

VergabePrax

€ 6,- inkl. MwSt. im Abonnement
€ 9,- inkl. MwSt. im Einzelheft

Herausgeber:
Dr. jur. Thomas Ax

Redaktion:
Dr. jur. Thomas Ax



Ax Rechtsanwälte

Dr. jur. Thomas Ax
Rechtsanwalt
KanzleINHaber

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

t.ax@ax-rechtsanwaelte.de
T 06223/8688613
F 06223/8688614
M 0151/46197684

VergabePrax

Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, *Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre)* Inscrit au barreau de Paris

01/2019

Inhalt

VergabePrax-Redaktion 3

Beträge 4

Erfolgreiche Workshops zur Einrichtung von zentralen Vergabestellen

Rechtsprechung-Kompakt 12

EuGH, Urteil vom 19.12.2018 - Rs. C-216/17: Rahmenvereinbarung muss Angaben zu Höchstmengen enthalten

OLG Karlsruhe Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 6/18; 15 Verg 5/18: Interessenkollision nach § 6 SektVO und § 5 KonzVgV

Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 17.10.2018, 16 U 3/18: Lediglich erkennbare PCB-Belastung fällt in Risikobereich des AN

Rechtsprechung-Volltext 37

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018, VII-Verg 1/18: Beauftragung des Trägers mit der sozialen Betreuung der Flüchtlinge im Rahmen des Zuwendungsrechts ist kein öffentlicher Auftrag

Sozialgericht Hamburg, Beschluss vom 04.12.2018, S 37 KR 1565/18 ER: Begehren im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen einen "Beschaffungsbeschluss" zu untersagen, in dem Vergabeverfahren Verträge mit Bieter, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, ist auf das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet und kann nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2018, Verg 25/18: Kostenlose Weitergabe von Software von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft an eine andere kein aus schreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang?

OLG München, Beschluss v. 21.09.2018 – Verg 4/18: Durch Verschmelzung entstandenes Unternehmen kann sich für den Nachweis seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht auf die früheren Umsätze der verschmolzenen Unternehmen berufen

OLG München, Beschluss v. 30.07.2018 – Verg 05/18: Fehlen im Angebot des Bieters mehrere Preisangaben, kommt es gemäß § 13 EU I Nr. 3 VOB/A weder auf die Wettbewerbsrelevanz noch auf die Wesentlichkeit der fehlenden Positionen an

Kurz belichtet 72

Kurz belichtet: Sind die deutschen Anforderungen an eine Selbstreinigung zu streng?

Kurz belichtet: Konzession für Bau und Betrieb einer Kita: Verwaltungsgerichte im Unterschwellenbereich zuständig

Publikationen im Vergaberecht 74

Stellenanzeigen 78

Impressum 81

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,
in diesem Heft geht es u.a. um:

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2018, Verg 25/18: Kostenlose Weitergabe von Software von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft an eine andere kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang?

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, wobei die Fragen 2 und 3 nur im Falle einer Bejahung der Frage 1 einer Antwort bedürfen: 1. Handelt es sich bei einer schriftlich vereinbarten Softwareüberlassung eines Trägers öffentlicher Verwaltung an einen anderen Träger öffentlicher Verwaltung, die mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, um einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU beziehungsweise einen – jedenfalls zunächst, vorbehaltlich von Art. 12 Abs. 4 lit. a) bis c) – in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Vertrag im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie, wenn der Softwareübernehmer zwar für die Software weder einen Preis noch eine Kostenerstattung zu leisten hat, die mit der Softwareüberlassung verbundene Kooperationsvereinbarung aber vorsieht, dass jeder Kooperationspartner – und damit auch der Softwareübernehmer – dem jeweils anderen etwaige zukünftige, jedoch nicht verpflichtend herzustellende eigene Weiterentwicklungen der Software kostenfrei zur Verfügung stellt? 2. Müssen nach Art. 12 Abs. 4 lit. a) der

Richtlinie 2014/24/EU Gegenstand der Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Auftraggeber die gegenüber dem Bürger zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen selbst sein, die gemeinsam erbracht werden müssen, oder reicht es aus, wenn sich die Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die den gleichermaßen, aber nicht zwingend gemeinsam zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen in irgendeiner Form dienen? 3. Gilt im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU ein ungeschriebenes sogenanntes Besserstellungsverbot und, wenn ja, mit welchem Inhalt?

Lesen Sie alles Weitere zum Sachverhalt zur Entscheidung auf Seite 33 in dieser Ausgabe.

Wir wünschen angenehme Lektüre des aktuellen Hefts.

Ihre VergabePrax Redaktion

Erfolgreiche Workshops zur Einrichtung von zentralen Vergabestellen

Die Zuständigkeiten für die Abwicklung von Vergabeverfahren und die Organisation von dezentralen (aber auch zentralen) Vergabestellen sind bei vielen öffentlichen Auftraggebern aufgrund der über Jahre gewachsenen Strukturen zwei nach wie vor heiß und bisweilen sogar hoch emotional diskutierte Themen. Dass es infolge steigender vergaberechtlicher Anforderungen und vergabetechnischer Kenntnisse ohne eine zentrale Zuständigkeit nicht geht, ist inzwischen zumindest dann anerkannte Meinung, wenn man die Emotionen ein Stück weit beiseite rückt und sich alle Beteiligte auf den sachlichen Kern konzentrieren. Leider sind bei der Abwicklung von Vergabeverfahren immer noch viele öffentliche Auftraggeber fast vollständig dezentral organisiert. Damit fehlt es an einer Stelle, bei der alle vergaberechtlichen Fragen und Probleme gebündelt bearbeitet und entschieden werden. Die Betonung liegt hier auf vergaberechtlich, nicht auf „fachlich“, denn diese vergaberechtlichen Fragen stellen sich in ähnlicher oder gar gleicher Form in allen Vergabeverfahren unabhängig vom sachlich/fachlichen Hintergrund der beabsichtigten Beschaffung.

Dennoch wird den Vergabeprozessen immer noch nicht der Stellenwert zugemessen, der ihnen angesichts ihrer wirtschaftlichen Auswirkung zukommt. Statt sich der Herausforderung zu stellen, diese Notwendigkeit – ob sie einem gefällt oder nicht sei dahingestellt – anzuerkennen und damit offensiv umzugehen, wird es sich vielfach leichtgemacht und Vergaberecht pauschal als Bremser oder Hemmschwelle in Bau- und Beschaffungsprojekten gebrandmarkt. Das ist als pauschale Aussage eindeutig nicht richtig, denn bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass es sich bei der überwiegenden Zahl kritischer Vergabefälle um fehlerhafte oder unvollständige Bedarfsermittlungen bzw. Planungen handelt, die aus dem vergaberechtlichen Blickwinkel gnadenlos aufgedeckt wer-

den. Vergaberecht sollte deshalb ganz allgemein auch als (ein) Hilfsmittel zur Qualitätssicherung der erwarteten Leistungen verstanden werden. Nun ist es aber nicht unbedingt im Interesse einer Fachabteilung oder eines Planers, wenn Fehler oder Unzulänglichkeiten offengelegt werden, was zwangsläufig dann der Fall ist, wenn sich eine andere Organisationseinheit mit dem Vorgang befasst. Natürlich, und das darf nicht verschwiegen werden, spielen auch vergaberechtliche und vergabetechnische Verfahrensfehler eine Rolle, die meistens auf mangelnde vergaberechtliche Fachkenntnisse und/oder fehlende Routine zurück zu führen sind. Es kann von einer auch in Vergabefragen noch so gut aufgestellten Fachabteilung nicht erwartet werden, dass sie neben ihren fachlichen Aufgaben alle Facetten des Vergaberechts beherrscht, zumal dann, wenn Vergabeverfahren nicht zum täglichen Geschäft gehören.

Damit wird deutlich, wie eng das Für und Wider bei den Überlegungen zur Zentralisierung von Vergabeverfahren zusammen liegen, wobei der Blickwinkel eine ganz entscheidende Rolle spielt. Bei diesen Betrachtungen geht es um die Optimierung der Vergabeprozesse unter allen Gesichtspunkten – bis hin zur viel geforderten Korruptionsprävention. Möglicherweise werden interne Änderungen der Vergabeprozesse von einigen bisher involvierten Menschen als eine Art von Machtverlust empfunden, egal ob es sich um „Verfahrensmacht“ oder um „Wissensmacht“ handelt. Aber es geht tatsächlich um die rechtssichere Abwicklung schwieriger Prozesse. Wir begleiten gerne den Prozess einer erfolgreichen Implementierung einer Zentralen Vergabestelle. Wir bieten Ihnen gerne an Workshops wie folgt:

**Termin 1
Workshop zu aktuellem Vergaberecht**

**Termin 2
Workshop zu Aufgaben und Verfassung der neuen Vergabestelle**

Termin 3

Workshop zu Gestaltung der internen Vergaberegulungen der jeweiligen Behörde

Termin 4

Workshop zu Implementierung der neuen Vergabestelle

Sprechen Sie uns gerne an.

A.

Aufgaben einer zentralen Vergabestelle Jeder Auftraggeber muss sicherstellen, dass in seiner Organisation die relevanten vergaberechtlichen Vorschriften nicht nur bekannt sind, sondern auch einheitliche Anwendung finden. Es darf grundsätzlich nicht vorkommen, dass diese Vorschriften in vergleichbaren Fällen von verschiedenen Abteilungen unterschiedlich ausgelegt und angewandt werden. Durch entsprechend klare, für alle Bereiche geltende Regelungen (z.B. zu den Abläufen der Vergabeverfahren, zur Festlegung von Wertgrenzen sowie einheitliche Vordrucke usw.) müssen die notwendigen Standards gesetzt und deren Einhaltung laufend überwacht werden. Bündelung von vergaberechtlichem Fachwissen Die nach wie vor dynamische Entwicklung des Vergaberechtes sowie die zu umfangreiche Rechtsprechung auch und insbesondere aufgrund der ständigen Reformen erfordern eine Bündelung von vergaberechtlichem Fachwissen. Für jeden Auftraggeber besteht die Notwendigkeit, die sich ändernde Rechtslage ständig zu beobachten, zu analysieren und in die aktuellen Verfahren einzubringen. Allein diese Aufgabe erfordert bei dem derzeitigen Veränderungstempo höchste Aufmerksamkeit, um die Rechtssicherheit der Vergabeverfahren sicherstellen zu können.

Vorbereitung der E-Vergabe

Hohes Fachwissen ist zwangsläufig auch bei der Vorbereitung der E-Vergabe erforderlich. Wer ist überhaupt dafür zuständig, wer kümmert sich um was? Wenn diese Basisfragen nicht für alle Fachbereiche des Auftraggebers geklärt sind, wird der Auswahl- und Umstellungsprozess außerordentlich zäh verlaufen. Was sind die eigenen Anforderungen an E-Vergabe, was wird gebraucht, um diese zu erfüllen? Welche

Fachbereiche mit welchen Besonderheiten sind wie zu berücksichtigen? Viele Fragen stellen sich, die nur fachbereichsübergreifend beantwortet werden können. Diese Antworten werden aber gebraucht, wenn durch eine qualifizierte Marktanalyse ein passendes Softwareprodukt gefunden werden soll. Jedenfalls sollte niemand der Versuchung erliegen, für die E-Vergabe eigene Software zu entwickeln; dieser Versuch wird – wenn er überhaupt gelingt – sehr, sehr viel Zeit in Anspruch nehmen und in unüberschaubaren Kosten enden.

Treibende Kraft erforderlich

Besonders während des Umstellungsprozesses ist eine treibende Kraft erforderlich, um die auftretenden Probleme schnell und verantwortlich zu lösen. Gerade beim Aufbau der internen technischen und organisatorischen Strukturen (z.B. der elektronischen Vergabeakte, der Festlegung der Workflows usw.) ist es wichtig, dass nicht nur die Interessen der vergabestarken Nutzergruppen (in aller Regel die diversen Bauabteilungen oder Beschaffungsstellen) berücksichtigt werden, sondern auch die Bedarfslage der Fachbereiche einzubringen ist, für die Vergabeverfahren nicht zur Kernkompetenz gehören, die aber dennoch von Zeit zu Zeit unverzichtbar sind. Für diese in Vergabefragen wenig routinierten Benutzergruppen ist ein leichter Zugang zum System besonders wichtig, ebenso wie eine zentrale Anlaufstelle zu allen technischen (aber auch rechtlichen) Fragen der Auftragsvergabe. Damit wird nicht nur ein hohes Maß an Sicherheit für die unmittelbar beteiligten Mitarbeiter/innen geschaffen, sondern auch die vergaberechtlich kompetente Abwicklung der einzelnen Vergabeverfahren wesentlich gestärkt. Aber nicht nur für die Einführung, sondern auch für die laufende Arbeit mit den E-Vergabeverfahren in allen Bereichen des Auftraggebers ist ein ständiger interner Support, der u.a. die Verwaltung der Userrechte, die Pflege der Stammdaten, die Überwachung der Systemeinstellungen usw., erforderlich, der ebenfalls einer zentralen Zuständigkeit bedarf. Zentrale Stelle mit umfassenden Kenntnissen des Vergaberechtes mit finaler vergaberechtlicher Entscheidungsbefugnis und Verantwortlichkeit nötig gebraucht wird demnach eine zentrale

Stelle mit umfassenden Kenntnissen des Vergaberechtes, die mit einer finalen vergaberechtlichen Entscheidungsbefugnis und Verantwortlichkeit ausgestattet ist. Dies führt zu einer Bündelung von vergaberechtlichem und vergabetechnischem Fachwissen, einheitlichen Anwendung von Vergaberecht und -verfahren in allen Bereichen des Auftraggebers, zügigen Umstellung auf die E-Vergabe, Sicherstellung der notwendigen Verfahrenspflege, wirksameren Korruptionsprävention.

B.

Konkrete Aufgaben einer zentralen Vergabestelle Zu den konkreten Aufgaben einer zentralen Vergabestelle sollten demnach gehören: Gestaltung der internen Vergaberegeln der jeweiligen Behörde Beobachtung und Anpassung des Formularwesens für die Vergabeverfahren Umfassende Beratung der Fachbereiche zu Vergabeverfahren und Vergaberecht Einführung, laufender interner Support und Weiterentwicklung der E-Vergabe Gestaltung und Weiterentwicklung der elektronischen Vergabeakte und des zugehörigen Workflows Bearbeitung von Vergaberügen und -beschwerden einschließlich Nachprüfungsverfahren Vertretung der Behörde gegenüber anderen Rechtspersonen, der Vergabekammer und Gerichten einschließlich der vergaberechtlichen Entscheidungen Kontrolle der Auftragnehmer/innen auf die Einhaltung der eigenen Vertragsbedingungen hinsichtlich der Bekämpfung von Schwarzarbeit

Organisatorische Einbindung und personelle Ausstattung einer zentralen Vergabestelle Die Frage nach der organisatorischen Einbindung und personellen Ausstattung einer solchen zentralen Stelle für Vergaben ist sowohl von der Größe als auch der Vergabepaxis des Auftraggebers abhängig. Bei einer Kommunalverwaltung mittlerer Größenordnung ist anzunehmen, dass sie sich fachlich in allen Bereichen der Auftragsvergabe bewegen muss, von der Beschaffung des Bürobedarfs über Reinigungsdienstleistungen und Fahrzeugbeschaffung bis hin zum Bau von Kindertagesstätten oder Schulen, also das gesamte vergaberechtliche Spektrum zu beachten hat. Alleine aus dieser Betrachtung ergibt sich ein wesentlich höherer

Koordinationsaufwand als z.B. bei einer Einrichtung, die aufgabenbedingt nur Vergaben auf der Basis der VgV (Vergabeverordnung), der VOL (Vergabeordnung für Leistungen) bzw. künftig der UVgO (Unterschwellenvergabeordnung) abzuwickeln hat.

Trennung zwischen fachlichen und formalen Zuständigkeiten

Fakt ist, dass an einem Vergabeverfahren, egal welcher Art und aus welchem Fachbereich (allerdings in VOB-Verfahren noch intensiver als bei VgV oder VOL-Verfahren), immer mehrere Mitarbeiter/innen beteiligt sind (von äußerst seltenen Ausnahmen abgesehen). Dadurch ist immer eine arbeitsteilige Abwicklung gegeben durch die Schnittstellen entstehen, die zwangsläufig einer ständigen Koordination bedürfen. Schnittstellenprobleme müssen durch eine arbeitsteilige Aufgabenabwicklung in Kauf genommen werden. In den Vergabeverfahren sind sie demnach keineswegs ein Phänomen, das erst durch die Frage „zentral oder dezentral“ auftaucht. Aber: Durch die Nutzung der E-Vergabe können solche Schnittstellen deutlich, überwiegend sogar bis auf null, reduziert werden.

Fachliche Aspekte ./ vergaberechtlichen Überlegungen Die Mitarbeiter/innen in den Fachbereichen werden selbstverständlich die fachlichen Aspekte in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung stellen. Aber wo bleiben die vergaberechtlichen Überlegungen? Wer häufig mit Vergaben zu tun und sich den notwendigen Fortbildungen unterzogen hat, wird ein ordentliches vergaberechtliches Basiswissen haben. Aber wie schnell ist dieses Wissen veraltet? Was passiert, wenn Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen übersehen wurden? Bei Mitarbeiter/innen macht sich sehr schnell Verunsicherung breit, wenn es in einem Verfahren Schwierigkeiten gegeben hat. Wenn man aber ohnehin in den fachlichen Themen (wegen ihrer vielfältigen Ausprägung und unterschiedlichen Zuständigkeiten) an einer arbeitsteiligen Aufgabenerledigung nicht vorbeikommt, ist es nur logisch, auch die vergaberechtlichen Fragen mit der gleichen inhaltlichen und organisatorischen Konsequenz zu be-

handeln. Sicher könnte man theoretisch in jedem Fachbereich diese Aufgaben autark bearbeiten, aber eben auch nur theoretisch, denn der personelle Aufwand dafür wäre viel zu hoch und nicht alle Synergieeffekte könnten genutzt werden. Dass alle Schnittstellen eventuell zu zeitlichen Verzögerungen oder Abstimmungsproblemen führen können, ist hinreichend bekannt. Aber wie bereits gesagt: Diese Probleme können durch den Einsatz der E-Vergabe und den konsequenten Umgang mit dieser Technik weitgehend vermieden werden.

Wesentliche Aspekte in den alltäglichen Vergabeverfahren

Es geht also bei den Aufgaben einer zentralen Vergabestelle nicht nur um die oben genannten generellen Fragen, sondern auch um die wesentlichen Aspekte in den alltäglichen Vergabeverfahren, wie z.B. optimale Information aller am Verfahren beteiligten Mitarbeiter/innen mehr rechtliche Sicherheit in jedem einzelnen Vergabeverfahren Übersicht über alle laufenden Vergabeverfahren Nutzung von Informationen aus ähnlichen Verfahren Vermeidung von unkoordinierten Mehrfachverfahren Zentraler Zugang zum einem elektronischen Vergabemarktplatz Schutz vor Manipulation und rechtswidrigen Verfahrenseingriffen Rein vergaberechtliche und formale Tätigkeiten in zentraler Vergabestelle gebündelt Alle fachlichen Fragen und Entscheidungen müssen in den jeweiligen Fachbereichen getroffen werden. Diese haben im Rahmen ihrer Aufgabenstellung den fachlichen Teil in jedem Vergabeverfahren auszufüllen. Die reinen vergaberechtlichen und formalen Tätigkeiten können in einer anderen Organisationseinheit, einer zentralen Vergabestelle, gebündelt werden. Diese übernimmt – neben den generellen vergaberechtlichen Aufgaben – den formalen Part in den einzelnen Verfahren. „Zentral oder dezentral“ sind bei ordentlicher Gestaltung ein Miteinander werden, dass viele Synergieeffekte erzeugt und einen zügigen, rechtskonformen Ablauf der Vergabeverfahren garantiert. Selbstverständlich sind Beurteilungsspielräume zu berücksichtigen, die weniger vom Vergaberecht, als vielmehr von der unterschiedlichen Größe und/oder der Anzahl und

Art der Vergabeverfahren sowie der Organisationsstruktur und -kultur der verschiedenen Auftraggeber abhängig sind. Für jedes Vergabeverfahren muss eine gewisse Infrastruktur vorgehalten werden, in die mit jeder organisatorischen Änderung mehr oder minder stark eingegriffen wird. Damit sind nicht nur institutionelle Zuständigkeiten, sondern auch ein auf den vergaberechtlichen Vorschriften basierendes, internes Regelwerk sowie die strukturierten Arbeitsabläufe gemeint.

C.

Vorgehen und die Strategien zur Einführung zentraler Vergabestellen

Das Vorgehen und die Strategien zur Einführung zentraler Vergabestellen variieren von Organisation zu Organisation. Hierbei geht es etwa um Fragen wie, ob der/die Baubereich/e mit einbezogen werden oder die Einführung schrittweise in der Gestalt erfolgen soll/en, dass die Beschaffung einzelner Leistungen oder Gewerke zentralisiert wird oder die Zentralisierung nach Fachbereichen erfolgt. Weitere Varianten bei der Einführung ergeben sich, wenn bestimmte Produktgruppen und Sonderbedarfe unverändert durch die Fachbereiche selbst beschafft werden oder eine generelle Wertgrenze definiert wird, unterhalb derer die Beschaffung weiterhin dezentral organisiert bleibt. Eine elementare Frage für die Einführung ist, welche Aufgaben und Prozessschritte von der zentralen Vergabestelle übernommen werden und welche dezentral bei den Fachbereichen bzw. Bedarfsträgern verbleiben.

Organisieren vor Digitalisieren

Im Hinblick auf die Frage der elektronischen Unterstützung interner Prozesse gilt grundsätzlich das alte Paradigma der Verwaltungsmodernisierung: „Organisieren vor Digitalisieren“. Hierbei geht es darum, dass die Grundzüge der Aufbau- und Ablauforganisation sowie die damit einhergehenden Prozesse definiert und dokumentiert sein sollten, bevor sie insbesondere mit geeigneten Softwarelösungen elektronisch unterstützt werden. Häufig wird angenommen, dass solche Prozesse bereits etabliert sein sol-

len, bevor sie elektronisch abgebildet werden. In welcher Form dies für die Einführung zentraler Vergabestellen mit Blick auf die E-Vergabe gilt, soll im Folgenden betrachtet werden.

D.

Verpflichtung zum sukzessiven Einstieg in die vollelektronische Kommunikation im Vergabeverfahren Organisationen und Behörden, die den Prozess der Einrichtung einer zentralen Vergabestelle noch nicht abgeschlossen haben, trifft mit Umsetzung der novellierten EU-Richtlinien und der neuen UVgO sowie der VOB/A parallel auch die Verpflichtung zum sukzessiven Einstieg in die vollelektronische Kommunikation im Vergabeverfahren. Angesichts der Fristen für die pflichtige Umstellung auf die E-Vergabe lohnt eine differenzierte Betrachtung, welche Möglichkeiten Softwarelösungen im Prozess der Umstellung bieten. Die Erfahrungen aus unseren Projekten bei Einsatz des Vergabemanagementsystems (VMS) – nicht nur im kommunalen Umfeld – zeigen, dass die Etablierung zentraler Vergabestellen durch die zeitgleiche oder vorherige Nutzung eines VMS und einer E-Vergabeakte deutlich vereinfacht wird.

Begriffsbestimmung E-Vergabe

Der Begriff und der Funktionsumfang von Softwarelösungen rund um die E-Vergabe ist u.a. durch sehr verschiedene Produktbezeichnungen und -beschreibungen der unterschiedlichen Akteure am Markt mindestens unscharf. Für ein besseres Verständnis der Ausführungen zur Organisation soll daher vorab eine kurze Begriffsbestimmung und inhaltliche Abgrenzung der E-Vergabe aus unserer Sicht gegeben werden. Ausgehend von dem u.a. durch die EU geprägten Begriff des Public E-Procurement lässt sich die E-Vergabe (im weiteren Sinne) zunächst von dem Begriff der E-Beschaffung recht klar abgrenzen: Bei der E-Beschaffung geht es nach allgemeinem Marktverständnis darum, dass Rahmenverträge bewirtschaftet und ggf. einfache (bzw. Kleinst-)Beschaffungen und Direktkäufe – vielfach unter Zuhilfenahme von Katalogsystemen – strukturiert elektronisch unterstützt werden. Gerade im Umfeld von ERP-Systemen wie MACH oder SAP werden

hierunter zum Teil auch die vorgelagerten Prozesse rund um die Bedarfsmeldung und (Haushaltsmittel-)Prüfung verstanden. Innerhalb der E-Vergabe, also der elektronischen Unterstützung der förmlichen Vergabeverfahren sowie der Kommunikation mit den Bietern, lässt sich weiter abstufen: E-Vergabepattformen und Vergabemarktplätze dienen der elektronischen Kommunikation (und Transaktion) zwischen Vergabestellen und Bietern. Vergabemanagementsysteme unterstützen bei der Dokumentation der Vergabeverfahren im Rahmen einer E-Vergabeakte, bilden die internen Prozesse, Mitzeichnungen und Genehmigungen ab und bieten differenzierte Werkzeuge für Auswertungen und Controlling rund um die Ausschreibungen einer Behörde.

Vergabemarktplätze und Vergabemanagementsysteme Im Regelfall bieten die Vergabemarktplätze alle erforderlichen Funktionen, um den rechtlichen Anforderungen der VgV, UVgO, VOB/A, SektVO u.a. an die E-Vergabe zu genügen. Vergabemanagementsysteme können meist als optionale Module ergänzend eingesetzt werden, wenn es um die Dokumentation und Unterstützung der internen Prozesse geht. Für die Technikunterstützung der Vergabestelle im Hinblick auf die (Re-)Organisation stehen solche VMS-Module im Vordergrund.

Voraussetzung für die Einführung eines VMS Ein VMS kann und sollte an die internen Anforderungen und Prozesse der Vergabestelle angepasst werden: Sei es die Abbildung der internen Aufgabenverteilungen im Vergabeprozess anhand des Rollen- und Rechtemodells, Mitzeichnungen und Genehmigungen, eigene Wertgrenzen, Fristvorgaben und vieles mehr. Daher sollten für eine solche „Ausprägung“ des Systems die grobe Aufgabenverteilung und die internen IST-Prozesse feststehen. Nicht erforderlich ist es, dass der endgültige Prozess abschließend definiert ist. Gerade für die erfolgreiche Einführung und Nutzung durch Behörden, die sich auf dem Weg zu einer zentralen Vergabestelle befinden, sind zwei Aspekte entscheidend: Die Möglichkeit der „Ausprägung“ an die individuellen Anforderungen muss schnell, flexibel und ohne großen Projektauf-

wand an geänderte Anforderungen anpassbar sein. Das System sollte modular nutzbar und sukzessive einführbar sein, d.h. die Organisation kann individuell entschieden werden, in welchem Umfang die Lösung in den ersten und ggf. späteren Schritten genutzt wird und es besteht die Möglichkeit, die Nutzung des Systems auf bestimmte Personen oder Organisationseinheiten einzuschränken und schrittweise zu erweitern. Sind diese Anforderungen erfüllt und ist die Lösung intuitiv nutzbar, stiftet sie für die Mitarbeiter der Vergabestellen unmittelbaren Nutzen; die Einrichtung einer zentralen Vergabestelle muss nicht begonnen oder gar abgeschlossen sein, um ein VMS wirtschaftlich einführen zu können.

Organisieren durch Digitalisieren?

Die Erfahrung aus unseren Projekten zeigt, dass eine bestehende Lösung und elektronische Unterstützung die ggf. schrittweise Einrichtung einer zentralen Vergabestelle deutlich vereinfachen kann. Eine neue Formel darf damit lauten „Organisieren durch Digitalisieren“. Der Erfolg dieses Ansatzes ist nicht unabhängig von den Möglichkeiten der eingesetzten Softwarelösung. Wir präferieren einen stark kollaborativen und Team-orientierten Ansatz für ein gemeinsames Arbeiten in der (E-)Vergabeakte. Daraus ergeben sich Wechselwirkungen von Software und Ablauf- sowie Aufbauorganisation im Kontext der Einrichtung zentraler Vergabestellen. Herz des VMS ist die sog. E-Vergabeakte. In dieser E-Vergabeakte arbeiten alle Mitarbeiter einer Vergabestelle gemeinsam. Ein an die individuellen Vorgaben ausgeprägtes Rollen- und Rechtemodell sowie die Definition von Mitzeichnungs- und Genehmigungsprozessen erlaubt die Abbildung individueller Prozesse. Anders als bei rein „workflow-gestützten“ Systemen kann je E-Vergabeakte über eine Team-Funktion festgelegt werden, welche Mitarbeiter (im Rahmen ihrer Rechte) im System Zugriff auf die Akte erhalten. So kann gemeinsam und ggf. über verschiedene Fachbereiche verteilt am Vergabeverfahren gearbeitet werden.

Vorteile gegenüber anderen Ansätzen sowie gegenüber der klassischen Papierakte sind beispielsweise die Möglichkeit eines zeitgleichen

Zugriffs auf die zentrale geführte E-Vergabeakte: Häufig besteht die Sorge der Fachbereiche darin, dass, wenn die Vergabe „aus der Hand“ gegeben wird, das Verfahren und der Stand der Ausschreibung für die handelnden Personen intransparenter werden. Mit einem VMS kann durch die Fachbereich (je nach Konfiguration) jederzeit eine Information zum Status des Verfahrens gegeben werden. Die Arbeit der zentralen Vergabestelle ist damit keine „Black Box“ mehr. Ähnliches gilt, wenn die Vergabeakte in Mitzeichnungsprozessen beispielsweise beim Rechnungsprüfungsamt landet. Statt weiterer Vermerke und gesonderter Abstimmungen zu rechtlichen Aspekten können alle drei – Rechnungsprüfungsamt, Fachbereich und zentrale Vergabestelle – im Rahmen ihrer Rechte gemeinsam an einem zentralen, strukturierten Datenbestand arbeiten.

Die revisionssichere Dokumentation wesentlicher Verfahrensschritte erfolgt technisch gestützt und weitgehend automatisiert. Durch den Einsatz der im System möglichen Benutzergruppen lassen sich Fachbereiche innerhalb eines sog. Mandanten (Organisationseinheit/Kommune/Behörde) bereits vorstrukturieren, selbst wenn die Beschaffungsprozesse aktuell vollständig dezentral erfolgen. Gerade dies führt dazu, dass bei Organisationen, welche in einzelnen Bereichen bzw. (noch) dezentralen Vergabestellen schon ein VMS nutzen, sowohl die Einrichtung als auch der „Roll-out“ der Tätigkeit zentraler Vergabestellen, für weitere Fachbereiche zu beschaffen, einfacher wird. Ist in den Fachbereichen bereits ein VMS im Einsatz, bedeutet die Reorganisation „nur“ eine Änderung der Aufgaben und technisch eine einfache Anpassung der Konfiguration im Hinblick auf Rollen und Rechte sowie ggf. Mitzeichnungs- und Genehmigungsprozessen im System. Im Hinblick auf die Transparenz für den Fachbereich und das gemeinsame Arbeiten an der E-Vergabeakte ergeben sich die gleichen Vorteile, wenn parallel zur Einführung einer zentralen Vergabestelle das VMS zum Einsatz gebracht wird. Hiervon unabhängig sind Einführungsszenarien, bei denen das VMS ausschließlich in der zentralen Vergabestelle und z.B. dem Rechnungsprüfungsamt eingesetzt

wird Virtuelle Zentralisierung dezentral organisierter Beschaffungen Ein VMS kann bei der (Re-)Organisation von Vergabeprozessen helfen, erlaubt aber auch neue Formen der Zusammenarbeit zwischen zentralen Vergabestellen und Fachbereichen. Flexible Konfigurationsmöglichkeiten u.a. im Bereich der Rollen und Rechte, Genehmigungsschritte und eine Team-Funktion in der ausgewählten Lösung vorausgesetzt, können differenzierteste Ausprägungen abgebildet werden, die zu einer faktischen, ggf. aber auch nur virtuellen Zentralisierung von zum Teil unverändert dezentralen Beschaffungsstrukturen führen.

Das folgende Beispiel soll auszugsweise die Vielzahl möglicher Varianten aufzeigen, die bei Einsatz eines VMS möglich sind:

Die Kommune Musterstadt hat eine zentrale Vergabestelle eingerichtet und setzt inzwischen das VMS wie folgt ein: Die zentrale Vergabestelle beschafft für alle Bedarfsträger und Ämter bestimmte Leistungen zentral (Büromöbel, Bürobedarfe, IT-Verbrauchsmaterial u.a.). Sie arbeitet gemeinsam mit dem Rechnungsprüfungsamt sowie drei Fachbereichen innerhalb des VMS an den E-Vergabeakten; die Zuarbeit der weiteren Fachbereiche erfolgt (noch) außerhalb des VMS. Die Erstellung der Leistungsverzeichnisse erfolgt generell dezentral durch die Fachbereiche, die auch bei der Angebotswertung mitarbeiten. Alle Vergaben oberhalb von 5.000,- € im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen (außer Bau-) erfolgen durch die zentrale Vergabestelle. Die Beschaffungen unterhalb von 5.000,- € erfolgen zurzeit noch dezentral. Von der vorgenannten Regelung sind Sonderbereiche wie z.B. Feuerwehrbedarfe ausgenommen, bei der die Ausschreibungen dezentral erfolgen, allerdings mit Unterstützung und unter Mitwirkung der zentralen Vergabestelle. Für den Bereich der Hoch- und Ausbaugewerke übernimmt sie die Aufgabe der zentralen Submissionsstelle. Der Bereich Tiefbau ist (noch) nicht angebunden.

Die Hausmeister der Schulen sind aktuell gehalten, auch alle Kleinstbeschaffungen sowie Direktkäufe (Direktvergaben) im Bereich der Hausmeisterbedarfe, Reinigungs- sowie Hygieneartikel im VMS zu dokumentieren, um das

wirtschaftliche Potential und den Umfang eines möglichen stadtweiten Rahmenvertrags für diesen Bereich zu ermitteln.

