



**Vergabekammer  
bei der Bezirksregierung  
Münster**

**Beschluss**

**Leitsätze**

- 1. Bereits geschlossene Verträge stehen der Nachprüfung nicht entgegen, wenn der Zuschlag wegen Verstoßes gegen § 13 VgV nicht wirksam erteilt wurde.**
- 2. Eine Vergabestelle, die lediglich eine beschränkte Ausschreibung durchführt, obwohl eine europaweite Ausschreibung erforderlich war, führt kein geregeltes förmliches Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB durch. Bei diesen sogenannten de facto Vergaben obliegt dem Bieter keine Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.**
- 3. Die Vergabekammern können allein das Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung nicht zum Anlass für eine Rechtmäßigkeitskontrolle nehmen. Vielmehr muss der Antragsteller darlegen, dass er durch diesen Vergaberechtsverstoß tatsächlich in seinen Rechten gemäß § 114 Abs. 1 GWB verletzt ist.**
- 4. Wenn die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen bestimmte Erklärungen als Mindestanforderungen fordert, dann hat sie sich bereits im Vorfeld gegenüber den Interessenten festgelegt und ihr Ermessen im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A entsprechend ausgeübt. Auch im Anwendungsbereich der VOL/A sind somit solche Angebote, die die vom Auftraggeber geforderten Erklärungen nicht vollständig enthalten, unter den vergaberechtlichen Geboten des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung von der Wertung genauso zwingend auszuschließen, wie dies unter der Geltung der VOB/A geboten ist.**

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

**VK 12/06**

des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragsteller**

**Verfahrensbevollmächtigte**

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

den xxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragsgegnerin**

**Beigeladene zu 1) bis 22)**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 1)**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 15)**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2006 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Schopmeyer

am **19. September 2006** entschieden:

1. Es wird festgestellt, dass die mit den Beigeladenen zu 1) bis 15) geschlossenen Verträge zur Durchführung von Schülerspezialverkehre zur xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx für das Schuljahr 2006/2007 nichtig sind.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Wertung sämtlicher Angebote einschließlich dem Angebot des Antragstellers für die xxxxxxxxx Schule erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
3. Nach Rücknahme des Antrags auf Nachprüfung der Vergabeentscheidung hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule, wird das Verfahren bezüglich dieser Ausschreibung eingestellt.
4. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx €festgesetzt.
5. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten zu 2/3. Der Antragsteller trägt 1/3 der Kosten, wobei davon nur die Hälfte in Ansatz gebracht wird.
6. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsteller wird für notwendig erklärt. Die Aufwendungen des Antragstellers für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung trägt die Antragsgegnerin zu 2/3.
7. Die Beigeladenen tragen ihre Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung selbst.

**Gründe**

**I.**

Die Antragsgegnerin schrieb die Beförderung von Schülerinnen und Schülern zur xxxxxxx-xxxxxxx-Schule in xxxxxxxxxxx und zur xxxxxxxxxxxxxxxxxxx in xxxxxxxund xxxxxxxxxxxxxxx für das Schuljahr 2006/2007 in einem beschränkten förmlichen Verfahren aus, indem sie be-

stimmten Unternehmern innerhalb des Kreisgebietes die Ausschreibungsunterlagen übersandte. Der Gesamtauftragswert liegt entsprechend dem Ausschreibungsergebnis bei ca. 350.000 € für die xxxxxxxx Schule und ca. 240.000 € für die xxxxxxxxxxxxxxxx Schule.

Die Ausschreibungsunterlagen für beide Vergabeverfahren bestanden aus einem Anschreiben der Antragsgegnerin, den Allgemeinen Vorbemerkungen und Bewerbungsbedingungen (Anlage a), dem Vordruck „Bestimmungen und Hinweise für die Beförderung von SchülerInnen“ (Anlage b), der Leistungsbeschreibung – Lose 1 bis 71 (Anlage c) und dem Vordruck „Bietererklärung“ (Anlage d). Ohne öffentliche Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin insgesamt 94 Unternehmer auf, ein Angebot abzugeben.

Die Anschreiben der Antragsgegnerin an die Unternehmer datieren vom 20.06.2006. Diesen Anschreiben fügte die Antragsgegnerin die o.g. Anlagen a) bis d) bei. Weiterhin bestimmte sie dort: „ Falls Sie an dem Beförderungsvertrag interessiert sind, werden Sie gebeten, Ihr Angebot (**bestehend aus den Vorbemerkungen, dem Leistungsverzeichnis und der Bietererklärung – Unterschriften nicht vergessen!**) in dem beigelegten Umschlag verschlossen bis zum Einreichungstermin/Eröffnungstermin am Donnerstag, den 13.07.2006, 11.30 Uhr, an den Kreis xxxxxxxx einzusenden oder abzugeben.“

Weiterhin teilte die Antragsgegnerin dort mit, dass der Zuschlag bis zum 27.07.2006 erfolgen soll. Falls Bieter bis dahin keinen Auftrag erhalten hätten, sei ihr Angebot nicht berücksichtigt worden.

In den Vorbemerkungen bestimmte die Antragsgegnerin:

„**Unterzeichnung des Angebots:** Das folgende Leistungsverzeichnis und die Bietererklärung sind vom Bieter zu unterschreiben. Dadurch erklärt er sich mit den Bedingungen und Auflagen der Vorbemerkungen und des Leistungsverzeichnisses vorbehaltlos einverstanden. Angebote, die nicht unterzeichnet und vollständig ausgefüllt sind, werden bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt. Dieses gilt ebenso für die Bietererklärung.“

Die Bestimmungen und Hinweise für die Beförderung enthalten bestimmte Vertragspflichten. So werden die Unternehmer beispielsweise verpflichtet, in der Regel dasselbe Personal einzusetzen, hinsichtlich der Kraftfahrzeuge und deren Ausstattung wird auf die BOKraft verwiesen und das Personal muss für die Schülerbeförderung geeignet sein. Weiterhin finden sich dort Regelungen zur Haftung, zur Versicherung, zur Vertragsdauer und zur Kündigung.

Am Ende dieses Vordruckes befindet sich ein Kästchen, in dem in Fettdruck folgender Hinweis steht:

„**Den Beförderungsauftrag nehme ich hiermit an. Von den o.a. Bestimmungen und Hinweisen für die Beförderung von Schülern und Schülerinnen der xxxxxxxx Schule in xxxxxx und xxxxxxxxxxxxxxxx (bzw. der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule in xxxxxxxxx) habe ich Kenntnis genommen. Ich versichere, alle Bestimmungen sowie die Vorgaben im Auftragschreiben zu beachten.**

Ort, Datum

Unterschrift des Unternehmers“

Dann folgt in Fettdruck:

„**Eine Ausfertigung dieses Vordruckes ist unterschrieben an den Kreis xxxxxxxxx zurückzusenden.**“

Das Leistungsverzeichnis für beide Schulen besteht aus insgesamt 71 Losen, wobei jedes Los eine Verbindung von einem bestimmten Ort zum Schulstandort (Linie bzw. Strecke) beinhaltet.

tet. In einer tabellarischen Übersicht werden alle Lose zusammengestellt, getrennt nach dem Schulorten xxxxxxxx und xxxxxxxxxxxxxxxx. Gleiches gilt für die Ausschreibung für die Schulstandorte in xxxxxxxxxxxx.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 30 Angebote für die xxxxxxxxxxxxxxxx und 21 Angebote für die xxxxxxxxxxxxxxxx. Aus den Vergabevermerken ergibt sich, dass sie insgesamt 13 Angebote ausschloss, weil sie diese für ungültig hielt.

