



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Ein Ausschluss eines Angebots wegen einer fehlenden Erklärung gem. § 19 EG Abs. 3a VOL/A a.F. setzt voraus, dass diese wirksam gefordert wurde. Hat der öffentliche Auftraggeber die aus seiner Sicht vorzulegende Erklärung nicht in die abschließende Liste nach § 9 EG Abs. 4 VOL/A a.F. aufgenommen, muss sie wenigstens eindeutig und unmissverständlich gefordert sein und der Bieter muss Gelegenheit zum Nachreichen erhalten.

2. Nicht wertungsrelevante Preise können nach § 19 EG Abs. 2 S. 2 VOL/A a.F. nachgefordert werden.

In dem Nachprüfungsverfahren zum Vergabeverfahren Vernetzung Leitstellen XXX
VK 2 - 25/16

der XXX

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

- Antragstellerin -

gegen

XXX

- Antragsgegner zu 1 -,

XXX

- Antragsgegner zu 2 -,

XXX

- Antragsgegner zu 3 -,

vertreten durch den Antragsgegner zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

in toto: - **Antragsgegner** -

sowie

die Beigeladene XXX

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

- **Beigeladene** -

wegen

Ausschlusses aus dem Verfahren aufgrund fehlender Erklärungen und fehlender Nachweise zur Eignung

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22.7.2016 durch die Vorsitzende RD'in Hugenroth, die hauptamtliche Beisitzerin RD'in Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Friedrich

am 29.7.2016 entschieden:

1. Der Antrag wird als zulässig, aber unbegründet zurückgewiesen,
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 3000,---- € festgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden der Antragstellerin auferlegt.
4. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

I. Sachverhalt :

Der Antragsgegner schrieb mit EU-Bekanntmachung vom 23.1.2016 die "Vernetzung Leitstellen XXX" europaweit in einem offenen Verfahren als Lieferauftrag aus. Vor dem Hintergrund, dass die Firma XXX aus dem BOS-Leitstellengeschäft in naher Zukunft aussteigen wird, sollte die vorhandene Struktur ersetzt werden mit dem Ziel eines einheitlichen Kommunikationssystems in allen drei Kreisen. Nach Ziff. II.2.1 umfasst die Beschaffung

- die Ersatzbeschaffung
- die Einrichtung des Digitalfunks
- die Vernetzung

- den Systemservice, wobei die einzelnen Punkte näher beschrieben werden. Als geschätzter Wert wird eine Spanne von XXX Euro angegeben.

Nach der Bekanntmachung sollte eine Aufteilung des Auftrags in Lose nicht erfolgen. Unter Angaben zu Optionen, Ziff. II.2.2 heißt es: "Optionen: nein".

Unter Ziff. III.2.3 Technische Leistungsfähigkeit ist angegeben: "Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit sowie der Auftraggeber. Zwei Referenzen, mit dem Umfang der wesentlichen jetzt angebotsgegenständlichen Leistungen, nicht älter als 5 Jahre."

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Die Vergabeunterlagen enthalten ferner eine "Zusammenstellung der vom Unternehmen einzureichenden Unterlagen, Erklärungen und Nachweise im offenen Verfahren" (sog. Checkliste). Darin wird unter Ziff. 1 u.a. die Leistungsbeschreibung mit Preisangebot aufgeführt.

Im Leistungsverzeichnis heißt es in Ziff. 1.4 Wartung unter anderem: "Der AG behält sich vor, die nachfolgend unter den Positionen Wartung abgefragten Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt separat¹ zu beauftragen. Zur Feststellung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes werden die Kosten bei der Bewertung voll berücksichtigt. [...]"

Nachfolgend werden die Preise für eine umfassende Wartung der Neuanlagen detailliert abgefragt.

Anschließend heißt es:

"Der Auftragnehmer hat dem Angebot weitere Kostenübersichten über reduzierte Leistungen beizulegen (ohne Update, ohne Upgrade und ohne Release)". Vergleich ist die Position 1.5 zu den Instandhaltungskosten aufgebaut. Dort werden Kostenübersichten über verkürzte Reaktionszeiten und den Vor- Ort -Service abgefragt

Die vorgenannten Textpassagen finden sich wortgleich in Ziff. 2.410 und Ziff. 3.410.

Die Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab und bepreiste darin die Ziff. 1.410, 2.410 und 3.410 des Leistungsverzeichnisses. Seite 6 ihres Angebots enthält folgende Passage:

"Zusätzliche Hinweise zum Angebot

Aufschlüsselung Wartungskosten für 1.4.10, 2.4.10 und 3.4.10

Im Rahmen der Preisstellung für den gesamten Leitstellenverbund und der damit verbundenen Sonderpreiserstellung ist es nicht möglich und auch nicht sinnvoll, eine Aufspaltung nach Releases, Update und Upgrade zu machen."

¹ Unterstreichungen sind in diesem Text von der Kammer hinzugefügt

Sie fügte ihrem Angebot 4 Referenzen unter Angabe der jeweiligen Projektvolumina bis max. ca. 500.000 € bei, darunter 2 bezogen auf Projekte in einem Flughafenbereich.

Im Vergabevermerk ist eine von dem vom Antragsgegner beauftragten Ingenieurbüro erstellte Referenzmatrix, Datum 4.4.2016, enthalten, in der es u.a. heißt: "

Die von den Bietern beigefügten Referenzen wurden in Bezug

- zur BOS Notruf-, Telefon- und Funkvermittlungsanlage
- zum Draht-Digitalfunk
- zur Vernetzung
- zu Systemserviceleistungen (Wartung und Entstörung) und
- zur Auftragshöhe mit dem Umfang der angebotsgegenständlichen Leistungen hin geprüft.

Mit Schreiben vom 9.5.2017 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin "gemäß § 134 GWB..." mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen wurde, weil geforderte Erklärungen und Nachweise fehlten. Erläuternd wurde ausgeführt:

" 1.) Geforderte Wartungspreisaufschlüsselung werden mit dem Anschreiben entsagt und als nicht möglich und nicht sinnvoll erklärt.

