



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Leitsätze

1. Eine Ärztekammer ist entweder als Gebietskörperschaft Auftraggeberin nach § 98 Nr. 1 GWB, jedenfalls aber öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 2 GWB.
2. Wird gemäß § 28 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOL/A der Zuschlag ausnahmsweise nicht schriftlich erteilt, so ist er umgehend schriftlich zu bestätigen. Ein Vertrag im Bereich der VOL/A, der nur mündlich geschlossen wurde, aber nicht schriftlich bestätigt wird, ist aufgrund eines Formfehlers gemäß § 125 BGB nichtig.
3. Angebote können auch nach Ablauf der Zuschlagsfrist noch angenommen werden.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen Vergabe eines Auftrages zum Druck, Versand und zur Anzeigenakquise

VK 29/07

der

Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxmbH
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxx

gegen

die Ärztekammer xxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Beigeladene

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 08. Februar 2008 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Bartsch

am **13. Februar 2008** beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Verträge vom 22.11.2007 und vom 26.11.2007 über die Vergabe eines Auftrages zum Druck, Versand und zur Anzeigenakquise des Ärzteblattes der Ärztekammer xxxxxxxxxxxxxxxxxxxnichtig sind.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, soweit das Beschaffungsinteresse in der vorliegenden Form weiter besteht, den Auftrag beginnend mit der Bekanntmachung neu auszuschreiben und dabei den 4. Teil des GWB zu beachten.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2800 € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Antragsgegnerin ist die Ärztekammer xxxxxxxxxxxxxxx mit Sitz in Münster. Sie schrieb in einem offenen Verfahren nach der VOL/A den Druck, Versand und die Anzeigenakquise des Westfälischen Ärzteblattes europaweit aus. Als Gesamtmenge gab sie in der Bekanntmachung eine Auflage von 38.000 Stück pro Monat, mit 60 Seiten Standardumfang und 4 Seiten Umschlag im DIN A 4 Format, zuzüglich Verpackung und Versand, an. Der Auftrag sollte für drei Jahre erteilt werden und umfasst einen geschätzten Auftragswert von ca. 980.000 € incl. MwSt.

Die Verdingungsunterlagen bestanden u.a. aus einer Leistungsbeschreibung und Bewerbungsbedingungen. In den Bewerbungsbedingungen wurde u.a. bestimmt, dass für die Angebotsabgabe die übersandten Vordrucke zu verwenden seien, ein Terminplan beizufügen war und ein deutschsprachiger Ansprechpartner benannt werden musste

In der Leistungsbeschreibung wird zunächst auf Seite 2 ausgeführt, dass das Westfälische Ärzteblatt in einer monatlichen Auflage von 38.000 Exemplaren erscheint und einen Standardumfang von 60 Seiten hat. Auf Seite 3 wird bezüglich des Umfangs mitgeteilt: Der Standardumfang umfasst 4 Seiten Umschlag, 56 Seiten Inhalt und 4 Seiten Anzeigen (die durch den Bieter beigesteuert werden müssen).

Der Leistungsbeschreibung lagen insgesamt 5 Anlagen in Tabellenform bei. In der Anlage 1 sollten die Bieter Staffelpreise für steigende Auflagen wie folgt anbieten.

Auflage	Preisangabe per 1000 Exemplare	Gesamtpreis für 1 Monat
38.500		
39.000		
39.500		
40.000		

Eine Spalte für ein Angebot über 38.000 Exemplare gab es nicht. Mehrkosten für zusätzliche Seiten mussten auf der Anlage 2 eingetragen werden. In der Anlage 5 sollten Mehrkosten für die 5. Farbe (Schmuckfarbe) eingetragen werden, wobei kein Bezug zur Auflage vorgesehen war.

Die Antragsgegnerin nannte insgesamt 5 Zuschlagskriterien, wobei sie vier Kriterien wie beispielsweise die Lieferzeit und die räumliche Nähe zum Unternehmen mit jeweils 10% und den Preis mit 60% gewichtete.

Die Antragsgegnerin versandte die Ausschreibungsunterlagen und bestimmte in einem beigefügten Vordruck, dass als Anlagen die Leistungsbeschreibung mit Preisangebot mit dem Angebot zurückzugeben waren. Für die Angebotsabgabe mussten diese Vordrucke verwandt werden. Angebotsabgabefrist war der 28.10.2007.

Bereits am 26.10.2007 öffnete die Antragsgegnerin die ihr vorliegenden drei Angebote und schloss ein Angebot aus, weil es keinen Preis für eine Auflage von 38.000 Exemplaren enthielt. In der Wertung verblieben die Angebote der Antragstellerin und der mit Beschluss vom 18.12.2007 Beigeladenen.

Die Angebote sind nicht gekennzeichnet. Das Angebot der Beigeladenen bestand aus einem Anschreiben vom 19.10.2007 auf einem Geschäftsbogen, der umseitig die Geschäftsbedingungen der Beigeladenen enthielt. Die Beigeladene bot 4 Seiten Umschlag und 56 Seiten Inhalt an, gab vor, in welcher Form die Daten von der Antragsgegnerin zu liefern waren und bestimmte hinsichtlich ihrer Preise, dass diese für 4 Wochen ab Angebotsdatum gelten würden. Die umseitigen Geschäftsbedingungen habe sie zugrundegelegt. Weiterhin bot die Beigeladene in diesem Schreiben für eine Auflage von 38.000 einen Preis je 1000 Exemplare von ... € und ein Skonto von 2 % an. Diesem Schreiben fügte die Beigeladene die Anlage 1 bei.

Die Beigeladene gab mit Datum vom 24.10.2007 auch den Vordruck der Antragsgegnerin mit den Anlagen 2 bis 5, aber ohne die Leistungsbeschreibung, zurück und fügte die Eignungsnachweise bei. Zu dem geforderten Terminplan führte sie aus: Die Daten benötigen wir jeweils 11 Arbeitstage vor dem Empfängertermin (5. eines jeden Monats bzw. dem nächsten darauffolgenden Werktag). Einen Ansprechpartner vor Ort benannte die Beigeladene im Angebot nicht.

Die Antragstellerin, die bisher das Ärzteblatt gedruckt und geliefert hat, gab mit Datum vom 24.10.2007 den Vordruck als Angebot zurück, legte die Eignungsnachweise bei, aber keinen Terminplan. Der Ansprechpartner vor Ort ist im Angebot genannt worden. Weiterhin fügte sie in der Anlage 1 noch die Auflage von 38.000 ein und setzte dort einen Preis von ...€ ein. Dabei ging sie von einem Standardumfang von 60 Seiten zuzüglich der 4 Seiten Umschlag, also von insgesamt 64 Seiten aus.

Ausweislich des Vergabevermerks war die Prüfung und Wertung der Angebote am 09.11.2007 abgeschlossen. In einer Anlage zum Vergabevermerk stellte die Antragsgegnerin die Angebotspreise aus den Angeboten gegenüber. Für die 5. Farbe (Anlage 5) bot der ausgeschlossene Bieter lediglich ein Drittel des Betrages der Beigeladenen an, während die Antragstellerin fast doppelt so viel wie die Beigeladene forderte. Weiterhin bewertete die Antragsgegnerin die Angebote hinsichtlich der Zuschlagskriterien 2 bis 5 vollkommen gleich, während die Beigeladene beim Preis (60%) einen besseren Wert erhielt und damit auf dem 1. Rang lag.

Mit Schreiben vom 08.11.2007 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 13 VgV mit, dass in dem vorgenannten Vergabeverfahren beabsichtigt sei, das Angebot der Beigeladenen anzunehmen und den Zuschlag zu erteilen.