Die Angebote des Antragstellers vom 28.06.2006 schloss die Antragsgegnerin ebenfalls aus, weil er die Anlage b) nicht beigelegt hatte. Der Antragsteller hatte Angebote für die Lose 1 bis 29 sowie 50 bis 55 für die xxxxxxxx Schule und Angebote für die Lose 66, 67, 70 und 71 für die xxxxxxxxxxxxxxxx Schule abgegeben. Ausweislich der Vergabeakte der Antragsgegnerin lag der Antragsteller bei 10 Losen für die xxxxxxxx Schule preislich günstiger, als die bezuschlagten Angebote. Demgegenüber waren hinsichtlich der xxxxxx-xxxxxx Schule die bezuschlagten Angebote für die Lose 66, 67, 70 und 71 preislich günstiger als die Angebote des Antragstellers.

Mit Schreiben vom 19.07.2006 erteilte die Antragsgegnerin den von ihr ausgewählten Bietern die Aufträge für die Lose 1 bis 52. Diese Bieter wurden mit Beschluss vom 14.08.2006 beigelegt. Da die Antragsgegnerin keine gültigen Angebote für die Lose 53 bis 55 erhielt, fragte sie erneut telefonisch bei verschiedenen Taxiunternehmen nach. Die mit Beschluss vom 15.08.2006 Beigeladene zu 15) erhielt schließlich die Aufträge für die Lose 53 bis 55, nachdem sie der Antragsgegnerin per Email ein Angebot übersandt hatte. Die mit Beschluss vom 16.08.2006 Beigeladenen zu 16) bis 21) erhielten die Aufträge für die Lose 60 bis 71. Auf Antrag erfolgte dann noch die Beiladung des Beigeladenen zu 22) mit Beschluss vom 11.09.2006.

Nachdem der Antragsteller telefonisch von der Antragsgegnerin erfahren hatte, dass seine Angebote wegen formeller Unvollständigkeit ausgeschlossen wurden, weil die Anlage b) nicht beigelegt war, rügte er dies mit Schreiben vom 01.08.2006 und beantragte am 02.08.2006 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Antrag wurde der Antragsgegnerin am 03.08.2006 zugestellt.

Der Antragsteller ist der Auffassung, dass seine Angebote vergaberechtswidrig von der Wertung ausgeschlossen wurden. Der Ausschluss seiner Angebote würde gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Er behauptet, seine Angebote seien vollständig gewesen. Denn ausweislich der Ausschreibung, sei der Vordruck „Bestimmungen und Hinweise für die Beförderung“, der im Anschreiben der Antragsgegnerin als Anlage b) bezeichnet wurde, für ein wirksames Angebot nicht erforderlich gewesen. Allein aus der Formulierung der auf der Anlage b) angebrachten Unterschriftszeile könne nur geschlossen werden, dass nach Erteilung des Auftrages der Beförderungsauftrag durch den Bieter angenommen werde und der Vordruck erst dann unterschrieben zurückzusenden war. Ein solches Auftragsschreiben habe er von der Antragsgegnerin aber nicht bekommen. Infolgedessen habe er die Anlage b) nicht unterschrieben zurücksenden können, weil dies eine Blankoverpflichtung zu seinen Lasten bedeutet hätte. Zudem habe er die Anlage b) mit den Ausschreibungsunterlagen nur in einfacher Ausfertigung erhalten. Auch habe die Vorgängerin der jetzigen Sachbearbeiterin bei der Antragsgegnerin diese Anlage b) immer erst nach Auftragserteilung zurückgefordert.

Weiterhin trägt der Antragsteller vor, dass die Antragsgegnerin die Zuschläge an andere Bieter vergeben habe, die jedoch keine günstigeren Angebote abgegeben hätten. Er habe somit

gute Aussichten auf Erteilung des Zuschlags gehabt, wenn seine Angebote gewertet worden wären.

Der Antragsteller meint, er habe auch ordnungsgemäß mit Schreiben vom 01.08.2006 die fehlerhafte Wertung gerügt. Hinsichtlich der Rüge verweist der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers darauf, dass der Antragsteller die Rüge selbst an die Antragsgegnerin gefaxt habe. Damit habe er zu erkennen gegeben, dass er auf den Inhalt des Schreibens Bezug nehme und die Vertretung seiner Interessen durch den Unterzeichner begehre. Der Antragsteller habe somit eigenhändig das Vergabeverfahren gerügt. Aber es habe zu dem Zeitpunkt auch schon eine Bevollmächtigung vorgelegen; die Vollmachtsurkunde sei lediglich durch den Unterzeichner nicht offengelegt worden.

Nachdem die Antragsgegnerin die nicht ordnungsgemäße Bevollmächtigung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers beanstandet hatte, legte dieser eine Untervollmacht mit Datum vom 31.07.2006 vor und wies darauf hin, dass der Antragsschrift eine veraltete Vollmacht beigelegt habe. Eine Beschränkung der Vollmacht auf die dort aufgeführten Rechtsanwälte sei nie erfolgt.

Zudem rügte der Antragsteller während des laufenden Nachprüfungsverfahrens, dass kein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt wurde. Der Antragsteller trägt vor, er habe diesen Verstoß nicht früher rügen können, weil ihm dieser nicht bekannt gewesen sei.

Mit der Antragsschrift hat der Antragsteller sowohl das Vergabeverfahren für die xxxxxxxxxx Schule als auch für die xxxxxxxxxxxxxx Schule angegriffen. Der Antragsteller ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin der Auffassung, auch für die xxxxxxxxxxxxxx Schule sei eine europaweite Ausschreibung erforderlich gewesen. Die Schätzung der Antragsgegnerin leide unter schweren Mängeln, denn sie basiere auf dem Auftragsumfang von vor 2 Jahren, ohne die Inflation und eine realistische Preissteigerung zu berücksichtigen. Tatsächlich habe die Ausschreibung auch ergeben, dass der Auftragswert bei fast 250.000 € liege.

In der mündlichen Verhandlung wies die Vorsitzende darauf hin, dass die Anlage b) wohl nicht zeitgleich mit dem Angebot zurückzugeben war. Das Angebot des Antragstellers war somit nicht unvollständig. Daraufhin trägt der Antragsteller vor, dass es ihm entscheidend auf die Neuwertung der Angebote unter Einbeziehung seines Angebotes ankomme. Wenn es wegen der fehlenden Anlage b) zu einer Neuwertung kommen müsse, so habe er kein Interesse daran, die Rüge wegen der unterbliebenen europaweiten Ausschreibung aufrechtzuerhalten, nur um zu einer Aufhebung der Ausschreibung zu kommen. Der Antragsteller nahm diese Rüge ausweislich der Niederschrift damit ausdrücklich zurück.

Damit hatte aber auch sein Antrag auf Überprüfung der Vergabeentscheidung hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxx Schule keine Aussicht mehr auf Erfolg. Denn ausweislich der Ausschreibungsunterlagen lag der Antragsteller mit seinen Angeboten zu den Losen 66, 67, 70 und 71 preislich höher als die bezuschlagten Angebote. Eine Neuwertung der Angebote für die xxxxxxxxxxxxxx Schule unter Einbeziehung des Angebots des Antragstellers würde somit für den Antragsteller keine Auswirkungen haben. Jedenfalls würde er auf keines seiner Angebote für die xxxxxxxxxxxxxx Schule einen Zuschlag erhalten. Der Antragsteller nahm deshalb seinen Nachprüfungsantrag in der mündlichen Verhandlung durch einen entsprechenden Rücknahmeantrag insoweit zurück.

