerechnet werden könnten.

Als erste Referenz habe die Beigeladene einen Auftrag aus dem Landkreis M angegeben, der ausschließlich die Vermarktung/ Verwertung von PPK betreffe, nicht aber den Umschlag. Da aber auch Referenzen für den Umschlag nachzuweisen waren, käme es hier maßgeblich auf die Referenzen der beiden Schwestergesellschaften und der A. GmbH an.

Weiterhin bestreitet die Antragstellerin zu 2), dass die Beigeladene die Aufträge, auf die sich ihre Referenzen hinsichtlich des Umschlags von PPK beziehen, tatsächlich abwickelt. Nach ihrem Kenntnisstand würde die A. GmbH in Berlin ihre Mengen selber vermarkten und nicht etwa die Beigeladene. Zudem könne die Vermarktung ab dem Jahre 1994 nicht zutreffen, weil die Beigeladene erst im Jahre 1995 in das Handelsregister eingetragen worden sei.

Die Antragstellerin zu 1) behauptet, die Beigeladene habe tatsächlich in der Vergangenheit niemals Leistungen des Umschlags von Altpapier selbst erbracht, sondern sie habe solche Leistungen immer nur durch Dritte erbringen lassen. Die Beigeladene sei eine zentrale Vermarktungsgesellschaft und habe lediglich die Funktion eines Stoffstromkoordinators inne. Zur Erfüllung bediene sie sich u.a. ihrer Schwestergesellschaften, die die öffentlichen Aufträge im Zusammenhang mit dem Einsammeln, dem Umschlag, dem Sortieren und der weiteren Verwertung von PPK tatsächlich ausführen würden. Im Übrigen würde der Verweis auf Leistungen, die für ein konzernverbundenes Unternehmen erbracht wurden, den Anforderungen an eine Referenz nicht genügen.

Die Antragstellerin zu 2) behauptet zudem, die Referenz von der Altpapier S. GmbH könne nicht zutreffen, weil nach ihrem Kenntnisstand im Landkreis ein Unternehmen mit dem Umschlag und der Vermarktung beauftragt sei, an dem der Landkreis selber mehrheitlich beteiligt wäre.

Zudem meint die Antragstellerin zu 2), ausweislich der Vergabeakten fehle es auch an einer inhaltlichen Auseinandersetzung der Antragsgegnerin mit den Referenzen. Einem Schriftsatz der Antragsgegnerin entnehme sie, dass die Antragsgegnerin sich wohl erst im laufenden Nachprüfungsverfahren mit den Referenzen der Beigeladenen befasst habe. Die Antragstellerin zu 2) vertritt die Auffassung, dass damit offenbar eine entsprechende Eignungsprüfung hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen durch die Antragsgegnerin nicht stattgefunden habe, was beurteilungsfehlerhaft sei.

Selbst wenn sich die Antragsgegnerin mit den Referenzen befasst hätte, fehle es an der in der Vergabeakte erforderlichen Dokumentation. Die Dokumentation müsse

zeitnah erfolgen und laufend fortgeschrieben werden. Dokumentationsmängel würden zu dem Ergebnis führen, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend ist, zu wiederholen sei. Die Antragstellerin zu 2) trägt vor, dass sie durch diese unzureichende Dokumentation auch in ihren Rechten verletzt sei, weil sie ihren Nachprüfungsantrag maßgeblich auf die fehlende Eignung der Beigeladenen gestützt habe.

Weiterhin vertritt die Antragstellerin zu 2) die Auffassung, durch die formwechselnde Umwandlung der Beigeladenen von einer GmbH in eine GmbH & Co KG nach Abgabe der Angebote, aber vor Zuschlagserteilung, seien in der Person der Beigeladenen Änderungen eingetreten, die zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen führen müssten.

Nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf seien Änderungen an den Angeboten in sachlicher oder personeller Hinsicht in diesem Zeitraum nicht statthaft. Auch die formwechselnde Umwandlung führe trotz rechtlicher Identität dazu, dass die Rechtsform des Bieters grundlegend geändert würde. Die Änderung der Rechtsform habe erhebliche Auswirkungen auf die Prüfung der Eignung des Bieters, zumal hier auch entscheidende Veränderungen in der Führungsstruktur der Gesellschaft eintraten. So sei die Geschäftsführung der ursprünglichen GmbH geändert worden. Diese Umwandlung führe zu einem Zustand völliger Intransparenz, der insbesondere die Eignung des Bieters betreffe.

Außerdem tragen die Antragstellerinnen vor, dass das geforderte EfB-Zertifikat, soweit es beigelegt worden sei, sich jedenfalls auf die Beigeladene in ihrer ursprünglichen Rechtsform beziehe und nicht für die umfirmierte Gesellschaft in der neuen Rechtsform gelte. Dies gelte auch für andere Eignungsnachweise, die von der bisherigen Gesellschaft vorgelegt worden seien. Auch diese würden nach einer gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung nicht mehr richtig sein, weil sie für ein anderes Rechtssubjekt ausgestellt wurden.

Die Antragstellerinnen sind auch der Auffassung, die Wertung der Antragsgegnerin sei fehlerhaft gewesen. Die Antragstellerin zu 1) weist darauf hin, dass sie einen hohen Verwertungserlös angeboten habe und zudem über optimal gelegene Umschlaganlagen verfüge. Auch die Antragstellerin zu 2) meint, dass bei korrekter Ermittlung der Entfernung und unter Berücksichtigung der Transportkosten, das Angebot der Beigeladenen nicht das wirtschaftlichste gewesen sein könne, zumal auch sie einen sehr hohen Veräußerungserlös angeboten habe.

Die Antragstellerin zu 1) beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, nicht den Zuschlag auf die Angebote der Beigeladenen zu erteilen und die Wertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer unter Ausschluss der Angebote der Beigeladenen erneut vorzunehmen,
2. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlich Bevollmächtigten für die Antragstellerin zu 1) für notwendig zu erklären.

Die Antragstellerin zu 2) beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die zur Ausschreibung für die Altpapierentsorgung im Kreis zu den Losen 1, 2 und 4 eingegangenen An-

- gebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten,
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin zu 2) für notwendig zu erklären,
 3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß § 128 Abs. 4 GWB, § 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge zurückzuweisen und
2. den Antragstellerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin hält die Nachprüfungsanträge für unzulässig und die Antragstellerin zu 2) sei auch nicht antragsbefugt, weil sie bei den Losen 1 und 2 nur viertplatzierte und bei Los 4 nur drittplatzierte Bieterin sei. Ein Angebot zu Los 3 habe sie überhaupt nicht vorgelegt.

Im Übrigen seien die Anträge auch unbegründet. Die Beigeladene habe die geforderten Eignungsnachweise und die Referenzen mit dem Angebot vorgelegt. Das Angebot der Beigeladenen sei auch vollständig.

Hinsichtlich der Referenzen liege eine Liste bei, die aktuelle Aufträge umfasse und die aufgrund der Nennung der Beigeladenen in der Kopfzeile eindeutig ihr zugeordnet werden könnten. Die Verwaltung des Landkreises M. habe sie telefonisch kontaktiert, nachdem ihr die Zweifel an den Referenzen bekannt geworden seien. Man habe ihr bestätigt, dass die Beigeladene die Dienstleistung, wie in der Referenzliste aufgeführt, ausübe. Im Übrigen habe sie an die vorzulegenden Referenzen keine hohen Anforderungen gestellt, um den Kreis der Bieter nicht unangemessen einzuschränken. Demzufolge habe sie auch ausdrücklich nicht gefordert, dass die Leistungen für öffentliche Auftraggeber erbracht werden mussten. Bei der Wertung der Referenzen stehe ihr ein Beurteilungsspielraum zu, den sie unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze auch ausgeübt habe.