In einer Email vom 21.11.2007 an die Antragsgegnerin weist die Antragstellerin darauf hin, dass die Ausschreibung verschiedene sich widersprechende Aussagen über den Standardseitenumfang gehabt habe. Dieses habe sie mit anderen unklaren Angaben hinterfragt, da nach den Ausschreibungsunterlagen ein eindeutiges Angebot nicht möglich gewesen sei. Auf mehrmalige Nachfragen bei der zuständigen Sachbearbeiterin habe sie die Antwort erhalten, sie möge nach Standard anbieten. Dieses habe sie getan, da unter dem Unterpunkt „Umfang“ eine Seitenzahl von 64 Seiten angegeben wurde.

Am 22.11.2007 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin dann mit, dass man nach ausführlicher Beratung aller aufgekommener Fragen und nach vergaberechtlichen Bestimmungen, ihr leider mitteilen müsste, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden kann.

Mit Telefax vom 22.11.2007 erteilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen den Zuschlag, einen Tag bevor die in § 13 VgV bestimmte Frist von 14 Kalendertagen abgelaufen war. Anschließend trafen sich die Antragsgegnerin und die Beigeladene am 26.11.2007 zu einem Gespräch.

Am 26.11.2007 rügte die Antragstellerin in einem Schreiben an die Antragsgegnerin die nicht eindeutige Leistungsbeschreibung sowie die Wertung gegenüber der Antragsgegnerin und beantragte am 28.11.2007 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, was zur Zustellung des Antrages am 28.11.2007 führte.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass ihr Nachprüfungsantrag zulässig ist. Die Antragsgegnerin sei öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB und diene als Körperschaft des öffentlichen Rechts aufgrund ihrer vielfältigen Aufgaben auch den Interessen der Allgemeinheit.

Der Zuschlag sei auch nicht wirksam erteilt worden, weil die Mitteilung vom 08.11.2007 nicht die Voraussetzungen des § 13 VgV erfüllt habe. Es werde dort auf ein angeblich wirtschaftlicheres Angebot eines Mitbewerbers hingewiesen, wobei ausschließlich auf den Preis Bezug genommen worden sei. Die weiteren 4 Zuschlagskriterien seien wohl nicht berücksichtigt worden. Die Begründung sei nicht umfassend genug, so meint die Antragstellerin. Zudem sei die 14-tägige Frist in § 13 VgV nicht beachtet worden. Denn falls die Mitteilung vom 08.11.2007 die Voraussetzungen erfüllen sollte, wäre eine Zuschlagserteilung – beginnend mit dem 09.11.2007- erst am 23.11.2007 vergaberechtlich zulässig gewesen.

Ein mündlicher Vertragsschluss im Gespräch am 26.11.2007 sei hier jedenfalls nicht ausreichend. Denn aus § 28 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A folge, dass dann, wenn der Zuschlag nicht schriftlich erteilt wird, sondern nur mündlich, dieser umgehend schriftlich bestätigt werden muss. Diese schriftliche Bestätigung durch die Antragsgegnerin sei nicht erfolgt. Soweit die Antragsgegnerin nunmehr meint, die Annahmeerklärung der Antragsgegnerin gegenüber der Beigeladenen stelle ein neues Angebot dar, widerspreche dies dem bisherigen Vortrag, wonach es in dem Gespräch am 26.11.2007 keine Verhandlungen mehr über das Angebot gegeben haben soll, also das Angebot der Beigeladenen sei somit nicht mehr modifiziert worden. Auch bleibe unklar, welches Angebot die Antragsgegnerin unterbreitet haben soll. Denn letztlich gebe es nur das Angebot der Beigeladenen, das aber nicht der Antragsgegnerin zuzurechnen sei. Im Übrigen sei eine solche Annahme vergaberechtlich bedenklich.

Die Antragstellerin behauptet, dass ihr die Mängel in der Leistungsbeschreibung schon vor ihren schriftlichen Rügen aufgefallen seien. Ihr Geschäftsführer habe in der 3. und 4. Oktoberwoche 2007 mehrfach mit einer Mitarbeiterin der Antragsgegnerin telefoniert. Zunächst habe sie mit Herrn D. und anschließend mit Frau K. gesprochen. In diesen Telefonaten habe man mündlich die Beanstandungen vorgetragen, die sie anschließend in ihren Emails und Schreiben vom 20., 21. und 26.11.2007 schriftlich formuliert habe. Insofern habe sie die Mängel in der Leistungsbeschreibung bereits vor Angebotsabgabe und damit rechtzeitig gerügt. Zudem habe sie sich keine Gedanken darüber gemacht, ob auch die anderen Bieter die Informationen von der Antragsgegnerin vor Abgabe der Angebote erhalten haben. Nach Abgabe des Angebots, so behauptet die Antragstellerin, habe sie wiederum wiederholt mit der Antragsgegnerin telefoniert. Dort habe man ihr mitgeteilt, was unstrittig ist, dass der zuständige Sachbearbeiter, Herr S. in Urlaub ist. Eine Entscheidung könne erst nach seiner Rückkehr erfolgen.

Im Übrigen erfordere eine Rüge positive Kenntnis von den Tatsachen und der rechtlichen Beurteilung. Hier liege aber ein in mehrfacher Hinsicht komplexer Fall vor. Sowohl in sachlicher als auch in rechtlicher Hinsicht sein eine Reihe von Fehlern und Schwierigkeiten aufgetreten, worüber sie sich zunächst einmal einen Überblick verschaffen und auch anwaltlichen Rat einholen musste. Insofern seien die Beanstandungen in den Emails vom 20.11. und 21.11.2007 unverzüglich gewesen. Außerdem seien am 08.11.2007 noch Unterlagen von der Antragsgegnerin nachgefordert worden, die sie dann mit Fax gegen 15.00 Uhr übersandt habe. Um 16.22 Uhr sei dann die Mitteilung über ihre Nichtberücksichtigung eingegangen. Am 09.11.2007 sei dann die Bindefrist verlängert worden. Anschließend habe sie nach Rückkehr von Herrn S. aus dem Urlaub mehrfach mit ihm telefoniert. Der habe ihr mitgeteilt, dass man dabei sei, die Angebote der Bieter auszuwerten. In Anbetracht dieser Umstände und Aussagen, sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin schon am 08.11.2007 tatsächlich gefallen sei.

Letztlich, so meint die Antragstellerin, habe sie jedenfalls unverzüglich gerügt, nachdem sie von der Antragsgegnerin mit Telefax vom 22.11.2007 informiert worden sei, dass ihr Angebot aus den bereits mit Schreiben vom 08.11.2007 mitgeteilten Gründen nicht berücksichtigt werden konnte. Denn daraufhin habe sie mit ihrem Rüge-schreiben vom 26.11.2007 reagiert.

Ihre Antragsbefugnis, so meint die Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Antragsgegnerin in ihrer Niederschrift über die Öffnung der Angebote ausdrücklich die Vollständigkeit ihres Angebotes festgestellt habe, wovon sie nachträglich nicht mehr abrücken könne.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Angebote nicht miteinander verglichen werden können, weil die Leistungsbeschreibung unklare Vorgaben enthalten habe. So wäre es nicht möglich gewesen, die in der Leistungsbeschreibung geforderten 38.000 Exemplare anzubieten, weil es dafür keine Rubrik in der Tabelle gab.

