Zum „Schaden“ beim Subventionsbetrug

Leitsatz (redaktionell)

Im Rahmen von § 264 StGB entfaltet der Eintritt eines Schadens oder dessen Höhe für die Verwirklichung des Tatbestandes keine Relevanz.

Sachverhalt

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen mehrerer Fälle des gewerbs- und bandenmäßigen Subventionsbetruges oder der Beihilfe hierzu jeweils zu Freiheitsstrafen verurteilt und teilweise Einziehungsentscheidungen getroffen. Die mit Verfahrens- und Sachrügen geführten Revisionen bleiben erfolglos im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO (vgl. Antragsschriften des Generalbundesanwalts). Dies gilt auch, soweit die Revisionen bemängeln, die Strafkammer habe bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt, dass die geförderten Beratungsleistungen vollständig und mangelfrei erbracht worden seien und der letztlich entstandene Schaden deshalb nur einen Bruchteil der Fördersumme ausgemacht habe.

I. Das Landgericht hat Folgendes festgestellt:

1. Der Angeklagte S. war geschäftsführender Alleingesellschafter der G. mbH (nachfolgend G.). Diese Gesellschaft war auf Fördermittelberatung und -vermittlung spezialisiert und begleitete ihre Kunden bei der Beantragung und Abwicklung von Fördermitteln für Investitions- und Innovationsvorhaben. Die G. war zunächst vor allen Dingen im Rahmen des „ZIM-Förderprogramms“ (Zentrales Innovationsprogramm Mittelstand) tätig, das die Entwicklung einer bereits als förderfähig erkannten Idee zur Marktreife unterstützte. Sie übernahm dabei insbesondere die Antragstellung sowie bei Erfolg die Dokumentation und Abrechnung für ihre Kunden. Im Einklang mit den Förderbedingungen wurde ein Erfolgshonorar von 12 % der ausgezahlten Fördersumme vereinbart, so dass die G. bei der aufwändigen Antragstellung in Vorleistung ging und das finanzielle Risiko der Antragsablehnung trug.

Im Rahmen des 2009 zur Bekämpfung der Folgen der Finanzkrise beschlossenen Konjunkturpakets II verdiente die G. sehr gut aufgrund einer Aufstockung der „ZIM-Mittel“ auf 900 Mio. Euro. Auch zuvor eher erfolglose Anträge wurden bewilligt, die Erfolgsquote stieg deutlich. Als das Konjunkturpaket II auslief, fürchtete S. erhebliche Umsatzeinbußen. Der Kreis der Förderberechtigten schwand erheblich, die Erfolgsquote der Anträge sank deutlich und die finanziellen Risiken stiegen aufgrund der vereinbarten Erfolgsprovision; die Akquise neuer Kunden war schwierig.

Der Angeklagte S. entschloss sich, diese Geschäftsverluste durch eine Tätigkeit im Rahmen einer vom Bundesministerium für Wirtschaft (BMWi) im Frühjahr 2010 neu aufgelegten „go-inno-Förderung“ zu kompensieren. Dabei handelte es sich um Förderung von Innovationsberatung in der Anfangsphase eines Ideen- und Innovationsprozesses, also in einer Phase, bevor ein „ZIM-Projekt“ in Betracht kam. Gefördert wurden etwa eine Marktanalyse oder die Beratung zu Anschlussförderungen. Nach den Richtlinien der „go-inno-Förderung“ wurden lediglich 50 % der Beratungskosten bezuschusst. Zweck der Förderung war, die Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu stärken. Den Restbetrag musste zwingend das KMU als Eigenanteil aufbringen, um die Gefahr von Fehlallokationen zu verringern. Dahinter steckte die Überlegung, dass beim Aufbringen eines solchen Eigenanteils die Idee auch ernsthaft verfolgt würde und kein Mitnahmeeffekt vorliege. Zudem sollte in Art einer Kontrollfunktion die Qualität der geförderten Beratung sichergestellt werden, denn der Eigenanteil würde mutmaßlich nur gezahlt, wenn die Beratungsleistung vollständig erbracht sei.

Die von der entsprechenden BMWi-Richtlinie (zuerst von 2010, dann von 2011) erfassten KMUs erhielten Gutscheine für externe Beratungen mit einer Förderung bis zu 50 %, wobei die Beratung nur von lizensierten Beratungsunternehmen (wie der G.) übernommen werden konnte. Gefördert werden sollten bestehende Projektideen, also bereits geplante Innovationsvorhaben. Die Zuwendung wurde als nicht rückzahlbarer Zuschuss gewährt. Gefördert wurden bis zu 20 Beratertage, bei Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten bis zu 25 Tage mit einer Fördersumme bis maximal 800 Euro pro Beratertag (später 1.100 Euro). In der Richtlinie war bestimmt, dass insbesondere die Angaben über den Eigenanteil, über die Finanzierung des Eigenanteils und Tatsachen, die durch Scheingeschäfte und Scheinhandlungen verdeckt werden, subventionserheblich im Sinne von § 264 StGB iVm §

2 SubvG sind. In den Formularen wurde jeweils ausdrücklich in Fettdruck auf die Eigenbeteiligung des KMU hingewiesen. Bei Anforderung der Fördersumme musste die G. ausdrücklich bestätigen, dass der Eigenanteil an sie gezahlt worden war. Nach Prüfung der Unterlagen wurde ein Zuwendungsbescheid erlassen, wonach 50 % der vorhabenbezogenen Ausgaben an das Beratungsunternehmen (also die G.) als nicht rückzahlbarer Zuschuss ausbezahlt werden. Die eingereichten Unterlagen (einschließlich einer Belegliste) wurden auf Vollständigkeit, inhaltlich jedoch lediglich kursorisch geprüft, wobei beim Projektträger etwa 5 % der Zuwendungsbescheide kontrolliert wurden.

2. Der Angeklagte S. sah das finanzielle Potential der „go-inno-Förderung", insbesondere weil damit – anders als bei einer erfolgsabhängigen Bezahlung – kein finanzielles Risiko für die G. verbunden war. Dafür war die Kundenakquise deutlich schwieriger, weil das KMU 50 % des Beraterhonorars selbst zahlen musste. Der Angeklagte S. entwickelte deshalb mehrere Methoden zur Umgehung des Eigenanteilerfordernisses. Zunächst wurde den Unternehmen von der G. ein direkter „Zuschuss" in dieser Höhe gewährt, den diese als „Eigenanteil" an die G. zurückzahlten. Nach weiterer Verschärfung der Förderbedingungen 2011 (Offenlegung von Geschäftsbeziehungen des Beratungsunternehmens zum KMU) und einem Hinweis des Steuerberaters auf die Unzulässigkeit dieses Vorgehens, änderte der Angeklagte S. sein Geschäftsgebaren. Er finanzierte den Eigenanteil nunmehr über Scheinauftragserteilungen, auf deren Grundlage das KMU der G. oder von dieser eingebundenen Drittunternehmen entsprechende (Schein-)Rechnungen in Höhe des Eigenanteils stellte, um diesen Betrag nach Eingang an die G. zu überweisen. Die Mitangeklagten waren in unterschiedlicher Weise in dieses Vorgehen eingebunden und profitierten davon finanziell, teils als hinzugezogene sachverständige Dritte.

3. Mit diesem für die Kunden völlig risikofreien Geschäftsmodell warb der Angeklagte S. bundesweit Kunden für die G. an. Teils wurde dabei auch ein Bonus von 1.000 bis 2.000 Euro über dem eigentlichen Eigenanteil versprochen. Soweit möglich sollte dann eine „ZIM-Förderung" folgen, die aufgrund der Vorarbeiten deutlich größere Erfolgschancen hatte. Teils wurden mit der G. verbundene sachverständige Dritte hinzugezogen, um die maximale Fördersumme zu erreichen. Für etwa 340 auf diese Weise durchgeführte Beratungen erhielt die G. in den Jahren 2011 bis 2015 eine Fördersumme von etwa 3,9 Mio. Euro ausgezahlt. Die G. hatte durch ihr Vorgehen ganz erhebliche Wettbewerbsvorteile auf dem Markt. Sie war so erfolgreich mit ihrem Konzept, dass sie im Tatzeitraum zwischen 15 und 25 % aller „go-inno-Beratungen" bundesweit abwickelte. Das hatte letztlich auch Auswirkungen auf die „ZIM-Förderung", weil mehr dieser Projekte erfolgreich umgesetzt werden konnten..

Entscheidungsgründe

II. Die Revisionen sind unbegründet. Die auf rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen die Schuldsprüche. Auch die Strafzumessung hält rechtlicher Überprüfung stand.

1. Mehrere Revisionen rügen insoweit, die Strafkammer habe nicht strafmildernd eingestellt, dass die Beratungsleistungen jeweils vollständig und fehlerfrei erbracht worden seien. Dass das Landgericht davon ausgegangen sei, belege jedenfalls – so einzelne Verfahrensrügen – der Umgang mit einem darauf gerichteten Hilfsbeweisantrag. Es liege angesichts mangelfreier Beratung keine Zweckverfehlung der Subvention vor, weshalb die Höhe der Fördersumme nicht den Schaden abbilde und deshalb nicht in voller Höhe in die Strafzumessung habe einfließen dürfen. Die Strafkammer habe vielmehr den wirtschaftlichen Wert der erbrachten Beratungsleistung von der erlangten Subventionssumme in Abzug bringen müssen.

2. Mit diesen Ausführungen decken die Revisionen keinen Rechtsfehler auf. Wie sich aus dem Urteil in seiner Gesamtheit – und insbesondere auch aus der Behandlung des Hilfsbeweisantrags – ergibt, ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass die einzelnen Beratungsleistungen vollständig und mangelfrei erbracht worden sind. Zu Recht hat das Landgericht dem aber keine ausschlaggebende Bedeutung im Rahmen der Strafzumessung beigemessen, sondern ihr die Gesamtsumme der jeweils zu Unrecht ausgezahlten Fördergelder zugrunde gelegt. Denn in Konstellationen wie der vorliegenden muss der gesamte ausgezahlte Förderbetrag als „Schaden" angesehen werden.

a) Auch wenn bei § 264 StGB der Eintritt eines Schadens oder dessen Höhe für die Verwirklichung des Tatbestandes ohne Relevanz sind, hat die Strafkammer im Rahmen der Strafzumessung ohne Rechtsfehler zu Lasten der Angeklagten eingestellt, in welcher Höhe zu Unrecht Fördermittel erlangt wurden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. August 2018 – 3 StR 357/17; vom 23. April 2020 – 1 StR 559/19).

b) Die strafschärfende Berücksichtigung der durch die jeweiligen Tatbeiträge erlangten gesamten Fördersumme widerspricht – anders als die Revisionen meinen – der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur strafzumessungsrechtlichen Relevanz von Leistungen zur Erfüllung des Subventionszwecks im Rahmen der Schadensbestimmung nicht.

aa) Diese betraf zunächst lediglich Konstellationen, in denen bei Täuschungen im Rahmen von Subventionszahlungen eine Strafbarkeit nach § 263 StGB angenommen wurde (vgl. zum Konkurrenzverhältnis von § 263 und § 264 StGB BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2023 – 2 StR 243/22, NJW 2024, 94 mwN). Zur Berechnung der Schadenshöhe nach § 263 StGB im Rahmen des Abrufs bereits bewilligter Fördermittel gegen Rechnungsnachweis hat der Bundesgerichtshof erkannt, dass es dabei nicht darauf ankomme, ob der eingereichte Beleg „formal" korrekt, sondern ob die Leistung dem Subventionszweck entsprechend erbracht worden sei (BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – 5 StR 334/05, NStZ 2006, 624; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 8. Februar 2008 – 5 StR 581/07, NStZ-RR 2008, 281; vom 25. April 2014 – 1 StR 13/13, BGHSt 59, 205; enger noch BGH, Urteil vom 30. Juni 1982 – 1 StR 757/81, BGHSt 31, 93; vgl. aus zivilrechtlicher Sicht zur Schadenberechnung auch BGH, Urteile vom 16. Juli 2013 – VI ZR 442/12, BGHZ 198, 50 [zu § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB], und vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14, NJW-RR 2015, 275 [zu § 826 BGB]). Diese Rechtsprechung hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs – allerdings nicht tragend – ohne nähere Begründung auf § 264 StGB ausgedehnt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2020 – 1 StR 559/19).

bb) Der Senat hat Bedenken, dem zu folgen.

(1) Dies gilt bereits für den Ausgangspunkt der Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – 5 StR 334/05, NStZ 2006, 624), wonach bei Vorlage von Scheinrechnungen die täuschungsbedingte Auszahlung von Fördermitteln dann keinen Schaden im Sinne von § 263 StGB darstellen soll, wenn zuvor nach Zusage der Förderung tatsächlich Leistungen im Sinne des Subventionszwecks erbracht wurden. Dies verkennt, dass die öffentliche Hand die Auszahlung von Fördermitteln zu Recht gerade auch deshalb von der Vorlage wahrheits- und ordnungsgemäßer Rechnungen abhängig macht, um Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung, Lohndumping, illegale Beschäftigung oder eine andere den öffentlichen Interessen zuwiderlaufende Mittelverwendung auszuschließen. Werden entgegen den Förderbedingungen Scheinrechnungen eingereicht und irrtümlich für ordnungsgemäß gehalten, zahlt der Subventionsgeber täuschungsbedingt eine Fördersumme aus, die er bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht ausgezahlt hätte. Dass diese täuschungsbedingte Vermögensminderung nicht in Höhe des Auszahlungsbetrages zu einem Schaden führen soll, weil zuvor Gelder gemäß dem Förderzweck investiert wurden (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – 5 StR 334/05, NStZ 2006, 624), widerspricht der Betrugsdogmatik.

Für die Schadensberechnung bei § 263 StGB gilt (vgl. hierzu näher BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 558/19 Rn. 45, BGHSt 65, 110 mwN): Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswertes unmittelbar vor und nach der Verfügung. In den für die Schadensbetrachtung anzustellenden Vermögensvergleich muss eine Vermögensmehrung beim Verfügenden einbezogen werden, wenn der Vermögenszuwachs unmittelbar durch die Verfügung erfolgt ist. Unmittelbar bedeutet, dass die Vermögensverfügung selbst Vorteil und Nachteil zugleich hervorbringt. Hypothetische Erwägungen haben dabei außen vor zu bleiben.

Für das Vermögen der öffentlichen Hand gilt nichts anderes als für die Vermögen anderer Vermögensinhaber. Der Vermögensschaden ist hier nicht anders zu berechnen. Die Besonderheit besteht bei der Gewährung von Subventionen lediglich darin, dass die „Gegenleistung" des Empfängers in der Erbringung bestimmter Leistungen zur Erfüllung des Subventionszwecks besteht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – 5 StR 334/05, NStZ 2006, 624 mwN). Wie in anderen Konstellationen gilt aber auch hier: Erbringt der Zahlungsempfänger eine Leistung vorab und täuscht anschließend im Rahmen der Abrechnung über das Vorliegen tatsächlicher Anspruchsvoraussetzungen, ist der gesamte ausgezahlte Betrag als Betrugsschaden anzusehen, wenn unter diesen Bedingungen kein Rechtsanspruch auf die Zahlung besteht (vgl. BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 558/19, BGHSt 65, 110; BVerfG, Beschluss vom 5. Mai 2021 – 2 BvR 2023/20, wistra 2021, 436). Für die wirtschaftliche Bewertung eines Zahlungsvorganges sind die rechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblich. Dies spiegelt wider, dass erst die Anerkennung einer Forderung durch die Rechtsordnung dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert verleiht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 5. Mai 2021 – 2 BvR 2023/20, wistra 2021, 436).

Der vor der Auszahlung geleistete Einsatz von Mitteln zur Erfüllung des Subventionszwecks hat bei der Schadensberechnung grundsätzlich außen vor zu bleiben. Liegen nach grundsätzlicher Bewilligung der Subvention die

Voraussetzungen für eine Auszahlung der Fördersumme nicht vor, hat der Subventionsnehmer keinen Rechtsanspruch darauf. Leistet die öffentliche Hand gleichwohl, leistet sie ohne Rechtsgrund. Dieser Vermögensabfluss wird nicht kompensiert. Denn bei der insoweit im Zeitpunkt der Vermögensverfügung gebotenen Gesamtsaldierung sind keine vermögenswerten Vorteile der öffentlichen Hand ersichtlich, die ihr gleichzeitig mit der Auszahlung der Fördersumme für bereits geleistete Investitionen zufließen würden. Ob der Subventionsempfänger zuvor Teile der zugesagten, aber noch nicht ausgezahlten Fördersumme im Sinne des Subventionszwecks verwendet hat oder nicht, kann schon in zeitlicher Hinsicht zu keiner schadensmindernden Kompensation führen (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 558/19 Rn. 45 ff., BGHSt 65, 110). Dass der Subventionsempfänger in Ansatz gebrachte Leistungen auch ordnungsgemäß hätte abrechnen können (so ausdrücklich BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – 5 StR 334/05, NStZ 2006, 624), muss als bloß hypothetische Erwägung außen vor bleiben (vgl. BGH, Urteile vom 20. Januar 1987 – 1 StR 456/86, BGHSt 34, 265; vom 19. August 2020 – 5 StR 558/19, BGHSt 65, 110). Beim Subventionsbetrug durch Täuschung über die Auszahlungsbedingungen einer zuvor zugesagten Förderung geht es demnach regelmäßig nicht um die Bestimmung des wirtschaftlichen Werts einer zuvor erbrachten „Gegenleistung“ (so aber wohl BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – 5 StR 334/05, NStZ 2006, 624), sondern um die Frage, ob im Zeitpunkt der Auszahlung tatsächlich ein Anspruch darauf besteht.

(2) Ebenso wenig überzeugt es, die zur Schadensbestimmung im Rahmen von § 263 StGB entwickelte Rechtsprechung begründungslos auf § 264 StGB zu übertragen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2020 – 1 StR 559/19). Während § 263 StGB zur Tatbestandserfüllung den Eintritt eines Vermögensschadens voraussetzt, ist dies bei § 264 StGB nicht der Fall. Weshalb für ein bloßes Gefährdungsdelikt die gleichen Maßstäbe wie für ein Erfolgsdelikt gelten sollen, erschließt sich nicht ohne weiteres. Mit § 264 StGB sollte eine Strafvorschrift geschaffen werden, die bereits die Täuschungshandlung allein pönalisiert, bei der einzige Voraussetzung der Strafbarkeit die Täuschungshandlung ist und schon die bloße (im Rahmen eines Subventionsvergabeverfahrens vorgenommene) folgenlose Täuschungshandlung den Tatbestand erfüllt (BGH, Urteil vom 20. Januar 1987 – 1 StR 456/86, BGHSt 34, 265). Einen „Schaden“ der öffentlichen Hand setzt § 264 StGB nicht voraus, so dass auch Erwägungen zu einer etwaigen Schadenskompensation durch Erreichung des Förderzwecks nicht angebracht sind. Solche Elemente des § 263 StGB in die vom Gesetzgeber ganz anders konzipierte Vorschrift des § 264 StGB zu übernehmen, überzeugt nicht (vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Januar 1987 – 1 StR 456/86, BGHSt 34, 265). Im Rahmen der Strafzumessungsvorschrift des § 264 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB wird zwar darauf abgestellt, ob der Täter unter bestimmten Bedingungen eine „nicht gerechtfertigte Subvention großen Ausmaßes“ erlangt hat (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20. November 1990 – 1 StR 548/90, wistra 1991, 106). Nicht gerechtfertigt ist eine Subvention aber schon dann, wenn die Vergabevoraussetzungen nicht erfüllt sind (MüKo-StGB/Ceffinato, 4. Aufl., § 264 Rn. 137). Dies schließt wichtige formale Bedingungen ihrer Gewährung oder Auszahlung ein. Denn regelmäßig dienen diese öffentlichen Zwecken, von denen der Subventionsgeber die Auszahlung der Fördergelder im öffentlichen Interesse abhängig macht.

cc) Letztlich bedarf all dies keiner Entscheidung, da die in Rede stehenden Beratungen überhaupt nicht förderfähig waren. Der Subventionsgeber hat nach den Förderrichtlinien nur solche Beratungsleistungen fördern wollen, an denen sich das beratene Unternehmen mit 50 % der Kosten selbst beteiligt. Deshalb hat er die Erbringung eines solchen „Eigenanteils“ zur Voraussetzung der Förderung insgesamt gemacht. Diese Einschränkung diente ersichtlich vom Subventionsgeber bestimmten öffentlichen Zwecken, denen die Finanzierung des Eigenanteils durch das Beratungsunternehmen G. zuwiderlief.

Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, dass die durch den Eigenanteil eigentlich gewünschte Leistungs- und Qualitätskontrolle der Beratung durch die Umgehung des Eigenanteils erheblich gestört wurde, wodurch für den Subventionsgeber das unerwünschte Risiko einer wahllosen Förderung von Projektideen entstand. Damit wurde die eigentliche Idee des „go-inno-Projekts“, den Gründergeist der KMUs zu unterstützen und ihnen bei der Entwicklung geeigneter Projekte zu helfen, an die sie selbst glauben, konterkariert. Der Subventionsgeber wollte also nicht irgendwelche Innovationsberatungen, sondern nur bestimmte fördern. Beratungen ohne Erbringung eines Eigenanteils, wie sie von der G. angeboten wurden, fielen nicht darunter.

Wer die Voraussetzungen für die Leistung einer Subvention nicht erfüllt, hat auf sie keinen Anspruch. Erhält er sie durch Täuschung über die Fördervoraussetzungen irrtumsbedingt doch, stellt die gesamte Fördersumme den Vermögensschaden der öffentlichen Hand dar (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14, NJW-RR 2015, 275). Um lediglich formelle Voraussetzungen, die etwa der bloßen Erleichterung der Verwaltungstätigkeit oder der Beweissicherung dienen (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14, NJW-RR 2015, 275; vom 30. Juni 1982 – 1 StR 757/81, BGHSt 31, 93; vom 8. April 2003 – 5 StR 448/02, NJW 2003, 2179 jeweils mwN), ging es bei den Nachweisen zur Finanzierung des Eigenanteils offensichtlich nicht.

„Bestandene“ Eignungsprüfung als Vertrauenstatbestand

Leitsatz (redaktionell)

Eine vorgeschaltete Eignungsprüfung und anschließende Zulassung der geeigneten Bieter zum Verhandlungsverfahren begründet einen Vertrauenstatbestand.

Sachverhalt

I. Die Beigeladene zu 2) wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde insoweit gegen die Entscheidung der Vergabekammer, als die Antragsgegnerin hierdurch verpflichtet wird, die Angebotswertung für Los 4 zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom … im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb (Ziff. VI.3 der Bekanntmachung) die „Durchführung von Omnibusfahrten im Linien- & Schülerverkehr in C.“ aus (Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union …). Die Antragsgegnerin ist eine hundertprozentige Tochter der T. und von der Stadt C. als Auftraggeberin mit der Erbringung des ÖPNV in C. beauftragt. Im Rahmen dessen betreibt die Antragsgegnerin alle Stadtbahnen und einen Großteil der für den ÖPNV eingesetzten Busse in C. und dem Umland (Ziff. II.1.4 der Bekanntmachung). Die Laufzeit beträgt 132 Monate, wobei die Antragsgegnerin zweimalig ein einseitiges Optionsrecht zur Verlängerung des Vertrags um 12 Monate hat (Ziff. II.2.7 der Bekanntmachung). Die Ausschreibung ist in vier Gebietslose unterteilt. Verfahrensgegenständlich ist vorliegend allein die Vergabeentscheidung betreffend das Los 4. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Ziff. II.1.5 der Bekanntmachung). Maximal zwei Lose können an einen Bieter vergeben werden. Kombinationsrabatte über zwei Lose sind zulässig, wenn für beide Lose jeweils ein Angebot abgegeben wird. Die Antragsgegnerin bezuschlagt die in der Kombination wirtschaftlichsten Angebote (Ziff. II.1.6 der Bekanntmachung).

Zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit heißt es unter Ziff. III.1.3 der Bekanntmachung wie folgt:

„Der Bewerber / die Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft in der Summe muss / müssen durch Referenzen nachzuweisende Erfahrungen hinsichtlich § 42 PBefG im straßengebundenen öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) haben;

Darstellung von mindestens einer Referenz über Linienverkehrsleistungen im Busnahverkehr nach § 42 PBefG (nicht § 42a PBefG) mit einer über einen Zeitraum von 24 Monaten ununterbrochen erbrachten Leistungsmenge im Bereich von mindestens 200.000 km pro Jahr aus den letzten fünf Jahren. Der Nachweis über die jährlich erbrachten Fahrplankilometer kann auch mit mehreren Linienverkehren in Summe nachgewiesen werden. Die Leistungserbringung muss jedoch parallel und zeitgleich über einen Zeitraum von 24 Monaten aus den letzten fünf Jahren vor Ablauf der Teilnahmefrist erfolgt sein.

Die Referenzen müssen mindestens folgende Angaben erhalten (Vordruck 6 in Anlage TNA):

- Name und Anschrift des Auftraggebers;
- Ansprechpartner beim Referenz-Auftraggeber (Name, Telefon / E-Mail);
- Ort der Leistungserbringung (Staat, Landkreis/Stadt oder Vergleichbares);
- Auftragnehmer;
- Unterauftragnehmer für Teilleistungen (soweit einschlägig);
- Auftragsvolumen in Euro (netto) (freiwillige Angabe);
- Leistungszeitraum;
- Jährlich erbrachte km-Leistung;“

§ 1 Abs. 4 des den Vergabeunterlagen beigefügten Beförderungsvertrags enthält folgende Regelung (Anlage ASt 6):

„Die Fahrleistungen werden gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG von dem AN im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung erbracht. Eine vollständige oder teilweise Weitergabe der vertragsgegenständlichen Leistungen an Dritte, soweit sie nicht schon vor Zuschlagserteilung angezeigt wurde, ist nicht gestattet. Ausnahmen von dieser Regelung bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung der AG. Für die durchzuführenden Fahrten dürfen nur die in der Anlage A01 (Liste Fahrzeuge) und die in der Anlage A03 (Liste Fahrpersonal) jeweils genannten Fahrzeuge bzw. Fahrpersonale eingesetzt werden."

Bei den Gesellschaftern der Beigeladene zu 2) handelt es sich um Unternehmen, die ebenso wie die Beigeladene selbst Fahrdienstleistungen anbieten. Die Antragsgegnerin war seit Gründung der Beigeladenen zu 2) im Jahr 2003 bis zum Jahr 2013 Gesellschafterin der Beigeladenen zu 2). Unternehmensgegenstand der Beigeladenen zu 2) ist nach § 2 des Gesellschaftsvertrags (vgl. Anlage ASt 13) die Planung und Durchführung von Verkehrsleistungen aller Formen des Schienenverkehrs, sowie des Linien- und Schülerverkehrs mit Kraftfahrzeugen. Zur Durchführung der Verkehrsdienstleistungen bedient sie sich hauptsächlich ihrer Gesellschafter und deren Fahrzeuge. Sie verfügt über keinen eigenen Omnisbusfuhrpark, der für die Ausführung eines Auftrags der verfahrensgegenständlichen Größenordnung erforderlich wäre. Mit eigenen Fahrzeugen führt sie nur Bürgerbusverkehre durch. Die im Verfahren vor der Vergabekammer als Beigeladene zu 1) beigeladene T.1 (im Folgenden Beigeladene zu 1)) ist zugleich Gesellschafterin der Beigeladenen zu 2).

§ 6 des Gesellschaftsvertrags der Beigeladenen zu 2) enthält nachfolgende Regelungen zur „Verteilung von Verkehrsleistungen:

...

Die Gründung der Beigeladenen zu 2) ist dem Bundeskartellamt am 22. Juli 2003 als Mitttelstandskartell nach § 9 GWB in der seinerzeit gültigen Fassung angemeldet worden. Anschließend ist die Anmeldung im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden. Unter dem 13. Oktober 2003 hat das Bundeskartellamt mitgeteilt, dass es der Gründung der Beigeladenen zu 2) als Mittelstandskartell gemäß § 4 Abs. 1 GWB (in der bis zum 30. Juni 2005 gültigen Fassung) nicht widerspricht.

Die Antragstellerin, die Beigeladene zu 1) und die Beigeladenen zu 2) haben fristgerecht Teilnahmeanträge für alle vier Lose eingereicht. Im Vordruck 1 „Unternehmensdarstellung / Firmenprofil" hat die Beigeladenen zu 2) angekreuzt, dass sie sich als „Einzelbewerber" bewerbe. Unter dem Punkt „ergänzende Angaben: u.a. Standorte, Busflotte, Ansprechpartner, ggf. vorhandene Förderbescheide" machte sie zudem folgende Angaben:

„Die H. nimmt als Verwaltungsorganisation in diesem Vergabeverfahren teil. Die Verkehrsleistung wird voraussichtlich, wie bereits in den heutigen Verträgen, durch die Gesellschaftsunternehmen mit deren eigenen Fahrzeugen erbracht werden. Ein gültiger Förderbescheid liegt derzeit nicht vor."

Im Vordruck 4 hat die Beigeladenen zu 2) angegeben, im Jahr 2020 über 10 Beschäftigte und in den Jahren 2021 und 2022 insgesamt über 12 Mitarbeiter verfügt zu haben.

