



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Die Ausschreibungsunterlagen sind auszulegen, wobei als Maßstab die Sicht eines verständigen Bieters zugrunde zulegen ist. Eine objektive Mehrdeutigkeit in den Verdingungsunterlagen darf nicht zu Lasten der Bieter gehen.
2. Die Angebote der Bieter sind nach den für Willenserklärungen maßgebenden Grundsätzen entsprechend den §§ 133, 157 BGB auszulegen. Erklärungen, die zwar nicht ausdrücklich vom Bieter abgegeben wurden, sich aber aus seinem Angebot unzweifelhaft schließen lassen, wie beispielsweise aus einem beigefügten Firmenprospekt, sind als Teil des Angebots zu werten. Ein solches Angebot ist dann nicht unvollständig.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Lieferung von Leitposten für den Landesbetrieb Straßenbau NRW

VK 4/09

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen

den

Landesbetrieb Straßenbau NRW
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und die ehrenamtliche Beisitzerin xxxxxxx

am **30. April 2009** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zuschlag in dem Ausschreibungsverfahren mit dem Aktenzeichen 0000.51.400.020 _EU, auf das Angebot der Antragstellerin vom 25.11.2008 zu erteilen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb die Lieferung von Leitpfosten in fünf Gebietslosen als Rahmenvereinbarung für einen Zeitraum von einem Jahr in einem offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit aus. Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Der Gesamtauftragswert liegt bei ca. xxxxxxxx €.

In Ziffer 8 der Bewerbungsbedingungen forderte die Antragsgegnerin: Beabsichtigt der Bieter, sich bei der Erfüllung eines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen zu bedienen, muss er dem Auftraggeber hinsichtlich der Eignung nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Er hat entsprechende Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen mit dem Angebot vorzulegen. Den Verdingungsunterlagen lag auch ein Formblatt „Verzeichnis der Stoffe und Teile“ bei, in dem die Bieter Angaben zum Hersteller der Leitpfosten machen sollten.

In Ziffer 1.2 (Rücknahme) in den Vorbemerkungen zum Leistungstext forderte die Antragsgegnerin: „Auf den Meistereien lagernde Leitpfosten, Kunststoffsockel usw. sind abzuholen und einem Recyclingverfahren zuzuführen. Mit den Angebotsunterlagen ist vom Bieter eine Stelle zu benennen, die für den Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit das zurückgenommene Altmaterial verwertet. Die sortenreine Trennung der Stoffe ist vom Auftragnehmer vorzunehmen.“

Der Auftragnehmer hat für die abgeholten Leitpfosten und Kunststoffsockel gegenüber dem Auftraggeber zum Ende der Vertragslaufzeit je Los einen Sammelentsorgungsnachweis als Nebenleistung zu erbringen, in dem die Annahmestelle die ordnungsgemäße Verwertung und die Anzahl der entgegengenommenen Pfosten etc. bestätigt. Der Nachweis ist mit der Schlussrechnung für die erbrachte Leistung vorzulegen. Für den Nachweis sind Formblätter nach dem vom Auftraggeber vorgegebenen Muster „Recyclingnachweis“ zu verwenden. Der Auftragnehmer hat die Formblätter in der erforderlichen Anzahl zu liefern.“

Den Verdingungsunterlagen lag ein solches Formblatt bei.

Die Antragsgegnerin erhielt zwei Angebote, und zwar von der Antragstellerin und der mit Beschluss vom 18.2.2009 Beigeladenen, wobei das Angebot der Beigeladenen auf dem ersten Rang liegt. Die Beigeladene soll den Zuschlag auf alle 5 Lose erhalten.

Im Angebot der Beigeladenen fehlt der Hinweis auf eine Stelle, die während der Vertragslaufzeit das zurückgenommene Altmaterial verwertet. Die Antragstellerin hat ebenfalls keine Recyclingstelle ausdrücklich benannt, aber ihrem Angebot einen Firmenprospekt beigefügt. Dieser enthält u.a. Ausführungen zum Recycling. Dort wird ausgeführt: Diese (Altpfosten) erhalten in der eigenen Recycling-Station eine sinnvolle Weiterverwertung in Produkten, wie z.B. Rohrverstärkungen, Sockel etc.

Weiterhin ist im Angebot der Beigeladenen das beigefügte Formblatt „Verzeichnis der Stoffe und Teile“ mit einem Firmenstempel der Beigeladenen versehen worden und zusätzlich wurden Angaben zu den Reflektoren gemacht. Im Angebot der Antragstellerin ist dort auf die Herstellung im eigenen Betrieb hingewiesen worden.

Nachdem die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 29.1.2009, eingegangen bei der Antragstellerin am 4.2.2009 bzw. am 5.2.2009, darüber informierte hatte, beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.2.2009 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Eine Durchschrift der Antragsschrift hatte sie zuvor an die Antragstellerin gefaxt. Auf Veranlassung der Vergabekammer hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.2.2009 die Antragsschrift erneut an die Antragsgegnerin übersandt und dieses Schreiben als Rüge und Einspruch bezeichnet. Daraufhin erfolgte am 11.2.2009 die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass sie ausreichend konkret Vergaberechtsverstöße gerügt habe, und zwar in der Form von Fragen. Die Rügen habe sie erst erheben können, nachdem ihr bekannt war, dass die Beigeladene den Auftrag erhalten sollte. Im Übrigen könne sie nur behaupten, was aus ihrer Sicht wahrscheinlich erscheine, weil sie keine Einsicht in das Angebot der Beigeladenen erhalten habe.

Die Antragstellerin behauptet, dass die Beigeladene nicht alle geforderten Auflagen aus den Verdingungsunterlagen mit ihrem Angebot erfüllt habe. In Ziffer 8 der Bewerbungsbedingungen sei für den Fall, dass andere Unternehmer eingesetzt werden, vom Bieter nachzuweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Die Beigeladene sei eine Handelsvertretung mit 2 oder 3 Mitarbeitern, die die Leitpfosten nicht selbst produziere, sondern von den Firmen xxxxxxxxSV in xxxxxxxxxn und der VAL-xxxxxxxin xxxxxxxx herstellen lasse. Die erstgenannte Firma existiere wohl erst seit wenigen Wochen. Da die Beigeladene keine Möglich-

keit habe, die Kunststoffe selbst herzustellen und zu überprüfen, hätte sie eine Verpflichtungserklärung dieser Firmen beifügen müssen. Die Antragstellerin mutmaßt, dass diese Verpflichtungserklärung dem Angebot der Beigeladenen nicht beigefügt wurde.