Weiterhin seien die Preise aber auch deshalb nicht vergleichbar, weil sie in ihrem Angebot von insgesamt 64 Seiten (60 Seiten Standardumfang + 4 Seiten Umschlag) ausgegangen sei, während die Beigeladene 60 Seiten (56 Seiten Inhalt + 4 Seiten Umschlag) angeboten habe. Das würde bei der Preisangabe für die steigende Auflage, bei den Mehr- und Minderkosten für redaktionelle Seiten und bei den Mehrkosten für die 5. Farbe zu nicht vergleichbaren Preisen führen und damit zwangsläufig zu höheren Kosten. Zudem konnte die 5. Farbe nicht in Bezug auf die konkrete Auflage und die konkrete Seitenzahl angeboten werden.

Bei den Nachfragen, so behauptet die Antragstellerin, sei ihr von der Antragsgegnerin wiederholt mitgeteilt worden, sie solle ihre Preise für die Standardauflage anbieten, was sie dann auch getan habe. Ihr Angebot, dass sich über 64 Seiten verhalte, könne deshalb nicht mit dem Angebot der Beigeladenen, dass lediglich 60 Seiten beinhalte, verglichen werden. Auch könne es Angebote geben, die überhaupt keine Preise für eine Auflage von 38.000 Exemplaren enthalten. Im Übrigen könne das Angebot der Beigeladenen auch nicht gewertet werden, weil diese eigene Geschäftsbedingungen beigefügt habe.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass auch die Wertung der Antragsgegnerin anhand der einzelnen Zuschlagskriterien nicht ordnungsgemäß erfolgt sein könne. Hinsichtlich der Preise verweist sie auf die Unterschiede beim Seitenumfang.

Beim Zuschlagskriterium „Lieferzeit“ behauptet sie, dass die Beigeladene ein Subunternehmen für die Adressierung und den Versand beauftragen müsse. Hinsichtlich der verlangten „räumlichen Nähe zum Unternehmen“ weist sie darauf hin, dass ihr Unternehmen nur halb so weit vom Sitz der Antragsgegnerin entfernt sei. Auch hinsichtlich der anderen beiden Zuschlagskriterien bezweifelt die Antragstellerin, dass die Beigeladene genau so gut bewertet werden konnte, wie sie selbst. Denn die Beigeladene würde weder über die Möglichkeit der Anzeigenakquise noch über spezielle Verlagsprogramme verfügen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, der Beigeladenen nicht den Zuschlag zu erteilen und das Ausschreibungsverfahren aufzuheben,
2. hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung ihres Angebots zu erteilen,
3. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären,

4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig ist.

Sie trägt vor, dass sie zunächst kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB sei, weil sie ein berufsständischer Zwangsverband sei, der keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnehme und sich ausschließlich über die Beiträge der Mitglieder finanziere.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass der Zuschlag schon wirksam erteilt worden sei. Sie habe die Beigeladene am 22.11.2007 mit Fax darüber informiert und in einer Besprechung am 26.11.2007 habe die Beigeladene erklärt, den Auftrag zu den Bedingungen ihres Angebots vom 19.10.2007 entsprechend den Vorgaben der Verdingungsunterlagen auszuführen. Der Vertrag sei am 26.11.2007 mündlich mit der Beigeladenen geschlossen worden, so dass der Zuschlag bereits am 28.11.2007, dem Tag, an dem der Antrag zugestellt wurde, wirksam erteilt gewesen sei. Dass der mündliche Zuschlag nicht schriftlich bestätigt worden sei, sei unbeachtlich, weil § 28 Nr. 1 Abs. 1 S.2 VOL/A vor dem Hintergrund zu sehen sei, dass mündliche Zusagen häufig nur einen ankündigenden Charakter hätten. Dies sei hier aber nicht der Fall gewesen, weil beide Parteien einvernehmlich von einer wirksamen Zuschlagserteilung am 26.11.2007 ausgegangen seien.

Weiterhin ist die Antragsgegnerin der Auffassung, dass hier keine Fallgestaltung vorliegt, die von § 28 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A erfasst wird. Durch den Ablauf der Bindefrist am 22.11.2007 sei das Angebot der Beigeladenen erloschen (vgl. § 146 BGB), weil es nicht rechtzeitig angenommen worden sei. Auf ein nicht mehr vorhandenes Angebot könne kein Zuschlag mehr erteilt werden. Allerdings meint die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Jena vom 30.10.2006, 9 Verg 4/06, dass sie nunmehr formal dem Bieter ein ggf. inhaltlich identisches Angebot in dem Gespräch am 26.11.2007 unterbreitet habe, sie also als Antragende iSv § 150 Abs. 1 BGB aufgetreten sei, und dieser neue Antrag sei von der Beigeladenen auch angenommen worden. Damit sei es zu einem wirksamen Vertragsschluss gekommen. Auf diese Fälle sei § 28 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A überhaupt nicht anwendbar. Wenn man aber § 28 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A heranziehe, dann müsse man hinsichtlich der schriftlichen Bestätigung auf den Bieter, und nicht auf die Vergabestelle, abstellen. Denn dieser würde quasi in die Position des Annehmenden treten und als solcher den Vertragsschluss schriftlich bestätigen müssen.

Die Antragsgegnerin behauptet weiterhin, dass das Angebot der Beigeladenen aus dem Schreiben vom 19.10.2007 und dem Schreiben vom 24.10.2007 (Angebotsvordruck) bestanden habe und beide Schreiben sich in einem verschlossenen Umschlag befunden hätten, den sie am 26.10.2007 geöffnet habe. Den Umschlag habe sie aber nicht zur Vergabeakte genommen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass auch keine unverzügliche Rüge vorliege. Das Informationsschreiben datiere vom 8.11.2007 und die Antragstellerin habe erst am 20.11.2007 bestimmte Punkte in einer Email angesprochen. Würde man diese Email als Rüge werten, obwohl es aus formellen Gründen keine Rüge sei, so sei dieses Schreiben auch vor dem Hintergrund, dass im Bezirk des OLG Düsseldorf eine Höchstfrist von bis zu 14 Tagen anerkannt sei, nicht unverzüglich gewesen. Denn dieses Schreiben sei erst 12 Tage später erfolgt, was sachlich nicht begründet werden könnte, so dass diese Rüge jedenfalls nicht ohne schuldhaftes Zögern erfolgte.

Die Antragsgegnerin weist zudem ausdrücklich darauf hin, dass das Informationsschreiben vom 8.11.2007 alle Anforderungen des § 13 VgV erfüllt und der letzte Satz hinsichtlich der Vorläufigkeit aus einen Vordruck stammt.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle, weil ihr Angebot zwingend auszuschließen sei. Denn das Angebot enthalte nicht den geforderten Terminplan.

Die Beigeladene erhielt Gelegenheit zum Vortrag.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 22.02.2008 verlängert, weil die Ausschreibungsunterlagen erst nach ca. 14 Tagen vorgelegt wurden, und zwar unmittelbar vor den Weihnachtsfeiertagen, so dass im Anschluss daran auch keine Akteneinsicht stattfinden konnte.

Am 08.02.2008 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 als Körperschaft des öffentlichen Rechts der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebende 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).

Der geschätzte Auftragswert für die Gesamtleistung liegt oberhalb von 211.000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB

Die Kammer lässt es dahin gestellt, ob die Antragsgegnerin bereits als öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 1 GWB einzuordnen ist, weil sie eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und sie für ein bestimmtes Gebiet zuständig ist. Körperschaften des öffentlichen Rechts können nach § 18 LOG NW nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes errichtet werden und wirken gemäß § 19 LOG NW bei der Landes-

verwaltung mit. Die Antragsgegnerin untersteht der Aufsicht des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW und ist nach § 1 Abs. 1 ihrer Satzung die berufliche Vertretung der Ärzte und Ärztinnen, die im Gebiet bzw. im Landesteil Westfalen-Lippe ihre Tätigkeit ausüben.

