

XX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Beigeladene zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 11.10.2011 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am **19. Oktober 2011** beschlossen:

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

Gründe

I.

Die Antragsgegnerinnen zu 1), zu 2) und zu 3) haben unter Federführung der Antragsgegnerin zu 1) Entsorgungsdienstleistungen für die Fraktionen Restabfall, Bioabfall, Sperrmüll, Elektro- und Elektronikgeräte und Altpapier in einem offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. Die Leistungen wurden in die Lose 1 bis 7 aufgeteilt, wobei die Lose 4 (Altpapier/ Gemeinde Nxxxxxxx) und 7 (Betrieb eines Wertstoffhofes) nicht im Streit stehen und bereits vergeben wurden. Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Der Auftragswert beträgt für die im Streit stehenden Lose ca. xxxxxx € / pro Jahr. Als Leistungszeitraum ist die Zeit vom 1.1.2012 bis zum 31.12.2019 mit einer Verlängerungsoption um ein Jahr je Los angegeben worden.

In der Bekanntmachung forderten die Antragsgegnerinnen u.a. als Eigenerklärung von den Bietern „die Erklärung, dass die gesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn eingehalten werden“ und bestimmten hinsichtlich der Vorlage von Referenzen:

Eigenerklärung des Bieters, in der steht, dass er im Auftrag mindestens eines anzugebenden kommunalen Auftraggebers (Kreis, Gemeinde, Stadt, Zweckverband, kommunalen Betrieb bzw. 100% kommunalem Unternehmen) – nicht von privaten Unternehmen-

Lose 1, 3 und 5: die Einsammlung im Behälterholsystem bei den Haushaltungen von Restabfall oder Bioabfall,

Lose 2, 4 und 6: die Einsammlung im Behälterholsystem bei den Haushaltungen von Altpapier, Restabfall oder Bioabfall,

Los 7: den Betrieb eines Wertstoffhofes ...

bisher vertragsgemäß durchgeführt hat und mindestens 2 Jahre (730 Tage) diese Leistungen für den kommunalen Auftraggeber in den letzten 4 Jahren erbracht hat.

Entsprechende Nachweise waren als Eigenerklärungen abzugeben, deren Richtigkeit die Antragsgegnerinnen gegebenenfalls prüfen wollten.

Weiterhin verfügten die Antragsgegnerinnen:

Der Nachweis wird pro Los hinsichtlich der Bieter bzw. Bietergemeinschaften und anderen Unternehmen auf die verwiesen wurde, in Summe bewertet.

Hinsichtlich der Einbeziehung von anderen Unternehmen bestimmten die Antragsgegnerinnen in der Bekanntmachung und der Leistungsbeschreibung:

Bedient sich der Bieter oder ein Mitglied einer Bietergemeinschaft zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen, muss er in diesem Fall dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel bei der Erfüllung des Auftrags zur Verfügung stehen, indem er eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt. Art und Umfang der Mittel müssen in der Verpflichtungserklärung dargestellt werden.

In diesem Fall sind andere Unternehmen, auf deren Nachweise verwiesen wurde, bei Beauftragung des Bieters so einzubeziehen, dass die von den anderen Unternehmen zur Verfügung gestellten Mittel die Eignung des Bieters zur Durchführung des zu vergebenden Auftrages begründen oder sichern. Bei Beauftragung ist der Bieter verpflichtet, die zugesicherten Mittel des anderen Unternehmens auch einzusetzen. Jeder Bieter, jedes andere Unternehmen, auf das verwiesen wurde und bei Bietergemeinschaften muss jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die in der „Liste der geforderten Erklärungen, Eigenerklärungen und Eignungsnachweise“ genannten Erklärungen abgeben, das Zertifikat Entsorgungsfachbetrieb und einen Handelsregisterauszug vorlegen.

Die anderen genannten Nachweise werden hinsichtlich Bieter bzw. Bietergemeinschaftsmitglieder und anderer Unternehmen in Summe bewertet. Liegen die geforderten Erklärungen und Eignungsnachweise – auch nach Ablauf der Nachforderungsfrist- nicht vollständig vor, wird das Angebot ausgeschlossen.

Erbringt der Bieter alle geforderten Nachweise selbst und möchte dennoch andere Unternehmen bei der Leistungsbeschreibung einsetzen, sind von diesen die in der „Liste

der geforderten Erklärungen, Eigenerklärungen und Eignungsnachweise“ genannten Erklärungen abzugeben, und die geforderten Eignungsnachweise für die zu übernehmende Leistung innerhalb einer Frist von 6 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch die Auftraggebern (per Fax oder E-Mail; es gilt das Absendedatum), die zwischen Beginn der Angebotswertung und Zuschlagserteilung liegt, vorzulegen.