Auch die Eigenerklärung zu den Umschlaganlagen habe dem Angebot der Beigeladenen beigegeben. Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass es sich nicht um Anlagen eines Bieters handeln musste, sondern es sich auch um Anlagen von Dritten handeln konnte. Unterbeauftragungen seien zulässig gewesen. Dabei habe sie keine Nachweise von Unterauftragnehmern gefordert. Dass dazu mit Dritten entsprechende Vereinbarungen geschlossen werden, sei zu erwarten. Diese musste der Bieter aber nicht offen legen. Vielmehr habe sie sich von den Bietern durch deren Unterschrift im Vordruck Bietererklärung (Punkt e) zusichern lassen, dass die gemachten Angaben und Erklärungen tatsächlich zutreffen. Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass der Auftragnehmer sich bei der Erfüllung seiner Leistungen der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen kann. Ein Eigenleistungsanteil dürfe bei europaweiten Ausschreibungen nicht mehr gefordert werden. Dies führe konsequenterweise dazu, dass Unternehmen Aufträge ausführen dürfen, ohne operative Eigenleistungen zu erbringen.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, die Beigeladene habe eine Genehmigung der Annahmestelle bzw. der Umschlaganlage nach Bundesimmissionschutzgesetz,

Abfallrecht bzw. Baurecht und auch die Zertifikate als Entsorgungsfachbetrieb für sämtliche Anlagen vorgelegt.

Die Antragsgegnerin trägt zudem vor, dass es sich bei den geforderten Öffnungszeiten um übliche, in Entsorgungsverträgen standardmäßig geforderte Zeiten handele. Das Nachprüfungsverfahren habe sie aber zum Anlass genommen, sich dies nochmals von den Anlagenbetreibern bestätigen zu lassen. Die Bestätigungsschreiben der genannten 5 Nachunternehmer datieren von Mai bzw. Juni 2007 und enthalten die entsprechenden Angaben.

Weiterhin weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die geforderte Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb mit dem Angebot von der Beigeladenen vorgelegt wurde. Ausweislich des Textes der Vergabebekanntmachung habe sie entweder den Nachweis der Zertifizierung oder (ersatzweise) sonstige Nachweise gefordert. Nur bei der 2. Alternative sei ein polizeiliches Führungszeugnis verlangt worden. Da die Beigeladene die Zertifizierung beigelegt hatte, musste sie folglich kein aktuelles polizeiliches Führungszeugnis vorlegen. Im Übrigen verweist die Antragsgegnerin auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 11/04, wonach Unklarheiten oder Widersprüchlichkeiten in den Anforderungen bezüglich der Eignungsnachweise letztlich zu Lasten der Vergabestelle gehen.

Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen weist die Antragsgegnerin auf ein Urteil des Bundesfinanzhofes vom 30.09.2003, III, R 6/02 hin. In dem Urteil führt der BFH aus: „Die formwechselnde Umwandlung wird durch die Beteiligung nur eines Rechtsträgers gekennzeichnet. Es kommt weder zu einer Gesamtrechtsnachfolge noch bedarf es der Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände. Die formwechselnde Umwandlung wird bestimmt durch das Prinzip der Identität des Rechtsträgers (rechtliche Identität), die Kontinuität seines Vermögens (wirtschaftliche Identität), aber die Diskontinuität seiner Verfassung.“ Im Übrigen schließt die Antragsgegnerin sich den Ausführungen der Beigeladenen zu dieser Frage an.

Zudem meint die Antragsgegnerin, die Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots sei ordnungsgemäß erfolgt. Sie habe sich genauestens an die in Ziffer 3.4 genannten Grundsätze gehalten und die entstehenden Transportkosten berücksichtigt.

Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen habe sie nicht gehabt, weil zwischen dem Angebot der Beigeladenen und des zweiplatzierten Bieters, der Antragstellerin zu 1), nur ein sehr geringer preislicher Abstand liege.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass ihr keine Dokumentationsdefizite vorgehalten werden könnten, denn sie habe nur wesentliche Entscheidungen zu dokumentieren, aber keine minutiöse Protokollierung jeglicher Vorkommnisse einer Verhandlungsrunde. Insbesondere, so trägt sie unter Hinweis auf eine Entscheidung der VK Bund vor, müssten nachteilige Prüfergebnisse dokumentiert werden. Hinsichtlich der Referenzen der Beigeladenen gebe es aber keine negativen Entscheidungen, wie etwa den Ausschluss des Bieters, so dass die vorgenommene Prüfung der Referenzen auch keiner weiteren Dokumentation zwingend erforderte.

Die Beigeladene legte auf Anforderung der Vergabekammer zwei aktuelle Handelsregisterauszüge, datiert vom 16.08.2007, vor. Demzufolge ist auf Grund des

Umwandlungsbeschlusses vom 23.03.2007 die GmbH durch formwechselnde Umwandlung in eine GmbH & Co KG umgewandelt worden. Als persönlich haftender Gesellschafter ist die A. mbH und als Kommanditistin ist die A. Aktiengesellschaft eingetragen worden, wobei Herr B. als Geschäftsführer der GmbH benannt wurde.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, diese formwechselnde Umwandlung der GmbH in eine GmbH & Co KG sei vergaberechtlich unproblematisch. Insbesondere sei die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom 18.10.2006, Verg 30/06, auf diesen Fall nicht anwendbar. Denn hier läge keine Verschmelzung, sondern lediglich eine formwechselnde Umwandlung vor. Das Wesen des Formwechsels läge gerade nur im Wechsel der Rechtsform bei Wahrung der Identität des Rechtsträgers. Anders als bei der Verschmelzung, bei der zwei Rechtsträger miteinander verschmolzen werden, gäbe es bei der formwechselnden Umwandlung immer nur ein und denselben identischen Rechtsträger. Seine neue Rechtsform würde der Rechtsträger automatisch mit der Eintragung des Formwechsels einnehmen, so § 202 Abs. 1 Ziffer 1 UmwG, und es gäbe – anders als bei einer Verschmelzung – auch keinen Rechtsträger, der im Handelsregister gelöscht würde. Jedenfalls hätte dieser Formwechsel keinen Einfluss auf die innere Struktur der Gesellschaft. In der Regel werde die Gesellschafterstruktur durch den Formwechsel nicht berührt. Im Übrigen würde auch ein Wechsel bei den Geschäftsführern einer Gesellschaft zu einem Wechsel in der Führungsstruktur der Gesellschaft führen, ohne dass dies vergaberechtlich beanstandet würde.

Zudem trägt die Beigeladene vor, die verlangten Eignungsnachweise seien – soweit dies erforderlich war – auf die neue Gesellschaft umgeschrieben und der Antragsgegnerin auch erneut vorgelegt worden. Sie habe aber bereits mit dem Angebot die geforderten Eignungsnachweise für die bisherige Gesellschaft ordnungsgemäß vorgelegt, die dann lediglich auf die neue Gesellschaft umgeschrieben wurden. Eine verspätete Vorlage von Eignungsnachweisen sei nicht feststellbar.

Weiterhin verweist die Beigeladene darauf, dass das OLG Düsseldorf in der o.g. Entscheidung wesentlich auf Transparenz und Kontinuität abgestellt habe. Deshalb habe sie bereits in ihrem Angebot auf die nunmehr eingetretene Sachlage hingewiesen.