Jedenfalls ist die Antragstellerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB. Nach Auffassung des EuGH, 13.12.2007, Rs. C-337/06 und des OLG Düsseldorf, 21.07.2006, Verg 13/06; 23.5.2007, Verg 50/06, reicht eine mittelbare staatliche Finanzierung durch die Beiträge der Mitglieder aus, um eine Finanzierung durch den Staat anzunehmen, wenn dieser Leistung keine rechtsgeschäftlich begründete Gegenleistung gegenüber steht.

Die von der Antragsgegnerin wahrgenommenen Aufgaben sind nichtgewerblicher Art und liegen damit im Allgemeininteresse. Nach Auffassung des EuGH, 10.05.2001, C-223/99 und C-260/99, Ente Fiera, weist das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem Markt im Wettbewerb mit anderen Wettbewerbern steht, darauf hin, dass es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art handelt. Aus diesen Indizien schlussfolgert der EuGH somit, ob ein Unternehmen gewerblich oder nichtgewerblich auf dem Markt tätig ist. Die Antragsgegnerin befindet sich nicht in einem wettbewerblich geprägten Umfeld mit anderen Unternehmen in ihrem Zuständigkeitsbereich, die vergleichbare Aufgaben erfüllen. Sie hat zudem eine wettbewerblich risikolose Sonderstellung, weil sie auch kein wirtschaftliches Risiko trägt.

Im Ergebnis ist die Antragsgegnerin somit auf jeden Fall öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB.

b) Die Antragstellerin hat den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß, und zwar die Unklarheiten hinsichtlich des Umfangs der Seitenzahlen in den Verdingungsunterlagen hinreichend und unverzüglich nach § 107 Abs. 3 GWB gerügt.

aa) § 107 Abs. 3 GWB verlangt für die Rüge keine Schriftform, sondern eine mündliche Rüge ist ausreichend, OLG Düsseldorf, 31.10.2007, Verg 24/07. Die Antragstellerin hat behauptet- was unstreitig ist-, dass sie bereits in der 3. und 4. Oktoberwoche im Jahre 2007, also vor der Abgabe der Angebote, die Unklarheiten telefonisch gegenüber einer namentlich genannten Mitarbeiterin der Antragsgegnerin gerügt habe.

Darauf hin habe die Antragsgegnerin ihr mitgeteilt, sie solle nach „Standard“ anbieten, was ausweislich der Bekanntmachung 60 Seiten+ 4 Seiten Umschlag bedeutete. Außerdem sollte sie die Tabelle in der Anlage 1 um die 38.000 Exemplare ergänzen, was die Antragstellerin als einzige Bieterin auch getan hat.

Damit war aus ihrer Sicht der Rüge zunächst abgeholfen. Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, weil die Vergabestelle die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und wann der Bieter die volle Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß erlangt hat, so OLG Düsseldorf, 29.12.2001, Verg 22/01, trägt.

Insofern sind die Behauptungen der Antragstellerin nicht widerlegt und müssen als zutreffend zugrundegelegt werden.

bb) Dass die Antragstellerin nach Erhalt des Informationsschreibens vom 8.11.2007 nicht erneut im unmittelbaren Anschluss daran gerügt hat, lässt sich nachvollziehen, weil ihr zu diesem Zeitpunkt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht offensichtlich nicht vollumfänglich bekannt und bewusst war, dass die Antragsgegnerin ihre telefonischen Rügen unbeachtet gelassen hatte.

Der Rügeobliegenheit des Bieters unterliegen nur solche Vergaberechtsverstöße, hinsichtlich derer der Bieter über die volle und positive Kenntnis der sie begründenden Tatsachen verfügt und die er außerdem auch in rechtlicher Hinsicht bei zumindest laienhafter Bewertung als Rechtsverletzung würdigt, vgl. OLG Düsseldorf, 29.12.2001, Verg 22/01.

Die Antragstellerin trägt selbst vor, dass es sich aus ihrer Sicht sowohl in sachlicher als auch rechtlicher Hinsicht um einen sehr komplexen Fall gehandelt hätte und ihr auch nach dem Absageschreiben vom 08.11.2007 noch mitgeteilt worden sei, dass die Angebote noch geprüft werden. Auch durch die Verlängerung der Bindefrist mit Schreiben vom 09.11.2007 sei bei ihr der Eindruck entstanden, dass es sich bei dem Schreiben vom 08.11.2007 nicht um eine endgültige Entscheidung der Vergabestelle handelte. Erst aufgrund einiger Telefonate und Emails, die sie mit der Antragsgegnerin austauschte, wurde der Antragstellerin offensichtlich bewusst, dass es trotz ihrer telefonischen Rügen gar nicht zu einer Klarstellung des Leistungsverzeichnisses auch gegenüber den anderen Bietern gekommen war. Damit wurde ihr klar, dass es andere Angebote geben musste, die möglicherweise andere Seitenzahlen beinhalten oder keine Preisangaben zu den 38.000 Exemplaren enthielten und die deshalb mit ihrem Angebot, so meinte die Antragstellerin jedenfalls, nicht vergleichbar sein konnten.

Außerdem trägt die Antragstellerin - was unstreitig ist - vor, dass sich der maßgebliche Sachbearbeiter der Antragsgegnerin unmittelbar nach dem 08.11.2007 in Urlaub befand und offensichtlich erst ab dem 20.11.2007 wieder telefonisch erreichbar war.

Daraus kann nur gefolgert werden, dass die Antragstellerin unmittelbar nach Erhalt des Absageschreibens vom 08.11.2007 keine positive Kenntnis hinsichtlich vermeintlicher Vergaberechtsverstöße hatte. Die Umstände (Bindefristverlängerung) und die Aussagen der Antragsgegnerin (Prüfung der Angebote noch nicht abgeschlossen) führten letztlich dazu, dass die Antragstellerin zunächst weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht erkannte, dass sie unverzüglich nach Erhalt des Schreibens vom 08.11.2007 rügen musste.

Erst aus den Emails der Antragstellerin vom 20.11. und 21.11.2007 lässt sich sicher entnehmen, dass sie zu dem Zeitpunkt positive Kenntnis erlangt hatte. Da die Antragsgegnerin nicht dargelegt hat, dass die Antragstellerin vor diesem Zeitpunkt positive Kenntnis im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB hatte, wird dieser Zeitpunkt zugrundegelegt.

cc) Die von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zugrundegelegte Höchstfrist von 14 Tagen beginnt erst dann, wenn beim Bieter diese positive Kenntnis sicher festgestellt werden kann. Wenn man davon ausgeht, dass die Antragstellerin erst am 20./ 21.11.2007 sicher erkannte, dass die Antragsgegnerin trotz ihrer Beanstandungen vor Abgabe der Angebote, das Leistungsverzeichnis nicht geändert hatte, so beginnt auch erst zu diesem Zeitpunkt die Frist für die Rüge. Demzufolge

war auch die schriftliche Rüge vom 26.11.2007 nicht verspätet, sondern erfolgte innerhalb von 6 bis 5 Tagen nach Kenntnis und war damit noch unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB.

dd) Dabei bedarf es nach OLG Düsseldorf, 19.07.2006, Verg 27/06 lediglich der konkreten Darlegung mindestens eines Vergaberechtsverstößes, um den Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren zu erhalten. Anschließend können auch andere Vergaberechtsverletzungen zum Gegenstand desselben Nachprüfungsverfahrens gemacht werden, mögen diese bis dahin auch nur andeutungsweise oder gar nicht im Streit gewesen sein.

c) Der Nachprüfungsantrag ist auch gemäß § 114 Abs. 2 S.1 GWB noch zulässig, weil der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen jedenfalls nicht vor der Zustellung des Nachprüfungsantrages am 28.11.2007 **wirksam** erteilt wurde.

aa) Mit dem Schreiben vom 22.11.2007, abgesandt als Telefax am 22.11.2007 gegen 15.38 Uhr, konnte der Zuschlag nicht wirksam erteilt werden, weil die in § 13 VgV vorgesehene Frist noch nicht abgelaufen war. Das Informationsschreiben datiert vom 08.11.2007, so dass die 14-tägige Frist am 09.11.2007 begann und mit Ablauf des 22.11.2007, 24:00 Uhr endete. Der Zuschlag konnte somit erst am 23.11.2007 mit rechtlicher Verbindlichkeit erteilt werden.