2.) Pkt. III.2.3 der Auftragsbekanntmachung: vorgelegte Referenzen entsprechen nicht dem Umfang der wesentlichen jetzt angebotsgegenständlichen Leistungen"

Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 13.5.2016 rügte die Antragstellerin den Ausschluss. Sie verfolgt ihre Rüge im Nachprüfungsverfahren weiter.

Mit Schreiben vom 17.5.2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass er zur Prüfung der Vergleichbarkeit der Referenzen eine Stellungnahme seines planenden Ingenieurbüros anfordern werde. Das Ingenieurbüro hat daraufhin die Referenzen durch Anrufe bei den jeweiligen Auftraggeber bezogen auf die o.g. Gesichtspunkte überprüft und hielt weiterhin an seiner Empfehlung fest, das Angebot wegen der verweigerten Kostenübersicht und der nicht ausreichenden Referenzen auszuschließen. Diesem Schreiben ist eine weitere, ergänzte Referenzmatrix, ebenfalls mit Datum 4.4.2016, beigefügt, in der die Prüfparameter wie folgt ergänzt wurden:

"Die von den Bietern beigefügten Referenzen wurden in Bezug

- zur BOS Notruf-, Telefon- und Funkvermittlungsanlage (mindestens 10 AP, entspricht ca. 50% Auftragshöhe)
 - zum Draht-Digitalfunk (Vorhandensein)
 - zur Vernetzung (Vorhandensein)
 - zu Systemserviceleistungen (Wartung und Entstörung) (Vorhandensein)
- und - zur Auftragshöhe (mindestens 1.000.000 Euro (brutto), entspricht ca. 50% Auftragswert) mit dem Umfang der angebotsgegenständlichen Leistungen hin geprüft."

Mit Schreiben vom 8.6.2016 teilte der Antragsgegner "gemäß § 101a GWB" erneut mit, dass er beabsichtige, das Angebot der Beigeladenen anzunehmen. Das Angebot

der Antragstellerin werde ausgeschlossen, weil geforderte Erklärungen und Nachweise fehlten.

Mit gesonderter Rügezurückweisung vom 8.6.2016 begründet der Antragsgegner die Zurückweisung mit den fehlenden Kostenübersichten und nicht hinreichender Referenzen

Die fehlenden Angaben hätten auch nicht nachgefordert werden können, da es sich um gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 VOL/A EG nicht nachforderbare Preisangaben handele. In Ausübung des eingeräumten Ermessens habe er sich entschieden, die Erklärungen über die Preise nicht gemäß § 19 Abs. 2 VOL/A EG nachzufordern. Entscheidungsrelevant sei gewesen, dass die Antragstellerin die Aufsplittung nach Releases, Update und Upgrade ausdrücklich verweigert habe.

Auch erreiche keine der Referenzen einen Umfang vergleichbar mit den angebotsähnlichen Leistungen, bezogen auf die Kosten pro Arbeitsplatz.

Die Antragstellerin hat am 17.6.2016 einen Nachprüfungsantrag gestellt, welcher dem Antragsgegner am selben Tag übermittelt worden ist. Mit Beschluss vom 22.6.2016 hat die Kammer beigeladen. Die Kammer hat den Beteiligten Akteneinsicht durch Übersendung teilweise geschwärzter Auszüge aus der Vergabeakte gewährt. Die Entscheidungsfrist wurde von der Vorsitzenden bis zum 5.8.2016 verlängert.

Die Antragstellerin meint, es lägen keine Gründe für einen Ausschluss ihres Angebots vor.

Sie habe ein anhand der Checkliste formal und inhaltlich vollständiges Angebot abgegeben. und habe sämtliche Preisangaben nach Maßgabe des Leistungsverzeichnisses erbracht. Da sei ausweislich des Prüfbogens durch das vom Antragsgegner beauftragte Ingenieurbüro bestätigt.

Die Kostenübersicht sei nicht wirksam gefordert, da sie nicht Bestandteil der abschließenden Liste gem. § 9 EG Abs. 4 VOL/A gewesen sei. Der Auftraggeber habe sämtliche verlangten Nachweise in einer den Vergabeunterlagen beizufügenden und für die Bieter als Überblick (gewissermaßen als "Checkliste", auf "einen Blick" und zum "Abhaken") verwendbaren, verlässlichen Aufstellung bekannt zu geben. Auf diese Liste könne der Bieter als abschließend vertrauen. Das Fehlen der Kostenübersicht in der Liste lasse den Schluss zu, dass der Übersicht lediglich informatorischer Charakter zukomme.

Darüber hinaus sei die im Leistungsverzeichnis enthaltene Forderung nach Kostenübersichten über reduzierte Wartungsleistungen in sich unklar, technisch unsinnig und widersprüchlich und daher intransparent. Eine Instandhaltung und Verfügbarkeit der kritischen Infrastruktur einer Leitstelle könne ohne eine umfängliche, nicht reduzierte Wartung nicht gewährleistet werden. Insgesamt sei der Hinweis in Ziff. 1.4.10 vom objektiven Empfängerhorizont so verstehen, dass der Antragsgegner eine formfreie Aussage hinsichtlich reduzierter Leistungen erwartete.

Der Antragsgegner berufe sich zu Unrecht auf § 19 EG Abs. 3 a) VOL/A. Er hätte sein Ermessen nur dann pflichtgemäß ausgeübt, wenn er der Antragstellerin Gelegenheit gegeben hätte, die Kostenübersicht nachzuliefern, denn er sei gehalten gewesen, die Kostenübersicht über reduzierte Leistungen der Wartung nachzufordern. Zum einen eröffne § 19 EG Abs. 2 S. 2 VOL/A Ermessen zur Nachforderung fehlender Preisangaben. Zum anderen sei die Aufstellung nicht wertungsrelevant und habe Wertungsreihenfolge und Wettbewerb nicht beeinträchtigen können. Dadurch, dass die Kostenübersicht nicht in der Checkliste aufgeführt sei, reduziere sich das Ermessen zur Nachforderung auf Null.