Außerdem habe die Beigeladene für diesen Fall in dem auszufüllenden Formblatt „Verzeichnis der Stoffe und Teile“ Angaben zu den Herstellerfirmen machen müssen, was nach dem eigenen Vortrag der Beigeladenen wohl nicht erfolgt sei. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen mache aber der Einkauf bei den o.g. Firmen die Beigeladene nicht zu einer Herstellerin von Leitpfosten, nur weil diese quasi als Lohnunternehmer mit Werkzeugen der Beigeladenen die Leitpfosten produziere. Zudem würden auch keine wesentlichen Montagearbeiten am Sitz der Beigeladenen mehr anfallen. Die Leitpfosten mit Reflektoren würden nach Kenntnis der Antragstellerin komplett in Txxxxxxx hergestellt und auch die Reflektoren würden dort montiert. Bei den sogenannten Stehaufpfosten müsste zusätzlich ein Kippelement montiert werden, wobei sie nicht wisse, ob diese Kippelemente am Sitz der Beigeladenen montiert würden oder auch hier die Leitpfosten komplett von den Vorlieferanten hergestellt werden.

Die Antragstellerin meint, dass die Beigeladenen aufgrund der Tatsache, dass sie die Leitpfosten von Drittfirmen beziehe, verpflichtet gewesen sei, einerseits den Nachweis nach Ziffer 8 zu erbringen und andererseits entsprechende Angaben in dem Formblatt erforderlich gewesen seien. Die Ziffer 8 beschränke sich auch nicht nur auf den Einsatz von Nachunternehmern, sondern es gehe nur darum, ob sich der Bieter bei der Erfüllung des Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen bediene, was hier bei der Beigeladenen der Fall sei. Da die Beigeladene diese Eignungsnachweise nicht vorgelegt habe, sei ihr Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die Beigeladene nicht die in Ziffer 1.2 geforderte Stelle, die das zurückgenommene Altmaterial während der Vertragslaufzeit verwertet, benannt hat, so dass das Angebot der Beigeladenen auch aus diesem Grund auszuschließen sei. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin handele es sich auch nicht um eine unwesentliche und unbedeutende Erklärung, die für die Durchführung des Auftrages und dem Wettbewerb unbeachtlich sei. Auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 23.1.2008 treffe auf diesen Fall nicht zu, weil vorliegend keine unklaren Ausschreibungsbedingungen vorlägen, sondern die Benennung der Verwertungsstelle für die Vertragslaufzeit eindeutig und ausdrücklich gefordert worden sei. Die geforderte Angabe habe einen eigenen Wert und sei nicht nur reiner Formalismus, weil ein seriöser Bieter bereits vor Angebotsabgabe die Entsorgung des Altmaterials für den Fall der Auftragserteilung habe klären und sicherstellen müssen.

Die Antragstellerin räumt ein, dass auch sie in ihrem Angebot diese Stelle nicht ausdrücklich genannt hat. Aber aus der beigefügten Firmenbroschüre ergebe sich, dass die Verwertung der Altmaterialien im eigenen Betrieb erfolgen sollte. Der Antragsgegnerin sei zudem diese Recyclinganlage der Antragstellerin durch Besichtigungen usw. hinreichend bekannt. Im Übrigen sei sie zu dieser Angabe nicht verpflichtet gewesen, weil sie das Altmaterial in der eigenen Produktionsstätte aufbereite und dafür keine andere „Stelle“ einbeziehen müsse.

Abschließend verweist die Antragstellerin darauf, dass für den Fall, dass auch ihr Angebot wegen Ziffer 1.2 der Leistungsbeschreibung für nicht vollständig gehalten werde, letztlich kein vollständiges Angebot mehr vorliege, welches bezuschlagt werden könne. Für diesen Fall müsse die Ausschreibung aufgehoben werden.

Abschließend weist die Antragstellerin darauf hin, dass durch die Hinweise auf die wirtschaftlichen Folgen für ihren Betrieb ihr rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dem Auftrag deutlich werde.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebote neu zu werten,
2. hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Ausschreibung aufzuheben,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, der Nachprüfungsantrag sei nicht zulässig, weil die Antragstellerin keinen Vergaberechtsverstoß vortrage, sondern lediglich befürchte, dass bei ihr Arbeitsplätze verloren gehen, wenn sie diesen Auftrag nicht erhalte. Insofern trage die Antragstellerin nicht schlüssig vor, welche Vergabevorschriften im Vergabeverfahren verletzt worden seien und inwiefern sie dadurch in ihren eigenen Rechten verletzt werde.

Weiterhin habe die Antragstellerin vor Antragstellung keine Rüge erhoben und zudem entspreche das Rügeschreiben vom 11.2.2009 inhaltlich nicht den Anforderungen an eine Rüge, weil lediglich pauschal um Überprüfung des Verfahrens gebeten werde und ohne Substanz auf bloßen Verdacht hin ins Blaue hinein Vermutungen geäußert würden.

Darüber hinaus läge aber auch kein Vergaberechtsverstoß vor. Eignungsnachweise in der Form von Verpflichtungserklärungen seien vorliegend nicht erforderlich gewesen, weil die Hersteller der Leitpfosten keine Nachunternehmer der Lieferanten seien, sondern Produzenten.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass weder die Antragstellerin noch die Beigeladene die in Ziffer 1.2 geforderte Stelle benannt haben. Diesbezüglich sei zu bedenken, dass auch in der Vergangenheit bei allen vorlaufenden Verträgen nicht auf diese Unterlage bzw. diesen Nachweis weiter eingegangen wurde. Vielmehr sei stets der Entsorgungsnachweis erst nach erfolgter Leistung gefordert und erbracht worden. Die Antragsgegnerin fügt als Beleg zwei Recyclingnachweise der Beigeladenen aus den Jahren 2008/2009 bei.

