



# Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

### Amtliche Leitsätze

1. Die Zuverlässigkeit eines Bieters kann gemäß § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A in jedem Stadium des Vergabeverfahrens überprüft werden.
2. § 7 Nr. 5 VOL/A eröffnet den Vergabestellen aber lediglich einen Beurteilungsspielraum. Sie sind bei der Prüfung der Zuverlässigkeit eines Bieters nicht verpflichtet, mögliche Verstöße gegen Gesetze wie § 4 Nr. 9 UWG nachweisbar zu ermitteln. Es kommt lediglich darauf an, dass die Beurteilungsentscheidung (Prognoseentscheidung) sachlich nachvollziehbar ist.
3. Auch eine Vergabekammer ist nach § 110 GWB nicht verpflichtet, Verstößen gegen das UWG nachzugehen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Lieferung von Schweineohrmarken

der

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXX

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen die

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene**

XXXXXXXXXXXX

vertreten durch den Geschäftsführer

XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

## **Verfahrensbevollmächtigte**

Anwaltskanzlei xxxxxxxx  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 8.1.2010 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Meschede

am **14. Januar 2010** beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene werden für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb die Lieferung von Ohrmarken für Rinder, Schweine, Schafe und Ziegen als Sukzessivlieferungsvertrag in einem offenen Verfahren nach der VOL/A in drei Losen aus. Das Los 1 bezieht sich auf die Lieferung von Rinderohrmarken, das Los 2 auf Schweineohrmarken und Los 3 auf Schaf- und Ziegenohrmarken. Streitgegenstand dieses Verfahrens ist lediglich das Los 2. Die Vertragslaufzeit beträgt drei Jahre. Als Zuschlagskriterien nannte die Antragsgegnerin den Preis mit 80% und die Lieferfähigkeit mit 20%. Die geschätzte Auftragssumme beträgt für das Los 2 ca. 1,5 Mio. €.

In den Vergabeunterlagen verlangte die Antragsgegnerin eine Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit und fügte dafür einen Vordruck (Anlage 2) bei, der von den Bietern ausgefüllt zurückgesandt werden musste. Dort hatten die Bieter zu versichern, dass keine schweren Verfehlungen vorliegen, die den Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb rechtfertigen könnten, und dass keine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, wegen einer in § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A genannten Straftat rechtskräftig verurteilt ist.

Weiterhin forderte sie zwei Referenzen für jedes Los, auf das ein Angebot abgegeben wird. Diesbezüglich bestimmte sie:

Darüber hinaus hat der Bieter für jedes Los, auf das ein Angebot abgegeben wird, zwei Referenzaufträge aus dem Zeitraum 2005-2009 hinsichtlich vergleichbarer Leistungen zu benennen. Die genannten Referenzaufträge müssen vergleichbare Tierhaltungsbedingungen wie in Deutschland und eine mit dem betreffenden Los vergleichbare Größenordnung aufweisen. Bei der Benennung der Referenzaufträge sind der Name des jeweiligen Auftraggebers und der jeweilige Leistungszeitraum anzugeben.

Die Antragstellerin und die mit Beschluss vom 30.11.2009 Beigeladene legten Angebote für das Los 2 vor, wobei die Beigeladene auf Rang 1 liegt, gefolgt von der Antragstellerin.

Beigeladen wurde die xxxxxxxx GmbH aus xxxxxx. Es handelt sich um ein Unternehmen, das der Firmengruppe xxxxxxxx aus xxxxxx/ Niederlanden angehört. Diese Gruppe besteht u.a. aus der xxxxxxxxxxxxxxxx B.V., die xxxxxxxxxxxxxxxx B.V., die xxxxxxxx BVBA und aus der xxxxxxxx GmbH aus Kxxxxx. Die Letztgenannte GmbH ist hier Bieterin. Sie hat als Nachunternehmerin die xxxxxxxxxxxxxxxx B.V. in xxxxxx angegeben, die die Produktion und Bedruckung der Ohrmarken ausführen soll.

Der Zuschlag für das Los 2 soll auf das Angebot der Beigeladenen erfolgen. Nachdem die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 5.11.2009 über ihre Vergabeabsicht informiert hatte, rügte die Antragstellerin mit ihren Schreiben vom 10.11.2009 und 16.11.2009 die beabsichtigte Vergabe, weil sie der Auffassung war, dass die Beigeladene wettbewerbswidrig ihre Produkte nachbaut und als eigene Ohrmarken verkauft. Sie könne deshalb auch keine Referenzen vor Oktober 2008 nachweisen. Aufgrund dieser Rüge überprüfte die Antragsgegnerin diese Behauptungen und wies mit Schreiben vom 18.11.2009 diese Beanstandungen als nicht nachweisbar zurück.

Mit der am 19.11.2009 beantragten Nachprüfung verfolgt die Antragstellerin ihre Beanstandungen im Nachprüfungsverfahren weiter.

Die Antragstellerin hält die Beigeladene für nicht geeignet. Die Antragstellerin trägt vor, dass die Beigeladene im Jahre 2007 noch einer ihrer Vertriebspartner gewesen sei. Sie habe dann versucht, zwei Mitarbeiter ihres Hauses abzuwerben, um sich mit dem Know-how dieser Mitarbeiter einen eigenen Produktionsbetrieb aufzubauen und am Markt zu etablieren. Das notwendige Kapital hätten zwei Investoren zur Verfügung gestellt, während die Mitarbeiter das Know-how einbringen sollten, wobei sie aber dennoch gleichberechtigte Anteilseigner wurden.