Der Antragsteller beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren bezüglich der xxxxxxxxxx Schule nur unter Berücksichtigung der Angebote des Antragstellers zu erteilen. Im Übrigen wird der Antrag auf Überprüfung des Vergabeverfahrens hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule zurückgenommen,
2. bisher erteilte Zuschläge an die Beigeladenen zu widerrufen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers für notwendig zu erklären,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung des Antragstellers aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,  
den Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hält das Nachprüfungsverfahren für unzulässig, weil der Antragsteller den Vergaberechtsverstoß nicht ordnungsgemäß nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB gerügt habe. Hier sei aufgrund des Gesamtauftragswertes eine europaweite Ausschreibung erforderlich gewesen, die aber nicht durchgeführt wurde. Das hätte der Antragsteller erkennen können. Dennoch habe er die Durchführung eines nationalen Vergabeverfahrens nicht gerügt. Die Antragsgegnerin meint, die erkennbar falsche Vergabeart hätte der Antragsteller unverzüglich beanstanden müssen, um mit seinem weiteren Vorbringen nicht präkludiert zu sein. Nur so habe er überhaupt die Möglichkeit, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Da die Rüge der falschen Vergabeart nicht erfolgte und nicht mehr erfolgen kann, sei der Antragsteller auch mit seinem Vorbringen einer vergaberechtswidrigen Wertung präkludiert.

Zudem hätte der Antragsteller den Schätzwert für den Auftrag selbst aufgrund seiner Kalkulation berechnen können. Das OLG Bremen habe mit Beschluss vom 18.05.2006 darauf hingewiesen, dass auf jeden Fall eine Rügepflicht wegen der falschen Vergabeart bestehe, wenn das Erreichen des Schwellenwertes fraglich sei. Das OLG Bremen habe deswegen den EuGH angerufen. Da die Klärung dieser Rechtsfrage für den vorliegenden Fall ebenfalls von entscheidender Bedeutung sei, sollte das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO hier auch ausgesetzt werden.

Die Antragsgegnerin meint, der Antragsteller habe auch nicht unverzüglich gerügt, weil die Rüge vom 01.08.2006 von einem vollmachtlosen Vertreter abgegeben worden sei. Ausweislich der dem Nachprüfungsantrag beigefügten Vollmacht, sei gerade nicht der Unterzeichner der Rüge mit der Vertretung der Interessen des Antragstellers beauftragt gewesen, sondern nur die namentlich dort genannten Rechtsanwälte der Sozietät. Bei der Rüge handele es sich um eine geschäftsähnliche Handlung, die unter § 180 Satz 1 BGB falle. Bei einer geschäftsähnlichen Handlung sei die Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Eine nachträgliche Genehmigung scheide aus, da diese Genehmigung innerhalb der Frist für eine Rüge hätte erteilt werden müssen, was hier nicht mehr möglich sei.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, das Vergabeverfahren für die Beförderungsverträge zur xxxxxxxxxxxxxxxx Schule habe nicht einer Eu-weiten Ausschreibung unterlegen, weil der Schwellenwert von 200.000 € nicht überschritten worden sei. Der Auftragswert sei zu schätzen. Ausgehend von dem Auftrag für 2004/05 an ein Taxi-Unternehmen zu einem Preis von 180.000 €, der für das Schuljahr 2005/06 verlängert worden sei, habe sie für das Schuljahr 2006/07 realistisch annehmen dürfen, dass der Schwellenwert von 200.000 € nicht überschritten werde. Da der geschätzte Auftragswert darüber entscheidet, ob das Nachprüfungsverfahren zu den Vergabekammern eröffnet wird, sei die Überprüfung des Vergabeverfahrens hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule unzulässig.

Jedenfalls sei der Antrag auf Nachprüfung hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule unbegründete. Denn der Antragsteller habe aufgrund seiner angebotenen Preise keine Chance auf Erteilung des Zuschlags.

Die Antragsgegnerin ist weiterhin der Auffassung, dass die Reichweite des § 13 VgV sich auf die Fälle begrenze, in denen ein Vergabeverfahren nach dem Kartellvergaberecht stattgefunden habe. Sei außerhalb eines förmlichen Kartellvergabeverfahrens eine Information unterblieben, so könne daraus nicht zwingend auf die Nichtigkeit des erteilten Zuschlags geschlossen werden. In diesem Falle könne der Antragsteller nur noch auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen werden.

Darüber hinaus meint die Antragsgegnerin, der Antragsteller hätte sie rechtzeitig, d.h. bis zum 13.07.2006, darüber informieren müssen, dass er keine Information nach § 13 VgV erhalten habe.

Zudem vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil das Angebot des Antragstellers zwingend gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A auszuschließen gewesen sei. Denn der Antragsteller habe die Anlage b) nicht unterschrieben zurückgeschickt. Damit fehle eine geforderte Erklärung. Das Anschreiben sei zwar missverständlich hinsichtlich der Anlage b) gewesen. Gleichwohl habe der Antragsteller aber aus den gesamten Ausschreibungsunterlagen erkennen können und müssen, dass die Abgabe der Anlage b) als ein Umstand ausgewiesen war, der für die Vergabeentscheidung relevant sein sollte, so dass die Nichtabgabe dieser Erklärung mit dem Angebot zwingend zum Ausschluss führen musste. Anhand der auf der Anlage b) angebrachten Unterschriftenzeile sei erkennbar gewesen, dass die unterschriebene Einreichung dieser Anlage von der Antragsgegnerin gefordert wurde, weil nur so sichergestellt werden konnte, dass im Falle des Zuschlags diese Bestimmungen Grundlage des Beförderungsauftrages werden.

**Die Beigeladenen** erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 29.09.2006 verlängert. Am 12.09.2006 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).

Gemäß § 100 Abs. 1 GWB gilt der 4. Teil des GWB für Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 127 festgelegt sind. Gemäß § 2 Nr. 3 VgV ist für alle Liefer- und Dienstleistungsaufträge der 4. Teil des GWB anzuwenden, wenn ein Schwellenwert von 200.000 € ohne Umsatzsteuer überschritten wird.

Maßgebend für die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB und die Bestimmungen der Vergabeverordnung ist nach dem klaren Wortlaut von § 100 Abs. 1 GWB, ob der geschätzte Auftragswert den sogenannten Schwellenwert erreicht, nicht jedoch, ob der öffentliche Auftraggeber eine förmliche Ausschreibung vorgenommen hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.03.2004, Verg 74/03).

Der Gesamtauftragswert für die Beförderungsleistungen für das Schuljahr 2006/2007 zur xxxxxxxxx Schule beträgt ausweislich der Ausschreibung ca. 350 000 € und übersteigt damit den erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

Gleiches gilt hinsichtlich der Aufträge für die xxxxxxxxxxxxxxx Schule. Die Schätzung des Schwellenwertes erfolgt aufgrund einer Prognose des Auftraggebers zu Beginn der Ausschreibung, die in sich schlüssig und nachvollziehbar sein soll und in einem Vergabevermerk dokumentiert sein muss, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004, Verg 1/04; Beschluss vom 30.07.2003, Verg 5/03. Ausweislich der Vergabeunterlagen fehlt es bereits an einer ordnungsgemäßen Dokumentation im Vergabevermerk, die hier sicherlich erforderlich gewesen wäre, weil aus den bisherigen Ausschreibungen bekannt war, dass der Schwellenwert nur geringfügig unterschritten wurde. Entscheidend ist aber, dass der Auftragswert hier ausweislich des Ausschreibungsergebnisses tatsächlich falsch geschätzt wurde, so dass nicht von einer ordnungsgemäßen Schätzung ausgegangen werden kann, und dies zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens aufgrund der vorhergehenden Vergaben ohne weiteres erkennbar war.