Bereits vor Abgabe der Angebote führte die Regelung zur Einbeziehung von anderen Unternehmen zu Nachfragen bei den Bietern, wobei u.a. auf das Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.6.2010, Verg 13/10 hingewiesen wurde. Die Antragsgegnerinnen antworteten darauf:

Das Urteil des OLG Düsseldorf ist uns bekannt und wurde bei den Anforderungen an die Bewerber berücksichtigt. Es steht in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen nicht, dass ein Bieter, wenn er sich zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen will, diese als Unterauftragnehmer oder Nachunternehmer einsetzen müsse. Vielmehr hat der Bieter diese anderen Unternehmen bei Beauftragung so einzubeziehen, dass die von den anderen Unternehmen zur Verfügung gestellten Mittel die Eignung des Bieters zur Durchführung des zu vergebenden Auftrags begründen oder sichern.

Dass diese Unternehmen sämtliche in der „Liste der geforderten Erklärungen, Eigenerklärungen und Eignungsnachweise“ genannten Erklärungen abzugeben haben, ist richtig. Falsch ist die textliche Darstellung des Bewerbers, dass diese anderen Unternehmen alle in der „Liste der geforderten Erklärungen, Eigenerklärungen und Eignungsnachweise“ genannten Nachweise beizubringen hätten. Hierzu wurden in der „Liste der geforderten Erklärungen, Eigenerklärungen und Eignungsnachweise“ genaue Differenzierungen vorgenommen, aus denen zu ersehen ist, ob ein Nachweis auch von jedem einbezogenen anderen Unternehmen zu erbringen ist oder vom Bewerber und anderen Einbezogenen in Summe. In Summe bedeutet, dass sich Bewerber und einbezogenes anderes Unternehmen hinsichtlich dieses Nachweises ergänzen können.

Die Antragsgegnerinnen erhielten Angebote u.a. von der Antragstellerin und den Beigeladenen zu 1) und zu 2). Von den teilnehmenden Bietern ließen die Antragsgegnerinnen sich per Vordruck die Stundenverrechnungssätze unter Benennung des Mindestlohnes vorlegen und werteten diese Angaben im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung aus. Im Vergabevermerk führten die Antragsgegnerinnen dazu aus, dass die eingereichten Kalkulationen für sämtliche Lose nachvollziehbar und plausibel seien.

Nach Auswertung der Angebote erhielt die Antragstellerin den Zuschlag für das Los 4 (Altpapier / Gemeinde Nxxxxxxx). Die Lose 1, 2, 5 und 6 sollen an die Beigeladene zu 1) vergeben werden, während die Beigeladene zu 2) den Zuschlag für das Los 3 (Abfalleinsammlung ohne Altpapier / Gemeinde Nxxxxxxx) erhalten soll.

Während die Beigeladene zu 1) die Aufträge mit ihrem eigenen Personal und Fahrzeugen ausführen will, beabsichtigt die Beigeladene zu 2) ein weiteres Unternehmen in die Ausführung des Auftrages von Los 3 einzubinden und beruft sich dabei auf die Referenzen dieses Unternehmens. Insbesondere verfügt lediglich das als Nachunternehmer im Angebot der Beigeladenen zu 2) genannte Unternehmen über die geforderten Referenzen aus anderen kommunalen Aufträgen. Eine solche Referenz hat

Fahrer sich auch auf die Referenzaufträge drei und vier beziehen würden, was unzulässig sei. Vorsorglich weist die Antragstellerin darauf hin, dass die Antragsgegnerinnen keine weiteren Nachforderungsmöglichkeiten hinsichtlich dieser Unterlagen haben würden.

Zudem meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin zu 2), aber auch die Antragsgegnerinnen zu 1) und zu 3) in ihrem Vergabevorgang schwerwiegende Dokumentationsfehler begangen hätten.

Hinsichtlich der Antragsgegnerin zu 2) sei feststellbar, dass diese im Vergabevermerk lediglich pauschal darauf hingewiesen habe, dass die Beigeladene zu 2) alle Erklärungen und Unterlagen vorgelegt habe, ohne sich detailliert damit auseinander zu setzen. Die in einem Vergabevermerk enthaltenen Angaben und die in ihm mitgeteilten Gründe für getroffene Entscheidungen müssten so detailliert sein, dass sie von einem mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens Vertrauten nachvollzogen werden könnten. Mithin hätte sich die Antragsgegnerin zu 2) ausführlich mit den Eignungsnachweisen beschäftigen und ihre Überlegungen auch dokumentieren müssen. Eine fehlerhafte Dokumentation könne auch nicht nachgeholt werden. Denn um die Transparenz zu gewährleisten und Manipulationsmöglichkeiten weitestmöglich auszuschließen, komme eine Heilung von Dokumentationsmängeln daher grundsätzlich nicht in Betracht.