Herr F. habe das Angebot angenommen und arbeite seither für die Beigeladene. Demgegenüber habe Herr V. sich nicht abwerben lassen. Anhand seiner Email Korrespondenz lasse sich nachweisen, dass von vornherein das Problem der Marken-nutzung bekannt gewesen sei, und dass die Beigeladene gezielt die Produktion aufgebaut habe, um sie, also die Antragstellerin, aus dem Markt zu drängen.

Die Antragstellerin behauptet, dass Herr F. für die Beigeladene in den Niederlanden eine eigene und im Wesentlichen mit ihrer Anlage identische Produktionsanlage für die Herstellung von Ohrmarken errichtet habe und dies geheim gehalten wurde. Im März 2008 habe die Beigeladene auch erreicht, dass die von ihr hergestellten Ohrmarken unter der Registrierung der Antragstellerin in den Niederlanden vertrieben werden durften. Dabei habe die Beigeladene selbst angegeben, dass es sich um baugleiche Ohrmarken handle, die bereits früher von ihr vorgelegt worden seien, wobei es sich dabei nur um die Ohrmarken der Antragstellerin handeln könne. Diese vom niederländischen Landwirtschaftsministerium abgegebene Produktionsgenehmigung (Registrierung) sei mittlerweile zurückgezogen worden. Die Beigeladene dür-

fe somit ihre Abnehmer in den Niederlanden nicht mehr länger mit diesen Ohrmarken beliefern.

Die Antragstellerin behauptet, dass aufgrund des vorstehenden Sachverhalts, die Beigeladene in schwerer Weise gegen die Grundsätze eines lautereren Wettbewerbs nach §§ 3 und 4 Nr. 9 UWG verstoßen habe. Demzufolge müsse das Angebot der Beigeladenen nach §§ 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. b, § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A wegen fehlender Zuverlässigkeit von der Wertung ausgeschlossen werden.

Es sei auch nicht gesichert, dass die Beigeladene die Ohrmarken liefern könne, weil in den Niederlanden wegen dieser Wettbewerbsverstöße noch ein Rechtsstreit anhängig sei. Das vom Gericht in Middelburg vorgelegte Urteil vom 30.7.2009 vermittele zwar zunächst den gegenteiligen Eindruck. Aber sie arbeite gegenwärtig unter Hochdruck daran, den sehr komplexen Sachverhalt weiter aufzuarbeiten und den Vorwurf einer Nachahmung weiter erhärten zu können. Gegen dieses Urteil habe sie deshalb Rechtsmittel eingelegt. Schließlich sei die Beigeladene nicht in erster Linie Hersteller von Ohrmarken, sondern es handele sich um einen Großlieferanten landwirtschaftlicher Verbrauchsgüter.

Die schwere Verfehlung der Beigeladenen lasse sich auch anhand der beigefügten Email Korrespondenzen und der eidesstattlichen Versicherungen beweisen. Daraus ergebe sich, dass die Beigeladene eben nicht über die für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderliche persönliche Zuverlässigkeit verfüge. Aber auch unabhängig davon, ergebe sich aus den gesamten hier vorgetragenen Einzelheiten, dass die Eignung der Beigeladenen äußerst fraglich sei und die Antragsgegnerin auf Grund dieses Gesamteindrucks die Beigeladene bereits gemäß § 25 Nr. 2 VOL/A hätte aus der Wertung ausschließen müssen.

Weiterhin behauptet die Antragstellerin, dass die Beigeladene die geforderten zwei Referenzen über einen Zeitraum von 2005 bis 2009 nicht habe vorlegen können. Denn die Beigeladene produziere erst seit Oktober 2008 und vorher habe sie lediglich bis zur Geschäftsbeendigung die Ohrmarken der Antragstellerin vertrieben. Zutreffend weise die Antragsgegnerin zwar darauf hin, dass die Referenzaufträge nicht zwingend die Lieferung von Ohrmarken aus eigener Herstellung betreffen müssten. Aber seine eigene Leistungsfähigkeit könne ein Bieter nur nachweisen, wenn er über die zur ordnungsgemäßen und vertragsgemäßen Ausführung des Auftrags erforderlichen Mittel und Kapazitäten verfüge.

Im Übrigen trägt die Antragstellerin unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vor, dass ihre Rügen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unverzüglich erfolgten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt ist,
2. die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die entsprechende Rechtsverletzung zu beseitigen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, weil die Antragstellerin nicht unverzüglich binnen ein bis drei Tagen gerügt hat, sondern erst fünf Tage nach Erhalt der Information reagiert habe.

Die Antragsgegnerin hält den Antrag zudem für unbegründet. Sie meint, der Beigeladenen sei keine schwere Verfehlung nachzuweisen und auch die von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen seien nicht zu beanstanden.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass ihr zunächst bei der Entscheidung, ob das Angebot der Beigeladenen wegen einer schweren Verfehlung auszuschließen sei, ein Beurteilungsspielraum zustehe, der von den Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbar sei. Sie habe hier beurteilungsfehlerfrei entschieden.

Der Ausschluss eines Angebots wegen einer schweren Verfehlung komme nur in Betracht, wenn nachweislich diese Verfehlung vorliege. Dabei würden an die Nachweislichkeit einer schweren Verfehlung hohe Anforderungen gestellt und die Darlegungs- und Beweislast läge insofern auch bei der Vergabestelle. Würden nur begründete Zweifel vorliegen, so fehle es an der Nachweislichkeit. Insofern müssten gesicherte eigene Erkenntnisse bei der Vergabestelle feststellbar sein, wobei im Falle von Indiztatsachen, die nur durch umfangreiche Beweiserhebungen erhärtet und konkretisiert werden können, ein Ausschluss nach § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A nicht in Betracht komme. Denn eine ausufernde Beweisaufnahme sei mit dem Beschleunigungsgrundsatz im Vergabeverfahren nicht vereinbar.