Im Übrigen seien auch die anderen von der Antragstellerin zu 2) genannten Entscheidungen des OLG Düsseldorf zu dieser Frage hier nicht relevant, weil es entweder um eine Verschmelzung oder um einen Wechsel in einer Bietergemeinschaft gehe, was vorliegend eben nicht der Fall sei.

Die Beigeladene behauptet zudem, ihr Angebot sei insgesamt vollständig.

Ein polizeiliches Führungszeugnis, so meint die Beigeladene, müsse nicht vorgelegt werden, weil die Anforderung in der Vergabebekanntmachung eindeutig zwei Alternativen beinhaltet, und zwar entweder die Vorlage einer Zertifizierung nach § 52 KrW-/AbfG oder einen gleichwertigen Nachweis. Die Verknüpfung „und ein aktuelles polizeiliches Führungszeugnis“ beziehe sich ausschließlich auf die vorhergehende Aufzählung für den gleichwertigen Nachweis; dies lasse sich auch aus der Formulierung „Nachweise, aus denen hervorgeht“ schließen. Weiterhin verweist die Beigeladene unter Bezugnahme auf Schreiben der BVSE Entsorgungsgemeinschaft

e.V. und die §§ 8 und 9 der EntsorgungsfachbetriebsVO darauf, dass im Rahmen der Zertifizierung nach § 52 KrW-/AbfG bereits polizeiliche Führungszeugnisse vorzulegen seien. Ein Bieter, der über eine entsprechende Zertifizierung verfüge, müsse nicht nochmals ein polizeiliches Führungszeugnis vorlegen, zumal die Zertifizierung in jährlichen Abständen überprüft und in den Formblättern auch abgefragt werde, ob Ermittlungs- oder Ordnungswidrigkeiten Verfahren eingeleitet worden wären.

Die Beigeladene trägt weiterhin vor, dass sie auch tatsächlich über die nötigen Referenzen zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen verfüge. Sie habe ihrem Angebot eine Liste mit vier Referenzen beigefügt, die die von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Leistungen auch abdecken würden.

Generell weist die Beigeladene darauf hin, dass sie innerhalb des A. Konzerns die zentrale Vermarktungsgesellschaft sei und die Funktion des Stoffstromkoordinators übernommen habe. Darüber hinaus trete sie am Markt als freies Handelsunternehmen auf. Sowohl für den Konzern als auch als freies Unternehmen erbringe sie die gleichen Leistungen. Zur Erfüllung bediene sie sich der A.Schwestergesellschaften, aber auch regionaler Drittunternehmen vor Ort. Sie sei in der Lage, Fahrzeuge und Container bereitzustellen, um das Altpapier von den Umschlagplätzen in die Sortieranlagen und / oder zu den Papierfabriken zu schaffen.

Vor diesem Hintergrund trägt die Beigeladene zu den einzelnen Referenzen vor. Im Landkreis M. hole sie das Papier innerhalb eines vorgegebenen Zeitfensters an einem Umschlagplatz ab, der vom Landkreis betrieben werde, und fahre es zu einer Papierfabrik. Die Verträge mit dem Landkreis und der Papierfabrik seien mit ihr abgeschlossen worden.

Bei der zweiten und dritten Referenz handele es sich um Vertragsbeziehungen zu einer Sortieranlage; sie habe das Material zur Sortieranlage hin und von dieser weg zur Papierfabrik zu schaffen. Auch hier sei sie Vertragspartnerin der Sortieranlage und der Papierfabrik und nicht etwa ein anderes Unternehmen des A. Konzerns.

Bei der vierten Referenz sammle die A. GmbH das Papier in den Haushalten ein und bringe es zu einem von der Beigeladenen vertraglich gebundenen Umschlagplatz. Von dort werde das Material von der Beigeladenen zunächst zu einer Sortieranlage und sodann wieder zu einer Papierfabrik gefahren.

Die Beigeladene hat zum Beweis der vorstehenden Ausführungen von den vier genannten Referenzgebern sich die Durchführung der Aufträge bestätigen lassen und diese Bestätigungen im Nachprüfungsverfahren vorgelegt.

Die Beigeladene vertritt zudem die Auffassung, dass die Referenzen nicht zu 100% der ausgeschriebenen Leistung entsprechen müssten, sondern wichtig sei, dass die Vergabestelle sich ein umfassendes Bild von der Eignung des Bieters machen könne. Außerdem würde sich weder aus dem Text der Bekanntmachung noch aus dem Text der Leistungsbeschreibung ergeben, dass die Beigeladene die Leistungen selbst auszuführen habe. Vielmehr sei den Verdingungsunterlagen zu entnehmen, dass die Einschaltung von Nachunternehmern zulässig sei, also im operativen Geschäft Dritte tätig sein dürften.

Die Beigeladene beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge zurückzuweisen,
2. die Kosten für die Bevollmächtigten der Beigeladenen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären,
3. den Antragstellerinnen die Kosten aufzuerlegen.

Aus dem Angebot der Beigeladenen sind die Liste die Umschlagplätze als auch die Referenzen offengelegt worden. Weiterhin konnten insbesondere die Anlagen I bis L zum Vergabevermerk, aus denen sich die Ermittlung der Transportkosten ergibt, eingesehen werden.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 05.09.2007 verlängert. Am 23.08.2007 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 Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert für alle vier Lose über einen Zeitraum von drei Jahren liegt oberhalb von 211.000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

1. Die Nachprüfungsanträge sind zulässig.

Die Antragstellerinnen haben entsprechende Angebote vorgelegt und nach Erhalt des Informationsschreibens nach § 13 VgV unverzüglich die geplante Vergabe gerügt.

Auch der Antragstellerin zu 2), die zu Los 3 kein Angebot abgegeben hat, kann insofern nicht abgesprochen werden, dass ihr kein Schaden entstehe und sie nicht antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB ist. Denn der Auftrag soll für alle 4 Lose auf das Nebenangebot der Beigeladenen erteilt werden, in dem ein preislicher Vorteil bei einer gemeinsamen Vergabe aller Lose angeboten wird. Davon sind auch die Angebote der Antragstellerin zu 2) zu den Losen 1, 2 und 4 betroffen.

Dass die Antragstellerin zu 2) bei den Losen 1 und 2 lediglich auf dem 5. Rang liegt und bei Los 4 auf dem 4. Rang, steht der Antragsbefugnis nicht entgegen, weil sie auch die Wirtschaftlichkeitsberechnung der Antragsgegnerin beanstandet hat, so dass eine mögliche Wiederholung dieser Wertungsstufe auch für die Antragstellerin zu 2) eine neue und reelle Chance auf Erteilung des Zuschlags eröffnet.

2. Die Nachprüfungsanträge sind unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags auf das Nebenangebot der Beigeladenen steht weder § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A noch § 25 Nr. 3 VOL/A entgegen. Ein Ausschluss wegen eines Bieterwechsels kommt ebenfalls nicht in Betracht.

a) Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A können Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten ausgeschlossen werden. Dabei ist eine Vergabestelle im Wege der Ermessensreduzierung auf Null daran gehindert, ein unvollständiges Angebot in der Wertung zu belassen, wenn ausweislich der Verdingungsunterlagen vollständige Angaben als ein Umstand ausgewiesen sind, der nach den bekannt gegebenen Vorstellungen des Auftraggebers für die Vergleichbarkeit der Angebote und die Vergabeentscheidung wettbewerbliche Relevanz haben sollte, so OLG Düsseldorf, 13.04.2006, Verg 10/06 unter Hinweis auf BGH, 18.02.2003, X ZB 43/02. Dies gilt auch, wenn die Bieter die geforderten Eignungsnachweise dem Angebot nicht vollständig beigefügt haben, OLG Düsseldorf, 25.11.2002, Verg 56/02; OLG Düsseldorf, 09.06.2004, Verg 11/04.

