



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Schulbuchaufträgen

VK 17/04

des Herrn XXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Antragsteller

gegen

die Stadt xxxxxxxx
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX
vertreten durch
Herrn xxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Beigeladene

zu 1) SBV xxxxxxxxxxxxxxxx GmbH
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

zu 2) SGV xxxxxxxxxxxxxxxxmbH
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

zu 3) xxxxxxxxxxxxxxxx GmbH
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

zu 4) xxxxxxxxxxxxGmbH
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

zu 5) **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

zu 6) **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

zu 7) **XXXXXXXXXXXXX**
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

zu 8) **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXH**
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster aufgrund der mündlichen Verhandlung am 15. Juli 2004 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am 21. Juli 2004 entschieden:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, ohne die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 8) ihre Wertung hinsichtlich Los 2 unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2500 Euro festgesetzt.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, eine kreisangehörige Stadt im Regierungsbezirk Münster, schrieb die Lieferung von Schulbüchern für das Schuljahr 2004/2005 europaweit in einem offenen Verfahren aus. Der Auftrag umfasste insgesamt 3 Lose mit einem Gesamtauftragswert von ca. 228.000 Euro, wobei die Einzellose um 76.000 Euro lagen.

Nach Abschnitt III. 2.1) der Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin als Bedingung für die Teilnahme die Vorlage von Referenzen über die Lieferung von Schulbüchern für die Schuljahre 2003/04, 2002/03 und 2001/02 mit Angabe des jeweiligen Auftragsvolumens.

Zuschlagskriterien waren der Preis und der Umfang der vom Auftraggeber gewünschten kostenfreien Leistungen, die in einem Vordruck der Antragsgegnerin aufgeführt waren und von dem jeweiligen Bieter angekreuzt werden konnten.

Im Abschnitt VI. Ziffer 4) der Bekanntmachung teilte die Antragsgegnerin mit: „ Bei gleichwertigen Angeboten wird im Losverfahren entschieden. Bieter, die im Losverfahren für ein Los den Zuschlag erhalten haben, scheiden für das weitere Losverfahren aus.“

Der Antragsteller bewarb sich auf alle drei Lose, wobei nur hinsichtlich Los 2 das Nachprüfungsverfahren betrieben wird

Am 08.06.2004 erfolgte die Auslosung. Es waren insgesamt 32 Angebote, u.a. auch das Angebot des Antragstellers, beteiligt. Los 2 entfiel auf die mit Beschluss vom 01. 07. 2004 Beigeladene zu 1). Die Beigeladenen zu 2) bis 8) nahmen ebenfalls mit ihren Angeboten an der Auslosung teil.

Nachdem der Antragsteller eine Absage erhalten hatte, rügte er mit Schreiben vom 12.06.2004 erfolglos, dass die Angebote der Beigeladenen sich nicht unterscheiden und mithin ein direkter wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe, der als wettbewerbsbeschränkend und vergabewidrig angesehen werde. Schließlich reichte er einen Nachprüfungsantrag ein, der am 21.06.2004 zugestellt wurde.

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

Die Familie xxxxxxxxxxxx und die Familie xxxxxx hätten ihre Erfolgsaussichten bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in der Weise versucht zu verbessern, indem sie neue Gesellschaften gegründet bzw. bisherige Gesellschaften aktiviert hätten. Dies könne man aus den Handelsregisterauszügen schließen. Ein Großteil dieser Gesellschaften sei bei den Schulbuchverlagen überhaupt nicht bekannt. Durch die Gründung der Gesellschaften würden rein statistisch die Gewinnchancen bei einem Losverfahren erhöht. Dadurch würden die Chancen der übrigen Bieter am Losverfahren reduziert, wodurch der Eintritt eines Schadens in der Form des entgangenen Auftrages wahrscheinlich wäre. Insofern verweist der Antragsteller auf eine Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 03.06.2004, 1 VK 29/04.