Die Antragsgegnerin verweist diesbezüglich auf eine Stellungnahme der Beigeladenen, die sie nach Erhebung der Rüge angefordert hatte. Daraus ergebe sich, dass die Beigeladene selbst keine juristische Auseinandersetzung mit der Antragstellerin führe, sondern die Firmen xxxxxxxxx Bxxxxx und xxxxxxxxx Exxxxx davon betroffen seien. Außerdem habe die Beigeladene ein Urteil eines niederländischen Gerichts vom 30.7.2009 vorgelegt, wonach die Antragstellerin keinerlei Rechtsansprüche gegen das Unternehmen xxxxxxxxx wegen Verletzung von Urheberrechten habe. Das Gericht habe sich die Ausführungen des Gutachters zu eigen gemacht und ausdrücklich festgestellt, dass es keine Anhaltspunkte für Urheberrechtsverletzungen gebe.

Urheberrechte seien auch deshalb nicht verletzt, weil der ehemalige Mitarbeiter der Antragstellerin, Herr F. die Kenntnisse und Zeichnungen betreffend die Ohrmarkenproduktion selbst erstellt und der Antragstellerin lediglich zur Verfügung gestellt habe. Er habe seine diesbezüglichen Rechte nicht an die Antragstellerin abgetreten. Allein das Abwerben eines Mitarbeiters, der seine redlich erlangten Kenntnisse im eigenen oder fremden Betrieb erlangt habe, sei für sich genommen nicht unredlich.

Lieferschwierigkeiten wegen des Urteils seien nicht zu befürchten, auch wenn die Antragstellerin in die Berufung gehe. Denn es gebe eindeutige Gutachten, die belegen würden, dass die Produktionsprozesse nicht nachgeahmt worden seien. Weiterhin gehe sie davon aus, dass die von der Beigeladenen vertriebenen Ohrmarken ordnungsgemäß registriert seien.

Die Antragsgegnerin meint, dass aber auch dann, wenn der Sachvortrag der Antragstellerin sich als zutreffend erweise, sie nicht verpflichtet sei, das Angebot der Beigeladenen aus der Wertung zu nehmen. Denn die Eignungsprüfung sei eine Prognoseentscheidung und sie habe keine Zweifel daran, dass die Beigeladene hinreichend fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sei. Auch der weitere Hinweis der Antragstellerin kurz vor der mündlichen Verhandlung, wonach die Registrierung der Ohrmarken der Beigeladenen durch das niederländische Landwirtschaftsministerium voraussichtlich widerrufen wird, würde nicht zu einer anderen Einschätzung führen. In der mündlichen Verhandlung führte die Antragsgegnerin aus, dass ihr vor der Rüge dieser ganze Streit überhaupt nicht bekannt gewesen sei. Dann habe sie entsprechende Gesichtspunkte vorgetragen bekommen, aber letztlich würde es sich insgesamt doch um Umstände und Einzelaspekte handeln, die sie nur vom Hörensagen mitbekommen habe. Es sei ihr in diesem Verfahren nicht möglich festzustellen, welcher Sachverhalt tatsächlich zutreffend ist. Insofern fehle ihr einfach eine sichere Erkenntnis hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Beigeladenen und deshalb könne sie das Angebot auch nicht ausschließen.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen sei auch nicht wegen fehlender Referenzen auszuschließen. Einerseits habe sie in den Vergabeunterlagen nicht gefordert, dass es sich um Referenzen handeln müsse, die die Lieferung von Ohrmarken betreffen, die der jeweilige Bieter selbst hergestellt hat. Eine solche Forderung hätte sie wegen § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A auch nicht stellen dürfen. Insofern sei es ausreichend, dass die Beigeladene vier Referenzaufträge über die Lieferung von Schweineohrmarken im Zeitraum von 2005 bis 2009 angegeben habe.

Andererseits, so trägt die Antragsgegnerin vor, könne es für eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung nicht darauf ankommen, dass die Referenzaufträge Bezug nehmen auf die Lieferung von Ohrmarken aus der Produktion der Antragstellerin. Zunächst seien zwei Referenzen angegeben, die jedenfalls einen Zeitpunkt nach Beendigung der Geschäftsbeziehungen zum Gegenstand hätten. Außerdem wolle die Beigeladene auf die Produktion eines mit ihr verbundenen Unternehmens zurückgreifen, das sie auch als Nachunternehmer genannt habe und auf das sie im Zweifel auch mehr Einfluss ausüben könne, als auf eine externe Produktionsfirma.

**Die Beigeladene** hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil die Rüge nicht unverzüglich erfolgt sei.

Weiterhin legte die Beigeladene auf Anforderung der Vergabekammer weitere Belege für die in ihrem Angebot angegebenen Referenzaufträge vor. Diese Belege wurden gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten nicht offen gelegt. Bei diesen Unterlagen befanden sich auch drei Schreiben eines deutschen Tierzuchtvereins aus den Jahren 2006 bis 2008, in denen der Beigeladenen mitgeteilt wird, dass auf ihre Angebote vom XX der Zuschlag für die Lieferung von Ohrmarken zur Kennzeichnung von Schweinen erteilt wird.