Das Angebot der Beigeladenen ist aber vollständig, weil die in der Vergabebekanntmachung unter Ziffer III. 2.1 geforderten Eignungsnachweise dem Angebot vollständig beilagen.

aa) Die Beigeladene fügte ihrem Angebot hinsichtlich der Forderung nach einer Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb nach § 52 KrW-/AbfG für jeden ihrer fünf Nachunternehmer als auch für sich selbst entsprechende Zertifikate bei, die auch gültig sind.

Darüber hinaus war die Beigeladene nicht verpflichtet, auch noch ein polizeiliches Führungszeugnis vorzulegen. Denn der sich anschließende Satz, der mit dem Wort „oder gleichwertige Nachweise“ eingeleitet wird, bezieht sich auf den gesamten, dann folgenden Satzteil und umfasst auch den Teil, der mit dem Wort „und ein aktuelles polizeiliches Führungszeugnis“ beginnt. Die zweite Alternative bezieht sich insgesamt auf die „gleichwertigen Nachweise“, aus denen eine Reihe von Einzelheiten hervorgehen müssen, damit sie den Entsorgungszertifikaten gleichwertig sind. Diese Einzelheiten werden in der 2. Alternative aufgezählt. Die Forderung nach einem polizeilichen Führungszeugnis reiht sich ein in diese Aufzählung und erscheint nicht abgesetzt durch Kommas oder einem Absatz von dem Einleitungsteil der 2. Alternative.

Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck, weil die in der 2. Alternative aufgeführten Einzelheiten sich auch aus der EntsorgungsfachbetriebsVO ergeben. So wird das Zertifikat nur erteilt, wenn zuverlässiges und sachkundiges Personal (§ 10 EfBV) beschäftigt oder ein Betriebstagebuch (§ 5 EfBV) geführt wird. Gemäß § 8 Abs. 3 EfBV ist zum Nachweis der Zuverlässigkeit bei der erstmaligen Überprüfung oder beim Wechsel des Betriebsinhabers auch ein Führungszeugnis und eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister vorzulegen. Somit werden bei dem Nachweis der Eignung über gleichwertige Nachweise auch keine höheren Anforderungen gestellt, als an den Nachweis durch Vorlage eines Zertifikates. Denn zur Erlangung des Zertifikates ist – zumindest bei der Erstbeantragung- immer ein polizeiliches Führungszeugnis vorzulegen. Weiterhin wird ausweislich des von der BVSE Entsorgungsgemeinschaft e.V. verwandten Vordrucks auch abgefragt, ob aktuelle Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden. Auch die anderen in der 2. Alternative geforderten Nachweise ergeben sich überwiegend aus der EntsorgungsfachbetriebsVO. Daraus kann insgesamt geschlossen werden, dass diese in Ziffer III. 2. 1 genannte Anforderung sowohl nach dem Wortlaut als auch dem Zweck tatsächlich nur zwei Alternativen enthielt. Ein polizeiliches

Führungszeugnis musste somit nicht vorgelegt werden, wenn das Zertifikat nach § 52 KrWG-/AbfG beigefügt war.

Im Übrigen gehen noch verbleibende Zweifel und Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung oder bei den Eignungsanforderungen zu Lasten der Vergabestelle, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 20.05.2005 und 13.07.2005, Verg 19/05; OLG Düsseldorf, 09.06.2004, Verg 11/04. Leistungsbeschreibungen werden denkbildend unterschiedlich aufgefasst und sind auszulegen. Dabei führt nicht jede Auslegungsbedürftigkeit zur Beanstandung des Vergabeverfahrens. Nach Sinn und Zweck der Regelung ist dies nur dann der Fall, wenn Angebote dadurch nicht mehr miteinander vergleichbar sind, OLG Stuttgart, 12.05.2000, 2 Verg 2/00. Dies ist hier nicht der Fall, so dass zugunsten der Beigeladenen letztlich die Auslegung wie vorstehend zu erfolgen hatte.

bb) Weiterhin lagen dem Angebot der Beigeladenen für sämtliche fünf Nachunternehmer die Kopien der Genehmigungen für die Umschlaganlagen bei. Diese Genehmigungen bezogen sich eindeutig auf die im Angebot angegebenen Standorte der Umschlaganlagen und umfassten u.a. auch die hier im Streit stehende Abfallart (Papier und Pappe: 200101). Dabei war ohne Belang, ob es sich um Genehmigungen nach dem BImSchG, dem Abfallrecht oder dem Baurecht handelte.

Ob baurechtliche Genehmigungen einen rechtskonformen Betrieb der Anlage ermöglichen, ist nicht durch die Vergabekammer im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens überprüfbar. Denn gemäß § 104 Abs. 1 GWB überprüfen die Nachprüfungsinstanzen in einem Nachprüfungsverfahren nur Vergabevorschriften. Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind die Vorschriften der Verdingungsordnungen, die durch Verweisung in der Vergabeverordnung und die §§ 97 Abs. 6 und 7 sowie 127 GWB Rechtssatzqualität erlangt haben, ferner die das Verfahren betreffenden Gebote des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) sowie bestimmte ungeschriebene Vergaberegeln, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.05.2002, Verg 6/02; Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02.

Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens haben diese fünf Unternehmer mit Schreiben vom Mai/Juni 2007 gegenüber der Beigeladenen auch versichert, dass sie die in den Verdingungsunterlagen geforderten Öffnungszeiten, und zwar auch für die Dauer des gesamten Vertragszeitraumes, berücksichtigen werden. Diese Schreiben liegen der Vergabekammer vor und sind nicht an die Antragstellerinnen übersandt worden, weil die Akteneinsicht erst anschließend erweitert wurde. Diese Aussagen sind allerdings nicht in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen von der Antragsgegnerin gefordert worden und konnten deshalb zulässigerweise noch ergänzend vorgetragen werden.

cc) Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen fehlender oder nicht ordnungsgemäßer Referenzen kommt ebenfalls nicht in Betracht. Hinsichtlich der Referenzen legte die Beigeladene zulässigerweise eine Eigenerklärung vor, aus der sich ergibt, welche Aufträge sie für welche Auftraggeber ausführt.

Da die Unvollständigkeit eines Angebotes im Kartellvergaberecht weitreichende Konsequenzen hat (vgl. BGH, 18.02.2003, X ZB 43/02), sind die angegebenen Umschlaganlagen und die Referenzliste den Antragstellerinnen gemäß § 111 GWB

im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemacht worden. Zudem hat die Beigeladene im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ausdrücklich die genannten Referenzen von den Vertragspartnern bestätigen lassen.

(1) Aus den Referenzen ergibt sich zunächst, dass diese sich sowohl auf den Umschlag als auch auf die Vermarktung und Verwertung von Altpapier beziehen. Dass möglicherweise die Referenz vom Landkreis M. sich nicht auf den Umschlag von PPK bezieht ist unerheblich, weil zumindest die anderen drei Referenzen diesen Bereich erfassen.

(2) Es bestehen auch keine Bedenken gegen die Verwertung von Referenzen von Schwesterngesellschaften. Es handelt sich ausdrücklich um andere juristische Personen und eigenständige Rechtsträger, die möglicherweise einem Konzern angehören, aber ansonsten selbständig agieren. Die Beigeladene hat auch erläutert, welche einzelnen Aufgaben sie im Verhältnis zu den Vertragspartnern, also mitunter zu ihren Schwesterngesellschaften, zu erfüllen hat. Auch diesbezüglich bestehen keine vergaberechtlichen Bedenken. Dabei bleibt dahingestellt, ob eine Vergabestelle dies im Einzelfall anders beurteilt. Hier hat die Vergabestelle diese Referenzen akzeptiert.

