



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Leitsatz

Der Antragsteller ist in seinem Recht auf Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 2 GWB verletzt, wenn auch das einzig in der Wertung verbliebene Angebot des Beigeladenen an einem vergleichbaren Mangel, hier das Fehlen eines konkreten Eignungsnachweises, leidet. Denn an das Vorliegen eines vergleichbaren Lebenssachverhalts dürfen von der Vergabestelle keine unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen geknüpft werden.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zur Durchführung des Schülerspezialverkehrs

VK 9/06

der Firma xx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

die Stadt xxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Beigeladene

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 2006 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den stellvertretenden hauptamtlichen Beisitzer Vogel und den ehrenamtlichen Beisitzer Mensing

am **13.Juli 2006** entschieden:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Ausschreibung aufzuheben.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxx€ festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im März 2006 einen Auftrag zur Durchführung des Schülerspezialverkehrs für sechs Schulen innerhalb des Gemeindegebietes beginnend mit dem 01.11.2006 bis zum 31.12.2012 in einem offenen Verfahren europaweit aus. Der Auftragswert beläuft sich auf ca. 150 000 € pro Jahr.

In der Bekanntmachung verfügte die Antragsgegnerin unter Ziffer III. 2) hinsichtlich der Eignungsvoraussetzungen: „Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Siehe Verdingungsunterlagen.“ Als Zuschlagskriterium nannte sie den niedrigsten Preis.

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes gemäß VOL/A verfügte die Antragsgegnerin: „Mit dem Angebot sind vorzulegen: die in den beigefügten Bewerbungsbedingungen (Punkt 13) geforderten Nachweise.“

In Punkt 13 werden die Bieter aufgefordert, die nachfolgend bezeichneten Unterlagen zum Nachweis der Fachkunde, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit mit dem Angebot zusammen einzureichen.

Lfd. Nr.	Unterlagen / Nachweis	Erläuterung (soweit notwendig)
1	aktueller Auszug aus dem Handelsregister (bis max. 6 Monate alt)	Kopie
2	Erklärung über den Umsatz der besonderen Leistungsarten, die Gegenstand der Vergabe sind, bezogen auf die letzten 3 Geschäftsjahre	Eigenerklärung
3	Personalqualifikation Angabe der Zahl und Qualifikation und Berufserfahrung der beschäftigten Fahrer für Schülerspezialverkehr, jeweils für die letzten drei Jahre	Eigenerklärung
4	Bericht der letzten Hauptuntersuchung des TÜV für jeden eingesetzten Bus	Kopie
5	Bescheinigung, dass die für den Einsatz vorgesehenen Fahrzeuge der BOKraft und dem Anforderungskatalog für Kraftomnibusse und Kleinbusse entsprechen	Kopie
6	Gültige Erlaubnis nach § 48 Fahrerlaubnisverordnung	Kopie

Mit Schreiben vom gleichen Tage an die Antragsgegnerin legte die Antragstellerin „Einspruch zum Ausschlussbescheid für die Ausschreibung“ ein und führte zur Begründung aus:

1. Nicht detaillierte Begründung des Ausschlusses gem. Punkt 14 der Ausschreibung.
2. Unregelmäßigkeiten in der Vergabe, da uns schon zwei Wochen vor dem 31.05.2006, von Fahrern der jetzt berücksichtigten Firma aus xxxxx mitgeteilt wurde, dass die Ausschreibung nicht an uns vergeben würde. Auf Anfrage woher sie ihr Wissen hätten, wurde nur gesagt, man hätte gute Verbindungen.

Sollte es bei dieser Entscheidung in der bisherigen Form bleiben, werden wir unseren Rechtsbeistand mit der weiteren Wahrung unserer Interessen beauftragen.

Die Antragsgegnerin nannte mit Schreiben vom 16.06.2006 der Antragstellerin die fehlenden Unterlagen und wies sie darauf hin, dass Ihr Einspruch gegen den Ausschlussbescheid nicht an sie, sondern an die Vergabekammer zu richten sei.

Am 16.06.2006 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und wies auf ihre Gegenvorstellung vom 07.06.2006 hin, die aber dem Antrag nicht beigelegt war. Vielmehr war eine Aufstellung vom 08.06.2006 beigelegt, die aber keine Adresse und keine Unterschrift beinhaltete. Auf telefonische Nachfrage der Vorsitzenden hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Rüge als Zugangsvoraussetzung für ein Nachprüfungsverfahren wies der Verfahrensbevollmächtigte darauf hin, dass ihm kein Schreiben vom 07.06.2006 vorliege. Da ohne Einsicht in die Ausschreibungsunterlagen nicht zu klären war, ob und mit welchem Inhalt gerügt wurde, rügte er mit Schreiben vom 19.06.2006 erneut die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße der Antragsgegnerin und übermittelte diese Unterlagen der Vergabekammer mit Fax vom 19.06.2006. Daraufhin wurde der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin am 20.06.2006 zugestellt.

Die Antragstellerin meint, die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 06.06.2006 erfülle nicht die Voraussetzungen des § 13 VgV, da sie erst mit ihrem Schreiben vom 16.06.2006 die Gründe hinsichtlich der Nichtberücksichtigung des Angebots mitgeteilt habe.

Die mitgeteilten Gründe seien aber nicht geeignet, den rechtswirksamen Ausschluss ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren zu bewirken.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die Vorlage eines Handelsregisterauszuges von ihr als Einzelunternehmen, die nicht im Handelsregister einzutragen sei, nicht verlangt werden könne. Denn was es nicht gebe, könne auch nicht verlangt werden.