Im Übrigen verweist die Beigeladene auf das Urteil des niederländischen Gerichts vom 30.7.2009, woraus sich ergebe, dass sie nicht wettbewerbswidrig gehandelt habe. Das Gericht habe die Klage wegen eines Streits um Ohrmarken gegen die Firmengruppe xxxxxxxx, wozu auch die Beigeladene gehöre, zurückgewiesen.

Das Gericht Middelburg legte seiner Entscheidung ein Gutachten zugrunde, in dem es um die Frage ging, ob Urheberrechte der Antragstellerin verletzt wurden oder ob die Firmengruppe xxxxxxxx unrechtmäßig vermeidbare Imitationen angeboten hat. Das Gericht ließ untersuchen, ob die Produkte (die Ohrmarken) in hohem Maße nachgeahmt wurden, was aber verneint wurde. Darüber hinaus wurde untersucht, ob die Produktionsprozesse imitiert wurden. Diesbezüglich stellte das Gericht als unstreitig fest, dass alle Daten in Bezug auf die Lasermarkierungsmaschinen den gleichen Ursprung haben und vom selben Mutterbestand abgeleitet wurden. Der Mutterbestand gehört dem ehemaligen Mitarbeiter der Antragstellerin, Herrn F. Dass Herr F. diese Rechte an xxxxx (der Antragstellerin) übertragen hat, sei nicht behauptet worden und habe sich nicht feststellen lassen. Insgesamt wurde die Klage auch bezüglich der Nachahmung von Produktionsprozessen abgewiesen.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß §113 Abs. 1 GWB bis zum 29.1.2010 verlängert. Am 8.1.2010 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabekammerakten und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus §§ 104 Abs. 1 GWB, 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.

1.1 Die Antragstellerin liegt mit ihrem Angebot auf dem 2. Rang und würde, soweit sie mit ihrer Auffassung durchdringt, reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags haben. Sie ist somit antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB.

1.2 Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB unverzüglich nachgekommen, indem sie fünf Tage nach Erhalt des Informationsschreibens erstmals rügte. Eine Verkürzung dieser Rügefristen auf 1 bis 3 Tage hält die Kammer nicht für zulässig. Vielmehr geht sie von der in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, u.a. OLG Düsseldorf, 29.12.2001, Verg 22/01, als zeitliche Obergrenze genannte Frist von bis zu zwei Wochen aus, wobei dieses Zeitmaß aber von

den Umständen des Einzelfalles abhängig ist. Auch ohne dass besondere Umstände im Einzelfall vorliegen müssen, liegen fünf Tage, wobei auch noch ein Wochenende dazwischen lag, im üblichen Rahmen. Im Übrigen hat die Antragstellerin unwiderlegt erklärt, dass sie bereits vor dem 10.11.2009 versucht hat, die Antragsgegnerin telefonisch zu erreichen. Allerdings waren urlaubs- und krankheitsbedingt die zuständigen Ansprechpartner nicht erreichbar.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

2.1 Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A in Verbindung mit § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A wegen fehlender Referenzen kommt nicht in Betracht.

Danach sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und dies – wie gefordert – durch Angaben und Erklärungen im Angebot nachgewiesen haben.

a) Vorliegend hatte die Antragsgegnerin bereits in der Bekanntmachung zum Nachweis der Fachkunde die Benennung von zwei Referenzaufträgen aus dem Zeitraum 2005-2009 hinsichtlich vergleichbarer Leistungen gefordert. Die Referenzaufträge müssen vergleichbare Tierhaltungsbedingungen wie in Deutschland und eine mit dem betreffenden Los vergleichbare Größenordnung aufweisen. Bei der Benennung der Referenzaufträge sind der Name des jeweiligen Auftraggebers und der jeweilige Leistungszeitraum anzugeben.

Vergleichbare Leistungen zu den ausgeschriebenen Leistungen sind die Ausführung von Lieferaufträgen und eben nicht die Herstellung der Ohrmarken. Denn es ist eindeutig ein Lieferauftrag ausgeschrieben worden, wobei es offensichtlich gleichgültig ist, von welchem Hersteller die Ohrmarken stammen. Insofern war es für den Nachweis von Referenzaufträgen ausreichend, wenn der Bieter die Lieferung von Ohrmarken in vergleichbaren Größenordnungen nachweisen konnte. Bei Prüfung der formellen Eignung kommt es nicht darauf an, von welchem Hersteller diese Ohrmarken stammen, die von der Beigeladenen vertrieben wurden. Es konnte sich somit um Ohrmarken handeln, die von der Antragstellerin produziert wurden, aber auch um Ohrmarken anderer Hersteller.

Weiterhin war entscheidend, dass die Referenzaufträge den Namen des jeweiligen Auftraggebers enthalten. Da die Antragstellerin behauptete, dass die Beigeladene ihr ehemaliger Hauptdistributor für die von der Antragstellerin entwickelten und hergestellten Ohrmarken gewesen sei, hatte die Beigeladene nachzuweisen, dass sie sehr wohl als Lieferantin eigene Verträge mit dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber gehabt hat.

b) Die Referenzen der Beigeladenen entsprachen den Anforderungen in der Bekanntmachung. Die Beigeladene hatte die Anlage 4 (Angaben der Referenzen) mit dem Angebot ausgefüllt zurück gegeben. Für das Los 2 hat sie für den fraglichen Zeitraum insgesamt 4 Referenzaufträge in vergleichbarer Größenordnung (Stückzahl pro Jahr) von niederländischen und öffentlichen deutschen Auftraggebern genannt. Auf Anforderung der Kammer hat die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren einige der dort angegebenen Referenzen konkretisiert. Dabei handelte es sich um Aufträge aus dem Jahre 2006, 2007 und 2008. Die Beigeladene hat die Bekanntmachung, ihr Angebot mit Datum und das „Zuschlagsschreiben“ des öffentlichen Auftraggebers mit Datum vorgelegt. In den Angeboten der Beigeladenen heißt es wörtlich: „Wir, die Firma xxxxxxxx, möchten uns an der Ausschreibung für die Lieferung von Schweineohrmarken... beteiligen.“ Der Zuschlag erfolgte dann auf das jeweilige Angebotschreiben direkt an die Adresse der Beigeladenen.