(3) Die Referenzen sind auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Die Wertung der Referenzen obliegt zwar der Antragsgegnerin und nicht der Vergabekammer. Die Antragsgegnerin hat aber die Referenzen zu Recht als ausreichend angesehen.

Ausreichend für den Nachweis der Eignung eines Bieters sind Referenzen, die den hinreichend sicheren Schluss zulassen, dass der Bieter über die für eine ordnungsgemäße Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügt, OLG Düsseldorf, 05.02.2003, Verg 58/02. Der Bieter muss belegen, ob er Erfahrungen auf dem Gebiet der nachgefragten Leistungen hat und ob er in der Lage sein wird, den Auftrag auch tatsächlich auszuführen, VK Münster, 09.03.2004, VK 2/04.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen können die Referenzanforderungen der Antragsgegnerin nicht in dem engen Sinne verstanden werden, dass ein Bieter die Leistungen des Umschlags auch tatsächlich selbst mit eigenem Personal erbracht haben muss. Dies ergibt sich auch nicht aus Ziffer 3.2 der Leistungsbeschreibung. Auch dort werden nur dem Stand der Technik entsprechende Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verlangt. Aussagen darüber, dass der Bieter selbst diese Erfahrungen mit eigenem Personal nachweisen muss, sind diesem Text ebenfalls nicht zu entnehmen.

Eine solche Anforderung würde auch den Bieterwettbewerb unnötig einschränken, weil dann nur noch diejenigen Bieter sich beteiligen könnten, die selbst Umschlagplätze oder Sortieranlagen und Papierfabriken – soweit es um die Verwertung und Vermarktung geht – betreiben und durch einen Vertrag mit anderen Auftraggebern nachweisen, dass sie diese Leistungen auch für andere mit eigenem Personal erbringen. Ein dahingehender Wille der Antragsgegnerin lässt sich aus der Referenzanforderung in der Bekanntmachung oder dem Text der Verdingungsunterlagen nicht entnehmen. Vielmehr kann es sich auch um Referenzen handeln, die belegen, dass ein Bieter als Koordinator oder Organisator mit der Entsorgung von Altpapier zu tun hat und dafür Sorge trägt, dass das bei den

Umschlagplätzen angelieferte Altpapier einer ordnungsgemäßen Sortierung und Verwertung zugeführt wird. Auch durch den Nachweis, der „Verwaltung“ von Altpapierströmen wird dokumentiert, dass ein Bieter Erfahrungen auf dem Gebiet der ausgeschriebenen Leistung hat und er in der Lage sein wird, den Auftrag auszuführen. Dafür ist weder das Betreiben von Umschlagplätzen noch das Betreiben von Sortieranlagen erforderlich. Ein Bieter muss dafür nicht selbst im operativen Geschäft tätig sein.

Vielmehr weisen die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu Recht darauf hin, dass hier die Einschaltung von Dritten möglich ist. Dazu gehört beispielsweise, dass die Beigeladene in Zusammenarbeit mit den von ihr genannten Nachunternehmern, die diese Umschlagplätze betreiben, veranlasst, dass das am Umschlagplatz angelieferte Material innerhalb von wenigen Tagen zu größeren Margen zusammengestellt wird und möglichst umgehend abgeholt und weiterverwertet wird. Auch bei der Einschaltung von Nachunternehmern, kann man der Beigeladenen, die die logistische Entsorgung des Altpapiers betreibt, nicht absprechen, dass sie Erfahrungen auf diesem Gebiet hat und sie aufgrund dessen die Gewähr dafür bietet, auch den im Streit stehenden Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen.

(4) Die Vergabestellen sind zudem nicht verpflichtet, die vorgelegten Referenzen auch tatsächlich, d.h. inhaltlich zu überprüfen. Das obliegt allein ihrem Verantwortungsbereich, zumal es Ausschreibungen gibt, in denen eine Vielzahl von Referenzen nachgewiesen werden. Da die Überprüfung von Referenzen nur einen Teilbereich der Eignungsprüfung darstellt, ist die nicht erfolgte Überprüfung von Referenzen vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens –soweit dies hier tatsächlich so gewesen sein sollte- unbeachtlich. Ein Ermessensnichtgebrauch liegt jedenfalls nicht vor, weil die Antragsgegnerin hier die anderen Eignungsnachweise, wie den Handelsregisterauszug, die Umsätze, Bilanzen usw. überprüft hat. Würde man das anders sehen, dann wären die Vergabestellen verpflichtet, jede Referenz eines Bieters zu prüfen.

Daraus ergibt sich dann auch, dass ein Dokumentationsmangel iSv § 30 VOL/A hinsichtlich der Überprüfung der Referenzen nicht vorliegt. Ausweislich des Vergabebermerks hat sich die Antragsgegnerin eingehend mit den von ihr geforderten Eignungsnachweisen beschäftigt; allerdings ist sie nicht verpflichtet, den Inhalt der Referenzen zu prüfen. Somit mussten diesbezüglich auch keine Angaben im Vergabebermerk gemacht werden.

dd) Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen war die Beigeladene auch nicht verpflichtet, für ihre Nachunternehmer mit dem Angebot Verfügbarkeitsnachweise vorzulegen, nur weil diese einen wesentlichen Teil der Leistung erbringen.

Gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A kann sich ein Unternehmen, auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Er muss in diesem Fall dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel bei der Erfüllung des Auftrags zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt.

§ 7 a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A erfasst nicht die Eignungsnachweise, sondern fordert lediglich einen „Nachweis“ vom Bieter. Dabei ist die Formulierung in Satz 1 nicht so zu verstehen, dass es auf den Nachweis der Eignung (Leistungsfähigkeit und Fachkunde des Nachunternehmers) ankommt, sondern diese Vorschrift soll lediglich ermöglichen, dass ein Bieter die geforderte Leistung auch mit dem Einsatz und den Mitteln eines Dritten, beispielsweise eines Nachunternehmers erbringen kann und darf. Er bedient sich bei der Durchführung des Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen. Das Gebot der Selbstauführung im eigenen Betrieb ist damit gemeint gewesen. Folgerichtig bestimmt § 4 Abs. 4 VgV, dass es um die Erfüllung des Auftrages geht und nicht um die Eignung des Bieters oder Erfüllungsgehilfen (Nachunternehmers).

Somit beziehen die sich in § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A genannten „Nachweise“ weder auf die Eignung des Bieters noch auf die Eignung des Nachunternehmers und müssen folglich auch nicht in § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A in der europaweiten Bekanntmachung genannt werden.

Weiterhin müssen diese Nachweise weder nach dem Wortlaut des § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A noch nach den hier vorliegenden Verdingungsunterlagen mit dem Angebot vorgelegt werden.

Diesen Nachweis (sog. Verfügbarkeitsnachweise) kann der Bieter durch die Abgabe einer Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers führen, die dann eine Erklärung im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A (so für einen ähnlichen Sachverhalt im Bereich der VOB/A: VK Münster, 13.02.2007, VK 17/06 und auch VK Düsseldorf, 26.06.2007, VK-18/2007-B) darstellt. Diese Erklärungen sind schriftliche Bestätigungen eines Nachunternehmers, dass der genannte Nachunternehmer auch tatsächlich zur Verfügung steht, VK Bund, 14.08.2006, VK 2- 80/06. Diese Verpflichtungserklärung stellt nicht sicher, dass der Bieter, der sich der Mithilfe von Nachunternehmern bedienen will, fachkundig ist, sondern besagt nur, dass er verbindlich mit der Leistung des Nachunternehmers disponieren kann, OLG München, 06.11.2006, Verg 17/06.