Bei der Forderung nach der Kostenübersicht über reduzierte Wartungsleistungen handele es sich um eine unbegründete Bedarfsposition, deren Rolle unklar und intransparent sei und auf deren Nichtvorlage ein Ausschluss nicht gestützt werden dürfe. Die teilweise widersprüchlichen Erwägungen zum Sinn und Zweck dieser Positionen ließen Zweifel aufkommen, ob bzw. wie später die Wartung durchgeführt werden solle. Insoweit liege es nahe, dass die Bedarfsposition hier einer unzulässigen Markterkundung diene. Allein dieser Umstand berechtige die Bieter, von der Abgabe einer derartigen Kostenübersicht abzusehen.

Das gelte umso mehr, als die Forderung der Kostenübersicht zu reduzierten Wartungsleistungen derart unklar und intransparent gewesen sei, dass die hiermit einhergehenden Unwägbarkeiten zwangsläufig zu unzumutbaren Kalkulationsrisiken führten. Nach der Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf seien die für die Bedarfspositionen abgefragten Preise vom Auftraggeber grundsätzlich bei der Angebotswertung einzustellen. Dies habe jedenfalls dann zu gelten, wenn ein Bedarf im Zeitpunkt der Angebotswertung weiterhin nicht vorhersehbar sei, was bei Wartungsarbeiten nicht der Fall ist.

Hinsichtlich der Referenzen beanstandet sie ein intransparente Wertung und die Hinzuziehung nicht bekanntgemachter Subkriterien (BOS-Notruf-, Telefon- und Funkvermittlungsanlagen; Drahtdigitalfunk; Vernetzung; Systemserviceleistungen (Wartung und Entstörung, Auftragshöhe), die ohne Zustimmung des Auftragsgebers allein vom Ingenieurbüro entwickelt worden und nach der Rüge auch noch verschärft worden seien. Hierdurch habe der Antragsgegner intransparent gehandelt. Dies gelte umso mehr, als er die formelle und materielle Wertung der Angebote dem von ihm beauftragten Sachverständigenbüro übertragen habe, ohne dessen Wertung der Referenzen aus fachlich-technischer Sicht kritisch nachvollzogen und in den eigenen Willen übertragen zu haben.

Aus dem Nichtabhilfeschreiben offenbare sich ein weiterer Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz, denn offenbar habe der Antragsgegner die Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen nachträglich verschärft, indem er die Kosten pro Arbeitsplatz als (ungeeigneten) Vergleichsparameter festlege, ohne dies den Bietern zuvor bekannt gemacht zu haben

Aus der Vergabedokumentation ergebe sich, dass das beauftragte Ingenieurbüro nachträglich einen Prüfungsmaßstab für die Vergleichbarkeit der Referenzen definiert

und angewendet habe. Dem öffentlichen Auftraggeber sei es aber nicht gestattet, die Eignungsprüfung ausschließlich durch externe Sachverständige durchführen zu lassen.

Die in der Referenzmatrix des beauftragten Ingenieurbüros ausgewiesenen Subkriterien habe der Antragsgegner zu keinem Zeitpunkt bekannt gemacht. Der konkrete Maßstab, welche Faktoren die "Vergleichbarkeit" abbilden sollen, müssten bekanntgemacht werden. In der Folge seien die eingereichten Referenzen an den konkreten Vorgaben zu messen. Der Antragsgegner habe es versäumt, eigene Maßstäbe an die Vergleichbarkeit der Referenzen vorher festzulegen und bekanntzugeben. Er könne nicht die Vergabeunterlagen als solche anführen und einzelne Aspekte der Leistungsbeschreibung nach Belieben heranziehen.

Ferner sei die Vergabedokumentation fehlerhaft. Es erstaune, dass der "Vergabevermerk Teil 2" als Erstellungsdatum den 20.4.2016 ausweise, die Seiten davor aber auf den 4.5.2016 datiert seien. Das erwecke den Anschein einer vordatierten und nachträglich erstellen Dokumentation.

Auch gehe nicht daraus hervor, inwieweit sich die Vergabestelle die Wertungen und Entscheidungen und die Bildung der Subkriterien des beauftragten Ingenieurbüros zu eigen gemacht habe. Zum anderen fehle im Fall der erneuten Referenzprüfung infolge der Rüge der Antragstellerin eine entsprechende Dokumentation der Eignungsprognose im Vergabevermerk.

Die Antragstellerin beantragt:

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB a.F. bezüglich der Ausschreibung "Vernetzung Leitstellen XXX", welche mit EU-Bekanntmachung vom XXX - veröffentlicht wurde, einzuleiten;
2. dem Antragsgegner aufzugeben, das Angebot der Antragstellerin zurück in die Wertung zu nehmen und den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.
3. hilfsweise das Verfahren in den Stand vor Versendung der Vorabinformation zurückzusetzen und den Antragsgegner zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer der Antragstellerin im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs Gelegenheit zu geben, etwaige das Angebot der Antragstellerin betreffende Fragen zu beantworten und aufzuklären.
4. hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin im Vergabeverfahren durch diverse Vergabeverstöße des Antragsgegners in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt ist und den Antragsgegner zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der Antragstellerin zu verhindern;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;

6. dem Antragsgegner die Kosten den Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß § 128 Abs. 4 GWB a.F. einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt:

1. Die Anträge der Antragstellerin zu Ziff. 2), 3) und 4) des Schriftsatzes vom 17.6.2016 zurückzuweisen.

2. Der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner aufzuerlegen.

3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig und unbegründet.