Insofern steht zur Überzeugung der Vergabekammer fest, dass die in der Bekanntmachung genannten formalen Anforderungen an die Vorlage von (mindestens) zwei Referenzaufträgen bezüglich Schweineohrmarken von der Beigeladenen mit dem Angebot ordnungsgemäß vorgelegt wurden.

c) Weiterhin betrifft der Begriff Referenzaufträge über „vergleichbare Leistungen“ die materielle Eignungsprüfung, die dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin unterliegt. Diese hat hinsichtlich der in den Referenzaufträgen insgesamt genannten Größenordnungen der einzelnen Lieferaufträge keine Bedenken geäußert, sondern auch insoweit die Eignung der Beigeladenen angenommen. Die Kammer hält diese Entscheidung für vertretbar, weil es nicht nur auf einen Referenzauftrag über eine Stückzahl von ca. 2 Mio. € ankommt, sondern eine Reihe von Referenzaufträgen benannt waren, die auch zeitgleich ausgeführt werden.

2.2 Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A kommt ebenfalls nicht in Betracht.

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

a) Das Risiko einer rechtlichen Leistungsunfähigkeit der Beigeladenen hat die Antragsgegnerin vorliegend ohne Beanstandung ausgeschlossen. Die von der Antragstellerin vorgetragene Urheberrechtsverletzung müssen jedenfalls nicht zwingend zum Ausschluss der Beigeladenen führen und auch der weitere Sachvortrag, wonach die Registrierung der Ohrmarken der Beigeladenen in den Niederlanden widerrufen werden soll, musste nicht zwingend zum Ausschluss des Angebots aus der Wertung führen.

Bei der Eignungsprüfung, zu der auch die Prüfung auf Zuverlässigkeit gehört, hat der Auftraggeber mit Blick auf den Zeitraum der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob von dem betreffenden Bieter oder Bewerber unter allen heranzuziehenden Gesichtspunkten eine einwandfreie und vertragsgemäße Auftragsausführung zu erwarten ist, OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08.

Dabei ist zwischen einer formellen und materiellen Eignungsprüfung zu unterscheiden, OLG Düsseldorf, 26.11.2008, Verg 54/08. Die formelle Eignungsprüfung bezieht sich darauf, ob die in der Bekanntmachung geforderten Nachweise für die Eignung (etwa Referenzen, Mindestumsatzzahlen usw.) vorgelegt wurden. Diesbezüglich steht der Vergabestelle, wenn sie diese als Mindestanforderungen definiert hat, kein Wertungsspielraum zu.

Anders hingegen bei der materiellen Eignungsprüfung. Hier hat die Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum, der im Vergabenachprüfungsverfahren nur beschränkt, aber unter anderem darauf zu kontrollieren ist, ob der der Eignungsprüfung zugrunde zu legende Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und bei der Eignungsbeurteilung berücksichtigt worden ist, allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten worden sind und sachwidrige Erwägungen dabei keine Rolle gespielt haben, OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08.

Die Eignungsprüfung des öffentlichen Auftraggebers hat sich auch darauf zu erstrecken, ob ein Bieter rechtlich in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Allerdings müssen dann für den öffentlichen Auftraggeber in solchen Fällen zureichende Anhaltspunkte hervortreten, die ihn veranlassen, seinen Zweifeln nachzugehen. Im Rahmen seiner Eignungsbeurteilung muss ein öffentlicher Auftraggeber berücksichtigen, ob ein Bieter nach Zuschlagserteilung tatsächlich zur Erfüllung seiner Vertragspflichten in der Lage sein wird oder ob bereits vor Zuschlagserteilung erkennbare Anhaltspunkte vorliegen, die Anlass zu der Annahme geben, dass ein Bieter aufgrund rechtlicher Hindernisse nicht vertragsgemäß wird leisten können, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 21.2.2005, Verg 91/04.

Weiterhin kann eine Vergabestelle die Eignungsprüfung jederzeit wieder aufnehmen, weil sie nicht gezwungen werden kann, den Zuschlag auf ein Angebot eines Bieters zu erteilen, der im Laufe des Vergabeverfahrens leistungsunfähig geworden ist, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, 28.5.2003, Verg 16/03; OLG Düsseldorf, 4.12.2002, Verg 45/01. Allerdings darf sie –soweit materiell die Eignung geprüft wurde– von ihrer ursprünglichen Beurteilung nur abrücken, wenn sich die Sachlage verändert hat, also neu auftretende Umstände eingetreten sind, so u.a. OLG Frankfurt, 20.7.2004, 11 Verg 6/04. Dabei kann sie solche Erwägungen auch noch im Rahmen ihrer Schriftsätze an die Vergabenachprüfungsinstanzen einfließen lassen, so OLG Düsseldorf, 26.11.2008, Verg 54/08.