Im Vordruck 6 „Referenzen" trug die Beigeladene zu 2) ein, dass sie in den letzten 10 Jahren zwei Linienbündel für zwei öffentliche Auftraggeber erbracht habe mit einem Auftragswert von mehr als 20 Millionen EUR pro Jahr und einer Kilometerleistung von mehr als fünf Millionen Kilometer pro Jahr.

Den Vordruck 7 „Nachunternehmen/ Sonstige Dritte (soweit zutreffend für den Teilnahmeantrag)" sowie den Vordruck 8 „Bewerbergemeinschaftserklärung (soweit zutreffende für den Teilnahmeantrag)" füllte die Beigeladene zu 2) nicht aus.

Die Antragsgegnerin prüfte die Teilnahmeanträge und stellte ausweislich des Vergabevermerks (vgl. dort Ziff. 16) fest:

„Die Teilnahmeanträge sind nach Ablauf der gesetzlichen Frist über das Vergabeportal geöffnet und heruntergeladen worden. Sie sind im Projektordner angelegt.

Die Teilnahmeanträge sind nach Maßgabe der in der EU-Bekanntmachung und der Vergabeunterlage TNA mitgeteilten Anforderungen, Bedingungen und Bewertungskriterien geprüft und bewertet worden."

Die Antragstellerin, die Beigeladene zu 1) und die Beigeladene zu 2) wurden zur Abgabe eines Erstangebots (erste Verhandlungsrunde) und zur Abgabe eines Letztpreisangebots (zweite Verhandlungsrunde) aufgefordert. Sie gaben neben anderen Bietern für alle vier Lose Angebote ab.

Die Beigeladene zu 2) kreuzte sowohl im Erstangebot als auch in ihrem Letztpreisangebot das Feld an, dass sie keine Leistungen an Nachunternehmer vergebe. Teilleistungen, die sie an Nachunternehmer vergibt, benannte sie nicht und machte keine Angaben zur Bezeichnung des Nachunternehmers. Hierzu hieß es wie folgt:

[Die Entscheidung enthält an dieser Stelle eine Grafik.]

Mit Bieterinformationsschreiben vom 25.06.2024 (Anlage ASt 7) informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin nach § 134 GWB, dass der Zuschlag auf das Angebot betreffend Los 4 der Beigeladenen zu 2), betreffend die Lose 2 und 3 der Beigeladenen zu 1) sowie im Los 1 einem weiteren Unternehmen erteilt werden solle.

Die Antragstellerin rügte daraufhin mit Schreiben vom 27.06.2024 (Anlage ASt 8) die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene zu 2) für Los 4 mit der Begründung, es läge ein Verstoß gegen § 124 Abs.1 Nr. 4 GWB vor.. Unabhängig von der Frage, ob bereits die Gründung der Beigeladenen zu 2) gegen § 124 Abs.1 Nr. 4 GWB verstoßen habe, gäben – jedenfalls für die konkrete Beteiligung der Beigeladenen zu 2) an dem vorliegenden Vergabeverfahren – die in § 6 Abs. 1 bis 3 des Gesellschaftsvertrags enthaltenen Regelungen zur Erstellung von Angeboten, zur Verteilung von Verkehrsleistungen sowie zum Bestandsschutz bestimmter Gesellschafter erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene zu 2) mit anderen Unternehmen, nämlich ihren Gesellschaftern, Vereinbarungen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt habe, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken können. Die Tatbestandsmerkmale des § 124 Abs.1 Nr. 4 GWB seien erfüllt. Die Antragsgegnerin sei zu einer ermessensfehlerfreien Prüfung des Ausschlusses der Beigeladenen zu 2) verpflichtet gewesen. Dieser Verpflichtung sei sie nichtnachgekommen. Da nach § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags der Beigeladenen zu 2) Angebote für neue Leistungen unter Mitwirkung des Beirats erstellt würden, die Geschäftsführung Angebote von Gesellschaftern einholen und eine Abstimmung mit möglichen Leistungsempfängern vornehmen könne, sei ein Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs nach § 97 Abs. 1 GWB nicht auszuschließen. In der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Beigeladene zu 1) für die Lose 2 und 3 einerseits und die Zuschlagserteilung an die Beigeladene zu 2) für Los 4 könne zudem ein Verstoß gegen die vorgesehene Loslimitierung auf höchstens zwei Lose liegen. Schließlich verstoße das Angebot gegen § 1 Abs. 4 S. 2 des Vertragsentwurfs, wonach die Weitergabe der vertragsgegenständlichen Leistungen an Dritte, soweit sie nicht schon vor Zuschlagserteilung angezeigt wurde, nicht gestattet sei. Es spreche vieles dafür, dass die Beigeladene zu 2) einen solchen Einsatz Dritter beabsichtige, da sie üblicherweise Fahrleistungen nicht erbringe, was sich auch aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe. Zudem verfüge sie für die in Los 4 ausgeschriebenen Fahrdienstleistungen nicht über eigene geeignete Standorte. Auch eine Weitergabe an ihre Gesellschafter sei eine Weitergabe an Dritte.

Nachdem die Antragsgegnerin den ursprünglichen Zuschlagstermin verschoben hatte, führte sie am 02.07.2024 ein Aufklärungsgespräch mit der Beigeladenen zu 1) und 2). Mit Email ebenfalls vom 02.07.2024 nahmen die Geschäftsführer beider Gesellschaften Stellung und erklärten, dass sie die Angebote unabhängig voneinander jeweils durch Mitarbeiter ihrer eigenen Unternehmen ohne externe Hilfe erstellt hätten. Der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) sei nicht Mitglied des Beirats der Beigeladenen zu 2). Die Beigeladene zu 2) erklärte weiter, sie habe im Falle des Zuschlags auf ihr Angebot zu Los 4 nicht beabsichtigt, die Fahrdienstleistungen durch die Beigeladene zu 1) erbringen zu lassen, sondern durch drei namentlich benannte Gesellschafterunternehmen. Daraufhin stellte die Antragsgegnerin im Vergabevermerk fest, dass die mit der Rüge geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht vorlägen, und führte hierzu aus:

„Auf der einen Seite können zwar durchaus Verbindungen der Gesellschaften zueinander erkannt werden, diese aber angesichts der geringen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung und Einflussmöglichkeit […] gering ausgestaltet sind. Auf der anderen Seite müssen wir in Betracht ziehen, dass der Ausschluss der Bieter zu erheblichen Eingriffen in den Wettbewerb führen würde. Diese Bieter könnten dann nahezu grundsätzlich nicht gleichzeitig an denselben Vergabeprozessen teilnehmen, obwohl eine gegenseitige Einflussnahme praktisch ausgeschlossen ist oder wird.

In der Abwägung dieser Umstände spricht aus unserer Sicht Überwiegendes gegen einen Ausschluss der Bieter aus diesem Verfahren."

Die Antragsgegnerin wies mit Schreiben vom 03.07.2024 (Anlage ASt 10) die Rügen der Antragstellerin zurück.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.07.2024 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt, mit dem sie unter Verweis auf die ihrem Nachprüfungsantrag beigefügten vorangegangenen Rügeschreiben die bereits erhobenen Rügen wiederholt hat. Sie ist der Ansicht, die Bestimmungen der Satzung der Beigeladenen zu 2) belegten Absprachen zwischen der Beigeladenen zu 2) und ihren Gesellschaftern, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken und bewirken, denn bereits die Absprache unter Marktteilnehmern darüber, wer sich an welchen Ausschreibungen beteilige und wer von einer Angebotsabgabe absehe, stelle eine wettbewerbswidrige Abrede im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB dar und sei unvereinbar mit dem Wettbewerbsgrundsatz. Aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe sich, dass die Gesellschaft darauf angelegt sei, sich mit ihren Gesellschaftern – anderen Verkehrsteilnehmern aus der Region – bei der Beteiligung an Vergabeverfahren abzustimmen, was sich aus dem in § 6 des Gesellschaftsvertrags geregelten Verteilungssystem, der Mitwirkung des Beirats gemäß § 5 Abs. 2 lit. f) des Gesellschaftsvertrags sowie dem Auskunftsrecht der Gesellschafter nach § 3 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags in Verbindung mit § 51a GmbHG ergebe. Zudem lägen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Geheimwettbewerb zwischen den betroffenen Unternehmen nicht gewahrt worden sei, und die Beigeladenen zu 1) und 2) mit ihrer Angebotsstrategie eine Umgehung der Zuschlagslimitierung bezwecken wollten. Erstmals mit Schriftsatz vom 30.07.2024 rügt die Antragstellerin die Eignung der Beigeladenen zu 2). Es sei – wie sich nach gewährter Akteneinsicht in den Vordruck 6 ergebe – schon nicht klar, ob es sich bei der im Vordruck 6 angegebenen Referenz um eine eigene Referenz der Beigeladenen zu 2) handle. Sie sei vielmehr auf eine Eignungsleihe nach § 47 Abs. 1 S. 3 SektVO angewiesen, da sie selbst keinerlei Verkehrsleistungen erbringe. Eignungsgebende Nachunternehmer habe sie im Angebotsschreiben nicht benannt. Die nachträgliche Benennung von Nachunternehmern stelle eine unzulässige Änderung des Angebots nach Ablauf der finalen Angebotsfrist dar und verstoße gegen § 1 Abs. 4 des abzuschließenden Verkehrsvertrags, wonach Leistungen nur dann an Nachunternehmer weitergegeben werden dürften, wenn das Nachunternehmen zuvor angezeigt worden sei. Letztlich liege ein Defizit in der Dokumentation der Eignungsprüfung und ein Verstoß gegen § 8 SektVO vor.

Die Antragstellerin hat sinngemäß beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen;
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären;
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

Die mit Beschluss vom 29.07.2024 zu dem Nachprüfungsverfahren hinzugezogenen Beigeladenen zu 1) und 2) haben beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, soweit jeweils die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten angegriffen wird;
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen jeweils für notwendig zu erklären
3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen sind dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen getreten. Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, die Tatbestandsvoraussetzungen für einen fakultativen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB lägen nicht vor, weil es sich bei der Beigeladenen zu 2) um ein vom Verbot des § 1 GWB freigestelltes Mittelstandskartell handele. Dies sei ihr als Gründungsgesellschafterin bekannt gewesen. Auch habe es nach dem Ergebnis der durchgeführten Aufklärung keine wettbewerbswidrige Absprache zwischen der Beigeladenen zu 1) und 2) gegeben. Es liege – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – keine Doppelbeteiligung der Beigeladenen zu 1) als Bieterin durch Abgabe eines eigenen Angebots einerseits und Abgabe eines Angebots als Mitglied einer Bietergemeinschaft andererseits vor, denn bei der Beigeladenen zu 2) handle es sich nicht um eine

Bietergemeinschaft. Auch liege keine unzulässige Beteiligung mehrerer Konzernunternehmen vor, da die Beigeladenen zu 1) und 2) schon keine konzernrechtlich verbundenen Unternehmen seien. Bei den genannten Referenzen habe es sich ausnahmslos um eigene Referenzen gehandelt. Die in den Referenzen benannten Auftraggeber stellten diese Leistungen ohne Einschränkungen als Verkehrsleistungen der Beigeladenen zu 2) dar. Die Nachunternehmer seien im Rahmen der Aufklärung in vergaberechtlich zulässiger Weise mitgeteilt worden. Demgegenüber fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis, da sie selbst nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auszuschließen sei. Jedenfalls habe ihr Nachprüfungsantrag aus diesem Grund keine Aussicht auf Erfolg. Die Antragstellerin, die C.1 und die E. hätten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB getroffen. Im Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der C.1 sowie zwischen der C.1 und der E. sei jeweils ein Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen worden, bei dem es sich mangels Notifizierung bei der Europäischen Kommission um eine rechtswidrige staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit um eine wettbewerbsbeschränkende Abrede handle.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 12.09.2024 hat die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag teilweise stattgegeben und die Antragsgegnerin in Bezug auf Los 4 verpflichtet, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Im Übrigen hat sie den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin habe bei der materiellen Bewertung der Referenz der Beigeladenen zu 2) ihren Beurteilungsspielraum nicht eingehalten. Die Entscheidung, die Eignung der Beigeladenen zu 2) zu bejahen, sei nicht vergaberechtskonform erfolgt. Bei der vorgelegten Referenz handle es sich weder um eine Eigenreferenz der Beigeladenen zu 2), noch könnten ihr die referenzierten Leistungen als eigene zugerechnet werden. Es liege auch kein Fall der Eignungsleihe gemäß § 47 SektVO vor. Soweit die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen hat, führt sie aus, die Antragsgegnerin habe den Anwendungsbereich des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu Recht als nicht eröffnet angesehen. Es seien keine Umstände ersichtlich, die für einen Verstoß gegen § 1 GWB sprechen könnten. Schließlich sei auch die Antragstellerin nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auszuschließen.

Gegen diesen Beschluss hat die Beigeladene zu 2) mit Schriftsatz vom 26.09.2024 – eingegangen am selben Tag – sofortige Beschwerde eingelegt. Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen sei. Der Nachprüfungsantrag sei aber auch unbegründet. Ihr Angebot könne nicht aufgrund unzureichender Referenzen ausgeschlossen werden. Zum einen sei die Anforderung an die Referenzen, dass die „Rollleistungen“ selbst zu erbringen seien, nicht hinreichend bekannt gemacht worden. Zum anderen handle es sich bei den eingereichten Referenzen um eigene Referenzen der Beigeladenen zu 2), denn sie sei für alle referenzierten Fahrleistungen Auftragnehmerin der öffentlichen Dienstleistungsaufträge des O. und der L. Genehmigungsinhaberin nach §§ 2, 42 PBefG, Unternehmerin im Sinne des § 3 Abs. 2 PBefG und zivilrechtliche Vertragspartnerin der Fahrgäste gewesen. Es läge auch keine Abweichung von den Vergabeunterlagen vor, weil sie in dem Formular angekreuzt habe, keine Nachunternehmer einzusetzen. Sie habe bereits im Teilnahmeantrag Angaben dazu gemacht, dass die Verkehrsleistungen voraussichtlich – wie bereits in den heutigen Verträgen – durch die Gesellschaftsunternehmen mit deren eigenen Fahrzeugen erbracht werden. Zudem habe sie im Rahmen der Aufklärung erklärt, mit welchen Gesellschaftern sie beabsichtige, die Fahrleistungen zu erbringen. Vor diesem Hintergrund hätte die Antragsgegnerin die Erklärung der Beigeladenen zu 2) dahingehend auslegen müssen, dass sie neben den Gesellschaftern keine externen Nachunternehmen einsetze. Jedenfalls wäre die Antragsgegnerin vor einem Ausschluss des Angebots zu einer weiteren Aufklärung verpflichtet gewesen. Eine Nachforderung der Nachunternehmerbenennung wäre auch nach § 51 Abs. 2 SektVO zulässig gewesen. Es liege weder ein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot vor, noch stelle dies eine nachträgliche Änderung des Angebots dar.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Westfalen vom 12.09.2024 – VK 2 – 23/24 aufzuheben, soweit er die Antragsgegnerin verpflichtet, die Angebotswertung für Los 4 unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und der Beigeladenen zu 2) eine Kostenlast zu 1/3 gesamtschuldnerisch mit der Antragsgegnerin hinsichtlich der Verfahrensgebühr und der notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung auferlegt;

2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, soweit die beabsichtigte Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen zu 2) angegriffen wird;

3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 2) für notwendig zu erklären;

4. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen zu 2) aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin schließt sich ohne eigene Antrag dem Vorbringen der Beigeladenen zu 2) an.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 1) vom 26.09.2024 zurückzuweisen;
2. der Beigeladenen zu 2) die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer..

Entscheidungsgründe

II. Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 2) hat in der Sache Erfolg. Der zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nicht begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist insgesamt zulässig.

a. Die erforderliche Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB ist gegeben. Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 4 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, sofern ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

aa. Die Antragstellerin hat durch Abgabe ihres Angebots Interesse an dem verfahrensgegenständlichen Auftrag dokumentiert. Zudem hat sie die Verletzung von Vergabevorschriften geltend gemacht. So habe es die Antragsgegnerin vergaberechtswidrig unterlassen, das Angebot der Beigeladenen zu 2) wegen wettbewerbswidriger Absprachen nach §§ 142 Abs. 1, 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB (Rüge 1) sowie mangels Eignung nach § 122 Abs.1 GWB (Rüge 2) auszuschließen. Zudem liege ein Verstoß gegen die in den Vergabeunterlagen vorgegebene Loslimitierung vor (Rüge 3). Die nachträgliche Benennung der Nachunternehmer durch die Beigeladene zu 2) sei eine gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßende nachträgliche Änderung des Angebots und widerspreche § 1 Abs. 4 S. 2 des Vertragsentwurfs. Eine Nachforderung der Nachunternehmererklärung sei nach § 51 Abs. 2 SektVO unzulässig (Rüge 4).

bb. Die Antragstellerin hat hinreichend dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der genannten Vergabevorschriften ein Schaden droht.

Ein Schaden droht, wenn der Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGH, Beschl. v. 10.11.2009 – X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn 32), wenn also die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschl. v. 29.07.2004 – 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565). Das Nachprüfungsverfahren ist kein abstraktes Instrument zur Fehlerkontrolle, sondern dient dem Individualrechtsschutz (OLG Thüringen, Beschl. v. 12.04.2012 – 2 Verg 2/12, Rn. 116; OLG München, Beschl. v. 11.04.2013 – Verg 3/13, BeckRS 2013, 7174). Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist daher erforderlich, dass der den Nachprüfungsantrag stellende Bieter nicht nur schlüssig behauptet, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlauf des Vergabeverfahrens verletzt worden sein sollen, sondern dass er ohne die Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass der behauptet eingetretene oder drohende Schaden auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen ist (BGH, Beschl. v. 18.05.2004 – X ZB 7/04, BeckRS 2004, 6261; Senat, Beschl. v. 16.02.2006 – VII-Verg 6/06, BeckRS 2006, 4700 Rn 13).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, denn die Aussichten der Antragstellerin auf Erteilung des Zuschlags für Los 4 haben sich dadurch verschlechtert, dass das Angebot der Beigeladenen zu 2) in der Wertung verblieben und für den Zuschlag vorgesehen worden ist. Ohne Erfolg macht die Beigeladene zu 2) in diesem Zusammenhang geltend, die Antragstellerin selbst sei nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB wegen wettbewerbswidriger Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Zusammenhang mit vermeintlich rechtswidrigen staatlichen Beihilfen auszuschließen. Die Antragsbefugnis erfüllt nur die Funktion eines groben Filters, dem lediglich die Aufgabe zukommt, von vornherein eindeutige Fälle, in denen eine Auftragsvergabe für den Antragsteller aussichtslos ist, auszusondern (Senat,

Beschl. v. 01.08.2012, Verg 10/12, juris Rn. 26). Aus diesem Grund kann gegen die Antragsbefugnis nicht eingewandt werden, das Angebot des Antragstellers sei (zwingend) von der Wertung auszuschließen. Dies ist vielmehr eine Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrags (BGH, Beschl. v. 18.05.2004 – X ZB 7/04, juris Rn. 21).

b. Der Nachprüfungsantrag ist nicht nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig

aa. Die Antragstellerin hat, nachdem ihr mit Bieterinformationsschreiben vom 25.06.2024 der Ausschluss ihres Angebots und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladenen zu 2) mit Schreiben vom 27.06.2024 mitgeteilt worden war, die Rügen 1, 3 und 4 innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB erhoben.

bb. Soweit die Antragstellerin die fehlende Eignung der Beigeladenen zu 2) erstmals im Nachprüfungsverfahren mit Schriftsatz vom 30.07.2024 geltend gemacht und nach Akteneinsicht mit Schriftsatz vom 31.08.2024 konkretisiert hat (Rüge 2), ist sie mit dieser Rüge nicht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert.

Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Hinsichtlich des Vergabefehlers muss – anders als in den Konstellationen des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB, wo eine Erkennbarkeit genügt – positive Kenntnis bestanden haben. Die erforderliche Kenntnis muss sowohl die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen als auch die wenigstens laienhafte und durch vernünftige Beurteilung hervorgebrachte rechtliche Wertung der Antragstellerin umfassen, dass der Vergabevorgang zu beanstanden sei (BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 (803); Senat, Beschl. v. 16.02.2005 – VII Verg 74/04, VergabeR 2005, 364; Senat, Beschl. v. 04.03.2004 – VII Verg 8/04, BeckRS 2009, 07999; OLG Bremen, Beschl. v. 31.07.2006 – Verg 2/2006, IBRRS 2006, 4378). Bloße Vermutungen oder ein Verdacht lösen demgegenüber ebenso wenig wie fahrlässige oder grob fahrlässige Unkenntnis eine Rügeobliegenheit aus (OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 05.10.2010 – 11 Verg 7/10, BeckRS 2011, 01323; vgl. auch Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Aufl., § 160 Rn 44).

Die Antragstellerin hatte vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens keine Kenntnis von dem geltend gemachten Eignungsmangel der Beigeladenen zu 2) und konnte den hierauf gestützten Vergaberechtsverstoß daher nicht innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB rügen. Sie hat erst durch die Stellungnahme der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren Kenntnis davon erlangt, dass die Beigeladenen zu 2) in ihrem Angebot keine Nachunternehmen benannt hat, sondern dies erst später im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs. Durch die anschließend gewährte Akteneinsicht hat sie von der vorgelegten Eigenreferenz der Beigeladene zu 2) erfahren.

cc. Nachdem die Antragsgegnerin die Rügen mit Schreiben vom 03.07.2024 zurückgewiesen hatte, hat die Antragstellerin innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB am 08.07.2024 den Nachprüfungsantrag gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Es ist vergaberechtlich nicht zu kritisieren, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen zu 2) weder mangels Eignung (hierzu unter a.) noch wegen Unvollständigkeit in Bezug auf die Nachunternehmererklärung (hierzu unter b.) ausgeschlossen hat. Auch von einem Ausschluss der Beigeladenen zu 2) wegen wettbewerbswidriger Absprachen nach §§ 142 Abs. 1, 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB hat die Antragsgegnerin zu Recht abgesehen (hierzu unter c.).

a. Ob die Antragsgegnerin die Eignung der Beigeladenen zu 2) aus zutreffenden Erwägungen bejaht oder gegen §§ 45 Abs. 3, 46 Abs. 1 SektVO verstoßen hat, ist vorliegend – anders als die Vergabekammer angenommen hat - einer vergaberechtlichen Nachprüfung nicht zugänglich. Vielmehr ist ihre Entscheidung, die Eignung der Beigeladene zu 2) zu bejahen und sie zum Verhandlungsverfahren zuzulassen, von der Antragstellerin ohne weitere Überprüfung ihrer Richtigkeit hinzunehmen.

Im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb prüft der öffentliche Auftraggeber vorab die Eignung der Bewerber. Erst nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs und positiver Eignungsprüfung lässt er die Bewerber zum Verhandlungsverfahren zu. Insoweit gilt im Anwendungsbereich der Sektorenverordnung nichts anderes als in dem der VgV, wo dies in § 42 Abs. 2 S. 1 und § 52 Abs. 1 i. V. m. § 51 VgV ausdrücklich regelt ist. Die Eignungsprüfung ist auch nach dem Verständnis der SektVO beim Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb Bestandteil des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs (Senat, Beschl. v. 10.11.2021 – VII Verg 50/20 unveröffentlicht; Dietrich, in: Eschenbruch/Opitz/Röwekamp, Sektorenverordnung, 2. Aufl., § 45 Rn 6).

Durch die vorgeschaltete Eignungsprüfung und anschließende Zulassung der geeigneten Bieter zum Verhandlungsverfahren wird ein Vertrauenstatbestand zu Gunsten der zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründet. Sie müssen in der Regel nicht mehr damit rechnen, dass der durch die Angebotserstellung und die Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand deshalb nachträglich nutzlos wird, weil der Auftraggeber ihre Eignung später abweichend beurteilt und sie vom Verhandlungsverfahren ausschließt (vgl. BGH, Beschl. v. 07.01 2014 – X ZB 15/13 – Stadtbahnprogramm Gera, juris Rn 33, unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 08.09.1998 – X ZR 99/96, juris Rn 16 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.09.2024 – 15 Verg 9/24, BeckRS 2024, 24756 Rn 24; st. Rspr. Senat, Beschl. v. 29.03.2021 – VII Verg 9/21, juris Rn 47; Senat, Beschl. v. 10.11.2021 – VII Verg 50/20 unveröffentlicht; Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VII Verg 25/21, NZBau 2023, 409 Rn 29; OLG Naumburg, Beschl. v. 23.12. 2014 – 2 Verg 5/14, juris Rn 48; Kling, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 122 GWB Rn 39; Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 122 GWB Rn 29; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 122 GWB Rn 12; abweichend zur Rechtslage vor Geltung der Vergaberichtlinie 2014/24/ EU und VOB/A EU: OLG München, Beschl. v. 17.09.2015 – Verg 3/15, NZBau 2015, 711 Rn 145 ff., a. A. auch Steck, in: Ziekow/Völlink, 5. Aufl., § 16b EU VOB/A Rn 7). Ein solcher Vertrauenstatbestand wird aber nicht in jedem Fall, sondern nur dann begründet, wenn die Tatsachengrundlage, auf die der öffentliche Auftraggeber seine positive Eignungsprüfung gestützt hat, nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs unverändert geblieben ist (vgl. auch BGH, Beschl. v. 07.01.2014 – X ZB 15/13 – Stadtbahnprogramm Gera, juris Rn 33; Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VII Verg 25/21, NZBau 2023, 409 Rn 29; OLG Naumburg, Beschl. v. 23.12. 2014 – 2 Verg 5/14, juris Rn 48; st. Rspr. Senat, Beschl. v. 29.03.2021 – VII Verg 9/21, juris Rn 47; Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VII Verg 25/21, NZBau 2023, 409 Rn 29; im Ergebnis so auch OLG München, Beschl. v. 21.09.2018 – Verg 4/18; Goldbrunner, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 42 VgV Rn 12). An einem Vertrauenstatbestand fehlt es auch dann, wenn noch keine abschließende Eignungsprüfung stattgefunden hat, etwa weil der Bieter bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs (noch) nicht alle zur abschließenden Prüfung seiner Eignung erforderlichen Unterlagen eingereicht hat. Wer weiß, dass dem öffentlichen Auftraggeber im Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulassung zum Verhandlungsverfahren die Grundlage für eine abschließende Prüfung seiner Eignung fehlte, kann legitimerweise kein Vertrauen in die Beurteilung seiner Eignung haben (Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VII Verg 25/21, NZBau 2023, 409 Rn 29). Ob eine weitere Ausnahme dann anzunehmen ist, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die fehlerhafte Bejahung der Eignung auf sachfremden, manipulativen Erwägungen beruht, die mit den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung unvereinbar sind (offen lassend Senat, Beschl. v. 29.03.2021 – VII Verg 9/21, juris Rn 48), kann dahinstehen und bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

An seiner Rechtsprechung hält der Senat fest. Sie steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschl. v. 07.01.2014 – X ZB 15/13- Stadtprogramm Gera, juris Rn. 33). Die vorzitierte Entscheidung betrifft ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren nach dem 4. Teil des GWB und nicht – so wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat – einen zivilrechtlichen Schadensersatzprozess. Ein von der Antragstellerin geltend gemachter Verstoß gegen die Vergabe- oder Rechtsmittelrichtlinie kann in diesem Zusammenhang nicht festgestellt werden.

Die oben genannte Rechtsprechung bedeutet keine Versagung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes und damit einen Verstoß gegen § 97 Abs. 6 GWB, Art. 19 Abs. 4 und Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2007/66/EG (Rechtmittelrichtlinie) . Dies gilt allein schon deshalb, weil ein Vertrauenstatbestand – so wie oben ausgeführt – nicht in jedem Fall begründet wird. Zudem bleibt es den Bietern unbenommen, bereits während des Teilnahmewettbewerbs die Eignung anderer Mitbewerber zu rügen. Zwar ist eine Rüge „ins Blaue hinein" unzulässig. Die erforderliche Tatsachenkenntnis kann jedoch, sollte sie nicht bereits aufgrund der Marktkenntnisse vorliegen, nötigenfalls durch Akteneinsicht in Erfahrung gebracht werden.

Auch ist der öffentlichen Auftraggeber nicht verpflichtet, einem ungeeigneten Bieter unter Verstoß gegen Art. 29 Abs. 7, Art. 56 Abs. 1 oder Art. 65 Abs. 2 Unterabs. 3 Richtlinie 2014/24/EU (Vergaberichtlinie) den Zuschlag zu erteilen. Ihm ist die Korrektur eigener Fehler nicht abgeschnitten, wenn er nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs feststellt, dass er die Eignung eines Teilnehmers trotz Kenntnis des kompletten Sachverhalts vergaberechtsfehlerhaft bejaht hat (vgl. nur VK Bund, Beschl. v. 01.03.2018 – VK 2-8/18 BKartA, BeckRS 2018, 10281 Rn 40). Ihm steht es in jeder Phase eines Vergabeverfahrens frei, dieses aufzuheben oder zurückzuversetzen (§ 57 SektVO).