Weiterhin sei erkennbar, dass die Antragsgegnerin zu 2) nicht selbst die Eignung der Bieter überprüft habe, sondern sich diesbezüglich auf Entscheidungen der Kommunal- und Abwasserberatung NRW stütze, was vergaberechtlich unzulässig sei. Das sei auch hinsichtlich der Ausführungen in den Vergabevermerken der Antragsgegnerinnen zu 1) und zu 3) feststellbar. Die Antragsgegnerinnen hätten nicht mehr selbst die Auswertung der Angebote vorgenommen, sondern sich blind auf die Empfehlungen der Kommunal- und Abwasserberatung NRW verlassen. Außerdem sei der Vergabevermerk nicht fortlaufend erstellt worden, sondern erst nachträglich.

Zudem meint die Antragstellerin, dass auch die Kalkulation der Beigeladenen zu 2) in Bezug auf die Mindestlohnvorgaben nicht ordnungsgemäß sein könne, weil diese die Behälter zu Los 3 neu anschaffen und aufstellen müsse, während sie selbst als bisherige Auftragnehmerin bereits über die Behälter verfüge und deshalb zu einem erheblichen Investitionsvorteil habe anbieten können

Die Antragstellerin vertritt weiterhin die Auffassung, dass die dargestellten erheblichen Mängel bei der Auswertung des Angebots der Beigeladenen zu 2) auch berechtigte Zweifel an einer ordnungsgemäßen Bewertung der Angebote der Beigeladenen zu 1) in den anderen im Streit stehenden Losen bestätigen würden. Auch diesbezüglich mutmaßt die Antragstellerin, dass die Beigeladene zu 1) falsche Angaben in ihrem Angebot gemacht hat und die Antragsgegnerinnen - ausweislich des Vergabevermerks - nicht sorgfältig und erkennbar die Eignung geprüft hätten. Auch diesbezüglich sei erkennbar, dass die Antragsgegnerinnen einfach das Prüfergebnis der Kommunal- und Abwasserberatung NRW blind "durch gewunken" hätten, anstatt selbständig zu prüfen.

Hinsichtlich der Lose 5 und 6 verweist die Antragstellerin wiederum als bisherige Auftragnehmerin auf ihren Kalkulationsvorteil, was dazu geführt habe müsse, dass die

Beigeladene zu 1) nicht unter Berücksichtigung des gesetzlichen Mindestlohns angeboten haben könne.

Die Antragstellerin beantragt,

1. In dem Vergabeverfahren mit der Bekanntmachung Nr. 2011/S 90-146989 vom 11.5.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU
 - a) wird der Antragsgegnerin zu 1) untersagt, den Zuschlag in den Losen 1 und 2 auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) zu erteilen,
 - b) wird der Antragsgegnerin zu 2) untersagt, den Zuschlag in Los 3 auf das Angebot der Beigeladenen zu 2) zu erteilen,
 - c) wird der Antragsgegnerin zu 3) untersagt, den Zuschlag in den Losen 5 und 6 auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerinnen tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erachtet.

Die Antragsgegnerinnen beantragen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin werden die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerinnen tragen vor, dass sie den Nachprüfungsantrag für unzulässig halten. Zunächst könne die Antragstellerin nicht pauschal aus der vermeintlichen fehlerhaften Wertung des Angebots der Beigeladenen zu 2) ableiten, dass auch die Angebotswertung in den Losen, die die Beigeladene zu 1) erhalten soll, fehlerhaft sei. Vielmehr sei unstreitig, dass die Beigeladene zu 1) selbständig den Auftrag ausführen könne und sie auch über die geforderten Eignungsnachweise verfüge. Weiterhin habe die Beigeladene zu 1), wie auch die anderen Bieter, pflichtgemäß nachgewiesen, dass sie bei ihrer Kalkulation den gesetzlichen Mindestlohn berücksichtigt habe. Weiterhin tragen die Antragsgegnerinnen vor, dass die Beigeladene zu 2) zutreffend noch keine Leistungen der zu vergebenden Art erbracht habe. Sie habe aber in ihrem Angebot zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens, und zwar der Firma Axxxxx, verwiesen. Im Falle einer Beauftragung solle dieses Unternehmen als Nachunternehmer die Leistungen ausführen.