Aus der Formulierung „beispielsweise“ lässt sich aber ohne weiteres entnehmen, dass diese Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer nicht zwingend vorgelegt werden müssen, sondern es bleibt dem Bieter überlassen – soweit die Vergabestelle hierzu keine besonderen Vorgaben gemacht hat - den Nachweis auch anders zu führen.

In Ziffer 4.6.1 der Verdingungsunterlagen lässt es die Antragsgegnerin ausdrücklich offen, ob die Umschlaganlagen von dem Bieter oder etwaigen Nachunternehmern betrieben werden. Weiterhin weist die Antragsgegnerin in Kenntnis dieses Umstandes in Ziffer 4.3 darauf hin, dass der Bieter bei der Unterbeauftragung wettbewerbliche Grundsätze zu beachten und mit dem Unterauftragnehmer insgesamt keine ungünstigeren Bedingungen vereinbaren darf, als zwischen ihm und dem Auftraggeber vereinbart werden. Die Antragsgegnerin hat jedenfalls keine ausdrücklichen Erklärungen der Nachunternehmer in der Form von Verpflichtungserklärungen von den Bietern gefordert.

Die Vergabekammer lässt es im Übrigen hier ausdrücklich dahingestellt, ob der Bieter allein aufgrund von § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A zur Vorlage von Nachweisen in

der Form von Verfügbarkeitserklärungen verpflichtet ist. Es spricht vieles dafür, dass eine Vergabestelle, wenn sie von den Nachunternehmern Verfügbarkeitserklärungen wünscht, dies ausdrücklich als „Erklärung“ im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A fordern muss, so auch VK Düsseldorf, Beschluss vom 23.04.2007, VK-9/2007-B. Auch die VK Bund, 29.12.2006, VK 2-128/06, meinte, dass der Nachweis im Sinne von § 8a Nr. 10 VOB/A in der Form einer Eigenerklärung geführt werden kann, eine von einem Nachunternehmer unterzeichnete Erklärung also nicht zwingend aufgrund des Gesetzes erforderlich ist.

Die Beigeladene hat hier jedenfalls zulässigerweise den „Nachweis“ nach § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A dadurch geführt, dass sie in einer Tabelle die Nachunternehmer, die sie zur Erfüllung des Auftrages hinzuziehen wollte, namentlich genannt, sie den jeweiligen Losen zugeordnet und damit der Antragsgegnerin im Angebot zur Kenntnis gebracht hat. Damit hat die Beigeladene im Sinne von § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A gegenüber der Antragsgegnerin nachgewiesen, dass im Falle der Auftragserteilung die Annahme und der Umschlag des Altpapiers verbindlich durch die von ihr genannten Nachunternehmer erfolgen wird. Die Antragsgegnerin hat dies ausweislich ihres Vergabeverkehrs auch für ausreichend gehalten.

Dafür benötigte sie keine Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer, weil diese nicht von der Antragsgegnerin verlangt wurden und diese Pflicht sich auch nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt.

Darüber hinaus können die im Nachprüfungsverfahren von der Antragsgegnerin vorgelegten Bestätigungsschreiben, die von den jeweiligen Nachunternehmern unterzeichnet wurden, aber als „Nachweise“ gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A rechtlich eingeordnet werden. Da die Antragsgegnerin überhaupt keine Nachweise verlangte und erst recht keinen Zeitpunkt für die Vorlage von Nachweisen verfügte, ist es ausreichend, dass diese Nachweise erst im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens vorgelegt wurden.

ee) Das Angebot der Beigeladenen musste auch keine Referenzen der Nachunternehmer enthalten. Bei den Referenzen handelt es sich um Eignungsnachweise, die von der Vergabestelle gefordert werden, um die finanzielle, fachliche und technische Leistungsfähigkeit des Bieters zu prüfen.

Ein Bieter hat zunächst in eigener Person die Eignungsnachweise vorzulegen. Allerdings hat er in dem Umfange einer beabsichtigten Nachunternehmerbeauftragung nicht die eigene Eignung und Leistungsfähigkeit, sondern – und zwar grundsätzlich anhand derselben Anforderungen, die vom Auftraggeber für den Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit des Bieters aufgestellt worden sind – die Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers nachzuweisen, was in einem solchen Fall den Nachweis des Bieters ersetzt, im eigenen Unternehmen für die Auftragsdurchführung leistungsfähig zu sein, so OLG Düsseldorf, 22.12.2004, Verg 81/04 für einen anteiligen Nachunternehmereinsatz und OLG Düsseldorf, 28.06.2006, Verg 18/06, für einen 100% Nachunternehmereinsatz, wobei zumindest im Falle Verg 81/04 die Vergabestelle von den Bietern den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers gefordert hatte. Es besteht gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A auch keine ungeschriebene Pflicht, für jeden Nachunternehmer jeden vom Vertragspartner geforderten Eignungsnachweis zu

erbringen. Der Wortlaut der Vorschrift benennt eindeutig den Bewerber oder Bieter als Adressat der Anforderungen, so auch VK Düsseldorf, 23.04.2007, VK-9/2007-B.

Die Beigeladene hat jedenfalls für den von ihr geplanten Umfang des Nachunternehmereinsatzes die erforderlichen Angaben zur Eignung der Nachunternehmer gemacht, ohne dass sich diese Forderung aus der Leistungsbeschreibung ergibt. Die Umschlaganlagen werden von den namentlich genannten Nachunternehmern geführt. Maßgebliche Teile der Leistungen werden dann von den Betreibern dieser Anlagen erbracht. Die in der Bekanntmachung unter Ziffer III. 2. 1 geforderten Eignungsnachweise, die sich auf diese technischen Anlagen, also auf diese Teilleistungen beziehen, und zwar die Zertifizierungen nach § 52 KrW-/AbfG sowie die Anlagengenehmigungen nach BImSchG oder Abfallrecht hat die Beigeladene in der Person der Nachunternehmer mit dem Angebot vorgelegt und nachgewiesen.

Die Referenzen gehören nicht dazu, weil sich diese auf den Gesamtauftrag hinsichtlich Umschlag, Vermarktung und Verwertung des Altpapiers beziehen und nicht nur auf den Teilbereich „Umschlag“. Folgerichtig hat die Beigeladene die Referenzen für ihre eigene Person nachgewiesen. Wenn eine Vergabestelle darüber hinaus noch weitere Referenzen, und zwar konkret von den Nachunternehmern erwartet, hätte sie dies ausdrücklich in der Bekanntmachung gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A fordern müssen. Das war hier nicht der Fall.

Im Übrigen folgt die Kammer der Einlassung der Antragsgegnerin, wonach durch die Unterschrift auf dem Vordruck Bietererklärung und dort die Bestätigung unter Punkt e, wonach im Verfahren keine vorsätzlich unzutreffenden Erklärungen in Bezug auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben wurden, hier ausreichend war.

ff) Dem Angebot der Beigeladenen lagen auch bei: ein Handelsregisterauszug, datiert vom 07.03.2007, eine Eigenerklärung zu den Steuern, Abgaben, Versicherungen und Sozialbeiträgen sowie entsprechende Unbedenklichkeitsbescheinigungen und eine Eigenerklärung, die sich auf § 5 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bezieht.

Auch die unter Ziffer III. 2. 2 in der Bekanntmachung geforderten Nachweise zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit lagen dem Angebot der Beigeladenen vollständig bei.