Hält der Senat somit an seiner Rechtsprechung fest, ist durch die Zulassung der Beigeladenen zu 2) zum Verhandlungsverfahren nach positiver Eignungsprüfung ein Vertrauenstatbestand zu Gunsten der Beigeladenen zu 2) begründet worden, so dass die Eignungsprüfung der Antragsgegnerin hinzunehmen ist und keiner Nachprüfung unterliegt. Beide Ausnahmetatbestände, die eine Überprüfung der getroffenen Entscheidung des öffentlichen

Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren ermöglichen, sind vorliegend nicht gegeben. Nach der Eignungsprüfung und dem Abschluss des Teilnahmewettbewerbs hat sich die Tatsachengrundlage nicht geändert. Der Antragsgegnerin waren die Angaben der Beigeladenen zu 2) in ihrem Teilnahmeantrag, der Unternehmensgegenstand und die Tatsache bekannt, dass die Beigeladene zu 2) Verkehrsdienstleistungen der vorliegenden Art durch ihre Gesellschafter mit deren Fahrzeugen erbringt. Die für den Nachweis der Eignung geforderten Unterlagen lagen vor.

b. Das Angebot der Beigeladenen zu 2) war nicht deshalb wegen Unvollständigkeit von der Wertung auszuschließen, weil es keine Angaben zu den für die Leistungserbringung vorgesehenen Nachunternehmern enthielt (Rüge 4).

In der Sektorenverordnung sind keine Vorschriften enthalten, die den Ausschluss eines Angebots regeln. Es besteht jedoch Einigkeit, dass die diesbezüglichen Freiräume auszufüllen sind. Insbesondere muss auch bei Anwendbarkeit der Sektorenverordnung das Angebot bis zum Ende der Angebotsfrist vollständig vorliegen, klar und widerspruchsfrei sein und den in der Ausschreibung aufgeführten Anforderungen entsprechen, um nicht von der Wertung ausgeschlossen zu werden (EuGH, Urt. v. 25.04.1996, C-87/94 Rn. 95; OLG München Beschl. v. 29.09.2009, Verg 12/09, juris Rn. 63; Byock in NJW 2010, 817, 820).

Ausgehend hiervon kommt ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu 2) nicht in Betracht.

Zwar ist das Angebot der Beigeladenen zu 2) unvollständig, weil dort keine Nachunternehmer namentlich benannt sind, obwohl sie im Falle der Auftragserteilung beabsichtigte, die verfahrensgegenständlichen Leistungen durch ihre Gesellschafter und deren Fahrzeuge erbringen zu lassen (siehe unter aa.). Sie kann die fehlenden Angaben aber ohne Verstoß gegen das Nachverhandlungsgebot nachholen (siehe unter bb.).

aa. Das Angebot der Beigeladenen zu 2) war unvollständig, weil sie zwar beabsichtigte, im Auftragsfalle Leistungen an Nachunternehmer zu vergeben, aber die für diese Fall von der Antragsgegnerin geforderten Angaben zu den Teilleistungen und zur Bezeichnung der Nachunternehmen nicht gemacht hat.

(1) Das Angebot der Beigeladenen zu 2) ist gemäß §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen, dass sie im Auftragsfall die Omnibusfahrten im Linien & Schülerverkehr in C. nicht mit Fahrzeugen ihres eigenen Fuhrparks durchzuführen beabsichtigt, sondern hierfür ihre Gesellschafter mit deren Fahrzeugen in Anspruch nehmen möchte.

Zwar hat die Beigeladene zu 2) in ihren Angeboten ausdrücklich erklärt:

[Die Entscheidung enthält an dieser Stelle eine Grafik.]

Aber auch eine auf den ersten Blick eindeutig erscheinende Erklärung ist unter Berücksichtigung der begleitenden Umstände nach §§ 133, 157 BGB auszulegen (vgl. Senat, Beschl. v. 01.04.2020 – VII Verg 30/19, NZBau 739 Rn 54). Maßstab der Auslegung einer Bietererklärung nach §§ 133, 157 BGB ist, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte (Senat NZBau 2017, 684 [686] Rn. 27 – Metallbau- und Schlosserarbeiten). Dabei ist der Wortlaut der Erklärung zwar ein ganz zentraler, aber nicht der einzige zu würdigende Gesichtspunkt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die eine Erklärung begleitenden Umstände bei der Auslegung berücksichtigt werden können (vgl. Senat NZBau 2018, 169 [171] Rn. 27 – Abfallsammlung und Transport; NZBau 2017, 684 [686] Rn. 27 – Metallbau- und Schlosserarbeiten; Beschl. v. 12.3.2007 – VII-Verg 53/06, BeckRS 2007, 17755). Allerdings sind nur solche Umstände berücksichtigungsfähig, die auch dem Empfänger bei Zugang der Erklärung erkennbar sind (BayObLG, Beschl. v. 11.2.2004 – Verg 1/04, BeckRS 2004, 3811; NZBau 2002, 697 Ls. = BeckRS 2002, 8062 Rn. 18). Einigkeit besteht in der Rechtsprechung zudem darüber, dass bei der Auslegung von Bietererklärungen die Gebote eines transparenten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter berücksichtigt werden müssen (OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.11.2014 – Verg W 9/14, BeckRS 2015, 7552 Rn. 20; BayObLG, Beschl. v. 11.2.2004 – Verg 1/04, BeckRS 2004, 3811). Schließlich ist anerkannt, dass es auf das Erklärungsverständnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung beim Erklärungsempfänger ankommt (Senat, Beschl. v. 13.3.2019 – VII-Verg 42/18, BeckRS 2019, 14762 Rn. 35; Beschl. v. 12.3.2007 – VII-Verg 53/06, BeckRS 2007, 17755; OLG München, Beschl. v. 21.2.2008 – Verg 1/08, BeckRS 2008, 6154 Rn. 31 u. 47).

Ausgehend hiervon war von Anfang an sowohl für die Beigeladene zu 2) als auch für die Antragsgegnerin als Erklärungsempfängerin und ehemalige Gesellschafterin der Beigeladenen zu 2) klar, dass die Beigeladene zu 2) die ausgeschriebenen Busverkehrsdienstleistungen nicht allein mit eigenen Fahrzeugen erbringen wollte, sondern hierfür im Auftragsfall ihre Gesellschafter und deren Fuhrpark in Anspruch nehmen wird. Als Gründungsgesellschafterin kannte die Antragsgegnerin das insbesondere in § 6 Abs. 2 und 3 des Gesellschaftsvertrags zum Ausdruck kommende Geschäftsmodell der Beigeladenen zu 2). Danach beauftragt die Beigeladene zu 2), wenn sie

selbst die Durchführung von Verkehrsdienstleistungen angeboten und den Zuschlag erhalten hat, einen oder mehrere ihrer Gesellschafter nach dem vertraglich festgelegten Verteilungsschlüssel mit der Erbringung der Leistungen. Dass sie entsprechend ihren gesellschaftsvertraglichen Regelungen auch im vorliegenden Fall vorzugehen gedenkt, ergibt sich aus ihrem Teilnahmeantrag. Dort hat sie unter dem Punkt „ergänzende Angaben: …" angegeben,

„Die H. nimmt als Verwaltungsorganisation in diesem Vergabeverfahren teil. Die Verkehrsleistung wird voraussichtlich, wie bereits in den heutigen Verträgen, durch die Gesellschaftsunternehmen mit deren eigenen Fahrzeugen erbracht werden. Ein gültiger Förderbescheid liegt derzeit nicht vor."

Bei dieser Sachlage musste die Antragsgegnerin es für überwiegend wahrscheinlich halten, dass die Beigeladene zu 2) in ihrem Angebot versehentlich die vorformulierte Rubrik angekreuzt hat, keine Leistungen an Nachunternehmer vergeben zu wollen (vgl. hierzu BGH NZBau 2017, 176 [179] Rn. 39 – Universitätsinstitut; Senat, Beschl. v. 01.04.2020 – VII Verg 30/19, NZBau 739 Rn 54 für den Fall, dass es nur wenige Unternehmen gibt die eine bestimmte Leistung ausführen können, zu denen die dortige Zuschlagsprätendentin nicht gehörte), oder rechtsirrig davon ausgegangen ist, ihre Gesellschafter seien keine Nachunternehmer, wenn sie von ihr für die Auftragsdurchführung eingesetzt werden.

Damit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von demjenigen, der der Entscheidung der Vergabekammer des Bundes (VK Bund, Beschl. v. 20.03.2017 – VK 1 – 7/17 BKartA, juris Rn 61 ff.) zugrunde lag. In dem dortigen Angebotsschreiben hatte sich die Bieterin eindeutig vorbehalten, Teile der ausgeschriebenen Leistung selbst zu erbringen oder aber durch ihre Teilgesellschafter realisieren zu lassen. Diesen Vorbehalt hat die Vergabekammer vergaberechtlich zutreffend als unzulässige Abweichung von den Vergabeunterlagen gewertet, denn im dortigen Verfahren hatte die Bieterin nicht nur die Nachunternehmer nicht namentlich benannt, sondern zudem offen gelassen, ob sie überhaupt einen Nachunternehmer einsetzen werde. Einen solchen Vorbehalt enthält das vorliegende Angebot nicht.

Hat die Beigeladene zu 2) somit in ihrem Angebot erklärt, im Auftragsfall Leistungen durch ihre Gesellschafter und damit bei richtiger rechtlicher Wertung durch Nachunternehmer erbringen zu lassen, ist das Angebot unvollständig, da sie die Nachunternehmer und die von ihnen zu erbringenden Teilleistungen nicht – so wie in den Angebotsunterlagen gefordert – bezeichnet hat.

bb. Die Antragsgegnerin ist berechtigt, die fehlenden Angaben zum Nachunternehmereinsatz gemäß § 51 Abs. 2 SektVO nachzufordern, da die Angaben der Beigeladenen zu 2) im Rahmen des Aufklärungsgesprächs am 02.07.2024 – dort hat sie drei Gesellschafter namentlich benannt – mangels Angabe der von ihnen zu erbringenden Teilleistungen nicht ausreichend sind. Die Voraussetzungen für eine Nachfordern von Unterlagen sind gegeben. Die Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 S. 1 SektVO sind vorliegend erfüllt.

Erklärungen zu Nachunternehmern sind leistungsbezogene Unterlagen (vgl. BayObLG, Beschl. v. 25.09.2003 – Verg 14/03; Steck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 56 VgV Rn 12). Wie bereits ausgeführt, fehlten in dem Angebot der Beigeladenen zu 2) jegliche Angaben zur Bezeichnung der Nachunternehmer und die von ihnen im Auftragsfall zu erbringende Teilleistung, so dass sie von der Antragsgegnerin nachgefordert werden können.

c. Die Antragsgegnerin war nicht verpflichtet, die Beigeladene zu 2) wegen wettbewerbswidriger Absprachen nach §§ 142 Abs. 1, 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB von dem Vergabeverfahren auszuschließen (Rüge 1).

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen mit anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

An die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der hinreichenden Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung sind strenge Anforderungen zu stellen. Hinreichende Anhaltspunkte im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB liegen vor, wenn aufgrund objektiver Tatsachen die Überzeugung gewonnen werden kann, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB/Art. 101 AEUV mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt. Ein bloßer Verdacht genügt hierfür nicht (Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VII Verg 28/21, NZBau 2023, 191; Senat, Beschl. v. 17.01.2018, VII-Verg 39/17, BeckRS 2018, 680 Rn. 32; Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 124 Rn 30; Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 124 Rn 57; Kling, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 124 Rn 62). Umgekehrt bedarf es aber auch nicht der vollen Überzeugung im Sinne des § 286 ZPO. Vielmehr kann eine Parallele zu den Anforderungen einer Verdachtskündigung im Arbeitsrecht gezogen werden.

Auch dort muss der Verdacht auf konkrete Tatsachen gestützt werden und eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Verdacht zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein alternatives, eine außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigendes Geschehen zu erklären sein, so dass bloße, auf mehr oder weniger haltbare Verdächtigungen gestützte Verdächtigungen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht ausreichen (vgl. Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VII Verg 28/21, NZBau 2023, 191 Rn 24; BAG, Urt. v. 24.05.2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 Rn 17).

In vergaberechtlich nicht zu kritisierender Weise ist die Antragsgegnerin hier davon ausgegangen, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Verstoß der Beigeladenen zu 2) gegen das Kartellverbot bestehen

aa)Zwar erfüllt die Gründung der Beigeladenen zu 2) durch ihre Muttergesellschaften und insbesondere die Umsetzung des in § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags geregelten Bestandschutzes und Verteilungsschlüssels durch die Beigeladene zu 2) die Voraussetzungen eines nach § 1 GWB verbotenen kooperativen Gemeinschaftsunternehmens. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt es ein Indiz für eine verbotene Zusammenarbeit der Muttergesellschaften dar, wenn diese ihre Tätigkeiten auf demselben sachlichen und räumlichen Markt fortsetzen, auf dem (auch) das Gemeinschaftsunternehmen aktiv ist (BGHG, Urt. v. 08.05.2001, WuW/E DE-R 711, 716 – Ostfleisch). Allerdings sind die genannten Vereinbarungen vorliegend von dem Verbot des § 1 GWB freigestellt.

Die Gründungsgesellschafter der Beigeladenen zu 2) haben im Jahr 2003 den Gesellschaftsvertrag dem Bundeskartellamt im Rahmen einer Anmeldung als zulässiges Mittelstandskartell am 22.07.2003 zur Kenntnis gegeben und im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 13.10.2003 (Anlage BF 10) ausdrücklich erklärt, der Anmeldung als Mittelstandskartell gemäß § 4 Abs. 1 GWB (in der bis zum 30.06.2005 gültigen Fassung) nicht zu widersprechen, so dass diese Vereinbarungen nach § 9 Abs. 3 GWB (in der bis zum 30.06.2005 gültigen Fassung) vom Verbot des § 1 GWB freigestellt und wirksam geworden ist. Angesichts des Umstands, dass die Antragsgegnerin, die seit der Gründung bis 2013 an der Beigeladenen zu 2) beteiligt gewesen ist, diese Bestätigung des Bundeskartellamts gekannt hat, durfte sie, da keine weiteren objektiven Anhaltspunkte für eine Änderung dieser Freistellung vorlagen, im Rahmen ihrer vergaberechtlichen Prüfung das Ergebnis der fachbehördlichen Kartellprüfung zur Freistellung ihrer eigenen Bewertung zugrunde legen. Von der Freistellung umfasst waren mithin alle Vereinbarungen, die entsprechend der gesellschaftsrechtlichen Regelungen getroffen wurden.

(2)Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin vergaberechtsfehlerfrei angenommen, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine kartellrechtswidrige Vereinbarung oder Abstimmung zwischen der Beigeladenen zu 2) und der Beigeladenen zu 1) im Zusammenhang mit der Abgabe der verfahrensgegenständlichen Angebote vorliegen.

(a) Allein die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit der Unternehmen rechtfertigt nicht die Annahme, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB vorliegt (vgl. Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – Verg 28/21, NZBau 2023, 191). Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 17. Mai 2018, C-531/16 entschieden, dass vor dem Hintergrund der aus Art. 49 und Art. 56 AEUV folgenden und in Art. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG genannten Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in den ordentlichen Gesellschafterversammlungen ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu berechtigt, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen. Vielmehr hat der öffentliche Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebotes aufkommen lassen – bei verbundenen Unternehmen, soweit die betroffenen Unternehmen keine wirtschaftliche Einheit bilden und die Muttergesellschaft keinen maßgeblichen Einfluss auf ihre Tochtergesellschaft ausübt – alle relevanten Umstände zu prüfen, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen (EuGH, Urt. v. 12.03.2015, eVigilo – C-538/13, Rn 44; EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16, Rn 32 f., juris). Stellt sich danach heraus, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig erstellt worden sind, mithin sich personelle Verbindungen und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Erstellung der Angebote konkret ausgewirkt haben, steht dies einem Zuschlag des Auftrags an die Bieter, die ein solches Angebot abgegeben haben, entgegen (EuGH, Urteils vom 17. Mai 2018, C-531/16, juris Rn 40).

Dabei kann der Nachweis für einen Verstoß gegen das Vergaberecht der Union nicht nur durch unmittelbaren Beweis erbracht werden, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind, und dass die miteinander verbundenen Bieter in der Lage sind, den Beweis des Gegenteils zu erbringen (EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16, Rn 37, juris). Soweit der Senat in der Vergangenheit aus der bei verbundenen Unternehmen wegen der möglichen Schnittstellen und Berührungspunkte objektiv erhöhten Gefahr von Verstößen gegen

den Geheimhaltungswettbewerb durch abgestimmtes Verhalten eine vom Bieter zu wiederlegende Vermutung abgeleitet und eine von der üblichen abweichenden Verteilung der Darlegungs- und Feststellungslast angenommen hat, in deren Rahmen der Bieter die durch entsprechende organisatorische Maßnahmen gewährleistet Unabhängigkeit und Vertraulichkeit bei der Erstellung und Ausarbeitung von Angeboten dazutun hatte (Senatsbeschluss vom 11. Mai 2011, VII-Verg 8/11, ZfBR 2011, 789, 792f.), hat er hieran vor dem Hintergrund der vorzitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr festgehalten (vgl. Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – Verg 28/21, NZBau 2023, 191).
114

(b)Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Annahme der Antragsgegnerin, es lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Verstoß der Beigeladenen zu 2) gegen das Kartellverbot vor, vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Allein die Tatsache, dass die Beigeladene zu 1) Gesellschafterin der Beigeladenen zu 2) ist, begründet – wie ausgeführt – keine hinreichenden Anhaltspunkte. Darüber hinaus liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass sich die Beigeladene zu 2) mit der Beigeladenen zu 1) über den Inhalt ihrer Angebote abgestimmt hat. Eine solche Abstimmung kann nicht über den Beirat erfolgt sein, weil der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) nicht im Beirat der Beigeladenen zu 2) vertreten ist und es auch zu keinem Zeitpunkt war. Zudem haben die Geschäftsführer der Beigeladenen im Rahmen der seitens der Antragsgegnerin durchgeführten Aufklärung den Vorgang der konkreten Angebotserstellung erklärt. Danach wirken grundsätzlich weder die Gesellschafter noch der Beirat der Beigeladenen zu 2) an der Angebotserstellung mit. Planung und Kalkulation des jeweiligen Angebots erfolgen bei der Beigeladenen zu 2) – so ihre Angaben - immer und auch im vorliegenden Fall allein durch deren interne Mitarbeiter. Bei der Beigeladenen zu 1) nehmen ausschließlich ihr Geschäftsführer, Herrn T. 1 sowie dessen Sohn die Angebotserstellung – so auch bei dem hiesigen Angebot – vor. Auch sind keine sonstigen – sich etwa aus den Angeboten selbst ergebende – Anhaltspunkte erkennbar, die für eine Absprache bei der Angebotserstellung hätten sprechen können. Eine Unterauftragsvergabe an die Beigeladene zu 1) war für den verfahrensgegenständlichen Auftrag nicht beabsichtigt, so dass es auch insoweit nicht zu einer internen Einholung eines Angebotspreises gekommen ist.

d. Der vorgesehene Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu 2) verstößt schließlich nicht gegen die in Ziff. II.1.6 der Bekanntmachung vorgegebene Loslimitierung (Rüge 3). Bei der Beigeladenen zu 1), die den Zuschlag in den Losen zu 2) und 3) erhält, handelt es sich um ein im Verhältnis zur Beigeladenen zu 2) selbständiges Unternehmen, welches auch nicht als ein Mitglied einer Bietergemeinschaft mit der Beigeladenen zu 2) ein Angebot auf das Los 4 abgegeben hat. Diese Rüge ist seitens der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren zudem nicht weiter verfolgt worden.

e. Ob die Antragstellerin – wie von den Beigeladenen zu 2) vorgetragen – selbst von dem Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB hätte ausgeschlossen werden müssen, weil zwischen der Antragstellerin und ihrer Mutter- und Großmuttergesellschaft ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht, dessen Verlustausgleich als unzulässige staatliche Beihilfe mit der Konsequenz einer wettbewerbsverzerrenden Wirkung zu qualifizieren ist, kann vorliegend offen bleiben. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat schon in der Sache keinen Erfolg, weil die gerügten Vergabefehler nicht vorliegen, so dass es auf die Frage, ob er auch deshalb keinen Erfolg gehabt hätte, weil es durch den vermeintlichen Verstoß gegen Vergabevorschriften tatsächlich nicht zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen der Antragstellerin gekommen ist (vgl. Senat, Beschl. v. 16.10.2019, VII-Verg 66/18, NZBau 2020, 184 Rn 52 m.w.N.), vorliegend nicht ankommt.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels.

Die Beigeladene zu 2) ist kostenrechtlich im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren wie die Antragsgegnerin zu behandeln, da sie die durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren genutzt hat, indem sie sich mit einer sachlichen Stellungnahme an diesem beteiligt (BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn 63; Senat, Beschl. v. 10.05.2012 – Verg 5/12, juris Rn 7; OLG Celle, Beschl. v. 27.08.2008 – 13 Verg 2/08; Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 175 GWB Rn. 26).

Der Beschwerdewert wird auf bis … EUR festgesetzt. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots des Antragstellers (Senat, Beschl. v. 10.02.2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Eine Verlängerungsoption ist grundsätzlich mit fünf Prozent der Hälfte des Auftragswerts für diesen Zeitraum zu berücksichtigen, wobei bei der Bestimmung des Abschlags die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, die auch einen höheren oder niedrigeren Abschlag rechtfertigen können (BGH, Beschl.

v.18.03.2014 – X ZB 12/13, NZBau 2014, 452). Vorliegend beträgt die Laufzeit des abzuschließenden Vertrags elf Jahre mit einer zweimaligen Verlängerungsoption von jeweils einem Jahr. Besondere Umstände, die eine Abweichung von dem Regelabschlag von 50 Prozent für die Verlängerungsoption rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

Firmenadresse als erhebliche Information im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB

Leitsatz (redaktionell)

Eine Firmenadresse ist eine Information, die die Vergabeentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB erheblich beeinflussen kann.

Sachverhalt

I. Mit EU-Bekanntmachung vom 17.03.2025 (Veröffentlichungsnummer [...]) schrieb die Antragsgegnerin die Lieferung von in der Bekanntmachung näher bezeichneten Microsoft Office Lizenzen offen aus. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Antragstellerin und Beigeladene - beide auf den Handel mit gebrauchter Software bzw. gebrauchten Lizenzen spezialisiert - reichten fristgerecht Angebote ein. Das Angebot der Beigeladenen hatte den niedrigsten Preis. Eine von der Beigeladenen unterschriebene Eigenerklärung zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen (Formular 521EU) war ihrem Angebot beigefügt.

Am 22.05.2025 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 134 GWB, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen, frühestens am 02.06.2025, erteilt werden solle. Mit Schreiben ebenfalls vom 22.05.2025 übermittelte die [...], Rechtsanwalt [...], über den Account der Antragstellerin auf dem Vergabeportal [...] eine "rechtsvergleichende Darstellung" der Beigeladenen. Die Beigeladene, die auch unter der Bezeichnung [...] operiere, sei unzuverlässig und habe keine wirtschaftliche Substanz. Offiziell trete sie unter einer Briefkastenadresse auf. Der offizielle Vorstand sei offensichtlich als Strohmann eingesetzt. Als "wahre Drahtzieherin" der Beigeladenen sei eine Frau [...] einzustufen. Frau [...] kontrolliere mehrere britische Gesellschaften mit dem Geschäftsgegenstand Softwarehandel. Gegen diese lägen Insolvenzanträge wegen Steuerhinterziehung vor, was ihre Unzuverlässigkeit untermauere. Details fänden sich im UK-Register: [...]. Strafrechtlich relevant im Hinblick auf § 267 StGB (Urkundenfälschung) und § 263 StGB (Betrug) sei, dass die Beigeladene nachweislich Lizenzschlüssel aus chinesischen Bildungseinrichtungen entwendet, unter Fälschung von Lizenznachweisen weiterverkauft sowie gefälschte Lizenzzertifikate verwendet habe, um an öffentlichen Ausschreibungen teilzunehmen. In einem anderen Vergabeverfahren habe die Beigeladene sich fälschlich als Stadt [...] ausgegeben, um Angebotsunterlagen anderer Bieter einzusehen und an vertrauliche Preisinformationen zu gelangen. Hiergegen sei Strafanzeige erstattet worden. Auf der [...] werde die Beigeladene als unseriöser Händler geführt. Aufgrund belegter Insolvenzverfahren, manipulierter Lizenzgeschäfte sowie dokumentierter Täuschungsakte sei sie wegen Unzuverlässigkeit gemäß §§ 123 Abs. 1 Nr. 1, 124 Abs. 1 Nr. 1, 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen.

Mit Schreiben vom 28.05.2025 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit:

"[...] Da Sie das Schreiben per Login-Daten der Fa. [...] via Vergabeportal übermitteln, gehe ich davon aus, dass Sie entsprechend legitimiert sind. Ich bitte um Nachreichung einer Vertretungsvollmacht. [...] Ihr Schreiben wird als Vergaberüge nach § 160 Abs. 3 GWB bearbeitet. [...]"

Die Unterstellungen illegitimer Geschäftspraktiken der Beigeladenen verbunden mit Urkundenfälschung und gewerbsmäßigem Betrug seien für sie, die Antragsgegnerin, anhand der Unterlagen, auf welche die Antragstellerin sich beziehe, mitnichten überprüfbar. Öffentliche Auftraggeber würden lediglich über ein begrenztes Spektrum an Möglichkeiten zur Prüfung eines potentiellen Bieters verfügen. Das bundesweite Wettbewerbsregister stelle Informationen darüber zur Verfügung, ob ein Unternehmen wegen bestimmter Wirtschaftsdelikte gemäß § 123 GWB oder § 124 GWB von einem öffentlichen Vergabeverfahren auszuschließen sei oder ausgeschlossen werden könne. Die Abfrage sei erfolgt. Da gegen die bestbietende Beigeladene im Wettbewerbsregister keine Eintragungen vorlägen, könne der Rüge nicht abgeholfen werden. Auf Nachfrage der Antragsgegnerin bestätigte die Beigeladene am 28.05.2025, "[...]" sei die korrekte Adresse für ein Auftragsschreiben.

Am 30.05.2025 hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer Westfalen einen Nachprüfungsantrag eingereicht. Mit diesem sowie weiteren Stellungnahmen vom 13.06.2025, 23.06.2025 und 24.06.2025 vertiefte und ergänzte sie ihr Rügevorbringen.

Unter Verweis auf öffentlich zugängliche Registereinträge (UK Companies House) und Warnhinweise internationaler Softwarehersteller habe sie, die Antragstellerin, konkret gerügt, dass die wirtschaftlich verantwortliche Person der Beigeladenen, Frau [...], maßgeblich mit insolvenzbetroffenen Gesellschaften verknüpft sei, gegen die wegen Steuerdelikten Verfahren anhängig gewesen seien, ferner, dass von der Beigeladenen in der Vergangenheit systematisch gestohlene oder nicht lizensierte Softwareprodukte veräußert worden und dabei nachweislich gefälschte Lizenznachweise verwendet worden seien und zuletzt in einem Vergabeverfahren eine gezielte Täuschung durch Versenden gefälschter Behörden E-Mails zur Erlangung von Angebotsinhalten Dritter stattgefunden habe. Diese schwerwiegenden Verfehlungen würden die ernsthafte Möglichkeit einer Tatbestandsverwirklichung des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nahelegen, sofern entsprechende strafrechtliche Ermittlungen zu Verurteilungen geführt hätten oder führen würden. Der Auftraggeber müsse auch außerdienstlich bekannt gewordene Tatsachen prüfen und würdigen. Werde von einem Verfahrensbeteiligten substantiierter Vortrag nebst Belegen geliefert, müsse der öffentliche Auftraggeber eine eigenständige Feststellung treffen und seine prognostische Entscheidung im Vergabevermerk dokumentieren. Anders als die Antragsgegnerin meine, genüge es insoweit nicht, auf das Fehlen eines Eintrags der Beigeladenen im Wettbewerbsregister zu verweisen. Das Register diene lediglich als Erkenntnismittel und entfalte keine Bindungswirkung. Eine sachwidrige Ermessensausübung durch die Antragsgegnerin liege auch deshalb vor, weil nicht ersichtlich sei, dass diese sich - angesichts der Schwere und Relevanz der erhobenen Vorwürfe - überhaupt mit der Frage befasst habe, ob die Eigenerklärung der Beigeladenen zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zutreffe. Hier sei es erforderlich gewesen, die Beigeladene zu ergänzenden Auskünften über ihre geschäftsführende Person, deren Vorbefassungen sowie zur Herkunft der angebotenen Lizenzprodukte aufzufordern.