Weiterhin habe sie ihrem Angebot die nach Nr. 5 verlangte Bescheinigung beigelegt. Diese Bescheinigung, wonach der Einsatz der Fahrzeuge der BOKraft und dem Anforderungskatalog für Kraftomnibusse und Kleinbusse entspreche, ergebe sich aus den TÜV Berichten. Dort sei für das jeweilige Fahrzeug vermerkt: „Das untersuchte Fahrzeug entspricht den Vorschriften der BOKraft.“ Für die Fahrzeuge mit den amtlichen Kennzeichen xxxxxxxx und xxxxxxx sei dieser Vermerk versehentlich nicht aufgenommen worden. Jedoch habe sie auch für diese Fahrzeuge Kopien der Fahrzeugscheine vorgelegt. Dort sei vermerkt: „Personenbeförderung gem. § 23 Abs. 2 StVZO.“ Diese Vermerke in den Fahrzeugscheinen dürften dort nur eingetragen werden, wenn der BOKraft Nachweis erbracht sei.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, der Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherung habe für die hier ausgeschriebene Leistung keine Relevanz. Die einschlägige Versicherung für die Absicherung aller Gefahren beim Betrieb der Busse sei die Kraftfahrzeugversicherung und

nicht die Betriebshaftpflichtversicherung. Durch das Einreichen der Versicherungsscheinnachträge in Kopie habe sie diese Nachweise erbracht. Außerdem habe sie eine Betriebshaftpflichtversicherung mit weit höheren Deckungssummen als gefordert. Die Kopie fügte sie dem Nachprüfungsantrag bei.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, sie habe zwar die Betriebshaftpflicht nicht in der geforderten beglaubigten Form beigelegt, allerdings dürfe ein Ausschluss eines Angebots jedenfalls dann nicht erfolgen, wenn die geforderte Erklärung überhaupt nicht hätte gefordert werden dürfen, weil diese irrelevant sei. Allein die Missachtung einer Formvorschrift sei hingegen unbeachtlich und könne nicht zwingend zum Ausschluss führen.

Nach Akteneinsicht trägt die Antragstellerin vor, dass auch die Beigeladene ausweislich des Vergabevorgangs nicht die Anforderungen an die nach Punkt 13 Nr. 7 geforderte Betriebshaftpflichtversicherung erfülle. Denn diese habe nur eine Höchstentschädigung pro Schadenereignis für Personenschäden in Höhe von 2,5 Mio. € angeboten, gefordert waren aber 3 Mio. € Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass hier gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB verstoßen werde, wenn die Beigeladene den Zuschlag erhalte.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Ausschluss der Antragstellerin aus der Wertung in der Ausschreibung des Schülerspezialverkehrs für die im Gemeindegebiet befindlichen Schulen aufzuheben.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Entscheidung zur Erteilung des Auftrages an die Beigeladene bis zur erneuten Wertung der Angebote aufzuheben.
3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, in der Ausschreibung des Schülerspezialverkehrs für die im Gemeindegebiet befindlichen Schulen eine erneute Wertung der Angebote unter Einbeziehung der Antragstellerin vorzunehmen.
4. hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Ausschreibung aufzuheben.
5. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin meint, das Angebot der Antragstellerin sei wegen der fehlenden Eignungsnachweise nicht vollständig gewesen und somit zu Recht ausgeschlossen worden. Dies habe sie der Antragstellerin auch gemäß § 13 VgV mitgeteilt, so dass sie ordnungsgemäß informiert habe.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, der Antragstellerin fehle wegen der nicht vorgelegten Eignungsnachweise die Antragsbefugnis. Bei den fehlenden Nachweisen handele es sich um einen aktuellen Auszug aus dem Handelsregister, der Bescheinigung, dass die für den Einsatz vorgesehenen Fahrzeuge der BOKraft entsprechen und den Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung, die alle Bieter mit dem Angebot hätten vorlegen müssen.

Die Antragsgegnerin meint, die Antragstellerin habe auch nicht unverzüglich gerügt. Das Telefonat am 07.06. 2006 sei nach ihrem Verständnis schon keine Rüge gewesen. Darüber hinaus habe sie in Ziffer 4 der Bewerbungsbedingungen gefordert: "Enthalten die Verdingungsunterlagen nach Auffassung des Bieters Unklarheiten oder Unrichtigkeiten, so hat der Bieter den Auftraggeber unverzüglich schriftlich oder per Post oder per Fax darauf hinzuweisen." Demzufolge seien die Bieter verpflichtet gewesen, schriftlich zu rügen. Auch sei das Schreiben vom 07.06.2006 keine Rüge gewesen, weil die Antragstellerin dort nicht die konkrete Beanstandung, nämlich den Ausschluss ihres Angebots wegen fehlender Unterlagen, gerügt habe, sondern lediglich Unregelmäßigkeiten bei der Vergabe behauptet habe.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, die Antragstellerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass erst in den Verdingungsunterlagen die Nachweisanforderung erfolgt sei und insofern ein Verstoß gegen § 7a Nr. 2 Abs. 3 VOL/A vorliege. Denn dieser vermeintliche Vergaberechtsverstoß wäre schon aus der Vergabebekanntmachung erkennbar gewesen. Da sie diesen Verstoß nicht gerügt habe, sei sie mit diesem Einwand präkludiert.

Zudem sei hier aber die Anforderung der Nachweise erst in den Verdingungsunterlagen zulässig gewesen. Denn die Ausschreibung habe sich an der Systematik der Richtlinie 2004/18/EG orientiert. Nach Art. 48 Abs. 6 RL 2004/18/EG könne der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bestimmen, welche Nachweise vorzulegen sind. Hier seien die Eignungsnachweise unter Ziffer 13 der Aufforderung genannt worden. Zudem sei aus der Bekanntmachung ersichtlich gewesen, dass die Nachweisanforderung erst in den Verdingungsunterlagen erfolgen sollte. Bei dieser Ausgangslage könne sich die Antragstellerin nicht mehr darauf berufen, die Nachweisforderungen seien nicht verbindlich gewesen.

Die Antragsgegnerin hält die Forderung nach einem Auszug aus dem Handelsregister für zulässig. Auch der Antragstellerin stehe als kaufmännisches Unternehmen die Registrierung im Handelsregister offen. Jedenfalls hätte sie durch eine Rückfrage bei der Antragsgegnerin vor Abgabe des Angebots nachfragen müssen, wie in ihrem Fall zu verfahren sei.

Der fehlende Hinweis bei zwei Fahrzeugen auf die BOKraft könne keinen Einfluss auf die Wertung haben. Denn es handele sich offensichtlich um einen Fehler der DEKRA, den die Antragstellerin aber nicht gegenüber der Antragsgegnerin geltend machen könne.

Auch der Vermerk in den Kraftfahrzeugscheinen über die Verwendung der Fahrzeuge zur Personenbeförderung gemäß § 23 Abs. 6 StVZO stelle keinen geeigneten Ersatz für den BOKraft Nachweis dar.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass die Betriebshaftpflichtversicherung für die ausgeschriebene Leistung keinesfalls irrelevant sei. Denn die Betriebshaftpflicht diene der Deckung von Schäden, die nicht unmittelbar mit der Führung eines Kraftfahrzeuges zusammenhängen, sondern mittelbare Folgeschäden betreffen, wie der eventuelle Ausfall oder auch die Kosten von Ersatzleistungen. Insofern werde die Betriebshaftpflichtversicherung von der gesetzlich vorgeschriebenen Kfz-Haftpflicht weder ersetzt noch ausgeschlossen.