Er meint, die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge zur reduzierten Kostenübersicht gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert, da die Pflicht zur Vorlage sich schon aus den Vergabeunterlagen und der Ziff. 1 der Checkliste ("Leistungsbeschreibung mit Preisangebot") ergäbe und daher bis zur Angebotsabgabe hätte gerügt werden müssen.

In Bezug auf das Vorbringen wegen angeblicher Unbestimmtheit der Referenzanforderungen und Unzulässigkeit der Anforderung "Digitalfunkstecker NRW" sei sie gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB präkludiert, da diese Anforderungen sich bereits aus der Bekanntmachung ergäben und ebenfalls bis zur Angebotsabgabe hätten gerügt werden müssen.

Der Ausschluss vom Verfahren sei sowohl wegen formaler/inhaltlicher Mängel des Angebots (§ 19 Abs. 3 EG VOL/A) als auch wegen fehlender Eignung der Antragstellerin (§ 19 Abs. 4/5 VOL/A) gerechtfertigt.

Das Angebot der Antragstellerin sei bereits wegen der fehlenden Kostenübersicht zu den reduzierten Wartungsleistungen auszuschließen.

Hintergrund für die Forderung der reduzierten Kostenübersichten sei gewesen, dass im ausgeschriebenen Leistungsumfang auch die Wartung/Instandsetzungsleistungen für vier Jahre enthalten seien, der Wartungs-/Instandsetzungsvertrag aber erst nach Abnahme der zuvor erbrachten Leistung "wirksam" werde.

Für etwaige Leistungsänderungen im Wartungs-/Instandsetzungszeitraum seien die geforderten Angaben üblich und zwingend erforderlich. In dem hier vorliegenden, kritischen Sicherheitsbereich müsse der Auftraggeber auch bei den sich anschließenden Wartungsleistungen sicherstellen können, dass dies möglicherweise ohne Upgrades, Updates und Release erfolgen und die Reaktionszeiten verkürzt

würden. Aufgrund der fabrikatsneutralen Ausschreibung könnten Auswirkungen auf die im Nachhinein schriftlich zu fixierenden Wartungsverträge nicht ausgeschlossen werden. Daher habe der Auftraggeber bereits preisliche Indikationen für eine etwaige Leistungsänderung der noch zu fixierenden Wartungsverträge in die Ausschreibung aufgenommen.

Preisliche Grundlage für die noch schriftlich zu fixierenden Wartungsverträge seien die im Ausschreibungsverfahren bezuschlagten Preise für die Wartungsleistungen. Im Rahmen der schriftlichen Ausgestaltung der Wartungsleistungen sollten bei möglichen Leistungsänderungen die in der Ausschreibung abgefragten Kostenpositionen aufgenommen werden. Ob und in welchem Umfang die ggf. eintretenden Leistungsänderungen über die weiteren Kostenübersichten der reduzierten Leistungen in den Wartungsvertrag einfließen, bleibe der weiteren Abstimmung zwischen den Vertragsparteien vorbehalten.

Es sei nicht richtig, dass die geforderte Kostenübersicht nicht in der Checkliste nach § 9 EG Abs. 4 VOL/A aufgelistet gewesen sei. Die dortige Forderung "Leistungsbeschreibung mit Preisangebot" beinhalte auch die Vorlage der Kostenübersicht über reduzierte Leistungen im Bereich Wartung, welche ja im Leistungsverzeichnis neben den vorzunehmenden Preisangaben gefordert werde. Mit der vom Antragsgegner zur Verfügung gestellten Checkliste sei der Umfang der einzureichenden Unterlagen klar gewesen. Das sei schon daran zu erkennen, dass alle Bieter bis auf die Antragstellerin ein vollständiges Preisangebot incl. Kostenübersicht zu den reduzierten Wartungsleistungen abgegeben hätten. Der Umstand, dass die Antragstellerin die geforderte Kostenübersicht nicht eingereicht habe, habe ihren Grund auch nicht darin, dass sie dieses Erfordernis nicht erkannt habe, sondern dass sie die Aufschlüsselung der Wartungskosten nicht habe einreichen wollen.

Die fehlende Kostenübersicht habe auch nicht nachgefordert werden müssen.

- Der Antragsgegner habe die Leistung eindeutig und erschöpfend im Sinne von § 8 Abs. 1 EG VOL/A beschrieben. Die Hinweise zur Vorlage der Kostenübersicht seien weder unklar, technisch unsinnig noch in sich widersprüchlich. Die inhaltlichen Anforderungen hätten sich aus dem Wortlaut und dem Kontext, z.B. Ziff. 1.4.10 des Leistungsverzeichnisses, ergeben.

- Der Antragsgegner sei auch nicht zur Nachforderung verpflichtet, da es sich um eine Preisangabe i.S.v. § 19 EG Abs. 2 S. 2 VOL/A handele. Da der Preis regelmäßig ein für die Angebotswertung und den späteren Vertrag wesentliches Element sei, sei grundsätzlich die Nachforderung von fehlenden Preisangaben nicht statthaft. Die Kostenübersicht über reduzierte Leistungen der Wartung seien zwar nicht in die Bewertung des Preises eingeflossen, hätten aber trotzdem eine elementare Bedeutung für den abzuschließenden Wartungsvertrag. Die Regelung von Leistungsänderungen bei reduzierten Leistungen habe eine direkte Auswirkung auf die Vergütung dieser Leistungen. Die von den Antragsgegnern geforderten Kostenübersichten hätten somit unmittelbare Bedeutung für den Wartungs-

/Servicevertrag. In einem Wartungszeitraum von 4 Jahren könnten sehr wohl unterschiedliche Leistungserbringungen bei der Wartung erforderlich sein.