Trotz überprüfbarer und auf das konkrete Leistungsversprechen bezogener Warnhinweise, Branchenquellen und Registereinträge habe die Antragsgegnerin weder die Leistungsfähigkeit der Beigeladenen geprüft noch gemäß § 60 Abs. 1 VgV eine Preisaufklärung eingeleitet. Dies sei ein weiteres Aufklärungsdefizit. Die rechtmäßige Herkunft von der Beigeladenen im Rahmen früherer Vertragsbeziehungen gelieferter Lizenzen sowie der hier konkret angebotenen Softwarelizenzen seien nicht verifiziert. Diese Erkenntnis beruhe auf dem Umstand, dass die Beigeladene auf der [...], mit einem hohen Risiko und 177 Verstößen - Hauptverstoß Handel mit gestohlener oder gefälschter Software - gelistet sei. Die [...] sei eine globale Allianz führender Softwarehersteller und Technologieexperten zum Schutz geistigen Eigentums und zur Aufdeckung illegaler Aktivitäten. Die Aktivitäten der Beigeladenen, insbesondere der Handel mit Software, verstoße gegen Urheberrechts- und Markengesetze. Die [...] rate dringend davon ab, Geschäfte mit Anbietern zu tätigen, die auf ihrer [...] aufgeführt seien. Die [...], deren Vorstand Frau [...] sei, sei ebenfalls bei der [...] mit 210 Verstößen gelistet. Auch wenn die konkrete Natur einzelner Verstöße aus der Listung der [...] nicht im Einzelnen hervorgehe, sei die Listung als ernstzunehmendes Warnsignal zu bewerten. Sofern die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen ein Aufklärungsgespräch durchgeführt habe, in dem diese den rechtskonformen Erwerb der Softwarelizenzen zugesichert haben soll, sei die zugehörige Dokumentation der Antragsgegnerin von der Vergabekammer derart geschwärzt worden, dass diese Aussage für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar sei. Auch angebliche Rückmeldungen von Referenzgebern der Beigeladenen seien der Antragstellerin nicht zur Verfügung gestellt worden. Deren Inhalt bleibe daher im Dunkeln. Unabhängig davon könnten positive Rückmeldungen einzelner Referenzgeber nicht als Nachweis für eine stets rechtskonforme Geschäftspraxis der Beigeladenen gewertet werden. Naheliegend sei, dass die Beigeladene bewusst Referenzgeber benannt habe, bei denen es bislang keine Beanstandungen gegeben habe.

Die Ausführungen der Antragsgegnerin zur Überprüfung des Firmensitzes der Beigeladenen würden zu kurz greifen. Angesichts einer Mitteilung per E-Mail des Concierge des [...] vom 26.05.2025, die Beigeladene sei an der angegebenen Adresse nicht wohnhaft und habe dort auch keinen Briefkasten, dürfe die Antragsgegnerin sich weder mit der erfolgten Bestätigung durch die Beigeladene selbst, noch mit einer Bescheinigung des Finanzamts [...] oder der Auskunft der Wirtschaftsauskunftei [...] begnügen. Diese Unterlagen seien hinsichtlich des tatsächlichen Bestehens eines substanziellen Geschäftsbetriebs an der angegebenen Adresse nicht hinreichend aussagekräftig. Finanzbehörden und Wirtschaftsauskunfteien übernähmen von den Unternehmen übermittelte Angaben zur Firmenanschrift regelmäßig ungeprüft. Eine weitere Überprüfung der Adresse der Beigeladenen sei unter den in der E-Mail vom 26.05.2025 genannten Kontaktdaten möglich oder in Form einer Bestätigung des Vermieters der betreffenden Räumlichkeiten. Erweise sich, dass die Beigeladene irreführende Angaben hinsichtlich ihres

Firmensitzes und mithin hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Substanz gemacht habe, sei ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB gerechtfertigt.

Der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 13.06.2025 war eine auf die Kanzlei [...] lautende "Generalvollmacht in allen Angelegenheiten der Antragstellerin" vom 05.02.2025 als Anlage beigefügt.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben,

a. das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsprüfung zurückversetzen und das Angebot der Beizuladenden bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren von der Wertung auszuschließen,

b. hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Ausschreibung auf eine wettbewerbskonforme Grundlage zu stellen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin beantragt wörtlich,

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird wegen Unbegründetheit zurückgewiesen. Das Verfahren wird sodann mit Zuschlagserteilung an den Bestbieter beendet.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Mit ihrer Antragserwiderung vom 05.06.2025 sowie ihrer weiteren Stellungnahme vom 23.06.2025 wiederholte und ergänzte die Antragsgegnerin ihr Vorbringen aus der Rügeantwort vom 28.05.2025. Öffentliche Auftraggeber dürften sich grundsätzlich auf Bieterangaben und von ihnen abgegebene Leistungsversprechen verlassen und seien nur bei diesbezüglichen Zweifeln zur Aufklärung verpflichtet. Die Wahl seiner Mittel obliege dabei dem öffentlichen Auftraggeber. Den von der Antragstellerin gegen die Beigeladene vorgebrachten Anschuldigungen sei die Antragsgegnerin in dem ihr zur Verfügung stehenden Rahmen nachgegangen. Aus ihren Rechercheergebnissen ergäben sich keine Fakten, die einen Ausschluss der Beigeladenen vom Wettbewerb rechtfertigen würden.

Die Rüge durch die Kanzlei [...] sei ohne Vertretungsvollmacht erhoben worden. Zu dem Firmensitz der Beigeladenen [...] werde auf die Bestätigung der Beigeladenen vom 28.05.2025, eine die genannte Anschrift bestätigende Bescheinigung des Finanzamts [...] vom 27.05.2025 sowie auf eine Auskunft der Wirtschaftsauskunftei [...] vom 26.05.2025 Bezug genommen. Weitere Möglichkeiten der Überprüfung sehe die Antragsgegnerin nicht. Die Echtheit der E-Mail des Concierge im [...] könne nicht verifiziert werden. Um die Firmenadresse der Beigeladenen valide überprüfen zu können, sei es notwendig, Betriebskostenabrechnungen oder Geschäftskontenauszüge einzusehen. Dazu fehle einem öffentlichen Auftraggeber aus Datenschutzgründen aber die Befugnis. Eine persönliche Überprüfung vor Ort durch die Antragsgegnerin erscheine angesichts des damit verbundenen Aufwandes unverhältnismäßig.

Frau [...] sei Gesellschafterin der Beigeladenen. Inwieweit sie an britischen Firmen verantwortlich beteiligt sei, die wegen Verletzung steuerlicher Pflichten zwangsaufgelöst seien, lasse sich anhand der von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen nicht nachrecherchieren. Jedenfalls könne mangels Bezugs die Unzuverlässigkeit der Beigeladenen daraus nicht geschlussfolgert werden. Ausweislich einer von der Beigeladenen vorgelegten Bescheinigung in Steuersachen habe diese weder fällige Steuerrückstände noch seien Steuerschulden gestundet. Hinweise auf einen durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten von Frau [...] verursachten, die Beigeladene betreffenden Schaden lägen nicht vor.

Unter Verweis auf frühere Auftragsdurchführungen habe die Beigeladene auch erläutert, aus welchen Quellen die zu liefernden Lizenzen erworben würden und deren rechtskonformen Erwerb zugesichert. Eine im Nachgang zu

einem mit der Beigeladenen geführten Aufklärungsgespräch übersandte Referenzliste sei mit positivem Ergebnis überprüft worden. Von keinem der genannten Ansprechpartner habe es Hinweise auf gefälschte Lizenznachweise gegeben. Der Vorwurf, die Beigeladene verwende gefälschte Lizenzzertifikate, um an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen zu können, werde durch die Antragstellerin selbst ebenso wenig belegt wie die angebliche Versendung gefälschter E-Mails. Weder bei der Stadt [...] noch beim Kreis [...] seien Strafanzeigen wegen eines solchen Vorwurfs bekannt. Dass die Listung der Beigeladenen auf [...] kein überprüfbarer Straftatbestand sei, stelle auch die Antragstellerin nicht in Abrede. Informationen darüber, ob ein Unternehmen wegen bestimmter Wirtschaftsdelikte gemäß § 123 GWB oder § 124 GWB von einem Vergabeverfahren auszuschließen sei oder ausgeschlossen werden könne, stelle das Wettbewerbsregister zur Verfügung. Die Antragsgegnerin dürfe sich damit begnügen, dass ihre dortige Abfrage für die Beigeladene keine Eintragungen ergeben habe.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen sowie
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und auch unbegründet. Es fehle an einer wirksamen Rüge gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, da das Schreiben des Rechtsanwalts [...] vom 22.05.2025 ohne Vertretungsanzeige und Vollmacht erfolgt und eine Vollmacht auf Anfrage der Antragsgegnerin auch nicht nachgereicht worden sei. Die von der Antragstellerin gegen die Beigeladene erhobenen Behauptungen träfen in keiner Weise zu, seien unlauter und rufschädigend im Sinne von § 4 UWG und würden den fakultativen Ausschluss der Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9 a) GWB erfüllen. Die Beigeladene behalte sich gegen die Antragstellerin Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche vor.

Die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Eignung der Beigeladenen könne von der Kammer nur sehr begrenzt überprüft werden. Die Antragsgegnerin habe das ihr im Rahmen der Eignungsprüfung zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB bestünden für die Beigeladene nicht. Dies ergebe die Abfrage der Antragsgegnerin im Wettbewerbsregister. Für Verfehlungen im Sinne von § 124 GWB sei ein Vollbeweis nötig. Zur Klärung des Firmensitzes der Beigeladenen liege außer der Bestätigung durch die Beigeladene selbst unter anderem eine aktuelle Bescheinigung in Steuersachen und die Auskunft der [...] vom 26.05.2025 vor. In tatsächlicher Hinsicht werde zu dem Firmensitz der Beigeladenen darauf verwiesen, dass es vorliegend nicht um einen Wartungs- oder Lieferdienst vor Ort gehe. Hinsichtlich der durchweg positiven Referenzen der Beigeladenen werde beispielweise auf den Referenzgeber Stadt [...] Bezug genommen.

Nicht richtig seien die von der Antragstellerin behaupteten Vertretungsverhältnisse bei der Beigeladenen. Diese verfüge über eine tiefgreifende IT-Expertise mit einem fundierten ordnungsgemäßen Lizenzmanagement. Die Beteiligung von Frau [...] an ordnungsgemäß aufgelösten Gesellschaften sei vorliegend unerheblich. Dass die Beigeladene Lizenzschlüssel entwende und unter Fälschung von Zertifikaten weiterverkaufe, werde ebenso bestritten wie, dass sie sich als Stadt [...] ausgegeben habe. Die Seriösität der Liste [...] mit angeblich 177 Verstößen der Beigeladenen werde ebenfalls bestritten.

Die Kammer hat erfolglos versucht, den Beiladungsbeschluss vom 04.06.2025 mittels Zustellung an die Beigeladene bekanntzugeben. Die an die Adresse [...] versandte Zustellungsurkunde kam mit dem Vermerk über den Grund der Nichtzustellung am 07.06.2025 zurück "Adressat unter der angegebenen Anschrift nicht zu ermitteln". Die Zustellung des Beiladungsbeschlusses erfolgte elektronisch, als E-Mail, gegen Empfangsbekenntnis.

Entscheidungsgründe

II. 1. Die Vergabekammer Westfalen ist nach § 159 Abs. 3 GWB i. V. m. § 2 Abs. 2 VK ZuStV NRW örtlich zuständig, weil die für die Auftragsvergabe zuständige Vergabestelle der Antragsgegnerin ihren Sitz im Regierungsbezirk [...] hat. Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 156 GWB i. V. m. § 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Auftragswert liegt ausweislich der Vergabeakte oberhalb des für Lieferleistungen einschlägigen EU-Schwellenwerts

in Höhe von 221.000 Euro, §106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit c) RL 2014/24/EU in Verbindung mit Art. 1 Nr. 1 lit. c) der delegierten Verordnung EU 2023/2495.

2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig und insoweit begründet. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Ausschluss des Angebots der Beigeladenen besteht nicht.

2.1 Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, soweit die Antragstellerin zur nicht korrekten Firmenadresse der Beigeladenen vorträgt. Insoweit hat die Antragstellerin ihr Interesse am Auftrag nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB durch Abgabe eines Angebots hinreichend dokumentiert (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.08.2021, Verg 52/20).

Es erscheint möglich, dass die Antragsgegnerin den Anspruch der Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 6 GWB auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren - hier § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB - verletzt hat, indem sie die Firmenadresse der Beigeladenen nicht noch weiter überprüft hat. Die Anschrift eines Bieters ist von Bedeutung für die Überprüfbarkeit der wirtschaftlichen Substanz eines Unternehmens und dessen rechtmäßige Teilnahme am Geschäftsverkehr. Die Angabe einer nicht korrekten Firmenadresse durch einen Bieter ist aus Sicht der Kammer eine irreführende Information, welche die Vergabeentscheidung erheblich beeinflussen könnte, und deretwegen die Antragsgegnerin die Beigeladene unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausschließen könnte. Die Antragstellerin könnte dadurch in ihren Rechten verletzt sein, dass die Antragsgegnerin ihr Ermessen, ob sie die Firmenadresse der Beigeladenen weiter überprüfen muss, fehlerhaft ausgeübt hat.

2.2. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag unzulässig.

a. Soweit die Antragstellerin zu einem strafrechtlich relevanten Täuschungsakt durch die Beigeladene in einem anderen Vergabeverfahren vorträgt, fehlt ihr die Antragsbefugnis. Es mangelt an einer substantiiert vorgetragenen Rechtsverletzung im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 1 GWB. Ein hinreichend substantiierter Vortrag setzt eine schlüssige und hinreichend konkrete Behauptung der Antragstellerin voraus, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften missachtet worden sein sollen (BGH, Beschluss vom 18.04.2004, X ZB 7/04). Unabhängig davon, dass den Bestimmungen über die Eignungsanforderungen drittschützende Wirkung zukommt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.05.2011, Verg 26/11) und ein Mitbewerber überprüfen lassen kann, ob der öffentliche Auftraggeber die Eignung eines Konkurrenten zu Unrecht angenommen hat (vgl. VK Bund, Beschluss vom 27.08.2018, VK 2-72/18), hat die Antragstellerin hier nicht hinreichend schlüssig zur Nichtbeachtung von Vergabevorschriften nach § 97 Abs. 6 GWB vorgetragen. Für die Behauptung, die Beigeladene habe einen konkreten Täuschungsakt begangen, indem sie sich fälschlich als Stadt [...] ausgegeben habe, um an vertrauliche Preisinformationen zu gelangen, hat die Antragstellerin keinen Nachweis erbracht. Da seitens der Stadt [...] gegenüber der Antragsgegnerin bestätigt wurde, dass ihr dieser Vorwurf nicht bekannt sei, bleibt es insofern bei einer reinen Mutmaßung der Antragstellerin. Außerdem spricht gegen die Schlüssigkeit sowohl die Eigenerklärung der Beigeladenen zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen als auch die Negativabfrage der Antragsgegnerin im Hinblick auf eventuelle Eintragungen der Beigeladenen im Wettbewerbsregister.

b. Das Gleiche gilt, soweit die Antragstellerin zu einer personellen Verflechtung der Beigeladenen in Person von Frau [...], Gesellschafterin der Beigeladenen, mit ausweislich des britischen Firmenregisters [UK-Register] insolvenzbetroffenen britischen Gesellschaften vorträgt. Auch wenn entsprechende Einträge zutreffen mögen, ist dies vorliegend unbeachtlich und ein substantiierter Vortrag der Antragstellerin schon allein deshalb nicht erkennbar, da es sich bei den britischen Gesellschaften nicht um das Unternehmen der Beigeladenen handelt. Dies behauptet auch die Antragstellerin nicht. Eine personelle Verflechtung als Grundlage für eine Zurechnung findet im Gesetz in § 123 Abs. 3 GWB nur insofern eine Stütze, als nach dieser für einen zwingenden Ausschluss geltenden Vorschrift das Verhalten einer Person einem Unternehmen zuzurechnen ist, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat.

c. Der Antragstellerin fehlt auch die Antragsbefugnis im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 1 GWB, soweit sie allgemein aus einer fehlenden Zuverlässigkeit der Beigeladenen einen Vergabeverstoß herleitet. Die Antragstellerin geht fehl, dass, selbst wenn es für eine schwere Verfehlung der Beigeladenen im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB an den erforderlichen (Einzel-)Nachweisen fehle, die Unzuverlässigkeit der Beigeladenen sich aber aus den Gesamtumständen ergebe. Das frühere abstrakte Eignungsmerkmal der Zuverlässigkeit gibt es nicht mehr. In nationaler Umsetzung von Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU ist es durch die enumerativen Ausschlussgründe im Zusammenhang mit einem früheren Verhalten eines Wirtschaftsteilnehmers oder einer ihm zuzurechnender Person nach §§ 123,

124 GWB ersetzt worden. Die in diesen beiden gesetzlichen Vorschriften genannten Ausschlussgründe sind auch nicht analogiefähig (Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 123 Rn. 1), so dass wegen eines hier nicht explizit genannten, ähnlich gravierenden Fehlverhaltens ein Ausschluss nicht mehr erfolgen dürfte. Entgegen der Antragstellerin ist es nicht vergaberechtskonform, wenn sie beispielsweise davon ausgeht, dass auch wenn die konkrete Natur einzelner Verstöße der Beigeladenen aus der [...] nicht hervorgehe, die Listung doch als ernstzunehmendes Warnsignal hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Antragstellerin zu bewerten sei, ebenso, dass der offizielle Vorstand der Beigeladenen als Strohmann eingesetzt sei.

d. Soweit die Antragstellerin zur unzureichenden (Preis-)Aufklärung des Angebots der Beigeladenen und deren Leistungsfähigkeit vorträgt, ist sie nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Nach dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 25.03.2020 - Verg 25/19 mit weiteren Nachweisen seiner Rechtsprechung) wird die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ausgelöst, wenn ein antragstellendes Unternehmen beziehungsweise sein vertretungsberechtigtes Organ eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat. Darüber hinaus müssen das vertretungsberechtigte Organ, sein Wissens- oder rechtsgeschäftlicher Vertreter, z. B. ein Rechtsanwalt, aufgrund laienhafter vernünftiger Bewertung zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 - VII-Verg 20/19, zitiert nach juris, Tz. 53, und Beschluss vom 12.06.2019 - VII-Verg 54/18, zitiert nach juris, Tz. 49; OLG Naumburg, Beschluss vom 18.10.2019 -7 Verg 4/19, zitiert nach juris, Tz. 35). Von einer positiven Kenntnis des Rechtsanwalts [...] ist vorliegend auszugehen.

Positive Kenntnis einer zumindest möglichen Verletzung von Vergabevorschriften - hier §§ 15 Abs. 5, 60 VgV - im Hinblick auf den Angebotspreis der Beigeladenen sieht die Kammer durch das Absageschreiben gemäß § 134 GWB vom 22.05.2025 als gegeben, insofern es für die Antragstellerin auf der Hand lag, dass die Beigeladene den niedrigsten Preis angeboten haben musste und sie nach ihren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung um die Schlechterfüllung der Beigeladenen aus anderen Lieferverträgen wusste. Auch wenn die Antragstellerin die Preisprüfung durch die Antragsgegnerin im Detail erst nach erfolgter Akteneinsicht rügen konnte, hatte sie am 22.05.2025 zumindest Anhaltspunkte für einen möglicherweise unangemessen niedrigen Angebotspreis oder einen sonstigen aufklärungsbedürftigen Umstand das Angebot der Zuschlagsdestinatärin betreffend. Sein (Rüge-)Schreiben an die Antragsgegnerin vom selben Tage beschränkte Rechtsanwalt [...] aber auf die Geltendmachung von Ausschlussgründen gegen die Beigeladene gemäß §§ 123, 124 GWB. Entgegen der Antragstellerin wurden Zweifel an der rechtlichen und tatsächlichen Erfüllbarkeit der Lieferung wirksamer und lizenzrechtlich einwandfreier Softwareprodukte nicht im Vergabeverfahren, sondern erst im Nachprüfungsverfahren - umfangreich - vorgetragen.

e. Ebenfalls präkludiert nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist die Antragstellerin mit ihrem Vortrag, soweit sie im Nachprüfungsantrag - unabhängig vom Ausschlussgrund des § 124 Abs. 3 Nr. 1 GWB - zur fehlenden Leistungsfähigkeit der Beigeladenen vorträgt, denn diese wurde in dem Schreiben des Rechtsanwalts [...] vom 22.05.2025 ebenfalls nicht gerügt. Insofern kann aus Sicht der Kammer dahinstehen, ob die in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin ins Feld geführte Listung der Beigeladenen auf [...] als unseriöser Händler ihren Vortrag, die Beigeladene sei nicht leistungsfähig, zu substantiieren vermag. Hiergegen spricht aus Sicht der Kammer, dass diese Liste - im Gegensatz zum Wettbewerbsregister - von der [...], einem nicht staatlichen Betreiber geführt ist, und die Gefahr birgt, einen Mitbewerber abwertend darzustellen und somit die hohen gesetzlichen Anforderungen an einen fakultativen Ausschluss zu konterkarieren.

2.3 Soweit die Antragstellerin im Hinblick auf eine mögliche Verletzung von § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB antragsbefugt ist, ist der Antrag nicht wegen formal unwirksamer Rüge nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB unzulässig, insofern die auf Herrn [...] lautende "Generalvollmacht in allen Angelegenheiten der Antragstellerin" vom 05.02.2025 erst am 13.06.2025 eingereicht wurde.

Grundsätzlich sind an eine Rüge lediglich geringe Anforderungen formeller Art zu stellen. Wird diese - wie vorliegend - von einem Bevollmächtigten erklärt, ohne dass eine Vollmachtsurkunde beigelegen hat, kann sie vom Auftraggeber nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil ihr keine Urkunde beigelegen hat. Vielmehr entsteht ein Schwebezustand, der nicht schuldhaft verlängert werden darf. Kommt der Bevollmächtigte der Aufforderung zur Nachreichung der Vollmacht nicht nach, kann die Rüge zurückgewiesen werden. Ob sich das Vorgesagte aus der

analogen Anwendung der für zivilrechtliche Willens- und Wissenserklärungen geltenden Vorschrift des § 174 BGB auf die Rügeobliegenheit als prozessuale Handlung ergibt oder erst über eine mittelbare Anwendung von § 14 Abs. 1 S. 3 VwVfG (siehe Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 160 GWB, Rz. 60, Fn. 379 mit Literaturnachweisen) kann mit Blick auf die vergleichbaren Rechtsfolgen dahinstehen. Wird die Vollmacht nicht nachgereicht, kann eine Zurückweisung des Rechtsbehelfs als unzulässig erfolgen (LSG Bayern, Urteil vom 10.09.2024 - L 8 SO 226/22 zu einer nicht vorgelegten Vollmacht im Widerspruchsverfahren).

Maßgeblich dafür, dass die Kammer, anders als die Beigeladene, vorliegend von einer wirksamen Rüge ausgeht, ist der Umstand, dass die Antragsgegnerin das Schreiben des Rechtsanwalt [...] vom 22.05.2025 - ausgehend von dessen Legitimation - als Rüge bearbeitete, die Nachreichung einer Vollmacht erbat und, als diese innerhalb der Rügefrist nicht vorgelegt wurde, das Schreiben vom 22.05.2025 bzw. die darin erkannte Rüge nicht zurückwies.

Zwar überzeugte insbesondere der Vortrag der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, in Vergabeverfahren sei sie aufgrund kurzer Fristen gehalten, eingehende Rügen schnell zu bearbeiten. Wenn sie dem nachkomme, könne ihr dies nicht zum Nachteil gereichen. Allerdings hat die Antragsgegnerin die Rüge auch nicht als unzulässig zurückgewiesen, als die Vollmacht, um deren Nachreichung sie in ihrem Antwortschreiben vom 28.05.2025 gebeten hatte, innerhalb der Rügefrist nicht nachgereicht wurde. Dem Schreiben vom 28.05.2025 lässt sich eine ausdrückliche Zurückweisung nicht entnehmen. Dafür, dass die Antragsgegnerin mit der Aufforderung zur Nachreichung der Vollmacht konkludent erklärt hat, dass sie die Rüge im Falle der Nichteinreichung zurückweisen werde, gibt es aus Sicht der Kammer keine Anhaltspunkte. Genauso könnte die inhaltliche Bearbeitung des Schreibens dahingehend ausgelegt werden, dass die Rüge auch ohne Vollmacht bearbeitet werden sollte. Als Herrin des Vergabeverfahrens hat die Antragsgegnerin sich hier zumindest nicht eindeutig positioniert, was im Hinblick auf ihre überlegene Stellung als öffentlicher Auftraggeber zu ihren und nicht zu Lasten der Antragstellerin geht. Dafür, dass die Antragsgegnerin die Rüge endgültig nicht zurückgewiesen hat, spricht ferner, dass sie im Nachprüfungsverfahren beantragt, den Antrag "als unbegründet" zurückzuweisen. Dahinstehen kann aus Sicht der Kammer, ob die Rüge nicht auch durch die auf den 05.02.2025 datierte Generalvollmacht nachträglich geheilt worden ist.

2.4 Die Antragstellerin macht auch eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend, ferner, dass ihr ein Schaden drohe, da der Zuschlag auf das Angebot der bestbietenden Beigeladenen erteilt werden soll (§ 160 Abs. 2 S. 2 GWB).

3. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er begründet.

3.1 Indem die Antragsgegnerin beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, ohne weiter zu überprüfen, ob die Beigeladene unter der Anschrift [...] ihren Firmensitz hat, verletzt sie den Anspruch der Antragstellerin auf ein transparentes, alle Bieter gleich behandelndes Vergabeverfahren. § 97 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB.

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB kann der öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn es fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln. Der Begriff der "Informationen" ist dabei sehr weit gefasst und erfasst sämtliche Angaben des Teilnehmers an einem Vergabeverfahren. Informationen dieser Art können neben den Angebotserläuterungen und vergaberechtlichen Rügen auch Angebotsinhalte sein. Irreführend ist eine Information, wenn sie bei objektiver Betrachtung geeignet ist, bei dem öffentlichen Auftraggeber einen Irrtum über ihren Inhalt hervorzurufen. Auf die subjektive Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers kommt es insoweit nicht an (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2024 - Verg 36/23 mit weiteren Nachweisen zu Rechtsprechung und Literatur).

Jedes Unternehmen muss über eine ladungsfähige Anschrift verfügen, unter der es auch tatsächlich anzutreffen ist, um am allgemeinen Geschäftsverkehr teilzunehmen und nicht nur z. B. für eventuelle Streitigkeiten im Rahmen der Vertragsdurchführung. Somit ist eine Firmenadresse eine Information, die die Vergabeentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB erheblich beeinflussen kann. Entgegen der Beigeladenen gilt dies völlig unabhängig davon, ob es sich wie vorliegend um eine Lieferleistung und keine

"Wartung vor Ort" handelt. Denn neben der wirtschaftlichen Substanz steht die Richtigkeit der Unternehmensadresse dafür, dass es das betreffende Unternehmen überhaupt gibt.

Auch wenn die Antragsgegnerin hinsichtlich der anderen Vorwürfe der Antragstellerin aus Sicht der Kammer zu Recht auf das Wettbewerbsregister ohne Eintrag für die Beigeladene vertrauen darf, kann derzeit nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin ihre Entscheidung, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen, bezüglich der Firmenadresse auf einer gesicherten Tatsachengrundlage getroffen hat. Zwar hat die Antragsgegnerin während des Vergabeverfahrens hinsichtlich der Überprüfung der Adresse im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bereits mehrere Maßnahmen der Überprüfung ergriffen. Insofern ist ihr kein Vorwurf zu machen. Auch ist der Antragsgegnerin zuzugestehen, dass ein persönlicher Termin vor Ort mit einem besonderen Aufwand verbunden sein dürfte. Dieser könnte aus Sicht der Kammer aber gleichwohl in Betracht kommen.

Der durch den Rücklauf der Postzustellungsurkunde dokumentierte erfolglose Zustellversuch der Kammer an die von der Beigeladenen zuvor im Angebotsvordruck angegebene und auf Nachfrage von ihr selbst am 28.05.2025 bestätigte Adresse ist ein im Nachprüfungsverfahren festgestelltes ernstzunehmendes Indiz dafür, dass es sich bei der Adresse [...] um eine vorsätzlich irreführende Information seitens der Beigeladenen handeln könnte. Eine postalische Adresse, die nicht existiert oder nicht der Wahrheit entspricht, wird in der Regel verwendet, um die Identität des Absenders zu verschleiern oder betrügerische Aktivitäten zu ermöglichen. Aus Sicht der Kammer kommt selbst den Unterlagen amtlicher Stellen (z. B. Handelsregisterauszug, Bescheinigung Finanzamt), auf welche Antragsgegnerin und Beigeladene sich berufen, eine nur eingeschränkte Beweiskraft zu, denn insoweit ist es bisher unwidersprochen, dass diese Stellen Adressangaben unter Hinweis auf die Strafbarkeit falscher Angaben ungeprüft übernehmen. Jedenfalls bestehen aus Sicht der Kammer konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene entgegen ihren Erklärungen möglicherweise unter der angegebenen Adresse nicht existiert und unter Umständen die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB erfüllt sind. Deshalb wäre es vergaberechtsfehlerhaft, wenn die Antragsgegnerin von einer weiteren Überprüfung der Adresse der Beigeladenen absehen würde. Ob und welche Beweiskraft der Angabe in dem Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen vom 31.07.2021 zukommt "Wir errichten eine AG unter der Firma [...]", wird von der Antragsgegnerin ebenfalls zu prüfen sein.

3.2 Insofern die Antragsgegnerin beabsichtigt, ohne weitere Überprüfung des Firmensitzes der Beigeladenen den Zuschlag auf dieses Angebot zu erteilen, ist die Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 GWB in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt und hat demzufolge auch einen Schaden erlitten. Um die Rechtsverletzung zu beseitigen, wird der Antragsgegnerin nach § 168 Abs. 1 GWB aufgegeben, das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotswertung zurückzuversetzen und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer erneut durchzuführen.