Das Nachunternehmen habe die geforderten Eignungsnachweise vollständig vorgelegt; insbesondere auch die Referenz über einen kommunalen Auftrag. Weiterhin habe die Beigeladene zu 2) nachgewiesen, dass dieses Unternehmen im Falle einer Beauftragung auch tatsächlich zur Verfügung steht. Weitergehende Anforderungen oder Referenzen, die sich beispielsweise aus der Verpflichtungserklärung ergeben,

seien von ihr nicht gefordert worden. Entscheidend für die Bewertung des Angebots der Beigeladenen zu 2) seien vielmehr die Angaben in den Vordrucken gewesen.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zu Ziffer 1. a) und Ziffer 1. c) zurückzuweisen.
2. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene zu 1) für notwendig zu erklären.
3. Der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Beigeladenen zu 1) für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Beigeladene zu 1) meint, dass in Bezug auf die eindeutige Sach- und Rechtslage, nur eine Abweisung des Nachprüfungsantrages in Betracht komme.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzugeben,
3. festzustellen, dass die Antragstellerin der Beigeladenen zu 2) die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat,
4. festzustellen, dass für die Beigeladene zu 2) die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Die Beigeladene zu 2) hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig.

Die Beigeladene zu 2) trägt vor, dass die von dem Unternehmen Ahlert beigefügten Referenzaufträge mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar seien. Damit erfülle die Firma Ahlert die seitens der Antragsgegnerinnen aufgestellten Anforderungen und ergänze ihre eigenen Angaben zur Eignung.

Ausweislich der Antwort der Antragsgegnerinnen zu Nr. 2 der Bieterfrage, sei es nicht stets erforderlich, dass der Dritte alle Erklärungen in eigener Person abgibt, welche in der "Liste der geforderten Erklärungen, eigene Erklärungen und Eignungsnachweise" aufgeführt sind. Erforderlich sei lediglich, dass der Dritte die Nachweise und Erklärungen abgebe, deren Leistungen er der Beigeladenen zu 2) für die gesamte Vertragslaufzeit zur Verfügung stellt. Jedenfalls könne man dies der Formulierung " in Summe" entnehmen.

Damit durften die Nachweise und Erklärungen der Beigeladenen und der Firma Axxxxx sich ergänzen. Im Einzelnen werde die Beigeladene zu 2) die Behältergestaltung selbst vornehmen, so dass diesbezüglich keine Verpflichtungserklärung der Firma Axxxxx erforderlich gewesen sei. Die Einsammlung solle dann mit Fahrzeugen und Personal der Firma Axxxxx erfolgen. In der Verpflichtungserklärung habe man deshalb konkrete Angaben zum Fuhrpark und zum Personal gemacht. Bei allen Angaben würde man die Vorgaben der Leistungsbeschreibung erfüllen.

Weiterhin trägt die Beigeladene zu 2) vor, dass sie sehr wohl die Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohns nachgewiesen habe und die Antragsgegnerinnen diese Angaben auch als nachvollziehbar im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung gewertet hätten.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 28.10.2011 verlängert. Am 11.10.2011 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung.

II.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert beträgt für die Laufzeit und für sämtliche Lose ca. 4 Mio. € und übersteigt damit den in der Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30.11.2009 genannten Schwellenwert in Höhe von 193.000 €.

2. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

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

Die Antragstellerin hat vorliegend für sämtliche im Streit stehenden Lose Angebote abgegeben, so dass ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt sind, wenn die Wertung der Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) fehlerhaft gewesen sein sollte.

2.2 Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 18.8.2011 unmittelbar nach Erhalt des Informationsschreibens unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWG gegenüber den Antragsgegnerinnen die beabsichtigte Vorgehensweise gerügt. Dabei ist es ohne Belang, dass die Antragsgegnerin zu 1) das Rügeschreiben nicht unmittelbar, sondern zeitversetzt erhielt. Denn es steht außer Streit, dass es sich um ein technisches Problem im Bereich der Antragsgegnerin zu 1) handelte.

3. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

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

Vorliegend haben die Antragsgegnerinnen keine Vergaberechtsverstöße bei der Dokumentation oder der Auswertung der Angebote begangen.