Zudem sei ein Original oder eine amtlich beglaubigte Kopie gefordert worden, weil der Betriebshaftpflicht aus ihrer Sicht eine besondere Bedeutung zur Sicherung der ausgeschriebenen Leistungen und der Rechtsposition aller Beteiligten zukomme. Eine amtlich beglaubigte Kopie könne von jeder in § 1 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG bezeichneten Behörde ausgestellt werden. Im Übrigen bliebe es dem Auftraggeber unbenommen, die

Nachweise in einer bestimmten Form zu verlangen. Die Formanforderungen dürfen lediglich nicht zu einer unzulässigen Reduzierung des Wettbewerbs führen, was hier nicht der Fall sei. Da die Antragstellerin bereits den Versicherungsnachweis nicht mit dem Angebot vorgelegt habe, sei ihr Angebot nicht vollständig und somit auszuschließen gewesen.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, der Nachprüfungsantrag sei nicht etwa deshalb begründet, weil alle Angebote an demselben Mangel leiden würden. Ein gleichartiger Mangel könne nicht festgestellt werden. Denn es gäbe zumindest noch das Angebot des nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligten Bieters, das bereits auf der 1. Wertungsstufe ausgeschlossen wurde. Somit würde zumindest eines der insgesamt 3 Angebote nicht auf der Stufe der Eignungsprüfung auszuschließen sein.

Im Übrigen habe die Beigeladene die geforderten Nachweise ordnungsgemäß vorgelegt. Ausweislich der Verdingungsunterlagen sei eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme pro Schadenereignis über mindestens 3 Mio. € für Personen- und Sachschäden sowie über 200.000 € für Vermögensschäden gefordert worden. Die Betriebshaftpflichtversicherung der Beigeladenen weise eine Deckung je Schadenereignis von 5 Mio. € aus. Soweit die Höchstentschädigung je einzelner geschädigter Person pro Schadenereignis auf 2,5 Mio. € begrenzt sei, führe dies zu keiner anderen Beurteilung. Maßgeblich sei allein, dass bei jedem Schadensfall Personen- und Sachschäden mit bis zu 5 Mio. € insgesamt abgesichert seien. In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragsgegnerin vor, dass man Personenschäden und Sachschäden im Zusammenhang sehen müsste. Diese könnten nicht voneinander getrennt betrachtet werden. Aus der Forderung in Ziffer 8 der Tabelle ergebe sich keine konkrete Vorgabe für eine Höchstentschädigung bei Personenschäden über einen bestimmten Betrag. Vielmehr ergebe sich aus dem Zusammenhang von Personen- und Sachschäden das für beide Schadensarten ein Betrag von 3 Mio. € erreicht werden müsste. Dies habe die Beigeladene mit ihrem Nachweis über die Betriebshaftpflichtversicherung belegt, weil dort die vorgenannten Schäden pauschal bis 5 Mio. € abgedeckt werden.

Die Beigeladene trägt vor, dass sie anlässlich der Ausschreibung sich nochmals mit ihrer Betriebshaftpflichtversicherung in Verbindung gesetzt habe. Daraufhin sei die vorhandene Versicherung geändert worden und ein Betrag von 5 Mio. € pauschal für Personen-, Sach- und mitversicherte Vermögensschäden aufgenommen worden.

Am 11. Juli 2006 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert für die ausgeschriebene Leistung beträgt über 200.000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Gemäß § 97 Abs. 7 GWB hat die Antragstellerin einen Anspruch darauf, dass die Ausschreibung von der Antragsgegnerin aufgehoben wird.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die Antragstellerin hat gemäß § 107 Abs. 3 GWB unverzüglich gegenüber der Antragsgegnerin den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß in einem Telefonat am 07.06.2006 gerügt.

a) Die Rüge muss den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß bezeichnen und die Aufforderung an den Auftraggeber enthalten, den Verstoß zu beseitigen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, wenn die Mitteilung hinreichend bestimmt ist, so dass die Vergabestelle in die Lage versetzt wird, den beanstandeten Fehler zu erkennen und zu beheben, OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.06.2004, 11 Verg 15/04. Dies kann in mündlicher oder telefonischer Form erfolgen. Die Schriftform ist nicht Voraussetzung, OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.05.2000, Verg 1/00.

Auch hier ist durch Ziffer 4 der Bewerbungsbedingungen nicht die Schriftform für sämtliche Rügen gefordert worden. Vielmehr bezieht sich die Regelung auf die Verdingungsunterlagen und fordert die Bieter auf, Unklarheiten oder Unrichtigkeiten hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin schriftlich vorzutragen. Von dieser Formulierung wird die von der Antragsgegnerin durchgeführte Wertung sowie mögliche Beanstandungen hinsichtlich der Dokumentation oder der Angebote anderer Bieter nicht erfasst. Damit war eine Rüge, die sich auf vermeintliche Fehler in der 2. Wertungsstufe bezog, durchaus auch telefonisch möglich. Allein dieses Telefonat ist eine ordnungsgemäße Rüge.

Ausweislich der in den Vergabeakten vorhandenen Gesprächsnotiz über das Telefonat mit der Antragstellerin, hat diese als vergabefehlerhaft beanstandet, dass ihr Angebot wegen fehlender Unterlagen ausgeschlossen werden sollte. Denn sie war überzeugt davon, dass ihr Angebot vollständig war. Mit Schreiben vom 07.06.2006 hat sie „Einspruch“ gegen ihren Ausschluss von der Vergabe eingelegt und damit unmissverständlich die Antragsgegnerin zur Behebung des Fehlers aufgefordert. Sie bezieht sich wiederum darauf, dass ihr keine detaillierte Begründung für den Ausschluss ihres Angebotes gemäß Punkt 14 der Ausschreibung vorliege. Im Kontext mit dem Telefonat kann daraus nur geschlossen werden, dass sie weiterhin den Ausschluss ihres Angebotes beanstandete, weil sie nicht verstanden hat, warum ihr Angebot nicht vollständig sein sollte. Mehr braucht ein Antragsteller nicht zu tun, um ordnungsgemäß zu rügen.