Auswertungen über Vergabeverfahren, Statistiken und Berichte können für alle zentral wie dezentral erfassten Ausschreibungen einfach im VMS durchgeführt werden. Die Verwaltung von Vorlagen, Textbausteinen für Ausschreibungen, Definitionen von Fristen und Wertgrenzen etc. erfolgt in Abstimmung mit dem Rechtsamt stadtweit und unabhängig davon, ob die Vergaben zentral oder dezentral erfolgen. Dieses Beispiel soll verdeutlichen, dass differenzierteste Szenarien und Anforderungen mit dem Einsatz eines geeigneten VMS im Hinblick auf die elektronische Unterstützung von Vergabeverfahren auch bei sehr großen und heterogenen Kommunen und öffentlichen Einrichtungen möglich sind und in der Praxis abgebildet werden können.

Schlussfolgerung

Bei Einsatz geeigneter Vergabemanagementlösungen ist die Frage nach dem richtigen Zeitpunkt der Einführung einer Software weitgehend entkoppelt von der bestehenden Organisationsstruktur der Vergabestelle(n) sowie einer geplanten Reorganisation. Erforderlich ist, dass die bestehenden Prozesse beschrieben sind und die aktuelle Aufgabenverteilung (ggf. differenziert nach Fachbereich) bestimmbar ist. Wann ein VMS in Behörden und Organisationseinheiten eingeführt wird, sollte vordringlich vom Nutzen abhängen, den die Lösung unmittelbar durch oder mit Einführung erzielt. Änderungen in der Aufbau- wie auch der Ablauforganisation können mit geeigneter Software leicht nachvollzogen werden. Und: Je früher und umfassender eine geeignete Unterstützung in einzelnen oder allen Bereichen zentral oder dezentral im Einsatz ist, desto einfacher lassen sich Änderungen an der Aufbau- und Ablauforganisation – auch elektronisch unter

stützt – vorgeben und umsetzen. Je mehr Beschaffungen im System erfasst werden, desto umfassender werden Auswertungsmöglichkeiten über die (a) Beschaffungs- und Ausschreibungsaktivitäten der eigenen Behörde sowie

(b) Potentiale für eine Zentralisierung in Form von Rahmenverträgen. Ob der damit verbundene Paradigmenwechsel zur Frage der Reihenfolge oder Abhängigkeit von „Digitalisieren“ und „Organisieren“ – also die Bestimmung des geeigneten Zeitpunktes für die Einführung elektronischer Lösungen zu Unterstützung der Prozesse und Verwaltungsstrukturen – außerhalb der Vergabe auch auf andere Verwaltungsbereiche übertragbar ist, ist darüber hinaus sicher konkret wie abstrakt eine interessante Frage für eine weitere Betrachtung in Lehre und Forschung. Darüber hinaus ist ein eventuell entstehender Nutzen aber immer auch abhängig von der Leistungsfähigkeit der betrachteten Lösung und davon, ob eine weitgehend theoretische und rein prozessorientierte bzw. workflowbasierte Arbeitsweise betrachtet wird oder ein modernes kollaboratives Arbeiten an komplexen Verwaltungsprojekten und -aufgaben zugrunde gelegt wird.

**EuGH, Urteil vom 19.12.2018 - Rs. C-216/17:
Rahmenvereinbarung muss Angaben zu
Höchstmengen enthalten**

Art. 1 Abs. 5 und Art. 32 Abs. 2 Unterabs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sind dahin auszulegen, dass

- ein öffentlicher Auftraggeber für sich selbst und für andere eindeutig bezeichnete öffentliche Auftraggeber, die nicht unmittelbar an einer Rahmenvereinbarung beteiligt sind, handeln kann, wenn die Gebote der Publizität und der Rechtssicherheit und damit das Transparenzgebot beachtet werden, und

- es nicht zulässig ist, dass die diese Rahmenvereinbarung nicht unterzeichnenden öffentlichen Auftraggeber nicht die Menge der Leistungen bestimmen, die verlangt werden kann, wenn sie Aufträge in Durchführung dieser Rahmenvereinbarung abschließen, oder sie die Menge unter Bezugnahme auf ihren normalen Bedarf bestimmen, da sie sonst gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der am Abschluss dieser Rahmenvereinbarung interessierten Wirtschaftsteilnehmer verstoßen würden.

VK Bund, Beschluss vom 16.11.2018 - VK 1-99/18: Eine Handwerkskammer ist zwar eine juristische Person des öffentlichen Rechts, aber kein öffentlicher Auftraggeber

Eine Handwerkskammer ist zwar eine juristische Person des öffentlichen Rechts, aber kein öffentlicher Auftraggeber. Eine Handwerkskammer wird auch nicht dadurch zum öffentlichen Auftraggeber, dass in der Auftragsbe-

kanntmachung die Vergabekammern des Bundes als „Zuständige Stellen für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren“ genannt werden.

VK Bund, Beschluss vom 16.11.2018 - VK 1-99/18: Baumaßnahme zu mehr als 50% subventioniert? Auf das Einzellos kommt es an!

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Baumaßnahme zu mehr als 50% aus öffentlichen Mitteln subventioniert wird, kommt es nicht auf eine umfassende Betrachtung des Gesamtvorhabens an, sondern nur auf die vom jeweiligen Einzellos umfassten Positionen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 28.09.2018 - 3 VK LSA 54/18: Angebote sind schon beim Eingang auf dem ungeöffneten Umschlag durch Eingangsvermerk mit Datum, Uhrzeit und Namenszeichen zu kennzeichnen

Sind schriftliche Angebote zugelassen, ist für die Öffnung und Verlesung der Angebote ein Eröffnungstermin abzuhalten. Bis zu diesem Termin sind die zugegangenen Angebote auf dem Umschlag mit Eingangsvermerk zu versehen und unter Verschluss zu halten. Alle schriftlich zugegangenen Angebote sind schon beim Eingang auf dem ungeöffneten Umschlag durch Eingangsvermerk mit Datum, Uhrzeit und Namenszeichen zu kennzeichnen. Nur Angebote, die bis zum Ablauf der Angebotsfrist eingegangen sind, werden zur Eröffnung zugelassen. Im Eröffnungstermin werden die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet. Kennzeichnung bedeutet, dass alle wesentlichen Angebotsbestandteile, die zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen, entweder einheitlich gekennzeichnet oder aber verbunden werden müssen. Die Kennzeichnung hat im Eröffnungstermin vor dem

Verlesen der Einzelheiten zu erfolgen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08.10.2018 - 3 VK LSA 57/18: Unternehmen müssen für Teilleistungen, für die sie nicht präqualifiziert sind, zwingend einen Nachunternehmer benennen

Unternehmen müssen für Teilleistungen, für die sie nicht präqualifiziert sind, zwingend einen Nachunternehmer benennen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08.10.2018 - 3 VK LSA 57/18: Urkalkulation darf zur Überprüfung, ob Nachunternehmerleistungen kalkuliert wurden, zur Vorbereitung eines Aufklärungsgesprächs geöffnet werden

Die Urkalkulation darf zur Überprüfung, ob Nachunternehmerleistungen kalkuliert wurden, auch schon zur Vorbereitung eines Aufklärungsgesprächs vom öffentlichen Auftraggeber geöffnet werden.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08.10.2018 - 3 VK LSA 57/18: Nachunternehmererklärungen können nicht nachgefordert werden

Nachunternehmererklärungen sind wettbewerbsrelevant und können nach der VOB/A 2016 nicht nachgefordert werden.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.09.2018 - 3 VK LSA 56/18: Fehlende Fabrikatsangaben können nicht nachgefordert werden

Geforderte Fabrikats-, Produkt- und Typangaben sind integraler Angebotsbestandteil. Das Fehlen geforderter Fabrikatsangaben ist nicht heilbar und führt zum zwingenden Ausschluss des Angebots.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.09.2018 - 3 VK LSA 56/18: Bieter legt vorbehaltene Nachweise auf Anforderung nicht innerhalb

einer angemessenen Frist vor: Angebot ist auszuschließen

Hat der Auftraggeber sich die Vorlage von Erklärungen oder Nachweisen vorbehalten und reicht der Bieter diese auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vor, ist sein Angebot auszuschließen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.09.2018 - 3 VK LSA 56/18: Erscheint das Angebot eines Bieters ungewöhnlich niedrig, ist eine Preisprüfung durchzuführen

Erscheint das Angebot eines Bieters ungewöhnlich niedrig, ist eine Preisprüfung durchzuführen und diese zu dokumentieren. Die Aussage des Bieters, er habe sein Angebot auskömmlich kalkuliert, ist hierfür nicht ausreichend.

VK Bund, Beschluss vom 09.11.2018 - VK 2-98/18: Auftraggeber kann sich auf ein bestimmtes Produkt oder Verfahren festlegen

Der öffentliche Auftraggeber kann sich auf ein bestimmtes Produkt oder Verfahren festlegen, wenn dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben wurden und die Leistungsbestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

VK Bund, Beschluss vom 09.11.2018 - VK 2-98/18: Bei Schulnotensystem muss nicht im Vorherein bekannt gemacht werden, welchen Erfüllungsgrad die Angebote auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs aufweisen

Die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung müssen so gefasst sein, dass die Bieter in einer Gesamtschau erkennen können, was der Auftraggeber von ihnen erwartet. Bei der Verwendung eines sog. Schulnotensystems muss nicht im Vorherein bekannt gemacht werden, wel-

chen Erfüllungsgrad die Angebote auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs aufweisen müssen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.11.2018 - 3 VK LSA 63/18: Angebot muss den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses in allen Punkten entsprechen

Auf ein Angebot, das den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht in allen Punkten entspricht, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Behält sich der Bieter in seinem Angebot technische Änderungen, Zwischenverkauf, Eingabefehler und Irrtümer in ihrem Angebot ausdrücklich vor, ist das Angebot nicht zuschlagsfähig.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.11.2018 - 3 VK LSA 63/18: Wird kein zuschlagsfähiges Angebot eingereicht, ist das Vergabeverfahren aufzuheben

Wird kein zuschlagsfähiges Angebot eingereicht, ist das Vergabeverfahren aufzuheben.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.11.2018 - 3 VK LSA 63/18: Bieter, dessen Angebot ausgeschlossen wurde, kann ein Vergabenachprüfungsverfahren einleiten

Auch ein Bieter, dessen Angebot ausgeschlossen wurde, kann ein Vergabenachprüfungsverfahren einleiten, wenn ein anderes Angebot trotz Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen wird und den Zuschlag erhalten soll.

EuGH, Urteil vom 28.11.2018 - Rs. C-328/17: Nichtbeteiligung am Verfahren darf nicht schematisch das Recht der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz beeinträchtigen

Sowohl Art. 1 Abs. 3 Richtlinie 89/665/EWG als auch Art. 1 Abs. 3 Richtlinie 92/13/EWG sind

dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen, die es Wirtschaftsteilnehmern nicht erlaubt, gegen die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers in einem Vergabeverfahren zu klagen, wenn sie sich entschieden haben, an diesem Verfahren nicht teilzunehmen, weil sich aus der auf das Verfahren anwendbaren Regelung ergibt, dass es sehr unwahrscheinlich ist, dass sie den Zuschlag für den betreffenden öffentlichen Auftrag erhalten. Es ist jedoch Sache des zuständigen nationalen Gerichts, unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände, die den Kontext der bei ihm anhängigen Rechtssache kennzeichnen, umfassend zu prüfen, ob nicht die konkrete Anwendung dieser Regelung das Recht der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz beeinträchtigen kann.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.09.2018 - 3 VK LSA 53/18: Angemessenheit des Angebotspreises ist anhand gesicherter Tatsachengrundlage durch eine einzelfallbezogene Betrachtung des Preis-Leistungs-Verhältnisses zu ermitteln

Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand der vorliegenden Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen. Weicht ein (Neben-)Angebot um mehr als 10% vom nächsthöheren Angebot ab, ist eine Aufklärung über die Auskömmlichkeit des Angebots zwingend erforderlich. Die Angemessenheit des Angebotspreises ist anhand gesicherter Tatsachengrundlage durch eine einzelfallbezogene Betrachtung des Preis-Leistungs-Verhältnisses zu ermitteln. Ein Unterkostenangebot ist nicht per se unzulässig. Ist die Angebotsaufklärung in sich schlüssig und nachvollziehbar dokumentiert, darf der Auftraggeber den Zuschlag auch auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot erteilen, solange die Prognose gerechtfertigt ist, dass der Bieter auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht wird leisten können.

**VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.09.2018
- 3 VK LSA 58/18: Angebote müssen in jeder
Hinsicht vergleichbar sein**

Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist jedoch nur bei Angeboten mit völlig identischen Vertragsgrundlagen gegeben. Dabei ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Eine Änderung von Mengenangaben des Leistungsverzeichnisses - auch durch den Auftraggeber - stellt eine Änderung der Vergabeunterlagen dar.

Eine Interessenkollision liegt vor, wenn ein Berater den öffentlichen Auftraggeber sowohl im Vergabeverfahren als auch die an der Angebotsabgabe beteiligte Muttergesellschaft des Beigeladenen in einem anhängigen Rechtsstreit des Antragstellers gegen die Muttergesellschaft unterstützt.

Gründe

I.

1

Um sich (mittelbar) um die Konzession nach § 46 EnWG zum Betrieb des örtlichen Stromnetzes zu bewerben, beabsichtigt die Antragstellerin die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit einem strategischen (Minderheits-)Partner, der über eine Genehmigung nach § 4 EnWG oder einer vergleichbaren Genehmigung verfügt.

2

Die strategische Partnerschaft schrieb sie als Dienstleistungskonzession im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs waren Angebote auf Grundlage der bei den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin angeforderten Unterlagen abzugeben, die unter anderem Entwürfe eines im Rahmen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abzuschließenden Konsortialvertrags, eines Gesellschaftsvertrags und eines Pachtvertrags zwischen der Konsortialgesellschaft und dem Bieter enthielten. Den Bietern war aufgegeben, die Verträge nach Zielvorstellungen der Antragsgegnerin auszugestalten. Außerdem hatten sie die wirtschaftliche Planung für den Konzessionszeitraum zu konzipieren.

3

Unter anderen gaben Antragstellerin und Beigeladene nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs vorläufige Angebote ab sowie

endgültige Angebote nach Besprechungen mit der Antragsgegnerin und deren entsprechenden Aufforderung. Nach einem Beschluss des Gemeinderats in nichtöffentlicher Sitzung wurde die Antragstellerin durch Schreiben vom 27./30.4.2018 darüber unterrichtet, dass ihr Angebot 640 Punkte der maximal zu erreichenden Gesamtpunktzahl von 700 Punkten erreicht habe und ihr der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da ein anderer Bieter eine höhere Punktzahl von 676 Punkten erreicht habe. Nachdem die Antragstellerin schon zuvor gerügt hatte, dass die Beigeladene einen ihrer Mitarbeiter abgeworben habe und diese deshalb, wenn sie sich ebenfalls beworben habe, auszuschließen sei, hat die Antragstellerin durch Schreiben vom 7.5.2018 Vergabefehler gerügt. Die Vorabinformation gebe lediglich die Gesamtpunktzahl für die jeweiligen Konzepte wieder, die Wertung könne angesichts der vergebenen Punktzahl nicht korrekt sein, ein ordnungsgemäßes Verhandlungsgespräch habe nicht stattgefunden, nicht die Antragsgegnerin habe die Auswahlentscheidung getroffen, sondern deren Verfahrensbevollmächtigte, die Beigeladene sei wegen der unlauteren und wettbewerbswidrigen Abwerbung eines ihrer Mitarbeiter auszuschließen, der Berater der Antragsgegnerin habe gleichzeitig die Beigeladene beraten, sie habe deswegen gegen das Neutralitätsgebot verstoßen, auf Seiten der Beigeladenen habe der Bieter gewechselt.

4

Die von der Antragsgegnerin zurückgewiesenen Rügen hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren aufrechterhalten und weiterhin ausgeführt, dass durch die Einbeziehung der Verfahrensbevollmächtigten in das Vergabeverfahren Antragsgegnerin und Beigeladene personell und wirtschaftlich verflochten seien, wodurch ein Interessenkonflikt aufgetreten sei. Dadurch habe die Beigeladene für das Vergabeverfahren auch einen Wissensvorsprung erhalten. Außerdem führt die Antragstellerin an, dass die Antragsgegnerin entgegen den Vorgaben in den Vergabeunterlagen eine relative Bewertung vorgenommen habe. Die Beigeladene sei überhaupt auszuschließen,

weil ihr Angebot unvollständig sei. Sie habe keinen konkreten Kaufpreis für den Netzerwerb genannt.

5

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Er sei teilweise unzulässig. Die Rüge durch Schreiben vom 7.5.2018, dass die Antragsgegnerin gegen das Gebot zu verhandeln verstoßen habe, sei nicht unverzüglich erfolgt. Den angeblichen Vergaberechtsverstoß hätte die Antragstellerin mit Aufforderung zur Abgabe eines endgültigen Angebots erkennen müssen. Ebenso sei aufgrund der Rügezurückweisung vom 9.5.2018 für die Antragstellerin erkennbar gewesen, in welchen Unterkriterien ihr Punkte abgezogen worden seien. Sie sei nämlich mit den Anforderungen an das jeweilige Unterkriterium genauso vertraut gewesen wie mit ihren eigenen Ausführungen. Sie hätte daher in ihrem Nachprüfungsantrag nicht lediglich eine pauschale Fehlerhaftigkeit der Bewertung anführen und erst während des Nachprüfungsverfahrens ausführlicher eine angeblich zu niedrige Bepunktung des Angebots darlegen dürfen.

6

Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig sei, sei er unbegründet. Die Vorabinformationsschreiben der Antragsgegnerin vom 27./30.4.2018 genüge den gesetzlichen Anforderungen. Ein Auftraggeber könne sich kurzfassen; Details brauche er nicht anzugeben.

7

Durch die Angabe, der für das jeweilige Konzept erreichten Gesamtpunktzahl sei die Antragstellerin in die Lage versetzt worden, zu erkennen, dass ihre Konzepte nicht die höchste Punktezahl erreicht hätten. Ein Interessenkonflikt liege nicht vor. Voraussetzung für einen Interessenkonflikt sei eine unmittelbar fördernde und konkret vergabebezogene Tätigkeit. Eine solche könne nicht festgestellt werden. Zwar habe der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin die Muttergesellschaft der Beigeladenen, diese seien als ein einziges Unternehmen im Sinne der Vorschrift anzusehen, in

einem Rechtsstreit zwischen der Antragstellerin und der Muttergesellschaft der Beigeladenen vor dem Landgericht Mannheim über den Kaufpreis eines Stromnetzes mit seiner Stellungnahme zum gerichtlichen Sachverständigengutachten beraten. Diese Tätigkeit sei aber abgeschlossen. Ein finanzielles oder wirtschaftliches Interesse des Beraters an einem Zuschlag an die Beigeladene sei nicht erkennbar. Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Verfahrensbevollmächtigten im Vergabeverfahren sei nicht beeinträchtigt. Auch ein persönliches Interesse des energiewirtschaftlichen Beraters sei nicht ersichtlich. Aus den gleichen Gründen liege kein Interessenkonflikt aufgrund des Rechtsstreits mit der Bundesnetzagentur vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf bzw. dem Bundesgerichtshof über den Eigenkapitalzinsatz vor.

8

Ein vergaberechtlicher Bezug, der einen Interessenkonflikt voraussetze, fehle bezüglich der Prüfung der Jahresabschlüsse der Muttergesellschaft der Beigeladenen sowie des squeeze-out, der zudem bereits abgeschlossen sei. Eine Zurückversetzung des Verfahrens wegen eines Dokumentationsfehlers komme nicht in Betracht. Die nachträgliche Aufnahme in den Vergabevermerk, dass die Teilnahmeanträge geöffnet worden seien, rechtfertige keine Zurückversetzung. Der Fehler könne nachträglich geheilt werden. Eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens würde die Rechtsstellung der Antragstellerin nicht verbessern. Andere Dokumentationsfehler lägen nicht vor. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht auszuschließen.

9

Angeblich wettbewerbswidriges Verhalten der Muttergesellschaft der Beigeladenen, das zu Zweifeln an der Integrität der Muttergesellschaft Anlass geben könnte, liege nicht vor. Ein kartellrechtlicher Verstoß von dieser, der zu deren Ausschluss führen könne, könne nicht festgestellt werden. Der Entwurf der Landeskartellbehörde könne nicht Grundlage der Entscheidung der Vergabekammer sein. Eine endgültige, bestandskräftige Entscheidung liege

nicht vor. Es sei nicht Aufgabe der Vergabekammer, einen angeblichen Kartellverstoß zu prüfen. Eine zum Ausschluss berechtigende Verfehlung der Muttergesellschaft der Beigeladenen liege auch nicht in dem von ihr veranlassten Wechsel eines Mitarbeiters von der Antragstellerin. Der Vorwurf eines gezielten Abwerbens sei unsubstantiiert. Ein Wissensvorsprung der Beigeladenen durch den Wechsel könne nicht angenommen werden. Eine schwere Verfehlung, die zum Ausschluss führen könne, habe auch nicht deswegen vorgelegen, weil deren Verfahrensbevollmächtigte dritte Kommunen beraten hätten. Diese hätten nicht in derselben Rechtssache widerstrebende Interessen vertreten. Ein Ausschluss wegen Unvollständigkeit des Angebots komme ebenso wenig in Betracht. Die Beigeladene habe nicht zwingend einen konkreten Preis für den Erwerb des Stromnetzes angeben müssen. Dies sei den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen. Der Bieter habe nicht die Identität gewechselt. Die Muttergesellschaft habe in Vertretung der Beigeladenen gehandelt. Die Antragsgegnerin habe schließlich selbst durch ihren Gemeinderat entschieden und nicht die Entscheidung ihren Verfahrensbevollmächtigten überlassen.

10

Gegen die Zurückweisung ihres Antrags durch die Vergabekammer hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt, durch die sie ihre Rügen im Wesentlichen weiterverfolgt. Das Vergabeverfahren sei von Anfang an von den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin konzipiert und durchgeführt worden. Diese unterhielten aber gleichzeitig eine umfassende und laufende Geschäftsbeziehung zum Konzern der Beigeladenen, von deren Teilnahme sie erst durch die Vorabinformation Kenntnis erlangt habe. So streite sie sich mit der Muttergesellschaft der Beigeladenen vor Gericht über die Höhe des Netzkaufpreises einer dritten Gemeinde. In dem Rechtsstreit habe der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten zum gerichtlichen Gutachten über die Höhe des Netzkaufpreises Stellung genommen. Die Beratungstätigkeit sei noch nicht abgeschlossen. Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin berieten

darüber hinaus die Beigeladene im Streit über die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze durch die Bundesnetzagentur, der bei Gericht anhängig sei. Die Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatungsgesellschaft der Verfahrensbevollmächtigten prüfe seit Jahren den Konzernabschluss der Muttergesellschaft und habe Auftrag auch zur Prüfung der Jahresabschlüsse bis 2020. Außerdem sei diese gesellschaftsrechtlich beraten worden. Nach der Bewerbung der Beigeladenen hätte die Antragsgegnerin sich nicht mehr von ihren Verfahrensbevollmächtigten und deren energiewirtschaftlichem Berater beraten lassen dürfen.

11

Es habe ein Interessenkonflikt gemäß § 5 KonzVgV vorgelegen. Es komme entgegen der Ansicht der Vergabekammer nicht darauf an, dass die Mehrfachberatung in dem gleichen oder in einem zeitlich erst kürzlich beendeten, mit einer vorherigen Ausschreibung in Verbindung stehenden Vergabeverfahren stattgefunden haben müsse. Der Begriff des Interessenkonflikts erfordere ein weites Verständnis. Eine neutrale Auswahlentscheidung sei aufgrund der Mehrfachberatung nicht mehr gewährleistet gewesen. Dies gelte auch, soweit die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin die Muttergesellschaft der Beigeladenen beraten hätten. Diese sei intensiv in das Vergabeverfahren involviert gewesen. Weiterhin könne die Beigeladene den Zuschlag nicht erhalten, weil sie auszuschließen sei. Die Muttergesellschaft der Beigeladenen habe gegen das Kartellverbot verstoßen. Sie habe 2010 bis 2013 Gemeinden eine Beteiligung mit unzulässigen Rückerwerbs- bzw. Kündigungsklauseln angeboten und gewährt. Die Muttergesellschaft habe den Gemeinden zudem unzulässige Zusatzleistungen gewährt. Die genannten Beteiligungen hätten den Zweck gehabt, den Wettbewerb um Strom- und Gaskonzessionen zugunsten der Muttergesellschaft zu verfälschen. Dies habe auch die Landeskartellbehörde in ihrem Entscheidungsentwurf festgehalten. Um über den Ausschluss vom Vergabeverfahren zu entscheiden, sei keine bestandskräftige Entscheidung der Landeskartellbehörde erforderlich; es genügen hinreichende Anhaltspunkte. Als

hundertprozentige Tochtergesellschaft und abhängiges Unternehmen sei der Kartellverstoß der Muttergesellschaft der Beigeladenen zuzurechnen. Die Muttergesellschaft habe dadurch, dass sie die Gemeinde bei der Vergabe der Stromkonzession zu einem Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung angestiftet habe, auch eine schwere berufliche Verfehlung begangen. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wirke immer noch fort. Eine weitere schwere Verfehlung liege darin, dass die Muttergesellschaft, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, einen ihrer, der Antragstellerin, Mitarbeiter gezielt abgeworben habe und zwar in einer Phase, in der in der Region zahlreiche strategische Partnerschaften beworben und Konzessionen neu vergeben würden.

12

Die Antragsgegnerin habe weiterhin dadurch gegen Vergaberecht verstoßen, dass sie das Verfahren nicht ordnungsgemäß fortlaufend dokumentiert habe. Vielmehr habe sie, wie das Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des Finanzausschusses zeige, erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens weite Teile des Vergabevermerks erstellt, worauf zahlreiche Indizien hinwiesen. Weiterhin habe die Antragsgegnerin zur relativen Bewertungsmethode gewechselt. In den Vergabeunterlagen sei eine absolute Bewertungsmethode festgelegt worden. Die Antragsgegnerin habe kein ordentliches Aufklärungs- und Verhandlungsgespräch geführt. Sie habe sich vielmehr in dem Gespräch weitgehend passiv verhalten und nicht darauf hingewiesen, in welchen Punkten sie noch Optimierungsbedarf ihres, der Antragstellerin, Angebot sehe. Über den beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene habe sie nicht ordnungsgemäß unterrichtet. Dem Schreiben sei nicht zu entnehmen gewesen, aus welchen Gründen ihr, der Antragstellerin, Angebot abgewertet worden sei. Schließlich habe die Antragsgegnerin unzutreffend in einigen Punkten ihr, der Antragstellerin, nicht die höchste Punktzahl gegeben, obwohl ihr Angebot vollständig den Zielvorstellungen der Antragsgegnerin entsprochen habe.

13

Nach Einsicht in die Auswertung ihres Angebots hat die Antragstellerin ihre - zunächst pauschale - Rüge einer fehlerhaften Angebotswertung näher ausgeführt und die Bewertung zahlreicher Kriterien ihres Angebots beanstandet.

14

Die Antragstellerin beantragt,

15

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen und das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts fortzusetzen,

16

hilfsweise

17

das Vergabeverfahren aufzuheben und bei fortdauernder Beschaffungsabsicht den Auftrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts neu auszuschreiben.

18

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

19

die Beschwerde zurückzuweisen.

20

Die Antragsgegnerin führt aus, es sei zulässig und sinnvoll, zunächst die strategische Partnerschaft auszuschreiben und in einem zweiten Schritt die Konzession nach § 46 EnWG.

21

Ihre Verfahrensbevollmächtigten seien keinem Interessenkonflikt ausgesetzt gewesen. Ein Interessenkonflikt sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil die deutsche Norm dem Europarecht widerspreche und deshalb nicht anwendbar sei. Die Richtlinie sehe einen Interessenkonflikt lediglich bei Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggebers und nicht, wie die

deutsche Vorschrift, bei weiteren Personen vor. Davon abgesehen habe kein Interessenkonflikt vorgelegen. Ein Interessenkonflikt sei lediglich durch eine Beratung auf Bieter- und auf Auftraggeberseite in ein und demselben Vergabeverfahren begründet. Partei des Rechtsstreits über den Stromnetzkaufpreis sei aber die Muttergesellschaft der Beigeladenen, die ihre, der Antragsgegnerin, Verfahrensbevollmächtigten nicht verträten. Gegenstand der Beauftragung sei lediglich die Beurteilung des gerichtlichen Gutachtens aus neutraler Sicht gewesen. Es habe keine inhaltliche Abstimmung stattgefunden, vielmehr sei lediglich das Prüfungsergebnis den rechtlichen Vertretern der Muttergesellschaft mitgeteilt worden. Bei der Festlegung von Eigenkapitalzinssätzen, Gegenstand des Verfahrens vor dem OLG Düsseldorf bzw. Bundesgerichtshof, liefen die Interessen aller Netzbetreiber gleich.

22

Die Antragstellerin sei mit sämtlichen Rügen, die auf eine Beteiligung der Beigeladenen abstellen, präkludiert. Bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens sei die Beteiligung der Beigeladenen am Konzessionsvergabeverfahren thematisiert worden. Die Kenntnis der Antragstellerin zeige sich auch in ihrer Rüge der Teilnahme der Beigeladenen am Vergabeverfahren durch Schreiben vom 12.4.2011. Ihre Auseinandersetzung mit der Wertung habe keine Substanz und genüge damit nicht den Anforderungen eines zulässigen Nachprüfungsantrags.

23

Die Beigeladene verteidigt ebenfalls die Entscheidung der Vergabekammer. Insbesondere führt sie aus, dass sie aufgrund der Tätigkeit des energiewirtschaftlichen Beraters im Rechtsstreit mit der Antragstellerin über den Netzkaufpreis nicht von einem Wissenstransfer habe profitieren können. Denn im Vergabeverfahren sei ein standardisiertes Bewertungssystem für die Angebotswertung verwendet worden, das mit der konkreten Berechnung des Netzkaufpreises im Rechtsstreit nichts zu tun gehabt habe. Der energiewirtschaftliche Berater sei für die Wertung des Konzepts „Businessplan“ verantwortlich gewesen. Dort fehlten der Antragstellerin lediglich 14 Bewertungspunkte

zur erreichbaren Punktzahl. Den Mitarbeiter der Antragstellerin habe sie abgeworben, weil sie den Nachfolger eines eigenen Mitarbeiters, der bald ausscheide, gesucht habe. Der abgeworbene Mitarbeiter habe die Antragstellerin verlassen, weil diese ihm keine berufliche Entwicklung geboten habe. Die Beteiligung von Gemeinden an der Muttergesellschaft habe diese in Zusammenarbeit mit einer Wirtschaftsberatung und der Hochschule für öffentliche Verwaltung sowie in Abstimmung mit dem Regierungspräsidium Freiburg und dem Innenministerium entwickelt. Das Konzessionsverfahren der Gemeinde, das nun von der Landeskartellbehörde beanstandet werde, sei nach den im Jahr 2010 bekannten Maßstäben ordnungsgemäß durchgeführt worden. Ein Fehlverhalten könne der Muttergesellschaft nicht vorgeworfen werden.

24

Wegen der Einzelheiten des Parteivortrags in der Beschwerdeinstanz wird auf die vorbereitenden Schriftsätze verwiesen.

II.

25

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und hat Erfolg. Aufgrund des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin ist das Vergabeverfahren bis zu dem Stand unmittelbar nach Eingang der Teilnahmeanträge zurückzusetzen.

26

A. Der Nachprüfungsantrag ist im Wesentlichen zulässig.

27

1. Der Rechtsweg zu Vergabekammer und Vergabesenat ist eröffnet.

28

a) Ausgeschrieben ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag gemäß § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB oder eine Konzession gemäß § 105 GWB, wie der Ausschreibungsgegenstand in den Vergabeunterlagen eingeordnet worden ist.

29

Im Vordergrund der Ausschreibung steht zwar die Suche nach einem Gesellschafter zur Gründung eines Unternehmens. Prägender Hintergrund der Suche und der Gesellschaftsgründung ist jedoch die Verpachtung des Stromnetzes auf ihrem Gebiet und die Festlegung der Konditionen der Pacht und der sich aus Änderungen ergebenden Folgen für die Gesellschaft, falls diese die Konzession nach § 46 EnWG zum Betrieb des Stromnetzes erhält. Der Betrieb und die Sicherstellung des öffentlichen Stromnetzes haben Beschaffungscharakter. Die Versorgung der Einwohner einer Gemeinde mit Energie gehört zu den Aufgaben der Daseinsvorsorge. Zu den ausgeschriebenen Leistungen zählen insbesondere auch betriebswirtschaftliche Leistungen gegenüber der Antragsgegnerin, die ein Interesse hat, als Mehrheitsgesellschafterin des potentiellen Konzessionsnehmers Kalkulationen, Berechnungen und Vorbereitungen von Entscheidungen auf den Auftragnehmer abzuwälzen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 9.1.2013 - Verg 26/12 - und vom 4.2.2013 - Verg 31/12).

30

Ob die Ausschreibung eine Konzession nach § 105 GWB betrifft, bestehen Zweifel, weil nicht nachvollzogen werden kann, dass der Auftragnehmer das Betriebsrisiko oder einen wesentlichen Teil davon übernimmt. Ein Betriebsrisiko im Sinne von § 105 GWB ist das Risiko, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, also ein Nachfrage- und/oder Angebotsrisiko. Da der Konzessionsnehmer nach § 46 EnWG praktisch ein Monopol hat, die Stromkunden im Wesentlichen lediglich den Stromversorger auswählen können, dürfte das Marktrisiko des Betreibers kaum als erheblich eingeschätzt werden und damit auch das Risiko, das der Mitgesellschafter der Antragsgegnerin und Pächter des Stromnetzes eingeht. Das Risiko, sich beim Angebot gegenüber der Antragsgegnerin zu verkalkulieren, zählt nicht zu den Betriebsrisiken gemäß § 105 GWB.