Im Einzelnen:

3.1 Gemäß § 24 Abs. 1 EG VOL/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden.

a) Der Vergabevermerk dient der Transparenz des Vergabeverfahrens, wodurch auch Manipulationsmöglichkeiten von vornherein ausgeschlossen werden sollen. Vor diesem Hintergrund ist in der Rechtsprechung, u.a. OLG Düsseldorf, 17.3.2004, Verg

1/04, wiederholt entschieden worden, dass ein Bieter seinen Nachprüfungsantrag nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen kann, wenn sich die diesbezüglichen Mängel gerade auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben könnten. Zu einer ausführlicheren Dokumentation der Bewertung ist die Vergabestelle jedoch nur insoweit verpflichtet, als ohne eine solche, die Bieter gehindert wären, ihre Rechte im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen, OLG Düsseldorf, 22.6.2006, Verg 2/06.

Die Antragsgegnerinnen haben die Erklärungen und Unterlagen der Bieter detailliert ausgewertet. Dem Vergabevermerk liegt eine Tabelle in der Form einer Checkliste bei (Seiten 10 bis 15), aus der sich ergibt, dass jede einzelne Erklärung des Bieters dort eingetragen und damit überprüft wurde. Die Prüfung der Eignung anhand von Checklisten ist nicht zu beanstanden, so auch OLG Düsseldorf, 31.7.2007, Verg 25/07.

b) Darüber hinaus meint der BGH, Beschluss vom 8.2.2011, X ZB 4/10, Umdruck Seite 40, dass mit Blick auf Dokumentationspflichten im Allgemeinen zu unterscheiden ist zwischen dem, was nach § 24 VOL/A EG im Vergabevermerk mindestens niederzulegen ist, und Umständen oder Gesichtspunkten, mit denen die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung außerdem nachträglich verteidigt werden soll. Der Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabevermerk zeitnah niedergelegt worden sind. Vielmehr ist, soweit es die Frage der möglichen Heilung von Dokumentationsmängeln im Vergabevermerk betrifft, einerseits zu berücksichtigen, dass insbesondere die zeitnahe Führung des Vergabevermerks die Transparenz der Vergabeverfahrens schützen und Manipulationsmöglichkeiten entgegenwirken soll. Andererseits ist es aber mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar, bei Mängeln der Dokumentation im Vergabevermerk generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert von einer Berücksichtigung im Nachprüfungsverfahren abzusehen und stattdessen eine Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens anzuordnen. Dieser Schritt sollte vielmehr Fällen vorbehalten bleiben, in denen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation zu einer nicht wettbewerbskonformen Auftragserteilung führt.

Ausgehend von dieser zutreffenden Rechtsprechung kann es dahin stehen, wie detailliert die Begründungen in einem Vergabevermerk sind und auch ob eine fortlaufende Fortschreibung des Vergabevermerks vorliegt, solange feststellbar ist, dass durch nicht dokumentierte Details keine Rechtsverletzungen beim Antragsteller eingetreten sind. Das ist vorliegend der Fall. Die Antragstellerin ist allein aufgrund von vermeintlich fehlenden oder zeitlich verzögerten Ausführungen im Vergabevermerk nicht in ihren Rechten verletzt. Denn die Wertung der Antragsgegnerinnen in Bezug auf die Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) ist unabhängig von den Ausführungen im Vergabevermerk vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

3.2 Die Wertung der Angebote vollzieht sich auf insgesamt vier Wertungsstufen, wobei die Antragstellerin vorliegend die Wertung der Antragsgegnerinnen hinsichtlich der Eignung (2. Wertungsstufe) und der Auskömmlichkeit (3. Wertungsstufe) beanstandet hat. Diese Beanstandungen der Antragstellerin sind unzutreffend.

3.2.1 Das Angebot der Beigeladenen zu 2) (Los 3 - Abfallentsorgung ohne Altpapier im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin zu 2) ist ordnungsgemäß auf der 2. Wertungsstufe gewertet worden.

Gemäß § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A sind Angebote auszuschließen, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten.

a) Die Beigeladene zu 2) hat ihre Eignung unter Einbeziehung der Firma Axxxxx entsprechend den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere unter Beachtung der "Liste der geforderten Erklärungen, Eigenerklärungen und Eignungsnachweise" nachgewiesen.

Dem Angebot der Beigeladenen zu 2) waren beigefügt:

- zu Nr. 1 Handelsregistrauszug der Beigeladenen datiert vom 16.6.2011 und der Firma Axxxxx, datiert vom 8.7.2011.
- zu Nr. 2 Vordruck "Eigenerklärung zum Personal" der Firma Axxxxx liegt bei; die Beigeladene zu 2) hat diesen Vordruck ebenfalls ausgefüllt beigefügt.
- zu Nr. 4 Vordruck "Eigenerklärung zur Referenz" wurde von der Firma Axxxxx und von der Beigeladenen zu 2) beigefügt;
in beiden Vordrucken wurde ausschließlich der Auftrag "Stadt Exxxxxxxxxx als Referenz eingetragen;
- zu Nr. 5 Vordruck "Eigenerklärung Bekämpfung von Korruption" wurde sowohl von der Beigeladenen zu 2) als auch von der Firma Axxxxx beigefügt.