Da der Zuschlag auch in der Form eines Telefaxes erteilt werden kann, OLG Düsseldorf, 23.05.2007, Verg 14/07, und die Antragsgegnerin dieses Fax am 22.11.2007 gegen 15.38 Uhr an die Beigeladene sandte, bedurfte es zu seiner Wirksamkeit keiner erneuten Annahme durch die Beigeladene. Im Vergaberecht ist damit der Vertragsschluss erfolgt. Es ist auch nicht vorgetragen worden, dass die Beigeladene dieses Fax nicht erhalten hat.

Der am 22.11.2007 geschlossene Vertrag war aber wegen § 13 S. 6 VgV nichtig und stand deshalb der Zustellung des Nachprüfungsantrages nicht entgegen.

bb) Folgt man der Behauptung der Antragsgegnerin, dass in einem Gespräch am 26.11.2007 der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen mündlich erteilt wurde, so fehlt die schriftliche Bestätigung. Für die Annahme eines Angebots, also auch für den Zuschlag, gelten die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB, weil es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag handelt.

Allerdings bestimmt § 28 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A das der Zuschlag auf ein Angebot schriftlich erteilt werden soll. Wird der Zuschlag ausnahmsweise nicht schriftlich erteilt, so ist er umgehend schriftlich zu bestätigen. Insofern wird für den Vertragsschluss im VOL/A Bereich die schriftliche Form gefordert.

Wenn der Zuschlag nur mündlich erteilt wird, so hat die Vergabestelle dies schriftlich gegenüber dem Bieter zu bestätigen. Diese Anforderung resultiert aus dem formalisierten Charakter des Vergabeverfahrens und geht über die Mindestbedingungen des Allgemeinen Teils des BGB hinaus, wonach Verträge auch mündlich geschlossen werden können, Noch, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage, § 28 Rn. 15; Wilke, in Kulartz/ Marx/ Portz/ Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 28 Rn. 27. Dabei genügt für die Schriftform auch ein Telefax.

Wenn aber – wie vorliegend- keine schriftliche Bestätigung des mündlich erteilten Zuschlags erfolgte, so ist der mündlich geschlossene Vertrag aufgrund eines Formfehlers gemäß § 125 BGB nichtig.

Es geht auch nicht darum, dass mündliche Zusagen einen ankündigenden Charakter haben und die schriftliche Bestätigung nur dann erforderlich ist, um einen nicht „eindeutigen“ Vertragsschluss zur Klarstellung für beide Parteien zu bestätigen. § 28 Nr. 1 Abs. 1 S.2 VOL/A ist eine Formvorschrift im Sinne von § 125 BGB. Formvorschriften können nicht durch Parteivereinbarungen abbedungen werden, sondern sie sind von allen Beteiligten einzuhalten. Dass gemäß § 28 Nr. 1 VOB/A der Zuschlag bei einer Bauvergabe keinen gesetzlichen Formerfordernissen unterliegt, vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, 23.05.2007, Verg 14/07, bedeutet nicht, dass dies auch im Bereich der VOL/A angenommen werden kann. Denn der Wortlaut von § 28 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A ist eindeutig.

Da es keine Bestätigung der Antragsgegnerin des mündlich geschlossenen Vertrages weder vor der Zustellung des Nachprüfungsantrages noch zu irgendeinem anderen Zeitpunkt gab, wurde der Zuschlag in dem Gespräch am 26.11.2007 nicht wirksam erteilt. Der am 26.11.2007 geschlossene Vertrag ist vielmehr nach § 125 BGB nichtig.

cc) Die Kammer folgt auch nicht der Argumentation der Antragsgegnerin, wonach durch Ablauf der Bindefrist am 22.11.2007 überhaupt kein Angebot eines Bieters mehr vorhanden gewesen sein soll, so dass § 28 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A hier gar nicht zur Anwendung kommen konnte.

Die Auffassung des OLG Jena, 30.10.2006, 9 Verg 4/06, wonach die nicht rechtzeitige Annahme eines Angebotes gemäß § 146 BGB zum Erlöschen des Antrags (Angebot des Bieters) führt, mag zwar zivilrechtlich zutreffend sein, kann aber aus vergaberechtlicher Sicht nicht zugrundegelegt werden. Zivilrechtsordnung und Vergaberecht schützen unterschiedliche Rechtsgüter. Die zivilrechtliche Vertragsfreiheit stößt hier an die Grenzen des Vergaberechts, das einen fairen, gleichen und transparenten Bieterwettbewerb zu gewährleisten hat, so OLG Düsseldorf, 25.05.2005, Verg 8/05.

(1) Unter Berücksichtigung der Vergaberechtsgrundsätze konnte auch nach Ablauf der Bindefrist noch der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden. Würde man dies anders sehen, so wäre eine Vergabestelle nach Ablauf der Bindefrist, über dessen Zeitpunkt sie zunächst allein verfügt, in der Lage, sich aus den eingereichten Angeboten, das Angebot herauszusuchen und sich als eigenes Angebot „zu eigen“ zu machen, dass ihren Vorstellungen entspricht. Dabei ist es dann völlig gleichgültig, ob dieses Angebot alle Erklärungen und Eignungsnachweise enthält, die gefordert waren oder – was ebenfalls unzulässig wäre- gegebenenfalls nochmals ergänzt oder geändert wurde. Im Vergaberecht würde man dies als eine freihändige Vergabe bezeichnen und damit den eigentlichen Vergaberechtsschutz unbeachtet lassen. Dadurch würden unzulässige Manipulationsmöglichkeiten eröffnet und der Transparenzgrundsatz tangiert.

Auch das OLG Jena stellt fest, dass man allein durch die zivilrechtliche Sichtweise Probleme mit dem Vergaberechtsgrundsätzen bekommt. So führt das Gericht aus, dass durch die Vorschrift des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e VOL/A die verspätete Vorlage

von Angeboten eigentlich ausgeschlossen ist. Durch die Frage, wer denn die Überschreitung der Angebotsfrist zu vertreten hat, versucht das Gericht eine Risikoverteilung unter Berücksichtigung der Vergaberechtsgrundsätze vorzunehmen.