Denn die Lieferung der Leitpfosten erfolge unter zeitgleicher Rücknahme der Altmaterialien, die dann erst dem Recycling zugeführt werden könnten, so dass auch der Nachweis immer erst rückwirkend, also nach Ablauf des Vertrages, eingereicht werden könnte.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass unter Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben die geforderte Erklärung auch hier nicht zeitgleich mit dem Angebot vorzulegen war, sondern eben nachträglich, zumal sich die Unvollständigkeit im Wettbewerb nicht auswirke. Es sei ihr erkennbar darauf angekommen, dass ein Verwertungsnachweis über das Recycling erst am Ende des Auftrages vorgelegt werde.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und unbegründet ist.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, weil sie lediglich pauschale Behauptungen aufstelle und Fragen stelle, anstatt mögliche Verstöße aufzuzeigen. Insofern läge kein schlüssiger Sachvortrag vor, der die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens rechtfertige. Zudem könne die Übersendung der Antragschrift nicht in eine Rüge umgedeutet werden. Im Übrigen habe die Antragstellerin erst nach Eröffnung des Nachprüfungsverfahrens gerügt, was unzulässig sei. Zudem sei die Rüge erst sieben Werktage nach Erhalt der Informationsschrift erhoben worden, so dass sie auch nicht unverzüglich erfolgte.

Die Beigeladene trägt vor, dass sie keine Handelsfirma sei, sondern Herstellerin und Lieferantin von Verkehrssicherheits- und Straßenausrüstungsprodukten, wie zum Beispiel Leitpfosten. Sie lasse die Leitpfosten von Drittfirmen herstellen, die sie selbst beauftrage und denen sie eigene Werkzeuge für die Produktion überlasse. Die Drittfirmen würden quasi als Lohnunternehmen für sie arbeiten. Dazu gehöre u.a. auch die Firma Pxxxxxxx SV in Txxxxxxx. Die abschließende Montage erfolge dann an ihrem Sitz in Vxxxx. Sie sei somit selbst Herstellerin der Leitpfosten. Insofern habe sie das Formblatt „Verzeichnis der Stoffe und Teile“ korrekt ausgefüllt und keine Verpflichtungserklärung als Eignungsnachweis gemäß Ziffer 8 vorlegen müssen. Eine Bietergemeinschaft mit einer Firma in Txxxxxxx liege ebenfalls nicht vor.

Die Beigeladene vertritt zudem die Auffassung, dass die Anforderung in Ziffer 1.2 hinsichtlich der Benennung einer Verwertungsstelle für die Altmaterialien während der Vertragslaufzeit reiner Formalismus sei, weil damit kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn verbunden werden könne. Der Antragsgegnerin sei es maßgeblich auf den Verwertungsnachweis am Ende der Vertragslaufzeit, die als Nebenleistungspflicht aufgenommen wurde, angekommen. Demgegenüber sei die Angabe der Recyclingstelle weder als Nachweis noch als Erklärung gefordert worden, sondern hier sei lediglich eine Benennung erforderlich gewesen. Diese Angabe in den Angebotsunterlagen habe auch keinen eigenständigen Wert gehabt, weil diese Verwertungsstelle während der Vertragslaufzeit gewechselt werden könne oder der Bieter eine zusätzliche Verwertungsstelle hätte beauftragen können. Insofern sei diese Angabe nach dem erkennbaren Willen der Antragsgegnerin eher unnötig und überflüssig gewesen. Die Beigeladene ist zudem der Auffassung, dass die Benennung dieser Recyclingstelle in den vorhergehenden Ausschreibungen der Antragsgegnerin zwar gefordert wurde, aber niemals erforderlich war. Insofern könne man auch in diesem Falle diese Benennung nicht fordern, weil es jahrelang eine andere Verwaltungspraxis diesbezüglich bei der Antragsgegnerin gegeben habe.

Soweit man aber die Benennung dieser Recycling Stelle für erforderlich ansehen würde, würde sicherlich der Hinweis der Antragstellerin in ihrem Firmenprospekt nicht ausreichen. Im Übrigen verwerte die Antragstellerin nur die Leitpfosten ohne Stahltei-

le, wobei der größere Teil der eingesammelten Leitposten von einer Drittfirma in Dxxxxxxx verwertet würde.

Außerdem habe die Antragsgegnerin den Nachweis in Ziffer 1.2 nicht in der Bekanntmachung gefordert, was aber erforderlich sei, weil gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A die Eignungsnachweise dort zwingend zu nennen sind.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin aus ihrer Antragschrift vom 10.2.2009 zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Rechtsbeistandes für die Beigeladene als notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 8.5.2009 verlängert. Am 24.4.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit ihrem Angebot auf dem zweiten Rang liegt und auch Vergaberechtsverstöße hinreichend deutlich gemacht hat. Entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen beinhaltet die Antragschrift der Antragstellerin vom 10.2.2009 zwei vermeintliche Vergaberechtsverstöße, die beide auf die Vollständigkeit des Angebots der Beigeladenen abzielen. Dabei werden nicht einfach ins Blaue hinein Vermutungen angestellt, sondern es wird vor dem Hintergrund der Ausführungen, dass die Beigeladene mit einer gerade erst neu gegründeten Firma in Tschechien zusammenarbeitet, schlüssig behauptet, dass möglicherweise die als Eignungsnachweise geforderten Verpflichtungserklärungen dieses neu gegründeten Unternehmens dem Angebot nicht beigelegt waren.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.12.2008, Verg 55/08, welche die erkennende Kammer für zutreffend hält, ist die Schlüssigkeit dieser Darlegung einer Rechtsverletzung – wie auch sonst-, wenn es darum geht, ob ausreichend vorgetragen worden ist- nicht davon abhängig zu machen, dass der Antragsteller positive Kenntnis von den als Tatsache behaupteten Umständen hat. Ein sachgerechter Rechtsschutz wäre in vielen Fällen nicht gewährleistet, wenn nur vorgetragen werden könnte, worüber Gewissheit besteht. Denn oft ist es dem Antragsteller nicht möglich, sich überhaupt oder jedenfalls vor Beginn des Verfahrens

eigene Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachenvorgängen zu verschaffen. Die Wahrheitspflicht der Verfahrensbeteiligten, ohne die ein geordneter Rechtsschutz im Rahmen eines förmlichen Verfahrens nicht möglich ist und die deshalb im Vergabepflichtverfahren auch ohne eine § 138 Abs. 1 ZPO entsprechende Norm im vierten Teil des GWB gilt, verlangt deshalb lediglich eine subjektive Wahrhaftigkeit und verbietet nur, Erklärungen wider besseres Wissen abzugeben.

b) Die Antragstellerin ist auch ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 GWB sowohl förmlich als auch inhaltlich hinreichend nachgekommen. Nach telefonischer Auskunft der Antragstellerin ist der Hinweis auf die Anlagen am Ende der Antragschrift auch tatsächlich - so wie dort ersichtlich - ausgeführt worden. Eine Kopie der „Antragsschrift“ war zuvor an die Antragsgegnerin gefaxt worden. Auch die Antragsgegnerin bestätigt, dass sie am 10.2. und 11.2.2009 Telefaxe von der Antragstellerin erhalten hat, die sie in Kopie beifügt. Dabei handelte es sich um die Antragsschriften. Somit steht fest, dass die Antragsgegnerin am 10.2.2009 die Antragsschrift in Kopie erhalten hat.