Zudem legte die Beigeladene ein Verwertungskonzept bei. Weiterhin war das Nebenangebot der Beigeladenen ordnungsgemäß auf einer gesonderten Anlage gemacht worden und als solches gekennzeichnet und erfüllte die von der Antragsgegnerin verlangte Mindestanforderung.

Im Ergebnis ist aus den vorstehenden Gründen das Angebot der Beigeladenen vollständig im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A.

b) Das Angebot der Beigeladenen musste auch nicht gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A ausgeschlossen werden, nur weil die Beigeladene in dem Zeitraum zwischen der Angebotsabgabe und dem Zuschlag von einer GmbH in eine GmbH & Co KG umgewandelt wurde.

aa) Eine formale Angebotsänderung ist nicht feststellbar, weil an dem Angebot – so wie es abgegeben wurde- keine Änderungen vorgenommen wurden. Die Veränderung des Bieters in seiner Unternehmensstruktur ist eine außerhalb des Angebots liegende Tatsache, die zivilrechtlich keine Auswirkungen auf den Fortbestand des Angebotes hat. Infolge eines derartigen Wechsels steht vielmehr die Eignung des Bieters in Frage, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 18.10.2006, Verg 30/06.

bb) Die Eignung der Bieter ist auf der zweiten Wertungsstufe von den Vergabestellen zu prüfen. Sind die formal von den Vergabestellen für die Eignungsprüfung verlangten Eignungsnachweise vorgelegt worden, so kommt ein zwingender Ausschluss des Angebots in der Regel nicht in Betracht. Vielmehr steht den Vergabestellen hinsichtlich der Inhalte ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbar ist.

(1) Veränderungen in der Person des Bieters müssen nicht zwingend zum Ausschluss führen. Wie sich auf § 7 Nr. 5 lit. a und b VOL/A ergibt, lässt die Verwirklichung bestimmter Tatbestände, wie die Insolvenz oder die Liquidation, die ebenfalls eine Veränderung in der Bieterstruktur bedingen, die Eignung des Bieters nicht zwangsläufig entfallen. Vielmehr bleibt es den Vergabestellen überlassen, die Eignung in diesen Fällen selbständig zu beurteilen. Wenn aber den Vergabestellen in diesen Fällen ein inhaltliches Prüfungsrecht eingeräumt wird und sie die Möglichkeit haben, auf ein Angebot einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft den Zuschlag zu erteilen, dann muss ihnen erst recht in den Fällen, in denen eine gesellschaftsrechtliche Umwandlung erfolgt und die Gesellschaft in einer anderen Rechtsform weitergeführt wird, dieser Beurteilungsspielraum zustehen.

Auch das OLG Düsseldorf a.a.O führt aus, dass die Eignung im Rahmen der Angebotswertung unter ganz anderen Vorzeichen als aus dem Angebot zu erkennen ist, nämlich im Hinblick auf das als Bieter neu eintretende Unternehmen, geprüft und ermittelt werden muss. Zu diesem Zweck müssen die Eignungsvoraussetzungen in Bezug auf dieses Unternehmen untersucht und beurteilt werden.

Zudem kommen gesellschaftsrechtliche Veränderungen häufig vor, erstrecken sich mitunter über einen längeren Zeitraum und sind aus wirtschaftlichen Gründen in der Regel unumgänglich. Aufgrund der praktischen Relevanz führt die Auffassung, dass jegliche gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen zum Ausschluss vom Wettbewerb führen, dazu, dass sich viele Unternehmen über einen langen Zeitraum überhaupt nicht an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen können oder sie legen diese gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen nicht mehr offen, was gerade dem Transparenzgrundsatz zuwiderlaufen würde.

Kommt es somit zu einer Veränderung in der gesellschaftsrechtlichen Struktur bei einem Bieter, so kann die Vergabestelle im Rahmen ihrer Beurteilungsentscheidung, die Eignung des neuen Bieters ohne weiteres überprüfen. Auch wenn die Eignungswertung schon abgeschlossen ist, besteht die Möglichkeit, diese erneut vorzunehmen, wenn neue Sachverhalte auftreten, wie beispielsweise die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung, VK Münster, 19.06.2007, VK 12/07. Das Angebot des umstrukturierten Bieters kann unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens aus § 153 BGB auch noch angenommen werden.

(2) Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie die für die bisherige Gesellschaft bereits vorgelegten Eignungsnachweise zu werten sind. Gemäß § 7a Nr. 5 VOL/A kann der Auftraggeber Unternehmen auffordern, die vorgelegten Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern.

Wenn beispielsweise ein polizeiliches Führungszeugnis verlangt wird, dies für den Geschäftsführer der GmbH dem Angebot beigelegt wurde und die GmbH dann als GmbH & CO KG weitergeführt wird, wobei es keinen Wechsel in der Person des Geschäftsführers gibt – wie das auch hier der Fall war – dann kann die Vergabestelle sich dies vom Bieter im Sinne von § 7a Nr. 5 VOL/A erläutern lassen.

Wenn – wie hier - hinsichtlich der Umschlagplätze Genehmigungsbescheide verlangt werden, der Bieter mit Nachunternehmern zusammenarbeitet und deren Genehmigungen als Nachweise mit dem Angebot vorgelegt hat, kann sich die Vergabestelle bescheinigen lassen, dass dieselben Nachunternehmer auch mit der neuen Gesellschaft zusammenarbeiten würden.

Diese Beispiele zeigen, dass der zwingende Ausschluss eines Bieters, der sich gesellschaftsrechtlich umgewandelt hat, nicht erforderlich ist, sondern dem Beurteilungsspielraum der Vergabestellen unterliegen sollte.

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Beigeladenen in Kenntnis dieser geplanten Umstrukturierungen akzeptiert, was nach Auffassung der Kammer zulässig war.

cc) Darüber hinaus ist hier aber das Angebot der Beigeladenen auch deshalb nicht auszuschließen, weil vorliegend kein Rechtsträgerwechsel im Sinne der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf stattgefunden hat. Denn kennzeichnend für die formwechselnde Umwandlung gemäß § 202 Abs. 1 UmwG ist, dass an ihr nur ein Rechtsträger beteiligt ist, und es weder zu einer Gesamtrechtsnachfolge eines Rechtsträgers in das Vermögen eines anderen kommt noch dass es der Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände bedarf, BFH, Urteil vom 30.09.2003, III R 6/02. Die formwechselnde Umwandlung wird durch das Prinzip der Identität des Rechtsträgers, der Kontinuität seines Vermögens (wirtschaftliche Identität) und der Diskontinuität seiner Verfassung bestimmt, BFH, Beschluss vom 04.12.1996, II B 116/96. Der wesentliche Unterschied des Formenwechsels gegenüber den anderen Arten der Umwandlung liegt in dieser wirtschaftlichen Kontinuität des Rechtsträgers vor und nach dem Formenwechsel, Rittwage, Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge bei öffentlichen Aufträgen, VergabeR 2006, S. 335. Bleibt die rechtliche Identität des Bieters erhalten, so hat auch das OLG Düsseldorf, 26.01.2005, Verg 45/04, entschieden, dass die Vergabestelle in derartigen Fallgestaltungen zu prüfen habe, ob der Bieter weiterhin leistungsfähig ist. Es hat also kein zwingender Ausschluss des Angebots zu erfolgen, sondern die Vergabestelle hat die Eignung dieses Bieters erneut zu prüfen.

Dabei steht außer Frage, dass Unternehmensumstrukturierungen für die Vergabestelle, aber auch für die anderen Bieter nicht unproblematisch und sorgfältig an den Prinzipien des Vergaberechts zu messen sind und nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führen dürfen. Dies ist mit Sicherheit der Fall, wenn Gesellschaften verschmolzen werden und auch die personelle Kontinuität nicht mehr gewährleistet ist. Allerdings obliegt die inhaltliche Beurteilung der Eignung eines

Bieters den Vergabestellen, die ihrerseits die Möglichkeit haben, entsprechende Angebote wegen der nicht festgestellten Eignung eines Bieters aus der Wertung zu nehmen.