31

Liegt ein Dienstleistungsauftrag vor, ist die Antragsgegnerin Sektorenauftraggeberin gemäß

§ 101 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB, liegt eine Konzession vor, Konzessionsgeber gemäß § 101 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

32

Letztlich kann offenbleiben, ob die ausgeschriebene Beteiligung Dienstleistungsauftrag oder -konzession ist. Eine Festlegung wäre für die Entscheidung nicht erheblich. Denn die Wahl eines falschen Verfahrens hat die Antragstellerin nicht bis zur Angebotsabgabe gerügt. Die sachlich zu bescheidenden Rügen der Antragstellerin sind nach denselben oder nach inhaltsgleichen Vorschriften der SektVO und KonzVgV zu beurteilen.

33

b) Der Vertragswert bzw. der Auftragswert überschreitet die Schwellenwerte gemäß Art. 8 der Richtlinie 2014/23/EU bzw. Art. 15 der Richtlinie 2014/15/EU.

34

2. Teilweise ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig.

35

a) Die Antragstellerin hat nicht rechtzeitig gerügt, dass die Antragsgegnerin gegen das Verhandlungsgebot verstoßen habe, weil sie in dem Aufklärungs-/Verhandlungstermin vom 14.12.2017 lediglich sich und ihr Angebot habe präsentieren und Fragen stellen können und die Antragsgegnerin sie nicht darauf hingewiesen habe, wie sie ihr Angebot optimieren könne.

36

Ist ein Verhandlungsverfahren ausgeschlossen, können und sollen öffentlicher Auftraggeber und Bieter mindestens einmal verhandeln. Verhandeln bedeutet, dass Auftragsinhalte und Auftragsbedingungen so lange besprochen werden, bis klar ist, was der öffentliche Auftraggeber tatsächlich und ganz konkret einkaufen will, zu welchen Konditionen der Auftragnehmer dies leistet und insbesondere zu welchem Preis geleistet wird (vgl. BGH, Urteil vom 10.9.2009 - VII ZR 255/08 - juris Rn. 19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.8.2011 - Verg

16/11 - juris Rn. 60; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.7.2006 - Verg 21/06 - juris Rn. 25).

37

Davon, dass die Antragsgegnerin angeblich den Eindruck erweckte, dass das Angebot der Antragstellerin keiner Optimierung und es damit keiner weiteren Verhandlung bedurfte, somit die Verhandlungen beendet waren, erhielt die Antragstellerin spätestens durch die Aufforderung der Antragsgegnerin vom 9.2.2018, die endgültigen Angebote einzureichen, Kenntnis. Dies war für jeden auch einigermaßen erfahrenen Bieter ersichtlich. Ebenso kann er abschätzen, dass rechtlich Verhandlungen, wie sie oben beschrieben worden sind und wie der Begriff schon indiziert, erforderlich sind. Die Antragstellerin ist erfahrene Bieterin. Sie wusste demnach, dass die Antragsgegnerin in einem Umfang verhandeln musste, der dem Begriff entspricht. Die durchgeführten Verhandlungen hat sie miterlebt. Die angeblich unterbliebene (weitere) Verhandlung hat sie aber nicht unverzüglich nach Eintritt dieser Kenntnis, sondern erst durch Schreiben vom 9.5.2018 und damit nicht innerhalb der Zehn-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt.

38

b) Der Antragstellerin fehlt die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB, soweit sie beanstandet, dass die Vorabinformation der Antragsgegnerin nicht den Anforderungen gemäß § 134 GWB entsprochen habe.

39

Ein Verstoß gegen die in der Vorschrift geregelten Informations- und Wartepflicht allein ist nicht geeignet, einen eventuellen Schaden im Sinn von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB herbeizuführen, die Zuschlagschancen oder sonstige Erfolgsaussichten zu verbessern und damit eine Antragsbefugnis zu begründen. Mit dem Nachprüfungsantrag, den die Antragstellerin gestellt hat und der nach Zustellung das gesetzliche Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB auslöst, ist der Primärrechtsschutz eröffnet und damit das Ziel von § 134 GWB erreicht. Ein Bieter, der das Nachprüfungsverfahren einleitet, hat kein schützenswertes Interesse im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschrift von § 134 GWB mehr.

22

40

c) Aus dem gleichen Grund unzulässig ist schließlich der Nachprüfungsantrag bezüglich der angeblich fehlerhaften Dokumentation.

41

Ein Dokumentationsmangel kann nur gerügt werden, wenn sich der Mangel auf die Rechtsstellung des Bieters im Vergabeverfahren negativ auswirken kann (vgl. Senat, Beschluss vom 25.7.2014 - Verg 5/14 - juris Rn. 21; OLG Celle, Beschluss vom 19.3.2015 - Verg 1/15 - juris Rn. 119). Anhaltspunkte, dass sich ein Dokumentationsmangel auf ihre Rechtsstellung im Vergabeverfahren negativ ausgewirkt haben könnte, hat die Antragstellerin jedoch nicht genannt. Sie trägt lediglich vor, dass Indizien dafürsprechen, dass der Vergabevermerk rechtswidrig erst nachträglich während des Nachprüfungsverfahrens erstellt worden sei.

42

B. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag zulässig und hat im Ergebnis weitgehend Erfolg, soweit die Antragstellerin eine Wiederholung des Vergabeverfahrens begehrt.

43

1. Das Vergabeverfahren ist ab dem Zeitpunkt des Eingangs der Teilnahmeanträge zu wiederholen, weil in der Person des wirtschaftlichen Beraters der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin ein Interessenkonflikt vorlag, aufgrund dessen er gemäß § 5 Abs. 1 KonzVgV bzw. § 6 Abs. 1 SektVO nicht (weiter) am Vergabeverfahren hätte mitwirken dürfen.

44

a) Die Antragstellerin hat den Interessenskonflikt nicht zu spät geltend gemacht mit der Folge, dass ihr diesbezüglich die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB fehlt. Der angebliche Verstoß war nicht aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar, sodass es allein auf die spätere Kenntnis der Antragstellerin von dem möglichen Vergaberechtsverstoß ankommt.

45

Eine Rüge muss nicht auf der Grundlage bloßer Vermutungen angestellt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.4.2012 - Verg 100/11 - Juris Rn. 12; OLG München, Beschluss vom 10.12.2009 - Verg 16/09 - VergR 2010, 246/253). Damit eine Rügeobliegenheit begründet wird, muss ein Verdacht sich (durch Einholung weiterer Informationen) zur ausreichenden Gewissheit verdichtet haben (vgl. Möllenkamp in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 160 Rn. 146).

46

Kenntnis davon, dass die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin am Vergabeverfahren beteiligt waren, hatte die Antragstellerin durch die Nennung in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen sowie den folgenden, teilweise von deren energiewirtschaftlichen Berater verfassten Schreiben.

47

Für eine Rüge ausreichende Kenntnis davon, dass die Beigeladenen sich am Vergabeverfahren beteiligt hat und somit möglicherweise ein Interessenkonflikt vorliegen könnte, erhielt die Antragstellerin erst durch die Schreiben vom 27./30.4.2018, durch das sie über den beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene informiert wurde. Die Kenntnis konnte sie nicht schon durch die vorgelegten Zeitungsartikel gewonnen haben. Aufgrund dieser konnte sie lediglich Vermutungen über eine Beteiligung am Vergabeverfahren anstellen. Eine Verdichtung der Vermutung ergab sich auch nicht durch die Antwort auf ihre Rüge vom 12.4.2018, da die Antragsgegnerin sich in ihm gerade bedeckt hielt.

48

Ihre Rüge vom 7.5.2018 und der Nachprüfungsantrag erfolgten demnach rechtzeitig.

49

b) Die Antragsgegnerin hat gegen das Gebot gemäß § 5 KonzVgV bzw. § 6 SektVO verstoßen, dass kein in ihrem Auftrag handelnder Beschaffungsdienstleister, bei dem ein Interessenkonflikt besteht, in einem Vergabeverfahren mitwirken darf.

23

50

aa) Gemäß § 5 Abs. 1 KonzVgV bzw. § 6 Abs. 1 SektVO dürfen u.a. Mitarbeiter eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken. Ein Beschaffungsdienstleister ist nach der Definition von Art. 2 Abs. 1 Nr. 13 der Richtlinie 2014/25/EU und Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 der Richtlinie 2014/24/EU eine öffentliche oder private Stelle, die auf dem Markt Nebenbeschäftigungstätigkeiten anbietet, zu denen nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 11 bzw. Art. 2 Abs. 1 Nr. 15 der Richtlinien auch Beratungsleistungen zur Ausführung und Planung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gehören. Der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin zählt somit zum angesprochenen Personenkreis.

51

Gemäß § 5 Abs. 2 KonzVgV bzw. § 6 Abs. 2 SektVO besteht ein Interessenkonflikt für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte. Der Interessenkonflikt wird gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 2 KonzVgV bzw. § 6 Abs. 3 Nr. 2 SektVO u.a. dann vermutet, wenn der Mitarbeiter oder Beschaffungsdienstleister des öffentlichen Auftraggebers einen Bewerber oder Bieter berät oder sonst unterstützt.

52

bb) Das Bestehen eines Interessenkonflikts im Vergabeverfahren der Antragsgegnerin wird demnach vermutet, weil der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin sowohl bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt ist als auch die Muttergesellschaft der Beigeladenen in einem Rechtsstreit der Antragstellerin gegen die Muttergesellschaft unterstützt (hat). Die Interessen der Beigeladenen und die von deren Muttergesellschaft sind im Vergabeverfahren

gleich zu behandeln. Die Interessen der Beigeladenen werden von der Muttergesellschaft vertreten. Diese hat im Namen und in Vertretung der Beigeladenen den Teilnahmeantrag und das Angebot eingereicht sowie Schriftverkehr mit der Antragsgegnerin geführt.

53

Die gesetzliche Vermutung eines Interessenkonflikts kommt deshalb zum Tragen, weil die Beratungsleistungen für die Muttergesellschaft der Beigeladenen noch während des Vergabeverfahrens erfolgt sind. Das Vergabeverfahren wurde im Juni 2017 bekannt gemacht. Zu diesem Zeitpunkt waren die Unterstützungsleistungen zugunsten der Muttergesellschaft noch nicht abgeschlossen. Der energiewirtschaftliche Berater hat zwar in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass sein Auftrag darauf beschränkt gewesen sei, eine Stellungnahme zum gerichtlichen Gutachten im Rechtsstreit zwischen der Antragstellerin und der Muttergesellschaft der Beigeladenen über einen Netzkaufpreis zu verfassen, die dann in einen Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten einfließt. Ein endgültiger Abschluss des Auftrags vor Einleitung des Vergabeverfahrens kann aber der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden. Der energiewirtschaftliche Berater wurde sowohl im Protokoll der landgerichtlichen Verhandlung vom 9.12.2016 als auch im Protokoll vom 20.10.2017 als Berater / Vertreter der Muttergesellschaft der Beigeladenen aufgeführt.

54

Der energiewirtschaftliche Berater hatte auch Einfluss auf das Vergabeverfahren. Er hat zumindest einen wesentlichen Teil des Auswertungsgutachtens zu verantworten, also die Zuschlagsentscheidung vorbereitet.

55

cc) Der gesetzlich vermutete Interessenkonflikt ist nicht aufgrund der unterschiedlichen Beratungsgegenstände ausgeschlossen. Maßgeblich für das Vorliegen des Interessenkonflikts ist nicht der Umstand, dass die Beigeladene eventuell im Rechtsstreit mit der Antragstellerin vor dem Landgericht Mannheim Erkenntnisse über

die Sichtweise des energiewirtschaftlichen Beraters gewinnen konnte. Eine eventuelle Kenntnis könnte allenfalls einen generellen Vorteil der Beigeladenen in Vergabeverfahren mit sich bringen, der durch § 5 KonzVgV oder § 6 SektVO nicht erfasst wird. Abgesehen davon gelangten die Erkenntnisse der Beigeladenen zumindest auszugsweise durch die vom energiewirtschaftlichen Berater beeinflussten schriftsätzlichen Stellungnahmen zu dem gerichtlichen Gutachten im Prozess auch zur Kenntnis der Antragstellerin als Gegenpartei. Entscheidend ist vielmehr, dass nicht festgestellt werden kann, dass auf keinen Fall ein persönliches Interesse des energiewirtschaftlichen Beraters der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin aufgrund seiner Tätigkeit im Rechtsstreit vor dem Landgericht Mannheim seine Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen kann. Schon die Möglichkeit einer Beeinträchtigung begründet den Interessenkonflikt. Gegenstand des Rechtsstreits zwischen der Muttergesellschaft der Beigeladenen und der Antragstellerin vor dem Landgericht Mannheim ist die Höhe eines Stromnetzkaufpreises. Angaben zum Kaufpreis des Netzes im Gebiet der Antragsgegnerin oder der Methode zur Ermittlung des Netzkaufpreises hatten auch die Bieter im Vergabeverfahren in ihren Angeboten zu machen. An der Auswertung der Bieterangaben im wirtschaftlichen Bereich war der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wesentlich beteiligt. Aufgrund dessen ist auch sein Einfluss auf das Vergabeverfahren und die Zuschlagsentscheidung erheblich.

56

Auch wenn im Verfahren vor dem Landgericht Mannheim Beweis über den objektivierten Ertragswert des Netzes erhoben worden ist oder wird und der energiewirtschaftliche Berater lediglich zum gerichtlichen Gutachten Stellung genommen hat, hat er zur Wahrnehmung der Interessen der Muttergesellschaft der Beigeladenen beigetragen. Deshalb erscheint es nicht unmöglich, dass diese Interessenwahrnehmung im Vergabeverfahren Auswirkungen auf

seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit (gehabt) haben könnte, auch lediglich unbewusst.

57

Die im Streit zwischen der Beigeladenen und der Bundesnetzagentur aufgeworfenen Frage, mit welcher Eigenkapitalverzinsung bei der Festlegung von Netzgebühren kalkuliert werden kann, dürfte demgegenüber keine Berührungspunkte zu oder Auswirkungen auf die Beurteilung der Angebote der Antragstellerin oder der Beigeladenen haben können, sodass ein Interessenkonflikt aufgrund der Gesamtumstände ausscheiden dürfte. Welcher Eigenkapitalzinssatz der Kalkulation eines Netzbetreibers zugrunde gelegt werden kann, berührt die Interessen aller Netzbetreiber gleichermaßen. Dies zeigt sich auch daran, dass zahlreiche gleichartige Verfahren von Netzbetreibern anhängig sind.

58

Keine Interessenskonflikte bestehen dadurch, dass eine Schwestergesellschaft der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin Jahresabschlüsse der Muttergesellschaft der Beigeladenen geprüft hat und prüft. Ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse der Verfahrensbevollmächtigten, die Beigeladene deswegen im Vergabeverfahren zu bevorzugen, ist nicht ersichtlich. Das Gleiche gilt für die Beratung der Muttergesellschaft der Beigeladenen beim Squeeze-Out. Da ein Interessenkonflikt aufgrund der Unterstützung im Rechtsstreit der Muttergesellschaft der Beigeladenen mit der Antragstellerin vorliegt, braucht über weitere Anlässe für einen eventuellen Interessenkonflikt letztendlich aber nicht entschieden zu werden.

59

d) Durch den Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot ist die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden.

60

e) § 5 KonzVgV bzw. § 6 SektVO sind nicht unanwendbar. Sie widersprechen nicht Art. 35 der Richtlinie 2014/23/EU bzw. Art. 42 der

Richtlinie 2014/25/EU. Die Richtlinien geben nicht konkret vor, in welchem Umfang die Mitgliedsstaaten Regelungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten festzulegen haben. Sie regeln lediglich, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zu treffen haben, die Interessenkonflikte verhindern, aufdecken und beheben. Auch für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Interessenkonflikt vorliegt, nennen die Richtlinien einen Mindeststandard und keine festen oder Höchstvoraussetzungen. Damit, dass auch im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnde Beschaffungsdienstleister eventuell im Vergabeverfahren nicht mitwirken dürfen, hat sich der Bundesgesetzgeber nicht in Widerspruch zur Richtlinie gesetzt. Im Gegenteil. Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU sieht die Einbeziehung ausdrücklich vor (vgl. auch Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU). Es ist ausgeschlossen, dass angesichts der gleichen Interessenlage die Richtlinie 2014/23/EU einen engeren Rahmen verbindlich vorgeben will und die unterbliebene Erwähnung des Beschaffungsdienstleisters in seinem Art. 35 nicht lediglich dem unterschiedlichen Regelungsgegenstand geschuldet ist (vgl. Erwägungsgrund 8 der Richtlinie). Mangels Auslegungsbedürftigkeit ist die Sache nicht gemäß Art. 267 AEUV dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen. Dass eine Vermutungsregelung wie § 5 Abs. 3 KonzVgV bzw. § 6 Abs. 3 SektVO nicht gegen europäisches Recht verstößt, hat der Gerichtshof schon entschieden (vgl. EuGH, Urteil vom 12.3.2015 - C-538/13).

61

f) Das Vergabeverfahren ist gemäß § 168 Abs. 1 GWB auf den Stand nach Einreichung der Teilnahmeanträge zurückzusetzen.

62

Der genannte Interessenkonflikt führt dazu, dass der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin am (gesamten) Vergabeverfahren nicht mitwirken darf, allerdings nur, soweit die Beigeladene beteiligt ist. Beteiligt ist diese erst ab Einreichung ihres Teilnahmeantrags. Zuvor kann ein Interessenkonflikt nicht bestehen und bestanden haben.

63

2. Nicht auszusprechen ist, dass die Beigeladene am weiteren Vergabeverfahren gemäß § 124 GWB nicht zu beteiligen ist. Die Voraussetzungen für einen Ausschluss liegen nicht vor.

64

a) Ein Verstoß gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist nicht feststellbar.

65

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB kann ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen von einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die Gemeinden, denen die Muttergesellschaft der Beigeladenen Beteiligungen gewährte (kompass-Modell), waren aber Konzessionsgeber gemäß § 46 EnWG und damit nicht Unternehmen im Sinn von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

66

§ 124 GWB setzt eine Absprache zwischen Unternehmen voraus. Da § 124 GWB Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 38 Abs. 7 der Richtlinie 2014/23/EU umsetzt, ist zur Auslegung des vergaberechtlichen Begriffs des Unternehmens auf diese zurückzugreifen.

67

Die Richtlinien verwenden statt des Begriffs des Unternehmens den Begriff des Wirtschaftsteilnehmers. Dieser ist definiert in Art. 2 Abs. 1 Nr. 7 der Richtlinie 2014/24/EU, Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie 2014/25/EU und Art. 5 Nr. 2 der Richtlinie 2014/23/EU. Danach muss ein Wirtschaftsteilnehmer auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten. Gemeinden, die sich an der Muttergesellschaft der Beigeladenen beteiligten, bieten aber auf dem Markt keine Dienstleistungen an, zumindest nicht, soweit sie Wegenutzungsrechte für den Betrieb von Stromnetzen übertragen.

26

68

Aufgrund des unionsrechtlichen Einflusses bei der Bestimmung des Begriffs des Unternehmens kommt es nicht darauf an, dass die Gemeinden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten aufgrund ihrer monopolistischen Stellung kartellrechtlich Unternehmen gemäß § 1 GWB sind.

69

b) Die Voraussetzungen für einen Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB liegen auch nicht vor. Die Beigeladene müsste im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, durch die ihre Integrität infrage gestellt wird. Dies kann nicht festgestellt werden.

70

Ob das Angebot der Muttergesellschaft der Beigeladenen zur Beteiligung von Kommunen (kompass-Modell) gegen Kartellrecht verstieß und eine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit darstellte, kann offenbleiben. Jedenfalls wird die Integrität der Beigeladenen dadurch im Vergabeverfahren nicht (mehr) infrage gestellt. Dafür, dass die Integrität infrage gestellt ist, müssen nachvollziehbare sachliche Gründe vorliegen, dass auch der zu vergebende Auftrag nicht integer abgewickelt wird (vgl. Hoffmann/von Hoff in Kurlatz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 14 Rn. 27). Ob eine festgestellte schwere Verfehlung die Integrität des Unternehmens infrage stellt, ist eine Bewertung mit prognostischem Charakter, so dass dem Auftraggeber insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht (Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage, § 124 GWB Rn. 48). Ob der Beigeladene das Verhalten ihrer Muttergesellschaft überhaupt zuzurechnen ist, kann offenbleiben. Den genannten Beurteilungsspielraum hat die Antragsgegnerin jedenfalls nicht dadurch überschritten, dass sie die Beigeladene nicht ausgeschlossen hat.

71

Dafür, dass die Beigeladene ein unzuverlässiger und nicht integerer Partner der Antragsgegnerin bei der Durchführung des Konsortialvertrags sein könnte, liegen keine ausreichenden

Anhaltspunkte vor. Um die rechtliche Zulässigkeit des Angebots an Kommunen zu überprüfen, sich im Rahmen eines Kompass-Modells zu beteiligen und dadurch finanzielle Vorteile zu erzielen, waren die staatlichen Aufsichtsbehörden, Landratsamt, Regierungspräsidium und Ministerium, eingeschaltet. Diese verboten das Modell jedoch nicht und meldeten offensichtlich auch keine kartellrechtlichen Bedenken an.

72

Die Muttergesellschaft der Beigeladenen bietet zudem seit etwa fünf Jahren, nachdem der Bundesgerichtshof entschieden hat, dass Gemeinden als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet den Konzessionär uneingeschränkt in diskriminierungsfreiem Wettbewerb auswählen müssen, Kommunen keine vergleichbaren Beteiligungen mehr an. Umstände für Zweifel an der Integrität der Beigeladenen, die die Antragsgegnerin nicht beachtet oder unzutreffend gewichtet hat, sind daher nicht erkennbar.

73

Die Beurteilung der Integrität wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Beigeladene der Antragstellerin und den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin in einem weiteren, parallel geführten Vergabenachprüfungsverfahren mit weitgehend gleichen Beteiligten zu Unrecht vorgeworfen hat, auf die Wertung unzulässig Einfluss genommen zu haben. In einem förmlichen Gerichtsverfahren können einem Beteiligten keine - auch lediglich aus eigener Sicht - redlichen Äußerungen verboten werden. Diese dürfen auch harsch formuliert sein. Die Grenzen hat die Beigeladene nicht überschritten. Sie gab nur angebliche Äußerungen eines Dritten und Schlussfolgerungen wieder, deren Wahrheitsgehalt durch die Beteiligten ohne Weiteres selbst überprüft werden konnte.

74

Weiterhin ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene eine schwere Verfehlung dadurch beging, dass sie einen führenden Mitarbeiter der Antragstellerin abwarb. Eine Abwerbung von Mitarbeitern eines Konkurrenten ist grundsätzlich zulässig (vgl. OLG

Frankfurt, Beschluss vom 15.5.2018 - 6 W 39/18 - juris Rn. 6 mwN). Dass die Abwerbung unlauter war, ist nicht ersichtlich. Auf die Unlauterkeit lässt sich nicht daraus schließen, dass die Abwerbung während des Vergabeverfahrens der Antragsgegnerin erfolgte. Die Antragstellerin und die Beigeladene befinden sich in ständiger Konkurrenz. Der abgeworbene Mitarbeiter wechselte von der Antragstellerin zur Beigeladenen auch erst zur Mitte des Jahres 2018 und damit nach Abgabe des endgültigen Angebots und Wertung der Angebote. Dass der Mitarbeiter Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin der Beigeladenen auf deren Veranlassung mitgeteilt haben könnte, hat die Antragstellerin nicht ansatzweise vorgetragen. Die E-Mail vom 22.3.2018 enthält keinen Bezug zu dem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin und ist zudem an seine Privatadresse gerichtet und nicht an die Beigeladene.

75

c) Ein Ausschluss der Beigeladenen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB scheitert daran, dass ein Ausschluss nur als letztes Mittel zu Herstellung eines vergabekonformen Zustands in Betracht kommt. Da der öffentliche Auftraggeber in erster Linie gehalten ist, Beteiligte in seinen Diensten, in deren Person einen Interessenkonflikt vorliegen könnte, am Vergabeverfahren nicht mitwirken zu lassen (s.o. 1), und die Möglichkeit hat, Maßnahmen in der eigenen Verwaltung zu ergreifen, kommt regelmäßig wie auch hier ein Ausschluss von Bietern nicht in Betracht (vgl. Hoffmann/von Hoff, a.a.O. Rn. 38).

76

d) Auch die Voraussetzungen eines Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c GWB sind nicht erfüllt. Der Beigeladenen kann nicht vorgeworfen werden, der Antragsgegnerin fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt zu haben, die deren Vergabeentscheidung erheblich hätten beeinflussen können. Die irreführenden Informationen der Beigeladenen waren nicht geeignet, die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu beeinflussen. Der Vortrag erfolgte im Nachprüfungsverfahren vor dem Vergabesenat. Zur Interessenverfolgung vor Gericht darf zwar

nicht falsch vorgetragen werden, Formulierungen können aber auch nicht auf die Goldwaage gelegt werden. Zum Zeitpunkt des Vortrags war insbesondere die Vergabeentscheidung schon gefallen und durch den Vortrag nicht mehr zu beeinflussen.

77

e) Schließlich lässt sich ein Ausschlussgrund nicht dadurch konstruieren, dass die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen auch öffentliche Auftraggeber beraten. Die durch die Beratung gewonnenen Erkenntnisse berühren nicht die Interessen der Antragsgegnerin. Abgesehen davon ist aufgrund des Vortrags der Beigeladenen davon auszugehen, dass in der Kanzlei ihrer Verfahrensbevollmächtigten eine „chinese wall“ zwischen den Mitarbeitern, die öffentliche Auftraggeber beraten, und den Mitarbeitern, die die Interessen von Wirtschaftsteilnehmern vertreten, errichtet wurde. Eine „chinese wall“ wird als ausreichende Maßnahme angesehen, die Interessenkonflikte verhindert (vgl. Röwekamp in Kurlatz/Kus/Marx/Portz/ Prieß, VgV, § 6 Rn. 35).

78

3. Das Angebot der Beigeladenen kann nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil sie keinen konkreten Netzkaufpreis in ihrem Angebot genannt hat. Den Vergabeunterlagen ist nicht mit der gebotenen Klarheit zu entnehmen, dass nicht nur nach der Berechnungsmethode gefragt ist. Von der Abfrage der Methode ist auch die Antragsgegnerin ausgegangen.

79

4. Ob die Beanstandungen der Wertung durch die Antragstellerin zutreffen, braucht nicht entschieden zu werden. Die Bieter müssen aufgrund der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens neue Angebote einreichen, die auch neu zu werten sind.

III.

80

Das Verfahren über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde hat sich durch die Hauptsacheentscheidung erledigt.

IV.

81

Die durch das Verfahren vor der Vergabekammer entstandenen Kosten werden gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB und § 182 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB hälftig geteilt bzw. gegeneinander aufgehoben. Dies entspricht dem Teilerfolg des Ziels, das die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag verfolgt hat, und der Billigkeit. Hauptsächlich begehrte die Antragstellerin einen Ausschluss der Beigeladenen, des Weiteren eine dadurch bedingte neue Wertung - zu ihren Gunsten - oder hilfsweise Fortsetzung/neue Ausschreibung des Vergabeverfahrens.

82

Für die Kosten des Beschwerdeverfahrens gelten die gleichen Überlegungen, auch wenn die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde unter Aufrechterhaltung ihres Begehrens eines Ausschlusses der Beigeladenen lediglich noch das weitere Ziel einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens bzw. eine Neuausschreibung verfolgt hat.

83

Die Streitwertfestsetzung erfolgt entsprechend § 50 Abs. 2 GKG anhand des von der Antragsgegnerin geschätzten Vertragswerts.

Die PCB-Belastung des Anstrichs der Metallteile erscheint als Begründung für die behauptete Unzumutbarkeit des Festhaltens an der zugesagten Gutschrift schon allein deshalb wenig geeignet, weil sie aus den Unterlagen, die im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung auch der Beklagten vorgelegen haben, grundsätzlich erkennbar war und damit in deren Risikobereich fiel, auch wenn die Beseitigung der kontaminierten Anstriche selbst nicht ausdrücklich im Leistungsverzeichnis geregelt gewesen sein mag.

1
Gründe:

2

1.

3

Die Parteien streiten mit Klage und Widerklage um wechselseitige Ansprüche aus einem Vertrag über die Durchführung von Abbrucharbeiten.

4

Die Klägerin beauftragte im Rahmen von Sanierungsarbeiten im Industriepark I-P nach einer EU-weiten öffentlichen Ausschreibung mit Schreiben vom 10.04.2013 die Beklagte mit dem Abbruch mehrerer Gebäude und eines Lokschuppens. Grundlage der Auftragserteilung war ein Angebot der Beklagten vom 06.03.2013 nebst Anlagen. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B.

5

Als Fertigstellungstermin war der 27.10.2013 vorgesehen. Die Auftragssumme betrug 50.161,90 € netto und fiel nur deshalb so vergleichsweise niedrig aus, weil auf die vereinbarte Vergütung für die Durchführung der Abbrucharbeiten in Höhe von 1.700.161,90 € netto eine Gutschrift aus den Verwertungserlösen erfolgen sollte, welche die Beklagte durch den Verkauf von Eisen- und Buntmetallen generieren sollte, die bei den Abbrucharbeiten

anfallen sollten. Die Beklagte hatte für die Verwertung der anfallenden Metalle und Nutzmaterialien zuvor ein Angebot der T GmbH vom 18.03.2013 eingeholt, in welchem diese der Beklagten bestätigte, „wie am 15.10.2012 vor Ort in Augenschein genommen und am 01.03.2013 nachverhandelt“ für die Metalle eine pauschale Vergütung von 2.050.000,00 EUR zu zahlen.

6

In der Folgezeit kam es zu Verzögerungen des Baufortschritts, über deren Ursache zwischen den Parteien Streit entstand. Mit Schreiben vom 21.10.2013 an die Klägerin legte die Beklagte einen Entwurf eines Bauzeitenplanes vor, wonach die Arbeiten nunmehr in der 9. KW des Jahres 2014 abgeschlossen werden sollten. Auch dieser neue Fertigstellungstermin wurde in der Folgezeit indes nicht eingehalten.

7

Mit Schreiben vom 03.02.2014 bat die Beklagte die Klägerin erneut um eine Verlängerung der Bauzeit und legte unter dem 04.02.2014 einen Nachtrag zum Leistungsverzeichnis „Gutschrift aus Schrotterlösen“ vor. Dabei verwies sie auf ein neues Verwertungsangebot der Fa. T GmbH vom 19.09.2013, nach dem sich die pauschale Vergütung für die Verwertung von Metallen und Nutzmaterial wegen einer Kontamination des Schutzanstrichs mit PCB von 2.050.000 EUR auf nur noch 420.000 EUR netto reduzieren sollte. Die Beklagte bot der Klägerin daher an, statt der ursprünglich vorgesehenen Gutschrift in Höhe von 1.650.000,00 EUR eine Gutschrift in Höhe von lediglich noch 20.000,00 EUR zu erteilen. Die Klägerin wies dieses Nachtragsangebot mit der Begründung zurück, der Beklagten sei der PCB-haltige Anstrich der Stahlträger bereits vor der Angebotserteilung bekannt gewesen. In der Folgezeit kam es zu weiteren Auseinandersetzungen, insbesondere über die Qualität der von der Beklagten ausgesonderten Recycling-Materialien, über Nachträge und die Ursachen und Folgen der Bauzeitverlängerung.

8

Am 28.01.2015 hielt sich nur ein einziger Mitarbeiter der Beklagten auf der Baustelle auf.

Dies nahm die Klägerin zum Anlass, die Beklagte mit Schreiben vom 30.01.2015 dazu aufzufordern, die Rückbauarbeiten und die Entsorgungstätigkeit nunmehr bis zum 14.02.2015 auszuführen; zugleich drohte sie den Entzug des Auftrags unter Verweis auf § 8 Abs. 3 VOB/B an. Zu einem Abschluss der Arbeiten kam es ungeachtet der von der Klägerin gesetzten Frist nicht.

9

Mit Kündigungsschreiben vom 25.02.2015 entzog die Klägerin der Beklagten schließlich den Auftrag aus wichtigem Grund und forderte die Räumung der Baustelle bis zum 04.03.2015. Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 26.02.2015 die Räumung der Baustelle bis zum 04.03.2015 an. Mit Schreiben vom 06.03. und 11.03.2015 lud die Klägerin die Beklagte zu Aufmaßterminen ein, an denen jedoch von Seiten der Beklagten niemand teilnahm. Die Klägerin übermittelte der Beklagten am 08.07.2015 ihre Aufmaßergebnisse nebst einer Aufstellung über die noch durchzuführenden Restarbeiten. Gleichzeitig wurde der Beklagten mitgeteilt, dass am 22.07.2015 eine förmliche Abnahme durchgeführt werden solle, und die Beklagte wurde zur Aufstellung einer Schlussrechnung bis zum 24.07.2015 aufgefordert. Am 22.07.2015 nahm die Klägerin die Arbeiten unter Vorbehalt ab und fertigte ein Abnahmeprotokoll nebst Anlagen.

10

Die Beklagte erstellte unter dem 15.07.2015 einen Entwurf einer Schlussrechnung. Darin war im Hinblick auf die Beseitigung des PCB-haltigen Rostanstrichs keine Position enthalten; auch ein Nachtrag im Hinblick darauf, dass die Verwertung der entsorgten Metalle wegen einer PCB-Kontamination eingeschränkt gewesen sei, fand sich nicht. Stattdessen enthielt der Entwurf unter „31. Nachtrag gestörter Bauablauf“ eine Position mit dem Titel „Vergütung Stahl“ über 1.630.000 EUR. Zur Begründung führte die Beklagte in einem weiteren Nachtrag zu diesem Schlussrechnungsentwurf („gestörter Bauablauf“) aus, es sei zu einer Bauzeitüberschreitung von 318 Arbeitstagen gekommen. Durch diese Bauzeitverlängerung hätten

die zur Zeit des Angebots berücksichtigten Verkaufspreise für Stahl nicht mehr erzielt werden können. Da sich der Stahlpreis stark verringert habe, habe der Verwerter sein ursprüngliches Angebot auf 420.000,00 EUR reduziert. Daher könne die ursprünglich vereinbarte Gutschrift keinen Bestand haben.