Dabei ist hier von einem Gesamtauftragswert für die Beförderungsleistungen zur xxxxxxxxxxxxxxx Schule von ca. 245.000 € auszugehen, so dass auch nach Abzug der Umsatzsteuer noch der Schwellenwert überschritten wird.

Da die Auftragswerte für beide Vergabeverfahren eindeutig den Schwellenwert von 200.000 € übersteigen, ist der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen eröffnet.

A) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die bereits mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge stehen der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 97 ff. GWB nicht entgegen. Zwar kann die Vergabekammer bereits erteilte Zuschläge gemäß § 114 Abs. 1 GWB nicht aufheben. Allerdings muss der Zuschlag dann *wirksam* erteilt worden sein. Das ist hier nicht der Fall, weil die Antragsgegnerin gegen § 13 VgV verstoßen hat.

Gemäß § 13 VgV hat der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, zu informieren. Erst 14 Kalendertage nach Absendung dieser Information darf der Vertrag geschlossen werden. Wird ein Vertrag vor Ablauf dieser Frist oder ohne dass die Information erteilt wurde, geschlossen, ist dieser Vertrag nach § 13 Satz 6 VgV nichtig. Liegen die Voraussetzungen für eine europaweite Ausschreibung – wie hier – vor, ist § 13 VgV von Amts wegen durch die Vergabestellen zu beachten.

Die Antragsgegnerin hat hier eine de facto Vergabe vorgenommen, weil sie kein geregelter Vergabeverfahren, wie dies nach dem 4. Teil des GWB bei Auftragswerten von über 200 000 € im Dienstleistungsbereich erforderlich ist, durchführte, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006, VII Verg 26/06. Hat ein derart geregelter Vergabeverfahren nicht stattgefunden, ist § 13 VgV zwar nicht unmittelbar, aber analog anzuwenden. Die Vorschrift ordnet die Informationspflicht und die Nichtigkeit des Vertrages im Falle ihrer Missachtung im Interesse

der übergebenen Bieter an, weil diese anderenfalls zunächst unerkannten Verstößen gegen das Vergaberecht nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg begegnen könnten. Dieses Anliegen ist nicht auf den geregelten Fall beschränkt, sondern in ihm kommt ein Grundprinzip effektiven Rechtsschutzes zum Ausdruck, so dass die Regelung auch bei vergleichbaren Sachverhalten heranzuziehen ist, BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist die Anwendung des § 13 VgV eben nicht von der Durchführung eines förmlichen Kartellvergabeverfahrens, also der tatsächlichen Durchführung einer europaweiten Ausschreibung, abhängig, siehe u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.12.2003, Verg 37/03; Beschluss vom 25.01.2005, Verg 93/04; KG Beschluss vom 04.04.2002, KartVerg 5/02; BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04.

Da die Antragsgegnerin die Informations- und Wartepflicht nach § 13 VgV hier nicht beachtet hat, ist die Nichtigkeit der bereits abgeschlossenen Verträge von der Vergabekammer anzuordnen. Die Nichtigkeit wird durch die Vergabekammer aber nur dann im Beschluss festgestellt, wenn der Antragsteller tatsächlich in seinen Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt ist. Dies ist eine Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrages.

2. Der Antragsteller ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB 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.

An die Darlegung eines drohenden Schadens sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, keine sehr hohen Anforderungen zu stellen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist.

a) Das Angebot des Antragstellers für die Beförderung der SchülerInnen zur xxxxxxxxxx Schule ist hinsichtlich der Lose 8, 10, 13, 14, 19, 23, 25, 26, 28 und 52 preislich günstiger als das letztlich jeweils bezuschlagte Angebot von einem der Beigeladenen zu 1) bis 15). Sollte das Angebot des Antragstellers somit zu Unrecht ausgeschlossen worden sein, so droht ihm ein Schaden.

b) Dem Antragsteller kann auch die Antragsbefugnis zur Nachprüfung der Ausschreibung von Beförderungsleistungen zur xxxxxxxxxxxxxxxx Schule grundsätzlich nicht abgesprochen werden, auch wenn er ausweislich seiner im Angebot angegebenen Preise nicht den Zuschlag erhalten kann, weil andere Bieter preislich günstiger angeboten haben. Denn für den Fall, dass die Aufhebung der Ausschreibung wegen gravierender Verstöße gegen europarechtliche Vorschriften erforderlich sein sollte, so hätte der Antragsteller die Chance sich mit einem neuen Angebot an einer neuen Ausschreibung zu beteiligen.

c) Allerdings bleibt festzustellen, dass der Antragsteller gemäß § 114 Abs. 1 GWB nicht in seinen Rechten verletzt ist, wenn es lediglich zu einer Neuwertung der Angebote für die xxxxxxxxxxxxxxxx Schule kommt. Denn mit seinen Angebotspreisen hätte der Antragsteller keine Chance auf Erteilung des Zuschlags in diesem Vergabeverfahren gehabt. Diese Tatsache ergab sich aber erst aus den Ausschreibungsunterlagen und einem Vergleich der Angebote. Diese Informationen hatte der Antragsteller bei der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht.

Da es dem Antragsteller offensichtlich nicht um die Aufhebung der Ausschreibung, sondern lediglich um die Neuwertung unter Berücksichtigung seiner Angebote ging, nahm er folgerichtig seinen Antrag auf Überprüfung der Vergabeentscheidung hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule in der mündlichen Verhandlung zurück, nachdem ihm der entsprechende Sachverhalt aus den Vergabeakten dargelegt wurde und er sich allein durch das Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung wohl nicht in seinen Rechten beeinträchtigt fühlte.

d) Klarstellend weist die Kammer auf folgendes hin:

Die Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten kann im Streitfall –unabhängig vom Vortrag des Antragstellers- auch nicht aus dem Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung hergeleitet werden. Denn der Antragsteller hat –ebenso wie andere Unternehmer- die Ausschreibungsunterlagen erhalten. Er konnte somit ein ordnungsgemäßes Angebot abgeben. Dass die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall nicht in einem geregelten Vergabeverfahren den Zuschlag erteilt hat, reicht hier nicht für eine Rechtsverletzung aus, vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006, VII Verg 26/06.

Zwar gewährleistet nur ein solches geregeltes Verfahren, dass sämtliche Bewerber um den Auftrag gemäß eindeutiger und erschöpfender Leistungsbeschreibung nach auftragsbezogenen und leistungsorientierten Anforderungen die Chance haben, das wirtschaftlichste Angebot abzugeben und den Zuschlag zu erhalten. Insofern ist beim Fehlen von wesentlichen Prinzipien wie die Nennung von Zuschlagskriterien oder Eignungsanforderungen, fraglich, ob ein Bewerber tatsächlich ein wirtschaftliches Angebot unterbreiten konnte. Diese Anforderungen ergaben sich aber aus den Verdingungsunterlagen der Antragsgegnerin. Die Leistungsbeschreibung stellte lediglich auf den Preis ab, Anforderungen an die Eignung wurden nicht gestellt, sondern lediglich in der Anlage b) erwähnt. Bei einer derartigen Sachverhaltskonstellation kann somit allein aus dem Fehlen eines geregelten Vergabeverfahrens keine Verletzung von Rechten eines Bewerbers hergeleitet werden.