Darauf, ob das Informationsschreiben der Antragsgegnerin vom 06.06.2006 dem § 13 VgV entsprach, kommt es somit nicht mehr an. Allerdings war das Informationsschreiben nicht zu beanstanden, weil die Antragsgegnerin als „Grund“ die fehlenden Unterlagen angegeben hatte, was als ausreichend angesehen werden kann.

b) Ob die Antragstellerin mit ihrer Rüge, dass die erst in den Verdingungsunterlagen erfolgte Forderung von Eignungsnachweisen mit Blick auf § 7a Nr. 2 Abs. 3 VOL/A vergaberechtswidrig gewesen sei, präkludiert ist, lässt die Kammer hier dahingestellt. Denn zu Recht trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Antragstellerin schließlich ein Angebot abgegeben hat und dieser vermeintliche Vergaberechtsverstoß jedenfalls nicht zu einer Verletzung ihrer Rechte als Bieterin führte.

2. Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit der Vorlage ihres Angebots ihr Interesse am Auftrag bekundete und ihr ein Schaden droht, wenn ihr Angebot im Verhältnis zu dem Angebot der Beigeladenen unzulässigerweise ausgeschlossen würde. Die Antragstellerin wird hier in ihrem Recht auf Gleichbehandlung gemäß § 97 Abs. 2 GWB verletzt, wenn der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt wird.

Die Antragsbefugnis für den Nachprüfungsantrag ist der Antragstellerin hier nicht abzuspochen, weil ein zwingender Ausschlussgrund sowohl in ihrem Angebot, aber auch im Angebot der Beigeladenen vorliegt und das Angebot des dritten Bieters schon wegen der Angabe des Pauschalpreises anstatt der geforderten Einzelpreise pro km von der Wertung auszuschließen war. In diesen Fällen ist ein Nachprüfungsantrag zulässig, jedenfalls aber begründet.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin keine ordnungsgemäße Ausschreibung vorgenommen, weil sie es versäumt hat, die Eignungsnachweise in der europaweiten Bekanntmachung zu nennen.

Im Einzelnen:

Die Eignungsnachweise sind auf der 2. Wertungsstufe gemäß Art. 44 Abs. 1 RL 2004/18/EG und § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A von der Vergabestelle zu prüfen. Erst im Anschluss daran erfolgt die Anwendung der Zuschlagskriterien.

a) Gegen die hier unter Punkt 13 der Verdingungsunterlagen geforderten Eignungsnachweise bestehen keine Bedenken. Die Vergabestelle kann zulässigerweise Eignungsnachweise fordern, wenn aus verständiger Sicht der Vergabestelle ein berechtigtes Interesse an den in der Ausschreibung aufgestellten Forderungen besteht, so dass diese sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.03.2001, Verg 7/01.

aa) Dies gilt insbesondere für den Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherung. Ob bereits durch die Kraftfahrzeugversicherung alle Schäden im Zusammenhang mit dem Betrieb der Schulbusse abgedeckt sind oder nicht, ist nicht entscheidend. Vielmehr kam es der Antragsgegnerin ersichtlich darauf an, dass die Bieter eine Betriebshaftpflichtversicherung vorlegen. Diese ist ausdrücklich gefordert worden. Dies erscheint bei dem hier im Streit stehenden Auftrag, der Durchführung eines Schülerspezialverkehrs, durchaus sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig. Schließlich ging die Antragsgegnerin davon aus, dass durch die Betriebshaftpflichtversicherung diejenigen Schäden abgedeckt werden, die nicht unmittelbar mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges zusammenhängen. Insofern war die Forderung, einen Nachweis über eine Betriebshaftpflicht vorzulegen – unabhängig von dem Vorhandensein einer Kfz-Versicherung- aus der Sicht der Antragsgegnerin ohne weiteres nachvollziehbar und gerechtfertigt und eben nicht irrelevant.

Weiterhin ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin eine Originalbescheinigung von der Versicherung oder eine amtlich beglaubigte Kopie verlangte. Für die Antragsgegnerin hatte der Nachweis einer Betriebshaftpflicht offensichtlich eine hohe Relevanz, so dass sie auch in formaler Hinsicht hohe Anforderungen stellte. Es obliegt der Vergabestelle, auch die formalen Anforderungen für die Eignungsnachweise festzulegen. Wenn, wie hier, eine Originalbescheinigung oder eine beglaubigte Kopie verlangt werden, dann handelt es sich um eine durchaus für sämtliche Bieter erfüllbare Anforderung an die Form eines Nachweises. Die

Antragsgegnerin verweist zu Recht auf die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 33 Abs. 1 VwVfG, wonach eine amtliche Beglaubigung eines Schriftstückes durch eine Behörde ohne weiteres von den Bietern erreicht werden kann.

bb) Ob auch die anderen hier im Streit stehenden Nachweise, wie der Handelsregisterauszug oder der Nachweis nach der BOKraft zu Recht von der Antragsgegnerin mit der Konsequenz gefordert wurden, dass die Nichtvorlage den Ausschluss des Angebots nach sich zieht,

lässt die Kammer hier dahingestellt. Denn hinsichtlich sämtlicher Eignungsnachweise gilt, dass diese entgegen Art. 44 Abs. 1 und Abs. 2 RL 2004/18/EG vom 31.03.2004 nicht in der Bekanntmachung angegeben waren.

b) Die Antragsgegnerin hat entgegen § 7a Nr. 2 Abs. 3 VOL/A die Eignungsnachweise nicht in der Bekanntmachung gefordert, wozu sie verpflichtet gewesen wäre, sondern diese Nachweise erst in den Verdingungsunterlagen genannt, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.02.2006, Verg 83/05. Die Eignungsnachweise befanden sich unter Punkt 13 in den Verdingungsunterlagen.