Da die Antragstellerin dies vor Einleitung lediglich telefonisch behauptet hat, ist auf Veranlassung der Vorsitzenden am 11.2.2009 nochmals die Antragsschrift an die Antragsgegnerin übersandt und als Rüge bezeichnet worden. Anschließend erfolgte die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Bereits die Übersendung der Durchschrift der Antragsschrift vom 10.2.2009 war aber ausreichend.

Denn in der Übermittlung des Nachprüfungsantrages an den Antragsgegner kann eine gleichzeitige Rüge gesehen werden, so auch OLG München, Beschluss vom 7.8.2007, Verg 8/07. Diese Auffassung hält die Kammer auch für zutreffend, weil zwischen der Rüge und der Antragseinlegung keine Wartefrist erforderlich ist. Deshalb kann es nicht auf die tatsächliche Wortwahl in der „Beschwerde“ ankommen und auch nicht auf den Sinn und Zweck. Käme es auf den Zweck der Rüge –nochmalige Überprüfung der Vergabeentscheidung durch die Vergabestelle an- dann müsste auch eine Wartefrist eingehalten werden, was eindeutig nicht gefordert wird. Insofern hält die Kammer die Umdeutung einer Antragsschrift in eine Rüge dann für unproblematisch, wenn aus der Antragsschrift selbst erkennbar wird, dass diese auch der Vergabekammer mit der Bitte um Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zugeleitet wurde und auch konkrete Beschwerdepunkte geltend gemacht wurden. Dies war vorliegend der Fall. Die Antragsgegnerin konnte allein aus der Antragsschrift erkennen, dass diese der zuständigen Vergabekammer vorlag.

Soweit die Beigeladene hier auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.12.2006, Verg 56/06, hinweist, muss angemerkt werden, dass es vorliegend noch eine weitere, zeitnahe Rüge gegeben hat. Wenn man also im Sinne des OLG Düsseldorf die Rüge als prozessuale Zugangsvoraussetzung ansieht und diese klar und eindeutig erklärt werden muss, dann hat die Antragstellerin dies mit ihrem Schreiben vom 11.2.2009 jedenfalls innerhalb von einem Tag nachgeholt. Die Antragsgegnerin hat am 11.2.2009 nochmals ein Telefax von der Antragstellerin erhalten, auch wenn der Eingangsvermerk erst vom 12.2.2009 datiert. Dort hat die Antragstellerin der Antragsschrift vom 10.2.2009 folgenden Satz vorangestellt: „Bitte betrachten Sie diesen Brief als Rüge und Einspruch gegen die Vergabe des Auftrags an die Firma xxxxxxxx“ Anschließend folgt der Text aus der Antragsschrift vom 10.2.2009. Die Antragstellerin hatte diese Rüge auf Veranlassung der Kammer vorsorglich an die Antragsgegnerin als Telefax übersandt und darüber hinaus der Kam-

mer als Beleg das gleiche Telefax vorgelegt. Die „zweite“ Rüge war jedenfalls eindeutig als solche bezeichnet und lag der Antragsgegnerin ebenfalls vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vor, was unstreitig ist. Wenn man also die Antragschrift vom 10.2.2009 nicht in eine Rüge umdeutet, dann war hier jedenfalls die zweite Rüge vom 11.2.2009 eindeutig und als solche ausreichend.

Inhaltlich muss eine Rüge keine detaillierte rechtliche Würdigung enthalten und auch der Begriff Rüge muss nicht verwendet werden. Nach dem objektiven Empfängerhorizont muss zumindest durch Auslegung eindeutig erkennbar sein, dass nicht nur eine Anregung zur Optimierung eines Vergabeverfahrens gegeben werden soll, sondern ein Rechtsfehler geltend gemacht wird. Es muss klar sein, dass es sich um eine Beanstandung handelt und nicht etwa um eine Frage zu tatsächlich oder vermeintlich missverständlichen Formulierungen in den Verdingungsunterlagen, OLG Frankfurt, Beschluss vom 2.3.2007, 11 Verg 15/06.

Wie bereits ausgeführt, konnte der „Antragsschrift“ ohne weiteres entnommen werden, dass bestimmte Vergaberechtsverstöße vermutet wurden, die keinesfalls ins Blaue hinein geäußert wurden, sondern in Verbindung mit der Neugründung der Herstellerfirma standen. Auch dem Gesamtkontext der Antragsschrift, die zugleich als Rüge übermittelt wurde, kann entnommen werden, dass die Antragstellerin keine Sachverhaltsaufklärung betrieb, sondern konkrete Vergaberechtsverstöße angenommen hat, die sie allerdings nicht belegen konnte, weil sie keine Einsicht in das Angebot der Beigeladenen hatte. Diese Beanstandungen sind aber nachvollziehbar dargelegt worden und keinesfalls abwegig gewesen.

Die Rüge war auch unverzüglich im Sinne der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf. Wiederholt hat das OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01, geurteilt, dass erkannte Vergaberechtsverstöße unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen zu rügen sind. Die Kammer hält diese Rechtsprechung für zutreffend, weil ein Bieter auch ausreichend Zeit braucht, um zu überlegen, ob eine Rüge tatsächlich erfolgen soll. Insofern war die Einlegung der Rüge sieben Tage nach Erhalt der Informationsschrift unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, verstößt gegen § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A.

a) Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A sind Angebote, die nicht die geforderten Erklärungen und Angaben enthalten, von der Wertung auszuschließen. In Ziffer 1.2 der Leistungsbeschreibung forderte die Antragsgegnerin die Benennung einer Recyclingstelle für die Verwertung der Altmaterialien. Diese Angabe fehlt im Angebot der Beigeladenen. Somit war dieses Angebot von der Wertung auszuschließen.