Demgegenüber gehen andere Oberlandesgerichte, so OLG Düsseldorf, 20.02.2007, Verg 3/07; OLG Schleswig, 08.05.2007, 1 Verg 2/07, davon aus, dass ein Angebot auch noch nach Ablauf der Bindefrist bezuschlagt werden kann. Das Angebot ist somit weiterhin existent. Der Ablauf der Bindefrist hat lediglich zur Folge, dass der Bieter an sein Angebot nicht mehr gebunden ist, ein Zuschlag vielmehr als Angebot der Vergabestelle zu werten ist. Das bedeutet, dass der Ablauf der Bindefrist damit nur dazu führt, dass ein Bieter sich nicht mehr auf einen Vertragsschluss einlassen muss. Dies kann im Einzelfall für einen Bieter entscheidend sein, weil er sowohl in finanzieller als auch personeller Hinsicht bei Abgabe seines Angebotes wissen muss, wie lange er daran gebunden ist. Nur in Bezug auf diese Möglichkeiten wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A verwiesen. Danach ist der Bieter aufzufordern, sich unverzüglich über die Annahme zu erklären, was nicht bedeutet, dass er selbst Annehmender im Sinne des BGB wird.

Für den Bereich der VOL/A gilt nichts anderes. Auch nach Ablauf der Bindefrist kann der Zuschlag auf ein Angebot erteilt werden, es sei denn, der Bieter widerspricht dieser Zuschlagserteilung. Das OLG Düsseldorf, 20.02.2007, Verg 3/07, verweist darauf, dass derartige in § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A ausdrücklich vorgesehen ist und für Vergaben nach der VOL/A keine Sachgründe für eine abweichende Handhabung ersichtlich sind.

(2) Ausgehend von dieser vergaberechtlichen Sichtweise bleibt es aber bei der Formvorschrift in § 28 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A. Denn die vorstehenden Ausführungen dienen nicht dazu, die nach der VOL/A erforderliche Form der Zuschlagserteilung abzuändern, sondern daran ist eine Vergabestelle weiterhin gebunden. Aus der Sicht der Kammer konnte somit der Zuschlag auf ein Angebot der Beigeladenen auch nach Ablauf der Bindefrist erteilt werden und die Beigeladene hatte unter entsprechender Berücksichtigung des § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A die Möglichkeit, den Vertragsschluss zurückzuweisen. Sie befand sich nur insoweit in der Position des Annehmenden. Falls sie diesen Zuschlag aber akzeptierte, wie das vorliegend der Fall war, musste wegen § 28 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A der mündlich erteilte Zuschlag noch schriftlich von der Antragsgegnerin bestätigt werden, damit dieser wirksam wurde. Diese schriftliche Bestätigung liegt hier nicht vor.

(3) Unterstellt man, so wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausführte, dass nach Ablauf der Bindefrist die Antragsgegnerin sich das Angebot der Beigeladenen „zu eigen“ machte und die Beigeladene somit sich in der Rolle des Annehmenden im Sinne des BGB befand und die in § 28 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A geforderte schriftliche Bestätigung von ihr abzugeben war, so führt dies ebenfalls nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss. Denn ausweislich der Ausschreibungsunterlagen wurde der Nachprüfungsantrag am 28.11.2007 zugestellt. Die schriftliche Bestätigung der Beigeladenen, mit dem sie sich mit dem Zuschlag einverstanden erklärte, ging der Antragsgegnerin am 29.11.2007 zu. Eine zeitlich frühere Übermittlung, beispielsweise per Telefax, lässt sich aus den Unterlagen nicht entnehmen.

(4) Abschließend sei nur angemerkt, dass sich die von der Antragsgegnerin angesprochene Entscheidung des BGH, 28.10.2003, X ZR 248/02, auf eine Ausschrei-

bung von Planungsleistungen nach der VOF bezog. In der VOF gibt es keine Bindefristen. Aber auch der BGH habe wohl – so das OLG Düsseldorf a.a.O.- die Erteilung eines Zuschlags auf ein durch Ablauf der Bindefrist erloschenes Angebot für zulässig, ja sogar für geboten erachtet.

Im Ergebnis ist somit unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt der Zuschlag wirksam vor der Zustellung des Nachprüfungsantrages erteilt worden.

d) Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB.

Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in eigenen Rechten geltend macht, wobei dem Unternehmen auch ein Schaden drohen muss.

Ein Nachprüfungsantrag ist mangels Antragsbefugnis zu verwerfen, wenn das Angebot der Antragstellerin keine Aussicht auf Zuschlagserteilung hat, OLG Düsseldorf, 19.11.2003, Verg 22/03. Unvollständige Angebote sind von vornherein nicht zuschlagsfähig, so die ständige Rechtsprechung des BGH, 18.02.2003, X ZB 43/02 u.a.

Allerdings werden von diesen Grundsätzen Ausnahmen gemacht, wenn die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibung im Streit steht, OLG Düsseldorf, 24.03.2004, Verg 7/04, oder das Angebot, auf das die Vergabestelle den Zuschlag erteilen will, unter einem gleichartigen Mangel leidet und keine weiteren Angebote vorhanden sind, die ordnungsgemäß sind, BGH, 26.09.2006, X ZB 14/06. Wenn also der öffentliche Auftraggeber in Anwendung von § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A das Angebot eines Bieters wegen Unvollständigkeit nicht werten will, dann muss er jedenfalls auch diejenigen Angebote anderer Bieter ausschließen, die gleichfalls an dem beanstandeten oder einem gleichwertigen Mangel leiden.

aa) Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, dass dem Angebot der Antragstellerin die Erklärung „Terminplan“ fehlen würde, so fehlt im Angebot der Beigeladenen die geforderte Benennung eines deutschen Ansprechpartners und die Rückgabe der geforderten Anlagen (Leistungsbeschreibung), so wie die Antragsgegnerin dies in ihrer Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (Vordruck) bestimmte. Die Leistungsbeschreibung wurde von der Beigeladenen nicht zurückgegeben, sondern lediglich die Anlagen. Beiden Angeboten fehlten somit geforderte Erklärungen. Da es sich um in tatsächlicher Hinsicht vergleichbare Sachverhalte handelt, die in der Rechtsfolge zwingend zum Ausschluss des Angebotes auf der ersten Wertungsstufe führen, VK Münster, 13.12.2005, VK 24/05, liegen gleichwertige Mängel vor.

bb) Letztlich kann diese Frage hier dahingestellt bleiben, weil die Beurteilung der Vollständigkeit von Angeboten nur dann sicher möglich ist, wenn die Angebote sowohl formal als auch inhaltlich genau bestimmbar sind. Dies ist hier nicht mehr möglich, weil sämtliche Angebote von der Antragsgegnerin nicht gekennzeichnet wurden.

Das Angebot der Beigeladenen bestand nach dem Vortrag der Antragsgegnerin aus dem Schreiben vom 19.10. und dem Vordruck vom 24.10.2007, die zusammen in einem Umschlag lagen, der am 26.10.2007, also zwei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, geöffnet wurde. Wenn dies nicht zutreffen würde, sondern es nur den Vordruck vom 24.10.2007 gab, dann fehlte in diesem „Angebot“ der Beigeladenen die Preis-

angabe für die ausgeschriebene Auflage von 38.000 Exemplaren. Möglicherweise hat die Beigeladene auch die Leistungsbeschreibung zurückgegeben, die dann versehentlich nicht zu den Ausschreibungsunterlagen genommen wurde. Das Angebot der Antragstellerin weist diesbezüglich keine Besonderheiten auf. Aber auch hier gilt, dass es zwei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist geöffnet wurde.

Allein anhand der Angebote kann somit nicht mehr sicher nachvollzogen werden, welchen Inhalt diese tatsächlich hatten und was nach Öffnung der Umschläge vor Ablauf der Angebotsfrist geschah. Wenn aber aufgrund objektiver Umstände nicht mehr sicher bestimmt werden kann, welchen Inhalt die Angebote der Bieter tatsächlich hatten, dann können daran auch keine weiteren Rechtsfolgen geknüpft werden. Und schon gar nicht können dann solche Angebote formal auf Vollständigkeit geprüft werden.