Die Beigeladene zu 2) hat damit die Vorgaben aus der "Liste der geforderten Erklärungen" mit ihrem Angebot formal gesehen erfüllt.

b) Aber auch inhaltlich sind die Angaben der Beigeladenen zu 2) unter Einbeziehung der Aussagen der Firma Axxxxx nicht zu beanstanden. Die Firma Axxxxx hat lediglich in der Verpflichtungserklärung weitere Referenzen angegeben, was aber nicht entscheidungsrelevant ist. Damit hat die Firma Axxxxx keine falschen Angaben gemacht, sondern mehr Referenzen genannt, als erforderlich waren. Entscheidungsrelevant ist hingegen, dass bei diesen Referenzen mindestens eine Referenz vorhanden war, die die Vorgaben aus der Bekanntmachung erfüllte. Das ist unstrittig der Fall.

Darüber hinaus bleibt es einem Bieter unbelassen, weitere Referenzaufträge zu benennen. Denn es ist letztlich Sache der Vergabestelle aus diesen Referenzaufträgen diejenigen zu werten, die aus ihrer Sicht "vergleichbare" Leistungen beinhalten. Eine solche Vergleichsbetrachtung dieser weiteren Referenzen hat die Antragsgegnerin zu 2) hier offensichtlich in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen zu 2) nicht mehr für erforderlich gehalten, da zumindest eine Referenz den strengen Anforderungen aus der Bekanntmachung entsprach. Diese Vorgehensweise ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Die Bieter können ihren Angeboten ohne Weiteres auch weitere Informationen, wie beispielsweise besondere Qualifikationsnachweise, Informationsbroschüren oder auch Referenzen beifügen, ohne dass diese Nachweise gefordert sein müssen. Die Angaben in solchen weitergehenden Informationen muss eine Vergabestelle nicht prüfen, wenn sie diesbezüglich keine Vorgaben in ihren Vergabeunterlagen gemacht

hat. Sie darf sie auch nicht bei der Wertung berücksichtigen, wenn sie diese nicht zuvor gefordert hat.

Die Angaben, die ein Bieter in seinem Angebot macht, müssen aber zutreffend sein. Daran besteht vorliegend kein Zweifel. Auch die weiteren Referenzen, die in der Verpflichtungserklärung genannt waren, sind nicht etwa falsch. Vielmehr passten diese nicht zum ausgeschriebenen Auftrag. Die Antragsgegnerin zu 2) hat sie somit letztlich auch nicht beachtet, sondern vielmehr die Angaben gewertet, die in den Vordrucken gemacht wurden.

c) Auch die Angaben zum Fahrpersonal sind von der Firma Axxxxx mit dem Vordruck "Eigenerklärung zum Personal" gemacht worden. Dort wurde ausdrücklich vorgegeben, dass es sich um Personal handeln musste, das mit einem 2-rädigen Behälterholssystem vertraut ist. Es sind keinerlei Gesichtspunkte erkennbar, warum die dort gemachten Angaben hinsichtlich des Personals nicht zutreffend sein sollten. In der mündlichen Verhandlung hat die Beigeladene zu 2) ausdrücklich vorgetragen, dass es sich nur um Personal handele, das mit der Ausführung des Referenzauftrages in der Stadt Exxxxxxxx beschäftigt ist. Dies lässt sich aus der Anzahl der dort genannten Personen auch schlüssig nachvollziehen. Das Vorbringen der Antragstellerin ist diesbezüglich unsubstantiiert und wird hiermit als nicht glaubhaft zurückgewiesen.

3.2.2 Das Angebot der Beigeladenen zu 1) ist ebenfalls ohne Verstoß gegen Vergabebestimmungen von den Antragsgegnerinnen zu 1) und zu 3) gewertet worden.

a) Wie vorstehend dargelegt, ist die Auswertung des Angebots der Beigeladenen zu 2) nicht mit erheblichen Mängeln belastet, sondern sowohl formal als auch inhaltlich ordnungsgemäß erfolgt. Der Rückschluss auf eine nicht ordnungsgemäße Wertung des Angebots der Beigeladenen zu 1) verbietet sich somit.

b) Darüber hinaus sind die Eignungsnachweise von der Beigeladenen zu 1) vollständig vorgelegt worden, wobei sie sich insgesamt auf eigene Referenzen, eigenes Personal und eigene Fahrzeuge berufen hat. Diesbezüglich sind keine Gesichtspunkte erkennbar, dass diese Angaben der Beigeladenen zu 1) nicht zutreffend sind. Die unsubstantiierte Behauptung der Antragstellerin, die Beigeladene zu 1) habe falsche Angaben in ihrem Angebot gemacht, wird somit als nicht glaubhaft zurückgewiesen.