11

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 31.08.2015 mit Fristsetzung bis 15.09.2015 erneut zur Vorlage einer Schlussrechnung auf und ließ schließlich eine Schlussrechnung durch das Ingenieurbüro I2 Geologen erstellen, das auch mit der Bauleitung betraut gewesen war, und übermittelte diese der Beklagten mit Schreiben vom 04.01.2016. Die Beklagte wies die Schlussrechnung mit Schreiben vom 06.01.2016 unter Hinweis auf fehlende Prüfbarkeit zurück. Die Klägerin stellte die Schlussrechnung daraufhin neu auf und teilte sie in zwei Rechnungen auf, welche sie der Beklagten mit Schreiben vom 15.02.2016 übermittelte. Sie errechnete dabei von der Beklagten insgesamt erbrachte Leistungen in Höhe von 2.353.641,18 EUR brutto, auf die unstreitig Abschlagszahlungen in Höhe von 1.435.477,12 EUR geleistet worden waren. Unter Berücksichtigung einer Restwerklohnforderung der Beklagten von 918.164,06 EUR brutto einerseits und der vereinbarten Gutschrift aus dem Schrotterlös in Höhe von 1.650.000,00 EUR errechnete die Klägerin zu ihren Gunsten einen Anspruch in Höhe von 731.835,94 EUR. Dieser Betrag ist Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

12

Weiterhin verlangt die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit von der Beklagten Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden sei, dass die noch ausstehenden Arbeiten anderweitig in Auftrag gegeben werden mussten. Diesen Schaden hat sie im Laufe des Rechtsstreits unter Klagerücknahme im Übrigen auf 193.968,47 EUR reduziert. Wegen der Berechnung im Einzelnen kann auf Bl. 196 der Gerichtsakte Bezug genommen werden.

13

Die Klägerin hat erstinstanzlich behauptet, die Beklagte habe im Zuge des Gebäudeabbruchs allein bis zum 05.11.2013 etwa 2354 t Eisen- und Buntmetalle abtransportiert und einer Verwertung zugeführt. Sie selbst – die Klägerin – hätte für diese Menge ohne weiteres einen Verkaufserlös in Höhe von 1.650.000 € erzielen können. Der Aufwand für die Entfernung PCB-haltiger Anstriche habe sich auf maximal 10.000 € belaufen.

14

Die Beklagte meint, die ursprünglich vereinbarte Rückvergütung in Höhe von 1.650.000 EUR sei nicht mehr anzusetzen, weil sich während der Abbrucharbeiten herausgestellt habe, dass die von ihr zu verwertenden Metalle mit PCB belastet gewesen seien. Zwar gehe aus dem der Ausschreibung zugrunde gelegten Gutachten – unstrittig – ein PCB-haltiger Korrosionsanstrich der Stahlträger hervor, die Entfernung PCB-haltiger Anstriche sei jedoch in keiner Position des Leistungsverzeichnisses ausgeschrieben gewesen, mithin von ihr - der Beklagten - vertraglich nicht geschuldet.

15

Die Beklagte hat weiterhin behauptet, der ursprüngliche Fertigstellungstermin habe sich infolge von der Klägerin zu vertretender Behinderungen und Bauzeitverzögerungen sowie wegen Nachtragsleistungen mit einer Gesamtsumme von 5.357.501,69 EUR erledigt und mehr als verdoppelt. Sie meint, die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung sei unwirksam gewesen.

16

Mit der Widerklage begehrt die Beklagte die Zahlung eines Saldos aus einer von ihr mit Widerklage-Schriftsatz vom 08.08.2017 in das Verfahren eingeführten Schlussrechnung, welche auf den 15.07.2015 datiert ist, in Höhe von 3.751.321,05 EUR, wovon allein 1.798.568,68 EUR auf einen Nachtrag „gestörter Bauablauf“ entfallen. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf Bl. 226 ff. der Gerichtsakte Bezug genommen.

17

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts kann auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen werden.

18

Mit Urteil vom 29.11.2017 hat das Landgericht Aachen im Wege eines Grund- und Teilurteils die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 731.835,94 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Die weitergehende Klage hat es dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Hinsichtlich der Widerklage ist keine Entscheidung ergangen.

19

Zu Begründung hat das Landgericht ausgeführt, von einem unstrittig der Beklagten gegen die Klägerin zustehenden Werklohnanspruch von mindestens 918.164,06 EUR sei eine Gutschrift in Höhe von 1.650.000,00 EUR in Abzug zu bringen, woraus sich der titulierte Betrag ergebe. Die Beklagte habe unstrittig gewusst, dass der Metallanstrich PCB-haltig gewesen sei. Sie habe deshalb auch das bekannte Risiko einer PCB-Kontamination bei der Verwertung der Metalle getragen. Daher sei sie im Verhältnis zur Klägerin an das von ihr – der Beklagten – vorgelegte ursprüngliche Angebot gebunden, eine Gutschrift für den Verwertungserlös i.H.v. 1.650.000,00 EUR zu erteilen.

20

Die Verurteilung dem Grunde nach hat das Landgericht damit begründet, dass die Klägerin über den titulierten Betrag hinaus auch Anspruch auf Ersatz der Entsorgungsmehrkosten habe, deren Höhe allerdings umstritten sei. Die Auftragsentziehung vom 25.02.2015 sei gemäß §§ 8 Abs. 3, 5 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B berechtigt gewesen.

21

Eine Entscheidung nur über die Klage im Wege eines Teilurteils sei hier ausnahmsweise zulässig, weil die Widerklage rechtsmissbräuchlich erhoben worden sei. Diese habe, wie sich aus mehreren Aspekten ergebe, nur der Verzögerung des Rechtsstreits gedient.

22

Ebenfalls am 29.11.2017 hat das Landgericht einen Beweisbeschluss gefasst, hinsichtlich dessen Inhalts auf Bl. 320 der Gerichtsakte verwiesen wird.

23

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

24

Gegen dieses Urteil, das den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 04.12.2010 zugestellt worden ist, hat die Beklagte mit einem am 04.01.2018 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach mehrfacher Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist – zuletzt bis zum 19.03.2018 – mit einem am 19.03.2018 eingegangenen Schriftsatz begründet.

25

Die Beklagte trägt zur Berufungsbegründung vor, das Landgericht habe bereits nicht nach § 301 ZPO durch Teilurteil entscheiden dürfen, weil Klage und Widerklage einen einheitlichen Streitgegenstand aufwiesen und dieser nicht teilbar gewesen sei. Zwar habe hier sowohl die Klägerin als auch die Beklagte eine Schlussrechnung erstellt, beide Schlussrechnungen beträfen indes denselben Saldo und mithin denselben Streitgegenstand. Im Übrigen bestehe durch das Teilurteil die Gefahr sich widersprechender gerichtlicher Entscheidungen. Weil das Landgericht im angefochtenen Urteil bereits über die von der Klägerin erstellte Schlussrechnung umfassend entschieden habe, die Widerklage mit der Forderung der Beklagten aus deren Schlussrechnung indes noch rechtshängig sei, bestehe angesichts der unterschiedlichen Ergebnisse der jeweiligen Schlussrechnungen der Parteien die Gefahr, dass das Gericht bei der Prüfung der weiter rechtshängigen Widerklage zu einem anderen Ergebnis komme.

26

Weiter führt die Beklagte zur Begründung aus, die Widerklage sei nicht rechtsmissbräuchlich erhoben worden, insbesondere lasse sich dies

nicht aus den in der Begründung des angegriffenen Urteils angeführten Umständen ableiten. Darüber hinaus ist die Beklagte der Ansicht, der Bundesgerichtshof lehne eine Beschränkungsmöglichkeit der prozessualen Angriffe – insbesondere auch der Widerklage – unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsmissbrauchs strikt ab.

27

Weiter vertritt die Beklagte die Ansicht, das angegriffene Urteil sei auch materiell-rechtlich fehlerhaft: Die vertraglich pauschal vereinbarte Rückvergütung sei nicht maßgeblich, weil diese für die Verwertung von Eisenmetallen und Buntmetallen vereinbart worden sei und nicht für PCB-belastete Stoffe. Darüber hinaus habe das Landgericht zu Unrecht entschieden, dass die Kündigung der Klägerin als Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt gewesen sei. Das Landgericht habe den Vortrag der Beklagten, sie sei immer leistungsbereit gewesen und habe auch noch Leistungen aus den von der Klägerin behaupteten noch offenen Restleistungen aus dem Abhilfeschreiben vom 30.01.2015 erbracht, nicht berücksichtigt.

28

Die Beklagte beantragt,

29

das Urteil des Landgerichts Aachen vom 29.11.2017 (Az. 42 O 79/16) aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts zurückzuverweisen.

30

Die Klägerin beantragt,

31

die Berufung zurückzuweisen.

32

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und meint, der Erlass eines Teilurteils sei prozessual nicht zu beanstanden.

33

Hinsichtlich des sonstigen Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten

Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

34

II.

35

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt sowie hinreichend begründet worden.

36

In der Sache hat sie den aus dem Tenor ersichtlichen vorläufigen Erfolg.

37

Gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 7 ZPO war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurück zu verweisen, weil es sich um ein entgegen der Voraussetzungen des § 301 ZPO erlassenes Teilurteil handelt. Dadurch beruht das erstinstanzliche Urteil auf eine Rechtsverletzung im Sinne von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO.

38

Nach § 301 Abs. 1 ZPO hat das Gericht, wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder nur ein Teil eines Anspruchs oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Entscheidungsreifung reif ist, durch Teilurteil zu entscheiden. Dabei darf nach § 301 Abs. 1 S. 2 ZPO über einen Teil eines einheitlichen Anspruchs, der nach Grund und Höhe streitig ist, durch Teilurteil indes nur entschieden werden, wenn zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil des Anspruchs ergeht. Weiter ist anerkannt, dass die Entscheidung über den Teil des Rechtsstreits, über welchen durch Teilurteil entschieden werden soll, unabhängig davon sein muss, wie über den Rest des noch anhängigen Streitgegenstandes entschieden wird (BGH, Urteil vom 16.08.2007, IX ZR 63/06, BGHZ 173, 333 Rdnr. 18 m.w.N., zitiert nach juris; Zöller-Feskorn, ZPO, 32. Auflage 2018, § 301 Rdnr. 12; Elzer, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, 29. Edition, Stand: 01.07.2018, § 301 Rn 22; Musielak, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, § 301 Rn 15). Ein Teilurteil darf nach ständiger Rechtsprechung

insbesondere nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist, selbst wenn davon nur eine Vorfrage betroffen wäre (BGH, Urteil vom 11.05.2011, VIII ZR 42/10, BGHZ 189, 356, Rdnr. 13 m.w.N., zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 07.05.2015, 5 U 85/14, Rdnr. 58, zitiert nach juris; Zöller-Feskorn, ZPO, 32. Auflage 2018, § 301 Rdnr. 12).

39

Diesen Grundsätzen trägt die landgerichtliche Entscheidung nicht in ausreichendem Maße Rechnung.

40

1.

41

Es besteht nicht in ausreichendem Umfang die Gewähr, dass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist. Klage und Widerklage betreffen vorliegend zumindest teilweise denselben Gegenstand oder hängen von den selben Vorfragen und Zwischenergebnissen ab. Dies ergibt sich aus Folgendem:

42

Die Klage setzt sich aus zwei Ansprüchen zusammen, nämlich aus dem Anspruch der Klägerin aus ihren Schlussrechnungen i.H.v. 731.835,94 EUR sowie aus einem weiteren Anspruch auf Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt der mangelhaften Werkleistung sowie der zeitlichen Verzögerung der Ausführung, den die Klägerin insgesamt auf 193.968,47 EUR beziffert hat. Die Entscheidung über die Berechtigung der Schlussrechnungen setzt als Vorfrage eine Beurteilung darüber voraus, ob und in welcher Höhe eine Gutschrift zu Gunsten der Klägerin für Verwertungserlöse aus Metallverwertung zu erfolgen hat; zu klären ist auch, in welcher Höhe die Beklagte noch einen Vergütungsanspruch gegen die Klägerin hat. Ob und ggf. in welchem Umfang dem Grunde nach Schadensersatzansprüche der Klägerin bestehen, ist unter anderem davon abhängig, ob deren Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B wirksam war, ob der Beklagten eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist (und ggf. welche) und

welches der Grund bzw. die Gründe für die Bauzeitverlängerung waren. Alle diese Themenkomplexe bilden auch Vorfragen für die Entscheidung über die Widerklage.

43

Mit der Widerklage wird der Rechnungsbetrag aus der Schlussrechnung vom 15.07.2015 geltend gemacht, der sich seinerseits aus verschiedenen Ansprüchen zusammensetzt: So macht die Beklagte Lohnforderungen abzüglich Abschlagszahlungen in Höhe von 1.181.463,40 EUR netto/1.405.941,40 EUR brutto geltend; auch für die Entscheidung hierüber ist maßgeblich, ob und welche Werklohnforderung noch besteht und ob und in welcher Höhe Gutschriften für Verwertungserlöse anzurechnen sind. Weiterhin verlangt die Beklagte Zusatzkosten wegen gestörten Bauablaufs in Höhe von 1.789.568,68 EUR netto (zeitvariable Baustellengerätekosten, Gehaltskosten Bauleitung, Gehaltskosten Polier, Umsatzverlust, Minderleistung); insoweit wäre zunächst zum Grunde zu klären, ob die Kündigung eine solche nach § 8 Abs. 3 VOB/B oder nach § 8 Abs. 1 VOB/B berechtigt war und wer den gestörten Bauablauf zu vertreten hat. Schließlich begehrt die Beklagte mit der Widerklage nicht abgerechnete Leistungen auf Grund von Kündigung in Höhe von 172.338,73 EUR netto, deren Berechtigung ebenfalls davon abhängt, ob die Kündigung der Klägerin als Kündigung aus wichtigem Grund wirksam war.

44

2.

45

Die Entscheidung durch (Grund- und) Teilurteil kann entgegen der Einschätzung des Landgerichts vorliegend auch nicht damit begründet werden, dass die Widerklage rechtsmissbräuchlich erhoben worden sei.

46

Zwar hat das Landgericht zutreffend erkannt, dass in der Rechtsprechung und Literatur ein Teilurteil über eine Klage trotz nicht entscheidungsreifer Widerklage und der Gefahr widersprechender Entscheidungen ausnahmsweise für zulässig erachtet wird, wenn die Erhebung der Widerklage rechtsmissbräuchlich ist (BGH

NJW 1987, 3139 sowie BGH Urteil vom 23.04.1986, VIII ZR 93/85, NJW 1986, 2257, 2258 am Ende und BGH Beschluss vom 20.09.2016, VIII ZR 247/15, NJW 2017, 491 Rn 21 (im Ergebnis jeweils offen gelassen); OLG Köln, Urteil vom 06.09.2000, 11 U 261/99, OLGR Köln 2001, 71, 74, zitiert nach juris; OLG Frankfurt Urteil v.om 16.11.2014- 11 U 27/04, BeckRS 2005, 669 Rn 13; LG Gießen, Urteil vom 20.02.2002, 1 S 365/01, NJW-RR 2003, 381; LG Berlin NJOZ 2005, 49; Zöller-Feskorn, ZPO, 32. Auflage 2018, § 301 Rdnr. 10). Als typischer Beispielfall gilt im Anschluss an die zitierte Entscheidung BGH NJW 1987, 3139 die Erhebung einer Widerklage zur Ausschaltung missliebiger Zeugen oder zur reinen Prozessverschleppung.

47

Das Landgericht hat insoweit ausgeführt, die kurz vor dem Termin eingereichte Widerklage habe nur der Verzögerung des Prozesses gedient. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Schlussrechnung der Beklagten bereits vom 15.07.2015 stamme und nicht ersichtlich sei, weshalb die Forderung nicht früher geltend gemacht worden sei, sowie daraus, dass die Beklagte Begründungen während des Rechtsstreits scheinbar „beliebig“ gewechselt habe.

48

Diese Gesichtspunkte sind für sich genommen indes nicht geeignet, den Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit zu begründen. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass die sog. „Flucht in die Widerklage“ als solche nicht unter die Präklusionsvorschrift des § 296 ZPO fällt und als grundsätzlich zulässiges Mittel zur Verhinderung der Zurückweisung der zu ihrer Begründung vorgetragenen Behauptungen im Wege der Präklusion anerkannt ist (vgl. allgemein Zöller-Greger, ZPO, 32. Auflage 2018, § 296 Rdnr. 42; zur Widerklage vgl. BGH NJW 1986, 2257, zitiert nach juris Rn 23) und zur Klageerweiterung und Klageänderung BGH, Beschluss vom 20.09.2016, VIII ZR 247/15, NJW 2017, 491). Im konkreten Fall wurde die Widerklage überdies nicht in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium, sondern noch vor dem ersten Haupttermin erhoben. Nach Zustellung der Klage im Juli 2016 erfolgte – nach ursprünglicher Einleitung des schriftlichen Vorverfahrens

– mit Verfügung vom 21.03.2017 die Terminierung auf den 14.07.2017. Die Beklagte hatte sich die Erhebung der Widerklage zudem bereits mit der Klageerwiderung und der Duplik vorbehalten und darauf hingewiesen, mit der Zusammenstellung derjenigen Kosten, welche mit der Widerklage geltend gemacht werden sollten, befasst zu sein.

49

Auch aus dem übrigen Prozessverhalten lässt sich nicht begründen, dass die Beklagte in unangemessener Weise das Verfahren zu verzögern versucht hätte: Stellungnahmefristen wurden nicht nur auf Antrag der Beklagten, sondern auch auf Antrag der Klägerin verlängert. Die zeitliche Verzögerung aufgrund der von der Beklagten beantragten Terminsverletzungen belief sich auf ca. einen Monat und damit auf einen - im Verhältnis zur Gesamtprozessdauer erster Instanz - noch recht überschaubaren Zeitraum. Gegen ein ausschließlich auf Prozessverzögerung angelegtes Vorgehen spricht schließlich auch der Umstand, dass die Beklagte mit der Widerklage Forderungen erheblichen Umfangs in den Rechtsstreit eingeführt hat und damit ein recht hohes Kostenrisiko im Unterliegensfall eingegangen ist, das durch eine Zeitverzögerung wirtschaftlich kaum aufgewogen werden könnte. Angesichts dessen gibt auch der Umstand, dass die von der Beklagten vorgelegte Schlussrechnung auf den 15.07.2015 datiert ist, keinen Anlass für die Annahme einer Rechtsmissbräuchlichkeit, zumal die Beklagte vorträgt, dass ihre Schlussrechnung tatsächlich erst später erstellt worden sei.

50

3.

51

Nach alledem war die Zurückverweisung der Sache nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 7 ZPO geboten. Die Beklagten hat einen entsprechenden Zurückverweisungsantrag gestellt, dem die Klägerin insoweit nicht widersprochen hat. Insbesondere war es nicht veranlasst, statt der Zurückverweisung den noch in der ersten Instanz befindlichen Teil des Rechtsstreits in die zweite Instanz zu ziehen und in der Sache selbst zu entscheiden. Diese Möglichkeit ist in der Rechtsprechung zwar anerkannt (vgl. BGH Urteil vom

13.10.2008, II ZR 112/07, NJW 2009, 230 Rdnr. 7, zitiert nach beck-online; OLG Hamm, Urteil vom 07.05.2015, 5 U 85/14, Rdnr. 85, zitiert nach juris, mit weiteren Nachweisen; Zöller-Heßler, ZPO, 32. Auflage 2018, § 538 Rdnr. 55). Sie kommt indes, da hierdurch sowohl eine Tatsacheninstanz als auch die Überprüfung durch eine weitere Instanz wegfallen, nur in Ausnahmefällen in Betracht, beispielsweise wenn die Sache zur Endentscheidung reif ist. Die Verlagerung des gesamten noch zur Entscheidung anstehenden Rechtsstreits in den Berufungsrechtszug erscheint indes angesichts der Vielzahl der entscheidungserheblichen Fragen vorliegend nicht sachgerecht, da voraussichtlich auch eine Beweisaufnahme erforderlich sein wird.

52

Allerdings dürfte die Einschätzung des Landgericht, dass die Klägerin an die vereinbarte Gutschrift i.H.v. 1.650.000,00 EUR für die abgebauten Metalle gebunden ist, im Ergebnis nicht zu beanstanden sein, weil die Beklagte sich auf eine Gutschrift in dieser Höhe vertraglich geeinigt hat, eine einvernehmliche Abänderung des Vertrages in diesem Punkt in der Folgezeit nicht zustande gekommen ist und die Voraussetzungen für eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 7 VOB/B iVm § 313 BGB auch nicht ansatzweise vorgetragen oder erkennbar geworden sind. Die PCB-Belastung des Anstrichs der Metallteile erscheint als Begründung für die behauptete Unzumutbarkeit des Festhaltens an der zugesagten Gutschrift schon allein deshalb wenig geeignet, weil sie aus den Unterlagen, die im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung auch der Beklagten vorgelegen haben, grundsätzlich erkennbar war und damit in deren Risikobereich fiel, auch wenn die Beseitigung der kontaminierten Anstriche selbst nicht ausdrücklich im Leistungsverzeichnis geregelt gewesen sein mag. Soweit die Beklagte später auf einen Verfall der Stahlpreise während der Bauzeit abgestellt hat, blieb ihr Vortrag zu unspezifisch, weil sie zwar ein reduziertes Angebot des Verwertungsunternehmens T vorgelegt, letztlich aber nie offengelegt hat, wo und zu welchem Preis sie die von ihr abgebauten Metalle tatsächlich vermarktet hat. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass das

Preisrisiko nach der vertraglichen Vereinbarung grundsätzlich bei der Beklagten lag.

53

Ungeachtet dessen zeichnet sich ab, dass eine Entscheidung über die umstrittenen Positionen in den divergierenden Schlussrechnungen der Parteien ohne Beweisaufnahme nicht möglich sein wird, auch wenn die Annahme des Landgerichts, die Kündigung des Bauvertrages sei im Hinblick auf § 8 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 3 und 4 VOB/B zu Recht erfolgt, aus Sicht des Senats nicht zu beanstanden sein dürfte.

54

Bei der noch ausstehenden Entscheidung über die Berechtigung der geltend gemachten Abrechnungspositionen in den unterschiedlichen Schlussrechnungen wird die Klägerin der Beklagten den Einwand der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 ff. VOB/B voraussichtlich nicht entgegenhalten können, weil die VOB/B hier – worauf die Beklagte in der Berufung zu Recht hingewiesen hat – nicht als Ganzes vereinbart worden sind und daher der Inhaltskontrolle unterliegen (§ 310 Abs. 1 S. 1 und 3 BGB), der die Klausel in § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B mit Blick auf § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht standhält (BGH, Urteil vom 24.03.2016, VII ZR 201/15, BGHZ 209, 278).

55

Schließlich wird zu berücksichtigen sein, dass die Beklagte in ihrer Schlussrechnung neben „Nachträgen“ i.H.v. 965.912,89 EUR auch einen Betrag von 1.798.568,68 EUR unter der Position „31. Nachtrag gestörter Bauablauf“ geltend macht. Insofern gilt der Grundsatz, dass ein Auftraggeber, der umfangreiche nachträgliche Leistungen beauftragt, davon ausgehen kann, dass der Auftragnehmer mit seinem Nachtragsangebot ein abschließendes Angebot bezüglich aller durch die Änderungsanordnung entstehenden Mehrkosten gemacht hat, sofern er sich nicht die Geltendmachung künftig entstehender Mehrkosten wegen einer mit der Nachtragsbeauftragung verbundenen Bauablaufstörung vorbehalten hat (vgl. OLG Köln, BauR 2015, 850; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.07.2017 – 23 U 11/16 –, zitiert nach

IBR-online 2018, 1041). Hierzu fehlt es an schlüssigem Vorbringen der Beklagten.

56

4.

57

Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten kommt eine Verweisung an eine andere Kammer des Landgerichts nicht in Betracht, weil eine dem § 563 Abs. 1 S. 2 ZPO entsprechende Regelung für das Berufungsverfahren nicht in § 538 Abs. 2 ZPO aufgenommen worden ist (OLG Hamm, Urteil vom 01.12.2006, 12 UF 168/06, Rdnr. 36, zit. nach juris; MüKo/ZPO-Rimmelspacher, 5. Aufl. 2016, § 538 Rdnr. 79 m.w.N.).

58

III.

59

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 S. 1 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten war dem Landgericht vorzubehalten.

60

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht gegeben.

61

IV.

62

Der Streitwert wird auf 925.804,41EUR (731.835,94 EUR + 193.968,47 EUR) festgesetzt.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018, VII-Verg 1/18: Beauftragung des Trägers mit der sozialen Betreuung der Flüchtlinge im Rahmen des Zuwendungsrechts ist kein öffentlicher Auftrag

Wie sich aus § 106 Abs. 1 GWB i.V.m. § 155 GWB ergibt, ist der Vergaberechtsweg nur eröffnet bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die den vorgesehenen Schwellenwert erreichen oder überschreiten. Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Der Begriff des öffentlichen Auftrags setzt – in Übereinstimmung mit der allgemeinen Wortbedeutung des entgeltlichen Vertrags – voraus, dass dadurch eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers begründet wird. Die Ansicht, dass es für die Annahme eines öffentlichen Auftrags einer einklagbaren Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers bedarf, wird darüber hinaus nicht nur von Vergabenachprüfungsinstanzen im europäischen Ausland geteilt (vgl. Anlagen C3 und C4), sondern auch in der Literatur vertreten (siehe Eschenbruch, in: Kurlatz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 103 Rn. 144; Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 23; ders., in: Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung. 15 Jahre GWB-Vergaberecht, Festschrift für Fridhelm Marx, S. 897 f.). Unter Geltung der Richtlinie 2014/24/EU und des GWB in der Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes wird die Richtigkeit dieses Auftragsverständnisses durch die Ausführungen in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie bestätigt.

Dort wird die öffentliche Auftragsvergabe abgegrenzt von der nicht der Richtlinie unterfallenden bloßen Finanzierung von Tätigkeiten, die mit der Verpflichtung verbunden sein kann, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.

Damit wird vom Richtliniengeber eine Handlungsform angesprochen, der im deutschen Recht die Zuwendung entspricht. Wie sich auch aus den Ausführungen in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU ergibt, ist für solche Handlungsformen kennzeichnend, dass der Finanzierungsempfänger keine selbstständig durchsetzbare Verpflichtung eingeht, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, sondern erhaltene Gelder bei nicht bestimmungsgemäßigem Gebrauch allenfalls zurückzahlen muss (vgl. Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, Kapitel E. Rn. 56). Nach alledem sind hier mit dem Zuwendungsbescheid der Antragsgegnerin keine Erteilung eines öffentlichen Auftrags und keine unzulässige De-facto-Vergabe verbunden gewesen. Es fehlte an einer für den öffentlichen Auftrag erforderlichen Verpflichtung des Beigeladenen zu einer Primärleistung. Mit dem Zuwendungsbescheid der Antragsgegnerin war zwar die Erwartung verbunden, dass sich der Beigeladene zuwendungskonform verhält. Diese Erwartung wurde wegen des eigenen wirtschaftlichen und karitativen Interesses des Beigeladenen am Erreichen des Zuwendungserfolgs wahrscheinlich auch erfüllt.

Anderes ist jedenfalls weder vorgetragen noch ersichtlich. Erzwingen ließ sich die von der Antragsgegnerin gewünschte Leistung der sozialen Betreuung der Flüchtlinge aufgrund des Zuwendungsbescheids aber nicht. Sollte der Beigeladene die von ihm übernommene Aufgabe nicht erfüllt haben, blieb der Antragsgegnerin nach dem Inhalt des Zuwendungsbescheids nur die einer Einklagbarkeit der Leistung nicht entsprechende Rückforderung der Zuwendung (vgl. Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, Kapitel E. Rn. 56; Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 23; ders., in: Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung. 15 Jahre GWB-Vergaberecht, Festschrift für Fridhelm Marx, S. 898; siehe auch Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 15). Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass mit einer Zuwendung typischerweise primär die Erfüllung fremder Aufgaben gefördert wird und sie

nur mittelbar den staatlichen Interessen dient, während mit dem öffentlichen Auftrag

ein unmittelbarer eigener wirtschaftlicher Bedarf des Staates gedeckt werden soll (siehe Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 23; ders., in: Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung. 15 Jahre GWB-Vergaberecht, Festschrift für Fridhelm Marx, S. 898). Zum einen spielt diese in der Literatur herangezogene Abgrenzung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Begriff des öffentlichen Auftrags keine Rolle. Zum anderen fördert die Antragsgegnerin mit der Zuwendung ungeachtet einer sie auch selbst treffenden Pflicht zur sozialen Betreuung der Flüchtlinge zugleich fremde Aufgaben. Bei dem Beigeladenen handelt es sich um einen religiösen Verein, dessen Tätigkeit durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt wird. Er macht im Nachprüfungsverfahren unwidersprochen geltend, mithilfe der Zuwendung – nunmehr verstärkt – einem eigenen karitativen Auftrag nachzukommen, den er bereits zuvor wahrgenommen hat.

Es sind auch keine Gründe vorgetragen oder ersichtlich, die es im vorliegenden Fall ausnahmsweise gebieten könnten, von dem Erfordernis einer einklagbaren Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers als Merkmal eines öffentlichen Auftrags abzusehen. Insbesondere kann von einer systematischen Umgehung des Vergaberechts durch die Antragsgegnerin – wie sie die Antragstellerin andeutet – keine Rede sein. Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge nach den Vorschriften des Kartellvergaberechts aususchreiben. Ob ein öffentlicher Auftraggeber einen durch einen öffentlichen Auftrag zu deckenden Beschaffungsbedarf hat, entscheidet er allein (vgl. Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 47). Erst wenn eine Entscheidung zugunsten der Erteilung eines öffentlichen Auftrags getroffen ist, ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet (vgl. auch Senatsbeschluss vom 27.06.2018 – VII-Verg 59/17). Dass die Antragsgegnerin zur Gewährleistung der sozialen Betreuung der

Flüchtlinge anstelle der Vergabe eines öffentlichen Auftrags nicht zum Mittel der Zuwendung greifen durfte, ergibt sich weder aus dem GWB selbst noch aus sonstigen Vorschriften, die gegebenenfalls als vergaberechtliche Anknüpfungsnormen in Betracht kommen könnten.

1

G r ü n d e

2

1.

3

Die Antragsgegnerin betreibt seit Beginn der Flüchtlingskrise im Jahr 2015 die Flüchtlingsunterkünfte auf ihrem Stadtgebiet in eigener Verantwortung. Lediglich bei der sozialen Betreuung der Flüchtlinge, durch welche die Flüchtlinge Hilfestellungen bei der Lebensbewältigung erhalten sollen, bedient sie sich der Unterstützung der örtlichen Wohlfahrtsverbände. Diese haben sich in einer Arbeitsgemeinschaft, der Liga X., zusammengeschlossen. Der Beigeladene, ein religiöser Verein, wird in der Liga durch den Caritasverband E. vertreten.

4

Mit den steigenden Flüchtlingszahlen stieg bei der Antragsgegnerin der Bedarf an sozialen Betreuungsleistungen für Flüchtlinge. Die Liga X., deren Mitglieder die Flüchtlingsbetreuung als eigene karitative Aufgabe verstehen, bot der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 31.03.2015 ihre Unterstützung an. Das Amt für soziale Sicherung und Integration – Zentrale Fachstelle für Wohnungsnotfälle der Antragsgegnerin erstellte unter dem 13.04.2015 ein als „Konzept zur Flüchtlingsbetreuung in Städtischen Unterkünften“ bezeichnetes Papier, in dem auch auf die Einbeziehung der Wohlfahrtsverbände in die Flüchtlingsbetreuung eingegangen wurde. Es hieß dort unter anderem:

5

„Ziel ist eine Beauftragung des Trägers im Rahmen des Zuwendungsrechts. Ein Leistungsaustausch im Sinne des Vergaberechts ist nicht geplant. Für eine Beauftragung kommen daher nur E. Träger in Frage, die über eigenständige Strukturen zur Flüchtlingsbetreuung verfügen, die durch eine Zuwendung zur Betreuung von

Flüchtlingen in Unterkünften wirkungsvoll ergänzt werden können. Dadurch entsteht sowohl für den Träger als auch die Kommune ein Mehrwert, der sich in erster Linie durch entsprechende Vernetzung und Synergieeffekte ergibt. Beteiligte Träger bringen weitere Angebote und Dienste als Eigenleistung in die Flüchtlingsbetreuung in den Sammelunterkünften ein. Eine Konkretisierung hierzu erfolgt durch den jeweiligen Träger.“

6

Der Rat der Antragsgegnerin traf hierzu am 25.06.2015 einen ersten Beschluss (Anlage AST3). Darin hieß es unter anderem:

7

„Der Rat der Stadt beauftragt die Verwaltung, die soziale Betreuung bedarfsgerecht anzupassen und weitere Wohlfahrtsverbände in die Betreuung einzubeziehen.“

8

Der Beigeladene sowie weitere Mitglieder der Liga X. übernahmen in Abstimmung untereinander und mit den zuständigen Stellen der Antragsgegnerin die soziale Betreuung der Flüchtlinge in den städtischen Unterkünften. Auf entsprechende Anträge des Beigeladenen und anderer Mitglieder der Liga X. erließ die Antragsgegnerin zu deren Gunsten jeweils für Zeiträume innerhalb eines Haushaltsjahres Zuwendungsbescheide, die zweckgebundene Zahlungen vorsahen, die zur Sicherstellung der Flüchtlingsbetreuung einzusetzen waren.