Die Beigeladene zu 1) sei auch bei den drei großen bundesdeutschen Schulbuchverlagen als Kunde nicht bekannt. Sie sei zwar im Jahre 1989 gegründet worden, bis 2003 auf dem Schulbuchmarkt aber nicht tätig gewesen. Sie unterhalte einen Speditionsbetrieb mit ca. 20 Fahrzeugen und sei das Unternehmen, das den Transport für alle anderen xxxxxxxxxxxx GmbHs durchführe. Der Antragsteller behauptet, dass alle anderen Firmen der xxxxxxxxxxxx Gruppe –entgegen den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen- nicht über eigene Fahrzeuge verfügen würden.

Der Antragsteller legt Fotos von dem Firmensitz der Beigeladenen zu 1) vor und behauptet, dass es sich dabei um das Privathaus der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxhandele, die als Geschäftsführerin der Firma genannt ist. Dass die Straße für den Durchgangsverkehr gesperrt sei, unterstreiche seine Auffassung, wonach aus einem Einfamilienhaus kein bundesweiter Schulbuchhandel mit entsprechendem Umsatz betrieben werden könne.

Der Antragsteller weist darauf hin, dass in einem Verfahren vor der Vergabekammer Düsseldorf alle neun Geschäftsführer der einzelnen xxxxxxxxxxxx Gruppe geladen waren, aber kein einziger Geschäftsführer sei zu dem Termin erschienen. Es sei nur Herr xxxxx xxxxxxxxxxxx gekommen, der zwar Gesellschafter aller GmbHs sei, aber nicht selbst Geschäftsführer.

Der Antragsteller beantragt,

- 1) die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Beigeladenen von der Vergabe auszuschließen und nach Ausschluss dieser Bieter eine erneute Losentscheidung zu Los 2 durchzuführen.
- 2) hilfsweise gemäß § 114 Abs. 2 GWB festzustellen, dass eine Rechtsverletzung bei der Losentscheidung erfolgt sei.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, die Beigeladene zu 1) sei zu Recht an dem Losverfahren beteiligt worden, weil es sich um eine Firma handle, die ausweislich der vorgelegten Unterlagen bereits 1989 gegründet wurde, offenbar über hinreichende eigene Räume, Auslieferungsfahrzeuge und sonstige Ausstattungserfordernisse verfüge und seit ihrer Gründung erfolgreich am Markt tätig sei. Dieser Firma könne ohne weiteres der Zuschlag erteilt werden. Es könne dahingestellt bleiben, ob die übrigen vom Antragsteller bezeichneten Firmen der sogenannten xxxxxxxxxxxx bzw. xxxxxxxxxxxx-Gruppe Scheinfirmen sind und untereinander wettbewerbsbeschränkende Abreden im Sinne von § 25 VOL/A getroffen hätten. Die Entscheidung der VK Baden-Württemberg betreffe die Beigeladene zu 1) nicht, sondern nur die anderen Firmen aus der Gruppe, bei denen man sicherlich Zweifel an der eigenständigen Unternehmertätigkeit haben könnte. Im Übrigen müsse man immer die Privatadressen und die Geschäftsadressen auseinander halten. Hier wären offensichtlich Fotos von Privathäusern gemacht worden und nicht von den Geschäftsräumen oder Betriebsstätten.

Bietergemeinschaften wären auch von anderen Buchhändlern in der Vergangenheit gegründet worden, so dass die Vorlage von gleichartigen Referenzlisten durchaus verständlich und legitim wäre. Damit würde dokumentiert, dass jeder Teil der verbundenen Unternehmen bislang in der Lage war, den Auftrag abzuwickeln. Dies sei kein Indiz für eine wettbewerbswidrige Abrede.

Ein Ausschluss der Firmen vom Wettbewerb wäre nur geboten, wenn konkrete Nachweise erbracht werden könnten, dass eine wettbewerbsbeschränkende Abrede mit dem Sinn und Zweck einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung getroffen worden wäre. Solche Nachweise lägen jedoch nicht vor und könnten auch nicht einfach unterstellt werden.