Allerdings erfolgte die Bekanntmachung im März 2006, so dass auf die hier im Streit stehende europaweite Ausschreibung hinsichtlich der Eignungsnachweise die Art. 47 und 48 der RL 2004/18/EG vom 31.03.2004 zur Anwendung kommen. Danach können die öffentlichen Auftraggeber die Eignungskriterien, die keine Mindestanforderungen sind, in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angeben, Art. 47 Abs. 4 und Art. 48 Abs. 6 RL 2004/18/EG.

aa) Diese Artikel sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH –zuletzt Urteil vom 05.10.2004, C-397/01- auch unmittelbar anwendbar, weil diese Bestimmungen inhaltlich unbeding und hinreichend genau sind und der Staat die Richtlinie nicht fristgerecht oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat. Der Einzelne kann sich dann vor nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Richtlinie berufen. Diesbezüglich bestehen hinsichtlich der Artikel 44 Abs. 1 und 2, 46, 47 Abs. 4 und 48 Abs. 6 keine Bedenken.

bb) Die Kammer geht davon aus, dass die Aufforderung der Antragsgegnerin, die Eignungsnachweise *mit dem Angebot* vorzulegen, als Mindestanforderung einzustufen ist, so dass diese Eignungsnachweise gemäß Art. 44 Abs. 2 RL 2004/18/EG in der Bekanntmachung anzugeben waren. Sowohl aus dieser Formulierung, aber auch aus der weiteren Auswertung der Angebote, kann geschlossen werden, dass die Antragsgegnerin alle Angebote, die nicht vollständig innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe vorgelegt wurden, ausschließen wollte. Dies hat sie mit Schreiben vom 06.06.2006 auch der Antragstellerin mitgeteilt. Allein das Fehlen der Unterlagen führte zum Ausschluss. Die Antragsgegnerin hat sich gerade nicht die Option offen gelassen, nach Vorlage der Angebote noch Eignungsnachweise nachzufordern, wie dies üblicherweise mit der Formulierung „Nachweise sind auf Verlangen“ vorzulegen, möglich ist.

Gemäß Art. 44 Abs. 2 RL 2004/18/EG können die öffentlichen Auftraggeber Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit stellen, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen. Wenn aber ein Nachweis als Mindestanforderung einzustufen ist, dann muss dieser Nachweis in der Bekanntmachung gefordert werden. Nur solche Nachweise, die keine Mindestanforderungen sein sollen, sondern nur „auf Verlangen“ vorzulegen sind, können

gemäß Art. 47 Abs. 4 und 48 Abs. 6 RL 2004/18/EG auch noch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe genannt werden.

Ausgehend von diesen Überlegungen sind die in Punkt 13 der Verdingungsunterlagen unter Nummer 2 bis 9 genannten Nachweise als Mindestanforderungen einzustufen, die in der Bekanntmachung hätten genannt werden müssen. Der Hinweis der Antragsgegnerin „die Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: siehe Verdingungsunterlagen“, der sich aus der Bekanntmachung ergibt, reichte insofern nicht.

cc) Weiterhin kam ein Ausschluss der Antragstellerin nach Art 46 RL 2004/18/EG ebenfalls nicht in Betracht. Denn die Antragstellerin hatte –bereits in ihrem Angebot mit der Übersicht, datiert vom 29.03.2006- mitgeteilt, dass sie als Einzelhandelskaufmann nicht im Handelsregister eingetragen ist. Müssen Bewerber oder Bieter eine bestimmte Berechtigung besitzen, so kann der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge den Nachweis ihrer Berechtigung oder Mitgliedschaft verlangen. Im Umkehrschluss folgt aus dieser Formulierung des Art. 46 RL 2004/18/EG, dass eine nicht zwingend erforderliche Berechtigung –hier die Eintragung eines Kleingewerbetreibenden im Handelsregister- nicht verlangt werden kann.

c) Weiterhin hat die Antragsgegnerin gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB verstoßen, weil sie das Angebot der Antragstellerin u.a. wegen dem fehlenden Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherung von der Wertung ausgeschlossen hat, das Angebot der Beigeladenen aber in der Wertung belassen hat, obwohl auch dem Angebot der Beigeladenen die Betriebshaftpflichtversicherung –so wie von der Antragsgegnerin gefordert- nicht beilag.

aa) Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 15.12.2004, Verg 47/04 und des OLG Frankfurt, u.a. Beschluss vom 06.03.2006, 11 Verg 11 und 12/05 gilt in diesen Fällen:

Ist das Angebot eines Antragstellers auszuschließen, kann der weitere Fortgang des Vergabeverfahrens weder seine Interessen berühren noch kann der Antragsteller durch eine etwaige Nichtbeachtung vergaberechtlicher Bestimmungen in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Da es dem Antragsteller in einem solchen Fall nach der Rechtsprechung des Senats an der Antragsbefugnis fehlt, weil er auf ein zu Recht ausgeschlossenes Angebot einen Zuschlag nicht erlangen und folglich auch keinen Schaden erleiden kann (§ 107 Abs. 2 GWB), wäre der Nachprüfungsantrag unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz lässt die Rechtsprechung, die die Vergabekammer für zutreffend hält und dieser Entscheidung zugrunde legt, aber in dem Fall zu, in welchem der öffentliche Auftraggeber bei gebührender Beachtung des als verletzt gerügten Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht nur das Angebot des Antragstellers, sondern gleichermaßen auch das allein in der Wertung verbliebene Angebot der Beigeladenen oder alle anderen tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätte ausschließen und beispielsweise ein neues Vergabeverfahren hätte durchführen müssen. Das Gebot, die Bieter gleich zu behandeln, verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, solche Angebote, die vergaberechtlich an demselben (gleichartigen) Mangel leiden, vergaberechtlich gleich zu behandeln, d.h. aus dem übereinstimmend vorliegenden Mangel jener Angebote vergaberechtlich dieselben Konsequenzen zu ziehen. Unter dem Gebot der Gleichbehandlung kann insbesondere nicht das Angebot des Antragstellers einem Ausschluss unterliegen,

zugleich aber gutgeheißen werden, dass der Antragsgegner die ausgeschriebenen Leistungen – und zwar auf das Angebot eines Mitbieters- zu Bedingungen vergibt, die im selben oder in einem gleichartigen Punkt, in dem das Angebot des Antragstellers ausgeschlossen worden ist, Abweichungen von der geforderten Leistung aufweist.

In einem solchen Fall ist vielmehr auch das Angebot des Mitbieters aus der Wertung zu nehmen. An dem bei Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erforderlich werdenden neuen Vergabeverfahren kann der Antragsteller sich beteiligen und ein neues Angebot abgeben, das seine Chance auf einen Zuschlag wahrt. Diese Chance wird dem Antragsteller durch den gerügten Vergaberechtsverstoß genommen, mit der Folge, dass ihm die Antragsbefugnis, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geltend zu machen, ausnahmsweise nicht abzusprechen ist und sein Nachprüfungsantrag zulässig ist und sofern der behauptete Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz festgestellt wird, er in der Sache auch Erfolg hat.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kommt es nicht darauf an, dass hier das Angebot des nicht am Verfahren beteiligten Bieters bereits auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen wurde. Der Ausschluss dieses Bieters hätte bereits nach § 23 Nr. 1 lit. d) VOL/A bei der formalen Prüfung der Angebote erfolgen müssen, weil dieser Bieter wegen der unzulässigen Preisangabe Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen hatte. Bei ordnungsgemäßer Prüfung konnte dieses Angebot überhaupt nicht mehr in die Wertung gelangen. Damit verblieben „in der Wertung“ nur noch die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen.