3.3 Das Akteneinsichtsrecht hat in einem Vergabenachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.10.2022, Verg 18/22) und setzt über den Wortlaut von § 165 Abs. 1 GWB hinaus einen das Akteneinsichtsgesuch begründenden beachtlichen und entscheidungserheblichen Sachvortrag voraus. Es besteht nur in dem Umfang, wie es zur Durchsetzung von subjektiven Rechten des Antragstellers erforderlich ist. Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin mit ihrem Vortrag weitgehend präkludiert war, hat sie aus Sicht der Kammer überobligatorisch Akteneinsicht erhalten. Soweit die Antragstellerin gleichwohl Referenznachweise der Beigeladenen wegen von der Kammer darin durchgeführter Schwärzungen als "im Dunkeln liegend" moniert, wird darauf hingewiesen, dass Referenzangaben einschließlich der jeweiligen Referenzgeber zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Sinne von § 165 Abs. 2 GWB gehören und deshalb von der Kammer in aller Regel nicht offengelegt werden.

III. 1. Die Kosten des Verfahrens werden auf [...] Euro festgesetzt.

2. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23.06.1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14.08.2013 geltenden Fassung findet Anwendung. Für die Ermittlung der Verfahrensgebühr zieht die Kammer die Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes und der Länder heran (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 06.01.2005, VII-Verg 30/05). Maßgeblich für die Bemessung der Gebühr ist grundsätzlich die streitbefangene Auftragssumme (vgl. BGH, Entscheidung v. 25.10.2011, X ZB 5/10), hier der Angebotspreis der Antragstellerin. Danach ist vorliegend von einer Verfahrensgebühr in Höhe von [...] Euro auszugehen.

3. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB die Kosten zu tragen. Das Unterliegen bestimmt sich maßgeblich nach einer materiellen Betrachtung, der die Erreichung der Verfahrensziele in wirtschaftlicher Hinsicht zu Grunde zu legen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.04.2022, Verg 5/22). Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat nicht insgesamt Erfolg. Ihr damit verfolgtes Ziel, die Beigeladene bzw. deren Angebot vom Verfahren auszuschließen, erreicht die Antragstellerin nicht. Insoweit unterliegt sie und hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die übrigen Kosten tragen Antragsgegnerin und Beigeladene zu gleichen Teilen.

Die Antragsgegnerin ist im vorliegenden Verfahren von der Zahlung der Gebühren gem. § 182 Abs. 1 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG befreit.

4. Aufgrund der Komplexität der im vorliegenden Verfahren aufgeworfenen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB war die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin und für die Beigeladene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendig. Die diesbezüglichen Aufwendungen der Antragstellerin haben Antragsgegnerin und Beigeladene je zu einem Viertel, die Aufwendungen der Beigeladenen hat die Antragstellerin zur Hälfte zu tragen.

Zuschlagsverbot im einstweiligen Rechtsschutz: Erfordernis eines unzumutbaren Nachteils

Leitsatz (redaktionell)

1. Verwaltungsrechtsschutz ist grundsätzlich nachlaufender Rechtsschutz.

2. Vorbeugender (vorläufiger) Rechtsschutz, der zur Sicherung des eigenen Bewerbungsverfahrensanspruchs darauf gerichtet ist, in einem Auswahlverfahren für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen die Zuschlagserteilung an den ausgewählten Mitbewerber einstweilen zu verhindern, setzt voraus, dass dem Betroffenen bei dem Verweis auf nachträglichen Rechtsschutz unzumutbare Nachteile etwa in Form einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung oder der Schaffung irreversibler Zustände drohen..

Sachverhalt

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat den mit der Beschwerde weiterverfolgten Antrag der Antragstellerin,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu untersagen, im Vergabeverfahren "Auswahlverfahren Rettungsdienstleistungen ab 2025 Verfahrens-Nr.: N01" in den Losen 5 und 8 den Zuschlag an einen Dritten zu erteilen,

als unzulässig abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Antragstellerin fehle für ihren auf vorbeugenden (vorläufigen) Rechtsschutz gerichteten Antrag das erforderliche qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis. Ein solches liege vor, wenn der Betroffene nicht in zumutbarer Weise auf den als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden könne. Unzumutbare Nachteile der Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes könnten etwa bei drohender wirtschaftlicher Existenzgefährdung oder Schaffung irreversibler Zustände vorliegen. Beides lasse sich hier für den Fall, dass die Antragstellerin auf nachträglichen Rechtsschutz nach Zuschlagserteilung und - dem daraus folgenden - Abschluss der öffentlichrechtlichen Verträge mit den Beigeladenen verwiesen werde, nicht feststellen. Die Antragstellerin mache eine drohende Existenzgefährdung bereits nicht geltend und eine solche sei auch sonst nicht ersichtlich. Zudem würden durch die mit der Erteilung der Zuschläge einhergehenden Abschlüsse öffentlichrechtlicher Verträge keine vollendeten Tatsachen geschaffen, die nicht im Wege des nachträglichen Rechtsschutzes abgewendet werden könnten. Die Regelung in § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB, wonach in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren ein wirksam erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden könne, gelte vorliegend nicht. Da der Antragsgegner von der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB Gebrauch gemacht habe, sei anstelle des Vergaberechts § 13 RettG NRW anzuwenden. Ferner könne die Auftragsvergabe an die Beigeladenen im Falle einer für die Antragstellerin positiven Hauptsacheentscheidung rückgängig gemacht werden. Denn jedenfalls sehe der Vertragsentwurf für die geplanten Neuvergaben in Nr. 19.3 eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit vor, die nach der Auffassung des Antragsgegners die in Rede stehende Situation der nachträglichen Überprüfung der Auswahlentscheidung zugunsten der Antragstellerin erfassen würde. Schließlich verschlechtere sich durch einen (vorläufigen) Vollzug des Vertrags mit den Beigeladenen deren Stellung nicht derart, dass die Chancen der Antragstellerin bei einer gegebenenfalls erneut zu treffenden Auswahlentscheidung verschlechtert wären.

Entscheidungsgründe

Die dagegen von der Beschwerde erhobenen Einwände, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine abweichende Entscheidung.

1. Ausgehend von dem Begehren der Antragstellerin, die Erteilung des Zuschlags an die ausgewählten Beigeladenen vorläufig zu unterbinden, damit das von ihr abgegebene Angebot weiterhin eine Chance habe, den Zuschlag zu erhalten, hat das Verwaltungsgericht zu Recht festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines solchen vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes vorliegend nicht erfüllt sind.

Verwaltungsrechtsschutz ist grundsätzlich nachgängiger Rechtsschutz. Das folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Gerichtsbarkeit nur die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit aufträgt, ihr aber grundsätzlich nicht gestattet, bereits im Vorhinein gebietend oder verbietend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen. Die Verwaltungsgerichtsordnung stellt darum ein System nachgängigen - ggf. einstweiligen - Rechtsschutzes bereit und geht davon aus, dass dieses zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) grundsätzlich ausreicht. Vorbeugende Rechtsschutzgesuche sind daher nur zulässig, wenn ein besonderes schützenswertes Interesse gerade an der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes besteht, wenn mit anderen Worten der Verweis auf den nachgängigen Rechtsschutz - einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes - mit für den Kläger unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre.

St. Rspr., vgl. nur BVerwG, Urteile vom 22. Oktober 2014 - 6 C 7.13 -, NVwZ 2015, 906 = juris, Rn. 17, und vom 25. September 2008 - 3 C 35.07 -, BVerwGE 132, 64 = juris, Rn. 26, jeweils m. w. N.

Ausgehend davon hat der Senat entschieden, dass vorbeugender (Eil-)Rechtsschutz auch bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen grundsätzlich in Betracht kommt, wenn ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis hierfür vorliegt, weil der Betroffene nicht zumutbarerweise auf den als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann. Der Senat hat erwogen, dass Letzteres insbesondere dann anzunehmen sein dürfte, wenn der Leistungszeitraum für die zu vergebenden Rettungsdienstleistungen an ein fixes Anfangs- und Enddatum geknüpft ist und nachträglicher Rechtsschutz deshalb - zeitlich bedingt - ganz oder teilweise zu spät käme.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Januar 2017 - 13 B 1163/16 -, juris, Rn. 8; siehe auch bereits OVG NRW, Beschluss vom 17. März 2004 - 13 B 2691/03 -, GewArch 2004, 297 = juris, Rn. 10 f., m. w. N.

Vorliegend hat der Antragsgegner den Leistungszeitraum in der Ausschreibung ab dem 1. Juli 2025 für die Dauer von drei Jahren mit zweimaliger Verlängerungsoption von jeweils einem Jahr festgelegt. Angesichts dieses fixen Anfangsdatums würde nachträglicher Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren nach erfolgter Zuschlagserteilung und Vertragsschluss mit dem jeweils ausgewählten Konkurrenten - gegebenenfalls über mehrere Instanzen - jedenfalls in Bezug auf die Zeit der dann möglicherweise bereits erfolgten Durchführung des Vertrags teilweise zu spät kommen, um insoweit rückwirkend eine Überprüfung der Auswahlentscheidung erreichen und ggf. selbst den Zuschlag erhalten zu können.

Auch bei dieser Sachlage setzt der hier begehrte vorbeugende (vorläufige) Rechtsschutz, der zur Sicherung des eigenen Bewerbungsverfahrensanspruchs darauf gerichtet ist, die Zuschlagserteilung an die Beigeladenen einstweilen zu verhindern, indes voraus, dass dem Betroffenen bei dem Verweis auf nachträglichen Rechtsschutz unzumutbare Nachteile etwa in Form einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung oder der Schaffung irreversibler Zustände drohen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 19. Juli 2024 - 13 B 106/24 -, juris, Rn. 109, und vom 16. Dezember 2022 - 13 B 839/22 -, NWVBl. 2023, 250 = juris, Rn. 167 f., m. w. N.

In Anwendung dieser Maßstäbe hat das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen, dass der Antragstellerin ein solches spezifisches qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis gerade für den von ihr begehrten vorbeugenden (vorläufigen) Rechtsschutz fehlt, weil sich nicht feststellen lässt, dass der Antragstellerin entsprechende unzumutbare Nachteile drohen, wenn sie auf nachträglichen Rechtsschutz nach Zuschlagserteilung und dem daraus folgenden Abschluss der öffentlichrechtlichen Verträge mit den Beigeladenen verwiesen wird. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat gemäß § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO auf die Subsumtion des Verwaltungsgerichts dazu überwiegend (Beschlussabdruck, S. 4, dritter Absatz, bis S. 5, zweiter Absatz; S. 6, siebter Absatz, bis S. 7 unten) Bezug.

2. Die Einwände der Beschwerde stellen die Annahme, der Antrag auf vorbeugenden Rechtsschutz zur vorläufigen Unterbindung der Zuschlagserteilung sei unzulässig, nicht durchgreifend in Frage.

a) Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verlangt vorliegend keine abgesenkten Anforderungen an das qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis.

Vgl. bereits den Normbereich des Art. 19 Abs. 4 GG für den Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge als nicht einschlägig ansehend, weil öffentliche Aufträge nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt vergeben werden: BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 - 6 B 10.07 -, BVerwGE 129, 9 = juris, Rn. 16.

In Eilverfahren dürfen sich die Fachgerichte dem Bedürfnis nach wirksamer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht dadurch entziehen, dass sie überspannte Anforderungen an die Voraussetzungen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes stellen. Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes gebietet, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich die Maßnahme bei endgültiger rechtlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Daher ist einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn anders dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. August 2002 - 1 BvR 1790/00 -, DVBl 2003, 303 = juris, Rn. 13, m. w. N.

Der Antragstellerin droht keine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in ihren Grundrechten, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann.

Der Justizgewährungsanspruch ermöglicht und verlangt in Lagen, in denen - wie hier - unterschiedliche Interessen Mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtsuchenden. Er zielt vielmehr auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 -, BVerfGE 116, 135 = juris, Rn. 68 und 75 ff.

Art. 12 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG) scheidet in der vorliegenden Konstellation als Grundlage eines subjektiven Rechts der Antragstellerin aus. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber berührt grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers. Diese schützt einen Gewerbetreibenden weder davor, dass ihm durch staatliche Maßnahmen Konkurrenz erwächst, noch bietet sie Schutz gegen eine bloß faktische Benachteiligung durch Vereitelung künftiger Erwerbschancen.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 437/08 -, VergabeR 2008, 816 = juris, Rn. 2, und vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 -, BVerfGE 116, 135 = juris, Rn. 59 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 16. Dezember 2022 - 13 B 839/22 -, NWVBl. 2023, 250 = juris, Rn. 139.

Das hier auf Grundlage von § 13 RettG NRW durchgeführte Auswahlverfahren dient ausschließlich dem öffentlichen Interesse an einem in effektiver und wirtschaftlicher Weise organisierten, funktionierenden Rettungsdienst zum Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Juli 2024 - 13 B 106/24 -, juris, Rn. 37.

Als Eingriff in ein subjektives Recht kommt damit nur die Beeinträchtigung des sog. Bewerbungsverfahrensanspruchs, also des Rechts aus Art. 3 Abs. 1 GG auf eine verfahrenskonforme Auswahlentscheidung, in Betracht.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 -, BVerfGE 116, 135 = juris, Rn. 64 f.; BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 - 6 B 10.07 -, BVerwGE 129, 9 = juris, Rn. 10; OVG NRW, Beschluss vom 19. Juli 2024 - 13 B 106/24 -, juris, Rn. 52.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist vorliegend kein vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz geboten, um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Die Antragstellerin meint, durch die Zuschlagserteilung würden irreversible Zustände geschaffen, indem jegliche von ihr erarbeiteten Rechtspositionen unwiederbringlich und endgültig verloren gingen, ohne dass sie die monierten Verletzungen ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs und des EU-Primärvergaberechts einer effektiven Rechtsschutzinstanz zuführen könnte. Die dieser Annahme zugrunde gelegte Prämisse, ein erteilter Zuschlag sei auch im Auswahlverfahren für die Erbringung von Rettungsdienstleistungen endgültig, trifft jedoch nicht zu. Insoweit hat das Verwaltungsgericht zu Recht darauf abgestellt (Beschlussabdruck, S.

4, letzter Absatz, bis S. 5, vierter Absatz), dass wegen der hier einschlägigen Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Regelungen des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 bis 184 GWB: Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen) nicht anzuwenden sind.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Juli 2024 - 13 B 106/24 -, juris, Rn. 32; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2023 - Verg 28/22 -, juris, Rn. 27; Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 107 GWB Rn. 9; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 30. März 2020 - 1 BvR 843/18 -, NZBau 2020, 607 = juris, Rn. 18: "Es sind die Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet, die das Vergaberechtsregime [...] eröffnet, wenn die Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht greift." (Anm.: Hervorhebung nur hier).

Deshalb ist insbesondere auch der von der Antragstellerin angeführte § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB, wonach ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann, im rettungsrechtlichen Auswahlverfahren nicht anwendbar. Anstelle des Vergaberechts finden § 13 RettG NRW und prozessual die Verwaltungsgerichtsordnung und die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsprozessrechts Anwendung. Eine § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB entsprechende Regelung kennt der Verwaltungsprozess nicht. Die Beschwerde zeigt nicht auf, dass es in diesem hier maßgeblichen Rahmen einen (gewohnheitsrechtlichen) Grundsatz gibt, wonach ein wirksam erteilter Zuschlag im rettungsrechtlichen Auswahlverfahren nicht aufgehoben werden kann.

Vgl. zur anderen Ausgangslage für das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren: BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03 -, BVerfGK 3, 355 = juris, Rn. 24 f.

Vor diesem Hintergrund macht es für die an die Zulässigkeit vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes anzulegenden Maßstäbe letztlich keinen Unterschied, dass in dem dem Senatsbeschluss vom 16. Dezember 2022 - 13 B 839/22 - zugrunde liegenden Verfahren bereits der Zuschlag an den ausgewählten Mitbewerber erteilt und mit ihm ein öffentlichrechtlicher Vertrag geschlossen worden war. Dort hatte der Senat die Zulässigkeit vorbeugenden Eilrechtsschutzes unter den genannten Maßstäben (vorsorglich) in Bezug auf die (vorläufige) Durchführung des Vertrags mit der ausgewählten Bewerberin geprüft, falls der bereits geschlossene Vertrag über die vergebenen Rettungsdienstleistungen nichtig sein sollte (vgl. juris, Rn. 135 und 166), mithin - so wie hier - noch kein Vertrag geschlossen worden wäre.

Daran ändert nichts, dass nach der Senatsrechtsprechung ein nach Zuschlagserteilung abgeschlossener öffentlichrechtlicher Vertrag über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen nicht wegen fehlender Zustimmung eines unterlegenen Bewerbers nach § 58 Abs. 1 VwVfG NRW unwirksam sein kann.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 16. Dezember 2022 - 13 B 839/22 -, NWVBl. 2023, 250 = juris, Rn. 137 ff.

Wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat (Beschlussabdruck, S. 7, erster Absatz), wird unabhängig davon in dem Vertragsentwurf für die geplanten Neuvergaben für den Antragsgegner eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund für den Fall eingeräumt, dass gesetzliche, gerichtliche oder aufsichtsbehördliche Maßnahmen dem Vertrag die rechtliche oder tatsächliche Grundlage ganz oder teilweise entziehen. Damit wird dem hier allein geschützten Bewerbungsverfahrensanspruch ausreichend Rechnung getragen; er ist nicht unwiederbringlich verloren.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 19. Juli 2024 - 13 B 106/24 -, juris, Rn. 111, und vom 16. Dezember 2022 - 13 B 839/22 -, NWVBl. 2023, 250 = juris, Rn. 165; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 15. August 2002 - 1 BvR 1790/00 -, DVBl 2003, 21 = juris, Rn. 19.

Aus der von der Beschwerde angeführten Entscheidung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts zur Vergabe einer Konzession für den Bau und Betrieb einer Kindertagesstätte,

vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 29. Oktober 2018 - 10 ME 363/18 -, NVwZ 2019, 656 = juris, Rn. 15 f.,

ergibt sich nichts anderes. Sie ist für den vorliegenden Fall schon deshalb unergiebig, weil dort keine Bereichsausnahme, die die Anwendbarkeit des Vergaberechts ausschließt, einschlägig war. Ungeachtet dessen hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht sich ausgehend von der dort angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung zur Frage des qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses nicht verhalten, sondern lediglich festgehalten, dass

die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes noch möglich ist (juris, Rn. 15); die Frage einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit wurde dabei nicht thematisiert. Ebenso wenig hat sich der 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem von der Beschwerde angeführten Urteil zur gemeindlichen Vergabe über die Durchführung von Wochenmärkten,

vgl. OVG NRW, Urteil vom 24. Mai 2024 - 4 A 2508/22 -, NWVBl. 2025, 77 = juris, Rn. 133 ff.,

zu dem hier in Rede stehenden vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutz verhalten, sondern "unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls" im dortigen Hauptsacheverfahren eine vorherige Überprüfung der Auswahlentscheidung für geboten erachtet (juris, Rn. 136): "Die Verweisung auf nachgelagerten Rechtsschutz nach Erteilung eines Zuschlags ohne eine vorherige sachliche Überprüfung der durch die Beklagte vorgenommenen Auswahlentscheidung im Hauptsacheverfahren würde dem Anspruch der Klägerin auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht ausreichend Rechnung tragen." (Anm.: Hervorhebung nur hier)

b) Die Beschwerde legt auch nicht dar, dass aus Unionsrecht etwas anderes folgte. Unabhängig davon, ob vorliegend überhaupt das für die Anwendbarkeit des Unionsrechts erforderliche eindeutige grenzüberschreitende Interesse und damit Binnenmarktrelevanz vorliegt,

vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 19. Juli 2024 - 13 B 106/24 -, juris, Rn. 40 ff., m. w. N.,

ergibt sich aus der von der Beschwerde angeführten Rechtsprechung und Literatur nicht, dass der unionsrechtliche Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes abgesenkte Anforderungen an die Zulässigkeit vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren oder jedenfalls für rettungsdienstrechtliche Auswahlverfahren im Besonderen verlangte.

c) Die Antragstellerin macht geltend, ihr alleiniges Interesse liege darin, den Zuschlag in dem laufenden Auswahlverfahren über den ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstand zu erhalten, nicht an einem neuen Auswahlverfahren in ungewisser Zukunft teilnehmen zu können. Soweit sie deshalb meint, eine nachgelagerte Entscheidung im Hauptsacheverfahren würde hinter ihrem Rechtsschutzbedürfnis zurückbleiben, weil das Vergabeverfahren nicht wieder "aufleben" könne, lässt sie zum einen unberücksichtigt, dass ihr auch nachgelagerter einstweiliger Rechtsschutz zur Überprüfung der getroffenen Auswahlentscheidung grundsätzlich offen steht, sofern sie neben einem Anordnungsanspruch einen Anordnungsgrund glaubhaft macht.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 16. Dezember 2022 - 13 B 839/22 -, NWVBl. 2023, 250 = juris, Rn. 175.

Die Grundlage der mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge entfiele bereits dann, wenn dem Antragsgegner durch einstweilige Anordnung unter Vorwegnahme der Hauptsache aufgegeben würde, eine erneute Auswahlentscheidung zu treffen. Dies ist hier indes nicht beantragt. Zum anderen kann auch Rechtsschutz in der Hauptsache, wenn dies geboten ist, zügig gewährt werden. Dementsprechend hatte das Verwaltungsgericht eine Terminierung der Hauptsache für Ende Mai/Anfang Juni 2025, also sogar noch vor Beginn des ausgeschriebenen Leistungszeitraums am 1. Juli 2025, in Aussicht gestellt.

Im Übrigen ist das Interesse der Antragstellerin, den Zuschlag gerade im laufenden Auswahlverfahren zu erhalten, für sich genommen nicht schutzwürdig. Die allein zu ermöglichende gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung ist nach dem Vorstehenden auch dann noch möglich, wenn der Zuschlag bereits erteilt wurde. Die durch ihre Nichtberücksichtigung in der Zeit der Durchführung des Vertrags mit einem Mitbewerber berührten wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin sind im vorliegenden Zusammenhang - wie ausgeführt - nicht schutzwürdig. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 -, BVerfGE 116, 135 = juris, Rn. 60 f.

Erhebliche, im Übrigen von der Antragstellerin nicht substantiierte wirtschaftliche Nachteile allein begründen deshalb kein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis für den begehrten vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutz. Dass hier ausnahmsweise etwas anderes gelten könnte,

vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 -, BVerfGE 116, 135 = juris, Rn. 63,

weil die Antragstellerin infolge entgangener Einnahmen aus dem begehrten Auftrag in eine existenzbedrohende Lage geraten könnte, ist nicht geltend gemacht und auch sonst nicht ersichtlich.

Sollte die Antragstellerin infolge der Überprüfung der Auswahlentscheidung wegen einer Verletzung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs deren Wiederholung erreichen, würde der Antragsgegner zu berücksichtigen haben, den Bewerbern durch die Verfahrensgestaltung eine hinreichende Chancengleichheit zu gewährleisten. Die Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen oder Erkenntnisse, die vorliegend in dem verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahren gesetzlich nicht ausgeschlossen ist, muss transparent erfolgen und jedem Mitbewerber eine faire Chance belassen, nach Maßgabe der wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 28. September 2020 - 4 A 2324/19 -, GewArch 2021, 117 = juris, Rn. 60 f., m. w. N.

Insoweit würde sich nichts anderes ergeben, wenn der vorliegende Antrag auf vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutz zulässig und in der Sache erfolgreich wäre. Denn der Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung würde (lediglich) zu einer Aussetzung des Auswahlverfahrens bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache führen. Inwiefern die Antragstellerin damit besser gestellt wäre, also das von ihr abgegebene Angebot - wie sie meint - bei einer späteren Entscheidung in der Hauptsache nicht überholt wäre, erschließt sich nicht.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen waren nicht aus Billigkeitsgründen für erstattungsfähig zu erklären, weil sie keinen Sachantrag gestellt und sich mithin selbst keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Zur Direktvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts

Leitsatz (redaktionell)

Gegen eine Inhousevergabe (§ 108 Abs.1, Abs. 4, Abs. 5 GWB) ist der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eröffnet.

Sachverhalt

I. Die Antragsgegnerin kündigte mit Bekanntmachung vom … die beabsichtigte Vergabe einer Rahmenvereinbarung zur Übernahme und Durchführung der Projektträgerschaft für Aufgaben der Ressortforschung des Bundesministeriums für Gesundheit im Verhandlungsverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb an die Projektträger K. an (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer …). Zur Begründung war angegeben, es handele sich um eine Inhousevergabe, die nach § 108 Abs.1, Abs. 4, Abs. 5 GWB nicht dem Vergaberecht unterfalle.

Der Projektträger K. ist eine rechtlich unselbständige Organisationseinheit der Beigeladenen. Die Beigeladene ist eine gemeinnützige Forschungsgesellschaft. Zu ihren Aufgaben gehört nach § 2 Gesellschaftsvertrags (nachfolgend: GesV) das Betreiben der naturwissenschaftlich-technischen Forschung und Entwicklung an der Schnittstelle von Mensch, Umwelt und Technologien. Sie ist Mitglied der I.. Gesellschafter sind die Antragsgegnerin, die 90 Prozent der Geschäftsanteile hält, und das Land Nordrhein-Westfalen, das 10 Prozent der Geschäftsanteile hält.

Organe der Beigeladenen sind nach § 5 GesV die Geschäftsführung, der Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung. Die Beigeladene hat zwei Geschäftsführer. Ihr Aufsichtsrat besteht nach § 9 GesV aus höchstens zwölf Mitgliedern, von denen vier von der Antragsgegnerin und zwei vom Land Nordrhein-Westfalen entsandt und abberufen werden. Daneben wählt die Gesellschafterversammlung auf Vorschlag der Mitarbeiter zwei wissenschaftliche oder technische Mitarbeiter der Gesellschaft zu Aufsichtsräten und bis zu drei weitere Aufsichtsratsmitglieder. Eine Abwahl aus wichtigem Grund ist möglich. Zudem ist der Vorsitzende des wissenschaftlichen Beirats der Beigeladen qua Amt Mitglied des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat bestimmt eines seiner Mitglieder zum Vorsitzenden. Neben der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer nach § 6 Abs. 3 GesV obliegt dem Aufsichtsrat nach § 10 GesV die Überwachung der Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung. Er entscheidet über die wichtigen forschungsrelevanten und finanziellen Angelegenheiten der Gesellschaft sowie über außergewöhnliche, über den Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs hinausgehende Rechtsgeschäfte. Zudem kann er weitere Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig machen. Der Aufsichtsrat entscheidet nach § 12 GesV mit einfacher Mehrheit, wobei bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden entscheidet. Bestimmte Beschlüsse, darunter die Wahl des Vorsitzenden, können nicht gegen die Stimme der von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen entsandt Mitglieder gefasst werden. Der Gesellschafterversammlung obliegen nach § 13 GesV alle Angelegenheiten, die nicht einem anderen Organ zugewiesen sind, insbesondere die Entscheidung über Änderungen Gesellschaftsvertrags, die Festlegung der Grundsätze für die Verwendung der Forschungsergebnisse und die Feststellung der Jahresabschlüsse. Die Gesellschafterversammlung fasst ihre Beschlüsse grundsätzlich einstimmig, ausgenommen die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder und der Abschlussprüfer sowie die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen (§ 15 GesV).

Die Beigeladene finanziert sich überwiegend über institutionelle Zuwendungen und projektbezogene Fördermittel, die sie im Rahmen von Zuwendungsbescheiden von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen erhält. Daneben erzielt sie Einkünfte aus Projektträgerverträgen, die im Rahmen wettbewerblicher Vergabeverfahren von der Antragsgegnerin oder dem Land Nordrhein-Westfalen an sie vergeben worden sind. Nach ihrem eigenen Vortrag stammen insgesamt etwas über 80 Prozent ihrer Mittel von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen.

In den Jahren 2008 bis 2020 sind Projektträgerleistungen wie die vorliegenden wiederholt von der Antragsgegnerin EU-weit ausgeschrieben worden, wobei die Rahmenverträge jeweils eine Laufzeit von vier Jahren hatten. In den Jahren 2017 bis 2020 war die Antragstellerin Auftragnehmerin. Am 6. Dezember 2023 entschied die Antragsgegnerin, erstmalige eine Inhouse-Vergabe an die Beigeladene einzuleiten. Die Beigeladene gab im Frühjahr 2024 ein Angebot ab, das die Antragsgegnerin für zustimmungsfähig erachtet, weshalb sie zur Wahrung vergaberechtlichen

Rechtschutzes am 27. Mai 2024 die eingangs wiedergegebene freiwillige ex-ante-Bekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB veranlasst hat.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 31. Mai 2024 rügte die Antragstellerin die angekündigte Direktvergabe als vergaberechtswidrig, weil die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nicht erfüllt seien. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 14. Juni 2024 zurück. Die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 4, Abs. 5 GWB seien gegeben, weil sie über die Gesellschafterversammlung und den Aufsichtsrat gemeinsam mit dem Land Nordrhein-Westfalen die Kontrolle über die Beigeladene ausübe. Die Beigeladene tätige auch mehr als 80 Prozent ihrer Umsätze mit ihren beiden Gesellschaftern, lediglich im Jahr 2022 sei diese Schwelle geringfügig unterschritten worden.