Mit Beschluss der Vergabekammer vom 01.07.2004 sind die Bieter beigeladen worden, die sich an dieser Ausschreibung beteiligt haben und von denen behauptet wird, dass sie der xxxxxxxxxxxx Gruppe oder der xxxxxx Gruppe angehören.

Die Beigeladene zu 1) legte mit Datum vom 05.07.2004 zwei Faxe vor. Sie fügte einen Handelsregisterauszug bei, aus dem sich ergibt, dass Frau xxxxxxxxxxxx die alleinvertretungsbefugte Geschäftsführerin für das Unternehmen ist. Herr xxxxxx und Herr

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX sollen lediglich Gesellschafter der GmbH sein, behauptet Herr XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Zudem legte die Beigeladene zu 1) ein Schreiben vom 17.03.2004 vor, das ebenfalls dem Angebot beigelegt war. Ausweislich dieses Schreibens wurde Herr JXXXXXXXXXXXXXXXXX Handlungsvollmacht erteilt und Herr EXXXXXXXXXXXXXXXXX die Handlungsvollmacht für die Firma entzogen.

Die Beigeladene zu 3) legte einen Handelsregisterauszug des Amtsgerichts Neuruppin vor, wonach allein Frau IXXXXXXXXXXXXXXXXX als Geschäftsführerin die Gesellschaft vertritt; Gesellschafter sind Herr xxx RXXXXXXXXXXXXXXXXX, Herr JXXXXXXXXXXXXXXXXX und Herr EXXXXXXXXXXXXXXXXX. Die Firma sei schon im Jahre 1988 gegründet worden und nicht erst im Jahre 2003. Sie weist unter Bezugnahme auf eine Entscheidung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschluss vom 07.11.2003, darauf hin, dass die Beteiligung von konzernverbundenen oder personell verbundenen Bieterfirmen an ein und denselben Vergaben unschädlich sei, solange es sich um rechtlich selbständige juristische Personen handle und konkrete Anhaltspunkte für wettbewerbsbeschränkende oder unlautere Verhaltensweisen nicht ersichtlich seien.

Die Beigeladene zu 7) behauptet, der Ausschluss ihrer Firma von der Ausschreibung sei nicht zulässig, weil sie keine wettbewerbsbeschränkenden Abreden mit anderen Unternehmen getroffen habe. Das sei auch schwierig im Bereich des Buchpreisbindungsgesetzes, weil alle Angebote die gleichen Preise enthalten würden. Die Ausführungen des Antragstellers zu der XXXXXXXXX Gruppe berühre sie nicht, weil sie damit nichts zu tun habe.

Sie bestreitet an diversen Firmen beteiligt zu sein und nur zum Zwecke der Erhöhung der Gewinnchancen bei der Verlosung im Rahmen von Ausschreibungsverfahren gegründet oder reaktiviert worden zu sein. Allein die Personenidentität ihres Geschäftsführers mit einer anderen Firma (XXXXXX), die sich nicht an dieser Ausschreibung beteiligte, könne nicht den Ausschluss aus diesem Ausschreibungsverfahren rechtfertigen. Es handle sich um juristisch selbständige Personen, die auch als solche zu behandeln seien. Die Gesellschaftsstruktur oder die Person des Geschäftsführers können allein keinen Einfluss auf den Ausschluss einer juristischen Person von einer Vergabe haben. Sie verweist insofern auf die Entscheidung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg vom 07.11.2003.

Weiterhin meint sie, ihr Angebot sei nicht deshalb auszuschließen, weil sie eine bestimmte Nachlasskategorie nicht angegeben habe. Das Fehlen dieser Nachlasskategorie sei doch unerheblich, weil aufgrund des Buchpreisbindungsgesetzes die Preise und Nachlässe alle identisch seien und es deshalb gar keine wirtschaftliche Relevanz habe, dass in ihrem Angebot eine Nachlasskategorie fehle. Außerdem habe sie keinesfalls bewusst diese Angaben weggelassen, sondern es handle sich lediglich um einen Schreibfehler.