Nach dem Wortlaut von § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A unterliegt der Ausschluss eines Angebots zwar dem Ermessen (können) des öffentlichen Auftraggebers. Allerdings ist der Auftraggeber dann, wenn sein Ermessen auf Null reduziert ist, daran gehindert ein Angebot in der Wertung zu belassen, wenn geforderte Erklärungen oder Anga-

ben fehlen. Denn eine sachgerechte, transparente und auf Gleichbehandlung aller Bieter abzielende Vergabeentscheidung kann nur getroffen werden, wenn hinsichtlich aller relevanten Umstände eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist, BGH, 18.2.2003, X ZB 43/02. Gleiches gilt für Angebote im Anwendungsbereich der VOL/A, OLG Düsseldorf, 13.4.2006, Verg 10/06; OLG Düsseldorf, 28.4.2008, Verg 1/08.

aa) Die Regelung in § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A bezieht sich auf Angaben und Erklärungen, die in den Verdingungsunterlagen gefordert werden, nicht aber auf Eignungsnachweise. Diese sind in § 25 Nr. 2 VOL/A genannt und bei der Wertung der Angebote auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen. Lediglich für die Eignungsnachweise gilt § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A, wonach der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung die Nachweise zu nennen hat. Insofern war es völlig ausreichend, die Benennung einer Recyclingstelle erst in den Verdingungsunterlagen zu fordern.

bb) Ausweislich der Ziffer 1.2 forderte die Antragsgegnerin von den Bietern, dass sie zeitgleich mit dem Angebot eine Stelle zu benennen haben, die während der Vertragslaufzeit das zurückgenommene Altmaterial verwertet. Darüber hinaus forderte die Antragsgegnerin, dass zum Ende der Vertragslaufzeit je Los ein Sammelentsorgungsnachweis vorzulegen war, wofür sie Formblätter beigefügt hatte. Dieser Nachweis musste mit der Schlussrechnung vorgelegt werden.

Die Ausschreibungsbedingungen sind zunächst auszulegen, wobei der Maßstab die Sicht eines verständigen Bieters bildet, OLG Düsseldorf, 23.1.2008, Verg 36/07; OLG Düsseldorf, 20.10.2008, Verg 41/08. Stellt sich der Ausschluss eines Angebots wegen einer fehlenden Erklärung als reiner Formalismus dar, so verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, so OLG Celle, 2.10.2008, 13 Verg 4/08, wenn er dennoch ein solches Angebot als unvollständig ausschließt.

Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass ein Angebot eines Bieters nicht vor schnell aus rein formalen Gründen ausgeschlossen wird, obwohl es durchaus dem Anforderungsprofil der Vergabestelle entspricht bzw. nach Auslegung der Verdingungsunterlagen Zweifel an der Unvollständigkeit des Angebots verbleiben. Unnötige und überflüssige Erklärungen in den Verdingungsunterlagen, die keine Auswirkungen auf die Wertung haben und die keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn beinhalten, sollen nicht die Unvollständigkeit eines an sich – gemessen an den gesamten Verdingungsunterlagen- vollständigen Angebots bewirken, soweit diese Unvollständigkeit sich auch aus den Verdingungsunterlagen „erklären“ lässt. Einem Bieter kann somit die Unvollständigkeit seines Angebots nicht vorgehalten werden, wenn die Forderung der Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen in Bezug auf diese Erklärung nicht eindeutig formuliert war und der Bieter diese Forderung mit der erforderlichen Eindeutigkeit nicht erkennen konnte oder zumindest auch ein anderes Verständnis dieser Forderung möglich erscheint. Eine objektive Mehrdeutigkeit in den Verdingungsunterlagen darf nicht zu Lasten der Bieter gehen.

Ausgehend von diesen Überlegungen war die Benennung der Recyclingstelle während der Vertragslaufzeit hier eindeutig gefordert. Die Forderung war nicht mehrdeutig und konnte für sich genommen nicht unterschiedlich ausgelegt werden. Aus dem Wortlaut der Ziffer 1.2 ergibt sich unmissverständlich, dass die Bieter mit den Angebotsunterlagen eine Stelle zu benennen hatten, die für den Bieter während der Vertragslaufzeit das zurückgenommene Altmaterial verwertet. Darüber hinaus musste

nach Durchführung des Vertrages auch noch ein Sammelentsorgungsnachweis vorgelegt werden. Die Antragsgegnerin hat ersichtlich zwei Zeiträume, und zwar die Zeit der Vertragsdurchführung und die Zeit nach Beendigung des Vertrages, im Blick gehabt und wollte für beide Zeiträume Erklärungen bzw. Nachweise haben.

Es ist auch nicht möglich, die erste Erklärung hinsichtlich des Recyclingverfahrens für überflüssig zu halten, weil mit dem Sammelentsorgungsnachweis nach Vertragsdurchführung schließlich im Nachhinein die ordnungsgemäße Beseitigung der Altmaterialien tatsächlich nachgewiesen wird. Denn dann hätte der Hinweis auf das Recyclingverfahren ausgereicht. Die zusätzliche Forderung nach Benennung einer Stelle, die diese Verwertung durchführt, wäre dann nicht nötig gewesen.

Auch aus dem Gesamtkontext der Verdingungsunterlagen ergibt sich nichts anderes, weil es lediglich diese eine Stelle gibt, die sich mit der Verwertung der Altmaterialien beschäftigt. Man konnte die fehlende Angabe dazu also auch nicht – so wie im Falle des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.1.2008, Verg 36/07- aus anderen Angaben der Bieter schlussfolgern, so dass die zusätzliche Benennung einer solchen Stelle nicht erforderlich erschien. In diesem Sinne ist in der Entscheidung des OLG Düsseldorf die fehlende Erklärung hinsichtlich der Kompatibilitätsbescheinigung für die Biofilterdeckel für überflüssig gehalten worden, weil damit kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn verbunden war. Wurden genormte Müllbehälter angeboten, so musste der Biofilter mit hoher Wahrscheinlichkeit auch passen. Genau diese Konstellation liegt hier nicht vor. Wenn die Stelle, die die Verwertung während der Vertragslaufzeit durchzuführen hat, nicht benannt wird, dann ergibt sich diese Information nicht aus anderen Angaben der Bieter in ihren Angeboten. Insofern war diese Information objektiv gesehen für die Antragsgegnerin nicht ohne Erkenntnisgewinn.