9

Am 31.03.2017 weihte die Antragsgegnerin die neue Flüchtlingsunterkunft an der P. Straße ein. Die soziale Betreuung der Flüchtlinge übernahm dort der Beigeladene, der dafür mit Schreiben vom 14.03.2017 eine Förderung beantragt und mit Bescheid der Antragsgegnerin vom 29.03.2017 (Anlage C2) auch bewilligt bekommen hatte.

10

In dem Antragsschreiben des Beigeladenen hieß es unter anderem:

11

„[...] wir beziehen uns auf Ihre Mail vom 08.03.2017 und beantragen für die Betreuung der o.g. Unterkunft einschließlich der Betreuung des besonderen Personenkreises 2,5 VB Fachkräfte, jeweils in Höhe der bekannten Pauschale.“

39

12

In dem an den Beigeladenen gerichteten Zuwendungsbescheid hieß es unter anderem:

13

„Auf der Grundlage des Beschlusses des Rates vom 15.12.2016 und Ihres Förderantrages vom 14.03.2017 bewillige ich Ihnen hiermit für den Zeitraum 01.04.2017 bis 31.12.2017, vorbehaltlich der Rechtsverbindlichkeit der Haushaltssatzung 2017 zur Finanzierung von pauschal 2,5 Stellen Sozialarbeit [...] für die Betreuung von Flüchtlingen in städtischen Unterkünften im Rahmen Ihrer Flüchtlingsberatung, einen Personal-, Sach- und Gemeinkostenzuschuss von insgesamt

14

... EUR.“

15

In dem Bescheid war eine Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur bestimmungsgemäßen Verwendung vorgesehen. In den nach Ziffer 5.1 des Bescheids einbezogenen Allgemeinen Nebenbestimmungen war unter dortiger Ziffer 9 vorgesehen, dass die Zuwendung vom Empfänger zu erstatten ist, wenn sie nicht oder nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwendet wird. Am Ende enthielt der Bescheid folgenden Hinweis:

16

„Es ist nicht auszuschließen, dass die Entwicklung der Haushaltslage der Landeshauptstadt E. Kürzungen von Zuwendungen im Rahmen der Haushaltsplanung erfordert oder Zuwendungen deswegen ganz entfallen. Ich bitte Sie, dieses Finanzierungsrisiko, insbesondere bei Abschluss, Änderung oder Verlängerung von Verträgen (z.B. für Personal) zu berücksichtigen.“

17

Die Antragstellerin, die Betreuungsleistungen für Flüchtlinge kommerziell anbietet, erfuhr über die Presseberichterstattung von der Einweihung der neuen Flüchtlingsunterkunft. Mit E-Mail vom 04.04.2017 (Anlage AST6) wandte sich die Antragstellerin an die Antragsgegnerin und erkundigte sich, ob die Leistung der Betreuung der Flüchtlinge in der P. Straße ausgeschrieben werde. Die Antragsgegnerin antwortete hierauf mit einer E-Mail vom selben Tag (Anlage AST7) und teilte mit, dass sie alle Un-

terkünfte selbst betreibe und die soziale Betreuung der Flüchtlinge von den ortsansässigen Wohlfahrtsverbänden eigenverantwortlich wahrgenommen werde. Eine Förderung erfolge im Rahmen des Zuwendungsrechts. Die Antragstellerin gab sich mit dieser Antwort nicht zufrieden und erbat wegen der aus ihrer Sicht bestehenden Ausschreibungsbedürftigkeit eine ergänzende Auskunft. Die Antragsgegnerin reagiert hierauf jedoch nicht.

18

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 19.04.2017 (Anlage AST10) rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin, dass diese die Leistung der sozialen Betreuung von Flüchtlingen in den städtischen Unterkünften nicht ohne förmliches Vergabeverfahren vergeben dürfe. Die Antragsgegnerin wies diese Rüge mit Schreiben vom 05.05.2017 (Anlage AST11) zurück.

19

Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin stellten mit Schreiben vom 19.05.2017 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland mit dem Ziel, festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen geschlossene Vertrag zur sozialen Betreuung von Flüchtlingen in der Unterkunft in der P. Straße unwirksam ist.

20

Der Nachprüfungsantrag hatte vor der Vergabekammer Erfolg. Mit Beschluss vom 19.12.2017 hat die Vergabekammer festgestellt, dass die am 29.03.2017 durch Zuwendungsbescheid zustande gekommene Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen als Vertrag zu qualifizieren sei und nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam sei. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, dass es sich bei dem Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 4 GWB handele. Der Begriff des öffentlichen Auftrags sei funktional und weit auszulegen. Bei der Förderung durch die Antragsgegnerin handele es sich ausdrücklich nicht um eine institutionelle Förderung. Die Gewährung von Fördermitteln sei auf ein konkretes Projekt, nämlich die soziale Betreuung von Flüchtlingen in der Unterkunft P. Straße,

bezogen. Damit stehe der Erbringung der Leistung durch den Beigeladenen eine Gegenleistung der Antragsgegnerin gegenüber. Einem Angebot vergleichbar habe der Beigeladene einen Förderantrag gestellt und einer Annahme vergleichbar habe die Antragsgegnerin das Angebot mit ihrem Zuwendungsbescheid angenommen.

Der Beigeladene sei in der Art seiner Tätigkeit nicht frei, sondern habe die Betreuungsleistungen nach dem Konzept vom 13.04.2015 zu erbringen. Die Ausführung unterliege der Kontrolle der Antragsgegnerin. Im Falle der Nichterfüllung durch den Beigeladenen könne sie, die Antragsgegnerin, die Rechte aus Ziffer 9 der Allgemeinen Nebenbestimmungen des Bescheids geltend machen. Die Fördermittel seien funktional als Entgelt einzuordnen. Der für den Auftrag maßgebliche Schwellenwert – hier 750.000,- € für soziale Dienstleistungen – werde überschritten. Abzustellen sei nicht auf den Zuwendungsbetrag für die Tätigkeit in der Unterkunft in der P. Straße, sondern auf die Gesamtkosten für die soziale Betreuung der Flüchtlinge im Stadtgebiet. Für 2017 lägen diese bei ... Mio. €. Der Nachprüfungsantrag sei auch im Übrigen zulässig. Da die Voraussetzungen für eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 65 Abs. 1 Satz 2 VgV wegen der Reduzierung des Flüchtlingsstroms Anfang 2017 nicht mehr vorgelegen hätten, sei der Nachprüfungsantrag auch begründet. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Beschluss der Vergabekammer verwiesen.

21

Gegen den Beschluss der Vergabekammer haben die Antragsgegnerin und der Beigeladene jeweils am 02.01.2018 sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Beide sind übereinstimmend der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht statthaft sei, da es sich bei der für die soziale Betreuung der Flüchtlinge geleisteten Zuwendung nicht um einen öffentlichen Auftrag handele und im Übrigen der maßgebliche Schwellenwert nicht erreicht werde. Der Beigeladene beanstandet darüber hinaus die von der Vergabekammer getroffene Kostenentschei-

dung als fehlerhaft.

22

Die Antragsgegnerin beantragt,

23

1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland, Spruchkörper Düsseldorf, vom 19.12.2017 (Az.: VK D 11/2017-L) aufzuheben,

24

2. den Nachprüfungsantrag vom 17.05.2017 als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

25

Der Beigeladene beantragt,

26

den Beschluss der Vergabekammer Rheinland mit dem Az. VK D – 11/2017 – L vom 19.12.2017 mit Ausnahme des Beschlusstextes zu Ziff. 4 aufzuheben und die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet abzuweisen.

27

Die Antragstellerin beantragt,

28

die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 1 sowie die sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers zu 2 zurückzuweisen

29

sowie

30

festzustellen, dass der Auftrag über die Erbringung von sozialen Betreuungsdienstleistungen für die Flüchtlingsunterkunft an der P. Straße in E. ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben wurde, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist, und die Antragstellerin durch diese Auftragsvergabe in ihrem Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist.

31

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens aus erster Instanz als zutreffend und weist ergänzend darauf hin, dass die Liga X. durch ihre abgestimmte Vorgehensweise zur Sicherung der sozialen Betreuung der Flüchtlinge gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV, § 1 GWB verstoßen habe.

32

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin sowie die Verfahrensakte der Vergabekammer verwiesen.

33

II.

34

Die sofortigen Beschwerden sind zulässig und begründet mit der Folge, dass die Entscheidung der Vergabekammer nach § 178 Satz 1 BGB aufzuheben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen ist. Der von der Antragstellerin zuletzt gestellte Feststellungsantrag nach § 178 Satz 3 und 4 GWB i.V.m. § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB ist zwar zulässig, aber unbegründet. Der zum Zeitpunkt der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens von der Antragstellerin verfolgte Nachprüfungsantrag war weder zulässig noch begründet.

35

1.

36

Der von der Antragstellerin zuletzt gestellte Feststellungsantrag ist nach § 178 Satz 3 und 4 GWB i.V.m. § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB statthaft und auch im Übrigen zulässig.

37

a)

38

Das von der Antragstellerin eingeleitete Nachprüfungsverfahren hat sich mit Ablauf des 31.12.2017 gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB, auf den § 178 Satz 4 GWB verweist, in sonstiger Weise erledigt. Selbst wenn der Zuwendungsbescheid einem Vertragsschluss gleichkommt, wie die Antragstellerin meint, besteht an der Feststellung seiner Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 GWB seit dem 31.12.2017 kein rechtlich anerkanntes Interesse mehr. Der vom Bescheid erfasste etwaige Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin ist seither unumkehrbar gedeckt. Der von der Antragstellerin angegriffene Zuwendungsbescheid vom 29.03.2017, in dessen Folge der Beigeladene seine sozialen Betreuungsleistungen erbracht hat, betraf nur den Zeitraum bis Ende 2017. Eine Chance auf einen Zuschlag für diesen Zeitraum, die mit

dem Antrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gewahrt werden soll, besteht nach Ablauf des 31.12.2017 nicht mehr.

39

b)

40

Das für einen Feststellungsantrag nach § 178 Satz 3 und 4 GWB vorausgesetzte Feststellungsinteresse der Antragstellerin ergibt sich hier aus der von ihr in der mündlichen Verhandlung dargelegten Wiederholungsgefahr.

41

2.

42

Der Feststellungsantrag ist jedoch nicht begründet. Der von der Antragstellerin zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses verfolgte Nachprüfungsantrag war unzulässig; er war nicht statthaft. Der Vergaberechtsweg zur Vergabekammer und zum Vergabesenat war nicht eröffnet. Die Antragsgegnerin hat mit dem Zuwendungsbescheid vom 29.03.2017, der den Beigeladenen begünstigte, keinen öffentlichen Auftrag vergeben. Sie war zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne des Vergaberechts auch nicht verpflichtet.

43

a)

44

Wie sich aus § 106 Abs. 1 GWB i.V.m. § 155 GWB ergibt, ist der Vergaberechtsweg nur eröffnet bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die den vorgesehenen Schwellenwert erreichen oder überschreiten. Auch der von der Antragstellerin verfolgte besondere Feststellungsantrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB knüpft an den Begriff des öffentlichen Auftrags an, dessen Unwirksamkeit gemäß § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB im Vergabenachprüfungsverfahren festgestellt werden soll. Der Begriff des öffentlichen Auftrags wird in § 103 GWB näher bestimmt. Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Der Begriff des öffentlichen Auftrags setzt – in Übereinstimmung mit der allgemeinen Wortbedeutung des entgeltlichen Vertrags – voraus, dass dadurch eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers begründet wird.

42

45

Dieses Verständnis des öffentlichen Auftrags war schon vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU anerkannt. Nachdem sich schon der Bundesgerichtshof (BGH, Beschluss vom 01.02.2005 – X ZB 27/04, zitiert nach juris, Tz. 23) sowie der Senat in diese Richtung geäußert hatten (vgl. Senatsbeschluss vom 22.11.2006 – VII-Verg 38/06, zitiert nach juris, Tz. 18; siehe auch Senatsbeschluss vom 28.03.2012 – VII-Verg 37/11, zitiert nach juris, Tz. 55), hat der Europäische Gerichtshof ein entsprechendes Verständnis des öffentlichen Auftrags für das europäische Richtlinienrecht ausdrücklich bestätigt (EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – C-451/08 [Müller], zitiert nach juris, Tz. 62, 84).

46

Die Ansicht, dass es für die Annahme eines öffentlichen Auftrags einer einklagbaren Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers bedarf, wird darüber hinaus nicht nur von Vergabenachprüfungsinstanzen im europäischen Ausland geteilt (vgl. Anlagen C3 und C4), sondern auch in der Literatur vertreten (siehe Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 103 Rn. 144; Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 23; ders., in: Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung. 15 Jahre GWB-Vergaberecht, Festschrift für Fridhelm Marx, S. 897 f.).

47

Unter Geltung der Richtlinie 2014/24/EU und des GWB in der Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes wird die Richtigkeit dieses Auftragsverständnisses durch die Ausführungen in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie bestätigt. Dort wird die öffentliche Auftragsvergabe abgegrenzt von der nicht der Richtlinie unterfallenden bloßen Finanzierung von Tätigkeiten, die mit der Verpflichtung verbunden sein kann, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen. Damit wird vom Richtliniengeber eine Handlungsform angesprochen, der im deutschen Recht die Zuwendung entspricht. Wie sich auch aus den Ausführungen in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU ergibt, ist für solche Handlungsformen kennzeichnend, dass der Finanzierungsempfänger keine selbstständig

durchsetzbare Verpflichtung eingeht, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, sondern erhaltene Gelder bei nicht bestimmungsgemäßem Gebrauch allenfalls zurückzahlen muss (vgl. Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, Kapitel E. Rn. 56).

48

Nach alledem sind hier mit dem Zuwendungsbescheid der Antragsgegnerin keine Erteilung eines öffentlichen Auftrags und keine unzulässige De-facto-Vergabe verbunden gewesen, wie die Antragstellerin und die Vergabekammer aber meinen. Es fehlte an einer für den öffentlichen Auftrag erforderlichen Verpflichtung des Beigeladenen zu einer Primärleistung. Mit dem Zuwendungsbescheid der Antragsgegnerin war zwar die Erwartung verbunden, dass sich der Beigeladene zuwendungskonform verhält. Diese Erwartung wurde wegen des eigenen wirtschaftlichen und karitativen Interesses des Beigeladenen am Erreichen des Zuwendungserfolgs wahrscheinlich auch erfüllt. Anderes ist jedenfalls weder vorgetragen noch ersichtlich. Erzwingen ließ sich die von der Antragsgegnerin gewünschte Leistung der sozialen Betreuung der Flüchtlinge aufgrund des Zuwendungsbescheids aber nicht. Sollte der Beigeladene die von ihm übernommene Aufgabe nicht erfüllt haben, blieb der Antragsgegnerin nach dem Inhalt des Zuwendungsbescheids nur die einer Einklagbarkeit der Leistung nicht entsprechende Rückforderung der Zuwendung (vgl. Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, Kapitel E. Rn. 56; Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 23; ders., in: Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung. 15 Jahre GWB-Vergaberecht, Festschrift für Fridhelm Marx, S. 898; siehe auch Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 15).

49

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass mit einer Zuwendung typischerweise primär die Erfüllung fremder Aufgaben gefördert wird und sie nur mittelbar den staatlichen Interessen dient, während mit dem öffentlichen Auftrag ein unmittelbarer eigener wirtschaftlicher Bedarf des Staates gedeckt werden soll (siehe Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 23; ders., in: Wettbewerb –

Transparenz – Gleichbehandlung. 15 Jahre GWB-Vergaberecht, Festschrift für Fridhelm Marx, S. 898). Zum einen spielt diese in der Literatur herangezogene Abgrenzung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Begriff des öffentlichen Auftrags keine Rolle. Zum anderen fördert die Antragsgegnerin mit der Zuwendung ungeachtet einer sie auch selbst treffenden Pflicht zur sozialen Betreuung der Flüchtlinge zugleich fremde Aufgaben. Bei dem Beigeladenen handelt es sich um einen religiösen Verein, dessen Tätigkeit durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt wird. Er macht im Nachprüfungsverfahren unwidersprochen geltend, mithilfe der Zuwendung – nunmehr verstärkt – einem eigenen karitativen Auftrag nachzukommen, den er bereits zuvor wahrgenommen hat.

50

Es sind auch keine Gründe vorgetragen oder ersichtlich, die es im vorliegenden Fall ausnahmsweise gebieten könnten, von dem Erfordernis einer einklagbaren Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers als Merkmal eines öffentlichen Auftrags abzusehen. Insbesondere kann von einer systematischen Umgehung des Vergaberechts durch die Antragsgegnerin – wie sie die Antragstellerin andeutet – keine Rede sein.

51

b)

52

Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge nach den Vorschriften des Kartellvergaberechts auszuschreiben. Ob ein öffentlicher Auftraggeber einen durch einen öffentlichen Auftrag zu deckenden Beschaffungsbedarf hat, entscheidet er allein (vgl. Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 103 GWB Rn. 47). Erst wenn eine Entscheidung zugunsten der Erteilung eines öffentlichen Auftrags getroffen ist, ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet (vgl. auch Senatsbeschluss vom 27.06.2018 – VII-Verg 59/17).

53

Dass die Antragsgegnerin zur Gewährleistung der sozialen Betreuung der Flüchtlinge anstelle der Vergabe eines öffentlichen Auftrags nicht

zum Mittel der Zuwendung greifen durfte, ergibt sich weder aus dem GWB selbst noch aus sonstigen Vorschriften, die gegebenenfalls als vergaberechtliche Anknüpfungsnormen in Betracht kommen könnten.

54

Soweit die Antragstellerin für eine Ausschreibungspflicht der Antragsgegnerin auf die Vorschriften des FlüAG NRW verweist, überzeugt das den Senat nicht. Zwar sieht § 6 Abs. 1 FlüAG NRW vor, dass die Gemeinden die Aufgaben nach dem FlüAG NRW als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung durchführen. Es spricht auch viel dafür, dass die Gemeinden ungeachtet des Wortlauts des § 1 Abs. 1 FlüAG NRW nicht nur für die Aufnahme und Unterbringung der Flüchtlinge zuständig sind, sondern – mit Blick auf die Regelung des § 4 Abs. 2 FlüAG NRW – auch für deren soziale Betreuung. Wie die soziale Betreuung aber ausgestaltet wird, überlässt das FlüAG NRW den Kommunen. Gleiches gilt für die Art und Weise, wie die nach § 4 Abs. 2 FlüAG NRW für die soziale Betreuung zu verwendenden Beträge eingesetzt werden. In diesem Fall bleibt Raum für die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Selbstverwaltungsgarantie und das dadurch im Rahmen der Haushaltsgesetze geschützte Recht der Gemeinden, Wohlfahrtsverbänden und wohltätigen Organisationen Zuwendungen zukommen zu lassen. Die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen unterscheidet sich damit entgegen der Ansicht der Antragstellerin im Ergebnis nicht von derjenigen in Sachsen, wo ein entsprechendes Recht der Gemeinden in der Richtlinie „Soziale Betreuung Flüchtlinge“ vom 08.07.2015 ausdrücklich vorgesehen ist.

55

3.

56

Dem Ergebnis, dass der Vergaberechtsweg für den ursprünglichen Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht eröffnet war, sondern sie gegen die Zuwendungsentscheidung der Antragsgegnerin gegebenenfalls den Verwaltungsrechtsweg hätte beschreiten müssen (vgl. Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, Kapitel D. Rn. 9 ff.), steht nicht die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamburg entgegen. Entgegen der Auffassung der

Antragstellerin weicht der Senat mit seiner Entscheidung nicht vom Beschluss des Oberlandesgerichts Hamburg vom 01.11.2017, 1 Verg 2/17, ab. Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Hamburg ist in seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass eine Konzessionierung durch einen Vertrag im Sinne des Vergaberechts erfolgt, wenn sich die Konzessionierung nicht in der Erteilung einer Erlaubnis erschöpft, sondern ein Verhalten des Konzessionsnehmers betrifft, zu dessen Ausführung dieser verpflichtet ist (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 01.11.2017 – 1 Verg 2/17, zitiert nach juris, Tz. 32, 36, 38).

57

III.

58

Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, zu denen auch die dem Beigeladenen im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten zählen, beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB, die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die der Antragsgegnerin sowie dem Beigeladenen in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen auf § 182 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB. Es entspricht der Billigkeit, dass die Antragstellerin, die dem Beigeladenen entstandenen Kosten trägt. Dieser hat sich in beiden Instanzen aufseiten der Antragsgegnerin am Vergabenachprüfungsverfahren beteiligt und Anträge gestellt.

59

Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und den Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer beruht auf § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Das Verfahren hat von Beginn an ungewöhnliche vergaberechtliche Rechtsfragen mit europarechtlichen Bezügen aufgeworfen, die die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter rechtfertigten.

60

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.

Sozialgericht Hamburg, Beschluss vom 04.12.2018, S 37 KR 1565/18 ER: Begehren im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen einen "Beschaffungsbeschluss" zu untersagen, in dem Vergabeverfahren Verträge mit Bietern, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, ist auf das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet und kann nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden

Ungeachtet der Zulässigkeit des Sozialrechtswegs für den Antrag, die aufschiebende Wirkung des "Widerspruchs" gegen den "Beschaffungsbeschluss" festzustellen, ist dieser auf eine entsprechende Anwendung des § 86 b Abs. 1 SGG zu stütze Antrag unzulässig; denn bei dem Beschaffungsbeschluss handelt es sich entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin um keinen Verwaltungsakt. Die Antragsgegnerin verweist zu Recht darauf, dass es sich bei dem "Beschaffungsbeschluss" bzw. "-entschluss" um keine auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung handelt, was aber ein für einen Verwaltungsakt unverzichtbares Merkmal darstellt (§ 31 S. 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch). Nach nahezu einvernehmlicher Rechtsprechung beginnt ein Vergabeverfahren dann, wenn zwei Elemente kumulativ gegeben sind: zum einen der interne Beschaffungsentschluss, der vorliegt, wenn sich der öffentliche Auftraggeber entschließt, als Nachfrager auf dem Markt aufzutreten, zum anderen die externe Umsetzung, die darin besteht, dass der Auftraggeber äußerlich wahrnehmbare Anstalten trifft, den Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses zu ermitteln bzw. auszuwählen (stellvertretend: OLG Düsseldorf vom 17. Dezember 2014, Az.: VII-Verg 26/14, und vom 27. Juni 2014, Az.: Verg 59/17, OLG München vom 19. Juli 2012, Az.: Verg 8/12, alle juris). Bei dem von der Antragstellerin angegriffenen "Beschaffungsbeschluss" handelt es sich um ein Bestandteil der Dokumentation des Vergabeverfahrens. Diese ist in § 8 Verordnung über die Vergabe öffentlicher

Aufträge (VgV) vorgeschrieben und dient der späteren Nachvollziehbarkeit des Verfahrens. Insoweit wird die Dokumentation der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung in § 8 Abs. 1 S. 2 VgV ausdrücklich genannt. Zwar trifft es zu, dass der "Beschaffungsbeschluss" bzw. "Eröffnungsvermerk" der Antragsgegnerin mit ihrer Bewertung einhergeht, dass die zu beschaffende Versorgung nicht mit einem hohen Dienstleistungsanteil im Sinne des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V verbunden ist; denn anderenfalls dürfte die Beschaffung nicht im Wege der Ausschreibung erfolgen. Dies verschafft dem "Beschaffungsbeschluss" bzw. "Eröffnungsvermerk" jedoch noch keine Außenwirkung. Vielmehr handelt es sich nur um ein zunächst noch internes Prüfergebnis der Antragstellerin und noch nicht um eine auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung.

Die unmittelbare Rechtswirkung nach außen ist in dem hier streitigen Vergabeverfahren erst durch die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union eingetreten, mit dem dann das Vergabeverfahren begann. Die sich an dieses Ergebnis anknüpfende Frage, ob eine Umdeutung des gerichtlichen Antrags auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung vom 14. August 2018 in einen zulässigen Antrag in Betracht kommt (vgl. § 123 SGG), bedarf angesichts des Weiteren Begehrens der Antragstellerin (siehe unter 2.) keiner Entscheidung. Das Begehren der Antragstellerin, der Antragsgegnerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den "Beschaffungsbeschluss" zu untersagen, in dem Vergabeverfahren Verträge mit Bietern, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, ist auf das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet und kann daher gemäß § 156 Abs. 2 GWB nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden. Damit korrespondierend ist es aufgrund von § 51 Abs. 3 SGG als Streitigkeit in einem Vergabeverfahren nach dem GWB, das Rechtsbeziehungen nach § 69

SGB V betrifft, von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit ausgenommen.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist ein nach eigenen Angaben auf die Versorgung mit Stoma- und Inkontinenzhilfsmitteln und die damit zusammenhängende Beratung spezialisiertes Unternehmen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine gesetzliche Krankenkasse, deren Zuständigkeitsbereich sich auf die gesamte Bundesrepublik Deutschland erstreckt. Mit ihrem am 14. August 2018 beim Sozialgericht gestellten Antrag wendet sich die Antragstellerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den einem seit November 2017 laufenden Vergabeverfahren zugrunde liegenden "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin vom 10. November 2017. Diesen hält die Antragstellerin für einen Verwaltungsakt (ohne Rechtsbehelfsbelehrung) und hat gegen ihn am 13. August 2018 "Widerspruch" erhoben. Im gerichtlichen Verfahren beantragt sie die Feststellung der aufschiebenden Wirkung dieses "Widerspruchs". Zudem erstrebt die Antragstellerin in diesem Verfahren ein gegenüber der Antragsgegnerin auszusprechendes, bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über ihren Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ihres "Widerspruchs" wirksames Verbot, mit Bieter, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, Verträge zu schließen (so die - geänderte - Antragsfassung aus dem Schriftsatz vom 2. Oktober 2018). Zur Sicherung ihres Anspruchs für die Zeit bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes beantragt die Antragstellerin den Erlass eines entsprechenden "Hängebeschlusses".

Gegenstand der von der Antragstellerin angegriffenen Ausschreibung ist ein Rahmenvertrag zur Versorgung der bei der Antragsgegnerin Versicherten insbesondere mit bestimmten Stomaartikeln (künstlicher Darmausgang) sowie Inkontinenzhilfen zur ergänzenden Versor-

gung von Urostomaanlagen (künstlicher Harnblasenausgang) einschließlich Zubehör, notwendiger Reparaturen und Ersatzteile, ggf. Produktersatz, notwendiger Wartungen und sicherheitstechnischer Kontrollen sowie der in diesem Zusammenhang zu erbringenden Dienst- und Serviceleistungen. Der Wert des Auftrags ohne Umsatzsteuer liegt, was zwischen den Beteiligten nicht streitig ist, oberhalb des 2017 maßgeblichen Schwellenwertes von 209.000 Euro nach § 106 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Der in 20 Gebietslose aufgeteilte Lieferauftrag betrifft die gesamte Bundesrepublik Deutschland. Angebote konnten auf alle oder einzelne Lose abgegeben werden. Zuschläge sollen je Los erteilt werden. Die Ausschreibung erfolgte europaweit im offenen Verfahren. Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge war der 14. Dezember 2017 (Auftragsbekanntmachung vom 7. November 2017 Nr. 2017/S 213-442130, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union), später verlängert bis zum 26. Januar 2018.

Die Antragstellerin ist als Leistungserbringerin im Hilfsmittelbereich für die streitigen Versorgungsbereiche präqualifiziert und erfüllt damit die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel (§ 126 Abs. 1 und 1 a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V -). Durch Vereinbarung mit der Antragsgegnerin vom 12. März 2015 ist die Antragstellerin vor der hier im Streit stehenden Ausschreibung einem von der Antragsgegnerin mit einem anderen Leistungserbringer geschlossenen Vertrag über die Versorgung der bei der Antragsgegnerin Versicherten mit Stomaartikeln beigetreten (§ 127 Abs. 2 a SGB V). Die Antragstellerin hat auf keines der Lose ein Angebot abgegeben. Sie befürchtet nun, dass es für den Fall, dass die Antragsgegnerin als Ergebnis des Vergabeverfahrens Zuschläge an Bieter erteilt, zu einer Kündigung des zwischen ihr und der Antragsgegnerin bestehenden Vertragsverhältnisses kommt, mit der Folge, dass sie während der Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrages (24 Monate mit zweimaliger Verlängerungsmöglichkeit um jeweils

ein Jahr) Leistungen für Versicherte der Antragsgegnerin nicht mehr erbringen kann und ihre entsprechenden Marktanteile verlieren würde.

In der Zeit vom 16. November 2017 bis 23. Januar 2018 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin verschiedene Vergaberechtsverstöße. Ihr Nachprüfungsantrag vom 28. Dezember 2017 wurde durch Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes als unbegründet zurückgewiesen (Beschluss vom 19. Februar 2018, Az.: VK 1 – 167/17, veröffentlicht in juris). Die hiergegen von der Antragstellerin erhobene sofortige Beschwerde blieb nach mündlicher Verhandlung vom 4. Juli 2018 vor dem OLG Düsseldorf erfolglos (Beschluss vom 19. September 2018, Az.: VII-Verg 17/18, soweit ersichtlich bisher nicht veröffentlicht).

Mit aufsichtsrechtlichem Bescheid vom 20. März 2018 verpflichtete das Bundesversicherungsamt die Antragsgegnerin unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, die auch diesem Verfahren zugrunde liegende Ausschreibung aufzuheben. Der gegen diesen Bescheid gestellte Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz hatte vor dem LSG Hamburg, im ersten Rechtszug zuständig gemäß § 29 Abs. 2 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG), Erfolg (Beschluss vom 25. September 2018, Az.: L 1 KR 34/18 KL ER, juris).

II.

Der während des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens gestellte sozialgerichtliche Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen den "Beschaffungsbeschluss" und auf Verhinderung der Zuschlagserteilung hat keinen Erfolg; denn er ist unzulässig. Die Zulässigkeit des Antrags scheidet allerdings nicht an § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 17 Abs. 1 S. 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), wonach während der Rechtshängigkeit die Sache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden kann. Das vergaberechtliche Beschwerdeverfahren beim OLG Düsseldorf (Az.: VII-Verg 17/18) ist inzwischen nicht mehr rechtshängig und betraf auch nicht denselben Streitgegenstand. Das beim LSG Hamburg anhängig gewesene aufsichtsrecht-

liche Verfahren zwischen der hiesigen Antragsgegnerin als Antragstellerin und dem Bundesversicherungsamt (Az.: L 1 KR 34/18 KL ER) steht der Zulässigkeit des hiesigen Antrags schon deshalb nicht entgegen, weil die hiesige Antragstellerin keine Beteiligte (Partei) des vor dem LSG Hamburg geführten Verfahrens ist. Für den Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 13. August 2018 gegen den "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin festzustellen, ist zwar der Sozialrechtsweg eröffnet (dazu unter 1 a), gleichwohl ist der Antrag unzulässig; denn bei dem "Beschaffungsbeschluss" handelt es sich um keinen Verwaltungsakt (dazu unter 1 b). Der mehr als neun Monate nach der Ausschreibung und kurz vor Abschluss des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens beim Sozialgericht gestellte Antrag, der Antragsgegnerin im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu untersagen, Verträge mit Bietern, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, ist mangels Eröffnung des Sozialrechtsweges unzulässig (dazu unter 2.).

1 a) Die Zulässigkeit des Sozialrechtswegs für den Antrag, die aufschiebende Wirkung des am 13. August 2018 erhobenen "Widerspruchs" gegen den "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin vom 10. November 2017 festzustellen, ergibt sich aus § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG. Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten u.a. in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden. Zwar sind von der sich hieraus ergebenden Zuständigkeit der Sozialgerichte gemäß § 51 Abs. 3 SGG ausgenommen Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB, die Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betreffen. In demselben Sinne regelt § 156 Abs. 2 GWB eine ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammern und des Beschwerdegerichts, wenn Ansprüche gegen Auftraggeber geltend gemacht werden, die auf das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind. Jedoch handelt es sich bei dem Streit um die Rechtmäßigkeit des "Beschaffungsbeschlusses" und der daran anknüpfenden Frage, ob einem "Wider-

spruch" hiergegen aufschiebende Wirkung zukommt bzw. zukommen soll, um kein Verfahren nach dem GWB. Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Rechtswegs ist maßgeblich, auf welche Normen sich der Antragsteller zur Begründung seines Anspruchs beruft, nicht, ob diese nach gerichtlicher Prüfung des Anspruchs letztlich durchgreifen (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 51 Rn. 23 a). Die Antragstellerin geht davon aus, dass es sich bei dem "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin um einen Verwaltungsakt handele, dieser demgemäß mittels Widerspruch angefochten werden könne und dem Widerspruch aufschiebende Wirkung zukomme. Diese möchte sie im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gerichtlich durchsetzen. Für die Durchsetzung eines solchen prozessualen Anspruchs ist der Sozialrechtsweg gegeben.