Die anderen Beigeladenen haben sich schriftsätzlich nicht geäußert und waren in der mündlichen Verhandlung auch nicht vertreten.

Am 15. Juli 2004 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster ist für die Entscheidung in diesem Verfahren zuständig, weil die Antragsgegnerin eine Gemeinde ist, die der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und die Antragsgegnerin – als Vergabestelle – ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpVf NRW).

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Gegenstand des Verfahrens ist die Vergabe eines Schulbuchauftrages durch einen öffentlichen Auftraggeber für das Schuljahr 2004/05, wobei der Auftragswert sich auf ca. 228.000 Euro beläuft und damit der Schwellenwert im Sinne von § 2 Nr. 3 VgV überschritten ist. Der Antrag bezieht sich hier nur auf das Los 2.

Der Antragsteller hat dargelegt, dass er ein Interesse am Auftrag hat und dass ihm infolge der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften ein Schaden droht (§ 107 Abs. 2 GWB).

Nach Erhalt der Absage vom 08.06.2004 hat er mit Schreiben vom 12.06.2004 unverzüglich die beabsichtigte Vergabe gerügt.

Der Antrag ist begründet.

Der Antragsteller ist im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB in seinen Rechten verletzt, weil die Antragsgegnerin verpflichtet war, die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 8) bei der Auslosung unberücksichtigt zu lassen.

Die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 8) waren gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. a) und lit. f) in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A und § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A auszuschließen.

Im Einzelnen:

1) Die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 6) waren gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A auszuschließen, weil sich aus den Angeboten schließen lässt, dass die Bieter in bezug auf die Vergabe eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben.

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

Auftraggeber zu bekämpfen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.06.2002, Verg 18/02). Diese Vorschriften haben bieterschützenden Charakter.

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

Nach Auswertung der hier vorliegenden Ausschreibungsunterlagen geht die Kammer davon aus, dass es sich bei den Firmen nicht um selbständig am Markt auftretende Unternehmen handelt, sondern um Scheinfirmen, die allein zu dem Zwecke gegründet oder für Schulbuchaufträge reaktiviert wurden, um bei der Vergabe im Wege einer Auslosung gegenüber den Mitkonkurrenten bessere Chancen zu haben. Das wird sogar in einigen Angeboten offen dargelegt und darauf hingewiesen, dass in Erwartung des Losverfahrens, identische Angebote vorgelegt werden. Die Beigeladene zu 1) ist insofern betroffen, weil sie mit diesen „Scheinfirmen“ in Verbindung gebracht werden kann, woraus die Kammer die Konsequenz zieht, dass die Beigeladene zu 1) ebenfalls, wenn nicht sogar maßgeblich, an diesem wettbewerbswidrigen Verhalten beteiligt war und insofern auszuschließen ist.