Die Vergabekammern können allein das Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung nicht zum Anlass für eine Rechtmäßigkeitskontrolle nehmen. Die Vergabekammern erforschen zwar gemäß § 110 Abs. 1 Satz 1 GWB den Sachverhalt von Amts wegen. Dieser Untersuchungsgrundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Der Amtsermittlungsgrundsatz greift erst ein, wenn das Vorbringen des Antragstellers den Vergabenachprüfungsinstanzen Anlass zu ergänzenden Ermittlungen bietet, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.10.2005, Verg 67/05.

Die Vergabekammer ist gemäß § 114 Abs. 1 GWB auch nicht an die Anträge der Beteiligten gebunden und kann unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Hieraus folgt zwar, dass die Vergabekammern grundsätzlich ungeachtet vom Antragsbegehren des Antragstellers dazu ermächtigt sind, die in Bezug auf die Rechtmäßigkeit gebotenen Anordnungen zu treffen. Dennoch darf eine Vergabekammer von der durch § 114 Abs. 1 GWB geschaffenen Ermächtigung nur unter zwei wichtigen Einschränkungen Gebrauch machen. Erstens muss der Nachprüfungsantrag zulässig sein. Zweitens darf die Vergabekammer nicht ungeachtet einer Rechtsverletzung des Antragstellers auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Vorschrift ermächtigt die Vergabekammer zu keiner allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr müssen diejenigen Vergaberechtsverstöße, welche die Vergabekammer zum Anlass nimmt, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens sicherzustellen, unabhängig von den Anträgen des Antragstellers, also quasi amtswegig im Sinne von § 110 Abs. 1 GWB, zugleich den Antragsteller betreffen und ihn in seinen Rechten verletzen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05. Es dürfen also nur solche

Vergaberechtsverstöße von den Vergabekammern geahndet werden, bei denen eine Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten festgestellt werden kann.

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen konnte der Antragsteller im Verfahren hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule nicht obsiegen. Die teilweise Rücknahme seines Antrages war somit folgerichtig.

3. Der Antragsteller hat auch ordnungsgemäß im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt.

a) Da die Antragsgegnerin keine Informationsschreiben im Sinne von § 13 VgV versandte, kann nicht mehr ermittelt werden, zu welchem Zeitpunkt der Antragsteller tatsächlich Kenntnis von den vermeintlichen Vergaberechtsverstößen erlangt hat. Es spricht aber vieles dafür, dass der Antragsteller umgehend nach dem Telefonat mit der Antragsgegnerin den Ausschluss seines Angebots als vergaberechtswidrig beanstandet hat. Der Zuschlag sollte nach den Unterlagen bis zum 27.07.2006 erteilt werden. Dies hatte die Antragsgegnerin allen Bietern mitgeteilt. Also konnten erst nach diesem Zeitpunkt die Bieter eine Information von der Antragsgegnerin erwarten.

Die schriftliche Rüge des Antragstellers datiert vom 01.08.2006 und soll nach unbestrittener Auffassung unmittelbar vom Antragsteller selbst an die Antragsgegnerin gefaxt worden sein. Damit hat der Antragsteller unverzüglich innerhalb von 4 Tagen reagiert, nachdem die von der Antragsgegnerin mitgeteilte Frist abgelaufen war.

b) Die Rüge vom 01.08.2006 hinsichtlich der fehlerhaften Wertung war auch ordnungsgemäß im Sinne von § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.

aa) Die Rüge ist kein Rechtsgeschäft und insbesondere keine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern eine verfahrensrechtliche Erklärung. Sie ist damit eine Zulässigkeits- und Zugangsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren, bei der die Voraussetzungen für wirksame Verfahrenshandlungen vorliegen müssen, OLG Brandenburg, Beschluss vom 28.11.2002, Verg W 8/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.12.2001, Verg 32/01; VK Münster 24.09.2004, VK 24/04. Verfahrensrechtliche Erklärungen müssen eindeutig sein und bedingungslos erklärt werden. Die Regelungen über die Stellvertretung gemäß §§ 164 ff BGB sind nicht anwendbar, insbesondere kommt die Vorlage einer Vollmachtsurkunde nicht in Betracht. Insofern kommt weder § 174 BGB noch § 180 BGB zur Anwendung. Für die Rüge gilt keine Formvorschrift, sie kann daher auch mündlich oder per Email erfolgen, Byok in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, § 107, Rd. 989.

Anhaltspunkte dafür, dass hier das Schreiben vom 01.08.2006 keine verfahrensrechtlich eindeutige Erklärung ist, liegen nicht vor. Derjenige, der eine Verfahrenshandlung vornimmt, muss offen legen, für wen er diese Handlung vornimmt. Beispielsweise hat ein Rechtsanwalt, der eine Klage einreicht, nach § 253 Abs. 2 ZPO in der Klageschrift die Partei zu nennen, für die er tätig wird. Gleiches gilt für das Widerspruchsverfahren. Denn die Klage bzw. die Rüge reicht er für eine Partei ein und nicht im eigenen Namen. Anhaltspunkte dafür, dass der Unterzeichner der Rüge nicht den richtigen Antragsteller genannt hat, liegen hier nicht vor. Die Verfahrenshandlung kann eindeutig dem Antragsteller zugeordnet werden. Weiterhin wird ein vermeintlicher Vergabeverstoß beanstandet, und zwar der Ausschluss des Angebotes, weil die Anlage b) fehlte. Das Schreiben vom 01.08.2006 war somit eine ordnungsgemäße Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.

- bb) Mit der Rüge, die Antragsgegnerin habe bei der Wertung gegen § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A verstoßen, ist der Antragsteller nicht präkludiert. Denn die vermeintlich fehlerhafte Wertung war aufgrund der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen nicht erkennbar. Insofern gilt § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, wonach auf die positive Kenntnis des Antragstellers vom Vergaberechtsverstoß abzustellen ist. Aus den o.g. Ausführungen ergibt sich, dass der Antragsteller unverzüglich seinen Ausschluss rügte, nachdem er in Erfahrung gebracht hatte, dass er wegen dieses Verstoßes ausgeschlossen wurde.
- c) Vorsorglich weist die Kammer noch auf folgendes hin:

Im vorliegenden Fall erfolgte zwar hinsichtlich der Wertungsentscheidung vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens eine ordnungsgemäße Rüge. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, der dem Antragsteller zur Vermeidung einer Präklusion auferlegt, einen im Vergabeverfahren erkannten Verstoß gegen Vergabevorschriften unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber zu rügen, ist auf de facto Vergaben nicht anzuwenden, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006, VII Verg 26/06. Demzufolge muss ein Bieter bei de facto Vergaben überhaupt nicht rügen.