Selbst wenn es so wäre, dass die fehlenden Kostenübersichten grundsätzlich hätten nachgefordert werden können, so hätte sich der Antragsgegner hier ermessensfehlerfrei dazu entschieden nicht nachzufordern. Die insbesondere im Schreiben vom 8.6.2016 formulierten Ermessenserwägungen trügen die Ermessensentscheidung, denn die Antragstellerin habe die geforderten Kostenübersichten bewusst verweigert, weshalb der Antragsgegner auf eine Nachforderung habe verzichten können.

Das Angebot der Antragstellerin sei auch wegen fehlender Eignung auszuschließen gewesen.

Die angebotsgegenständlichen Leistungen hätten sich aus Nr. II.1.5 i.V.m. 2.1 der Bekanntmachung ergeben, ebenso der prognostizierte Kostenrahmen der Leistungen von XXX Euro. Die Festlegung dieser Kriterien sei nicht fehlerhaft. Der geforderte Leistungsumfang ergebe sich weiterhin aus weiteren eindeutigen Hinweisen im Leistungsverzeichnis (S. 2, S. 4) und daraus abgeleitet auch die Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen. Dort sei insbesondere die Notwendigkeit der Behördentauglichkeit durch den Hinweis auf BOS-Funk und die entsprechende Richtlinie hervorgehoben worden. Vor dem Hintergrund der hochsensiblen Kommunikationsleitstellen im Sicherheitsbereich hätte der Antragsgegner ein besonderes Maß an Erfahrung verlangen können. Die Nichterfüllung der Mindestanforderungen führe zwingend zum Ausschluss eines Angebotes.

Die Auswertung der Referenzen der Antragstellerin habe ergeben, dass diese den geforderten Anforderungen bzgl. des Umfangs der Leistungserbringung je Referenz nicht genügten.

Bei den zeitlich wertbaren Referenzen sei keine vergleichbare Einrichtung einer BOS-Notruf-Funk-Telefonvermittlungsanlage gegeben und überwiegend keine Hinweise auf die Anbindung an einen Digitalfunkstecker und Vernetzungsleistungen. Auch erreichten die Referenzen nicht einmal die den 50%igen Auftragswert.

Es liege kein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vor. Die Kosten pro Arbeitsplatz seien kein neuer Vergleichsparameter, sondern lediglich eine auf den Arbeitsplatz bezogene Umrechnung der Auftragshöhe. Diese Umrechnung diene lediglich der Plausibilisierung. Der ermittelte gravierende Unterschied bei den Kosten pro Arbeitsplatz habe das Ergebnis der Eignungsprüfung dahingehend bestätigt, dass die in den Referenzen angegebenen Leistungen offensichtlich deutlich von den hier angebotenen abwichen. Auch stellten die im Rahmen der Plausibilitätsprüfung vorgenommenen Ergänzungen in der (zweiten) Referenzübersicht keine Verschärfungen dar. Vielmehr handelte es sich hier um reduzierte Beträge sowohl in Bezug auf die Auftragshöhe als auch den Auftragswert. Selbst wenn es sich also um eine Wertung gehandelt hätte - tatsächlich sei es aber nur eine Plausibilisierung gewesen - wäre die Antragstellerin eher begünstigt und nicht in ihren Rechten verletzt worden.

Sämtliche Prüfungsschritte des Ingenieurbüros bei der Wertung der Referenzen seien mit dem Antragsgegner abgestimmt worden. Dieser habe alle Schritte begleitet und kritisch gewürdigt. Spätestens mit Vergabevermerk vom 20.4.2016 habe sich der Antragsgegner sämtliche Prüfungen und Ergebnisse der von ihm beauftragten Fachingenieure zu eigen gemacht.

Die Beigeladene beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Sie trägt im Wesentlichen dieselben Aspekte wie der Antragsgegner vor.

Darüber hinaus trägt sie vor, die Abfrage der Kostenübersichten über reduzierte Wartungsleistungen habe ersichtlich dazu gedient, mit Blick auf etwa erforderliche Leistungsänderungen während des Wartungszeitraums Preissicherheit zu erlangen. Für ein Fachunternehmen sei der Zweck dieser Angabe klar.

Zur Eignungsprüfung vertritt sie die Auffassung, der ausgeschriebene Auftrag sei maßgeblich durch das nicht unerhebliche Auftragsvolumen und durch die Leistungsbestandteile BOS-Notruf, Telefon- und Funkvermittlungsanlagen, Draht-Digitalfunk/Anbindung an den Digitalfunkstecker, Vernetzung sowie Systemserviceleistungen charakterisiert. Daher sei nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner die Referenzen in Bezug auf diese Aspekte hin geprüft habe. Sie meint darüber hinaus, dass bei einer Referenz nicht um einen öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger gehandelt habe, so dass das dort installierte Notrufsystem eher einer Telefonzentrale ähnele, aus der die Notrufe an die zuständigen Institutionen weitergeleitet werden.

II. Gründe:

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 1. 1. Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus §§ 102, 104 Abs. 1, § 106 a Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der alten Fassung² iVm §§ 2 Abs. 1, 2, § 3 Abs. 2 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630). Das Verfahren ist gemäß § 186 Abs.2 GWB n.F. nach den Vorschriften des alten Rechts zu Ende zu führen, weil die Ausschreibung vor dem 18.4.2016 liegt und das Verfahren damit vor diesem Termin begonnen hat.

² die im Folgenden genannten §§ des GWB sind solche des GWB in der a.F.

Danach obliegt den Vergabekammern die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 102 GWB).

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge öffentlicher Auftraggeber über Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (§ 99 Abs. 1 GWB), hier im Schwerpunkt ein Liefervertrag.

Die Antragsgegner sind unstreitig öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB.

Der ausgeschriebene Auftrag über die Vernetzung der Leitstellen für Brandschutz und Rettungsdienste der Antragsgegner und die Anbindung an den Digitalfunk überschreitet derzeitigen Schwellenwert von 209.000,--€..

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse bekundet.