Im Übrigen kann sich der Gleichbehandlungsgrundsatz nur auf diejenigen Angebote beziehen, die aufgrund eines vergleichbaren Mangels ausgeschlossen werden sollen. Angebote, die zuvor bei ordnungsgemäßer Prüfung oder bereits auf einer vorhergehenden Wertungsstufe vergabefehlerfrei ausgeschlossen wurden, unterliegen nicht mehr dem Gleichbehandlungsgebot. Denn Gleichbehandlung bedeutet, dass einem Bieter ein bestimmter Lebenssachverhalt – wie hier das Fehlen eines Eignungsnachweises- nicht als vergaberechtswidrig vorgehalten werden darf, wenn einem anderen Bieter ein vergleichbarer Lebenssachverhalt nicht als vergaberechtswidrig entgegen gehalten wird. An das Vorliegen eines vergleichbaren Lebenssachverhalts dürfen somit von der Vergabestelle keine unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen geknüpft werden, weil das dem Gebot der Gleichbehandlung widersprechen würde. Im Entscheidungsfall kann die Antragstellerin eine Gleichbehandlung ausschließlich mit solchen Bietern beanspruchen, die in gleicher Weise wie sie selbst ihre fachliche Eignung nicht nachgewiesen haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2003, Verg 20/03).

Darüber hinaus darf es auch keine anderen Angebote mehr geben, die sich auf weiter hinten liegenden Rangpositionen befinden, aber noch in der Wertung sind. Denn in diesen Fällen führt die Berufung des Antragstellers auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Antragsbefugnis, weil er dann jedenfalls keine Chance auf Erhalt des Zuschlags hat. Denn die Vergabestelle hat weitere Angebote, die sie bezuschlagen könnte. Schließlich geht es bei der Nachprüfung nicht um eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern um die Feststellung einer subjektiven Rechtsverletzung beim Antragsteller.

Ausgehend von dieser ständigen Rechtsprechung der o.g. Vergabesenate hält die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag für zulässig und begründet.

bb) Die Antragstellerin erfüllte diese Anforderungen nicht, weil sie ihrem Angebot keine Originalbescheinigung ihrer Versicherung oder eine amtlich beglaubigte Kopie über eine Betriebshaftpflichtversicherung beifügte. Die Vorlage einer Kopie als Anlage zum Nachprüfungsantrag ist nicht ausreichend, sondern insofern wurde in den Ausschreibungsbedingungen die Vorlage mit dem Angebot unmissverständlich verlangt.

cc) Die Beigeladene fügte aber ihrem Angebot ebenfalls keine Betriebshaftpflichtversicherung bei, die der Ausschreibung entsprach.

Die Antragsgegnerin verlangte eine Deckungssumme von 3 Mio. € für Personenschäden und für Sachschäden pro Einzelfall.

(1) Aus dem Wortlaut kann man zunächst schließen, dass nicht zwischen Personen- und Sachschäden unterschieden wird, sondern eine Deckungssumme in Höhe von 3 Mio. € pauschal für beide Schadenereignisse verlangt wird. Darüber hinaus wird für Vermögensschäden eine Versicherungssumme von 200.000 € verlangt.

Versicherungstechnisch wäre es sicherlich auch möglich gewesen, Personen – und Sachschäden getrennt voneinander zu erfassen und zu versichern und für das jeweilige Rechtsgut eine konkrete Schadenssumme anzugeben. Dafür hat sich die Antragsgegnerin hier nicht entschieden. Vielmehr wurden Personenschäden, Sachschäden und Vermögensschäden zusammen- gefasst, wobei lediglich hinsichtlich der Deckungssummen zwischen Personen- und Sachschäden sowie Vermögensschäden differenziert wurde.

Daraus ergibt sich aber nicht, so wie die Antragsgegnerin meint, dass man Personen – und Sachschäden untrennbar miteinander verbunden hat, sondern auch in den Fällen, in denen nur ein Rechtsgut betroffen ist, sollte die Versicherung den Schaden übernehmen. Eine andere Auslegung der Ziffer 8 würde dazu führen, dass ein Versicherungsschutz nur dann vorhanden ist, wenn in einem Schadensfall beide Rechtsgüter beeinträchtigt werden. Ist nur eines der beiden Rechtsgüter verletzt, würde kein Versicherungsschutz bestehen. Dies lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, und wäre versicherungstechnisch auch sicherlich nicht gewollt gewesen. Vielmehr wurde in Ziffer 8 ein Versicherungsschutz für Personenschäden und für Sachschäden verlangt, der entweder alternativ (Personen- oder Sachschaden) oder kumulativ (Personen- und Sachschaden) eintritt.

Für den Eintritt eines Schadens verlangte die Antragsgegnerin den Nachweis über eine Deckungssumme von 3 Mio. € und zwar unabhängig davon, ob lediglich ein Sachschaden oder ein Personenschaden eingetreten ist. Kommt es bei einem Schadeneintritt ausschließlich zu einem Personenschaden, so müsste dieser Schaden von der Betriebshaftpflicht in Höhe von 3 Mio. € abgedeckt sein. Eine Binnendifferenzierung bzw. Begrenzung der Deckungssumme innerhalb dieser Pauschalversicherung lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen.

Dabei wird in Ziffer 8 sehr wohl eine Höchstentschädigung für Personenschäden als Vorgabe gefordert. Denn der Betrag von 3 Mio. € bezieht sich sowohl auf einen Personenschaden als auch auf einen Sachschaden. Weiterhin wird für einen Vermögensschaden eine Entschädigung über 200 000 € gefordert.