Nicht nur seinem Wortlaut nach ist § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB auf Verstöße im Vergabeverfahren bezogen und beschränkt. Auch Wertungsgesichtspunkte sprechen gegen eine Anwendung der Vorschrift auf de facto Vergaben. Da die unverzügliche Rüge es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen soll, einen Fehler im Vergabeverfahren zu korrigieren, kann die Rügeobliegenheit im Sinne einer Mitwirkungspflicht des Bieters verstanden werden. Diese soll dazu beitragen, dass ein zeitaufwendiges Nachprüfungsverfahren unterbleibt, sofern das Vergabeverfahren durch eine Korrektur des Vergaberechtsverstoßes geheilt werden kann. Hat sich aber der Auftraggeber entschieden, überhaupt kein geregeltes Vergabeverfahren durchzuführen, fehlt es an einer verfahrensmäßigen Grundlage dafür, dem Antragsteller eine Mitwirkungspflicht zugunsten des Auftraggebers aufzuerlegen, OLG Düsseldorf, a.a.O. Auch ist eine aus § 242 BGB abgeleitete Rügeobliegenheit zu Lasten des Antragstellers zu verneinen. Dadurch würde nicht nur die Nichtanwendbarkeit des § 107 Abs.3 Satz 1 GWB auf de facto Vergaben unterlaufen, sondern eine einseitige Belastung der Bieterseite bei gleichzeitiger Privilegierung des öffentlichen Auftraggebers bewirkt, die nicht gerechtfertigt ist, weil der öffentliche Auftraggeber und nicht der Bieter der verantwortliche Normadressat für die Beachtung des Vergaberechts ist.

- d) Die Zulässigkeit ist hinsichtlich jeder einzelnen vorgebrachten Beanstandung zu prüfen. Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens beanstandete der Antragsteller noch das Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung als vergaberechtswidrig. Diese Beanstandung hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen. Wie bereits ausgeführt, haben die Vergabekammern keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle vorzunehmen, so dass dann, wenn der Antragsteller keine Verletzung in eigenen Rechten geltend macht und diese auch nicht amtswegig festgestellt werden kann, eine Nachprüfung dieses Sachverhaltes im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens durch die Kammer auch nicht mehr erfolgen darf.

Im Ergebnis ist somit der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der xxxxxxxx Schule zulässig.

- B) Der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der xxxxxxxx Schule ist auch begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin hat die Angebote des Antragstellers zur Durchführung der Schülerbeförderungen zur xxxxxxxx Schule vergaberechtswidrig gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A von der Wertung ausgeschlossen.

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A können Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten, ausgeschlossen werden. Bei der Anlage b) handelte es sich um eine geforderte Erklärung, die ausweislich der Vergabeunterlagen allerdings nicht zeitgleich mit dem Angebot zurückzugeben war. Somit war das Angebot des Antragstellers nicht unvollständig und durfte mithin nicht von der Wertung ausgeschlossen werden.

Im Einzelnen:

1. Bei der Anlage b) handelt es sich um eine „Erklärung“ im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A und nicht etwa um einen Eignungsnachweis im Sinne von § 7 Nr. 4, 7a Nr. 2 VOL/A.

Angaben und Erklärungen im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A sind vorrangig leistungsbezogene, technische Merkmale oder sonstige Erklärungen zu den rechtlichen und kaufmännischen Rahmenbedingungen des Auftrages, die die zu erbringende Leistung und den Preis betreffen. Demgegenüber beziehen sich Eignungsnachweise auf die Person des Bieters und seine wirtschaftliche und fachliche Leistungsfähigkeit, VK Münster, Beschluss vom 04.10.2004, VK 21/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2004, Verg 81/04; Dippel in juris Praxiskommentar Vergaberecht, Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 21 VOB/A Rd. 12.

Die Anlage b) stellt letztlich einen Vertragsentwurf dar. Die Verpflichtungen zur Beförderung, die Ausstattung der Kraftfahrzeuge und die Qualifikationen der FahrerInnen sowie die Haftungsfragen, die Vertragsdauer und die Bestimmungen über die Kündigung sind Vertragsinhalte. Diese rechtlichen Rahmenbedingungen hatte der zukünftige Auftragnehmer bei der Durchführung der zu erbringenden Leistung, also der Beförderung der SchülerInnen zu den einzelnen Schulen, zu erfüllen. Durch die Beifügung dieser Anlage b) wurden die Bieter darüber informiert, welche Vertragsleistungen sie –soweit sie denn einen Auftrag bekamen- zu erfüllen hatten. Damit erhielten die Bieter vorab die Information, welche konkreten Vertragspflichten sie zu erfüllen hatten.

Die Antragsgegnerin hätte die im Vordruck genannten Anforderungen sicherlich auch teilweise in der Form von Eignungsnachweisen von den Bietern fordern können. Beispielsweise hätte sie sich von den Bietern nachweisen lassen können, dass die FahrerInnen die Erlaubnis zur Fahrgastbeförderung speziell für SchülerInnen haben. Hinsichtlich der Fahrzeuge hätte die Antragsgegnerin von den Bietern die Vorlage der Nachweise für die Einhaltung der BOKraft vorlegen lassen können. Nur diejenigen Bieter, die diese Vorgaben gegenüber der Vergabestelle nachweislich hätten belegen können, wären dann als geeignet im Sinne von § 25 Nr. 2 VOL/A anzusehen.

Die Antragsgegnerin ist aber nicht so vorgegangen. Denn sie hat die Bieter nicht aufgefordert, bestimmte Nachweise betreffend ihrer Eignung vorzulegen, sondern sie hat mit der Beifügung der Anlage b) lediglich auf die zukünftigen Vertragspflichten hingewiesen. Somit handelt es sich um eine Erklärung im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A.

Dass es sich um eine Erklärung im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A handeln muss, lässt sich auch daraus schließen, dass im Rahmen der Eignungsprüfung eine prognostische Beurteilung dahingehend zu erfolgen hat, ob in der Person des Bieters die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit tatsächlich vorhanden ist, die eine vertragsgerechte Erfüllung der zu übertragenden Verpflichtungen erwarten lässt (vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2006, Verg 10/06). Eine derartige Prognoseentscheidung kann eine Vergabestelle nur

anhand von tatsächlich vorhandenen bzw. ihr vorgelegten Nachweisen vornehmen. Derartige Eignungsnachweise sind in dem hier im Streit stehenden Vergabeverfahren von keinem Bieter gefordert und auch nicht vorgelegt worden.

2. Da es sich bei der Anlage b) um eine „Erklärung“ im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A handelte, stand der Ausschluss derjenigen Angebote, die diese Erklärung nicht enthielten, gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A im Ermessen der Vergabestelle. Denn die Vergabestellen „können“ solche Angebote ausschließen.

Dabei ist zu beachten, dass nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2006, Verg 10/06, auch für den Bereich der VOL/A der Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A den Ausschluss eines vermeintlich unvollständigen Angebots nicht ohne weiteres in das Ermessen der Vergabestelle stellt. Vielmehr könne eine sachgerechte, transparente und auf Gleichbehandlung aller Bieter abzielende Vergabeentscheidung nur getroffen werden, wenn hinsichtlich aller relevanten Umstände eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist (BGH, 18.02.2003, X ZB 43/02). Auch im Anwendungsbereich der VOL/A seien somit solche Angebote, die die vom Auftraggeber geforderten Erklärungen nicht vollständig enthalten, unter den vergaberechtlichen Geboten des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung von der Wertung genauso zwingend auszuschließen, wie dies unter der Geltung der VOB/A geboten ist. Dazu sei die Vergabestelle im Wege der Ermessensreduzierung auf Null verpflichtet, wenn sie ausweislich der Verdingungsunterlagen die Rückgabe der Erklärung mit dem Angebot als Mindestbedingung gefordert habe. Denn aus diesem Umstand könne man schließen, dass diese Erklärung nach den bekannt gegebenen Vorstellungen des Auftraggebers für die Vergleichbarkeit der Angebote relevant sein sollte.