b) Ausgehend von diesen Überlegungen hat die Antragsgegnerin aufgrund der ersten Rüge der Antragstellerin die Eignung der Beigeladenen zulässigerweise nochmals inhaltlich überprüft und das von der Beigeladenen eingereichte Urteil der Rechtsbank Middelburg ausgewertet. Die Antragsgegnerin beruft sich auf die Entscheidungsgründe aus dem Urteil, wonach zumindest in der ersten Instanz aufgrund eines Gutachtens ausdrücklich festgestellt wurde, dass eine Urheberrechtsverletzung durch die Firmengruppe xxxxxxxx, wozu auch die Beigeladene gehört, hinsichtlich des Produkts und des Produktionsprozesses fehlt. Weiterhin stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Beigeladene ihre Ohrmarken unter der vorhandenen Registrierung vertreiben durfte. Auch nach dem neuen Sachvortrag der Antragstellerin bleibt die Antragsgegnerin dabei, dass der mögliche Widerruf einer Registrierung in den Niederlanden jedenfalls in Deutschland nicht automatisch ein Vertriebsverbot auslösen würde.

Diese Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin ist weder sachfremd noch willkürlich. Vielmehr ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin ausgehend von den Feststellungen im Urteil darauf vertraut, dass die Beigeladene im Falle des Zuschlags den Vertrag wird erfüllen können und keine Urheberrechtsverletzungen dem entgegen stehen werden. Die Antragsgegnerin ist dem Sachverhalt nachgegangen und hat diesen vollständig ermittelt und ihrer Beurteilungsentscheidung zugrunde gelegt. Dass die Antragsgegnerin nicht einfach die von der Antragstellerin in Bezug auf die Beigeladene erhobenen Vorwürfe als zutreffend unterstellt, ist sachlich nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Sie vertraut offensichtlich mehr den Ausführungen im Urteil, zumal die Rechtsbank Middelburg auch ein Gutachten zu der Frage von Urheberrechtsverletzungen eingeholt hatte.

Es ist auch nicht abwegig, dass die Antragsgegnerin das Urteil der Rechtsbank Middelburg in ihre Beurteilungsentscheidung einfließen lässt und nicht die Möglichkeit einer anderen Entscheidung in einer weiteren Instanz abwartet. Denn das Urteil ist nachvollziehbar und befasst sich ausschließlich mit dem konkreten Streitgegenstand.

In der mündlichen Verhandlung weist die Antragstellerin darauf hin, dass es im Rahmen der Eignungsbeurteilung sicherlich auch auf einen bestimmten Gesamteindruck ankommt und dieser würde doch durch die vielen Gesichtspunkte, die sie hier vorgebracht habe, eher für die fehlende Leistungsfähigkeit der Beigeladenen sprechen. Auch der weitere Tatsachenvortrag hinsichtlich des bevorstehenden Widerrufs der Registrierung der Ohrmarken in den Niederlanden, sei ein weiterer Einzelaspekt, der gegen die Eignung der Beigeladenen spreche. Allerdings hat die Antragsgegnerin diesbezüglich in der mündlichen Verhandlung darauf hin gewiesen, dass der gesamte Streit ihr nur vom Hörensagen bekannt wäre, sie aber keine sicheren Erkenntnisse über die vorgetragenen Tatsachen habe. Da ihr aber diese sicheren Erkenntnisse fehlen, würde sie weiterhin die Zuverlässigkeit der Beigeladenen annehmen und das Angebot nicht aus der Wertung nehmen.

Diese – dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin unterliegende Entscheidung – ist jedenfalls nicht sachwidrig oder durchaus nachvollziehbar, so dass die Entscheidung, das Angebot der Beigeladenen nicht allein aufgrund § 25 Nr. 2 VOL/A auszuschließen seitens der Kammer nicht beanstandet werden kann.

Im Ergebnis ist somit die Beurteilungsentscheidung hinsichtlich der rechtlichen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

2.3 Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen vermeintlicher Verstöße gegen das UWG gemäß § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A kommt ebenfalls nicht in Betracht.

Die Antragstellerin hält die Beigeladene für unzuverlässig, weil diese mehrfach gegen die Grundsätze eines lautereren Wettbewerbs verstoßen haben soll. Die Antragsgegnerin ist dem nicht gefolgt, was vorliegend vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist.

Nach § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A können - in jedem Stadium des Vergabeverfahrens - Bewerber von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt.

a) Auch diesbezüglich hat eine Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum und muss die ihr bekanntgewordenen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale pflichtgemäß prüfen, OLG Frankfurt, 20.7.2004, 11 Verg 6/04, wobei aber weder eine Verurteilung noch ein Geständnis vorliegen müssen, OLG Düsseldorf, 28.7.2005, Verg 42/05. Die verdachtsbegründenden Umstände müssen aber aus seriösen Quellen stammen und der Verdacht muss einen gewissen Grad an „Erhärtung“ erfahren haben, OLG Saarbrücken, 29.12.2003, 1 Verg 4/03. Bei der Bewertung der Eignung eines Bieters ist aber die Berücksichtigung von Umständen ausgeschlossen, die nicht auf einer gesicherten eigenen Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen, BGH, Urteil vom 26.10.1999, X ZR 30/98.