Aus dem Angebot der Beigeladenen ergibt sich, dass sie eine kombinierte Betriebs- und Umwelthaftpflichtversicherung hat, die sich auf Personen, Sach- und mitversicherte Vermögensschäden bezieht. Pauschal umfasst die Höchstersatzleistung je Schadenereignis für Personen-, Sach- und mitversicherte Vermögensschäden 5 Mio. € Damit hat die Beigeladene

zunächst die Anforderungen der Ziffer 8 erfüllt. Allerdings ist diese pauschale Schadenssumme für das jeweilige Schadenereignis in Fällen, in denen es zu einem Personenschaden kommt, auf 2,5 Mio. € begrenzt. Denn für die einzelne geschädigte Person wird „lediglich“ die Höchstentschädigung auf 2,5 Mio. € festgesetzt, und zwar unabhängig von der pauschalen Höchstersatzleistung für alle Rechtsgüter in Höhe von 5 Mio. € Insofern wird innerhalb der Pauschalversicherung im Falle von Personenschäden eine Begrenzung vorgenommen, die nicht mit dem Wortlaut der Ziffer 8 übereinstimmt. Diese Haftungsbegrenzung für Personenschäden im Einzelfall entspricht nicht der in Ziffer 8 geforderten Deckungssumme von 3 Mio. € für Personenschäden.

Dabei ist es unerheblich, ob nur eine Person geschädigt wird oder mehrere Personen. Entscheidend ist, dass in Ziffer 8 nicht zwischen der Schädigung einer Person und der Schädigung mehrerer Personen differenziert wird. Vielmehr gibt der Wortlaut der Ziffer 8 lediglich die Kategorie des versicherten Rechtsgutes an, ohne eine mengenmäßige Einschränkung vorzunehmen. Damit erfüllt die Beigeladene nicht die in den Verdingungsunterlagen verlangte Voraussetzung, dass im Einzelfall, also pro Schadenereignis, ein Personenschaden, auch wenn nur eine Person geschädigt wird, bis zu 3 Mio. € abgedeckt ist.

(2) Weiterhin ergibt sich aus dem Wortlaut, dass eine unbegrenzte Versicherungsleistung von den Bietern verlangt wird. Die Antragsgegnerin hat verlangt, dass pro Einzelfall, d.h. für das jeweilige Schadenereignis, der vorgegebene Deckungsumfang gewährleistet werden muss. Dabei bleibt völlig unberücksichtigt, dass dies eine unbegrenzte Haftung bedeuten würde, die so von den Versicherungen nicht angeboten wird. Übersteigen die Schäden in einem Versicherungsjahr eine bestimmte Gesamtleistung, so übernehmen die Versicherungen diese Schäden nicht mehr.

In der Versicherungsbescheinigung der Beigeladenen wird beispielsweise die Gesamtleistung für alle Schadenereignisse **eines Versicherungsjahres** auf 10 Mio. € beschränkt, unabhängig von der Anzahl der Schadenereignisse bzw. Einzelfälle, die pro Versicherungsjahr tatsächlich eingetreten sind.

Folglich erfüllte die Beigeladene mit ihrem Nachweis über die Betriebshaftpflicht auch in diesem Punkt nicht die Voraussetzungen der Verdingungsunterlagen.

dd) Da dem Angebot der Beigeladenen ebenfalls der Nachweis der geforderten Betriebshaftpflichtversicherung fehlte, war es ebenso wie das Angebot der Antragstellerin von der Wertung auf der 2. Wertungsstufe auszuschließen. Denn es handelt sich hier um vergleichbare Mängel.

Gleichartige Mängel liegen vor, wenn die Abweichungen in den Angeboten der Bieter auf derselben Wertungsstufe zu einem Ausschluss des jeweiligen Angebotes führen müssen. Dies gilt erst recht für die Voraussetzungen, die zwingende Ausschlussgründe darstellen und nicht dem Beurteilungsspielraum der Vergabestelle unterliegen. Gleichbehandlung durch die Vergabestelle bedeutet dann, dass auf einer Wertungsstufe die Angebote der Bieter vergaberechtlich den gleichen Konsequenzen unterliegen, VK Münster, Beschluss vom 13.12.2005, VK 24/05. Ob Angebotsmängel identisch oder gleichartig sind, d.h. ob sie im Wesentlichen gleich sind und ein Bieter deshalb einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren hat, beurteilt sich nicht von der Rechtsfolgenseite. Maßgebend ist vielmehr der den Mängeln zugrunde liegende Lebenssachverhalt. Nur tatsächlich im Wesentlichen gleiche Angebotsmängel können ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung begründen. An

dem notwendigen Maß von Gleichheit fehlt es, wenn dem einen Angebot ein geforderter Eignungsnachweis, dem anderen aber eine Preisangabe fehlt, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2006, Verg 98/05.

Ausgehend von diesen Überlegungen, handelt es sich hier um vergleichbare Mängel. Denn beide Bieter haben keine Betriebshaftpflichtversicherung nachgewiesen. Es handelt sich um Eignungsnachweise, die von der Antragsgegnerin gefordert waren, und bei Nichtvorlage zwingend zum Ausschluss des Bieters von der Wertung auf der 2. Wertungsstufe führen mussten.

ee) Dass dem Angebot der Antragstellerin auch weitere Unterlagen nicht beigelegt waren, wie ein Handelsregisterauszug oder die Bescheinigung, dass die für den Einsatz vorgesehenen Fahrzeuge der BOKraft und dem Anforderungskatalog für Kraftomnibusse und Kleinbussen entsprechen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

Die Frage, ob das Angebot eines Bieters daneben aus anderen nicht unbedingt gleichartigen Gründen auszuschließen ist, spielt für die Entscheidung keine Rolle und kann daher unbeantwortet bleiben (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2005, Verg 40/05). Ein Mehr an Eignung gibt es nicht. Die Eignung eines Bieters kann nur insgesamt festgestellt werden und nicht etwa prozentual berechnet werden.

III.

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

1. Die Antragstellerin ist hier allerdings nicht durch die nicht ordnungsgemäße Bekanntmachung der Eignungsnachweise in ihren Bieterrechten verletzt, weil dieser Vergaberechtsverstoß jedenfalls keine feststellbaren Auswirkungen auf das Angebot der Antragstellerin bzw. ihrer Position als Bieterin gehabt hat. Die Antragstellerin hat als Bieterin die Verdingungsunterlagen erhalten und war somit über die verlangten Nachweise, insbesondere auch die Betriebshaftpflichtversicherung, informiert. Nicht ordnungsgemäße Ausschreibungen sind so zu korrigieren, dass die Verletzung der Rechte der Bieter rückgängig gemacht wird, und zwar unabhängig von der Feststellung der Antragsbefugnis eines Antragstellers. Allerdings muss dann feststellbar sein, dass infolge dieser Vergaberechtsverstöße auch die Antragstellerin in ihren Bieterrechten verletzt ist. Eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle eines Vergabeverfahrens durch die Vergabenachprüfungsinstanzen findet nicht statt und wird auch nicht durch §§ 114 Abs. 1, 110 Abs. 1 GWB eröffnet, VK Münster, Beschluss vom 25.01.2006, VK 23/05; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2004, Verg 7/04; Beschlüsse vom 16.03. und 15.06.2005, VII Verg 5/05. Das ist hier nicht der Fall.