Die Antragstellerin hat daraufhin Nachprüfung beantragt und zur Begründung ausgeführt, die Voraussetzungen einer Bereichsausnahme nach § 108 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 GWB lägen nicht vor. Es fehle an einer gemeinsamen Kontrolle über die Beigeladene wie über eine eigene Dienststelle. Es bestehe ein Aufsichtsrat, dem weitreichende Befugnisse zugewiesen seien und der das beschlussfassende Organ der Beigeladenen im Sinne des § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB sei. Der Aufsichtsrat entscheide über die wichtigen forschungsrelevanten und finanziellen Angelegenheiten, er kontrolliere und steuere die Geschäftsführung. Dieser setze sich nicht ausschließlich aus dem Kreis der öffentlichen Auftraggeber zusammen, vielmehr stellten diese lediglich die Hälfte der Mitglieder. Auch fehle es an der Voraussetzung des § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB, wonach kein Interessengegensatz bestehen dürfe. Weite Bereiche der Tätigkeit der Beigeladenen unterfielen dem grundrechtlichen Schutz der Wissenschaftsfreiheit, in dem ein Weisungsrecht nicht bestehe. Zudem entfielen entgegen § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB weniger als 80 Prozent der Tätigkeit der Beigeladenen auf Aufgaben für ihre Gesellschafter, da die Fördermittel herauszurechnen seien, weil diese kein Entgelt für eine Tätigkeit darstellten.

Die Antragstellerin hat beantragt,

> 1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Auftrag über den Abschuss einer Rahmenvereinbarung zur Übernahme und Durchführung der Projektträgerschaft für Aufgaben der Ressortforschung des Bundesministeriums für Gesundheit im Wege der Inhouse-Vergabe an die Projektträger K. ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach dem 4. Teil des GWB zu vergeben;
> 2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Auslagen aufzuerlegen;
> 3. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären;
> 4. ihr Akteneinsicht zu gewähren.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

> 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
> 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Auslagen aufzuerlegen;
> 3. festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.

Sie sei gemeinsam mit dem Land Nordrhein-Westfalen in der Lage, über die Beigeladene eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle auszuüben, da die wesentlichen Entscheidungen von der Gesellschafterversammlung einstimmig getroffen würden. Der Aufsichtsrat habe hingegen nur bei einigen enumerativ aufgezählten Angelegenheiten gegenüber der Geschäftsführung Weisungsbefugnis. Zudem setze sich auch der Aufsichtsrat aus ihren Vertretern und denen des Landes Nordrhein-Westfalen zusammen. Dass das Organ sich ausnahmslos aus Vertretern der beteiligten öffentlichen Auftraggeber rekrutieren müsse, sei nicht erforderlich und auch mit der zu Art. 12 Abs. 3 UAbs. 2 Nr. 1 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU ergangenen Rechtsprechung nicht zu vereinbaren. Eine Interessenkongruenz sei nicht erforderlich. Es genüge, dass die Beigeladene keine ihr zuwiderlaufenden Interessen verfolge. Bei der Überschreitung der 80-Prozent-Schwelle sei auch die institutionelle Förderung zu berücksichtigen.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 29. Juli 2024 der Antragsgegnerin untersagt, den Auftrag an die Beigeladene zu erteilen und ihr bei fortbestehender Beschaffungsabsicht eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung

aufgegeben. Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Auftrag durch die Rüge und die Einreichung des Nachprüfungsantrags hinreichend dokumentiert, die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB sei gewahrt. In der Sache handele es sich um einen öffentlichen Auftrag, der nach den Vorschriften des Vergaberechts zu vergeben sei, da die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe nicht vorlägen. Die Antragsgegnerin übe weder allein noch gemeinsam mit dem Land Nordrhein-Westfalen eine mit der über eine eigene Dienstelle vergleichbare Kontrolle über die Beigeladene aus. Zu den Leitungsorganen der Beigeladenen gehöre auch ihr Aufsichtsrat, der zur Hälfte aus Mitgliedern bestehe, die nicht von den Gesellschaftern entsandt seien. Nach dem Wortlaut des § 105 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Abs. 5 Nr. 1 GWB müssten sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen, woraus sich ergebe, dass diese sich ausschließlich aus deren Vertretern zusammensetzen müssten. Der Begriff „zusammensetzen“ impliziere eine Ausschlusswirkung zu Lasten anderer. Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 4. März 2020, VII-Verg 11/18, vier Mitarbeitervertreter in der zwölfköpfigen Gesellschafterversammlung für unschädlich erachtet habe, fuße diese auf der gesetzlichen Vorgabe in § 52 Abs. 1 GmbHG und sei auf einen fakultativen Aufsichtsrat nicht übertragbar. Vorliegend seien sogar sechs der zwölf Aufsichtsräte nicht von den öffentlichen Auftraggebern entsandt. Während die sechs entsandten Aufsichtsräte wenigstens indirekt weisungsgebunden seien, weil sie jederzeit abberufen werden könnten, seien die sechs gewählten Aufsichtsräte nicht weisungsgebunden. Im Übrigen stehe auch der grundrechtliche Schutz der Beigeladenen als Forschungseinrichtung nach Art. 5 Abs. 3 GG der Ausübung einer mit der über eine Dienststelle vergleichbaren Kontrolle entgegen. Unabhängig davon sei die vorliegende Konstellation auch nicht mehr mit dem Grundgedanken der Inhouse-Privilegierung vergleichbar, nach der Beauftragungen 100-prozentiger Tochtergesellschaften freigestellt würden, soweit sie Aufgaben ausführen, die ansonsten dem öffentlichen Auftraggeber selbst oblegen hätten. Auch das Wesentlichkeitskriterium sei nicht erfüllt. Die Beigeladene erhalte über 50 Prozent ihrer Mittel als Förderung, die nicht für Aufgaben gewährt werde, mit denen die Beigeladene von ihren Gesellschaftern betraut sei. Das Betreiben von Wissenschaft und Forschung als generelle Zweckbestimmung der Beigeladenen stelle keine Aufgabenbetrauung dar; die institutionelle Förderung sei keine Gegenleistung für eine konkrete Tätigkeit.

Gegen diese Entscheidung haben die Antragsgegnerin und Beigeladene jeweils fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt und diese umfassend begründet. Die Beigeladene trägt vor, die von der Rechtsprechung geforderte wirksame Einwirkung der Antragsgegnerin und des Landes Nordrhein-Westfalen auf ihre strategischen Entscheidungen sei nach der gebotenen funktionalen Betrachtung gewährleistet. Ein Ausschließlichkeitserfordernis könne in § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB nicht hineingelesen werden; Formulierungen wie „ausnahmslos“ und „ausschließlich“ fehlten gerade. Eine solche Ansicht finde auch weder in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Senats noch in der Literatur eine Stütze. Es genüge eine effektive gemeinsame Kontrolle, die vorliegend gegeben sei. So bestehe ihre Gesellschafterversammlung, deren Befugnisse umfassend seien, da sie über die Änderung des Gesellschaftsvertrags beschließe, ausschließlich aus den Vertretern des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen. Auch der Aufsichtsrat werde von ihnen dominiert. Durch Bund und Land würden sechs Mitglieder entsandt. Ihr Aufsichtsrat habe seit dem 15. Februar 2022 nur elf Mitglieder, da die Gesellschafter statt der maximal drei frei wählbaren Mitglieder nur zwei gewählt hätten. Doch selbst bei zwölf Mitgliedern sei eine ausreichende Kontrolle sichergestellt, da Bund und Land auch bei den fünf zu wählenden Mitgliedern signifikante Einflussmöglichkeiten zukämen, da diese von der Gesellschafterversammlung gewählt werden müssten und jederzeit aus wichtigem Grund abgewählt werden könnten. Auch gebe bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag, der bislang immer dem Kreis der vom Bund entsandten Mitglieder angehört habe. Der Ausübung einer der über eine Dienststelle ähnlichen Kontrolle stehe auch nicht die Wissenschaftsfreiheit entgegen, da jedenfalls die in Rede stehende Tätigkeit ihrer Projektträger-K.-Organisationseinheit im Bereich des Wissenschaftsmanagements und Wissenschaftsverwaltung gar nicht erfasst sei. Auch das Wesentlichkeitskriterium sei erfüllt. Der Richtliniengeber habe auf einen Betrauungsakt abgestellt und damit die auf entgeltliche Verträge abstellende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gerade nicht wortgleich umgesetzt, sondern das Tatbestandsmerkmal erheblich geöffnet. Ausreichend sei es, wenn die beherrschte juristische Person satzungsgemäße Aufgaben für den sie beherrschenden öffentlichen Auftraggeber wahrnehme. Soweit sie institutionelle Förderung erhalte, handele es sich um Betrauungsakte in Gestalt von Förderbescheiden. Die Fördermittel dienten neben der institutionellen Förderung der zweckgebundenen Durchführung konkreter Programme. Eine derartige Förderung von Wissenschaft und Forschung sei eine Pflichtaufgabe des Staates, wobei derartige Zuwendungen haushaltsrechtlich nur gewährt werden dürften, wenn die Erfüllung des Zwecks der Aufgabenstellung und Zielsetzung des Bundes dienlich sei. Im Falle der Zweckverfehlung könnten die gewährten Mittel zurückgefordert werden.

Soweit die Antragsgegnerin während des laufenden Beschwerdeverfahrens mit Bekanntmachung vom 2. September 2024 die Vergabe einer Rahmenvereinbarung „Projektträgerschaft des Bundesministeriums für Gesundheit im Bereich der Ressortforschung“ im Zeitraum 1. Januar 2025 bis zum 31. Dezember 2026 mit der Option der Verlängerung um zwei Jahre im offenen Verfahren EU-weit ausgeschrieben (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ...) hat, ist die Beigeladene der Ansicht, dass hierdurch keine Erledigung der Hauptsache eingetreten sei. Die Antragsgegnerin halte weiter daran fest, den in Rede stehenden Auftrag an sie zu vergeben. So werde in den Vergabeunterlagen explizit unter Verweis auf die zur Überprüfung gestellte beabsichtigte Inhouse-Vergabe ausgeführt, dass die Ausschreibung lediglich zur interimsweisen Bedarfsdeckung für zunächst zwei Jahre erfolge und die Option zur Verlängerung für den Fall bestehe, dass die Antragsgegnerin unterliege. Dies werde in der inzwischen erfolgten Änderungsbekanntmachung vom … nunmehr ausdrücklich herausgestellt (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer …).

Die Beigeladene beantragt,

1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 29. Juli 2024, Az. VK 2–59/24, aufzuheben;
2. hilfsweise, festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Inhousebeauftragung an sie rechtmäßig war;
3. der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Aufwendungen aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin hat keinen Antrag gestellt, nachdem sie mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2024 ihre sofortige Beschwerde zurückgenommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zurückzuweisen;
2. der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Nach Auffassung der Antragstellerin ist das Rechtschutzbedürfnis für die sofortige Beschwerde durch die zwischenzeitlich erfolgte EU-weite Ausschreibung entfallen. Ausgeschrieben sei dieselbe Leistung im selben Leistungszeitraum. Für die hilfsweise begehrte Feststellung sei kein Raum. Die Möglichkeit der Feststellung nach §168 Abs. 2 Satz 2 GWB diene ausschließlich dem Rechtsschutzinteresse des Antragstellers.

Darüber hinaus verteidigt die Antragstellerin die Entscheidung der Vergabekammer. Zu Recht habe diese eine Entfernung vom Grundgedanken der Inhouse-Freistellung angenommen. Diese diene nicht dazu, Projektträgerleistungen, die jahrzehntelang im Wettbewerb vergeben worden seien, nunmehr inhouse zu vergeben. Die Beigeladene sei keine typische Servicegesellschaft, die zur Erledigung öffentlicher Aufgaben ausgegründet sei. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt liege in der Grundlagenforschung. Neben den bisher genannten Organen verfüge sie nach § 17 GesV über den Wissenschaftlich-Technischen Rat, in dem die Gesellschafter nicht vertreten seien. Auch dem Wissenschaftlichen Beirat nach § 18 GesV, dessen Vorsitzender kraft Amtes Mitglied des Aufsichtsrats sei, gehörten keine Vertreter der Gesellschafter an. Eine der über eine eigene Dienstelle ähnliche gemeinsame Kontrolle der Antragsgegnerin und des Landes Nordrhein-Westfalen über die Beigeladene sei nicht gegeben. Der Aufsichtsrat setze sich nicht allein aus deren Vertretern zusammen. Schon der Begriff „zusammensetzen“ sei eindeutig abschließend. Hier gelte nichts anderes als etwa in § 96 AktG. Dies sei bei der gemeinsamen Kontrolle nach § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB auch sachgerecht, weil bei einer Beteiligung Dritter die Gefahr bestehe, dass diese sich mit einem Gesellschafter gegen den anderen verbündenden und eine gemeinsame Kontrolle nicht mehr geben sei. Zudem bestehe ein Interessengegensatz. Der Grundrechtsschutz, den die Beigeladene genieße, eröffne ihr ein Maß an Selbständigkeit, das einer gesicherten Kontrolle entgegenstehe. Auch das Wesentlichkeitskriterium sei nicht erfüllt. Es komme auf den aufgrund der Vergabeentscheidungen der kontrollierenden Körperschaft erzielten Umsatz an. Die Projektträger-K.-Organisationseinheit der Beigeladenen sei für eine Vielzahl von Auftraggebern auf Bundes-, Landes und europäischer Ebene tätig, die nicht ihre Gesellschafter seien. Sie erwirtschafte hier Umsatzerlöse von 150 Millionen Euro, denen Zuschüsse von Bund, Land und anderen Zuschussgebern von 700 Millionen Euro gegenüberstünden. Derartige Zuwendungen vergüteten keine öffentlichen Aufträge, denn es fehle an einer einklagbaren Erfüllungsverpflichtung.

Mit nachterminlichem Schriftsatz vom 29. November 2024 hat die Antragstellerin vorgetragen, für ein abschließendes Verständnis von „setzen sich … zusammen“ sprächen neben den sinngemäß entsprechenden englischen („are composed of“) und französischen („sont composé de“) Sprachfassungen auch die Zielsetzung der eng auszulegenden Ausnahmevorschrift, konsequent jedwede Privilegierung Privater auszuschließen. Würden gesellschaftsfremde Dritte an den Beratungen im beschlussfassenden Organ beteiligt, könnten sich diese Kenntnisse verschaffen und von ihnen vertretenen privaten Unternehmen vermitteln, die anderen Markteilnehmern nicht zur Verfügung stehen. Zudem reduziere jeder Fremdeinfluss zwangsläufig die Ähnlichkeit mit der Kontrolle einer Dienststelle. Auch die von § 108 Abs. 4 GWB verlangte Betrauung mit Aufgaben sei im Hinblick auf die der Beigeladenen gewährten Fördermittel nicht gegeben. Hierfür bedürfe es einer dem Zuständigkeitsbereich des öffentlichen Auftraggebers unterfallenden Aufgabe. Dies ergebe sich aus Erwägungsgrund 31 der Vergaberichtlinie, wonach die öffentlichen Stellen nicht in ihrer Freiheit beschränkt werden sollen, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben. Der öffentliche Auftraggeber könne dementsprechend seine Aufgaben ausführen, indem er damit eine Tochtergesellschaft betraut. Hingegen könnten Aufgaben, die die Tochtergesellschaft selbstständig und eigeninitiativ wahrnehme, nicht Gegenstand einer Betrauung sein. Die in § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der Beigeladenen statuierten Aufgaben oblägen aber gerade nicht der Antragsgegnerin, sondern der Beigeladenen selbst; nach Art. 5 Abs. 3 GG seien Forschung und Lehre gerade frei.

Die Beigeladene hat mit nachterminlichem Schriftsatz vom 29. November 2024 vorgetragen, das Kontrollkriterium erfordere nicht, dass sich ihr Aufsichtsrat ausschließlich aus den von den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern entsandten Vertreten zusammensetze. So werde das in der englischen Sprachfassung der Richtlinie verwandte „are composed of“ nicht abschließend verstanden, wie Satzbeispiele im Cambridge Dictonary wie „Air is composed manily of nitrogen and oxigen“ zeigten. Für das deutsche Verb „zusammensetzen“ gelte jedenfalls im europarechtlichen Sprachgebrauch nichts Anderes. Sei eine Ausschließlichkeit des Personengremiums gewollt, werde das Adverb „ausschließlich“ hinzugefügt, wie etwa in Art. 36 Abs. 1 der Verordnung (EU)2018/848, Ziffer 8.2 des Anhangs I zu Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 und Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) 1432/2003. Auch habe der Richtliniengeber ausweislich Erwägungsgrund 31 lediglich die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union präzisieren wollen, die für eine gemeinsame Kontrolle eine Beteiligung jeder der Stellen für ausreichend erachtet habe. Hierfür genüge, wie Art. 12 Abs. 3 UAbs. 2 lit. ii der Vergaberichtlinie klarstelle, ein maßgeblicher Einfluss. Auch das Wesentlichkeitskriterium sei erfüllt. Der aus der Richtlinie stammende Begriff „betraut“ erfasse alle Übertragungen einer öffentlichen Aufgabe, die dem Aufgabenkreis des öffentlichen Auftraggebers zuordenbar sei. Die Betrauung im Sinne der Richtlinie sei nicht auf die Übertragung durch Hoheitsakt und auch nicht auf hoheitliche Aufgaben beschränkt, sie könne auch im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Erfasst würden zudem alle zur eigentlichen Aufgabe akzessorischen Tätigkeiten, sofern sie zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beitrügen. Wissenschaft und Forschung seien Staatsaufgaben. So sei im Hinblick auf die den staatlichen Organen obliegende Risikovorsorge eine Beobachtung der Erkenntnisfortschritte der Wissenschaft geboten. Ohne eine belastbare und anhand wissenschaftlicher Methoden gewonnene Erkenntnisgrundlage sei eine sinnvolle Erfüllung der verfassungsrechtlichen Aufgaben nicht möglich. Hiervon gehe auch die EU-Kommission aus. Die hierfür erforderlichen Maßnahmen erfülle die Ressortforschung, die insofern Teil hoheitlichen staatlichen Handelns sei. Die hierunter erfassten Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten des Bundes dienten der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Vorbereitung staatlichen Handelns. Sie sei zum Großteil in Behördenform institutionalisiert, wie etwa der Bundesforschungsanstalt, es könnten aber privat verfasste Entitäten mit ihr betraut werden. Insbesondere die Förderung von Wissenschaft und Forschung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und Art. 91 b GG sei staatliche Aufgabe des Bundes. Auch sie sei errichtet worden, um Wissenschaft und Forschung zu betreiben und so die Grundlagen für staatliches Handeln zu legen. So sei sie in den Forschungsgebieten Energie, mit Schwerpunkten in Erzeugung und Speicherung von Wasserstoff sowie nukleare Entsorgung, Information, mit Schwerpunkten im Bereich der Computertechnologie, sowie Erde und Umwelt, mit den Schwerpunkten Ressourcennutzung und Bioökonomie, tätig.

Entscheidungsgründe

II. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen, über die nach der Beschwerderücknahme der Antragsgegnerin allein noch zu entscheiden ist, ist zulässig, in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig.

Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Beigeladenen ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags an sie untersagt und dieser bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die gemeinschaftsweite Bekanntmachung aufgegeben hat. Die materielle Beschwer der Beigeladenen durch die Entscheidung der Vergabekammer ist nicht dadurch entfallen, dass die Antragsgegnerin zwischenzeitlich eine Rahmenvereinbarung „Projektträgerschaft des Bundesministeriums für Gesundheit im Bereich der Ressortforschung" für den Zeitraum 1. Januar 2025 bis zum 31. Dezember 2026 mit der Option der zweimaligen Verlängerung um ein Jahr EU-weit ausgeschrieben hat. Hierdurch ist keine Erledigung in der Hauptsache eingetreten; die Entscheidung der Vergabekammer ist nicht gegenstandslos geworden. Nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB erledigt sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise. Ein typischer Fall der Erledigung in sonstiger Weise ist die Abhilfe durch den Auftraggeber im laufenden Nachprüfungsverfahren (OLG Celle, Beschluss vom 30. Oktober 2024, 13 Verg 8/14; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, Verg 8/12). Das zwischenzeitlich eingeleitete Vergabeverfahren stellt eine solche Abhilfe des gerügten Vergaberechtsverstoßes jedoch nicht dar. Die Antragsgegnerin hat nicht von ihrem ursprünglichen Vorhaben, die Übernahme und Durchführung der Projektträgerschaft in-house ohne Durchführung einer EU-weiten Ausschreibung an die Beigeladene zu vergeben Abstand genommen. Dies ergibt sich aus der Änderungsbekanntmachung vom 10. September 2024. Dort hat die Antragsgegnerin ausdrücklich klargestellt, dass es sich um eine Vergabe zur interimsweisen Bedarfsdeckung für zunächst zwei Jahre handelt, weil die beabsichtigte Inhouse-Vergabe Gegenstand einer Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen ist und daher noch nicht umgesetzt werden kann (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer …). Der Formulierung „noch nicht umgesetzt werden kann" ist der Wille der Antragsgegnerin zu entnehmen, im Falle eines Obsiegens die bisher beabsichtigte Inhouse-Vergabe umzusetzen. Die Vergabe erfolgt auch nicht für den im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Inhouse-Vergabe vorgesehenen Zeitraum von vier Jahren, sondern fest nur für zwei Jahre. Die Verlängerungsoption um einmalig zwei weitere Jahre besteht ausdrücklich nur für den Fall, dass die Antragsgegnerin vor den Nachprüfungsinstanzen unterliegt. Dies unterstreicht den Willen der Antragsgegnerin, an der beabsichtigten Inhouse-Vergabe an die Beigeladene festzuhalten und die Verlängerungsoption nur zu nutzen, wenn ihr der Zuschlag an diese endgültig untersagt wird.

2. In der Sache hat die sofortige Beschwerde der Beigeladenen keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

a) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet. Zwar sind die durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in das GWB eingeführten Voraussetzungen eines sogenannten Inhouse-Geschäfts in § 108 GWB als Bereichsausnahme formuliert, mit der Folge, dass bei deren Vorliegen der 4. Teil des GWB keine Anwendung findet. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen ausscheidet. Vielmehr sind in diesem Fall die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe beziehungsweise des § 108 GWB im Rahmen der Begründetheit zu prüfen (Senatsbeschlüsse vom 4. März 2020, VII-Verg 11/18, BeckRS 2020, 8809 Rn. 24, und vom 18. Dezember 2019, VII-Verg 16/16 BeckRS 2019, 38392 Rn. 33; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30. Januar 2014, 11 Verg 15/13 , juris Rn. 39 f.). Die Antragstellerin ist auch im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag bekundet und eine Verletzung ihrer Rechte durch den behaupteten drohenden Vergaberechtsverstoß einer unzulässigen Direktvergabe ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach dem 4. Teil des GWB geltend gemacht. An ihrer Leistungsfähigkeit bestehen keine Bedenken. Die Antragstellerin hat in den Jahren 2017 bis 2021 bereits Projektträgerleistungen für die Antragsgegnerin erbracht. Unschädlich ist, dass die Antragstellerin selbst kein Angebot abgegeben hat, weil sie gerade durch die von ihr gerügte beabsichtigte Direktvergabe des Auftrags an die Beigeladene an der Angebotsabgabe gehindert war (Senatsbeschluss vom 4. März 2020, VII-Verg 11/18, BeckRS 2020, 8809 Rn. 25).

b) Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Voraussetzungen für eine Direktvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts sind nicht erfüllt.

Nach § 108 Abs. 4 GWB ist der 4. Teil des GWB nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen (Nr. 1, sog. Kontrollkriterium), mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von

Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern betraut wurde (Nr. 2, sog.Tätigkeits- oder Wesentlichkeitskriterium), und an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht (Nr. 3).

Es bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung, ob – so wie die Vergabekammer angenommen hat – bereits die Voraussetzungen einer gemeinsamen Kontrolle nicht erfüllt sind (siehe unter aa). Jedenfalls scheitert die Zulässigkeit einer Direktvergabe am sog. Wesentlichkeitskriterium (siehe unter bb).

aa) Nach § 108 Abs. 5 GWB besteht eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB, wenn sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen (Nr. 1), die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können (Nr. 2) und die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen (Nr. 3). Der Senat teilt die Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen, dass die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen gemeinsame einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentliche Entscheidungen der Beigeladenen ausüben können (siehe unter (1) und kein Interessengegensatz besteht (siehe unter (2). Ob die Voraussetzungen von § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB erfüllt sind, ist zumindest zweifelhaft (siehe unter (3).

(1) Die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen erfüllen die Voraussetzungen des § 108 Abs. 5 Nr. 2 GWB.

Erforderlich ist nach der genannten Vorschrift, dass die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen gemeinsam in der Lage sind, eine strukturelle und funktionelle Kontrolle über die Beigeladene auszuüben (EuGH, Urteil vom 29. November 2012, C-182/11, juris Rn. 27 – Econord SpA). Ausschlaggebend hierfür ist eine Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände im Einzelfall (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.01.2013, Verg 56/12, juris Rn. 8 mwNachw.). Vorliegend ist dem Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu entnehmen, dass ihre beiden Gesellschafter, also die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen im Rahmen der Gesellschafterversammlung aber auch als Mitglieder des Aufsichtsrats gemeinsam auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der Beigeladenen Einfluss ausüben können.

Von den Aufgaben der Gesellschafterversammlung, die insbesondere in § 13 Abs. 2 GesV unter a) - m) aufgezählt sind, muss die überwiegende Anzahl von der Antragsgegnerin und Land Nordrhein-Westfalen gemeinsam beschlossen werden. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedürfen gemäß § 15 Abs. 2 GesV in der Regel der Einstimmigkeit. Hiervon gibt es nur drei Ausnahmen, die jedoch Entscheidungen betreffen, die keinen unmittelbaren Einfluss auf die strategischen Ziele und die unternehmerische Ausrichtung der Beigeladenen haben. Es handelt sich um die Berufung von zwei wissenschaftlichen oder technischen Mitarbeitern der Gesellschaft zu Aufsichtsratsmitgliedern gemäß § 9 Abs. 2 c) GesV und bis zu drei weiteren von der Gesellschafterversammlung gewählten Mitgliedern gemäß § 9 Abs. 2 d) GesV sowie um die Wahl des Abschlussprüfers und die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben überdies die Möglichkeit den zusätzlich zur Gesellschafterversammlung gemäß § 52 GmbHG eingerichteten Aufsichtsrat der Beigeladenen zu dominieren. Der Aufsichtsrat hat ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der Beigeladenen und ihrer geschäftsführenden Organe. Alle wesentlichen unter § 10 Abs. 3 a) – f) GesV aufgeführte Geschäfte der Geschäftsführung bedürfen der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats. Zudem kann er weitere Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig machen (§ 10 Abs. 5 GesV). Darüber hinaus überwacht der Aufsichtsrat die Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung (§ 10 Abs. 1 GesV). Er ist gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 GesV berechtigt, den Geschäftsführern insbesondere in wichtigen forschungsrelevanten und finanziellen Angelegenheiten Weisungen zu erteilen.

Die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen können als Mitglieder des Aufsichtsrats gemeinsam ausschlaggebenden Einfluss auf die Beschlussfassungen des Aufsichtsrats ausüben. Nach § 12 Abs. 4 GesV können bestimmte dort aufgeführte Entscheidungen nicht gegen die Stimme der vom Bund und Land gemäß § 9 Abs. 2 a) und b) GesV entsandten Mitglieder getroffen werden. Bei allen übrigen gemäß § 12 Abs. 3 GesV mit einfacher Mehrheit zu fassenden Beschlüssen des Aufsichtsrats verfügen die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen gemeinsam über eine Mehrheit. Nach § 9 Abs. 1 GesV sind die Antragsgegnerin mit vier und das Land

Nordrhein-Westfalen mit zwei entsandten Vertretern am Aufsichtsrat beteiligt. In allen Konstellationen, in denen der Aufsichtsrat - wie derzeit - weniger als die zulässige Höchstzahl von zwölf Mitgliedern hat, verfügen die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen daher zusammen mit sechs Stimmen über eine eindeutige Mehrheit, die ihnen die Möglichkeit verschafft, gemeinsam eine wirksame Kontrolle über die Beigeladene auszuüben. Eine solche Kontrollmöglichkeit ist aber auch bei zwölf Aufsichtsratsmitgliedern gewährleistet. Bei den ein bis drei weiteren Aufsichtsratsmitgliedern, die nach § 9 Abs. 2 lit. d GesV von der Gesellschafterversammlung und damit allein von Vertretern der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen gewählt werden, sind diese völlig frei und werden daher bei lebensnaher Betrachtung nur solche Personen wählen, die ihren Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Beigeladenen unterstützen. Doch selbst wenn eine hinreichende Loyalität nicht oder nicht mehr gewährleistet sein sollte, ist die erforderliche Kontrolle unabhängig von der in § 9 Abs. 4 Satz 3 GesV geregelten Möglichkeit, Aufsichtsratsmitglieder aus wichtigem Grund abzuwählen, jedenfalls deswegen gewährleistet, weil bei Stimmengleichheit nach § 12 Abs. 3 Satz 2 GesV die Stimme des Vorsitzenden entscheidet. Dieser kann nach § 12 Abs. 4 i. V. m. § 9 Abs. 3 GesV nicht gegen die Stimme der von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen entsandten Mitglieder gewählt werden, weshalb faktisch immer ein Vertreter des Bundes Vorsitzender sein wird.