Die Kammer hält diese Auffassung für zutreffend. Im Bereich der VOB/A werden entsprechend der Rechtsprechung des BGH diejenigen Angebote, die die Preise und Erklärungen nicht enthalten, zwingend von der Wertung ausgeschlossen, weil die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleistet ist. Das Fehlen von geforderten Erklärungen ist im Bereich der VOB/A ein zwingender Ausschlussgrund, der auf der ersten Wertungsstufe zu prüfen ist.

Für den Bereich der VOL/A kann unter den Gesichtspunkten der vergaberechtlichen Gebote des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung gemäß § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB keine andere Sichtweise gelten. Letztlich wird zwar durch diese Rechtsprechung den Vergabestellen der durch § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A eröffnete Ermessensspielraum („können“) abgesprochen. Wenn aber die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen bestimmte Erklärungen als Mindestanforderungen fordert, dann hat sie sich bereits im Vorfeld gegenüber den Interessenten festgelegt, ihr Ermessen entsprechend ausgeübt und muss sich aufgrund der erfolgten Selbstbindung dann auch daran halten.

3. Hier kann aber nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin in ihren Verdingungsunterlagen die Rückgabe der Anlage b) gleichzeitig *mit dem Angebot* gefordert hat. Dann läge eine „Mindestanforderung“ vor, die formal von jedem Bieter zu erfüllen war. Die Rücksendung einer unterschriebenen Ausfertigung der Anlage b) ist ausweislich der Vergabeunterlagen nicht als Mindestanforderung formuliert worden. Die Antragsgegnerin hat die Rückgabe der unterschriebenen Anlage b) zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht ausdrücklich in dem Anschreiben gefordert, diese Forderung ergibt sich auch nicht aus dem zweckentsprechenden Verständnis der Angaben in der Anlage b) und auch nicht aus einer Gesamtbetrachtung der Ausschreibungsunterlagen.

Eine Auslegung der Verdingungsunterlagen hat aus der objektiven Sicht eines verständigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters zu erfolgen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.05.2005, Verg 19/05. Dabei ist zunächst vom Wortlaut der Verdingungsunterlagen auszugehen. Der Zeitpunkt der Rückgabe der Anlage b) kann anhand der Verdingungsunterlagen nicht sicher ermittelt werden. Sicher ist aber, dass es in den Unterlagen keinen Hinweis gibt, der die Rückgabe zeitgleich mit dem Angebot bestimmte.

a) Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen war der im Streit stehende Vordruck nicht *mit dem Angebot* zurückzusenden. Im Anschreiben hat die Antragsgegnerin ausdrücklich darum gebeten, ein Angebot, bestehend aus den Vorbemerkungen, dem Leistungsverzeichnis und der Bietererklärung, zurückzusenden, falls Interesse am Auftrag bestehe. Die Anlage b), also der Vordruck „Bestimmungen und Hinweise für die Beförderung“ ist dort ausdrücklich nicht genannt. Aus diesem Wortlaut kann nur geschlossen werden, dass die Rückgabe dieses Vordruckes –ob unterschrieben oder nicht- jedenfalls nicht zwingend *mit dem Angebot* zu erfolgen hatte.

Die Anlage b) war auch nicht Bestandteil des Leistungsverzeichnisses. Das Leistungsverzeichnis war den Unterlagen als Anlage c) beigelegt. Jede einzelne Anlage befand sich auf einem separaten Vordruck. Anhaltspunkte dafür, dass die Anlage b) nunmehr inhaltlich dem Leistungsverzeichnis zugeordnet werden kann, ergeben sich aus den Ausschreibungsunterlagen jedenfalls nicht. Auch die Tatsache, dass Art und Umfang der verlangten Leistung sich aus der Anlage b) ergeben, rechtfertigt nicht, diese Anlage b) als Mindestbedingung anzusehen. Denn mit der Übersendung der Anlage b) wurden die Bieter über die von ihnen zu erfüllenden Anforderungen informiert. Ein Bieter, der diese Anforderungen nicht erfüllen wollte oder konnte, hätte kein Angebot abgeben dürfen.

Die Unterschriftenzeile auf der Anlage b) bedingt ebenfalls nicht zwingend den Rückschluss auf eine zwingende Vorlage dieser Anlage mit dem Angebot. Vielmehr muss sich die Antragsgegnerin hier entgegenhalten lassen, dass es schon ungewöhnlich ist, sich von den Bietern eine Erklärung unterschreiben zu lassen, die inhaltlich ein Vertrag ist, obwohl der Bieter noch keinen Zuschlag erhalten hat. Der Zuschlag wird auf ein Angebot des Bieters erteilt.

b) Aus der Anlage b) ergibt sich nur, dass eine Ausfertigung dieses Vordruckes mit Unterschrift an die Antragsgegnerin zurückzusenden war. Zu dem Zeitpunkt der Rücksendung sind dort ebenfalls keine Vorgaben gemacht worden. Deshalb kann aus dem Wortlaut der Anlage b) nur geschlossen werden, dass der Bieter auf jeden Fall ein unterschriebenes Exemplar übersenden musste. Dies konnte aber durchaus –wie bei anderen Ausschreibungen auch- erst nach Erhalt des Zuschlags erfolgen. Denkbar wäre es auch gewesen, dass die Antragsgegnerin von denjenigen Bietern, die den Zuschlag erhalten sollten, die Rückgabe der unterschriebenen Anlage b) gefordert hätte. Es gibt eine Reihe von Ausschreibungen, bei denen die Vergabestellen den Bietern bereits mit den Ausschreibungsunterlagen die Vertragsentwürfe übersenden, damit ein Bieter Kenntnis über die vertraglichen Detailregelungen erhält. Allerdings wird ein derartiger Vertragsentwurf erst nach der Zuschlagserteilung von demjenigen Bieter unterzeichnet, der den Auftrag erhält. Der hier beschrittene Weg der Antragsgegnerin ist genau umgekehrt.

Auch der Hinweis „Den Beförderungsauftrag nehme ich hiermit an“, bedeutet, dass es überhaupt erst einen „Auftrag“ von dem öffentlichen Auftraggeber geben muss. Ein Bieter, der sich an einer Ausschreibung beteiligt, kann erst nach Abschluss der Wertung einen Auftrag erhalten und kann somit bei Abgabe seines Angebotes noch keinen „Auftrag“ annehmen. Zudem hätte sich ein Bieter ausweislich dieser Anlage b) gegenüber der Antragsgegnerin zu ei-

ner Haftung und zu Schadensersatz verpflichtet, ohne überhaupt einen Auftrag erhalten zu haben.

Da sich aus dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ergibt, zu welchem Zeitpunkt dieser Vordruck zurückzusenden war, das Anschreiben jedenfalls die Vorlage mit dem Angebot nicht anordnete, kann dies dem Antragsteller auch nicht entgehen gehalten werden.

Wenn aber offen bleibt, wann die Erklärung zurückzugeben war, dann ist die Nachforderung dieser Anlage auch noch nach Abgabe des Angebotes zulässig. Somit kann ein Angebot, das zum Zeitpunkt der Submission diese Erklärung nicht enthielt, nicht als unvollständig angesehen werden. Vielmehr besteht für die Vergabestellen in Fällen dieser Art die Möglichkeit, sich im Wege der Aufklärung nach § 24 Nr. 2 VOL/A die erforderlichen Angaben und Informationen zu besorgen.

c) Die Bieter sind hingegen nur verpflichtet, Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen anzuzeigen, die sie erkennen. Wie bereits dargelegt enthielten die Ausschreibungsunterlagen keine Unklarheit hinsichtlich des Zeitpunkts der Rückgabe der Anlage b), sondern aus der Gesamtbetrachtung der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich nicht zwingend der Rückschluss, dass die Anlage b) unterschriebenen *dem Angebot* beizufügen war.