Indem die Antragstellerin den "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin angreift, wendet sie sich in der Sache gegen die im Vorfeld eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung der Antragsgegnerin, ein solches Verfahren nach Teil 4 des GWB durchzuführen und im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern über die Beschaffung der benötigten Hilfsmittel nebst Dienstleistungen zu schließen. Hierzu sah sich die Antragsgegnerin berechtigt, weil es ihr zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig erschien (§ 127 Abs. 1 S. 1 SGB V) und es sich ihres Erachtens um keine Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil handelte. Letzteres würde einer Ausschreibung entgegenstehen (§ 127 Abs. 1 S. 1 i.V.m. S. 6 SGB V). Die nach § 127 SGB V anzustellenden Zweckmäßigkeitserwägungen gehen einem Vergabeverfahren voraus, und demgemäß handelt es sich bei dieser Bestimmung insoweit um keine vergaberechtliche Vorschrift. Auch § 69 Abs. 3 SGB V, wonach auf öffentliche Aufträge nach diesem Buch die Vorschriften des Teils 4 GWB anzuwenden sind, greift daher für dies vorgelagerte Fragestellung der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung noch nicht. Aus diesem Grunde sind auch die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berufen, die in dem "Beschaffungsbeschluss" getroffene

Zweckmäßigkeitsentscheidung zu überprüfen. Die Kammer stützt sich in diesem Punkt auf die neue Rechtsprechung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf und folgt ihr (OLG Düsseldorf, erstmals vom 27. Juni 2018, Az.: VII-Verg 59/17, später vom 3. August 2018, Az.: VII-Verg 30/18, beide juris). Seine vorausgegangene Rechtsprechung, wonach Zweckmäßigkeitsüberlegungen bei der Frage einer Ausschreibung von Hilfsmittelbeschaffungen durch die gesetzliche Krankenkasse jedenfalls bei Erreichen oder Überschreiten der Schwellenwerte gänzlich zu unterbleiben hätten, weil § 127 Abs. 1 S. 1 und 6 SGB V durch das unionsrechtliche und das Vergaberechtsregime des 4. Teils des GWB vollständig überlagert werde (so noch LSG Düsseldorf vom 21. Dezember 2016, Az.: VII-Verg 26/16, juris), hat das OLG Düsseldorf in seinen Entscheidungen ab 27. Juni 2018 aufgegeben.

Auf der Grundlage der Rechtsauffassung der Antragstellerin wären es ausschließlich sozialrechtliche Zweckmäßigkeitsüberlegungen, die zur Rechtswidrigkeit des von der Antragstellerin als Verwaltungsakt verstandenen "Beschaffungsbeschlusses" führen. Das gegen den "Beschaffungsbeschluss" gerichtete Begehren, bei dem es allein um das "Ob" einer Ausschreibung geht, ist daher vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zu verfolgen (zur Abgrenzung BSG vom 25. Oktober 2017, Az.: B 7 SF 1/16 R juris). Insoweit folgt die Kammer nicht dem gleichfalls zeitlich nach der zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27. Juni 2018 (Az.: VII-Verg 59/17) ergangenen Beschluss des Thüringer LSG vom 17. August 2018 (Az.: L 6 KR 708/18 B ER, juris), das in den hier zur Diskussion stehenden Fällen aufgrund von § 51 Abs. 3 SGG sowie §§ 69 Abs. 3 und 127 Abs. 1 S. 7 SGB V von einer ausnahmslosen gesetzlichen Sonderzuweisung von Rechtsmitteln gegen Ausschreibungen nach Teil 4 GWB an die Vergabekammern, bzw. als Beschwerdeinstanz an das zuständige OLG, ausgeht und damit die übereinstimmende Rechtsprechung der Landessozialgerichte aus der Zeit vor der Neubewertung der Rechtslage durch das OLG Düsseldorf fortführt (stellvertretend dafür: Bayerisches LSG vom 21. März 2018, Az.: L 5 KR 81/18 B ER, LSG für das Saarland vom 3. April 2018,

Az.: L 2 KR 2/18 B ER und LSG Baden-Württemberg vom 9. Mai 2018, Az.: L 5 KR 217/18 ER-B, alle juris). Aus Sicht der Kammer kommt in dem hier vorliegenden Fall, in dem sich die Antragstellerin - ob mit oder ohne Erfolg - gezielt gegen eine dem Vergabeverfahren vorausgehende sozialrechtliche Entscheidung der Antragsgegnerin über das "Ob" einer Ausschreibung nach Teil 4 GWB wendet, die dargestellte gesetzliche Sonderregelung für den Rechtsweg noch nicht zum Tragen. Hieran ändert sich nichts durch den Umstand, dass die Antragstellerin ihren "Widerspruch" erst während des schon lange laufenden Vergabeverfahrens im August 2018 erhoben und auch den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz erst so spät gestellt hat. Sofern man – im Rahmen der Prüfung des Rechtswegs – den "Beschaffungsbeschluss" vom 10. November 2017 als Verwaltungsakt bewertet, beruht der Zeitablauf danach auf der fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung und ändert an der Zulässigkeit des durch den "Beschaffungsbeschluss" eröffneten Sozialrechtsweg nichts (zur Ausdifferenzierung im Übrigen siehe unter 2.).

Wenngleich die Kammer damit im Hinblick auf den vorerörterten Antrag den von der Antragstellerin beschrittenen Sozialrechtsweg entgegen der Rüge der Antragsgegnerin für zulässig hält, bedarf es in diesem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes keiner Vorabentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs und kann die Kammer sofort abschließend entscheiden. Zwar bestimmt der gemäß § 202 S. 1 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwendende § 17 b Abs. 3 S. 2 GVG, dass das Gericht vorab über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs zu entscheiden hat, wenn eine Partei, wie hier seitens der Antragsgegnerin geschehen, die Zulässigkeit des Rechtswegs rügt. Diese Bestimmung ist aber im Wege der teleologischen Reduktion dahingehend auszulegen, dass sie im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes keine Anwendung findet. Ziel der Vorabentscheidung ist es, die Frage der Rechtswegzulässigkeit zu einem möglichst frühen Zeitpunkt des Verfahrens in der ersten Instanz abschließend zu klären und das weitere Verfahren nicht mehr mit dem Ri-

siko eines später erkannten Mangels des gewählten Rechtswegs zu belasten (Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. 2018, § 17 Rn. 27). Diese Zielrichtung der Bestimmung greift im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht; weil der einstweilige Rechtsschutz, um einem vom Antragsteller darzulegenden Eilbedürfnis Rechnung zu tragen, ohnehin nur auf eine Vorabentscheidung zielt. Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes würde konterkariert, wenn innerhalb dieses (Vorab-) Verfahrens bei nach Auffassung des Gerichts zulässigem Rechtsweg eine insgesamt mit einer Verfahrensverlängerung verbundene weitere Vorabentscheidung zur Frage des Rechtswegs ergehen müsste.

1 b) Ungeachtet der Zulässigkeit des Sozialrechtswegs für den Antrag, die aufschiebende Wirkung des "Widerspruchs" gegen den "Beschaffungsbeschluss" festzustellen, ist dieser auf eine entsprechende Anwendung des § 86 b Abs. 1 SGG zu stütze Antrag unzulässig; denn bei dem Beschaffungsbeschluss handelt es sich entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin um keinen Verwaltungsakt. Die Antragsgegnerin verweist zu Recht darauf, dass es sich bei dem "Beschaffungsbeschluss" bzw. "-entschluss" um keine auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung handelt, was aber ein für einen Verwaltungsakt unverzichtbares Merkmal darstellt (§ 31 S. 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch). Nach nahezu einvernehmlicher Rechtsprechung beginnt ein Vergabeverfahren dann, wenn zwei Elemente kumulativ gegeben sind: zum einen der interne Beschaffungsentschluss, der vorliegt, wenn sich der öffentliche Auftraggeber entschließt, als Nachfrager auf dem Markt aufzutreten, zum anderen die externe Umsetzung, die darin besteht, dass der Auftraggeber äußerlich wahrnehmbare Anstalten trifft, den Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses zu ermitteln bzw. auszuwählen (stellvertretend: OLG Düsseldorf vom 17. Dezember 2014, Az.: VII-Verg 26/14, und vom 27. Juni 2014, Az.: Verg 59/17, OLG München vom 19. Juli 2012, Az.: Verg 8/12, alle juris). Bei dem von der Antragstellerin angegriffenen "Beschaffungsbeschluss" handelt es sich um ein Bestandteil der Dokumentation des Vergabever-

fahrens. Diese ist in § 8 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) vorgeschrieben und dient der späteren Nachvollziehbarkeit des Verfahrens. Insoweit wird die Dokumentation der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung in § 8 Abs. 1 S. 2 VgV ausdrücklich genannt.

Zwar trifft es zu, dass der "Beschaffungsbeschluss" bzw. "Eröffnungsvermerk" der Antragstellerin mit ihrer Bewertung einhergeht, dass die zu beschaffende Versorgung nicht mit einem hohen Dienstleistungsanteil im Sinne des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V verbunden ist; denn anderenfalls dürfte die Beschaffung nicht im Wege der Ausschreibung erfolgen. Dies verschafft dem "Beschaffungsbeschluss" bzw. "Eröffnungsvermerk" jedoch noch keine Außenwirkung. Vielmehr handelt es sich nur um ein zunächst noch internes Prüfergebnis der Antragstellerin und noch nicht um eine auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung. Die unmittelbare Rechtswirkung nach außen ist in dem hier streitigen Vergabeverfahren erst durch die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union eingetreten, mit dem dann das Vergabeverfahren begann. Die sich an dieses Ergebnis anknüpfende Frage, ob eine Umdeutung des gerichtlichen Antrags auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung vom 14. August 2018 in einen zulässigen Antrag in Betracht kommt (vgl. § 123 SGG), bedarf angesichts des Weiteren Begehrens der Antragstellerin (siehe unter 2.) keiner Entscheidung.

2. Das Begehren der Antragstellerin, der Antragstellerin im Wege der einstweiligen Rechtsschutzes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den "Beschaffungsbeschluss" zu untersagen, in dem Vergabeverfahren Verträge mit Bieter, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, ist auf das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet und kann daher gemäß § 156 Abs. 2 GWB nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegerecht geltend gemacht werden. Damit korrespondierend ist es aufgrund von § 51 Abs. 3 SGG als Streitigkeit in einem Vergabeverfahren

nach dem GWB, das Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betrifft, von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit ausgenommen. Allerdings betrifft die Argumentation der Antragstellerin die vor der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin zu klärende sozialrechtliche Vorfrage der Zweckmäßigkeit und damit das "Ob" der Ausschreibung (siehe oben unter 1 a). Bei dieser Konstellation besteht die Gefahr einer Rechtsschutzlücke; denn nach der neuen Vergaberechtsprechung des OLG Düsseldorf unterliegen die dem Beschaffungsbeschluss vorausgehenden Erwägungen nicht der Prüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen (OLG Düsseldorf vom 27. Juni 2018, Az.: VII-Verg 59/17, juris). Andererseits kann sozialgerichtlicher (Eil-)Rechtsschutz mit dem Ziel, eine Ausschreibung (vorläufig) zu verhindern, nur erlangt werden, wenn der Antrag hier noch vor der Ausschreibung und damit vor Beginn des Vergabeverfahrens gestellt wird, so dass §§ 156 Abs. 2 GWB und 51 Abs. 3 SGG noch nicht greifen. Dies ist jedoch nicht immer möglich; denn es ist nicht gewährleistet, dass ein Unternehmen, das sich durch die Ausschreibung in seinen rechtlichen Interessen beeinträchtigt sieht, rechtzeitig vor der Bekanntmachung der Ausschreibung hiervon erfährt.

Vor dem Hintergrund der Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz) ist es daher zur Vermeidung einer Rechtsschutzlücke geboten, eine Frist einzuräumen, innerhalb der im Hinblick auf die sozialrechtliche Vorfrage der Zweckmäßigkeit und damit das "Ob" der Ausschreibung sozialgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann, ohne dass dies nur aufgrund der dann bereits erfolgten Ausschreibung als Streitigkeit in einem Verfahren nach dem GWB bewertet wird und der Sozialrechtsweg damit versperrt wäre. Nach Auffassung der Kammer ist es insoweit naheliegend, in Anlehnung an § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eine Frist von 15 Kalendertagen ab Bekanntmachung der Ausschreibung vorzusehen. Durch diese zeitliche Abgrenzung wird einerseits der Anspruch von potentiellen Leistungserbringern im Sinne von §§ 69 und 127 SGB V gewahrt, die Verletzung jedenfalls behaupteter eigener Rechte sozialgerichtlich überprüfen zu lassen, andererseits

aber eine Rechtswegzersplitterung mit der Konsequenz eines Leerlaufens des im Verfahren nach dem GWB geltenden Beschleunigungsgebots (vgl. §§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 4, 163 Abs. 1, 167, 172 Abs. 1 und Abs. 2 S.1, 176 GWB) verhindert.

Vorliegend hat die Antragstellerin ihren gegen das "Ob" der Ausschreibung gerichteten Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz vor dem Sozialgericht (§ 86 b Abs. 2 S. 2 SGG) jedoch erst am 14. August 2018 und damit mehr als neun Monate nach der Ausschreibung gestellt. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich die Frage des "Ob" der Ausschreibung schon lange erledigt und das Vergabeverfahren war entsprechend weit fortgeschritten. Zuvor hatte die Antragstellerin noch in ihrer vergaberechtlichen Beschwerdeschrift an das OLG Düsseldorf vom 27. Februar 2018 (Anlage Ag. 3, dort Seite 4) ausdrücklich hervorgehoben, dass sie gerade nicht die Sozialgerichtsbarkeit angerufen habe, um dort die Zulässigkeit der Ausschreibung überprüfen zu lassen. Es gehe ihr nicht um einen "Generalanriff" gegen die Ausschreibung. Ausweislich der Entscheidungsgründe des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 19.9.2018, Az.: VII Verg17/18, Umdruck Seiten 12 und 33) hat die Antragstellerin diese Klarstellung in der mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2018 wiederholt.

Die Zulässigkeit des Sozialrechtswegs in einer derart späten Phase des Vergabeverfahrens widerspräche der gesetzgeberischen Konzeption des Rechtsschutzes an der Schnittstelle von GWB und § 69 SGB V. Diese ist geprägt durch die Grundsätze von Konzentration und Beschleunigung, wobei § 156 Abs. 2 GWB und § 51 Abs. 3 SGG ein Nebeneinander von vergaberechtlichen und sozialgerichtlichen Rechtsschutz verhindern wollen. Wäre der Sozialrechtsweg für die Antragstellerin jetzt noch eröffnet, wäre es hier zu parallelen materiellrechtlichen Prüfungen des "Ob" und des "Wie" der Ausschreibung in zwei verschiedenen Gerichtsbarkeiten gekommen und darüber hinaus zur materiellrechtlichen Prüfung des "Ob", nachdem über die Mängelrügen der Antragstellerin im Hinblick auf das "Wie" durch das OLG Düsseldorf bereits abschließend entschieden worden ist. Es liegt auf der Hand und zeigt

sich gerade im vorliegenden Fall, dass die aus einer solchen Zersplitterung des Rechtswegs und Durchmischung der Verfahren erwachsenen Komplikationen die Gesamtverfahrendauer für die Überprüfung der Ausschreibung wesentlich verlängern würden. Ist somit der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für das von der Antragstellerin angestrebte Verbot, Verträge mit Bietern, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, zum Zeitpunkt der Antragstellung beim Sozialgericht am 14. August 2018 schon nicht mehr gegeben gewesen, scheidet eine Verweisung des Verfahrens an die Vergabekammer des Bundes und ebenso an das OLG Düsseldorf aus. Bei der Vergabekammer handelt es sich um kein Gericht (vgl. §§ 158, 168 Abs. 3 GWB). Eine direkte Verweisung an das OLG Düsseldorf würde die Vergabekammern umgehen, wäre nicht sachgerecht und mit den Vergaberegeln nicht vereinbar (Thüringer LSG vom 17. August 2018, Az. L 6 KR 708/18 B ER, juris, dort Rn. 32).

Nach allem ist der Antrag abzulehnen.

Das im Tenor ausgesprochene, bis zum 19. Dezember 2018 befristete Verbot, in dem hier streitigen Vergabeverfahren Zuschläge an Bieter zu erteilen, dient allein der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes, indem die Antragstellerin die Möglichkeit erhält, in einem etwaigen Beschwerdeverfahren beim LSG einen Hängebeschluss zu erwirken. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197 a Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung. Die Streitwertfestsetzung bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2018, Verg 25/18: Kostenlose Weitergabe von Software von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft an eine andere kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang?

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, wobei die Fragen 2 und 3 nur im Falle einer Bejahung der Frage 1 einer Antwort bedürfen: 1. Handelt es sich bei einer schriftlich vereinbarten Softwareüberlassung eines Trägers öffentlicher Verwaltung an einen anderen Träger öffentlicher Verwaltung, die mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, um einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU beziehungsweise einen – jedenfalls zunächst, vorbehaltlich von Art. 12 Abs. 4 lit. a) bis c) – in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Vertrag im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie, wenn der Softwareübernehmer zwar für die Software weder einen Preis noch eine Kostenerstattung zu leisten hat, die mit der Softwareüberlassung verbundene Kooperationsvereinbarung aber vorsieht, dass jeder Kooperationspartner – und damit auch der Softwareübernehmer – dem jeweils anderen etwaige zukünftige, jedoch nicht verpflichtend herzustellende eigene Weiterentwicklungen der Software kostenfrei zur Verfügung stellt? 2. Müssen nach Art. 12 Abs. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU Gegenstand der Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Auftraggeber die gegenüber dem Bürger zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen selbst sein, die gemeinsam erbracht werden müssen, oder reicht es aus, wenn sich die Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die den gleichermaßen, aber nicht zwingend gemeinsam zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen in irgendeiner Form dienen? 3. Gilt im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 der Richt-

linie 2014/24/EU ein ungeschriebenes sogenanntes Besserstellungsverbot und, wenn ja, mit welchem Inhalt?

Gründe

2

1.

3

1 Die Antragsgegnerin, die größte Stadt in Nordrhein-Westfalen, suchte ab dem 2. Halbjahr 2016 eine neue Einsatzleitstellensoftware für ihre Berufsfeuerwehr. Sie nahm unter anderem die vom Beigeladenen verwendete Software X. der TT. (TT.) in den Blick. Der Beigeladene, ein Stadtstaat und kleines Bundesland, unterhält die größte Berufsfeuerwehr Deutschlands. Die Vereinbarung zwischen dem Beigeladenen und TT. erlaubt dem Beigeladenen, die Software X. kostenfrei an andere Behörden mit Sicherheitsaufgaben (BOS) weiterzugeben.

4

2 Die zuständigen Mitarbeiter der Antragsgegnerin entschieden sich für die Anschaffung von X.. Ein Mitarbeiter vermerkte, dass die kostenlose Weitergabe von Software von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft an eine andere keinen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang darstelle. Er bezog sich dabei auf die sog. Kieler Beschlüsse von 1979. Mit diesen hatte ein Ausschuss von Bund, Ländern und Kommunen Grundsätze für den Austausch von Software zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung aufgestellt. Dazu gehört das Prinzip der allgemeinen Gegenseitigkeit, wonach Softwareentwicklungen, deren Kommerzialisierung durch die Behörden ausgeschlossen ist, unter Verzicht auf eine Kostenverrechnung untereinander weitergegeben werden. Dem liegt die Erwartung zugrunde, dass sich Geben und Nehmen zwischen den öffentlichen Verwaltungen ausgleichen, weil die Verwaltungen nicht in Konkurrenz zueinanderstehen.

5

3 Am 10.09.2017 schlossen die Antragsgegnerin und der Beigeladene einen Software-Überlassungsvertrag (EVB-IT Überlassungsvertrag) über die entgeltfreie dauerhafte Überlassung

und Nutzung der Software X.. Dieser Vertrag enthält unter anderem die folgenden Regelungen:

6

4 „1. Gegenstand des Vertrages

7

Die nachstehenden Bedingungen gelten für die dauerhafte Überlassung und Nutzung der Individualsoftware „X.“. Der Softwareüberlasser hat die Rechte an dieser Software.

8

Die Individualsoftware „X.“ ist die Einsatzleit-Software des Softwareüberlassers zur Einsatzaufnahme, Disposition und Einsatzverfolgung von Tätigkeiten der Feuerwehr in der Brandbekämpfung, technischen Hilfeleistung, Notfallrettung und im Katastrophenschutz. [...]

9

5 2. Art und Umfang der Leistung

10

2.1 Der Softwareüberlasser überlässt dem Softwareübernehmer die Individualsoftware „X.“ zu den Vereinbarungen im Kooperationsvertrag. [...]

11

6 4. Überlassungsvergütung

12

Es handelt sich um die entgeltfreie Überlassung der Individualsoftware „X.“ als Einsatzleit-Software. [...]

13

7 Am selben Tag schlossen die Antragsgegnerin und der Beigeladene auch eine Kooperationsvereinbarung, den Software-Kooperationsvertrag „X.“. Dieser enthält unter anderem die folgenden Regelungen:

14

8 „§ 1 Zweck der Kooperationsbereitschaft

15

[...] Die Partner haben sich für eine gleichberechtigte Partnerschaft und, wenn erforderlich, für eine Kompromissbereitschaft entschlossen, um die Software an die jeweiligen Bedürfnisse des Partners anzupassen und dem Kooperationspartner zur Verfügung zu stellen. [...]

16

9 § 2 Bestimmung des Kooperationsziels

17

Die Kooperationspartner verfolgen das Ziel, die Einsatzleitsoftware „X.“ als Einsatzleitrech-

ner in den Leitstellen der Feuerwehr einzusetzen. Das Softwaresystem kann um weitere fachliche Funktionalitäten als Modul erweitert werden und den anderen Kooperationspartnern zur kostenneutralen Nutzung überlassen werden. [...]

18

10 § 5 Ausgestaltung der Kooperation

19

[...] Die Überlassung der Basissoftware erfolgt kostenneutral. Ergänzende und aufbauende fachliche Module werden den Kooperationspartnern kostenneutral angeboten.

20

Die Anpassung der Basissoftware sowie der Module an eigene Prozessabfolgen ist eigenständig zu beauftragen und zu finanzieren. [...]

21

[...]

22

Die Kooperationsvereinbarung ist nur mit dem EVB-IT-Vertrag als gemeinsames Dokument verbindlich.“

23

11 Die Antragstellerin, die Einsatzleitstellensoftware für BOS entwickelt und zum Kauf anbietet, bat die Antragsgegnerin wenig später um Auskunft über die Anschaffung der neuen Einsatzleitstellensoftware, von der sie aus den Medien erfahren habe. Die Antragsgegnerin verwies auf die kostenfreie Überlassung von X. durch den Beigeladenen.

24

12 Daraufhin hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland gestellt mit dem Ziel, dass die Vertragsschlüsse für unwirksam erklärt werden. Sie hat geltend gemacht, auf die Verträge zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen, die eine rechtliche Einheit bildeten, sei das Kartellvergaberecht anwendbar mit der Folge, dass die Beschaffung europaweit auszuschreiben sei. Die Antragsgegnerin habe damit einen öffentlichen Lieferauftrag vergeben, der den maßgeblichen Schwellenwert überschreite. Es handele sich bei der Vereinbarung um einen entgeltlichen Vertrag. Der Begriff sei weit auszulegen. Die Beteiligung der Antragsgegnerin an der Weiterentwicklung der überlassenen Software stelle den ausreichenden geldwerten

Vorteil dar. Im Übrigen ergebe sich die Entgeltlichkeit aus dem Zusammenhang mit dem zu vergebenden Folgeauftrag über die notwendige Anpassung der Software auf die Bedürfnisse der Antragsgegnerin.

25

13 Mit Beschluss vom 20.03.2018 (VK K 66/17 – L) hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen sei nicht eröffnet. Bei den eine rechtliche Einheit bildenden Verträgen zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen handele es sich mangels Entgeltlichkeit nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Kartellvergaberechts. Es handele sich nicht um einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag, sondern um eine gleichberechtigte Kooperation, innerhalb derer die Einsatzleitsoftware unentgeltlich überlassen werde. Der Kooperation fehle die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, weil innerhalb der Kooperation beide Partner gleichermaßen berechtigt und verpflichtet seien.

26

14 Gegen den Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt.

27

15 Zur Begründung führt die Antragstellerin aus, die Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen sei ein entgeltlicher Vertrag. Der Beigeladene habe die Software nicht ohne eigenen Vorteil überlassen wollen, anderenfalls hätte er sich auf eine Schenkung beschränken können. Ein geldwerter Vorteil des Beigeladenen für die Softwareüberlassung ergebe sich daraus, dass die Antragsgegnerin aus der Kooperationsvereinbarung verpflichtet sei, dem Beigeladenen von ihr entwickelte ergänzende oder aufbauende Softwaremodule kostenlos zur Verfügung zu stellen. Die Vergabekammer habe auch fehlerhaft unberücksichtigt gelassen, dass die Beschaffung der Basissoftware die Beauftragung des Herstellers mit Folgeaufträgen nach sich ziehe. Für die Anpassung, Pflege und Wartung der Software komme – was zwischen den Verfahrensbeteiligten jedoch streitig ist – nur der

Softwarehersteller in Betracht. Ein Dritter könne Pflege und Weiterentwicklung der Software nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand leisten. Infolgedessen könne sich die vergaberechtliche Beurteilung nicht auf die Beschaffung der Basissoftware beschränken.

28

16 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer als zutreffend. Wenn die Vereinbarung zwischen ihr und dem Beigeladenen als entgeltlich anzusehen sein sollte, so unterfiele sie wegen der Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB nicht dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.

29

17 Die Antragstellerin hält die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB hingegen nicht für gegeben und sieht auch einen Verstoß der Antragsgegnerin gegen das sog. Besserstellungsverbot. Mit der Durchführung der Kooperation erlange ein privater Dritter, nämlich TT., mit Blick auf die Vergabe der zukünftigen Leistungen der Anpassung und Pflege der bei der Antragsgegnerin eingesetzten Software einen unzulässigen Vorteil.

30

II.

31

18 Der Erfolg des Rechtsmittels hängt nach Auffassung des Senats von der Beantwortung der Vorlagefragen ab. Vor einer Entscheidung ist daher das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Für die Vorlageentscheidung spielen folgende rechtliche Überlegungen eine Rolle:

32

1.

33

19 Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen, zu denen der Vergabesenat zählt, ist gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245; zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.07.2018, BGBl. I S. 1151) bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen eröffnet, deren geschätzter

Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet. Der Begriff des öffentlichen Auftrags wird in § 103 Abs. 1 GWB näher bestimmt. Öffentliche Aufträge sind danach entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

34

20 Nach § 108 Abs. 6 GWB ist der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet bei Verträgen, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, wenn, so wörtlich,

35

21 „1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,

36

22 2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und

37

23 3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.“

38

24 Vor dem Hintergrund dieser Vorschriften könnte das Rechtsmittel der Antragstellerin erfolgreich sein, wenn die Voraussetzungen der § 106 Abs. 1 Satz 1 und § 103 Abs. 1 GWB entgegen der Ansicht der Vergabekammer zu bejahen und zugleich die Voraussetzungen der Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB zu verneinen wären.

39

2.

40

25 Die Vorlagefragen haben im Einzelnen folgenden rechtlichen Hintergrund:

41

a)

42

26 Die Vorlagefrage 1 erklärt sich aus Zweifeln des Senats am zutreffenden Verständnis der Begriffe des öffentlichen Auftrags nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU sowie des Begriffs des Vertrags im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie.

43

27 Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist streitig, ob die Verträge zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 106 Abs. 1 Satz 1 und § 103 Abs. 1 GWB zum Gegenstand haben. Da der dort verwendete Begriff des öffentlichen Auftrags durch das europäische Recht geprägt ist, hängt sein zutreffendes Verständnis vom Verständnis desselben Begriffs in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU ab.

44

28 Der Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung – in Annahme einer europarechtlichen Entsprechung dieser Sichtweise – ein weites Verständnis des den öffentlichen Auftrag charakterisierenden entgeltlichen Vertrags im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB vertreten. Er hat irgendeine rechtliche Verknüpfung wechselseitiger Leistungen für ausreichend gehalten. Im Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit nach Art eines klassischen Synallagmas, das heißt einer auf dem Grundsatz des „do ut des“ beruhenden gegenseitigen Zweckbindung der beiden Leistungen, mussten die rechtlich miteinander verknüpften Leistungen nicht stehen (vgl. Senatsbeschluss vom 08.09.2004 – VII-Verg 35/04, zitiert nach juris, Tz. 20). Für die Entgeltlichkeit genügte der Eingang irgendeiner Verpflichtung zu einer geldwerten Leistung (vgl. auch BGH, Beschluss vom 01.02.2005 – X ZB 27/04 [Altpapierverwertung II], zitiert nach juris, Tz. 29).

45

29 Danach wäre hier ein entgeltlicher Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen zu bejahen. Die Verträge zwischen beiden stellen nach Ansicht des Senats eine rechtliche Einheit dar (vgl. auch Gerichtshof, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 [Remondis], zitiert

nach juris, Tz. 37). Zwar folgen sie nicht dem klassischen Synallagma, weil die Softwareüberlassung in eine Kooperation mündet, aus der sich Ansprüche nur dann ergeben, wenn – was jedoch nicht erzwungen werden kann – einer der Kooperationspartner die Software um Funktionalitäten erweitert. Das – trotz der Ungewissheit über zukünftige Softwareentwicklungen nach Ansicht des Senats geldwerte – Kooperationsangebot der Antragsgegnerin kann aber als eine für die rechtliche Verknüpfung ausreichende Voraussetzung für die Softwareüberlassung durch den Beigeladenen angesehen werden. Nach Ansicht des Senats ist nicht nur die wechselseitige Kooperationsbereitschaft von Antragsgegnerin und Beigeladenem rechtlich miteinander verknüpft. Die vorstehende Betrachtungsweise hätte zur Folge, dass die Voraussetzungen der Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB zu prüfen wären.

46

30 Aufgrund der Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 – sowie der vorausgegangenen Ausführungen des Generalanwalts P. Mengozzi zu den Begriffen des öffentlichen Auftrags und entgeltlichen Vertrags sieht sich der Senat an einer abschließenden Entscheidung derzeit jedoch gehindert. Dem genannten Urteil und den Schlussanträgen des Generalanwalts könnte ein engeres als vom Senat bislang angenommenes Verständnis der Begriffe des öffentlichen Auftrags und des entgeltlichen Vertrags in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU zu entnehmen sein, das Konstellationen wie diejenige, die vom Senat vorliegend zu beurteilen ist, nicht erfasst.

47

31 Auslegungsunklarheiten ergeben sich für den Senat auch, weil das vorgenannte Urteil des Gerichtshofs noch nicht auf der Grundlage der Richtlinie 2014/24/EU ergangen ist. Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU nimmt einen zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern geschlossenen Vertrag von der Anwendbarkeit der Richtlinie aus, wenn die in Art. 12 Abs. 4 lit. a) bis c) genannten Voraussetzungen vorliegen. Der Vertrag wird in Art. 12 Abs. 4 nicht als entgeltlich bezeichnet. Das könnte dafürsprechen, Kooperationen von öffentlichen Auftraggebern, die sich – wie hier – nicht in den Bahnen

klassischer synallagmatischer Verträge bewegen, nicht schon wegen des Fehlens eines entgeltlichen Vertrags beziehungsweise öffentlichen Auftrags vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU auszunehmen (vgl. Fritz, NZBau 2017, 537, 539).

48

32 Der Senat schlägt eine in diese vorgenannte Richtung gehende Beantwortung der Vorlagefrage vor.

49

33 Die Beantwortung der Vorlagefrage 1 erscheint dem Senat nicht deshalb entbehrlich, weil die von der Antragsgegnerin zu vergebenden Aufträge für die Anpassungen und Pflege der Software X. als entgeltlich anzusehen sind. Da es sich hierbei um eigenständige vertragliche Vereinbarungen mit Dritten handelt, die gesondert und nicht zusammen mit der Softwareüberlassung zu betrachten sind, sagen sie nach Ansicht des Senats nichts darüber aus, ob im Verhältnis zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen ein öffentlicher Auftrag bejaht werden kann.

50

b)

51

34 Die Vorlagefragen 2 und 3, die bei Bejahung der Vorlagefrage 1 zu beantworten sind, betreffen einzelne Auslegungsfragen zu Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU. Von den Antworten hängt das Verständnis der Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB ab, mit der der deutsche Gesetzgeber die Richtlinienvorschrift weitgehend wortgleich umgesetzt hat.

52

35 Die Vorlagefrage 2 bezieht sich auf den Gegenstand der in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern. In der Literatur zu § 108 GWB und auch zwischen den Verfahrensbeteiligten werden dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten. So wird angenommen, dass sog. Hilfstätigkeiten als Gegenstand der Zusammenarbeit nicht ausreichend sind (so z.B. von Engelhardt/Kabelbe, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 108 Rn. 79; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 108 GWB Rn. 95), sondern eine Zusammenarbeit der öffentlichen

Auftraggeber bei Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen selbst stattfinden müsse.

53

36 Der Senat schlägt aufgrund einer vergleichenden Betrachtung des deutschen, französischen und englischen Richtlinien textes sowie im Hinblick auf die Ausführungen am Ende von Erwägungsgrund 33 der Richtlinie („Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen [...] erfassen [...].“) eine von der zuvor genannten Auffassung abweichende Antwort auf die Vorlagefrage vor. Vorzugswürdig erscheint dem Senat, dass Gegenstand der Zusammenarbeit nicht unmittelbar die zu erbringenden Dienstleistungen selbst sein müssen, hier also die Feuerwehr- und Rettungsdienstleistungen, sondern Gegenstand der Zusammenarbeit auch diesen dienende Tätigkeiten sein können, die nur Hilfs- oder vorbereitenden Charakter haben, hier zum Beispiel die Überlassung und Weiterentwicklung der Einsatzleitstellensoftware X.. Die Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen müsste danach nicht gemeinsam erfolgen, sondern es würde schon genügen, wenn die Zusammenarbeit auf eine von den öffentlichen Auftraggebern in gleicher Weise zu erbringende öffentliche Dienstleistungen bezogen oder mit dieser in irgendeiner Form verbunden ist.

54

37 Die Vorlagefrage 3 bezieht sich auf das in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU entwickelte sog. Besserstellungsverbot, auf welches sich die Antragstellerin gegen das von der Antragsgegnerin bejahte Eingreifen der Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB beruft. Sollte es im Rahmen des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU zu berücksichtigen sein, hätte dies auch Auswirkungen auf das Verständnis des § 108 Abs. 6 GWB. Nach dem vom Gerichtshof entwickelten Besserstellungsverbot ist Voraussetzung einer vergaberechtsfreien horizontalen Kooperation, dass durch die Vereinbarung kein privater Dritter besser gestellt wird als seine Wettbewerber (vgl. Gerichtshof, Urteil vom 13.06.2013 – C-386/11 [Piepenbrock], zitiert nach juris, Tz. 37). Im Text von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, der nach Ansicht des Senats nicht einfach die

bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu horizontalen Kooperationen kodifiziert, findet sich kein Hinweis auf das Besserstellungsverbot. In Erwägungsgrund 33 der Richtlinie wird es hingegen erwähnt. Danach ist für den Senat unklar, ob das Besserstellungsverbot im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie zu berücksichtigen ist und, wenn ja, mit welchem Inhalt dies zu geschehen hat.