3.2.3 Die Wertung der Auskömmlichkeit der Angebotspreise (3. Wertungsstufe) ist hinsichtlich der im Streit stehenden Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) ebenfalls vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

§ 19 Abs. 6 EG VOL/A bestimmt: Erscheint ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangen die Auftraggeber vom Bieter Aufklärung. Auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden.

a) Diese Vorschrift betrifft Angebote, die einen ungewöhnlich niedrigen Preis aufweisen. Dabei geht die Rechtsprechung, u.a. OLG Düsseldorf, 23.1.2008, Verg 36/07; VK Münster 15.9.2009, VK 14/09, davon aus, dass die Vergabestellen verpflichtet sind die Angemessenheit der Preise zu prüfen, wenn der Abstand zwischen

dem erstplatzierten und dem nächstplatzierten Angebot mehr als 20% beträgt. Gegenstand dieser Prüfung ist der Gesamtpreis (Endpreis) des Angebots, nicht aber die einzelnen Leistungspreise.

b) Ausgehend von dieser Rechtsprechung liegt die Aufgreifschwelle für eine Auskömmlichkeitsprüfung bei einer Differenz von ca. 20%. Eine solche Preisdifferenz liegt bei keinem der Angebote vor.

aa) Dennoch hat die Antragsgegnerin zu 1) in Bezug auf das Los 2 eine solche Auskömmlichkeitsprüfung veranlasst. Denn bei diesem Los lag die preisliche Differenz zwar unterhalb von 20% aber oberhalb von 10%.

bb) Weiterhin ist bei sämtlichen Angeboten die Einhaltung des Mindestlohns im Rahmen der Auskömmlichkeit geprüft worden. Die Antragsgegnerinnen haben sich deshalb von den Bietern die Kalkulationen anhand des Vordrucks „Entstehung Stundenverrechnungssatz“ darlegen lassen.

Im Vergabevermerk bemerken die Antragsgegnerinnen in Bezug auf die jeweils nachgereichten Vordrucke, dass in den Kalkulationen zum Stundenverrechnungssatz alle wesentlichen Daten für die Entstehung der Angebotskosten angegeben waren, die Kalkulation wie nachgefragt nachvollziehbar und plausibel war und die Einhaltung der Zahlung des Mindestlohns gemäß der Kalkulation für das Angebot des Bieters nachvollziehbar sei.

Die so vorgenommene Wertung der Angebote durch die Antragsgegnerinnen ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Der Sachverhalt ist umfassend und vollständig ermittelt worden und Anhaltspunkte dafür, dass willkürliche oder sachfremde Erwägungen in die Beurteilung eingeflossen sind, sind nicht erkennbar.

Im Ergebnis ist somit die Wertung der Angebote durch die Antragsgegnerinnen vergaberechtlich ordnungsgemäß erfolgt.

3.3 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist den Antragsgegnerinnen auch nicht vorzuhalten, dass sie keine eigenständigen Wertungsentscheidungen getroffen hätten.

Gemäß § 2 Abs. 1 EG VOL/A werden Aufträge in der Regel im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben. Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden.

a) In der Vergaberechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass der öffentliche Auftraggeber die Wertungsentscheidung selbst zu treffen hat und er sie nicht einfach einem Sachverständigen oder Projektsteuerungsbüro überlassen darf, so OLG München, 15.7.2005, Verg 14/05; OLG Naumburg, 26.2.2004, 1 Verg 17/03.

Aus dem Transparenzgebot kann auch abgeleitet werden, dass nur die Vergabestelle selbst die Entscheidung über die Auftragsvergabe treffen darf. Denn wenn andere Personen die Entscheidung übernehmen, bleibt es für die Bieter im Dunkeln, wer die Entscheidung fällt und auf welche Art und Weise die Entscheidungsfindung zustande gekommen ist. Der öffentliche Auftraggeber darf sich zwar zur Vorbereitung seiner

Vergabeentscheidung der Hilfe von Sachverständigen bedienen, weil ansonsten vor allem kleinere Gemeinden ohne den erforderlichen Mitarbeiterstab bei der Erstellung der Vergabeunterlagen und der Auswertung der Angebote überfordert sein können. Die Wertungsentscheidung selbst hat aber als Ausfluss der Planungs- und Entscheidungshoheit beim öffentlichen Auftraggeber zu verbleiben, so Vavra, in Kurlartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 2 Rn. 29.