Ausgehend von diesen Ausführungen ist zunächst festzustellen, dass die Beigeladene als Bieterin im Urteil der Rechtsbank Middelburg nicht unmittelbar als diejenige Firma genannt wird, die die Ohrmarken der Antragstellerin nachgeahmt hat. Allerdings gehört die Beigeladene der Firmengruppe xxxxxxxxx an und hat in ihrem Angebot eine Firma aus der Unternehmensgruppe als einen Nachunternehmer benannt, der für die Produktion und Bedruckung der Ohrmarken verantwortlich sein soll. Eine Verfehlung der Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx BV muss sich somit die Beigeladene als eigene zurechnen lassen, zumal die Eignung eines Bieters nur insgesamt geprüft werden kann. Benennt der Bieter einen Nachunternehmer, den die Vergabestelle für nicht geeignet hält, kann das Angebot nur insgesamt ausgeschlossen werden, VK Münster, 13.2.2007, VK 17/06.

Die Antragsgegnerin beruft sich vorliegend aber ohne Beanstandungen auf ihren Beurteilungsspielraum in Bezug auf die materielle Eignungsprüfung und macht geltend, dass sie über keine gesicherten und nachweislichen Erkenntnisse in Bezug auf schwere Verfehlungen verfüge und somit den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nicht für gerechtfertigt halte.

Die Antragsgegnerin hat im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums zunächst den Sachverhalt nach Erhalt der Rüge weiter aufgeklärt und die Beigeladene zur Erklärung der Vorwürfe aufgefordert. Weiterhin hat die Antragsgegnerin das Urteil der Rechtsbank Middelburg ausgewertet. Die Antragsgegnerin ist bei der Auswertung der Tatsachen davon ausgegangen, dass im Falle von begründeten Zweifeln jedenfalls keine Nachweislichkeit im Sinne von § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A vorliegt.

Ausgehend von diesen Erkenntnissen hat die Antragsgegnerin sachlich nachvollziehbar die Behauptung, die Beigeladene verstoße gegen den lautereren Wettbewerb nach § 4 Nr. 9 lit. a) und lit. c) UWG als nicht gesicherte Erkenntnisse zurückgewiesen.

aa) Hinsichtlich eines Verstoßes gegen § 4 Nr. 9 lit. a) UWG (vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft) hat sie sich von der Beigeladenen ein Schreiben des niederländischen Landwirtschaftsministeriums vom April 2008 vorlegen lassen, das an die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx BV gerichtet ist. Darin wird bestätigt, - so wie auch im Urteil der Rechtsbank Middelburg- dass die Ohrmarken sich zwar gleichen, aber auch die Beigeladene (hier die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx BV) diese Ohrmarken unter der vorgenommenen Registrierung in den Niederlanden vertreiben darf.

Soweit die Antragstellerin darauf hin weist, dass die Firma xxxxxxxxx auf dem niederländischen Markt mit einer eigenen Produktionslinie aufgetreten ist, für diese Produkte aber unzulässigerweise ihre Registrierung benutzt und auch andere Wettbewerber, wie die Mxxxxxx, diese Verfahrensweise der Beigeladenen gegenüber dem niederländischen Landwirtschaftsministerium beanstandet haben, handelt es sich um eine Behauptung, die zwar nachvollziehbar, aber nicht bewiesen ist. Auch die Behauptung, dass die bereits erteilte Genehmigung voraussichtlich vom niederländischen Landwirtschaftsministerium zurück genommen wird, kann vorliegend dahin stehen. Denn jedenfalls hätte dies keine unmittelbaren Auswirkungen für einen Vertrieb von Ohrmarken auf dem deutschen Markt. Insofern ist aus der Sicht der Antragsgegnerin weiterhin ungewiss, ob tatsächlich eine schwere Verfehlung vorliegt.

Die vermeintliche Verfehlung, die den Ausschluss der Beigeladenen von der Vergabe rechtfertigen soll, steht somit nicht eindeutig und zweifelsfrei fest. Bei einer derartigen Sachlage ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Beurteilungsentscheidung sich auf die fehlende Nachweisbarkeit beruft und zugunsten des Bieters, hier der Beigeladenen, entscheidet. Die Antragsgegnerin hat glaubhaft in der mündlichen Verhandlung dargestellt, dass sie den ganzen Streit erst nach Erhebung der Rüge und weiteren Ermittlungen erfahren habe. Letztlich könne sie aber nicht mit der erforderlichen Gewissheit beurteilen, ob die Beigeladene tatsächlich die ihr zur Last gelegten Verfehlungen begangen hat. Insofern würde sie weiterhin die Zuverlässigkeit der Beigeladenen annehmen.

Eine Vergabestelle muss bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags nicht mehr tun. In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Vergabestelle nur aufgrund eigener gesicherter Erkenntnis einem Bieter die Eignung absprechen kann. Weiterhin ist eine Vergabestelle nicht verpflichtet, in umfangreiche Beweiserhebungen über diesen Umstand einzutreten. Dazu ist weder eine Vergabestelle noch eine Vergabenachprüfungsinstanz verpflichtet, weil eine ausufernde Beweisaufnahme zwecks Feststellung, ob schwere Verfehlungen nachweislich sind, mit dem Beschleunigungsgrundsatz des Nachprüfungsverfahrens nicht vereinbar ist.