Die Beigeladene ist hier im Wege einer formwechselnden Umwandlung nach § 202 Abs. 1 UmwG in eine GmbH & Co KG umstrukturiert worden. Damit hat sich die Identität des Rechtsträgers nicht geändert, weil der bisherige Rechtsträger in der im Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiterbesteht, § 202 Abs. 1 Ziff. 1 UmwG. Die Kontinuität der personellen und sachlichen Ausstattung ist damit gewährleistet.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen entsteht bei einer derartigen Umwandlung kein Zustand der völligen Intransparenz. Denn der bisherige Rechtsträger erlischt nicht, sondern wird lediglich in einer anderen Rechtsform weitergeführt. Es werden auch keine Gesellschaften miteinander verschmolzen, so dass eben nicht die Gefahr besteht, dass nicht ermittelt werden kann, wer letztlich die Gewähr für die Durchführung des Auftrages trägt. Damit einhergehend sind auch die handelnden Personen fast ausnahmslos identisch und auch das Vermögen bleibt unangetastet. Gemäß § 170 HGB ist die Kommanditistin zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt, sondern die GmbH & Co KG wird durch die Komplementär – GmbH vertreten, die auch eine alleinige Geschäftsführungsbefugnis gemäß § 164 HGB besitzt. Somit ist, sofern nichts anderes im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, der Geschäftsführer der GmbH mittelbar auch der Geschäftsführer der KG. Herr B. war bereits als Geschäftsführer für die GmbH vor der formwechselnden Umwandlung tätig und bleibt auch nach der Umwandlung als Geschäftsführer tätig. Insofern gibt es auch keine Änderungen in der Führungsstruktur der Gesellschaft.

c) Die Wertung des Angebots der Beigeladenen durch die Antragsgegnerin auf der 3. und 4. Wertungsstufe ist gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 und § 25 Nr. 3 und Nr. 4 VOL/A vergaberechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

aa) Das Angebot der Beigeladenen wies keinen unangemessen niedrigen Preis aus, was sich bereits aus einem Vergleich mit dem Angebot der Antragstellerin zu 1) ohne weiteres herleiten lässt. Beide Bieter haben für sämtliche 4 Lose angeboten und liegen nach Auswertung der Angebote nur ganz geringfügig, unter 4 %, auseinander.

bb) Die Wertung der Antragsgegnerin auf der 4. Stufe ist ebenfalls vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der Zuschlag war hier aufgrund der Wiedervermarktung auf das Angebot mit der höchsten Vergütung zu erteilen, wobei die Antragsgegnerin in ihren Verdingungsunterlagen den Marktpreis definiert hat.

(1) Als einziges Zuschlagskriterium war der Preis genannt worden, wobei bei der Ermittlung dieses Preises die Transportkosten als Rechnungsposten eingestellt wurden. Aus dem Hinweis, dass das zweite Kriterium (Transportkosten) nur für die Wirtschaftlichkeitsberechnung der Angebote berücksichtigt werde, ergibt sich eindeutig, dass dies eben kein eigenständiges Zuschlagskriterium sein sollte. Entsprechende Vorgaben gab es für die Wertung der Nebenangebote. Da die Antragsgegnerin den Leistungsinhalt in den Verdingungsunterlagen sehr detailliert

geregelt hat, war die Auswahl des Preises als einziges Zuschlagskriterium auch ausnahmsweise hinnehmbar, OLG Düsseldorf, 02.05.2007, Verg 1/07.

(2) Die Wirtschaftlichkeitsberechnungen, insbesondere die Einbeziehung der jeweiligen Transportkosten, aus dem Vergabevermerk (Anlagen I bis L) sind den Parteien offen gelegt worden. Anhaltspunkte dafür, dass die Berechnungen nicht ordnungsgemäß erfolgt sind, sind nicht ersichtlich und von den Antragstellerinnen nach Akteneinsicht auch nicht vorgetragen worden.

Im Ergebnis ist die Entscheidung der Antragsgegnerin, auf das Nebenangebot der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Nachprüfungsanträge sind somit zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die unterliegenden Antragstellerinnen die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen haben. Da die beiden Nachprüfungsanträge zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung förmlich verbunden wurden, erfolgt eine gemeinsame Kostenentscheidung, wobei gemäß § 128 Abs. 3 S. 2 GWB mehrere Kostenschuldner als Gesamtschuldner haften. Die Antragstellerinnen haben die Kosten jeweils zur Hälfte zu tragen.

Entsprechend der bundeseinheitlich verwandten Gebührenstaffel wird eine Gebühr in Höhe von 2800 € für das Verfahren festgesetzt.

Gemäß § 128 Abs. 2 GWB bestimmt sich die Höhe der Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr beträgt mindestens 2500 €.

Die Höhe der Gebühr wird anhand der Gebührenstaffel in der Regel ausgehend von der Auftragssumme aus dem Angebot des Antragstellers bestimmt, weil dieser Betrag das Interesse des Antragstellers an dem Auftrag widerspiegelt. Nach der Verbindung der beiden Verfahren werden die Auftragssummen aber nicht addiert, sondern die Kammer würde vom Mittelwert aus den beiden Angeboten der Antragstellerinnen ausgehen. Denn der Gesetzgeber spricht nicht von den Kosten des einzelnen Nachprüfungsantrages, sondern ausdrücklich von den Kosten des Verfahrens und ordnet an, dass mehrere Kostenschuldner als Gesamtschuldner haften, OLG Naumburg, 22.02.2007, 1 Verg 15/06.

Allerdings kann das Interesse der Antragstellerinnen an dem Auftrag hier nicht ohne weiteres ermittelt werden. Die Kammer ist –so wie die VK Sachsen, 17.11.2006, 1/SVK/128-04- der Auffassung, dass als Auftragsinteresse der Verwertungserlös unter Abzug der an den Auftraggeber zu zahlenden Vergütung berücksichtigt werden müsste. Die Verwertungserlöse sind hier nicht konkret ermittelbar, so dass lediglich die an den Auftraggeber zu zahlende Vergütung feststeht. Diese kann aber nicht als „Auftragswert“ zugrundegelegt werden.

Vor diesem Hintergrund hat die Kammer hier die Mindestgebühr festgesetzt, weil diese auf jeden Fall von den Antragstellerinnen zu tragen wäre, unabhängig von dem tatsächlichen Interesse am Auftrag. Da es sich um zwei Nachprüfungsverfahren handelte, hat die Kammer einen Zuschlag von 300 € wegen des höheren personellen und sachlichen Aufwandes angesetzt, so dass dies insgesamt einen Betrag in Höhe von 2800 € ergibt.

IV.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen, § 128 Abs. 4 GWB. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 S. 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 hier streitentscheidend waren.

Die Erstattung von außergerichtlichen Kosten für Beigeladene ist in Verfahren vor der Vergabekammer möglich, wenn die Beigeladene sich aktiv am Verfahren beteiligt, Schriftsätze eingereicht und an der mündlichen Verhandlung teilnimmt und der Antragsteller sich mit seinem Nachprüfungsantrag, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Beigeladenen gestellt hat, wie das hier der Fall war, indem beantragt wurde, den Zuschlag nicht auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, OLG Düsseldorf, 12.01.2006, Verg 86/05.

Als unterliegende Parteien haben die Antragstellerinnen die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte zu 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 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 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