Die Benennung der Recyclingstelle tritt auch nicht in den Hintergrund im Vergleich zu der Forderung nach dem Sammelentsorgungsnachweis. Dies sind unterschiedliche Zielrichtungen. Es kam der Antragsgegnerin offensichtlich darauf an, dass schon während der Vertragslaufzeit eine ordnungsgemäße Verwertung des Altmaterials stattfindet und nicht erst nach Vertragsdurchführung ein Nachweis vorgelegt wird. Auch der Hinweis der Beigeladenen auf die Tatsache, dass die einmal im Angebot benannte Verwertungsstelle geändert wird oder zusätzliche Verwertungsstellen hinzutreten, bedeutet nicht, dass deshalb die Bieter erst gar nicht eine Stelle im Angebot benennen mussten. Insgesamt waren die Aussagen der Antragsgegnerin zu der Forderung nach Benennung einer Stelle, die das Altmaterial verwertet, nicht mehrdeutig, sondern aus der Sicht eines potentiellen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist, eindeutig. Diese Information konnte auch nicht aus anderen Angaben der Bieter gefolgert werden.

Demgegenüber kommt es nicht darauf an, dass aus der subjektiven Sicht der Antragsgegnerin die Benennung dieser Stelle im Nachhinein nicht mehr für erforderlich gehalten wird. Entgegen der Auffassung des OLG Celle, Beschluss vom 2.10.2008, 13 Verg 4/08, kann nach der Rechtsprechung des BGH, u.a. Beschluss vom 18.2.2003, X ZB 43/02, die Unvollständigkeit von Angeboten nicht mehr damit gerechtfertigt werden, dass es sich lediglich um unbedeutende und sich auf den Wettbewerb nicht auswirkende Positionen (oder Erklärungen) handelt und der Auftraggeber selbst bei der Wertung der verschiedenen Angebote zu erkennen gegeben hat, dass es ihm auf die geforderte Angabe in keiner Weise ankommt. Werden in den Ausschreibungsunterlagen Erklärungen gefordert, dann sind diese Erklärungen als

Umstände ausgewiesen, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen. Die Nichtabgabe dieser Erklärungen führt zwingend zum Ausschluss des Angebots, BGH, Urteil vom 7.6.2005, X ZR 19/02.

Der BGH hat eindeutig formuliert, dass die Angebote vergleichbar sein müssen. Fehlen eindeutig geforderte Erklärungen in den Angeboten, so kann diese Vergleichbarkeit nicht dadurch herbeigeführt werden, dass dieser Umstand als nicht wettbewerblich relevant eingeordnet wird oder die Vergabestelle selbst im Nachhinein behauptet, dass es ihr gar nicht auf diese Erklärung angekommen sei. Vielmehr kann der Ansatzpunkt nur die Mehrdeutigkeit der Verdingungsunterlagen sein. Diese führt dazu, dass einem Bieter die Unvollständigkeit seines Angebots – mit den strengen Konsequenzen des Ausschlusses nach der BGH-Rechtsprechung – nicht vorgehalten werden kann, wenn diese nicht eindeutig sind.

Vor diesem Hintergrund führt auch der Hinweis der Beigeladenen auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 28.5.2003, Verg 8/03 nicht zu einem anderen Ergebnis. Dort führte das OLG Düsseldorf aus, dass durch die langjährige und gegenüber allen Bietern gleichermaßen praktizierte Übung, ein im Angebot nur angekündigtes Nachunternehmerverzeichnis nachzufordern und das nachgereichte Verzeichnis als einen wirksamen Bestandteil des Angebots zu behandeln, ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand geschaffen würde. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sei es der Vergabestelle mithin nicht verwehrt, eine solche Erklärung auch nachträglich noch zu fordern. Anderenfalls würde man sich in Widerspruch zu der bisherigen Vergabepaxis setzen.

Wie bereits ausgeführt, ist die Rechtsprechung des BGH zu der Vorlage von eindeutig geforderten Angaben und Erklärungen unmissverständlich. Vor dem Hintergrund, dass der BGH erstmalig im Februar 2003 eine solche Entscheidung traf, ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom Mai 2003 als eine Ausnahmeentscheidung zu sehen. Denn so kurz im Anschluss an die „neue“ Rechtsprechung des BGH waren diese Erkenntnisse noch nicht in der Praxis umgesetzt. Es gab eine Reihe von Ausschreibungen, die ohne Berücksichtigung dieser Aussagen des BGH konzipiert waren, durchgeführt wurden und kurz vor dem Abschluss standen. Auch die VK Münster, Beschluss vom 9.5.2003, VK 7/03, hatte eine Ausschreibung in der Überprüfung, in der sie nicht dem BGH gefolgt ist, weil diese Änderung in der Rechtsanwendung zu einer Aufhebung einer umfangreichen Ausschreibung geführt hätte, obwohl weder die Vergabestelle noch die Bieter bei der Abgabe der Angebote und der Wertung von dieser Rechtsprechung Kenntnis hatten. Insofern ist die Rechtsprechung des BGH erst nach und nach umgesetzt worden.

Außerdem relativiert das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 26.11.2003, Verg 53/03 diesen Grundsatz in der Hinsicht, dass ein rechtlich relevantes Vertrauen nur in Betracht käme, wenn es sich bei der geltend gemachten Praxis der Antragsgegnerin um ein vergaberechtlich zulässiges Verhalten handelt. Das könne jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn die Handhabung der Vergabestelle die Bieter in die Lage versetzen würde, ihre Angebote nachträglich abzuändern. In der Entscheidung des OLG Düsseldorf, 20.10.2008, Verg 41/08, wird ausgeführt, dass die Vergabestelle, die in jahrelanger Praxis die vergaberechtswidrige Nachreichung von Nachunternehmerangaben geduldet hat, durch eine rechtzeitige Vorankündigung gegenüber dem Bieter klarstellen muss, dass sie die Bewerbungsbedingungen künftig strikt anzuwenden gedenkt.