Dass diese Firmen ausweislich der Handelsregisterauszüge, soweit diese hier überhaupt vorgelegt wurden, tatsächlich juristisch selbständig sind, bedeutet nicht, dass sie wirklich unabhängig voneinander am Markt agieren. Vielmehr ergibt sich bereits aus den Handelsregisterauszügen, dass die Gesellschafter Exxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Dr. Rxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx und Jxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx bei allen Unternehmen, die einen Handelsregisterauszug vorlegten, als Gesellschafter tätig sind, auch wenn ihnen im Einzelfall eine Handlungsvollmacht entzogen wurde oder die Vertretung allein durch einen Geschäftsführer erfolgt. Aus diesen personellen Verflechtungen –soweit dies nicht schon ausdrücklich in den Angeboten dargelegt wurde- schließt die Kammer, dass die Unternehmen sich wettbewerbswidrig und unlauter verhalten haben, indem sie gleichlautende Angebote in mehrfacher Ausführung vorlegten, um damit aussichtsreichere Chancen bei einer Verlosung zu haben. Dafür spricht auch, dass bereits in der Bekanntmachung der Antragsgegnerin auf das geplante Auslosungsverfahren hingewiesen wurde, weil nach Inkrafttreten des Buchpreisbindungsgesetzes ein Wettbewerb allein aufgrund des Preises nicht mehr möglich war. Die Bieter konnten schon bei der Abgabe ihrer Angebote mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass eine Losentscheidung getroffen wird und sich entsprechend darauf einstellen. Wenn allein aus diesem Grunde durch die Reaktivierung oder Neugründung von Gesellschaften auf eine Ausschreibung reagiert wird, dann kann im Nachhinein nicht allein die juristische Unabhängigkeit als Beweis dafür angeführt werden, dass alle Unternehmen unabhängig voneinander mit ihren Angeboten bei der Auslosung zu berücksichtigen sind. Der Wettbewerb, der in der Form der Auslosung stattfand, wurde durch diese Verhaltensweisen gestört.

Weiterhin haben die Beigeladenen zu 1), zu 2), zu 4), zu 5) und zu 6) identische Referenzlisten vorgelegt. Soweit ein Unternehmen tatsächlich selbständig am Markt agiert,

kann es nicht auf die Referenzen von Unternehmen zurückgreifen, zu denen es keine Verbindungen hat. Unternehmen, die sich auf gleichlautende Referenzen berufen, müssen untereinander in Beziehung stehen, ansonsten hätten sie nicht das Recht und die Möglichkeit, sich auf identische Referenzen zu berufen.

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

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

Zunächst einmal kann nicht mehr eindeutig festgestellt werden, welche von den beigelegenen Firmen denn tatsächlich für die Durchführung der Aufträge in der Referenzliste verantwortlich war. Darüber hinaus kann aus den Angeboten nicht geschlossen werden, welche Person oder welcher Mitarbeiter bei der Durchführung der Aufträge aus der Referenzliste maßgeblich beteiligt war. Die davon betroffenen Beigeladenen haben auch nicht dargelegt, welche Leistungen welchem Unternehmen zugeordnet werden können. Vielmehr wird wiederholt darauf verwiesen, dass alle Unternehmen als juristisch selbständige Personen am Markt tätig sind und es eben keine relevanten personellen Verflechtungen gibt. Wenn man sich aber auf identische Referenzen beruft, dann hätte man entsprechend der o.g. Rechtsprechung auf eine gemeinsame Unternehmensstruktur mit entsprechenden personellen Verflechtungen hinweisen müssen. Möglicherweise hätte die Antragsgegnerin dann nicht alle Angebote unabhängig voneinander in die Auslosung gegeben. Aus der Tatsache, dass die Beigeladenen dies nicht getan haben, kann nur geschlossen werden, dass sie ihre Chancen bei der Losentscheidung erhöhen wollten. Das hält die Kammer für eine unlautere und wettbewerbswidrige Verhaltensweise gegenüber den anderen Bietern. Da sich bereits aus den Angeboten diese Absicht erkennen ließ, bedarf es darüber hinaus, keiner weiteren konkreteren Nachweise, wie die Antragsgegnerin meint. Insbesondere war es nicht erforderlich eine

Absprache nachzuweisen, sondern allein aus den Umständen und den Angeboten ließen sich diese wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen erkennen.

In der mündlichen Verhandlung konnte nicht mehr geklärt werden, warum die Antragsgegnerin die auffallende Identität der Referenzlisten nicht weiter geprüft hat und die Angebote einfach zur Auslosung zuließ, ohne diesen Anhaltspunkten nachzugehen.