Der drohende Schaden liegt in der Beeinträchtigung der Zuschlagschance. Dabei genügt der schlüssige Vortrag vergaberechtlicher Beanstandungen. Dem ebenfalls erforderlichen Vortrag eines drohenden Schadens ist in der Regel genügt, wenn dieser ebenfalls schlüssig vorgetragen wird. Die Feststellung dieser Voraussetzung ist dann Sache der Begründetheitsprüfung (BGH vom 18.5.2004, Az. X ZB 7/04).

Die Antragstellerin wendet sich gegen den Ausschluss ihres Angebotes, der zum einen auf die Nichtvorlage der zusätzlich geforderten Kostenaufschlüsselung zum Wartungsvertrag und zum anderen auf nicht hinreichende Referenzen gestützt wird.

Damit ist ein drohender Schaden gegeben.

1.3 Rüge

Der Ausschluss, der mit Schreiben vom 9.5.2016 mitgeteilt wurde, ist mit dem Schreiben vom 13.5.2016 rechtzeitig und hinreichend gerügt worden.

Die Antragstellerin ist mit ihrem Vorbringen zur reduzierten Kostenübersicht nicht gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB und mit ihrem Vorbringen zur Unbestimmtheit der Referenzanforderungen und Unzulässigkeit der Anforderung "Digitalfunkstecker NRW" nicht gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB präkludiert. Nach den vorgenannten Vorschriften sind Verstöße, die in der Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen.

Dabei ist die Erkennbarkeit auf die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen und auf deren rechtliche Bewertung als Vergaberechtsverstoß zu beziehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.6.2016, Verg 6/16). Die Referenzanforderungen waren zwar bereits aus der Bekanntmachung erkennbar und der Hinweis auf die beizubringende Kostenübersicht aus den Vergabeunterlagen, daraus kann jedoch

nicht geschlossen werden, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe aus dieser Tatsachenkenntnis auch die rechtliche Wertung vorgenommen hatte, dass es sich dabei um Vergaberechtsverstöße handelte. Der in ihrem Angebot enthaltene zusätzliche Hinweis zur Aufschlüsselung der Wartungskosten enthält keine rechtliche Wertung, sondern lediglich einen Hinweis auf die aus ihrer Sicht fehlende Sinnhaftigkeit der im Leistungsverzeichnis geforderten reduzierten Kostenübersichten.

2. Begründetheit

2.1 Der Antrag ist insoweit begründet, als ein Ausschluss nicht auf die Nichtvorlage der reduzierten Kostenaufschlüsselung zum Wartungsvertrag gestützt werden konnte, denn das Angebot ist vollständig hinsichtlich aller wertungsrelevanten Preisangaben. Darüber hinaus war diese Anforderung nicht hinreichend eindeutig gefordert.

Wenn der Auftraggeber sie entgegen seinen ausdrücklichen Erklärungen für wertungsrelevant erachtet, hätte er sie mindestens nachfordern und den Hintergrund der Begründung der Antragstellerin aufklären müssen (OLG Saarbrücken vom 24.2.2016, Az.: 1U 60/15/ OLG Düsseldorf vom 11.5.2016 - Verg 50/15 2. Leitsatz)

2.1.1 Nach § 19 EG Abs. 3 a) VOL/A sind solche Angebote auszuschließen, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen enthalten. Eine Erklärung, auf die ein Ausschluss gestützt werden soll - als die härteste Maßnahme in einem Vergabeverfahren - muss jedoch wirksam gefordert worden sein (Dittmann, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Rn 31 zu § 19 EG). Es muss aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen eindeutig und unmissverständlich erkennbar sein, dass und bis zu welchem Zeitpunkt der öffentliche Auftraggeber für das konkrete Vergabeverfahren bestimmte Unterlagen fordert (Dittmann, aaO Rn 32, EuGH v. 2.6.2016, Rs C-27/15).

Das ist hier nicht der Fall, denn die Kostenaufschlüsselung für die reduzierten Wartungsleistungen war entgegen § 9 EG Abs.4 VOL/A nicht in der Checkliste enthalten und lediglich im Leistungsverzeichnis als Fußnote zu den allein wertungsrelevanten Wartungspositionen erwähnt. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners reichte hier die Angabe von "die Leistungsbeschreibung mit Preisangebot" in der Checkliste nicht aus, denn die Kostenübersicht sollte ja gerade keine wertungsrelevanten Preise enthalten. Die Checkliste wiederum gibt die Erklärungen und Nachweise an, die unverzichtbar für Wertung und Zuschlag sein sollen. § 9 EG Abs. 4 VOL/A zwingt den öffentlichen Auftraggeber vor allem im Interesse der Bieter daher zu klaren und unmissverständlichen Vorgaben, welche Nachweise von den Bietern verlangt werden (vgl. OLG Düsseldorf vom 17.7.2013, Az.: VII Verg 10/13, Rdnr. 39). Hat der öffentliche Auftraggeber die vorzulegenden Nachweise und Erklärungen nicht in der abschließenden Liste nach § 9 EG Abs. 4 VOL/A zusammengefasst, so müssen sie wenigstens eindeutig und unmissverständlich gefordert sein. Nur dann kann er Angebote wegen Fehlens

solcher Nachweise ausschließen, und dass auch nur, wenn zuvor dem betreffenden Bieter die Möglichkeit gegeben hat, diese Nachweise nachzureichen, (§ 19 EG Abs. 2 VOL/A) (OLG Düsseldorf, 17.7.2013, Az.: VII-Verg 10/13; OLG Saarbrücken vom 24.2.2016 ,Az.: 1U 60/151. VK Bund, 17.3.2014 - Az: VK 1-12/14)).

Eine solche Nachforderung hat es hier jedoch unstreitig nicht gegeben.