Aus diesen Überlegungen schließt die Kammer, dass die Entscheidung zur Nachreichung von Erklärungen im Jahre 2003 innerhalb einer Umbruchphase in der Rechtsprechung erfolgte, so dass hier eine Ausnahme anzunehmen ist. Darüber hinaus hat das OLG Düsseldorf bereits im November 2003 diese Aussagen relativiert und darauf hingewiesen, dass es jedenfalls kein vergaberechtswidriges Verhalten sein dürfte. Wenn aber entgegen der Rechtsprechung des BGH geforderte Erklärungen nach Angebotsabgabe tatsächlich nachgereicht werden dürften, obwohl die Vergabestelle die zeitgleiche Vorlage gefordert hatte, würde es sich um ein vergabewidriges Verhalten handeln. Dies kann – so auch das OLG Düsseldorf – nicht im Wege des Grundsatzes von Treu und Glauben oder aufgrund der bisherigen langjährigen Vergabepaxis gut geheißsen werden.

Im Ergebnis war somit vom Bieter eine Verwertungsstelle, die für den Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit das zurückgenommene Altmaterial verwertet, gemäß Ziffer 1.2 mit den Angebotsunterlagen zu benennen.

cc) Ausgehend von diesen Überlegungen, steht fest, dass im Angebot der Beigeladenen diese Verwertungsstelle nicht benannt wurde. Demgegenüber hat die Antragstellerin zumindest in ihrem Firmenprospekt darauf hingewiesen, dass sie die Altpfosten zurücknimmt und in der eigenen Recycling-Station eine sinnvolle Weiterverwertung in Produkten erfolgen wird.

Die Antragstellerin hat somit diese Stelle nicht ausdrücklich benannt, aber zumindest findet sich ein Hinweis auf die eigene Verwertungsstelle im beigefügten Firmenprospekt. Dies hält die Kammer für ausreichend, weil durch die Auslegung des Angebots die von der Antragsgegnerin geforderte Information tatsächlich ermittelt werden kann. Zur Ermittlung eines Erklärungsgehalts auf etwaige (insbesondere unklare) Änderungen sind Angebote nach den für Willenserklärungen maßgebenden Grundsätzen entsprechend den §§ 133, 157 BGB auszulegen. Der öffentliche Auftraggeber ist zur Auslegung eines Angebots berechtigt und verpflichtet. Dabei ist der gesamte Inhalt des Angebots und seiner Bestandteile in den Blick zu nehmen. Maßstab der Auslegung ist, wie ein mit den Umständen vertrauter Dritter in der Lage des öffentlichen Auftraggebers das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte und musste. Dabei ist der dem Angebot zugrunde liegende wahre Bieterwille zu erforschen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.8.2008, Verg 42/07. Entscheidend ist, dass die geforderten Angaben vom Bieter gemacht werden. Wenn er diese Erklärungen in einem dafür vorgesehenen Formblatt nicht macht, aber die dort fehlenden Angaben sich in hinreichender Deutlichkeit aus dem Angebot an anderer Stelle entnehmen lassen, dann kann ein solches Angebot nicht wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen werden, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.2007, Verg 28/07.

Die Kammer hält diese Auffassung für zutreffend. Denn auch hier geht es um die strenge Rechtsfolge eines Angebotsausschlusses wegen Unvollständigkeit. Wenn aber ein Bieter in seinem Angebot die geforderte Erklärung mit der entsprechenden Deutlichkeit abgegeben hat, dann kann dieses Angebot nicht ausgeschlossen werden, nur weil die Erklärung nicht an einer dafür besonders vorgesehenen Stelle erfolgt ist. Im Falle des OLG Düsseldorf, Verg 28/07, gab es für die Erklärung Formblätter, die vom Bieter nur unzureichend ausgefüllt wurden. Aber der Bieter hatte seinem

Angebot ein Ausbildungskonzept beigelegt, aus dem sich die im Formblatt fehlenden Erklärungen ergaben.

Demzufolge muss auch das Angebot der Antragstellerin insgesamt betrachtet und die dort erfolgten Angaben und Erklärungen ausgelegt werden. Die Antragstellerin hat zwar die Verwertungsstelle nicht ausdrücklich, beispielsweise auf einem beigelegten Blatt oder im Begleitschreiben genannt, aber im Angebot findet sich der Firmenprospekt. Dieser ist Teil des Angebots und als solcher auch von der Antragsgegnerin gekennzeichnet worden. Dort findet sich eine Seite, die sich umfassend mit der Verwertung der Altpfosten im Sinne eines Recycling-Kreislaufs beschäftigt. Die Antragstellerin hat dort mitgeteilt, dass sie die Altpfosten in der eigenen Recycling-Station einer sinnvollen Weiterverwertung in Produkten wie Rohrverstärkungen, Sockel usw. zuführt. Die Recyclinganlage ist zudem bildlich dargestellt.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist die ausdrückliche, formale Benennung einer Stelle, beispielsweise auf einem gesonderten Beiblatt oder in einem Begleitschreiben zum Angebot nicht erforderlich. Denn im Rahmen der Auslegung kommt es gerade nicht darauf an, eine formale Erklärung des Bieters zu finden, aus der sich ergibt, dass dieser bewusst diese Erklärung abgegeben hat. Vielmehr ist im Rahmen der Auslegung der wahre Bieterwille zu erforschen. Mithin muss eine geforderte Erklärung objektiv im Angebot zu finden sein, auch wenn dem Bieter bei Abgabe des Angebots nicht bewusst war, dass er diese geforderte Erklärung abgegeben hat. Zweifelsfrei muss ein Bieter aber diese objektiv im Angebot vorhandene Erklärung tatsächlich verwirklichen wollen; ihm ist lediglich nicht bewusst gewesen, dass er damit die Forderung nach einer Erklärung in den Verdingungsunterlagen erfüllt hat. Daran besteht hier kein Zweifel. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin die im Prospekt genannte Recyclingstelle nicht betreibt oder die von der Antragsgegnerin zurückerhaltenen Altpfosten dort nicht wenigstens zum Teil einer Verwertung zugeführt werden.

Abschließend sei nur erwähnt, dass die Entscheidung des BGH, Urteil vom 10.1.2009, X ZR 113/07, vorliegend nicht anwendbar ist. Dass Preisnachlässe nur an den in den Verdingungsunterlagen festgelegten Stellen aufgeführt werden müssen, damit sie wertbar sind, hängt damit zusammen, dass dies ausdrücklich gemäß § 21 Nr. 4 VOB/A so bestimmt wird. Diese Vorschrift bezieht sich aber ausschließlich auf Preisnachlässe ohne Bedingungen und gilt deshalb keinesfalls für alle in den Verdingungsunterlagen an anderen Stellen geforderten Angaben oder Erklärungen.