Soweit die Antragsgegnerin meint, auf die Beigeladene zu 1), die den Zuschlag für Los 2 erhalten soll, träfe dies nicht zu, weil es sich nachweislich um eine bereits seit langem am Markt tätige Firma handele, muss sie sich entgegen halten lassen, dass es nicht auf die Dauer der Unternehmenstätigkeit ankommt, sondern wie bereits dargelegt, auf die Frage, in welcher Art und Weise sich Unternehmen im Rahmen der Ausschreibung verhalten haben. Hier kann allein aus der Tatsache, dass personell die Verflechtungen mit den anderen Unternehmen vorhanden sind und die anderen Firmen offensichtlich als Scheinfirmen reaktiviert bzw. neu gegründet wurden, geschlossen werden, dass die Beigeladene zu 1) maßgeblich daran beteiligt war.

Das Angebot der Beigeladenen zu 3) war auszuschließen, weil nach der vorgelegten Änderung des Gesellschaftsvertrages mit Datum vom 23. Mai 2003 auch die Herren Exxxxxxu und JxxxxxxGesellschafter dieser Firma sind und mithin nicht auszuschließen ist, dass aufgrund dieser personellen Verflechtungen die Beigeladene zu 3) ebenfalls sich –wie oben dargelegt- an unlauteren und wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen beteiligt hat. Soweit auf die Entscheidung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg hingewiesen wird, muss man auch im Falle von juristisch selbständigen Unternehmen feststellen können, dass keine konkreten Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen vorliegen. Genau diese Anhaltspunkte drängen sich bei der Beigeladenen zu 3) in diesem Falle auf, da sie die gleichen Gesellschafter hat, die wiederum auch in den anderen Unternehmen maßgeblich tätig sind und sie –wie die anderen Unternehmen dieser Gesellschafter auch - in Erwartung der Auslosung identische Angebote abgegeben hat.

Im Übrigen war insbesondere auch das Angebot der Beigeladenen zu 6) auszuschließen, weil es sich um ein im Jahre 2003 neu gegründetes Unternehmen handelte, dass nicht über Referenzen aus den letzten drei Jahren verfügte, obwohl diese Referenzen nach den Ausschreibungsbedingungen zwingend vorzulegen waren. Insofern war ihr Angebot auch gemäß § 25 Nr. 2 VOL/A auszuschließen

2) Das Angebot der Beigeladenen zu 7) war gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. a) VOL/A von der Wertung in der Form einer Losentscheidung auszuschließen, weil Angebote, in denen wesentliche Preisangaben fehlen, nicht gewertet werden dürfen.

In dem von der Antragsgegnerin vorgegebenen Vordruck musste unter der Rubrik „Preis“ angegeben werden, ob Nachlässe gewährt werden. Auf einem Begleitschreiben nannte die Beigeladene zu 7) die Nachlässe, hatte aber eine bestimmte Nachlasskategorie vergessen. Auf Veranlassung der Antragsgegnerin ergänzte die Beigeladene zu 7) ihr Angebot hinsichtlich dieser Nachlasskategorie. Das ist nach Vorlage der Angebote nicht mehr zulässig.

Nach einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, verlangt der in § 97 Abs. 2 GWB normierte Gleichbehandlungsgrundsatz von dem Ausschreibenden, dass alle Bieter gleich behandelt werde. Ein transparentes und auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren sei nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht, vergleichbare Angebote gewertet werden. Wenn

wie hier Angaben zu den Nachlässen von der Antragsgegnerin gefordert werden, dann müssen alle Bieter diese Angaben auch machen. Insofern kann man sich auch nicht auf das Buchpreisbindungsgesetz zurückziehen, wonach diese Rabatte doch genau vorgegeben wären. Vielmehr hätte das Angebot der Beigeladenen zu 7) auch so verstanden werden können, dass überhaupt keine Nachlässe oder keine Nachlässe für eine bestimmte Nachlasskategorie gewährt werden. Insofern war die Nachfrage der Antragsgegnerin folgerichtig, aber nicht zulässig, weil der Ausschluss von Angeboten, die wesentliche Preisangaben nicht enthalten, nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A zwingend ist.