Der Hinweis der Antragstellerin, dass sie eine solche Kostenaufschlüsselung nicht für zielführend hält, weil der Schutz der Bevölkerung immer eine Upgrade und Update umfassende Wartung erfordere kann, hätte aufgeklärt werden müssen, wenn die Antragsgegner dieser Erklärung einen wertungsrelevanten Wert entgegen ihren Aussagen zumessen. Sie hätte dann auch nachgefordert werden können, denn nicht wertungsrelevante Preise können selbstverständlich nach § 19 EG Abs. 2 S. 2 VOL/A nachgefordert werden. Das ist genau der Sinn der Regelung, ein Angebot nicht an untergeordneten oder gar unmaßgeblichen Preisangaben scheitern zu lassen.

2.1.2 Allerdings müssen sich die Auftraggeber hier schon fragen lassen, warum sie diese Preisangaben nicht werten wollen, sie aber so hoch bewerten, dass sie einen Ausschluss darauf stützen wollen. Die Erklärungen des Antragsgegners auf die ausdrückliche Nachfrage der Kammer zum Sinn und Zweck der Forderung nach Vorlage der reduzierten Kostenübersichten, diese seien zwar nicht in die Bewertung des Preises eingeflossen, hätten aber trotzdem eine elementare Bedeutung für den abzuschließenden Wartungsvertrag, sind wenig erhellend. Der Zweck für den konkreten Auftragsgegenstand erschließt sich hieraus nicht. Der Hinweis auf die Bedeutung für die nachträgliche Veränderung des Leistungsumfanges der Wartungsverträge lässt vermuten, dass hier eine versteckte Option zur Vertragsminderung vorliegt. Eine solche Option auf eine Anpassung der Wartungsvertragspreise hätte bereits in der Bekanntmachung erwähnt werden müssen, um wirksam zu sein (OLG Düsseldorf v.12.2.2014, Az.: 32/13).

Mindestens aber sind sie, wie die Antragstellerin zu Recht vorträgt, als Bedarfspositionen zu qualifizieren, die allerdings nicht als solche ausgewiesen und begründet worden sind. Dasselbe gilt für die Positionen 1.5 Instandsetzung, in denen der Antragsgegner ebenfalls weitere Kostenübersichten über verkürzte Reaktionszeiten und Vorortservice verlangt. Damit ist die Anforderung dieser Kostenübersichten schon in sich unzulässig und kann nicht als Grundlage für einen Ausschluss herangezogen werden.

Insgesamt ist der Preisanteil der Wartung an der Gesamtleistung mit einem Anteil von gut einem Zehntel erheblich und kann nicht ohne weiteres nachverhandelt werden. Eine solche Verhandlungsposition ist in einem offenen Verfahren absolut unzulässig.

2..2 Beurteilung von Leistungsfähigkeit, Fachkunde und Zuverlässigkeit nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 2 EG Abs. 1 Nr. 1 VOL/A iVm § 19 EG Abs. 5 VOL/A

Der Ausschluss aufgrund der nicht hinreichenden Referenzen ist jedoch zulässig und begründet.

Gemäß § 97 Abs. 4 GWB, § 2 Abs. 1 EG VOL/A sind Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen zu vergeben.

Dabei handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die dem Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum einräumen.

Die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 GWB sind im Rahmen der Eignungsprüfung zunächst und anhand der vorgelegten Nachweise zu prüfen.

Ziel der Prüfung ist es, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Eignung festzustellen.

Die Prüfung der Eignung eines Unternehmens ist damit ein wertender Vorgang, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen, die einem Öffentlichen Auftraggeber einen Bewertungsspielraum einräumen, der zudem nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.08.11 — Verg 55/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.05.11 — Verg 26/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.06.10 — Verg 14/10; VK Münster, Beschl. v. 16.12.10 — VK 09/10). Die Feststellung, dass ein Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit besitzt, um einen Auftrag zufriedenstellend auszuführen, ist also Ergebnis einer fachlich-tatsächlichen Prognose (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.04.12 — Verg 61/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.08.11 — Verg 55/11; OLG Celle, Beschl. v. 08.09.11 — 13 Verg 4/11), die zum einen — ähnlich einer Bewertungsentscheidung in Prüfungsverfahren — auf einer Vielzahl von Detailerwägungen beruht, für welche die Verwaltungsbehörde in aller Regel fachlich besser geeignet und erfahrener ist als die Nachprüfungsinstanz (OLG Koblenz, Beschl. v. 15.10.09 — 1 Verg 9/09; 2. VK Bund, Beschl. v. 30.10.09 — VK 2-118/09) und zum anderen eine subjektive Komponente in der Einschätzung des Auftraggebers hinsichtlich zu erwartenden Auftragserfüllung beinhaltet.

Die Entscheidung des Auftraggebers ist damit nur insoweit überprüfbar, als sie beurteilungsfehlerfrei ergehen muss.

Das bedeutet, dass sie willkürfrei, im Rahmen der vorgegebenen Regelungen und auf der Basis eines hinreichend ermittelten Sachverhalts ergehen muss. Die weitergehende inhaltliche Bewertung entzieht sich der Überprüfung durch die Kammer. Es reicht insoweit, wenn sie nachvollziehbar ist.

Die Überprüfung von Referenzen ist ein übliches und bewährtes Mittel dazu.

Sie müssen vergleichbare Leistungen zum Gegenstand haben (OLG Düsseldorf v. 26.11.2008, Az.: Verg 54/08. Hier hat der Auftraggeber 2 Referenzen gefordert, " mit dem Umfang der wesentlichen jetzt angebotsgegenständlichen Leistungen."

Die wesentliche Leistung war der Ersatz der bestehenden Anlagen durch BOS-Leitstellentechnik, bevorzugt von XXX.

Die von der Antragstellerin hier vorgelegten drei Referenzen sind von der Antragsgegnerin insoweit zu Recht als nicht vergleichbar angesehen worden. Als Vergleichsmaßstab haben die Antragsgegner hier die Schwerpunkte der Leistungsbeschreibung, die in der Bekanntmachung genannt waren, herangezogen:

- Installation der BOS-Notruf-, Telefon- und Funkvermittlungsunterlagen
- Drahtdigitalfunk
- Vernetzung
- Systemserviceleistungen
- Auftragshöhe .