55

3.

56

38 Die zur Vorabentscheidung gestellten Fragen sind aus Sicht des Senats entscheidungserheblich. Der Senat sieht nicht, dass der Rechtsstreit unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten ohne Beantwortung der Fragen entschieden werden könnte.

OLG München, Beschluss v. 21.09.2018 – Verg 4/18: Durch Verschmelzung entstandenes Unternehmen kann sich für den Nachweis seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht auf die früheren Umsätze der verschmolzenen Unternehmen berufen

Wird in der Bekanntmachung als Eignungskriterium eine Erklärung des Bewerbers über dessen Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren gefordert und darauf hingewiesen, dass die Höchstpunktzahl bei einem durchschnittlichen Umsatz von mehr als 1,5 Mio. Euro pro Jahr erzielt wird, so genügt es für die Höchstpunktzahl nicht, wenn zwar der Gesamtumsatz der letzten drei Jahre mehr als 4,5 Mio. Euro beträgt, der Umsatz von mehr als 1,5 Mio. Euro jedoch in einem der drei Jahre nicht erreicht worden ist. (Rn. 30 – 31). Ein Unternehmen, das durch Verschmelzung entstanden ist, kann sich für den Nachweis seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht auf die früheren Umsätze der verschmolzenen Unternehmen berufen. (Rn. 32). Für die Feststellung einer subjektiven Rechtsverletzung iSd § 97 Abs. 6 GWB genügt es, dass nicht oder nicht zuverlässig beurteilt werden kann, ob der Antragsteller bei vergaberechtskonformer Korrektur des Verfahrens in der Wertung den ersten Platz erringen kann. Darüber hinaus hat der Bewerber in einem Teilnahmeverfahren einen subjektiven Anspruch darauf, dass das Auswahlverfahren auch in Bezug auf alle Konkurrenten eingehalten wird. (Rn. 45). Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsgespräch bauen aufeinander auf. Vergaberechtsverstöße im Teilnahmewettbewerb setzen sich daher in der zweiten Stufe des Verfahrens fort und können auch noch nach Abschluss der zweiten Stufe gerügt werden. (Rn. 48).

Gründe

A.

1

Die Antragsgegnerin, ein selbständiges Kommunalunternehmen, veröffentlichte am 11.10.2017 im EU-Supplement die Vergabe eines Auftrags über Ingenieursleistungen (Pro-

jektsteuerung gemäß HAV-KOM) zur Generalsanierung und Erweiterung ihrer Klinik R. im Verhandlungsverfahren.

2

Nach der Bekanntmachung ist beabsichtigt, folgende Leistungen stufenweise zu beauftragen: Projektsteuerungsleistung gemäß HAV-KOM, Projektstufen 1-2 teilweise (die Leistungen bis zum Antrag auf Vorwegfestlegung wurde bereits erbracht), Projektstufen 3-5 und besondere Leistungen für die Erweiterung und Sanierung der Klinik, 1. Bauabschnitt. Die Dienstleistung sollte am 01.02.2018 begonnen werden. Als optionale Auftragsenerweiterung sind weitere Bauabschnitte möglich.

3

Unter II. 2. 9 war in der Bekanntmachung festgelegt, dass mindestens 3 und höchstens 5 Bewerber zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden, wobei die Auswahl der Teilnehmer gemäß der in Abschnitt III. dargestellten Kriterien 1 - 1. 3) erfolgen sollte. Auf eine detaillierte Bewertungsmatrix mit Angabe über die Verteilung der Punkte und Gewichtung der einzelnen Kriterien in den Bewerbungsunterlagen wurde hingewiesen.

4

In Abschnitt III. der Bekanntmachung werden u.a. folgende Kriterien benannt und beschrieben:

(...)

III. 1.2 Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bekanntmachung
Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

1. Erklärung über den Gesamtumsatz netto des Bewerbers in den letzten 3 Geschäftsjahren (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 VgV). Die maximale Punktzahl wird bei einem durchschnittlichen Umsatz > 1.500.000 EUR/a erzielt.- (Wichtung 5%).

2. Anzahl der Beschäftigten der letzten 3 Geschäftsjahre für das gesamte Büro des Bewerbers und der im Themenbereich der ausgeschriebenen Planungsleistung arbeitenden Beschäftigten, aufgeteilt in Berufsgruppen (Führungskräfte, Dipl.-Ing., sonstige Mitarbeiter) (§ 46 Abs. 3 Nr. 8 VgV). Die maximale Punktzahl wird bei einer durchschnittlichen Gesamtmitarbeiterzahl > 15 Personen erzielt.- (Wichtung

5%).

(...)

III.1.3 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit Auflistung und kurzer Beschreibung der Eignungskriterien

1. Darstellung von maximal 5 Referenzprojekten aus den letzten 5 Geschäftsjahren (ab 2012 bis zum Zeitpunkt des Schlusstermins für den Eingang der Teilnehmeranträge gemäß IV.2.2 dieser Bekanntmachung), aus der die Erfahrung des Bewerbers bei Projekten mit vergleichbaren Anforderungen hervorgeht (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV).-(Wichtung 90%). Referenzprojekte die vor 2012 in Betrieb genommen wurden, werden bei der Gewichtung nicht berücksichtigt. Für die maximale Bewertung sollten durch die Referenzprojekte folgende Anforderungen erfüllt sein:

Die bestmögliche Bewertung zu Ziffer III 1.3 wird nur erreicht, wenn fünf Referenzen die oben genannten Kriterien vollumfänglich erfüllen. Die teilweise Erfüllung der oben genannten Kriterien führt nicht zum Ausschluss, sondern einer entsprechend geringeren Bewertung...

2. Benennung der technischen Fachkräfte, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen.

3. Vorbehalten wird die Vorlage von Bescheinigungen öffentlicher oder privater Auftraggeber über die Ausführung der angegebenen Referenzprojekte.

5

Die Antragstellerin, die Beigeladenen sowie 7 weitere Bieter reichten fristgerecht Anträge auf Teilnahme an dem Verhandlungsverfahren ein.

6

Im Teilnahmeantrag der Beigeladenen vom 9. November 2017 heißt es u.a.: „S. und Partner Projektmanagement Beratende Ingenieure PartGmbH ist aus der am Markt lange bekannten S. S. Projektmanagement hervorgegangen“. Als Gründungsdatum des Büros wurde in den Antragsformblättern im vorgesehenen Kästchen das Jahr 2016 genannt. Außerdem wurden die im Formular abgefragten Nettoumsätze für die Jahre 2014, 2015 und 2016 genannt, sowie die Zahl der Mitarbeiter, aufgeschlüsselt nach Themenbereich und Qualifikation.

Mit ihrem Angebot reichte die Beigeladene fünf Referenzprojekte unter ihrem Firmenlogo ein.

7

Nach Auswertung der Teilnahmeanträge erreichten 6 von 9 Bietern die Maximalpunktzahl von 100 Punkten, darunter die Beigeladene und die Antragstellerin. Die Antragsgegnerin wählte - wie in der Bekanntmachung angekündigt - per Los unter diesen 6 bestplatzierten Teilnehmern 5 Bewerber aus, die sie zu einer Präsentation einlud.

8

Nach Durchführung und Bewertung der Präsentation erreichte die Beigeladene den ersten und die Antragstellerin den zweiten Platz. Ein Bewerber sagte seine Teilnahme an der Vorstellung kurzfristig ab.

9

Die Antragsgegnerin beschloss am 5.2.2018, den Auftrag an die Beigeladene zu vergeben und informierte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.02.2018 gemäß § 62 VgV über ihre Zuschlagsabsicht. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 27.02.2018 die beabsichtigte Vergabe und beanstandete unter anderen, dass die Beigeladene, obgleich erst vor kurzem neugegründet, hinsichtlich der Referenzprojekte, des durchschnittlichen Umsatzes und der nachgewiesenen durchschnittlichen Mitarbeiterzahl die Höchstpunktzahl erreicht habe.

10

Die Beigeladene überließ der Antragsgegnerin zu einem nicht näher aus der Dokumentation ersichtlichen Zeitpunkt (zumindest vor dem 12.3. 2018) einen an die Beigeladene adressiertes Schreiben ihres Steuerberatungsbüros vom 01.02.2018. In dem Schreiben erläutert der Steuerberater die Firmengeschichte der Beigeladenen und stellte dar, dass die S. S. Projektmanagement GmbH & Co. KG (alleiniger Kommanditist Geschäftsführer der Beigeladenen) zum 30.6.2014 nach Veräußerung ihrer gesamten Anteile an den B konzern auf die S. Projektmanagement GmbH angewachsen sei und mit Verschmelzungsvertrag vom 9.6.2015 mit der B Bauperformance GmbH mit Sitz in F. verschmolzen worden sei. Desweiteren seien im Jahr 2016 die nunmehrigen vier Partner der S. S. Projektmanagement GmbH & Co.KG aus der

B GmbH ausgeschieden, um ihre bisherige Tätigkeit in einer eigenständigen Gesellschaft ab dem 1.10.2016 fortzuführen. Es wurden die im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschlusszahlen der Bauperformance GmbH genannt sowie „auskunftsgemäß“ (gerundete) Umsatzanteile, die auf das Büro M. entfallend. Im Schreiben sind außerdem Mitarbeiterzahlen für die Unternehmen und das Büro M. genannt.

11

Die Antragsgegnerin zog außerdem einen Auszug aus der Präqualifizierungsdatenbank des Auftragsberatungszentrums Bayern bei, der im Beschwerdeverfahren vorgelegt wurde. In die Datenbank wurde die Beigeladene auf Antrag im Juli 2017 eingetragen. In der Erklärung sind der Gesamtumsatz und die Anzahl der Beschäftigten für die Jahre 2014 bis 2016 angegeben. Die Zahlen weichen, ebenso wie die Zahlen im Schreiben des Steuerberaters, inhaltlich von den Angaben im Teilnahmeantrag ab. Die Antragsgegnerin wies mit Schreiben vom 12.03.2018 die Rüge der Antragstellerin zurück. Im Schreiben wird ausgeführt, dass der Sachverhalt intensiv geprüft worden sei und ein Ausschluss der Beigeladenen nicht in Betracht komme. Referenzen von Vorgängerbüros seien berücksichtigungsfähig. Die Beigeladene habe auch ihre Umsätze für die vorangegangenen 3 Geschäftsjahre nachgewiesen, diese seien von einem Wirtschaftsprüfer bestätigt worden. Ebenso sei die Mitarbeiterzahl von mindestens 15 Personen nachgewiesen.

12

Daraufhin reichte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16.03.2018 einen Nachprüfungsantrag ein mit der Zielsetzung, dass die Beigeladene den Zuschlag nicht erhält und im Verhandlungsverfahren auch nicht berücksichtigt wird. Zur Begründung führte die Antragstellerin aus:

13

Die Beigeladene hätte zum Verhandlungsverfahren nicht zugelassen werden dürfen, da die Kriterien Referenzen, Gesamtmitarbeiterzahl und Gesamtumsatz auf den Bewerber abstellen und nicht auf etwa dahinterstehende Personen. Da die Beigeladene erst im Jahre 2016 neu gegründet worden sei, könne sie im Rahmen der Eignungsprüfung nicht die maximale Punktzahl erreicht haben. Eine Zurechnung von

Referenzen könne nur dann erfolgen, wenn nicht lediglich bei dem Projektleiter und dem stellvertretenden Projektleiter, sondern auch beim sonstigen Projektteam weitgehende Identität zwischen den Personen vorliege. Die Beigeladene habe auch nicht den durchschnittlichen Umsatz von 1,5 Millionen in den Jahren 2014 bis 2016 erreicht. Die Zurechnung der Umsätze dritter Unternehmen sei unzulässig.

14

Die Antragsgegnerin trat dem Nachprüfungsantrag entgegen und führte zur Begründung aus:

15

Die Prüfung der Referenzen der Beigeladenen hätte die Befähigung der Mitarbeiter der Beigeladenen für das Projekt bestätigt. Die gewählten Referenzen seien alle durch das Team ausgeführt worden, welches auch beim jetzigen Bauvorhaben tätig werde. Die Beigeladene habe ihre Bürogeschichte und den Werdegang ihrer Mitarbeiter in den vergangenen Jahren offengelegt. Die Referenzen zeigten, dass der Mitarbeiterstamm über Jahre bereits Projekte in dieser Größenordnung sowohl in finanzieller als auf fachlicher Hinsicht erfolgreich bestritten habe. Auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei nachgewiesen. Der Umsatz, welche durch den Mitarbeiterstand im verlangten Zeitraum erarbeitet worden sei, könne bei den Vorfirmierungen herausgerechnet werden und sei durch einen Wirtschaftsprüfer bestätigt. Die Beigeladene sei damit geeignet und zu Recht zur Präsentation eingeladen worden.

16

Die Vergabekammer gab mit Beschluss vom 19.04.2018 dem Nachprüfungsantrag statt und ordnete an, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

17

Zur Begründung führte die Vergabekammer aus, dass die Wertung des Teilnahmeantrags der Beigeladenen nicht vergaberechtskonform gewesen sei. Hierdurch sei die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Die Wertung der Angebote sei zu wiederholen. Die Bewerbung der Beigeladenen habe bei der Bewertung des durchschnittlichen Gesamtumsatzes zu Unrecht die maximale Punktzahl erhalten. Der Gesamtumsatz des Bewerbers sei keine Angabe,

die sich auf einzelne Mitarbeiter beziehe, sondern sei eine unternehmensbezogene, betriebswirtschaftliche Größe. Eine entsprechende Anwendung der Rechtsprechung der Vergabekammer Südbayern zu den Mitarbeiterreferenzen scheidet daher aus. Auch bei der Bewertung der durchschnittlichen Mitarbeiterzahlen habe die Bewerbung der Beigeladenen zu Unrecht die maximale Punktzahl erhalten. Auch hier habe die Beigeladene Angaben zu den Geschäftsjahren gemacht, die vor ihrer Gründung gelegen hätten. Die abgefragten Beschäftigungszahlen würden sich auf das gesamte Büro des Bewerbers beziehen. Es könne nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters nicht davon ausgegangen werden, dass die Vergabestelle mit ihrer Vorgabe auch Vorgängerbüros des jeweiligen Bewerbers miteinschließen wollte. Die Wertung der Referenzen der Beigeladenen sei dagegen rechtmäßig erfolgt, da Referenzen in erster Linie personengebunden seien.

18

Ergänzend wird Bezug genommen auf den Beschluss der Vergabekammer.

19

Die Antragsgegnerin legte mit Schriftsatz vom 7. Mai 2018 sofortige Beschwerde und beantragte, den Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 19.4.2018 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16.3.2018 zurückzuweisen. Die Antragsgegnerin trägt zur Begründung vor:

20

Sie habe den Teilnahmeantrag der Beigeladenen vergaberechtskonform gewertet. Die Beigeladene habe durch das Begleitschreiben, ihre Angaben im Teilnahmeantrag und das Schreiben der Steuerberater nachvollziehbar dargelegt, dass beim Projektteam und der gesamten organisatorischen Einheit der Beigeladenen eine weitgehende Identität und Kontinuität der handelnden Personen gegeben sei. Diese organisatorische Einheit habe über die geänderten Rechtsformen hinweg mit der angegebenen Mitarbeiterzahl bestanden, die angegebenen Umsätze erwirtschaftet und die benannten Referenzobjekte bearbeitet. Die Entscheidung der Vergabekammer zur Übertragbarkeit unternehmensbezogener Referenzen sei bei rein

personengebundenen Dienstleistungsaufträgen übertragbar auf die Zahl der Beschäftigten und die Umsätze. Anderenfalls würden diese Eignungskriterien dazu missbraucht, um durch die Hintertür sogenannte Newcomer auszuschießen. Die Beigeladene sei zweifelsohne geeignet, deshalb wäre ihr auch bei Wiederholung der Angebotswertung der Zuschlag zu erteilen. Abgesehen davon sei die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt, da sie ja an der Präsentation teilnehmen können.

21

Die Entscheidung der Vergabekammer sei zudem nicht geeignet, eine Rechtsverletzung der Beteiligten des Vergabeverfahrens nachhaltig zu beseitigen. Dies wäre nur bei einer Zurücksetzung in das Stadium der Wertung der Teilnahmeanträge möglich.

22

Die Antragsgegnerin beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen, und trägt zur Begründung vor:

23

Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 12 der Richtlinie 2014/24/EU sei Bewerber diejenige Rechtspersönlichkeit, der auch der Zuschlag erteilt werden könne. Um die Teilnahme beworben habe sich die Beigeladene nicht aber die Organisationseinheit, deren Referenzen, Umsatzzahlen und Mitarbeiter die Antragsgegnerin der Beigeladenen zurechnen möchte. Die Beigeladene habe bis zu ihrer Neugründung im Oktober 2016 keine selbst keine Mitarbeiter beschäftigt und auch keine Umsätze getätigt. Die von der Antragsgegnerin angesprochene Organisationseinheit habe keine eigene Rechtspersönlichkeit besessen, sei nur Bestandteil von Drittfirmen gewesen und habe zu keinem Zeitpunkt Mitarbeiter beschäftigt und Umsätze getätigt. Eine Zurechnung von Umsätzen innerhalb einer Unternehmensgruppe sei unzulässig.

24

Nach der Entscheidung der Vergabekammer habe die Antragsgegnerin die ihr vorliegenden Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu werten und damit sei die von der Vergabekammer angeordnete Maßnahme auch geeignet, die festgestellte Verletzung der Rechte der Antragstellerin zu beseitigen.

25

Die Beigeladene hat sich an dem Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

B**26**

Die zulässige Beschwerde erwies sich im Ergebnis als unbegründet.

27

Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im Ergebnis zu Recht stattgegeben, da die Beigeladene vergaberechtswidrig zu dem Verhandlungsgespräch zugelassen wurde und dadurch die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt wurde (§ § 168 Abs. 1; 97 Abs. 6 GWB).

I.**28**

Zutreffend hat die Vergabekammer die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bejaht. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags reicht die schlüssige Behauptung aus, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlaufe des Vergabeverfahrens missachtet worden sein sollen und dass gerade durch den gerügten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des Antragstellers auf eine Berücksichtigung seiner Bewerbung oder die Erteilung des Zuschlags beeinträchtigt worden sein könnten. Diesen Anforderungen genügte der Vortrag der Antragstellerin. Ob tatsächlich eine Rechtsverletzung vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit.

II.**29**

Die Vergabekammer hat zutreffend festgestellt, dass der Beigeladenen bei der Auswahl der Teilnehmer, die nach den Vorgaben der Vergabestelle zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollten, zumindest bezüglich des Mindestumsatzes zu Unrecht die Höchstpunktzahl zuerkannt wurde. Da 5 weitere Teilnehmer die Höchstpunktzahl von 100 erzielt haben und nicht mehr als 5 Bewerber ausgewählt werden sollten, fällt die Beigeladene bereits dann aus dem engeren Bieterkreis, wenn sie nur bei einem Kriterium nicht die Höchstpunktzahl erhalten kann. Die Beigeladene wäre

mithin bei korrekter Anwendung der Auswahlkriterien nicht in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens gelangt.

30

1. Der Senat hat bereits Zweifel, ob nicht schon auf der Basis der Angaben der Beigeladenen im Teilnahmeantrag die Vergabe der Höchstpunktzahl für die Umsätze inkorrekt war. Es bestehen Bedenken, Ziffer III.1.2.1 der Ausschreibung dahingehend zu verstehen, dass letztendlich nicht die jeweiligen Jahresumsätze, sondern ein Gesamtumsatz der letzten drei Jahre (2014-2016) von > 4,5 Mio € netto die Zuerkennung der Höchstpunktzahl rechtfertigt. Wie sich aus den Erläuterungen des Vertreters der Vergabestelle in der mündlichen Verhandlung ergeben hat - die Dokumentation enthält hierzu keine näheren Darlegungen - hielt es die Vergabestelle dagegen für vertretbar, der Beigeladenen, die nach ihren eigenen Angaben zwar insgesamt einen Umsatz von > 4,5 Mio € hatte, jedoch nur in zwei von drei Jahren einen Umsatz von > 1,5 Mio € gemacht hat, die volle Punktzahl zu geben. Dagegen scheint die Bekanntmachung eher auf den Umsatz der einzelnen Jahre abzustellen, was bedeuten würde, dass nur derjenige die Höchstpunktzahl erhält, der jedes Jahr 1,5 Mio € oder mehr Umsatz hatte.

Die Angabe der Umsätze der letzten drei Jahre dient dazu, Erkenntnisse über den Umfang der Geschäftstätigkeit und der Etablierung des Bewerbers auf den Markt zu gewinnen. Hat ein Büro in einem (oder auch zwei) Jahren einen sehr hohen Umsatz, in einem weiteren (z.B. im Jahr 2016) dagegen einen niedrigen Umsatz, kann dies eine andere Einschätzung zur wirtschaftlichen Solidität und Leistungsfähigkeit rechtfertigen, als konstante Umsätze über drei Jahre von mindestens 1,5 Mio €. Klarstellend ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass es dabei nicht darum geht, ob in der Bekanntmachung Mindestkriterien zur Eignung enthalten sind. Entscheidend ist vielmehr, dass die Vergabestelle in der Bekanntmachung bindende Kriterien zur Auswahl der Teilnehmer und insbesondere zur Zuerkennung der Höchstpunktzahl im Auswahlverfahren ge-

macht hat, an die sie sich aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung auch halten muss. Dass in diesem Zusammenhang auch ein „Mehr an Eignung“ bei der Auswahlentscheidung herangezogen werden kann, ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung anerkannt.

31

Bei diesem Verständnis des Kriteriums hätte die Beigeladene, ganz gleich welche Angaben zugrunde gelegt werden, nicht die Höchstpunktzahl hinsichtlich des Kriteriums Umsätze netto erhalten dürfen, da die Beigeladenen mindestens in einem Geschäftsjahr Umsätze unter 1,5 Mio € angeben hat.

32

2. Der Senat tritt darüber hinaus der Auffassung der Vergabekammer bei, dass die Beigeladene ausreichende Umsätze für die Jahre 2014 und 2015 sowie teilweise für das Jahr 2016 nicht belegt hat und auch nicht konnte, da sie erst zum 1. Oktober 2016 ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen hat. Durch die Verschmelzung der Firma S. Projektmanagement GmbH mit der B Bauperformance GmbH wurde die Firmenkontinuität der ursprünglichen S. S. Projektmanagement GmbH & Co.KG unterbrochen und sie kann sich daher weder auf die Umsätze der Firma S. Projektmanagement GmbH noch auf die Umsätze der Firma B Bauperformance GmbH berufen.

33

Auch hier ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Vergabestelle durch die Angabe der Gesamtumsatzzahlen in die Lage versetzt werden, sich u.a. ein Bild darüber zu machen und zu bewerten, in welchem finanziellen Rahmen sich die bisherige Geschäftstätigkeit eines Bieters bewege und ob er voraussichtlich über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt, die für die Ausführung des konkreten Auftrags notwendig ist. (OLG Koblenz Urt. v. 25.9.2012 -1 Verg 5/12, IBRRS 2012, 3573). Zum anderen geht es - wie dargelegt - um zulässige, von keinem Bewerber beanstandete Auswahlkriterien bei einem Teilnahmewettbewerb und nicht um die Frage der generellen Eignung.

34

Insoweit handelt es sich um firmenbezogene Angaben, die nicht ohne weiteres durch rein rechnerische Teilumsätze eines Büros an einem

bestimmten Standort (hier M.) für Zeiträume, in denen das Büro unselbständig und nur ein organisatorischer Teil einer anderen Firma (hier Fa. B Bauperformance GmbH) war, ersetzt werden können. Es kommt hinzu, dass die S. GmbH ab 30.6.2013 zunächst gesellschaftsrechtlich mit der Firma B verbunden und ab 9.6.2015 mit einer Tochterfirma des Baukonzerns B verschmolzen wurde und somit in einen größeren Firmenverbund eingegliedert war. Auch wenn die vier Partner der Beigeladenen neben weiteren Mitarbeitern in den Jahren 2014-2016 bei den jeweiligen Gesellschaften für das Büro M. tätig waren, haben sich ab dem 1.10.2016 durch die Auflösung der engen Verflechtung mit der Baukonzerns B die Verhältnisse grundlegend geändert. Das Büro M. wird nunmehr in der Rechtsform einer PartGmbH geführt. Die Umsatzzahlen von 2014 bis zum 31.10.2016 sind damit nicht geeignet, die Vergabe der Höchstpunktzahl zu rechtfertigen, da die „herausgerechneten“ Umsatzzahlen der Jahre 2014 bis 2016 keinen Beleg liefern können, dass sich die neugegründete Firma unter den geänderten Voraussetzungen bereits drei Jahre lang am Markt bewährt hat.

35

Zu berücksichtigen sind außerdem die praktischen Schwierigkeiten der Zuordnung von Umsätzen, die mangels Bilanzen bzw. gesonderten Jahresüberschussrechnungen für das Büro M. für die Zeit vor Oktober 2016 nicht zuverlässig feststellbar sind. Problematisch erscheint weiterhin, wer bei solchen grundlegenden Veränderungen in der Firmengeschichte, bei der es zu Verschmelzungen, Abspaltungen und einer erklärten Neugründung eines Unternehmens gekommen ist, welche Umsätze aus der Vergangenheit bei Teilnahmewettbewerben (allein) für sich reklamieren kann.

36

Auch unter diesen Gesichtspunkten hält es der Senat nicht für vergaberechtskonform, dass die Antragsgegnerin der Beigeladenen für das Kriterium „Umsatz“ die Höchstpunktzahl gegeben hat.

37

3. Selbst dann, wenn man annimmt, dass es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, dass sich ein Bewerber auf Umsätze beruft, die

er in der Vergangenheit „mit seiner organisatorischen Einheit“ in einer anderen Firmenkongstellation erzielt hat, hätte die Beigeladene nicht die Höchstpunktzahl erhalten dürfen.

38

a) Die Angaben der Beigeladenen in ihrem Teilnahmeantrag waren unzureichend und hätten zu einer vertieften Prüfung Anlass geben müssen. Im Anschreiben zu dem Teilnahmeantrag heißt es lediglich, dass die Beigeladene aus der Firma S. S. Projektmanagement „hervorgegangen“ sei. Weitergehende Angaben zu der - weitaus differenzierten - Firmenhistorie enthält das Anschreiben nicht. Auf dem Bewerbungsbogen ist als Gründungsdatum nur das Gründungsjahr 2016 eingetragen worden. Daraus folgt, dass zunächst einmal Umsatzzahlen für die Jahre 2014 und 2015 nicht belegt waren. Der Antragsgegnerin hätte allein der Hinweis im Anschreiben nicht genügen dürfen, um die angegebenen Umsätze für die Jahre 2014 und 2015 der Beigeladenen zuzurechnen.

39

b) Die Antragsgegnerin sah sich auch veranlasst, nach Eingang der Rüge der Antragstellerin die Bewertung noch einmal zu überprüfen. Der Antragsgegnerin lagen nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung im Zeitpunkt der Zurückweisung der Rüge das Schreiben der Steuerberatungsgesellschaft vom 1.2.2018 und das Zertifikat (nebst Anlagen) der Präqualifizierungsdatenbank des Auftragsberatungszentrums Bayern vor. Es ist zunächst festzustellen, dass die genannten Umsatzzahlen in dem Teilnahmeantrag, in der Anlage zu dem Zertifikat und in dem Schreiben der Steuerberater nicht identisch sind und teilweise erheblich voneinander abweichen. Ausweislich der Angaben in dem Zertifikat blieben die Umsätze nicht nur in einem, sondern in zwei Jahren unter 1,5 Mio €, sie betragen in der Addition auch weniger als 4,5 Mio €. Auch die Umsatzzahlen in dem Teilnahmeantrag und dem Schreiben der Steuerberater weichen voneinander ab, wobei der - nach Lesart der Vergabestelle - für die Bewertung für die Zuerkennung der Höchstpunktzahl erforderliche Gesamtumsatz gerade erreicht wird. Das Schreiben der Steuerberatungsgesellschaft stellt auch kein Testat dar und enthält keine Angaben, die der Steuerberater auf-

grund eigener Prüfung der Bilanz und Unterlagen festgestellt hat, sondern er verweist ausdrücklich auf Auskünfte Dritter, ohne die Quelle der Auskunft genau zu benennen. Die Angaben sind gerundet bzw. geschätzt. Wer die Umsatzzahlen für das Büro M. für die Jahre 2014 bis 2016 (bis zur Neugründung) herausgerechnet hat und wie dies erfolgt ist, erschließt sich nicht. Auch mit diesen Informationen lässt sich damit die Zuerkennung einer Höchstpunktzahl nicht rechtfertigen, zumal erhebliche und relevante Widersprüche verbleiben.

40

Besonders bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die Angaben der Beigeladenen gegenüber der Präqualifikationsstelle, die nur wenige Monate vor der Bewerbung gemacht wurden. Die Umsätze dort liegen deutlich unter den Umsätzen, wie sie im Teilnahmeantrag genannt sind, darüber hinaus wurde auch eine niedrigere Zahl von Mitarbeitern für die vergangenen Jahre genannt (was im Übrigen ebenfalls zu einem Punktabzug hätte führen müssen).

41

Die (auf Rüge nachgeholte) Aufklärung der Angaben der Beigeladenen hat damit die - schon durch den Teilnahmeantrag objektiv gerechtfertigten - Zweifel, ob man Umsatzzahlen aus der Vergangenheit überhaupt heranziehen kann und wenn ja, wie hoch sie tatsächlich waren, nicht beseitigt, sondern noch verstärkt.

42

Nachdem bereits im Zuge der Rüge weitere Aufklärung durchgeführt wurde und sich auch im Verfahren keine weiteren Erkenntnisse mehr zugunsten der Beigeladenen ergeben haben, sieht der Senat auch keinen Raum für eine nochmalige Prüfung und Aufklärung, zumal die Beigeladene trotz der für sie ungünstigen Entscheidung der Vergabekammer von einer Teilnahme am Beschwerdeverfahren abgesehen hat.

43

4. Eine andere Beurteilung ist auch nicht im Hinblick auf § 45 Abs. 5 VgV geboten. Wie dargelegt, geht es vorliegend nicht um die Frage der generellen Eignung der Beigeladenen, sondern um Auswahlkriterien für einen Teilnahmewettbewerb. In diesem Zusammenhang

darf man anerkanntermaßen ein „Mehr an Eignung“ berücksichtigen. Dem steht auch die Rechtsprechung zur Wahrung von Chancen neuer Marktteilnehmer bei der Vergabe öffentlicher Aufträge entgegen. Ergänzend ist nochmals festzustellen, dass eine Rüge der Auswahlkriterien nicht erfolgt ist, insbesondere auch nicht von der Beigeladenen.

III.

44

Die vergaberechtswidrige Einladung der Beigeladene zu den Verhandlungsgesprächen hat die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

45

1. Die Feststellung einer subjektiven Rechtsverletzung setzt nicht voraus, dass feststeht, dass die Antragstellerin bei Einhaltung der Vergabevorschriften den Zuschlag erhalten hätte. Es reicht nach der Rechtsprechung des Senats vielmehr aus, dass nicht oder nicht zuverlässig beurteilt werden kann, ob der Antragsteller bei vergaberechtskonformer Korrektur des Verfahrens in der Wertung den ersten Platz erringen kann (OLG München vom 19.03.2009, Verg 2/09, vom 21.05.2010 2/10; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.4.2010 - VII-Verg 60/09). Der Senat ist darüber hinaus der Auffassung, dass sich der Anspruch des Bewerbers in einem Teilnahmeverfahren nicht darin erschöpft, überhaupt in die engere Wahl zu kommen. Vielmehr hat er aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung und der Transparenz des Verfahrens auch einen subjektiven Anspruch darauf, dass das Auswahlverfahren, das die Vergabestelle festlegt, auch in Bezug auf seine Konkurrenten eingehalten wird.

46

Wie dargelegt, wurde die Beigeladene zu Unrecht zu dem Verhandlungsgespräch zugelassen. Wäre die Auswahl vergaberechtskonform durchgeführt worden, hätte die Beigeladene kein Angebot abgeben können. Bei dieser Sachlage liegt auf der Hand, dass die Antragstellerin durch die Teilnahme der Beigeladenen und die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung zugunsten eines objektiv zu Unrecht zugelassenen Teilnehmers in ihren Rechten verletzt ist. Dies mag anders sein, wenn ein Teilnehmer ohnehin

noch hinter anderen rechtmäßig zugelassenen Bewerbern liegt, was hier aber nicht der Fall ist.

47

2. Die Begründung der Vergabekammer Baden-Württemberg (Beschl. Vom 5.7.2018 1 VK 20/18), dass sich ein Vergaberechtsverstoß im Teilnahmewettbewerb allein in einer möglichen unrichtigen Reihenfolge der Teilnehmer erschöpft und für die beabsichtigte Zuschlagserteilung an einen vergaberechtswidrig zu dem Verhandlungsgespräch eingeladenen Bieter nicht mehr ursächlich ist, sondern von einer Unterbrechung der Kausalität auszugehen ist, vermag den Senat nicht zu überzeugen.

48

Wie dargelegt, wäre es bei korrekter Vorgehensweise der Vergabestelle gar nicht zur Angebotsabgabe durch die Beigeladene gekommen. Von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhang kann insoweit nicht gesprochen werden, da der Teilnahmewettbewerb und das Verhandlungsgespräch aufeinander aufbauen und Vergaberechtsverstöße im Teilnahmewettbewerb sich in der zweiten Stufe des Verfahrens fortsetzen und von einem Bieter auch nach Abschluss der zweiten Stufen gerügt werden können. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Teilnehmer vergaberechtswidrig zu dem weiteren Verfahren zugelassen worden ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 17.9.2015 - Verg 3/15). Hinzu kommt, dass in aller Regel aus Gründen des Geheimschutzes zwischen den einzelnen Stufen des Verfahrens keine Mitteilung erfolgt, wer ausgewählt ist, so dass Fehler auf der ersten Ebene (Auswahl) nicht frühzeitig erkannt und gerügt werden können.