(2) Die Beigeladene verfolgt keine Interessen, die den Interessen der Antragsgegnerin und des Landes Nordrhein-Westfalen zuwiderlaufen. Ein Zielkonflikt besteht schon deswegen nicht, weil die von der Beigeladenen zu betreibende Forschung von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen gewollt ist, wie sich aus § 2 GesV ergibt. Ein Interessengegensatz wird auch nicht dadurch begründet, dass es sich bei der Beigeladenen um eine Forschungseinrichtung handelt. Die Ausübung einer gemeinsamen Kontrolle über die Beigeladene bedeutet keinen Eingriff in die nach Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Forschung. Dies gilt unabhängig davon, dass die verfahrensgegenständlichen Projektträgerleistungen schon nicht dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG unterfallen dürften, da Hilfstätigkeiten wie ein Wissenschaftsmanagement nicht von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützt sind (Gärditz in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 104. EL April 2024, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 137, 138).

(3) Fraglich ist jedoch, ob das Erfordernis einer gemeinsamen Kontrolle an § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB scheitert, weil dem Aufsichtsrat der Beigeladenen als beschlussfassendem Organ nicht nur Vertreter der Antragsgegnerin und des Landes Nordrhein-Westfalen sondern weitere stimmberechtigte Personen angehören.

§ 108 Absatz 5 Nr. 1 Satz 1 GWB fordert, dass sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber „zusammensetzen“. In Art. 12 Abs. 3 UAbs. 2 lit I) der Vergaberichtlinie 2014/24/EU, der durch die Regelung in § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB in nationales Recht umgesetzt worden ist, findet sich eine nahezu gleichlautende Formulierung. Vergleichbare Formulierungen finden sich zudem in anderen Sprachfassungen. Der Wortsinn des Verbs „zusammensetzen“ spricht zunächst dafür, dass die beschlussfassenden Organe ausschließlich mit Vertretern der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber besetzt sein müssen, mithin Dritte dort nicht vertreten sein dürfen. Das Wort Zusammensetzung beschreibt die Art und Weise wie etwas als Ganzes zusammengesetzt ist, also die einzelnen Bestandteile, Glieder oder Personen. Als Synonym für das Wort „zusammensetzen“ wird daher auch der Begriff „bestehend aus“ verwendet. Allerdings ist in diesem Zusammenhang in den Blick zu nehmen, dass nach Erwägungsgrund 31 der Vergaberichtlinie die in Rede stehende Regelung lediglich der Präzisierung der einschlägigen Rechtsprechung dient, wobei sich diese Präzisierung auf die Grundsätze stützen soll, die in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dargelegt wurden. In der Rechtsprechung findet sich die Forderung nach einer Besetzung der beschlussfassenden Organe ausschließlich mit Vertretern der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber indes nicht. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat als Voraussetzung einer gemeinsamen Kontrolle und einer Vertretung in den beschlussfassenden Organen der juristischen Person durch sämtliche teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber aufgeführt, dass eine gemeinsame Kontrolle wie über die eigenen Dienststellen nur dann erfüllt ist, „wenn jede dieser Stellen sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt ist“ (EuGH, Urteil vom 29. November 2012, C-182/11, NZBau 2013, 55 Rn. 27 - Econord SpA). Eine Beteiligung sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber an den Leitungsorganen bedeutet aber nicht zugleich, dass keine weiteren dritten Personen in den Leitungsorganen beteiligt sein dürfen. Im Übrigen kann eine gemeinsamen Kontrolle auch dann bestehen, wenn – so wie vorliegend - die Leistungsorgane nicht ausschließlich mit Vertretern der öffentlichen Auftraggeber besetzt sind.

Obwohl somit kein eindeutiges Auslegungsergebnis gefunden werden kann, kommt eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV nicht in Betracht. Es fehlt an der erforderlichen Entscheidungserheblichkeit, weil jedenfalls das Wesentlichkeitskriterium (§ 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB) nicht erfüllt ist (siehe nachfolgend unter bb).

bb) Die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB sind vorliegend nicht erfüllt, weil bei der Bestimmung des prozentualen Anteils von mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der Beigeladenen nach § 108 Abs. 7 GWB die von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen zugewandten institutionellen und projektbezogenen Fördermittel unberücksichtigt bleiben müssen.

Nach § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB müssen mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde, wobei nach § 108 Abs. 7 GWB zur Bestimmung des prozentualen Anteils der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert, wie zum Beispiel die Kosten, die der juristischen Person oder dem öffentlichen Auftraggeber in dieser Zeit in Bezug auf Liefer-, Bau- und Dienstleistungen entstanden sind, heranzuziehen ist. Zum durchschnittlichen Gesamtumsatz der Beigeladenen aus den letzten drei Jahren zählen jedoch nicht die Geldbeträge, die sie von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen durch Zuwendungsbescheide zur Förderung bestimmter Forschungen erhalten hat. Bleiben diese Fördermittel unberücksichtigt, wird die 80%-Schwelle nicht erreicht, weil die Fördermittel mehr als 50 Prozent der angegebenen Umsätze ausmachen.

Die von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen erhaltenen Fördermittel stellen keinen berücksichtigungsfähigen „tätigkeitsgestützten Wert“ im Sinne von § 108 Abs. 7 GWB dar. Bezugsmaßstab für den Umsatz, die Kosten oder einen anderen tätigkeitsgestützten Wert sind Tätigkeiten, die der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen die gemeinsam kontrollierte juristische Person von den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern betraut worden ist. Was unter einer Betrauung im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beantwortet.

(1) Weitgehend Einigkeit besteht in der deutschen Kommentarliteratur darüber, dass die geforderte Betrauung mit der Ausführung einer Aufgabe mehr umfasst als die in der zuvor ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union herangezogenen Tätigkeiten auf der Grundlage von Vergabeentscheidungen des kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers (so EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, C-340/04, NZBau 2006, 452 Rnrn. 65, 66 - Carbotermo) und in Anlehnung an Art. 106 Abs. 2 AEUV auch eine Veranlassung zur Ausführung der Aufgabe durch einen Betrauungsakt in anderer Weise ausreichen kann (Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 108 Rn. 33; Portz in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 108 Rnrn. 90, 122 ff.; Gurlit in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 108 Rn. 17; Hofmann, Inhouse-Geschäfte nach dem neuen GWB, VergabeR 2016, 189, 192), weil der hinter § 108 GWB stehende Art. 12 der Vergaberichtlinie - auch in anderen Sprachfassungen - begrifflich zwischen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege des Inhouse-Geschäfts und der Tätigkeit in Ausführung von Aufgaben, mit denen die kontrollierte juristische Person durch den öffentlichen Auftraggeber betraut wurde, unterscheidet (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 108 Rn. 34). Dabei geht die herrschende Meinung davon aus, dass das bloße Eröffnen eines Betätigungsfelds für ein von einem öffentlichen Auftraggeber kontrolliertes Unternehmen durch dessen Gesellschaftszweck nicht ausreichend ist (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 108 Rn. 37; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 108 Rn. 33; Portz in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 108 Rn. 92, Rn. 125; a.A. Müller-Wrede in Die Neuregelung zur In-House-Vergabe, VergabeR 2016, 292, 297), sondern das Merkmal der Betrauung insoweit einer Eingrenzung bedarf (Gurlit in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 108 Rn. 18). Erforderlich sei die aktive Zuordnung der Aufgabe zu dem betreffenden Unternehmen durch einen inhaltlich eindeutigen und festgelegten Akt (Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 108 Rn. 33; Portz in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 108 Rn. 92; Gurlit in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 108 Rn. 18; Ziekow in NZBau 2015, 258, 260). Dies könne zwar auch in Gestalt einer verbindlichen gesellschaftsvertraglichen Regelung geschehen (Gurlit a. a. O.). Um als Betrauungsakt angesehen werden zu können, müsse aber im Gesellschaftsvertrag klar definiert werden, welche Leistungen zu erbringen sind und welcher Teil des Aufgabenspektrums des beauftragenden öffentlichen Auftraggebers vom beherrschten Unternehmen übernommen wird (Lösch in Gestaltungsmöglichkeiten

und rechtliche Grenzen ausschreibungsfreier Inhouse-Vergaben, VergabeR 2016, 541, 546; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 108 Rn. 37). Zudem könne das beauftragte Unternehmen von dem öffentlichen Auftraggeber nur im Rahmen seiner Kompetenz und Zuständigkeit betraut werden (Lösch in Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grenzen ausschreibungsfreier Inhouse-Vergaben, VergabeR2016, 541, 544).

Vereinzelt werden weitere formale und inhaltliche Anforderungen an den Betrauungsakt in Anlehung an den parallelen Regelungsbereich in den beihilferechtlichen Vorgaben der Europäischen Kommission gestellt (Portz in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 108 Rn. 92).

(2) In der vergaberechtlichen Judikatur hat sich die Vergabekammer Rheinland in ihrem Beschluss vom 6. Dezember 2018, VK 52/17, ausführlich mit dem Begriff der Betrauung befasst (juris, Rnrn. 141 ff.) und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass durch § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB keine neue Begrifflichkeit eingeführt worden sei. Ein Bezug zu der Regelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV finde in den Normtexten keine Stütze, weil es in zahlreichen anderen Sprachfassungen an einer derartigen terminologischen Übereinstimmung der beiden Bestimmungen fehlt, so etwa in der französischen, italienischen, spanischen, portugiesischen, niederländischen, dänischen und polnischen Fassung. Allerdings sei der Begriff „betraut“ im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums keineswegs neu, er lasse sich auf die Carbotermo-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zurückführen. Dessen deutsche Übersetzung wonach „der Umsatz ausschlaggebend (sei), den das fragliche Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidungen der kontrollierenden Körperschaft erzielt“, laute in der authentischen und deshalb rechtlich allein maßgeblichen italienischen Fassung „il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante“ (EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308 Rn. 65 - Carbotermo). Das Wort „affidamento“ habe allgemeinsprachlich die Bedeutung „Vertrauen“, „Anvertrauen“, „Betrauung“. In der italienischen Verwaltungssprache werde es darüber hinaus im Sinne von „Auftragserteilung“ bzw. „Vergabe“ (eines Auftrags der öffentlichen Hand oder einer Konzession) verwandt (de.pons.com/übersetzung/italienisch-deutsch/affidamento). Ebenso benutze der Gerichtshof das zum gleichen Wortstamm gehörende Wort „affidare“ (Partizip Perfekt „affidato“), das allgemeinsprachlich „betrauen“, „anvertrauen“ oder „übertragen“ bedeutet, im Sinne von (einen öffentlichen Auftrag oder eine Konzession) „vergeben“ (EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308 Rn. 57 - Carbotermo) und das Wort „affidatario“ im Sinne von „Auftragnehmer (EuGH,Urteil vom 17. Juli 2008, C-371/05, ECLI:EU:C:2008:410, Rn. 22). Diese Terminologie des Europäischen Gerichtshofs zur Definition des Wesentlichkeitskriteriums sei unverändert in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b, Abs. 3 UAbs. 1 lit. b der Vergaberichtlinie 2014/24/EU übernommen worden; in der italienischen Sprachfassung dieser Bestimmungen finde sich an der Stelle des deutschen Wortes „betraut“ das Wort „affidato“. Diesem Befund widersprächen auch nicht die Formulierungen in anderen Sprachfassungen der Richtlinie; das englische „to entrust“, das französische „confier“ und das spanische „confiar“ meinten außer „anvertrauen“ oder „betrauen“ auch „beauftragen“ bzw. „übertragen“. Es sollte also offensichtlich in die endgültige Richtlinienfassung keine neue Begrifflichkeit eingeführt werden, die eine inhaltliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beinhalten könnte. Eine dahingehende Annahme liege umso ferner als mittels eines neuen, in seinem Bedeutungsgehalt ungeklärten Tatbestandsmerkmals zusätzliche Rechtsunsicherheit in eine Bestimmung hineingetragen würde, welche ausweislich des Erwägungsgrundes 31 die bestehende Rechtsunsicherheit gerade beseitigen sollte. Die Benutzung des Wortes „betraut“ dürfte daher lediglich auf die unreflektierte Übernahme der Eigenheiten der in der einschlägigen Judikatur des Europäischen Gerichtshofs benutzten italienischen Verwaltungssprache in die deutsche Richtlinienfassung zurückzuführen sein.

Zu berücksichtigen seien folglich nur solche Aufgaben, hinsichtlich derer eine Vergabe im Sinne der Terminologie der Carbotermo-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vorliege. Es müsse sich also im weiteren Sinne um einen Beschaffungsvorgang handeln, mit dem ein Bedarf des die juristische Person kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers gedeckt werden solle. Ein öffentlicher Auftraggeber habe die Möglichkeit, seine im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit seinen eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu seinen Dienststellen gehören. Dieser Gedanke könne auf diejenigen Fälle ausgedehnt werden, in denen der Vertragspartner eine rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber verschiedene Einrichtung sei, wenn der öffentliche Auftraggeber über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübe wie über seine eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichte, die ihre Anteile innehaben. Der öffentliche Auftraggeber greift in solchen Fällen auf seine eigenen Mittel zurück (EuGH, Urteil vom 8. Mai 2014, C-15/13, EuZW 2014, 512 Rn. 25 - TU Hamburg-Harburg“). Bei den in §108 Abs. 4 Nr. 2 GWBgenannten Aufgaben müsse

es sich also um eigene Aufgaben des öffentlichen Auftraggebers handeln, deren Wahrnehmung der Auftraggeber auf die juristische Person überträgt. Die Regelung des §108 Abs. 4 Nr. 2 GWBweiche folglich nur insoweit von der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ab, als an die Stelle der vom Gerichtshof geforderten Berücksichtigung aller qualitativen und quantitativen Umstände des Einzelfalls eine feste Grenze von 80 Prozent getreten sei.

(3) Der Senat schließt sich den vorgenannten Auffassungen insoweit an, als für die Betrauung mit der Ausführung einer Aufgabe im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB auch nach Ansicht des Senats erforderlich ist, dass die öffentlichen Auftraggeber der von ihnen kontrollierten juristischen Person eine eigene bisher in ihren Bereich fallende Aufgabe durch einen erkennbaren und inhaltlich festgelegten Akt zur Ausführung übertragen, ohne dass es hierzu eines Hoheitsakts oder eines Vertragsschlusses bedarf. Ausschlaggebend ist eine richtlinienkonforme Auslegung der Begrifflichkeit. Hiernach ist die Betrauung gleichzusetzen mit der Übertragung der Ausführung einer eigenen Aufgabe auf einen anderen. Bereits nach deutschem Sprachverständnis bedeutet das Verb betrauen, jemandem eine Aufgabe übertragen, damit er sie für einen erledigt. Diesen Bedeutungsgehalt haben auch die in anderen Sprachfassungen benutzten Worte „affidamenti“ in italienscher, „confiées“ in französischer und „entrusted“ in englischer Sprache wie die Vergabekammer Rheinland in der zuvor zitierten Entscheidung zutreffend ausgeführt hat. Sie werden jeweils allgemeinsprachlich mit betrauen, anvertrauen oder übertragen übersetzt. Ein solches Verständnis findet in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eine weitere Stütze, der den Begriff „betraut“ im Sinne der Übertragung einer Aufgabe wie öffentlicher Dienstleistungen auf einen (privaten) Dritten verwendet (vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 2023, C-271/22, NZA 2024, 115 Rnrn. 16, 28 - Keolis Agen) beziehungsweise einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe auf eine Einrichtung (EuGH, Urteil vom 5. September 2024, C-109/23; NJW 2024, 3283 Rn. 41). Die ursprüngliche Übersetzung des englischsprachigen Kompromissvorschlags des Vorsitzenden des Rates vom 27. November 2012 spricht ebenfalls für eine solches Verständnis. So wird die Formulierung „more than 80 % of the activities of that legal entity are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities (…)” (Document 16725/12), in dem erstmals der Begriff „entrusted“ verwandt wurde, mit „mehr als 80 % der Tätigkeiten dieser juristischen Person dienen der Ausführung von Aufgaben, die ihr von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern (…) übertragen wurden“ übersetzt (Dokument 16725/1/12 REV vom 30. November 2012).

Dass es sich bei den übertragenen Aufgaben um originär dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgaben handeln muss, bestätigt Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 der Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU, der zum Verständnis der Regelungen über die Inhouse-Vergabe auch im Rahmen der Vergaberichtlinie herangezogen werden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-285/18, NZBau 2020, 173 Rn. 47 - Stadt Kaunas). Danach können die Gebietskörperschaften wählen, ob sie „ihre Aufgaben von öffentlichem Interesse“ selbst erfüllen oder „Wirtschaftsteilnehmer damit betrauen“. Das Ergebnis, dass es sich um die Übertragung zum Aufgabenkreis der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber gehörenden Aufgaben im Sinne einer, jedenfalls im weiteren Sinne Vergabe und demzufolge einer damit einhergehenden Erfüllungsverpflichtung der damit betrauten juristischen Person des Privatrechts handeln muss, steht im Einklang mit Erwägungsgrund 31 zur Vergaberichtlinie. Danach dient die Regelung zwar der Präzisierung der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, diese soll sich jedoch auf die Grundsätze stützen, die in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dargelegt wurden. Nach dieser Rechtsprechung war - wie eingangs ausgeführt - allein der Umsatz ausschlaggebend, den das fragliche Unternehmen auf Grund der Vergabeentscheidungen, Konzessionserteilungen und anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen der kontrollierenden Körperschaft erzielt (EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, C-340/04, NZBau 2006, 452 Rnrn. 65, 67 - Carbotermo).

(4) Die der Beigeladenen von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen zugewandten institutionellen und projektbezogenen Fördermittel stellen danach keinen Umsatz und keine Kostenerstattung für Tätigkeiten der Beigeladenen dar, die der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von der Antragsgegnerin oder dem Land Nordrhein-Westfalen betraut wurde. Die aufgrund der Zuwendungen erfolgten Forschungen sind keine Tätigkeiten der Beigeladenen, die ihr von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen übertragen worden sind.

(a) Eine solche Aufgabenübertragung kann nicht in der Gründung der Beigeladenen durch die Antragsgegnerin und das Land Nordrhein-Westfalen mit dem in § 2 GesV festgelegten Gegenstand und Zweck der Gesellschaft gesehen werden. Nach § 2 Abs. 1 GesV ist es u.a. Aufgabe der Gesellschaft naturwissenschaftlich-technische Forschung und Entwicklung an der Schnittstelle von Mensch, Umwelt und Technologien zu betreiben und weitere

nationale und internationale Aufgaben auf dem Gebiet der Grundlagen- und anwendungsnahen Forschung, insbesondere Vorsorgeforschung zu übernehmen oder sich hieran zu beteiligen. Damit wird der Beigeladenen aber keine konkrete Forschungsaufgabe übertragen, vielmehr wird ihr hierdurch lediglich eine umfassende wissenschaftliche Betätigung ermöglicht. Eine derartige (Grundlagen-)Forschung gehört zudem nicht zum Aufgabenkreis der Antragsgegnerin oder des Landes Nordrhein-Westfalen. Zum einen steht einer solchen umfassenden unmittelbaren Staatsforschung bereits die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Forschung entgegen. Zum anderen obliegt der Antragsgegnerin als dem Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung ausdrücklich lediglich die Regelung der Förderung der Forschung, nach Art 91 b GG kann er mit den Ländern bei der Förderung der Forschung zusammenwirken. Eine Förderung zielt jedoch auf die Unterstützung einer fremden Tätigkeit. Gerade aus der Normierung der Förderung der Forschung Dritter als staatlicher Aufgabe folgt daher, dass die Forschung selbst nicht Aufgabe des Staates sein kann.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Bund im Rahmen evidenzbasierten Handelns wissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen hat. Die Antragsgegnerin hat auch insoweit keinen eigenen Forschungsauftrag, sondern ihre Aufgabe als Normgeberin ist lediglich, den Erkenntnisfortschritt der Wissenschaft mit geeigneten Mitteln nach allen Seiten zu beobachten und zu bewerten, um gegebenenfalls weitergehende Schutzmaßnahmen treffen zu können (BVerfG, Beschluss vom 4. Mai 2011, 1 BvR 1502/08, NVwZ 2011, 991 Rn. 38 - Fluglärmschutzgesetz). Hierfür werden die von anderen gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse ausgewertet. Dass sich die staatliche Genehmigungspraxis bei einer auf den „Stand von Wissenschaft und Technik" abstellenden Gesetzesvorgabe an dem nach den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen für erforderlich Erachteten auszurichten hat (BVerfG, Beschluss vom 8. August 1978, 2 BvL 8/77, NJW 1978, 359, 362 - Schneller Brüter), gibt der Antragsgegnerin die Beachtung dieser Erkenntnisse, aber gerade nicht ihre Gewinnung auf. Daraus, dass sie als Genehmigungsbehörde bei sich widersprechenden Sachverständigengutachten in aller Regel nicht umhin kommt, zu wissenschaftlichen Streitfragen Stellung zu nehmen (BVerfG, Beschluss vom 8. August 1978, 2 BvL 8/77, NJW 1978, 359, 362 - Schneller Brüter), lässt sich ein allgemeiner Forschungsauftrag nicht ableiten. Anderes lässt sich auch aus der jüngsten, von der Beigeladenen angeführten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht ableiten. Danach darf der Gesetzgeber zwar die bei mit erheblichen Ungewissheiten verbundenen wissenschaftlichen Erkenntnissen verbleibenden Entscheidungsspielräume nicht nach politischem Belieben ausfüllen, sondern muss den sich aus belastbare Daten ergebenden Hinweisen Rechnung tragen (BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 Rn. 215 - Klimaschutzgesetz); er muss diese Ungewissheiten aber gerade nicht selbst einer Klärung zuführen.

Zwar schließt das Fehlen eines allgemeinen Forschungsauftrags es nicht aus, dass die Antragsgegnerin zur Vorbereitung, Unterstützung oder Umsetzung politischer Entscheidungen in den Zuständigkeitsbereich ihrer jeweiligen Ressorts fallende aktuelle gesellschaftliche, technologische und wirtschaftliche Fragestellungen im Rahmen einer der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Entscheidungshilfen dienenden „Ressortforschung" aufgreift und insoweit auch Forschungseinrichtungen mit der Beantwortung konkreter Fragestellung beauftragt. Soweit die Antragsgegnerin diesbezüglich konkrete Forschungsaufträge an die Beigeladene vergeben haben sollte, wäre der durch diese erzielte Umsatz auch im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums zu berücksichtigen. Hierzu trägt sie aber nichts vor.

(b) Die Beigeladene wird nicht aufgrund der jeweiligen Zuwendungsbescheide von der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen mit der Ausführung bestimmter Forschungen betraut. Mit dem Erlass eines Zuwendungsbescheids überträgt die Antragsgegnerin keine eigene Aufgabe, sondern gewährt für eine vom Förderungsempfänger unterhaltene Einrichtung oder für ein vom Förderungsempfänger initiiertes Projekt eine finanzielle Unterstützung. Zwar sind die Zuwendungen zweckgebunden und dürfen folglich nur für bestimmte Forschungsprogramme verwendet werden. Damit ordnen die Zuwendungsgeber aber nicht – so wie für den Betrauungsakt erforderlich - aktiv dem Zuwendungsempfänger eine Aufgabe zu, die dieser auszuführen hat. Es ist nicht der Zuwendungsgeber der bestimmt, welche konkrete Forschung die Beigeladene betreiben soll. Es ist vielmehr die Beigeladene die den Inhalt und den Umfang der Forschung festlegt. Für die institutionelle Förderung entwickelt die Beigeladene ihre Forschungsprogramme, für die sie dann Fördermittel beantragt. Auch für die projektbezogene Förderung legt die Beigeladene den konkreten Forschungsgegenstand in ihrem Antrag auf Bewilligung von Fördergeldern fest. Überdies begründet der Zuwendungsbescheid keine Erfüllungsverpflichtung gegenüber der Antragsgegnerin und dem Land Nordrhein-Westfalen. Eine Zuwendung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Finanzierungsempfänger keine selbstständig durchsetzbare Verpflichtung eingeht, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, sondern erhaltene Gelder bei nicht bestimmungsgemäßem Gebrauch allenfalls zurückzahlen muss, (vgl. zur Abgrenzung

Zuwendung - Auftrag: Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 1/18, NZBau 2018, 628 Rn. 27). Der Beigeladenen ist es folglich freigestellt, von der Durchführung des Forschungsprojekts abzusehen. Im Falle der Nichtdurchführung müssen lediglich bereits erhaltene Mittel zurückgeführt werden.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 1, Satz 2 GWB. Demnach trägt die Beigeladene die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen. Neben der Beigeladenen ist aber auch die Antragsgegnerin billigerweise zur Kostentragung verpflichtet, nachdem sie sich durch die Rücknahme ihrer sofortigen Beschwerde mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2024 selbst in die Rolle der Unterlegenen begeben hat (BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVZ 22/07, BeckRS 2007, 17563; BGH, Beschluss vom 7.November 2006, KVR 19/06, NJW-RR 2007, 616 Rn. 2; Senatsbeschluss vom 20. Mai 2019, VII-Verg 60/18, BeckRS 2019, 44976 Rn. 6; Kühnen, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff/ Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 78 GWB Rn. 7). Da diese Rücknahme vor der mündlichen Verhandlung erfolgt ist und im Verhältnis zur Antragsgegnerin infolgedessen auch keine Sachentscheidung ergeht, entspricht es der Billigkeit, die Kosten im Verhältnis 2/3 zu 1/3 zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin aufzuteilen.

Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent der Bruttoauftragssumme. Dabei ist zwar grundsätzlich auf die Summe des Angebots abzustellen, das der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren eingereicht hat, weil er mit dem Nachprüfungsantrag seine Chance auf den Auftrag wahren will (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, NZBau 2014, 452 Rn. 7; Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Liegt aber - wie vorliegend - ein Angebot des Antragstellers nicht vor, ist auf den objektiven Wert des Auftrages, dessen Vergabe beabsichtigt ist, abzustellen. Hierfür bieten insbesondere die Schätzungen des Auftraggebers einen hinreichenden Anhaltspunkt. Bei einem fortgeschrittenen Verfahren können auch die in der späteren Angebotsphase von anderen Bietern erklärten Angebotspreise einen gewichtigen Anhaltspunkt für den Wert des zu vergebenden Auftrages bieten (Senatsbeschluss vom 17. Mai 2016, VII-Verg 12/16, BeckRS 2016, 13181 Rn. 3). Da vorliegend eine Direktvergabe an die Beigeladene beabsichtigt war, kann auf deren Angebot zurückgegriffen werden, das dem Senat inzwischen vorliegt.

Vergaberechtlich ausnahmsweise zugelassene Bedarfspositionen

Leitsatz

1. Aus Verstößen gegen die Vorschriften des § 134 GWB erwächst keine Verletzung von Bieterrechten, sofern die Antragstellerin, wie hier, rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag eingereicht hat und damit ihrem Interesse an Primärrechtschutz entsprochen wird.

2. Die Obliegenheit eine Rüge zu erheben wird nur dann ausgelöst, wenn die Antragstellerin eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat.

3. Zusätzlich muss bei der Antragstellerin die zumindest laienhafte rechtliche Wertung vorgenommen worden sein, dass der Antragsgegner mit seinem Vorgehen gegen Vergaberecht verstößt.

4. Die Vergabe solcher Bedarfspositionen bzw. Eventualpositionen ist nicht generell ausgeschlossen, unterliegt jedoch umfassenden Anforderungen, da diese dem Gebot der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung aus § 121 Abs. 1 GWB entgegenstehen sowie die Transparenz des Vergabeverfahrens und der Vergabeentscheidung aus § 97 Abs. 1 GWB beeinträchtigen können.

5. Bedarfspositionen sind vergaberechtlich lediglich ausnahmsweise zugelassen und dann auch nur, wenn spezifische Anforderungen bei den Ausschreibungsbedingungen und bei der Angebotswertung beachtet werden.

6. Der öffentliche Auftraggeber muss unter Ausschöpfung ihm zumutbarer Erkenntnismöglichkeiten zuvor den Versuch einer eindeutigen Klärung der Leistungsbeschreibung unternehmen. Bedarfspositionen sind kein Hilfsmittel, die Unvollständigkeit einer Planung zu kompensieren.

Sachverhalt

I. Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung die Beschaffung von Generalplanungsleistungen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Nach dem Teilnahmewettbewerb, forderte der Antragsgegner die Antragstellerin und die Beigeladene sowie noch drei weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe auf. Als Zuschlagskriterien bestimmte er die Qualität zu 70 % und den Preis zu 30 %.

Zur Bewertung des Preises wurden dem Angebot mit dem niedrigsten Preis 10 Wertungspunkte bzw. 300 Gesamtpunkte zuerkannt, die anderen Angebote wurden ins Verhältnis zum günstigsten Angebot gesetzt und erhielten entsprechend der prozentualen Abweichung Punkte.