Das ist sachgerecht. Die von der Antragstellerin haben jedoch keine BOS-Anlagen und nur in einem Fall eine BOS-vergleichbare Installation zum Gegenstand. Das Ermittlungsergebnis des Antragsgegners war insoweit unstrittig

Die Installation von BOS-Anlagentechnik war das erklärte und zentrale Ziel der Auftraggeber.

An anderer Technik waren sie nicht interessiert. Das hat die mündliche Verhandlung sehr deutlich gemacht. Allein hierzu wollten sie die Erfahrung nachgewiesen haben. Auch wenn anzunehmen ist, dass die von der Antragstellerin nachgewiesenen Anlagen im militärischen Bereich aufgrund der höheren technischen Ansprüche wesentlich komplexer, ggf. auch leistungsfähiger und moderner gewesen sind, sind mit den vorgelegten Referenzen eben keine Erfahrungen mit BOS-Anlagen nachgewiesen worden.

Die Antragstellerin scheiterte hier außerdem am finanziellen Umfang ihrer Referenzaufträge. Der Maßstab von 50% der Auftragssumme (1 Mio €) ist zwar hoch angesichts der offensichtlich üblichen Spanne von einigen hunderttausend Euro ,--€ pro Auftrag , aber angesichts des Volumens von geschätzt 1,8 bis 2 Mio € nicht unverhältnismäßig und auch nicht willkürlich.

Da dieser Maßstab an alle Referenzen gelegt wurde, ist auch keine Diskriminierung erkennbar.

Die Maßstäbe (50% des geschätzter Auftragswert / 50 % der zu erstellenden Arbeitsplätze) sind auch keine Subkriterien, sondern Beurteilungsmaßstab für den Erfahrungswert. Die Antragstellerin versucht hier die Transparenzmaßstäbe für Zuschlagskriterien anzulegen. Die genannte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17.12.2012 bestätigt aber zunächst mal nur, dass die Forderung von zur ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Referenzen zulässig ist. Die Bekanntgabe von Bewertungskriterien zu den Referenzen ("konkrete Maßstäbe") ist nicht gefordert und auch aus dem Gesichtspunkt der Transparenz hier nicht zu verlangen. Der AG hat hier die in der Bekanntmachung genannten und damit bekannten Elemente der Leistung herangezogen.

Der von der Antragstellerin herangezogene Beschluss der VK Bund vom 3.2.2016 (VK 1-126/15), der verlangt, dass Mindestanforderungen an die Eignung bereits in der Bekanntmachung zu benennen sind, führt hier ebenfalls nicht zu einer anderen Bewertung, denn bei den in diesem Beschluss bezeichneten "Mindestanforderungen" handelt es sich um die Anforderung einer bestimmten Anzahl von Referenzen. Diese Anforderung hatte der Antragsgegner hier erfüllt, denn die verlangte Anzahl von zwei Referenzen ergab sich aus der Bekanntmachung.

Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet, nur solche Referenzen als vollinhaltlich vergleichbar zu akzeptieren, die in Leistungsumfang und in finanzieller Hinsicht der ausgeschriebenen Leistung 1:1 entsprechen. Die Bewertung einer 50%igen Leistung als hinreichend für das geforderte know-how ist damit sicher keine Verschärfung des Prüfungsmaßstabes, sondern auch als angemessen anzusehen, insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass so große Aufträge eher selten sind und der geforderte Digitalstecker NRW erst seit 1,5 Jahren auf dem Markt ist, mithin auch damit möglicherweise nicht so leicht Referenzen dafür erbracht werden können.

Die geltend gemachten möglichen Dokumentationsmängel sind angesichts des Ausschlusses wegen nicht hinreichender Nachweise zur Eignung zu vernachlässigen, da solche Verfahrensmängel die Antragstellerin dann nicht mehr in ihren Rechten nach §97 Abs.7 GWB verletzen können.

III. Kostenentscheidung:

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens 2500 € und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von 50.000 € nicht überschreiten. Ausgehend vom Angebotspreis der beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder 3010,-€. Diese Gebühren sind nach §128 Abs.3 Satz 1 GWB grundsätzlich der Antragstellerin als Unterlegener aufzuerlegen. Gemäß § 128 Abs. 3 S. 5 GWB ist über die Kostentragungspflicht nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Hier wendet sich die Antragstellerin gegen den Ausschluss aus dem Verfahren wegen fehlender Eignung. Der Ausschluss ist nach den Feststellungen der Kammer zu Recht erfolgt, auch wenn er nicht zugleich auf die fehlenden Kostenübersichten gestützt werden konnte. Sie ist daher mit ihrem primären Anliegen unterlegen.

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem Aufwand der Kammer und dem Angebotswert.

Für die Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung hat der Gesetzgeber der Kammer kein Ermessen zugebilligt. Sie sind bei einem Unterliegen nach § 128 Abs. 4 S. 1 GWB stets vom Unterlegenen zu tragen.

Die Hinzuziehung des anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegner ist für notwendig zu erklären. Zwar verfügen alle Kreise grundsätzlich über juristischen Sachverstand. Jedoch sind Ausschreibungen dieses Umfangs nicht so regelmäßig bei den Kreisen erforderlich, dass von der erforderlichen rechtlichen Expertise ausgegangen werden kann.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Die Beigeladene hat hier einen Antrag gestellt und sich zur Sache eingelassen. Sie hat das Verfahren damit nach dem allgemeinen Verständnis gefördert. Daher werden die ihr entstandenen Kosten der Antragstellerin ebenfalls auferlegt.

IV. Rechtsbehelfsbelehrung:

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.

Hugenroth

Hugenroth für Trottenburg,
da urlaubsbedingt abwesend