IV.

49

Gemäß § 168 GWB sind geeignete Maßnahmen zu treffen, um den Vergaberechtsverstoß zu beseitigen, wobei die Entscheidung zwischen mehreren vergaberechtskonformen Möglichkeiten der Antragsgegnerin obliegt. Im Übrigen ist auf die Ausführungen im Beschluss der Vergabekammer zu verweisen mit folgenden Ergänzungen:

50

1. Die Vergabekammer hat angeordnet, dass die Wertung der Angebote zu wiederholen ist.

Diese Vorgabe beinhaltet auch ohne ausdrücklichen Ausspruch, dass das Angebot der Beigeladenen, da sie zu Unrecht zu den Verhandlungsgesprächen geladen wurde, bei einer Fortsetzung des Verfahrens unberücksichtigt bleiben muss.

51

Für eine nachträgliche Zulassung der Beigeladenen sieht der Senat aktuell keinen Raum. Auch eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens vor Bewertung der Teilnahmeanträge erscheint nicht erforderlich, um eine vergaberechtskonforme Durchführung des Verfahrens sicherzustellen.

52

2. Allerdings kann die Antragsgegnerin bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht berücksichtigen, dass das durch Los ausgeschiedene Büro - aber auch nur dieses - bei korrekter Vorgehensweise die Chance zur Beteiligung an den Verhandlungen gehabt hätte. Es kommt somit in Betracht, unter Einbeziehung dieses Büros Teile des Verhandlungsverfahrens zu wiederholen. Insoweit hat die Antragstellerin keinen Anspruch darauf, dass sie nur mit den verbliebenen zwei weiteren Unternehmen konkurrieren muss. Richtig ist zwar, dass sich das andere Büro bislang nicht dagegen zur Wehr gesetzt hat, dass es nicht eingeladen wurde, wobei unbekannt ist, ob insoweit Absageschreiben verschickt wurden. Es ist aber auch nicht ungewöhnlich, dass bei einer Korrektur eines Vergabeverfahrens Bewerber ohne eigene Rügen neue Chancen erhalten.

53

Allerdings würde es der Senat auch für unbedenklich halten, wenn die Antragsgegnerin vorab bei dem durch Los ausgeschiedenen Unternehmen anfragt, ob dieses noch an einer Auftragserteilung interessiert ist und einer Einladung zu einem Verhandlungsgespräch Folge leisten würde. Sofern die Firma eine Teilnahme ablehnt, sieht der Senat keine Notwendigkeit für eine Wiederholung der Verhandlungsgespräche. Vielmehr könnte dann das Verfahren

durch Bewertung der durchgeführten Präsentationen - unter Ausschluss der Beigeladenen - zum Abschluss gebracht werden.

V.

54

Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V. m. § 78 S.2 GWB. Für eine Kostenquote- lung ist kein Raum, da die Antragsgegnerin, deren Ziel die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin war, im Beschwerdeverfahren vollständig unterlegen ist. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Senat abweichend von der Vergabekammer eine gewisse „Modifikation“ des weiteren Verfahrens (ggf. Beteiligung des durch Los ausgeschiedenen Büros) für zulässig erachtet.

OLG München, Beschluss v. 30.07.2018 – Verg 05/18: Fehlen im Angebot des Bieters mehrere Preisangaben, kommt es gemäß § 13 EU I Nr. 3 VOB/A weder auf die Wettbewerbsrelevanz noch auf die Wesentlichkeit der fehlenden Positionen an

Vom öffentlichen Auftraggeber in der Ausschreibung geforderte Preisangaben sind vom Bieter auch dann anzugeben, wenn die zu bepreisenden Leistungen nicht sofort mit Zuschlagserteilung, sondern erst im Nachgang beauftragt werden. Auch für Eventualpositionen sind geforderte Preisangaben zwingend bekannt zu geben. (Rn. 15). Fehlen im Angebot des Bieters mehrere Preisangaben, kommt es gemäß § 13 EU I Nr. 3 VOB/A weder auf die Wettbewerbsrelevanz noch auf die Wesentlichkeit der fehlenden Positionen an.

Gründe

I.

1

Die Vergabestelle hat am 29.12.2017 europaweit im Offenen Verfahren für das Bauvorhaben einer Universität, Gebäude technische Zentrale, Leistungen zur Erneuerung der Energieversorgung (Heizkessel- und BHKW-Anlagen) ausgeschrieben. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

2

In der Angebotsaufforderung (Formular 211 EU) sind unter C) die Anlagen genannt, die „so weit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind“. An letzter Stelle ist dort das „Vertragsformular für Instandhaltung: siehe Ausschreibungsunterlagen“ genannt. Das Formblatt 242.H (Instandhaltung) enthält den Hinweis, dass Gegenstand des Angebots sowohl die Erstellung der Anlage als auch deren Wartung ist. Weiter heißt es darin, dass im Vertragsformular und in der Anlage zum Vertragsformular „die geforderte Vergütung und die dazu geforderten Angaben einzutragen“ sind. Weiterhin sind in einer gesonderten Aufstellung/Arbeitskarte die regelmäßigen Leistungen (Inspektions- und Wartungsarbeiten ein-

schließlich Zeitabständen) für die verschiedenen Anlagenteile/Geräte einzutragen. Unter Ziffer 4 des Formulars 242.H heißt es, dass das Angebot insgesamt (und damit, auch der Angebotsteil Erstellung der Anlage) ausgeschlossen wird, falls der Angebotsteil Instandhaltung nicht wertbar ist.

3

Die Ausschreibungsunterlagen enthielten neben dem umfangreichen Leistungsverzeichnis (Neubau Energiezentrale einschließlich Erschließung sowie Umbaumaßnahmen in der bestehenden Zentrale) zwei Vertragstexte für Wartung und Inspektion. Das eine Exemplar betraf die AWG-, Lüftungs- und Wärmeversorgungsanlagen inkl. MSR, das andere Exemplar betraf das BHKW. Als Gegenstand des Vertrages wird dort die Wartung und Inspektion, sowie kleine Instandsetzungsarbeiten an den technischen Anlagen und Einrichtungen genannt. Dem Auftragnehmer werden zum einen die in den Arbeitskarten beschriebenen Leistungen übertragen, er hat auch im Zusammenhang mit der Wartung die Instandsetzungsarbeiten auszuführen, die zur Wiederherstellung des Sollzustandes unerlässlich sind (Ziff. 2.2) und er hat auch außerhalb der regelmäßigen Wartungstermine Störungen, die die Anlagensicherheit beeinträchtigen oder die Gebäudenutzung gefährden, nach Aufforderung zu beseitigen (Ziff. 2.4). in Ziffer 5 der beiden Vertragsmuster heißt es weiter:

„5. Vergütung

5.1 Für die in der/den Bestandsliste/n aufgeführte/n Anlage/n wird/werden nachstehende jährliche Vergütung/en (Fussnote 8: Getrennte jährliche Vergütungen sind nur zu vereinbaren, wenn in einem Vertrag mehrere unterschiedliche Anlagen zusammengefasst werden,) unter Zugrundelegung des zum Zeitpunkt des Entstehens der Steuer geltenden Umsatzsteuersatzes vereinbart (Fussnote 9: vom Bieter auszufüllen):

Für ... von ... €

Für ... von ... €

Für ... von ... €

Für ... von ... €

Summe

+ Umsatzsteuer ...%... €

Gesamtbetrag ... €

Mit dieser Vergütung sind abgegolten:

-

die Wartung nach 2.1.,

-

die Instandsetzung nach Nr. 2.2 mit Lieferung benötigter Klein-/Ersatzteile bis zum Nettowert von insgesamt 25 € je Wartung und Anlage (Ersatzteile mit einem Nettowert über 25 € je Teil werden gesondert vergütet),

-

die Kosten für die in Nr. 3.2 bezeichneten Hilfsmittel und -Stoffe,

-

die Kosten von entsprechend der Arbeitskarte zu liefernden Materialien

-

...

5.2 Leistungen nach Nr. 2.4 werden wie folgt vergütet (netto): (Fussnote 10:vom Bieter auszufüllen)

Stundenverrechnungssatz: Obermonteur...€

Monteur ...€

Helfer ... €

Zuschlag für Leistungen außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit

Überstunden ...%

Nacht-/Schichtarbeit ...%

Sonn-/Feiertagsarbeit ...%

Fahrtkosten (An- und Abfahrt): ...€/Auftrag

Entfernung Einsatzort -nächstgelegene Niederlassung ...km

68

Km-Pauschale pro Fahrkilometer...€/km

Für die Fahrzeit werden keine Arbeitsstunden vergütet. Anhang 2 der Verträge enthielt Arbeitskarten, wobei das Deckblatt „BHKW“ noch einen besonderen Hinweis zu den Angaben enthielt, die der Bieter mit Angebotsabgabe machen musste.

4

Die Antragstellerin hat neben 7 anderen Bietern fristgerecht ein Angebot abgegeben, das rechnerisch an erster Stelle liegt. Das Angebot der Antragstellerin wies im Angebotsschreiben unter Ziff. 2 die Bruttopreise für den Gesamtauftrag und die Gesamtsumme der jährlichen Vergütung für die Instandhaltungsverträge aus. Die beiden Wartungsvertragsformulare gab die Antragstellerin zwar mit dem Angebot ab, füllte sie jedoch nicht aus. Auch nannte sie in den Arbeitskarten keine Fristen für die Wartungsarbeiten für den Betrieb des BHKW-Anlage. Das Angebot der Beigeladenen nimmt Rang 2 ein.

5

Mit Schreiben vom 14.03.2018 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, da es Preise nicht enthalte und nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass beide Wartungsverträge nicht ausgefüllt worden seien und dass die geforderten Arbeitskarten fehlen. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag am 26.03.2018 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

6

Nach erfolgloser Rüge hat die Antragstellerin am 22.03.2018 Nachprüfungsantrag gestellt, mit dem Ziel, anstelle der Beigeladenen den Zuschlag zu erhalten. Hilfsweise begehrt die Antragstellerin, dass ggf. fehlende Unterlagen nachgefordert werden und anschließend erneut über den Zuschlag entschieden wird.

7

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 28.05.2018, zugestellt

am 01.06.2018 zurückgewiesen. Die Vergabekammer hält den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin gemäß § 16 EU Nr. 3 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A für rechtmäßig. Es würden Preisangaben fehlen, die nach den Ausschreibungsunterlagen verlangt waren. Es könne nicht ausnahmsweise von einem Ausschluss abgesehen werden, da nicht nur eine einzelne unwesentliche Position fehle, sondern mehrere Preisangaben. Ob die unterbliebenen Preisangaben Wettbewerbsrelevanz hätten, sei unerheblich. Aus der Angabe des Gesamtpreises für beide Wartungsverträge könne auch nicht auf die geforderten Einzelpreise zurückgeschlossen werden. Damit seien die Preise der Angebote nicht mehr vergleichbar. Eine Nachforderung oder Aufklärung würde zu einem unzulässigen Nachverhandeln führen. Ob das Angebot der Antragstellerin auch wegen der fehlenden Arbeitskarten auszuschließen sei, könne dahinstehen.

8

Ergänzend wird Bezug genommen auf den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer.

9

Die Beschwerdeführende Antragstellerin ist der Auffassung, die Entscheidung der Vergabekammer sei nicht haltbar. Sie meint, die Vergabekammer habe sich über obergerichtliche Rechtsprechung hinweggesetzt und wesentlichen Vortrag der Antragstellerin unberücksichtigt gelassen. Die beiden Wartungsverträge sollten nicht Vertragsbestandteil werden, wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe. Vielmehr sei eine (spätere) Beauftragung mit Wartungsleistungen nur beabsichtigt gewesen. Die dort einzutragenden Preise seien nicht wertungsrelevant. Die für die Zuschlagsentscheidung maßgeblichen Preise habe die Antragstellerin an den dafür vorgesehenen Stellen der Ausschreibungsunterlagen angegeben. Außerdem seien die fraglichen Preisangaben unwesentlich i.S.v. § 16 EU Nr. 3 VOB/A. Darüber hinaus sei nicht berücksichtigt worden, dass die Antragstellerin den Gesamtpreis für die Wartung mitgeteilt habe. Die Vergabestelle könne mithin die Wirtschaftlichkeit des Angebots prüfen. Eine nochmalige Aufzählung

des Preises für die einzelnen Jahre und die Angabe der nur für Nebenaufträge relevanten Stundenverrechnungssätze sei eindeutig „unwesentlich“, zumal sie gar nicht die regulären Wartungsarbeiten betreffen würden.

10

Entscheidend sei im Übrigen, dass die fehlenden Preisangaben keinerlei Einfluss auf das Ergebnis der Preiswertung hätten. Das Submissionsergebnis sei stets dasselbe. Gestützt auf eine Entscheidung des OLG Celle vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, ein Ausschluss komme nicht in Frage, wenn die Angaben keine Relevanz für die Vergabeentscheidung hätten.

11

Da zwischen den beiden Vertragsmustern kein Unterschied bestehe, sei eine Aufteilung des Gesamtpreises auf die einzelnen Verträge auch unnötig gewesen. Argumente wie fehlende Transparenz und Vergleichbarkeit seien nicht stichhaltig. Es handele sich im Übrigen auch nicht um „mehrere“, sondern allenfalls um eine fehlende Preisposition im Sinne der VOB/A. Ohnehin sei die Regelung in der VOB/A fragwürdig.

12

Der Antragsgegner verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und meint unter Bezugnahme auf diverse Entscheidungen der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs, dass der Angebotsausschluss rechtmäßig und zwingend ist.

II.

13

Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ist abzulehnen, da unter Abwägung der widerstreitenden Interessen dem Fortgang des Vergabeverfahrens Vorrang einzuräumen ist, § 173 Abs. 2 GWB. Nach summarischer Prüfung hat die Beschwerde der Antragstellerin keine Aussicht auf Erfolg.

14

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (EU) i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (EU) sind Angebote, in denen eindeutig und unmissverständlich verlangte Preisangaben fehlen oder unzutreffend angegeben worden sind, allein deswegen und zwingend von der Wertung auszuschließen (vgl. OLG Düsseldorf vom 24.09.2014, Verg 19/14, Rn. 15). Ausgenommen sind nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (EU) nur solche Angebote, bei denen lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge, auch bei Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt wird.

15

1. Dass mit Angebotsabgabe die in zwei Vertragstexten enthaltenen Preispositionen für Wartung und Inspektion anzugeben waren, steht außer Zweifel. Die Ausschreibung ist eindeutig und lässt kein anderes Verständnis zu. Die Antragstellerin hat es versäumt, dort Preisangaben zu machen: Das betrifft sowohl die (Einzel-) Preise für die laufenden Wartungsleistungen gemäß Ziffer 5.1 der Verträge, aber auch sämtliche abgefragten Einzelpreise (Stundenverrechnungssätze, Zuschläge, Fahrtkosten u.a.) für die Behebung von Störungen außerhalb der Wartungsintervalle gemäß Ziffer 5.2 i.V.m. Ziffer 2.4 der Verträge. Für die Frage, ob geforderte Preise i.S. der genannten Vorschriften fehlen, kommt es nicht darauf an, ob die zu beziffernden Leistungen sofort mit Zuschlagserteilung beauftragt werden oder erst im Nachgang. Auch für Eventualpositionen sind geforderte Preisangaben zwingend bekannt zu geben, was die Rechtsprechung bereits nach der früheren VOB-Regelung so gesehen hat (vgl. OLG Naumburg vom 05.05.2004, 1 Verg 7/04). Nach der aktuellen Rechtslage gibt es keinen Anlass für eine abweichende Beurteilung (KG Berlin vom 13.05.2013, Verg 10/12, Rn. 23 zitiert nach juris; Holz in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, Rn. 31 Zu § 16 VOB/A (EU)).

16

2. Die Antragstellerin hat die geforderten Preise nicht mitgeteilt. Dass sich aus der im Angebotsschreiben genannten jährlichen Gesamtsumme für Wartungsleistungen nicht erschließt, welchen Preis die Antragstellerin für welchen der beiden Wartungsverträge anbietet, bedarf keiner näheren Erläuterung. Für die weiteren Zusatzleistungen behauptet sie selbst nicht, dass die nachträglich von ihr mitgeteilten Preise für die einzelnen Leistungen erkennbar gewesen wären.

17

3. Ein Absehen vom zwingenden Angebotsausschluss kommt nicht in Betracht, da die in der VOB/A (EU) mittlerweile geregelten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Die Antragstellerin hat entgegen ihrer Meinung nicht nur „eine“ Preisposition nicht mitgeteilt, es sind zweifelsfrei mehrere Preisabfragen unbeantwortet geblieben. Dies folgt schon daraus, dass es sich um 2 Verträge handelt, zudem sind an mehreren Stellen Preise, teils mit weiterer Differenzierung (siehe Ziffer 5.2) abgefragt worden. Damit fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung für den Ausnahmetatbestand.

18

4. Auf die Frage der Wettbewerbsrelevanz und einer (abstrakten oder konkreten) Bedeutung für die Wertungsreihenfolge kommt es, wie die VOB/A (EU) eindeutig festgelegt hat, nicht an. Ebenso wenig kann bei mehreren fehlenden Preisangaben über das Korrektiv der „Wesentlichkeit“ ein Angebotsausschluss vermieden werden (vgl. von Wietersheim, in Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl., Rn. 14 zu § 16 VOB/A; Horn, a.a.O., Rn. 42). Eine andere Aussage enthält auch die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des Senats vom 07.11.2017, Verg 3/17 nicht. Dort fehlte nur eine Preisangabe, deshalb hat der Senat in der zitierten Entscheidung die zweite Voraussetzung des Ausnahmetatbestandes geprüft, nämlich die Frage der Unwesentlichkeit, die letztlich verneint wurde.

19

Auch die von der Antragstellerin bemühte Kommentierung bei Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 2018, Rn. 31, stellt die Rechtslage nach der aktuell gültigen VOB/A nicht in Frage, sondern kritisiert lediglich unter rechtspolitischen Gesichtspunkten den engen Rahmen des Ausnahmetatbestandes.

20

Ebenso wenig kann aus den weiteren, von der Antragstellerin herangezogenen Entscheidungen geschlossen werden, dass nur dann ein Angebotsausschluss rechtmäßig wäre, wenn die abgefragten Preise für die Wertung relevant sind. Richtig ist, dass in aller Regel abgefragte Preise in die Wertung einbezogen werden und damit auch bei der Zuschlagsentscheidung eine Rolle spielen. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die streitgegenständliche Konstellation ungewöhnlich ist. Denn die abgefragten Preise nach 2.4 der Wartungsverträge (Beseitigung akuter Störungen) sind von vorneherein nicht in den Vergleich der Angebotspreise einbezogen worden. Die Kosten für die regelmäßigen Wartungsleistungen hat die Antragstellerin als Gesamtsumme (pro Jahr) ebenfalls mitgeteilt. Der Senat sieht dennoch angesichts der klaren Regelung in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (EU) keinen Raum für eine Erweiterung der engen Voraussetzungen, unter denen ein Angebotsausschluss bei fehlenden Preisangaben ausnahmsweise unterbleibt. Soweit sich die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des OLG Celle vom 02.10.2008, Az. 13 Verg 4/08 stützt, ist festzustellen, dass schon die dort angenommenen Voraussetzungen vorliegend nicht gegeben sind. Denn der Auftraggeber hat klar schon im Rahmen der Vergabeunterlagen deutlich gemacht, dass es ihm auf die in den Wartungsverträgen abgefragten Angaben ankommt. Abgesehen davon unterscheiden sich die früheren Vorschriften der VOB/A (EU) relevant von den seit 2009 geltenden Normen. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (EU) hat die Frage der Wesentlichkeit und der Wettbewerbsrelevanz in den Ausnahmetatbestand aufgenommen, allerdings kommt es nach dem

Willen des Normgebers nur dann auf diese Aspekte an, wenn eben nur einer und nicht – wie hier – mehrere Preisangaben fehlen.

21

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Senat darüber hinaus eher die Parallele zum Fall des OLG Naumburg vom 05.05.2004, Az. 1 Verg 7/04 sieht. Wie auch dort führen die fehlenden Preisangaben in den Verträgen dazu, dass das diesbezügliche Angebot unvollständig ist. Die Abfrage der Preise hatte den Sinn, dass die Leistungen auf der Grundlage der bindenden Angebote der Bieterin vergeben werden können und zwar zu den von der Bieterin genannten Preisen. Dies gilt sowohl für die regulären Wartungsverträge als auch in Bezug auf besondere Arbeiten, die durch außerplanmäßige Störungen notwendig werden. Durch die mangelnden Angaben der Antragstellerin ist dies nun nicht möglich. Welche Preise die Antragstellerin für ihre Leistungen verlangt, ist mit dem Angebot entgegen der Vorgaben nicht mitgeteilt worden. Eine nachträgliche Aufklärung oder Berücksichtigung der später mitgeteilten Ergänzungen würde damit darauf hinauslaufen, dass der Antragstellerin eine inhaltliche Abänderung bzw. inhaltliche Ergänzung ihres nicht vollständigen Angebots ermöglicht wird, was mit den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz nicht vereinbar ist.

22

5. Soweit die Antragstellerin Akteneinsicht beantragt hat, erschließt sich nicht, welche für die Frage des Ausschlusses ihres Angebots relevanten Dokumente sie bislang nicht kennt.

23

6. Der Senat empfiehlt eine Rücknahme der Beschwerde. Im Übrigen wird Gelegenheit gegeben, sich zum Streitwert des Beschwerdeverfahrens zu äußern.

24

Frist zur Stellungnahme: 24.08.2018

Kurz belichtet: Sind die deutschen Anforderungen an eine Selbstreinigung zu streng?

dieser Behörde berechnet wird. EuGH, Urteil vom 24.10.2018 - Rs. C-124/17

1. Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG in Verbindung mit Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass er einer Bestimmung des nationalen Rechts nicht entgegensteht, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer, der seine Zuverlässigkeit trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes nachweisen möchte, die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem begangenen Fehlverhalten in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit nicht nur mit der Ermittlungsbehörde, sondern auch mit dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der diesem eigenen Rolle umfassend klären muss, um Letzterem den Nachweis der Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit zu erbringen, sofern diese Zusammenarbeit auf die Maßnahmen beschränkt ist, die für die betreffende Prüfung unbedingt erforderlich sind.

2. Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass bei einem Verhalten eines Wirtschaftsteilnehmers, das den Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 d dieser Richtlinie erfüllt und von einer zuständigen Behörde geahndet wurde, der höchstzulässige Zeitraum des Ausschlusses ab dem Datum der Entscheidung

Kurz belichtet: Konzession für Bau und Betrieb einer Kita: Verwaltungsgerichte im Unterschwellenbereich zuständig

1. Für eine Streitigkeit um die Vergabe einer Konzession für den Bau und Betrieb einer Kindertagesstätte im so genannten Unterschwellenbereich ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. *)

2. Bei unterschwelligen Ausschreibungen im Vergaberecht ist der Primärrechtsschutz nicht ausgeschlossen, wenn der erfolglose Bieter rechtzeitig von der Vergabe erfährt. Grenze des Primärrechtsschutzes ist allerdings der wirksam erteilte Zuschlag. Insofern kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. *)

3. Auch bei unterschwelligen Konzessionsvergaben im Kindertageseinrichtungsrecht beschränkt sich das Recht des Mitbewerbers auf den Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG. *) OVG Niedersachsen, Urteil vom 29.10.2018 - 10 ME 363/18

Ab sofort lieferbar ! UVgO – Neuerscheinung im Ax Verlag



Sehr geehrte Damen und Herren,

die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) jetzt übersichtlich für Sie zusammengestellt und erläutert von Thomas Ax.

Lesen Sie doch gleich mal rein – unter <http://www.ax-verlag.de/uvgo-neuerscheinung-im-ax-verlag/> gelangen Sie zur Leseprobe.

Das verständliche Handbuch können Sie unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Buch-1.pdf oder per E-

Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Erscheinungstermin: 10.08.2017

Umfang: 164 Seiten

Preis: € 19,90

Leasing-Leitfaden – JETZT im Ax Verlag!



Druckfrisch und aktuell!

ÖPP-Projekte sind in aller Munde – ihre Bedeutung bei Vergaben nimmt stetig zu! Informieren Sie sich jetzt über den Bereich Leasing durch öffentliche Auftraggeber. Die wesentlichen Gesetzestexte sowie Verwaltungsvorschriften und weitere Erklärungen rund um das Thema Leasing durch die öffentliche Hand haben wir für Sie zusammengestellt. Ob Wirtschaftlichkeit, kreditähnliche Rechtsgeschäfte oder Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen, ob im Bund, in den Bundesländern oder den Kommunen – Verschaffen Sie sich Durchblick mit unserer übersichtlich und ansprechend gestalteten Textsammlung.

Erscheinungstermin: 13.09.2017

Umfang: 272 Seiten

Preis: € 24,90

Lesen Sie doch gleich mal rein unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Inhalt_Leasing-Leitfaden.pdf gelangen Sie zur Leseprobe.

Jetzt unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Leasing-Leitfaden.pdf oder per E-Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Vergaberecht in den Bundesländern – Niedersachsen – ab Oktober im Ax Verlag



Das Vergaberecht weist für jedes einzelne Bundesland Unterschiede auf. Damit Sie den Überblick behalten, veröffentlicht der Ax Verlag für jedes Bundesland eine Textsammlung.

Bundesland **NIEDERSACHSEN** – können Sie ab sofort bei uns bestellen. Senden Sie einfach eine Mail an: mail@ax-verlag.de

Informieren Sie sich über das Vergabegesetz in Niedersachsen und zu beachtende Vorschriften für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen.

[Hier](#) können Sie sich über den Inhalt vorab informieren.

Umfang: ca. 40 Seiten

Preis: vorauss. € 15,90

...es geht weiter! Vergaberecht in den Bundesländern – alle Bundesländer bis Jahresende erhältlich!



Alle Vergabegesetze für jedes Bundesland mit den jeweiligen Vorschriften und Verordnungen für Sie zusammengestellt!

Ob Anwendungshinweise oder Liste der repräsentativen Tarifverträge – **Jedes Land in einem eigenen Band!**

Lassen Sie sich gleich für Ihr Bundesland vormerken unter mail@ax-verlag.de. Sie erhalten Ihren Band dann Druckfrisch am 1. Erscheinungstag!

Umfang: ca. 40 Seiten

Preis: vorauss. € 15,90

Rechtsanwalt/Rechtsanwältin Vergaberecht

Ihr Profil

Egal ob als Referendar/in, Assessor/in oder junge Anwältin / junger Anwalt werden Sie bei uns von einem Partner persönlich ausgebildet. Von Anfang an werden Sie in die Arbeit mit dem Mandanten eingebunden. Alle Anwälte unserer Kanzlei sind für den Nachwuchs mitverantwortlich und stehen Ihnen mit Rat und Tat zur Seite.

Ihr Interesse für Vergaberecht

Unter Vergaberecht versteht man die Gesamtheit der Regeln, die öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Leistungen zu beachten haben. Erfasst werden damit so unterschiedliche Sachverhalte wie der Einkauf von Sportschuhen bei der Bundeswehr oder die Bindung von Gebäudereinigungsleistungen. Selbst der Verkauf von Anteilen an einem öffentlichen Unternehmen kann unter Umständen dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen. Das Vergaberecht ist in ständiger Bewegung. Nur wenige Rechtsgebiete erweisen sich als so stark rechtsprechungsgeprägt wie das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Ihre Laufbahn bei uns

Nach einem Arbeitsverhältnis von etwa zwei Jahren haben Sie die Möglichkeit, als Partner aufgenommen zu werden. Als Partner ist ein Aufstieg zum Seniorpartner innerhalb von vier bis fünf Jahren wahrscheinlich. Das qualitative und quantitative Wachstum unserer Partnerschaft ermöglicht nicht nur eine interdisziplinäre Tätigkeit. Auch der Einsatz in neuen Beratungsgebieten, die kleineren Kanzleien in der Regel verschlossen bleiben, ist bei uns von Anfang an möglich.

Aus- und Fortbildung

Die Ausbildung und Erfahrung unserer Sozietäten bestimmt nicht nur die Qualität unserer Arbeit, sondern auch die Ihrer Ausbildung. Bei Ax Rechtsanwälte erhalten Sie eine berufsspezifische Aus- und Fortbildung. Hierzu gehören neben internen Fortbildungsveranstaltungen auch die finanzielle und zeitliche Unterstützung bei Fachanwaltsausbildungen, die Kostenübernahme bei spezifischen Weiterbildungsmaßnahmen und die Rücksichtnahme bei Promotionsverfahren. Flexible Teilzeitmodelle für Doktoranden werden bei uns praktiziert.

Ihre Bewerbung

Ihre Bewerbung senden Sie bitte als erste Kurzbewerbung per E-Mail.

Ax Rechtsanwälte
Uferstraße 16
69151 Neckargemünd
E-Mail: t.ax@ax-rechtsanwaelte.de

Referendariat und Juristische Mitarbeit

Ihre Tätigkeit bei uns

Ax Rechtsanwälte sind Ausbildungskanzlei im Rahmen des juristischen Referendariats. Bei uns sind Sie richtig, wenn Sie im Studium Spaß und Interesse am Anwaltsberuf gefunden haben. Als Referendar/in werden Sie bei uns von einem Partner persönlich ausgebildet. Von Anfang an werden Sie in die Arbeit mit dem Mandanten eingebunden. Alle Anwälte unserer Kanzlei sind für den Nachwuchs mit verantwortlich und stehen Ihnen mit Rat und Tat zur Seite.

Das in der Kanzlei konsequent verwirklichte Prinzip der Spezialisierung ermöglicht eine vertiefte Ausbildung im jeweiligen Rechtsgebiet weit oberhalb einer "Feld-, Wald- und Wiesen"-Tätigkeit.

Sollten Sie Interesse an einer Nebentätigkeit als juristischer Mitarbeiter haben, sehen wir Ihrer Bewerbung ebenso gern entgegen. Unabdingbare Voraussetzung für eine Zusammenarbeit ist auch hier die ausgeprägte Neigung zum Anwaltsberuf. Wir beschäftigen Sie mit verantwortungsvollen Aufgaben im anspruchsvollen Mandat. Sie bekommen die Gelegenheit, uns bei der Rechtsberatung auf dem hohen Niveau zu unterstützen, das unsere Mandanten von uns erwarten dürfen und wofür wir mit unserem Namen stehen.

Fachangestellter/Fachangestellte

Ihre Tätigkeit bei uns

Warum nicht "Anwalts Liebling" bei Ax Rechtsanwälte werden? Bei uns sind Sie richtig, wenn Sie als Rechtsanwaltsfachangestellte/r, Sekretär/in oder Fremdsprachensekretär/in Interesse an einer anspruchsvollen Tätigkeit haben. Unser Vergabe- und Vertragsrecht ist nicht trocken, sondern eine aufregende Sache. Sie sollen nicht den ganzen Tag nur vor dem Computer sitzen, sondern arbeiten als rechte Hand des Anwalts, unterstützt von modernster Bürotechnologie. Wir erwarten, dass sie

selbständig und verantwortungsbewusst arbeiten und bieten Eigenständigkeit in Ihrem Aufgabenbereich und eine anspruchsvolle Tätigkeit. Wir sind überzeugt, dass die Effektivität unserer Arbeit wesentlich von der Teamarbeit zwischen Anwalt und Mitarbeiter/in abhängt.

Wir bieten nicht nur ein angenehmes Arbeitsklima und eine angemessene Vergütung, sondern fördern auch die berufliche Weiterbildung unserer Mitarbeiter/innen durch externe und interne Qualifizierungs- und Spezialisierungsmaßnahmen.

Ihre Bewerbung

Wenn eine der oben beschriebenen Tätigkeiten Ihr Interesse geweckt hat, senden Sie uns einfach Ihre Unterlagen (Lebenslauf und Zeugnisse) per E-Mail oder Post. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung!

AX Rechtsanwälte
Uferstraße 16
69151 Neckargemünd
E-Mail: t.ax@ax-rechtsanwaelte.de

Ausblick

Heft 0/2018 der Zeitschrift VergabePrax wird
Vorraussichtlich folgende Blöcke enthalten:

- Blick in die Praxis
- Aktuelle Rechtsprechung
- Nachrichten

Impressum

Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en
Droit International Public (Paris X-Nanterre)

Redaktionsteam:

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en
Droit International Public (Paris X-Nanterre)

Urheber- und Verlagsrechte:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Bei-
träge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil
dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen

des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche
Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner
Form reproduziert werden.

ISSN 1862-9458

Erscheinungsweise:

Monatlich in elektronischer Form

Bezugspreis:

€ 6,- inkl. MwSt. pro Ausgabe



Bestellformular

JA, ich bestelle das kostenlose Schnupper-
Abo der VergabePrax.

- zwei elektronische Monatsausgaben
der VergabePrax kostenlos!

Ich gehe keinerlei Verpflichtungen ein. Das
Schnupper-Abo endet automatisch ohne Kün-
digung. Sollte ich weiterhin Interesse an einem
Bezug der Zeitschrift haben, werde ich ein ent-
sprechendes Abonnement bestellen.

Jede weitere Ausgabe der VergabePrax kostet
dann nur € 6,- inkl. MwSt. Eine Kündigung des
Abonnements ist jederzeit möglich.

Meine Daten (bitte ausfüllen)

Name:

Adresse:

Institution:

E-Mail:

Datum, Unterschrift

Bitte senden Sie Ihre Bestellung an:

AX Verlag

Uferstr. 16, 69151 Neckargemünd

Fax: 06223 / 8688614

E-Mail: mail@ax-verlag.de