Soweit die Beigeladene zu 7) meint, der Ausschluss wäre nicht gerechtfertigt, weil es keine wirtschaftlichen Unterschiede hinsichtlich der Preise und der Nachlässe zwischen den Angeboten der Bieter aufgrund des Buchpreisbindungsgesetzes geben könne und die Nachfrage der Antragsgegnerin hinsichtlich der Nachlasskategorie „Titel mit mehr als 500 Stück“ deshalb auch nicht zwingend erforderlich gewesen wäre, muss sie sich entgegen halten lassen, dass es auf die rein formale Vergleichbarkeit der Angebote ankommt und nicht auf die inhaltliche Vergleichbarkeit.

Bevor es die o.g. Rechtsprechung des BGH und Oberlandesgerichts Düsseldorf zu diesem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes gab, konnte beim Fehlen einiger Nachweise oder Inhalte in den Angeboten geprüft werden, ob das Fehlen von Nachweisen eine wettbewerbliche oder wirtschaftliche Relevanz in dem Ausschreibungsverfahren haben würde. Mittlerweile wird aber der Gleichbehandlungsgrundsatz so verstanden, dass die Angebote, die miteinander verglichen werden, tatsächlich formal miteinander vergleichbar sein müssen. Auf den Inhalt wird nicht mehr abgestellt. Dies ist auch interessengerecht, weil die Prüfung der Vergleichbarkeit anhand von inhaltlichen Gesichtspunkten als Beurteilungsentscheidung der Vergabestelle zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, wobei dann für den einzelnen Bieter, der ein vollständiges Angebot vorlegte, nicht mehr erkennbar ist, warum gerade im Einzelfall das Fehlen eines Nachweises bei seinem Konkurrenten keine Auswirkungen haben soll. Das führt wiederum zu intransparenten und nicht vollständig nachvollziehbaren Entscheidungen der Vergabestellen und zu einer Benachteiligung von Bietern, die ihr Angebot entsprechend den Ausschreibungsbedingungen vollständig vorlegten. Beispielsweise würde ein Bieter, der eine geforderte Bürgschaftszusicherung nicht vorlegt, gleichgestellt mit einem Bieter, der diese Anforderung erfüllt hat und dafür möglicherweise schon Kosten aufwenden musste. Bei dieser Sachlage kann es nicht aus Gründen der Gleichbehandlung egal sein, ob diese Bürgschaftszusicherung irgendeine wettbewerbliche Relevanz für die Vergabestelle hatte oder nicht. Infolge dessen dürfen nur in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote miteinander verglichen werden.

Die Kammer hält diese formale Betrachtungsweise auch gerade bei der vorliegenden Ausschreibung von Schulbuchaufträgen für sachgerecht, weil auf diesem Markt eine Vielzahl von Unternehmen tätig ist und die Vergabestellen eine große Anzahl von Angeboten bekommen. Die formale Vergleichbarkeit führt gerade in diesen Fällen zu transparenten Entscheidungen, wobei die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für alle Bieter gewahrt wird.

Die Beigeladene zu 7) kann auch nicht geltend machen, dass ihr Angebot nicht vollständig war, weil sich doch aus der Formulierung „wir berechnen den zulässigen Staffelnachlass entsprechend der Exemplaranzahl“ ergeben würde, dass bei mehr als 500 Exemplaren je Titel ein Nachlass von 13 % und eben nicht 12 % gemeint gewesen sei. Die Nachlasskategorie fehlt in dem Beiblatt im Angebot. Rückschlüsse aus der Formulierung im Beiblatt führen ebenfalls

zu einer Auslegung des Angebotes, was aufgrund der formalen Vergleichbarkeit nicht zulässig ist.

Auch die Tatsache, dass die Antragsgegnerin selbst nachgefragt hat, führt zu keinem anderen Ergebnis, weil es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund handelte, der nicht der Dispositionsbefugnis der Antragsgegnerin unterlag (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 16/03).