Allerdings darf das Beratungs- oder Planungsbüro einen Vergabevorschlag unterbreiten, den der öffentliche Auftraggeber zu prüfen hat. Dabei ist es ausreichend, wenn der öffentliche Auftraggeber nach außen erkennbar auf einen solchen Vorschlag „einverstanden“ oder „ja“ vermerkt und unterschreibt, so auch OLG München, 29.9.2009, Verg 12/09.

b) Ausgehend von dieser Rechtsprechung lassen sowohl der Vergabevermerk, aber auch die Vergabeakte erkennen, dass sich die federführende Gemeinde und auch die anderen beiden Antragsgegnerinnen mit der Wertung der Angebote beschäftigt haben. Einerseits hat die Antragsgegnerin zu 1) Unterlagen nachgefordert, Eintragungen im Submissionsprotokoll und Anfragen beim Gewerbezentralregister oder Korruptionsregister vorgenommen. Andererseits sind auch die Vergabevermerke jeweils von Mitarbeitern der einzelnen Antragsgegnerinnen unterschrieben worden. Möglicherweise hat die Kommunal- und Abwasserberatung NRW die Einzelauswertungen vorgenommen und entsprechende Vorlagen gefertigt. Es sind aber keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, dass sich die Antragsgegnerinnen nicht intensiv mit diesen Vorlagen der Kommunal- und Abwasserberatung NRW auseinandergesetzt haben. Ausweislich der Vergabeakte entsteht vielmehr der Gesamteindruck, dass die Antragsgegnerinnen sich sehr wohl mit der Vergabe und der Wertung der Angebote selbständig auseinandergesetzt haben.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag somit zurückzuweisen.

III.

1. Die Antragstellerin hat gemäß § 128 Abs.1 GWB als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren zu tragen. Die Kammer geht von einem Auftragswert von ca. 4 Mio. € für den gesamten Vertragszeitraum aus.

Bei Dienstleistungsaufträgen ist zu berücksichtigen, dass nach den Regeln über die Schwellenwertberechnung eine Kappung bei 48 Monaten stattzufinden hat. Zwar sieht § 3 Abs. 3 S.3 VgV nach seinem Wortlaut eine derartige Kappung bei Dienstleistungsaufträgen mit bestimmter Vertragslaufzeit nicht vor, sondern nur bei Aufträgen mit unbestimmter Vertragslaufzeit. Allerdings sieht Art. 9 Abs. 8 lit. b) ii) RL 2004/18/EG auch für befristete Dienstleistungsaufträge mit einer Dauer von mehr als 48 Monaten eine Kappung bei 48 Monaten vor, so dass insoweit § 3 Abs. 3 VgV richtlinienkonform ausgelegt und angewandt wird, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 7.1.2010, Verg 40/09. Demzufolge wird für die Festsetzung der Gebühren für die Vergabekammer von einem Auftragswert von ca. xxxxMio. € (xxxxxxx €/pro Jahr / 48 Monate) ausgegangen.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung ergibt sich nach der Gebührentabelle des Bundes und der Länder eine Gebühr für die Amtshandlungen der Vergabekammer in Höhe von xxxx €.

2. Weiterhin hat gemäß § 128 Abs. 4 GWB ein Beteiligter, soweit er im Nachprüfungsverfahren unterliegt, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenden Partei auferlegt. Die Aufwendungen für den Verfahrensbevollmächtigten sind gemäß § 80 Abs. 3 VwVfG erstattungsfähig, soweit die Kammer die Hinzuziehung für notwendig erklärt.

a) Die Hinzuziehung von anwaltlichen Vertretern war vorliegend durch die Antragsgegnerinnen als auch durch die Beigeladenen zu 1) und zu 2) notwendig. Denn nach Offenlegung der Verpflichtungserklärung blieb zunächst unklar, welche weiteren vergaberechtlichen Thematiken die Antragstellerin möglicherweise noch beanstandet hätte. Insofern war die Einbindung von Anwälten durch alle anderen Verfahrensbeteiligten notwendig.

b) Die Antragstellerin hat als unterliegende Partei die Aufwendungen der Antragsgegnerinnen, aber auch der Beigeladenen zu 1) und zu 2) für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu tragen. Dies erscheint in Bezug auf die Anwaltskosten der Beigeladenen auch billig, weil die Antragstellerin hinsichtlich dieser Angebote gemutmaßt hat, dass diese unvollständig waren und damit nicht hätten gewertet werden können.

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

Meißner