Somit ist die geforderte Benennung einer Stelle im Angebot der Antragstellerin mit der erforderlichen inhaltlichen Eindeutigkeit abgegeben worden. Dem steht auch nicht entgegen, dass möglicherweise nur der Kunststoff der Leitpfosten verwertet wird und andere Teile, wie die Stahlteile oder Reflektoren entfernt werden. Auch die Tatsache, dass die Altpfosten möglicherweise auch noch von einem anderen Unternehmen in Dxxxxxxx im Auftrage der Antragstellerin verwertet werden, steht dem nicht entgegen. Denn nach Ziffer 1.2 kam es lediglich auf die Benennung einer Stelle an, die während der Vertragslaufzeit das Altmaterial verwertet. Diese Vorgabe hat die Antragstellerin mit ihrem Angebot erfüllt. Ein Ausschluss wegen Unvollständigkeit des Angebots der Antragstellerin scheidet demnach aus.

Im Ergebnis liegt der Antragsgegnerin somit zumindest ein vollständiges Angebot vor. Anhaltspunkte dafür, die ansonsten eine Unvollständigkeit des Angebots der An-

tragstellerin begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Nach Durchsicht des Angebots haben sich dafür keine offensichtlichen Anhaltspunkte ergeben. Die geforderten Eignungsnachweise sind vollständig, das Leistungsverzeichnis ist lückenlos ausgefüllt, die Referenzen sind ordnungsgemäß -so wie gefordert- angegeben, und das Formblatt „Verzeichnis der Stoffe und Teile“ ist ebenfalls ausgefüllt und beigelegt worden. Auch der Fragebogen zum Unternehmen ist vollständig ausgefüllt worden. Hinsichtlich der maximal zu liefernden Menge an Leitpfosten hat die Antragstellerin erklärt: „nach Bedarf“. Diese Aussage ist im Zusammenhang mit der Rahmenvereinbarung als ausreichend anzusehen. Die Eintragung einer konkreten Stückzahl war nicht erforderlich und zudem ungewiss, aber die Erklärung „nach Bedarf“ impliziert, dass jegliche Menge lieferbar sein wird.

Demgegenüber ist das Angebot der Beigeladenen wegen der fehlenden Erklärung zur Verwertungsstelle während der Vertragslaufzeit unvollständig. Da diese Angabe mit dem Angebot zu machen war, kann diese auch nicht nachträglich noch eingefordert werden.

b) Da das Angebot der Beigeladenen wegen der fehlenden Benennung dieser Verwertungsstelle schon auszuschließen war, kommt es nicht mehr darauf an, ob dieses Angebot auch aus anderen Gründen als unvollständig einzustufen ist. Insbesondere kommt es nicht mehr darauf an, ob das Formblatt „Verzeichnis der Stoffe und Teile“ ordnungsgemäß ausgefüllt wurde bzw. welches Unternehmen tatsächlich Hersteller der Leitpfosten ist und ob Ziffer 8 der Bewerbungsbedingungen auch für einen Lieferanten die Beifügung von Verpflichtungserklärungen fordert. Auch die Angabe der Referenzen – ohne die geforderten Detailangaben zu den Ansprechpartnern und Telefonnummern- ist somit für die Entscheidung ohne Belang.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag somit zulässig und begründet.

III.

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

Die Antragstellerin ist durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen auch in ihren Rechten verletzt, weil sie – im Gegensatz zur Beigeladenen- ein vollständiges und zuschlagsfähiges Angebot vorgelegt hat.

Zur Verhinderung der Schädigung von betroffenen Interessen hält die Kammer die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Antragstellerin ausnahmsweise für gerechtfertigt. Es gibt zwar keinen Kontrahierungszwang für den öffentlichen Auftraggeber, BGH, 5.11.2002, X ZR 232/00. Insofern hat ein Antragsteller in der Regel keinen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags, sondern nur auf die Anordnung gegenüber der Vergabestelle, die Wertung unter Ausschluss eines oder mehrerer Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Allerdings kann eine Anweisung auf Erteilung des Zuschlags in Betracht kommen, wenn die Erteilung des Zuschlags an den Antragsteller als die einzig rechtmäßige

Entscheidung in Betracht kommt, so OLG Düsseldorf, 13.7.2005, Verg 19/05. Dies war vorliegend der Fall. Die Wertung der Antragsgegnerin war abgeschlossen. Die beiden Angebote hatten alle 4 Wertungsstufen durchlaufen. Das Angebot der Antragstellerin ist auch auf der 3. und 4. Stufe überprüft worden und lediglich ausgeschlossen worden, weil das Angebot der Beigeladenen geringfügig preisgünstiger war. Insgesamt gibt es somit keinen Anlass, die Wertung nur mit dem noch verbliebenen Angebot der Antragstellerin zu wiederholen.

In der mündlichen Verhandlung hat auch die Antragsgegnerin keine weiteren Gesichtspunkte vorgetragen, die aus ihrer Sicht einer Zuschlagserteilung entgegen stehen würden.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB, wonach ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Als unterliegende Parteien haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene die Kosten je zur Hälfte gesamtschuldnerisch zu tragen. Die Antragsgegnerin ist gemäß § 8 Abs. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes als Landes (Bundes) betrieb auch nicht von der Zahlung der Gebühr befreit. Bei der Höhe der Gebühr ist gemäß § 128 Abs. 2 GWB von dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens auszugehen. Ausgehend von einem Gesamtauftragswert von ca. xxxxxxxx € wird unter Berücksichtigung der Gebührenstaffel der Vergabekammern des Bundes und der Länder eine Gebühr in Höhe von xxxx € festgesetzt.

V.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte.

Für die Erstattung der Aufwendungen der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer ordnet § 128 Abs. 4 GWB eine gesamtschuldnerische Haftung nicht an. Hinsichtlich der notwendigen Auslagen kommt eine Kostentragung nur in Betracht, soweit ein Beteiligter unterliegt. Dies führt dazu, dass der öffentliche Auftraggeber und der ihn im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unterstützende Beigeladene für die Kosten des obsiegenden Bieters nur als Teilschuldner haften, BGH, 26.9.2006, X ZB 14/06.

Demzufolge tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte.

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