2. Die Antragstellerin ist aber in ihrem Recht auf Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB verletzt, auf dessen Einhaltung sie als Bieterin in einem Vergabeverfahren einen Anspruch hat (§ 97 Abs. 7 GWB). Denn im Ergebnis liegt kein Angebot vor, das der Leistungsbeschreibung entspricht. An einem neuen Vergabeverfahren könnte die Antragstellerin sich mit Chancen auf einen Zuschlag abermals beteiligen.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergeben sich folgende Konsequenzen:

Die Antragsgegnerin kann das Vergabeverfahren unter Beachtung der Mitteilungspflichten (§ 26a VOL/A) gemäß § 26 Nr. 1 lit. a) VOL/A aufheben, weil kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht, um den Auftrag dann erneut auszuschreiben. Die Antragsgegnerin kann den Auftrag aber auch gemäß § 3a Nr. 4 lit. a) VOL/A im Verhandlungsverfahren vergeben, wenn in einem offenen Verfahren nur Angebote im Sinne von § 25 Nr. 1 abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrages nicht grundlegend geändert werden (in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.06.2004, VII-Verg 22/04 und Beschluss vom 15.12.2004, VII-Verg 47/04).

Die Entscheidung über die Aufhebung einer Ausschreibung ist nach § 26 VOL/A in das pflichtgemäße Ermessen der Vergabestelle gestellt. Eine Anordnung auf Aufhebung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen kommt demnach nur im Ausnahmefall in Betracht, wenn das Ermessen der Vergabestelle auf Null reduziert ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2005, VII-Verg 40/05). Hier kommt jedoch eine andere Entscheidung, als die Aufhebung der Ausschreibung, wohl nicht mehr in Betracht, denn die Voraussetzungen für den Übergang in das Verhandlungsverfahren nach § 3a Nr. 1 Abs. 4 lit. a) und § 3a Nr. 2 VOL/A, Art. 30 Abs. 1 RL 2004/18/EG liegen nicht vor. Wenn der Übergang in das Verhandlungsverfahren nicht zulässig ist, bleibt nur noch die Aufhebung.

a) Die Voraussetzungen des § 3a Nr. 1 Abs. 4 lit. a) VOL/A liegen nicht vor, weil damit nur die Fälle erfasst werden, in denen aus rein formalen Gründen Angebote auf der ersten Wertungsstufe gemäß § 25 Nr. 1 VOL/A auszuschließen sind und folglich keine abschließende Wertung aufgrund dieser Tatsachen möglich war. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass bei der Wiederholung der Ausschreibung kein besseres Wettbewerbsergebnis erzielt wird.

Auf der ersten Stufe werden die Erklärungen und Angaben der Bieter geprüft, aber nicht die Eignungsnachweise. Aus § 3a Nr. 1 Abs. 4 lit. a) Satz 2 VOL/A lässt sich entnehmen, dass in das Verhandlungsverfahren anschließend alle Unternehmen einzubeziehen sind, die die Voraussetzungen des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A erfüllen. Daraus folgt, dass die Fortsetzung der Vergabe im Verhandlungsverfahren wohl nur möglich ist, wenn alle Bieter zunächst einmal die Eignungsnachweise vollständig vorgelegt haben. Die Eignung der Bieter muss feststellbar sein. Genau dies ist hier nicht der Fall. Dies ist auch vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebotes zu verstehen. Denn möglicherweise würden auch andere Interessenten sich an der neuen Ausschreibung beteiligen, wenn die Anforderungen an die Eignung geändert bzw. herabgesetzt werden.

b) Die Voraussetzungen des § 3a Nr. 2 lit. a) VOL/A liegen nicht vor, weil die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend unverändert bleiben können. Die Antragsgegnerin müsste hier klären, ob sie einen Handelsregisterauszug auch für Kleingewerbetreibende verlangt.

Dann sind die Fragen hinsichtlich der Betriebshaftpflichtversicherung zu klären. Bei der hier im Streit stehenden Konstellation muss die Antragsgegnerin zumindest hinsichtlich der Anforderungen an die Betriebshaftpflichtversicherung für alle Bieter oder auch Interessenten eine neue Formulierung finden. Denn die unbegrenzte Deckung für Personen- und Sachschäden ist eine Voraussetzung, die versicherungstechnisch nicht erfüllt werden kann. Möglicherweise hat dies auch dazu geführt, dass einige Bieter zwar die Unterlagen

anforderten, aber lediglich drei Angebote eingereicht wurden. Insofern bleibt nur noch die Aufhebung der Ausschreibung. Andererseits hat die Antragsgegnerin der Betriebshaftpflicht eine hohe Relevanz beigemessen, so dass sie diesen Eignungsnachweis nicht einfach fallen lassen wird.

c) Letztlich ist aber der Übergang in das Verhandlungsverfahren hier auch deshalb problematisch, weil bereits die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU nicht ordnungsgemäß war.

Die Kammer sieht vor dem Hintergrund, dass ein Übergang in das Verhandlungsverfahren hier rechtlich nicht in Betracht kommt, keine andere Möglichkeit, als die Aufhebung der Ausschreibung anzuordnen.

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 einheitlichen Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxx € ausgehend vom Auftragswert aus dem Angebot der Antragstellerin für einen Zeitraum von 6 Jahren festzusetzen. Da hier ein Gesamtpreis für die Laufzeit des Vertrages geschätzt werden kann, gilt § 3 Abs. 2 VgV.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter, soweit er im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen. Demzufolge hat die Antragsgegnerin diese Kosten zu tragen. Sie ist aber von der Zahlung der Gebühr nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes befreit.

V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabepflichtstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Kartellvergaberecht hier streitentscheidend waren. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin diese Aufwendungen zu tragen.

VI.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer § 50 Abs. 2 GKG analog zugrunde legen und 5 % der Auftragssumme auf Antrag einer Partei festsetzen.

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.

Diemon-Wies

Vogel