Der Ausschluss der Angebote des Antragstellers wegen der fehlenden Anlage b) von der Wertung auf der ersten Stufe war gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A somit nicht gerechtfertigt.

### 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. Der Antragsteller ist hier in seinen Rechten verletzt, weil seine Angebote für die xxxxxxxxx Schule vergaberechtswidrig von der Wertung ausgeschlossen wurden, er aber gute Aussichten auf Erteilung des Zuschlags zumindest hinsichtlich derjenigen Lose hat, die er günstiger als einige der Beigeladenen angeboten hatte. Die Kammer hält die Verpflichtung der Antragsgegnerin zu einer Neuwertung sämtlicher Angebote dieses Vergabeverfahrens unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer für ausreichend, um den Vergaberechtsverstoß im Sinne von § 114 Abs. 1 GWB zu beseitigen.

2. Die Aufhebung der gesamten Ausschreibung und die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens hält die Kammer nicht für gerechtfertigt, obwohl letztlich das Unterlassen der gebotenen europaweiten Ausschreibung ein Verstoß gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht darstellt und somit ein grundlegender Vergabefehler vorliegt. Allerdings war dieser Vergabefehler nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens und bedingte auch keine Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten (vgl. dazu A) 2. d).

Die Kammer darf vielmehr nur diejenigen Maßnahmen treffen bzw. anordnen, die geeignet und erforderlich sind, um den konstatierten Vergaberechtsverstoß zu beseitigen. Kommen

mehrere Möglichkeiten in Betracht, den Rechtsverstoß zu eliminieren, muss die Vergabekammer diejenige auswählen, welche die Interessen der Beteiligten möglichst wenig beeinträchtigt. Dementsprechend kommt eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung aufzuheben, im Allgemeinen nur dann in Betracht, wenn dies unabweislich ist und keine mildernden Maßnahmen zur Verfügung stehen, um den festgestellten Vergaberechtsverstoß zu beseitigen. Dies ist regelmäßig dann nicht der Fall, wenn lediglich die Angebotswertung fehlerhaft durchgeführt worden ist, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2003, Verg 64/02; OLG Koblenz, Beschluss vom 26.10.2005, 1 Verg 4/05.

Die Antragsgegnerin ist somit zu verpflichten, sämtliche Angebote für die xxxxxxxxx Schule unter Einbeziehung des Angebots des Antragstellers neu zu werten. Dabei sind auch die anderen Angebote, die wegen des gleichen Fehlers ausgeschlossen wurden, einzubeziehen. Neuwertung bedeutet, dass die Antragsgegnerin diese nunmehr vergaberechtlich fehlerfrei, beginnend mit der ersten Wertungsstufe, durchzuführen hat.

Nach der Neuwertung hat die Antragsgegnerin allen beteiligten Bietern ein Informationsschreiben gemäß § 13 VgV zu übermitteln und erst nach Ablauf der in § 13 VgV genannten Frist die Verträge zu schließen.

3. Da der vom Antragsteller behauptete Vergaberechtsverstoß vorliegt und er dadurch auch in seinen Rechten tatsächlich verletzt ist, ist die Nichtigkeit der bereits abgeschlossenen Verträge für die Beförderung von SchülerInnen zur xxxxxxxxx Schule von der Vergabekammer in entsprechender Anwendung des § 13 VgV im Beschluss festzustellen, vgl. KG, 04.04.2002, KartVerg 5/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.03.2003, Verg 49/02. Die Nichtigkeitsfolge ist ein zulässiges Mittel im Rahmen der durch § 97 Abs. 6 GWB vorgegebenen Ermächtigung, um im Hinblick auf die Nachprüfbarkeit des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers einen bestimmten Verfahrensablauf bei Abschluss des geregelten Vergabeverfahrens zu sichern, BGH, Beschluss vom 09.02.2004, X ZB 44/03. Anderenfalls ist ein effektiver Rechtsschutz für übergangene Bieter nicht möglich.

Somit sind die Verträge, die die Beigeladenen zu 1) bis 15) erhalten haben, nichtig im Sinne von § 13 VgV. Dabei handelt es sich um die Aufträge, die im Rahmen der Vergabe für die Peter Pan Schule erteilt wurden. Die Aufträge an die Beigeladenen zu 16) bis 21) bleiben hingegen wirksam, weil insofern der Antragsteller den Nachprüfungsantrag zurückgenommen hat, dieser aber auch unbegründet gewesen wäre, weil der Antragsteller nicht in seinen Rechten verletzt war.

4. Nach Rücknahme des Antrages auf Nachprüfung der Vergabeentscheidung hinsichtlich der xxxxxxxxxxxxxxxx Schule, wird das Verfahren insoweit eingestellt.

5. Soweit die Antragsgegnerin die Aussetzung des Nachprüfungsverfahrens in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO beantragt hat, wird festgestellt, dass es sich nicht um einen bedingungslos gestellten prozessualen Antrag handelte. Dieser bedarf nicht der Entscheidung durch die Kammer.

#### IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten (§ 128 Abs. 1 GWB) zu tragen. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner.

Bei der Höhe der Gebühr ist von dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens auszugehen. Die Gebühr beträgt mindestens xxxx €. Die Kammer setzt hier die Mindestgebühr fest, weil jedenfalls der Auftragswert aus beiden Angeboten des Antragstellers nicht über 200.000 € steigt.

Da der Antragsteller hinsichtlich der Ausschreibung der Schülerbeförderungen zur xxxxxxxxxxxxxxxx Schule den Nachprüfungsantrag zurückgenommen hat, er aber auch wegen der fehlenden Rechtsverletzung nicht obsiegen konnte, und diese Vergabe mit einem Auftragsvolumen von ca. 240.000 € geringer war, als die Vergabe der Schülerbeförderungen zur xxxxxxxxx Schule, hält es die Kammer für angemessen, dem Antragsteller 1/3 der Kosten und der Antragsgegnerin 2/3 der Kosten aufzuerlegen.

Im Übrigen gilt bei der Rücknahme des Antrages § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG, wonach zur Zahlung der Kosten verpflichtet ist, wer die Amtshandlung veranlasst oder zu wessen Gunsten sie vorgenommen wurde. Auch insofern trägt der Antragsteller die sich aus der Rücknahme ergebenden Kosten, wobei gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB wegen der Rücknahme des Nachprüfungsantrages nur die Hälfte in Ansatz gebracht wird.

Da die Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 8 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes von der Zahlung der Gebühren befreit ist, sie aber gesamtschuldnerisch mit dem Antragsteller haftet, wird die Kammer bei der Festsetzung der Gebühren den Betrag um den internen Haftungsanteil des befreiten Gesamtschuldners kürzen, OLG Dresden, Beschluss vom 25.01.2005, WVerG 14/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11. 2004, Verg 69/04.

Die Beigeladenen sind an der Kostenverteilung nicht benachteiligt, weil sie keine eigenen Anträge gestellt haben.

## V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, 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 den Antragsteller 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, wobei eine anteilige Erstattung in Höhe von 2/3 dieser Aufwendungen für sachgerecht angesehen wird.

## 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

---

Stolz

---

Schopmeyer