Letztlich ist somit die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Vorwürfen der Antragstellerin in Bezug auf § 4 Nr. 9 lit. a) UWG wegen der Nichterweislichkeit nicht weiter nachzugehen, sondern auf die Aussagen der Beigeladenen zu vertrauen, gemäß § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

bb) Hinsichtlich eines Verstoßes gegen § 4 Nr. 9 lit. c) UWG (wenn die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt wurden) ist ebenfalls die Entscheidung der Antragsgegnerin vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Die Antragstellerin behauptet unter Hinweis auf diverse Emails, dass die Beigeladene einen ihrer Mitarbeiter, und zwar Herrn F., abgeworben habe, um sich damit das erforderliche Know-how für die Produktionsprozesse zu beschaffen. Diese Tatsache geht zwar eindeutig aus den Emails hervor. Allerdings lässt sich aus dem Urteil der Rechtsbank Middelburg entnehmen, dass die Rechte in Bezug auf die Lasermarkiermaschinen Herrn F. zustehen und auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterhin Herrn F. gehören, weil er diese Rechte offensichtlich nicht auf die Antragstellerin übertragen hat. Insofern sprechen auch gewichtige Gründe dafür, dass

die Beigeladene – soweit hier die Produktion der Ohrmarken in Frage steht- ihre Kenntnisse nicht unredlich erlangt hat.

Das Urteil mag zwar noch mit Rechtsmitteln angreifbar sein, ist aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt im Rahmen der Beurteilungsentscheidung von erheblicher Bedeutung für die Antragsgegnerin. Es erscheint jedenfalls nicht willkürlich, wenn die Antragsgegnerin zunächst davon ausgeht, dass die Beigeladene – so wie im Urteil ausgeführt- ihre Kenntnisse hinsichtlich der Herstellung der Ohrmarken zulässigerweise durch die Einstellung des Herrn F. erworben hat. Auch diesbezüglich gilt, dass eine Vergabestelle im Rahmen ihrer Beurteilungsentscheidung den Ausführungen in einem Urteil mehr Glauben schenken darf als den Behauptungen der Antragstellerin, die in Konkurrenz zur Beigeladenen steht. Dies ist jedenfalls sachlich nachvollziehbar und damit der Antragsgegnerin nicht als sachwidrige Erwägung vorzuhalten.

Letztlich ist auch hier nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin sich letztlich darauf beruft, dass die Behauptungen hinsichtlich der fehlenden Zuverlässigkeit nicht gesichert sind und sie somit- zumal sie auch die Darlegungs- und Beweislast trägt- sich nicht einfach auf die Aussagen der Antragstellerin verlässt.

b) Die Verhaltensweisen der Beigeladenen- so wie von der Antragstellerin behauptet- mögen zwar im Wettbewerb erhebliche Auswirkungen haben, wenn diese denn zutreffend sind. Allerdings ist ein Vergabeverfahren oder ein Nachprüfungsverfahren, trotz des Untersuchungsgrundsatzes aus § 110 GWB nicht darauf ausgerichtet, solchen Behauptungen nachzugehen und gegebenenfalls zu beweisen oder zu widerlegen. Im Vergabenachprüfungsverfahren können nicht Verstöße gegen Rechtsnormen außerhalb des Verdingungsrechts beanstandet und abschließend – möglicherweise durch eine Beweisaufnahme- geklärt werden. Dem steht bereits der Beschleunigungsgrundsatz entgegen. Im Übrigen sind öffentliche Auftraggeber dazu auch nicht berufen. Vielmehr können solche Rechtsverstöße nur im Rahmen des § 7 Nr. 5 VOL/A berücksichtigt werden.

§ 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A enthält aber einen unbestimmten Rechtsbegriff, der dem öffentlichen Auftraggeber in diesen Fällen einen Beurteilungsspielraum eröffnet. Er hat eine Prognoseentscheidung aufgrund der ihm bekannten Umstände und objektivierbaren Anhaltspunkte zu treffen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass eine schwere Verfehlung tatsächlich nachgewiesen wird, wie beispielsweise durch ein Urteil oder einen Bußgeldbescheid. Vielmehr hat der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seines Beurteilungsspielraumes lediglich zu klären, was er für zutreffend hält. Soweit der Beurteilungsspielraum nachweislich eingehalten wird, ist es letztlich Sache des öffentlichen Auftraggebers, ob er die Eignung eines Bieters annimmt oder nicht.

Demgegenüber können die von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe, insbesondere ihre Auffassung, dass die Beigeladene gegen § 4 Nr. 9 lit. a) und lit. c) UWG nachweisbar verstoßen hat, nicht Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens sein. Die Vorschrift des § 104 Abs. 2 GWB begründet als Spezialregelung für den Bereich des Kartellvergaberechts eine ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammern, wenn es um den Primärrechtsschutz gegen den öffentlichen Auftraggeber geht. Der Antragstellerin geht es aber ersichtlich um das lauterkeitsrechtliche Verhalten eines Mitbewerbers auf dem Markt, da sie befürchtet durch die Nachahmung ihrer Ohrmarken und ihrer Produktionsprozesse von der Beigeladenen zukünftig aus dem Markt gedrängt zu werden. Für solche Ansprüche – die dann letztendlich

auch in tatsächlicher Hinsicht zu klären sind- gilt nicht die Zuständigkeit der Vergabekammern, sondern derartige Ansprüche gegen Mitbewerber sind vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen, so auch BGH, 3.7.2008, I ZR 145/05.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag somit als unbegründet zurückzuweisen.

### III.

Die Kosten sind gemäß § 128 Abs. 1 und 3 GWB von der unterlegenden Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB von einem Auftragsvolumen von ca. 1,5 Mio. € für drei Jahre ausgeht, so dass nach der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder eine Gebühr in Höhe von xxxx € zugrunde zulegen ist.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und durch die Beigeladene 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, sondern beispielsweise auch lauterkeitsrechtliche Gesichtspunkte einzubeziehen waren.

Demzufolge trägt die Antragstellerin die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

### **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

---

Meschede