Da diese Unmöglichkeit der Nachprüfbarkeit der Angebote aufgrund objektiver Umstände in die Risikosphäre der Antragsgegnerin fällt, kann dies jedenfalls kein Ausschlussgrund zu Lasten der Antragstellerin sein.

Im Ergebnis muss somit die Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 107 Abs. 2 GWB angenommen werden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin hat hier gegen einige Vergabevorschriften verstoßen, wobei die Kammer die Entscheidung aber lediglich auf folgende Gründe stützt:

a) Der Leistungsbeschreibung fehlt es an der nötigen Klarheit. Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Eine Leistungsbeschreibung, der es im entscheidenden Punkt für einen verständigen Bieter an Klarheit und Unmissverständlichkeit mangelt, ist prinzipiell ungeeignet, einen Ausschluss von Bieterangeboten zu rechtfertigen, OLG Düsseldorf, 26.07.2005, Verg 71/04. Etwaige Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung gehen im Regelfall zu Lasten der Vergabestelle, OLG Düsseldorf, 20.05.2005, Verg 19/05.

aa) Die Leistungsbeschreibung enthielt zunächst in der Anlage 1 keine Spalte für die ausgeschriebene Auflage von 38.000 Exemplaren. In der ganzen Leistungsbeschreibung wurde der Preis für diesen Standardumfang (siehe Bekanntmachung) überhaupt nicht verlangt. Da es sich um insgesamt 5 Tabellen handelte, die von den Bietern auszufüllen waren, konnte ein Bieter annehmen, dass dort die maßgeblichen Preise einzutragen waren. Die Diskrepanz zur Bekanntmachung, dass nämlich keine Preise für 38.000 Exemplare gefordert wurden, musste deshalb nicht zwingend auffallen.

Die Antragstellerin hatte dies vor Abgabe ihres Angebotes erkannt und nach einem Telefonat mit der Antragsgegnerin in ihrem Angebot diesen Preis unterhalb der Tabelle auf der Anlage 1 eingesetzt. Die Beigeladene hat in dem Schreiben vom 19.10.2007 diesen Preis genannt, nicht aber im Angebotsvordruck vom 24.10.2007.

Das Angebot des dritten Bieters wurde sogar deswegen ausgeschlossen, weil er offensichtlich erst nach Abgabe des Angebotes erkannte, dass der Preis für den Standardumfang fehlte. Er hat dann mit Fax vom 08.11.2007, und zwar nach einem Telefonat mit der Antragsgegnerin, die Tabelle auf der Anlage 1 ebenfalls ergänzt und übersandt. Zu dem Zeitpunkt war aber die Angebotsabgabefrist bereits abgelaufen.

Die Antragsgegnerin hätte vielmehr nicht nur der Antragstellerin, sondern allen Bietern vor Abgabe der Angebote erlauben müssen, diese Angaben in der Tabelle 1 zu ergänzen. Dies ist hier aber nicht geschehen.

Die Leistungsbeschreibung war somit hinsichtlich eines entscheidenden Punktes nicht eindeutig, sondern missverständlich und führte dazu, dass die Angebote der Bieter nicht vollständig waren.

bb) Auch der tatsächliche Umfang der Seitenzahl lässt sich nicht mehr mit der erforderlichen Gewissheit ermitteln. Nach der Bekanntmachung musste der Bieter für 60 Seiten + 4 Seiten Umschlag anbieten. In der Leistungsbeschreibung wird der Standardumfang im Fließtext zunächst mit 60 Seiten angegeben, wobei die 4 Seiten Umschlag nicht mehr genannt werden. Dann erfolgt unter der Überschrift „Umfang“ die Angabe, dass es 56 Seiten Inhalt und 4 Seiten Anzeigen (die vom Bieter beige-steuert werden sollten) sein mussten und dazu kamen 4 Seiten Umschlag.

Es lässt sich nicht mehr sicher und eindeutig ermitteln, ob der Preis für 56 Seiten (redaktionelle Seiten) gefordert war und die vom Bieter beizusteuern den 4 Seiten (Anzeigen) preislich überhaupt nicht berücksichtigt werden sollten oder ob der Preis für insgesamt 60 Seiten (redaktionelle Seiten + Anzeigenseiten) gefordert wurde und der Hinweis auf die 4 Seiten Anzeigen nur bedeutete, dass der Bieter für diese allein verantwortlich war und mit den Anzeigen zu füllen hatte. Sicher ist, dass der Bieter diese 4 Seiten mit Anzeigen zu füllen hatte, für die er die Akquise übernehmen musste. Aber fraglich bleibt, ob der Druck dieser 4 Seiten der Antragsgegnerin in Rechnung gestellt werden durfte.

Unmissverständlich ist dann wieder, dass 4 Seiten Umschlag vom Bieter zu liefern waren und dies beim Preis zu berücksichtigen war.

Die Antragstellerin hat nach eigenem Vortrag behauptet, dass sie insgesamt 60 Seiten und 4 Seiten Umschlag preislich in ihrem Angebot berücksichtigt habe. Demgegenüber konnte man dem Schreiben der Beigeladenen vom 19.10.2007 entnehmen, dass sie ein Angebot über 56 Seiten + 4 Seiten Umschlag abgegeben hat. Ein Vergleich dieser beiden Angebote war folglich schon nicht möglich.

Die Antragsgegnerin konnte die angegebenen Preise in den Angeboten auch nicht einfach mittels der Preisangaben in der Anlage 2 (Mehr- und Minderkosten für +/- 4,8 und 16 redaktionelle Seiten) korrigieren. Denn die Anlage 2 bezog sich nur auf die redaktionellen Seiten und eben nicht auf die Anzeigenseiten.

Ausgehend von diesen Unklarheiten ist der Vortrag der Antragstellerin, dass auch die Mehrkosten für die 5. Farbe (Anlage 5) nicht mehr zu vergleichbaren Preisen führen konnte, nachvollziehbar. Je höher die beim Preis zu berücksichtigende Seitenzahl ist, desto höher mussten die Preisangaben auf der Anlage 5 sein. Allein die tatsächlichen Angaben in den Angeboten (der Preis der Antragstellerin war um ca. 50 % hö-

her als der Preis der Beigeladenen) offenbaren, dass hier kein Vergleich möglich war und die Bieter die Leistungsbeschreibung unterschiedlich verstanden haben mussten.

Im Ergebnis konnte die vorliegende Leistungsbeschreibung somit nicht zu vergleichbaren Angeboten führen.

b) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet, weil die Wertung der Antragsgegnerin gegen § 25 Nr. 3 VOL/A verstößt. Danach ist der Zuschlag unter Berücksichtigung aller Umstände auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, wobei der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend ist.

Hier gab es insgesamt 5 Zuschlagskriterien, wobei der Preis mit 60 % gewichtet werden sollte und u.a. die räumliche Nähe zum Unternehmen mit 10%. Ob die räumliche Nähe zur Antragsgegnerin überhaupt ein zulässiges Zuschlagskriterium ist, vgl. dazu EuGH, 27.10.2005, Rs. C-234/03, - weil es für die hier im Streit stehende Ausschreibung eigentlich keinen sachlichen Grund hierfür gibt - lässt die Kammer dahingestellt. Dies konnte letztlich auch in der mündlichen Verhandlung nicht mehr geklärt werden. Die Antragsgegnerin wollte mit diesem Kriterium einen Vertragspartner ermitteln, der sich möglichst in räumlicher Nähe befand. Auch auf konkrete Nachfrage der Kammer hin, ist diesbezüglich kein sachlich nachvollziehbarer Grund für dieses Zuschlagskriterium von der Antragsgegnerin genannt worden.