3) Das Angebot der Beigeladenen zu 8) war gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A von der Wertung auszuschließen, weil diese keine eigenen Referenzen aus den Schuljahren 2003/04, 2002/03 und 2001/02 vorlegen konnte, wie dies in Ziffer III. Nr. 2.1) der Bekanntmachung verlangt wurde. Bedingung für die Teilnahme an der Ausschreibung war die Vorlage von Referenzen aus den konkret genannten Schuljahren.

Die Beigeladene zu 8) wurde aber ihren eigenen Angaben zufolge erst im Jahre 2003 gegründet und beruft sich deshalb auf Referenzen der Arbeitsgemeinschaft Schulbuchzentrum Leipzig. „Fremde“ Referenzen können aber nicht –wie bereits ausgeführt– einfach übernommen werden, sondern hier muss eine personelle und/ oder organisatorische Zuordnung möglich sein, die es dem Auftraggeber ermöglicht festzustellen, ob das neu gegründete Unternehmen tatsächlich in der Lage sein wird, den Auftrag auszuführen. Nur dann kann der Auftraggeber davon ausgehen, dass eine gewisse Leistungskonstanz auch bei dem neuen Unternehmen vorliegt.

Erfüllt ein Bieter diese Voraussetzungen nicht, so ist das Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen. Der Ausschluss steht nicht im Ermessen der Vergabestelle. Da es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund handelte, konnte ein rechtlich schützenswertes Vertrauen des betreffenden Bieters nicht entstehen. In diesem Falle ist die Vergabestelle auch in einem späterem Stadium an ihre einmal getroffene Beurteilungsentscheidung nicht gebunden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 16/03; VK Münster, Beschluss vom 04.12.2003, Verg 21/03).

Die Bekanntmachung der Antragsgegnerin war nach dem Wortlaut auch eindeutig. Es waren Referenzen aus insgesamt drei Jahren vorzulegen und nicht etwa nur aus einem Jahr innerhalb eines Dreijahreszeitraumes. Entscheidend ist auch die Formulierung in der Bekanntmachung und nicht die Motivlage bei der Antragsgegnerin. Der Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens schließt aus, eindeutige Anforderungen in den Vergabeunterlagen unter Rückgriff auf die Beweggründe, die die Vergabestelle zu den Anforderungen veranlasst haben, zu relativieren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.08.2003, Verg 31/03). Insofern ist die Aussage der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, dass man junge Unternehmen nicht vom Markt ausschließen wollte, unerheblich.

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.

Durch die vorstehend ausgeführten Wertungsfehler der Antragsgegnerin kann festgestellt werden, dass sich die Chancen des Antragstellers auf die Zuschlagserteilung hinsichtlich Los 2 verringert haben. Es waren insgesamt 8 Angebote, die unzulässigerweise von der Antragsgegnerin bei der Losentscheidung mitberücksichtigt wurden. Lässt man diese

Angebote außen vor, so steigen die Chancen des Antragstellers, aber auch der anderen Bieter, auf Erhalt eines Auftrages.

Die Antragsgegnerin wird somit verpflichtet, ihre Wertung in der Form der Verlosung hinsichtlich Los 2 zu wiederholen und dabei die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 8) unberücksichtigt zu lassen.

Vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass entsprechend den vorstehenden Ausführungen auch die anderen Angebote der Bieter, die an der neuen Verlosung teilnehmen werden, überprüft werden sollten. Das Angebot des Antragstellers ist ordnungsgemäß und vollständig und kann insofern an der Verlosung teilnehmen.

Anschließend sind die Bieter erneut gemäß § 13 VgV über das Ergebnis der Auslosung zu Los 2 zu informieren.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragsgegnerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat. Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Mindestgebühr ausgehend von dem Gesamtauftragswert für alle 3 Lose von ca. 228.000 Euro in Höhe von 2500 Euro festzusetzen.

Die Antragsgegnerin ist aber gemäß § 128 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