Jedenfalls kann das Ergebnis der Wertung nicht eine gleich hohe Punktzahl bei der Antragstellerin und der Beigeladenen sein. Denn die Antragstellerin mit Sitz in Gxxxxx liegt erheblich näher zum Sitz der Antragsgegnerin als die Beigeladene, die ihren Sitz in lxxxxxxx hat. Im Vergleich der Angebote musste dieser Unterschied zu einer anderen Punktzahl in der Wertung führen. Alles andere ist jedenfalls sachlich nicht mehr nachvollziehbar.

Wenn die Antragsgegnerin, wie in der mündlichen Verhandlung angedeutet, eine Staffelung der Entfernungen aufgestellt hatte, und beide Bieter sich in der ersten Staffel befanden und somit die gleiche Punktzahl erhielten, dann hätte diese Bewertung bereits vor Abgabe der Angebote den Bietern zur Kenntnis gegeben werden müssen, was hier nicht erfolgte, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 05.09.2007, Verg 19/07.

Bei dem vorliegenden Ergebnis lässt es die Kammer dahin gestellt, ob noch weitere Wertungsfehler erfolgten.

c) Die Antragsgegnerin hat zudem gegen § 22 Nr. 3 lit. b VOL/A verstoßen.

aa) Die Angebote der Bieter sind nach § 22 Nr. 3 lit. b VOL/A in allen wesentlichen Teilen zu kennzeichnen. Dies soll verhindern, dass nachträglich einzelne Bestandteile der Angebote ausgetauscht oder entfernt und damit die Angebote manipuliert werden. Die im Sinne vom § 22 VOL/A unterlassene Kennzeichnung der vorgelegten Angebote stellt einen gravierenden Vergaberechtsverstoß dar, der objektiv selbst durch eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein rechtmäßiges Vergabeverfahren nicht mehr erwarten lässt, weil damit die erforderlichen Feststellungen durch den Auftraggeber nicht mehr zweifelsfrei getroffen werden können, so VK Sachsen, 24.05.2007, 1/SVK/029-07.

Die Kammer hält diese Auffassung für zutreffend, weil auch der im Streit stehende Fall zeigt, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr ohne weiteres möglich ist, wenn die Kennzeichnung fehlt. Die Inhalte der Angebote können nicht mehr sicher ermittelt werden, was aber für die rechtliche Beurteilung häufig entscheidend ist. Die fehlende Kennzeichnung der Angebote fällt auch ohne Weiteres in die Risikosphäre der Vergabestelle und kann nicht im Wege einer Beweisaufnahme nachträglich geheilt werden.

bb) Abschließend mangelt es auch an einer ausreichenden Dokumentation. Die Briefumschläge mit den Eingangsvermerken sind Teil der Ausschreibungsunterlagen. Sie müssen sich zwingend in den Ausschreibungsunterlagen befinden und mit einem Eingangsvermerk versehen sein.

III.

Die Antragstellerin ist gemäß § 114 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt, weil die vorstehenden Vergaberechtsverstöße dazu führen, dass eine Vergleichbarkeit der beiden Angebote nicht mehr möglich ist. Zudem ist auch die Wertung zumindest hinsichtlich des Zuschlagskriteriums der räumlichen Nähe vergaberechtswidrig. Da auch das Angebot der Beigeladenen mit Mängeln behaftet ist, die jedenfalls auf derselben Wertungsstufe zum Ausschluss führen würden, liegt überhaupt kein Angebot mehr vor, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte. Eine erneute Ausschreibung bedeutet für die Antragstellerin somit eine reelle Chance auf Erhalt des Auftrages.

1. Da sowohl die missverständliche Leistungsbeschreibung als auch die mangelnde Kennzeichnung der Angebote Vergaberechtsverstöße darstellen, die nicht durch eine erneute Wertung behoben werden können, wäre die Ausschreibung zumindest in den Stand vor Abgabe der Angebote zurückzusetzen. Die Kammer hält hier allerdings die Aufhebung der gesamten Ausschreibung beginnend mit der Bekanntmachung für erforderlich.

Denn bereits in der europaweiten Bekanntmachung liegen Vergaberechtsverstöße vor, welche die Antragsgegnerin zu korrigieren hat. Für die Forderung der räumlichen Nähe zum Unternehmen der Antragsgegnerin bestehen keine sachlichen Gründe. Vielmehr ist nicht auszuschließen, dass dadurch Interessenten, die ihren Unternehmenssitz nicht in unmittelbarer Nähe zum Sitz der Antragsgegnerin haben, von vornherein diskriminiert werden, ohne dass es dafür aufgrund des zu erteilenden Auftrages sachliche Gründe oder Erfordernisse gibt. Die Antragsgegnerin konnte auch in der mündlichen Verhandlung nicht sachlich nachvollziehbar begründen, dass die Erteilung dieses Auftrages zwingend dieses Zuschlagskriterium rechtfertigt.

Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass die Leistungsbeschreibung und die Ausschreibung noch weitere Unklarheiten enthielten, die hier nicht entscheidungsrelevant waren. Die Kammer hat die Ausschreibung nicht umfassend überprüft. Beispielsweise wird in den Bewerbungsbedingungen ein Gewereregisterauszug nach dem aktuellen Stand gefordert, der mit dem Angebot vorgelegt werden musste. Dabei handelt es sich um einen Eignungsnachweis, der gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A zwingend in der Bekanntmachung zu nennen ist, was hier ebenfalls nicht erfolgte.

2. Die Kammer stellt zudem die Nichtigkeit des am 26.11.2007 zwischen der Antragsgegnerin und Beigeladenen mündlich geschlossenen Vertrages fest, weil die

gemäß § 28 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A erforderliche schriftliche Bestätigung fehlte und somit das Rechtsgeschäft gemäß § 125 BGB nichtig ist. Weiterhin ergibt sich die Nichtigkeit des am 22.11.2007 geschlossenen Vertrages aus § 13 S. 6 VgV.

Die Nichtigkeit der Verträge ist durch die Vergabekammer im Beschluss anzuordnen, KG 04.04.2002, KartVerg 5/02; OLG Düsseldorf, 12.03.2003, Verg 49/02; VK Münster, 26.09.2007, VK 17/07.

Sollte die Antragsgegnerin an ihrem Beschaffungsinteresse festhalten, hat sie das europaweite Vergabeverfahren beginnend mit der Bekanntmachung nach dem 4. Teil des GWB erneut durchzuführen.

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. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin die Kosten zu tragen, wobei sie allerdings gemäß § 8 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes als Gebietskörperschaft von der Zahlung der Gebühren befreit ist.

Da die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren keinen eigenen Antrag gestellt hat und sie auch nicht durch umfangreiche Schriftsätze wesentlich auf die Entscheidungsfindung eingewirkt hat, kann nicht festgestellt werden, ob sie im Verfahren unterliegt oder obsiegt. Daher kann weder eine Kostenerstattung zu ihren Gunsten erfolgen, noch kann sie zur Kostentragung herangezogen werden, OLG Düsseldorf, 13.08.2003, Verg 1/02.

Bei der Höhe der Gebühr ist gemäß § 128 Abs. 2 GWB von dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens auszugehen. Die Gebühr beträgt mindestens xxxx €. Ausgehend von dem Gesamtauftragswert aus dem Angebot der Antragstellerin wird eine Gebühr in Höhe von xxxx € festgesetzt.

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 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 der Antragstellerin zu tragen.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

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

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

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

Diemon-Wies

Stolz

Bartsch