Die Qualität war in sechs Kriterien unterteilt. Bei fünf davon waren noch jeweils fünf Unterkriterien vorgesehen. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe stellte der Antragsgegner den Bietern einen Bewertungsmaßstab zur Verfügung aus dem sich die Wertungspunkte aller Unterkriterien und deren Gewichtung zueinander ergab. Danach sollten auf jedes Unterkriterium entweder 0, 1 oder 2 Punkte vergeben werden je nach Qualität der Darstellung des Aspekts. Zudem enthielten die Dokumente an die Bieter noch folgende Wertungsmatrix, die sämtliche Zuschlagskriterien einschließlich aller für die Qualitätswertung gebildeten Kriterien und deren Unterkriterien sowie die Wertungssystematik wiedergibt:

[Hier ist im Urteil eine Grafik eingefügt]

Ebenfalls Teil der Unterlagen war die Tabelle zur Bewertung der Berufserfahrung samt Berechnungsbeispielen für die zur Ausführung des Auftrages zu benennenden Personen.

[Hier ist im Urteil eine Grafik eingefügt]

Eine darüber hinaus gehende ausdrückliche Festlegung, dass die Wertung durch 6 Bewerter erfolgen werde, hatte der Antragsgegner in den Dokumenten, die den Bietern zur Verfügung gestellten wurden, nicht getroffen.

Zusätzlich enthielten die Vergabeunterlagen auch die Muster für die von den wertenden Personen auszufüllenden Bewertungsbögen, die die fünf der sechs Zuschlagskriterien, das Bewertungsthema, die hierzu gebildeten

Unterkriterien, die maximal erreichbare Punktezahl, die Gewichtung, den jeweils vergebenen Punktwert von 0-2 sowie einer Spalte mit der Überschrift Begründung der Bewertung enthielt.

In dem mit den Vergabeunterlagen zur Ausschreibung den Bietern zur Verfügung gestellten und im Fall der Beauftragung abzuschließenden Mustervertrag waren folgende Regelung enthalten:

„[…]

4.1 Beauftragung Umfang/stufenweiser Abruf

4.1.1 Der AN verpflichtet sich gegenüber dem AG zur Erbringung sämtlicher Leistungen folgender Leistungsbilder und Leistungsphasen der in Anlage 3 genannten Leistungsbilder:

[…] O 1: Objektplanung „Gebäude“ Leistungsphasen 1-2, 6-7 […]

F 1: Tragwerksplanung für Objektplanungen Leistungsphasen 1-2, 6-7

4.1.2 Von den unter 4.1.1 genannten Leistungen ruft der AG beim AN bereits mit Abschluss dieses Vertrages die Grundleistungen / Besonderen Leistungen sowie die nach Leistungsphasen strukturierten Beratungsleistungen für folgende Leistungsphasen ab:

Leistungsphasen: 1 und 2

4.1.3 Die in den Leistungsbildern der Ziffer 4.1.1 beschriebenen Leistungen, die nicht mit Abschluss dieses Vertrages nach Ziffer 4.1.2 abgerufen wurden, kann der AG nach Maßgabe der Ziffern 4.2 und 4.3 dieses Vertrages zu einem späteren Zeitpunkt abrufen. […]

4.2 Späterer Abruf von Leistungen

Mit diesem Vertrag nicht abgerufene Grundleistungen oder Besondere Leistungen der jeweiligen Leistungsphasen gemäß Anlage 3 kann der AG gesondert schriftlich je einzeln abrufen. Der AN hat den AG rechtzeitig schriftlich darauf hinzuweisen, zu welchem spätesten Zeitpunkt ein solcher Abruf weiterer Leistungsphasen erforderlich ist, damit eine unterbrechungsfreie Leistung des AN gesichert ist.

Der Abruf muss jeweils spätestens innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Fertigstellung aller Arbeiten des AN aus der letzten abgerufenen Leistungsphase erfolgen; die Frist beginnt jedoch nicht vor dem Zugang des Hinweises des AN gemäß Nr. 4.2 Satz 2 beim AG.

4.3 Kein Anspruch bei nicht erfolgtem Abruf

Dem AN stehen keine Ansprüche auf Abruf von Leistungsphasen gemäß Nr. 4.2 zu, er kann auch aus dem stufenweisen Abruf oder Nichtabruf keinerlei weitergehende Rechte, gleich welcher Art, herleiten. […]“

In der Darstellung der Wertungskriterien war kein Hinweis an die Bieter auf diese vertraglichen Regelungen enthalten. Eine Erläuterung dazu, welche Umstände eintreten müssen damit der spätere Abruf der weiteren Leistungsphasen erfolgt bzw. wovon dieser abhängt, war den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen.

Im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens lud der Antragsgegner die Bieter zur Verhandlung und Präsentation der ersten Angebote ein. In der Einladung stellte er klar, dass die Präsentation nicht einer Wertung zugeführt werde, sondern lediglich das eingereichte Konzept. Am 27.11.2024 erfolgte für alle Bieter die Präsentationen und die Verhandlungen zu den Angeboten. Dabei gab der Antragsgegner kalkulationsrelevante Hinweise zur Erstellung der finalen Angebote. Bei der Bewertung dieser initialen Angebote erzielte die Antragstellerin eine Gesamtpunktzahl von 576,25 Punkten und die Beigeladene von 713,35 Punkten. Dabei gab die Antragstellerin das günstigste und die Beigeladene das zweitgünstigste Angebot ab. Die Beigeladene erhielt allerdings mehr Punkte in der Qualitätswertung.

Neben der Antragstellerin und der Beigeladenen gaben noch zwei weitere Unternehmen ein finales Angebot bis zum Ende der Frist am 12.12.2024 ab. Nach Angebotsauswertung erzielte die Antragstellerin laut der Dokumentation aus der Vergabeakte 578,75 Punkte und die Beigeladene 726,69 Punkte. Bei der Preiswertung erzielte die Beigeladene aufgrund eines geringeren Preisabstandes zur Antragstellerin mehr Punkte als beim initialen Angebot, weshalb sich der Abstand bei den Gesamtpunkten erhöhte. Die zur Bewertung der Qualitätskriterien „Vorgehen im ausgeschriebenen Projekt", „Projektablauf", „Erläuterung zur Kostenplanung und –steuerung am ausgeschriebenen Projekt", „Erläuterung zur Terminplanung und –steuerung am ausgeschriebenen Projekt" und „Erläuterung zur Qualitätssteuerung am ausgeschriebenen Projekt" von drei bewertenden Personen ausgefüllten Wertungsbögen wiesen für die Antragstellerin als Datum entweder den 11.11.2024, den 27.11.2024 sowie den 16.12.2024 aus. Die Wertungsbögen für die Beigeladene waren mit den Datumsangaben 12.11.2024, 27.11.2024 oder 16.12.2024 versehen. Alle Wertungsbögen sind digital von den bewertenden Personen mit Ihrem Namen und einem Zeitstempel datiert auf den 16.12.2024 bzw. dem 18.12.2024 versehen worden.

Aus der Dokumentation der Preisprüfung geht hervor, dass der Antragsgegner annahm in sein Vergabemanagementsystem einen falschen Schätzpreis hinterlegt zu haben und angesichts des von ihm aus den Angebotspreisen gebildeten Mittelwert die Auftragswertschätzung zu hoch angesetzt wurde. Die Angebote erachtete der Antragsgegner als auskömmlich. Aufgrund des Mangels an Ausreißern hatte er keine weitere Aufklärung für notwendig gehalten. Das Angebot der Beigeladenen wurde als das wirtschaftlichstes Angebot bewertet und die übrigen Bieter über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert. Dies rügte die Antragstellerin und aufgrund der drohenden Zuschlagserteilung reichte sie am Tag darauf noch vor einer Rügeantwort des Antragsgegners den Nachprüfungsantrag bei der Kammer ein.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass durch die zwischen dem Jahreswechsel versendete Bietermitteilung die Frist aus § 134 GWB nicht in Gang gesetzt wurde. Es sei unverhältnismäßig die Benachrichtigung so vorzunehmen, dass ihr nur sehr wenig Zeit für die Ausarbeitung einer Rüge und eines Nachprüfungsantrages verblieben sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfe das Vergabeverfahren nicht so ausgestaltet werden, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 beeinträchtigt werde. Deshalb hätte der Antragsgegner die Mindestfrist aus § 134 Abs. 2 GWB verlängern müssen. Die Antragstellerin meint, sie wäre durch die kurz gewählte Frist in ihren Rechten verletzt worden.

Die Antragstellerin hält ihr nachstehen wiedergegebenes Vorbringen zu den Zuschlagskriterien im Gegensatz zum Antragsgegner nicht für präkludiert. Die Präklusion setze nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB die Erkennbarkeit der Vergaberechtsverstöße voraus. Ein Bieter kenne sich naturgemäß mit den Regelungen zur Festlegung der Zuschlagskriterien nicht aus, wichtig sei lediglich die genannten Kriterien optimal zu erfüllen. Der Antragstellerin sei erst nach rechtlicher Beratung klar, dass die Art und Weise der Festlegung der Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig sei.

Die Antragstellerin hält die Zuschlagskriterien für nicht ordnungsgemäß festgesetzt. Es fehle an einer Bestimmung durch den Antragsgegner, was diese bei den einzelnen Kriterien als besonders gute Qualität ansehe. Zudem bezögen sich einige Zuschlagskriterien ausschließlich auf die Leistungsphasen 6 und 7. Nach 4.1.2 und 4.1.3 des Mustervertrags des Antragsgegners würden lediglich die Leistungsphasen 1 und 2 bei Zuschlagserteilung beauftragt. Nach den Ziffer 4.3 bestehe kein Anspruch auf Ausführung der Leistungsphasen 6 und 7. Es handle sich nach der Rechtsprechung des OLG Koblenz um einen echten Stufenvertrag. Diese zweite Stufe stelle eine Option da. Der Antragsgegner habe aber versäumt in den Vergabeunterlagen zu regeln, ob diese Option gewertet werde oder nicht. Die Wertung von Optionen aufgrund des Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgebots sei nur dann möglich, wenn die Option sich auf eine identische Leistung beziehe bei der die Anpassung des Auftrages. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Abhängig davon welche Stufe später beauftragt werde könne sich ändern welches das wirtschaftlichste Angebot sei. Eine Beauftragung des wirtschaftlichsten Angebots könne deshalb hier nicht erfolgen.

Aufgrund dessen, dass unklar sei, ob die Leistungsphasen 6 und 7 zur Ausführung kämen stünden die Unterkriterien aus den Zuschlagskriterien 3 und 5 nicht mit dem Auftragsgegenstand nach § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung. Diese Zuschlagskriterien seien deshalb als vergaberechtswidrig zu bewerten.

Beim Zuschlagskriterium 2 habe im Bewertungsschema der Punkt „Steuerungsinstrumente zum reiblosen Projektablauf" inhaltlich nichts mit dem Bewertungsthema zu tun. Zum Zuschlagskriterium 3 verlange der Antragsgegner eine Auseinandersetzung mit den Punkten „Kostenplanung des Projektes" und „Kostenrisiken des Projektes".

Allerdings erfolge hierfür aber keine Vergütung für deren Ausarbeitung vor, was einen Verstoß gegen § 70 Abs. 2 VgV darstelle. Das im gleichen Zuschlagskriterium aufgeführte „Nachtragsmanagement“ habe nichts mit dem Zuschlagskriterium zu tun. Wenn ein Nachtrag anfalle ließe sich nichts mehr steuern, es sei lediglich die Frage zu beantworten wodurch dieser entstanden sei.

Im Zuschlagskriterium 4 sei von den Bietern die Optimierung der Herangehensweise geschildert werden. Dies stehe im inhaltlichen Konflikt zum Bewertungsthema, da dieses keine Optimierung, sondern lediglich eine Darstellung der Einhaltung der Termine verlange. Bezüglich Zuschlagskriterium 5 werde im Punkte „eingesetztem Risikomanagement für das Projekt“ etwas bewertet, was bereits Gegenstand der Bewertung im 1. Zuschlagskriterium sei, dort würden auch die Projektrisiken bewertet. Folglich liege eine unzulässige Doppelbewertung vor.

Auch müsse die Wertungsmatrix als widersprüchlich angesehen werden. Auf dem Reiter für die Berechnung der Erfahrung des Personals sei angegeben, dass für 10 Jahre Berufserfahrung 10 Punkte vergeben würden. Nach der Wertungsmatrix dagegen könnten Bieter nur für mehr als 10 Jahre Berufserfahrung auch 10 Punkte erhalten. Gleiches gelte für den Erhalt von 5 Punkten für die Erfahrung. Ob hierfür 5 Jahre Berufserfahrung oder mehr als 5 Jahre erforderlich seien, wäre für die Bieter unklar.

Inhaltlich gehe aus der übersendeten Wertungsmatrix nicht hervor, warum die Antragstellerin trotz ausführlicher Darstellungen zu den einzelnen Kriterien nur so eine geringe und nicht die volle Punktzahl erreicht habe. Aus der Bewertung sei nicht transparent zu ersehen, wie die Gesamtpunktzahl im jeweiligen Unterkriterium ermittelt worden sei. Es stehe lediglich fest, dass die Wertung durch ein sechsköpfiges Wertungsgremium zur Gesamtpunktzahl führe. Diese Vorgabe habe der Antragsgegner jedoch verletzt indem er lediglich drei wertende Personen einsetze. Zusätzlich hierzu sei davon auszugehen, dass der Werter 3 den Bewertungsbogen von Werter 1 abgeschrieben habe. Dieser weise die exakt gleiche Punktzahl und auch die gleichen Schreibfehler auf, so zum Beispiel beim Wort „Stuerungselemten“. Damit hätten schon nicht, wie der Antragsgegner behauptet, drei Personen unabhängig voneinander bewertet.

Auch die Wertung habe der Antragsgegner nicht ordnungsgemäß vorgenommen. Aus den Vergabeunterlagen sei nicht zu ersehen, dass die bewertenden Personen über eine hierfür notwendige Fachkenntnis verfügten. Vielmehr müsse bei Ansehung der Wertung bezweifelt werden, dass diese eine ausreichende praktische Planungs- und Bauerfahrung hätten.

Den Wertungsbögen seien keine Begründungen für Wertungsentscheidung zu entnehmen, sondern lediglich Behauptungen. So vermerke eine wertende Person „Oberflächliche Darstellung der Anforderungen“. Woraus sich die Oberflächlichkeit ergebe bzw. die Darstellung als oberflächlich empfunden werde könne nicht nachvollzogen werden.

Die Antragstellerin sei dadurch, dass beim Vergleich der Angebote die Beachtung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsverbotes nicht sichergestellt worden wäre, in ihren Rechten verletzt. Aus der Dokumentation der Wertung gehe nicht hervor, dass ein Abwägungsprozess zwischen den Angeboten und damit eine vergleichende Bewertung überhaupt stattgefunden habe. Insgesamt habe zudem die Beigeladene eine zu hohe Punktzahl erzielt.

Die Antragstellerin vertritt den Standpunkt, dass das Vergabeverfahren wegen der Verstöße gegen das Vergaberecht in den Zeitpunkt vor Angebotsabgabe zurückversetzt werden müsse.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren so weit zurückzusetzen, dass ein ordnungsgemäßes Verfahren gewährleistet ist.
2. festzustellen, dass die Antragstellerin durch das vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt wird,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin notwendig war,
4. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt sinngemäß:

1. Den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. Der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen eigenen Rechtsanwaltskosten aufzuerlegen.

Der Antragsgegner hält den Vortrag der Antragstellerin zur Wertung für präkludiert. Die Antragstellerin hätte ihrer Ansicht nach vorliegenden Defizite an den Vergabeunterlagen vorher rügen müssen. Schließlich stünden die Vergabeunterlagen über ein halbes Jahr zur Verfügung. Kritik am Wertungssystem und den Zuschlagskriterien komme aber nun erst nach der Wertung auf und sei damit verspätet. Die Antragstellerin hätte ihrer Obliegenheit Fehler oder Unklarheiten an den Wertungsunterlagen zu rügen bis zur Angebotsabgabe nachkommen müssen.

Bezüglich der Kritik der Antragstellerin an den genutzten Unterlagen verweist der Antragsgegner darauf, dass diese Unterlagen Standarddokumente seien, die oft mehrfach in gleicher Form bei Vergaben angewendet würden und nie ein Auftragnehmer die festgelegten Vorgaben zur Wertung als intransparent und vergaberechtswidrig bezeichnet habe. Auch habe die Antragstellerin bereits an Vergabeverfahren teilgenommen, bei denen diese Vergabeunterlagen verwendet worden seien.

Eine Intransparenz der Wertungskriterien bestehe nicht. Die Anforderungen aus § 127 Abs. 5 GWB seien erfüllt, da die Zuschlagskriterien mit Unterkriterien aufgeführt und auch die darauf entfallenden Punkte dargestellt würden. Damit sei das Kriterium hinreichend transparent. Die Zuschlagskriterien 3 und 5 spielten für die Leistungsphasen 6 und 7 des Gesamtprojekts eine große Rolle, weshalb diese in die Wertung einzubeziehen waren, auch wenn diese mit dem Auftrag vorerst noch nicht verbunden seien. Die Einstufung der Antragstellerin als Stufenvertrag treffe nicht zu, vielmehr handle es sich um einen Generalplanervertrag mit Stufenabrufen. Die Stufe 2 stelle keinen neuen Vertrag dar. Mithin seien die Zuschlagskriterien auch für dieses Verfahren relevant.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, dass das mit der Bieterinformation mitgeteilte Datum der geplanten Zuschlagserteilung den Vorgaben aus § 134 GWB entsprach. Der Zeitraum nach deren Absendung bis zum 07.01.2025 betrage 12 Kalendertage und selbst nach Abzug von Silvester und Neujahr noch die mindestens gesetzlich geforderten 10 Kalendertage. Mithin sei die Frist hier nicht zu kurz bemessen worden.

Zur Wertung stellt der Antragsgegner voran, dass der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum habe. Die Qualitätswertung sei von drei eigenständig bewertenden Mitglieder des Projektteams vorgenommen worden. Diese hätten die eingereichten Unterlagen im direkten Vergleich der Angebote untereinander bewertet. Die Bewertung des Projektkonzepts sei durch jeden Werter mittels Bepunktung der einzelnen Kriterien erfolgt. Hieraus sei ein Mittelwert und mit der Gewichtung dann die erreichte Punktzahl des Bieters errechnet worden und den Bietern mit der Vorabinformation mitgeteilt. Eine Bewertung durch eine bestimmte Personenanzahl wie dies die Antragstellerin vorträgt sei nicht festgelegt worden.

Der Vorwurf der Antragstellerin wonach keine ausreichende Qualifikation bei den Bewertern vorläge sei haltlos und entbehre jeglicher Grundlage. Vielmehr sei die Bewertung durch erfahrene und qualifizierte Experten durchgeführt worden.

Eine Widersprüchlichkeit bei der Wertungsmatrix bestehe in Bezug auf die Bewertung der Erfahrung der Projektleitung nicht. Die Berechnungssystematik habe er so wie in Wertungsmatrix vorgesehen angewendet und dann bei der Tabelle zur Bewertung des Personals eingetragen. Zudem komme es hierauf nicht an, denn die Antragstellerin habe die volle Punktzahl von je 10 Punkten sowohl für die Projektleitung als auch die stellvertretende Projektleitung erhalten. Bei der Errechnung der Punktzahl sei wegen eines Formelfehler dabei ein herabgesetzter Mittelwert von 50 statt 100 Punkten ermittelt worden. Dieser Fehler sei bei allen Bietern gleich erfolgt und habe deshalb keinen Einfluss auf die Wertungsreihenfolge. Letztlich ergebe sich eine korrigierte Gesamtpunktzahl von 705 Punkte für die Antragstellerin und von 900,03 für die Beigeladene. Letztere habe damit weiterhin das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

Die Beigeladene hat sich im Nachprüfungsverfahren keine Anträge gestellt oder sich zum Sach- und Streitstand eingelassen.

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf die Schriftsätze, die Verfahrens- und die Vergabeakte verwiesen. Die Beiladung erfolgte am 10.01.2025. Die Ladung zur mündlichen Verhandlung wurde am 27.01.2025 vorgenommen. Am 03.02.2025 fand eine mündliche Verhandlung statt über denen Inhalt ein Ergebnisprotokoll erstellt wurde.

Entscheidungsgründe

II. 1. Der Nachprüfungsantrag ist im unten dargestellten Umfang zulässig.

1.1 Die Vergabekammer Westfalen ist nach § 159 Abs. 3 GWB i.V.m. § 2 Abs. 2 VK ZuStV NRW örtlich zuständig, da die für die Auftragsvergabe zuständige Vergabestelle des Antragsgegners ihren Sitz im Regierungsbezirk Arnsberg hat. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 156 GWB i. V.m. § 106 GWB. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Der Auftrag ist Bestandteil einer Baumaßnahme die den derzeit gültigen EU-Schwellenwert überschreitet.

1.2 Die Antragstellerin ist teilweise antragsbefug nach § 160 Abs. 2 GWB. Danach erfordert die Antragsbefugnis, dass die Antragstellerin ein Interesse am Auftrag hat und Vergaberechtsverstöße gelten gemacht hat, die zum Eintritt eines Schadens früher können. Dabei ist für das Drohen eines Schadens ausreichend, dass sich die Zuschlagschancen der Antragstellerin durch den Verstoß gegen Vergaberecht verschlechtert haben (vgl. OLG Düsseldorf, 27.10.2021, Verg 4/21).

Insoweit die Antragstellerin sich gegen die ihrer Auffassung nach zu kurzen Frist der Bietermittelung wendet legt sie nicht dar, wie ihr aus dem benannten mutmaßlichen Verstoß ein Schaden und damit die Verschlechterung ihrer Chance auf den Zuschlag droht. Auch hat sie innerhalb der Frist Rüge und Nachprüfungsantrag erhoben. Aus Verstößen gegen die Vorschriften des § 134 GWB erwächst keine Verletzung von Bieterrechten, sofern die Antragstellerin, wie hier, rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag eingereicht hat und damit ihrem Interesse an Primärrechtschutz entsprochen wird (vgl. Vergabekammer München, 10.10.2022, 3194.Z3-3_01-22-40).

In Bezug auf das Vorbringens zur Widersprüchlichkeit der Wertungsmatrix droht der Antragstellerin kein Eintritt eines Schadens. Sie hat in diesem Kriterium die volle Punktzahl erreicht, insoweit ist ihr tatsächliches Verständnis unbeachtlich. Mithin kann auch hier durch den vorgebrachten Verstoß keine Verschlechterung der Zuschlagchancen der Antragstellerin eintreten.

Bezüglich des Vortrags der Antragstellerin die sich auf die nicht ausreichenden Vorgaben für die Erstellung des Konzepts und die nicht nachvollziehbare Bewertung des Angebots und Ermittlung der Gesamtpunktzahl durch das Wertungsgremium, macht sie Vergaberechtsverstöße geltend, die sofern diese zutreffend ihre Zuschlagschancen gemindert haben könnten. Das Interesse am Auftrag hat sie durch die Abgabe des Angebots ausreichend dargelegt. Bezogen hierauf besteht für die Antragstellerin eine Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB.

1.3 Der Vortrag der Antragstellerin ist nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert soweit diese sich gegen fehlenden Vorgaben zum Konzeptinhalt und Bewertungsmaßstab wendet.

a) Die Obliegenheit eine Rüge zu erheben wird nur dann ausgelöst, wenn die Antragstellerin eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat (OLG Düsseldorf, 27.10.2021, Verg 4/21). Zusätzlich muss bei der Antragstellerin die zumindest laienhafte rechtliche Wertung vorgenommen worden sein, dass der Antragsgegner mit seinem Vorgehen gegen Vergaberecht verstößt (OLG Düsseldorf, 06.09.2017, Verg 9/17). Nicht erforderlich ist die Kenntnis eines völlig zweifelfreien und in jeder Beziehung sicher nachweisbaren Vergaberechtsfehlers, da für die Rügeobliegenheit nicht erheblich ist, ob ein Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt. Es reicht vielmehr schon das Wissen um einen Sachverhalt, der, gegebenenfalls auch erst nach juristischer Beratung, den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt (OLG Düsseldorf, 15.01.2020, Verg 20/19) Dem gleichzustellen ist, wenn der Antragsteller in tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis in einer Weise verharrt, die mit Blick auf einen möglichen Vergaberechtsverstoß als ein mutwilliges Sich-der-Erkenntnis-Verschließen zu bewerten ist (OLG Düsseldorf, 19.02.2020, Verg 27/17).

b) Dies zu Grunde gelegt ist die Antragstellerin zumindest teilweise mit ihrem Vorbringen präkludiert. Die Vergabeunterlagen standen den Bietern frühzeitig zur Verfügung. Darunter waren auch die Dokumente für die Wertung, die in einer Datei mit der Bezeichnung „Zuschlagskriterien+Wertugnen“ unter anderem den Bewertungsmaßstab, die Wertungsmatrix mit den die Zuschlagskriterien und das vom Antragsgegner zur Anwendung vorgesehene Bewertungsschema enthielt. Die Antragstellerin musste vor Anfertigung des ersten und dann des finalen Angebots diese

Wertungsunterlagen gründlich lesen, um im Konzept die mit den Unterkriterien erfolgte Konkretisierung der Zuschlagskriterien abzubilden und bei Erstellung der Angebote beachten.

Bereits bei der Abfassung des Angebots hätte die Antragstellerin auch mit nur laienhafter rechtlichen Wertung zu der Annahme gelangen müssen, dass der Umfang der Angaben zur Wertung nicht ausreichend ist, um zu erkennen was der Antragsgegner als gute Qualität bewerten wird. Diesen Verstoß hätte sie in der Frist des § 160 Abs. 3 GWB auch ohne weiteres rügen können. Folglich ist die Antragstellerin in Bezug hierauf mit ihrem Vorbringen nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert.

c) Ebenfalls präkludiert ist die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen, dass der Antragsgegner vorliegend in Zuschlagskriterium 3 eine Ausarbeitung verlange, die als Ausarbeitung zwingend vergütet werden müsste nach § 77 Abs. 2 VgV. Die Antragstellerin konnte anhand der Vergabeunterlagen den Leistungsumfang erkennen und ist als in Vergabeverfahren erfahrenes Unternehmen auch rechtlich in der Lage zu bewerten wann eine Ausarbeitung im Sinne von § 77 Abs. 2 VgV vorliegt und einen Vergütung festgelegt werden muss. Da dies nicht binnen der Frist aus § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB gerügt wurde, ist der Vortrag ebenfalls nicht mehr berücksichtigungsfähig.

d) Mit dem Vortrag, dass aufgrund des vom Antragsgegner vorbehaltenen späteren Abruf der Leistungen aus den Leistungsphasen 6 und 7 die Bewertungsmodalitäten und -kriterien nicht vergaberechtskonform ausgestaltet wurden und ein Zusammenhang zwischen den Wertungskriterien 3 und 5 und dem Auftragsgegenstand fehle, ist die Antragstellerin dagegen nicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Die Antragstellerin zielt mit ihrem Einwand darauf ab, dass der Antragsgegner die Bewertung von Leistungskriterien vorgenommen hat, die sich auf die Leistungsphasen 6 und 7 beziehen, obwohl deren Beauftragung durch den öffentlichen Auftraggeber zum Zeitpunkt der Wertung nicht sicher ist. Richtig ist hierbei wie der Antragsgegner anführt, dass die Vergabeunterlagen bereits mit Veröffentlichung der Bekanntmachung den interessierten Unternehmen zur Verfügung standen. Davon, dass die Antragstellerin diese spätestens im Zeitpunkt der Erstellung des Ersten Angebots auch inhaltlich zur Kenntnis genommen und zur Erstellung des Konzepts ausgewertet hat ist die Kammer überzeugt. Gleiches gilt für den Vertrag, da dieser nicht nur Gegenstand einiger von den Bietern, darunter auch die Antragstellerin, gestellter Rückfragen war, sondern die Antragstellerin auch im Nachgang zum Verhandlungsgespräch einen inhaltlichen Vorschlag für eine Anpassung einer Vertragsklausel gegenüber dem Antragsgegner äußerte. Mithin hatte die Antragstellerin von den von ihr im Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung gestellten Sachverhalt zunächst einmal Kenntnis.

Allerdings musste sie diese Umstände nicht als vergaberechtswidrig bewerten und rügen. Bei dem Vortrag der Antragstellerin, den Anforderungen an Ausschreibung und Wertung von Positionen, die erst bei Bedarf durch den öffentlichen Auftraggeber abgerufen werden, handelt es sich, was die Rechtsprechung in der Vergangenheit immer wieder betont hat, um ein Gebiet in dem wenig geklärt ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.02.2008 - Verg 57/06). Dem Antragsgegner ist zuzugeben, dass die Antragstellerin diese Thematik nun erstmalig im Nachprüfungsverfahren zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ohne vorherige Rüge macht, obwohl die Unterlagen der Antragstellerin schon so lange zur Verfügung standen und auch zweifach ein Angebot auf dieser Grundlage von ihr ausgearbeitet wurde. Dass die Antragstellerin auf Grundlage der Zuschlagskriterien Inhalte in ihr Konzept aufgenommen und damit doch erkennen können, ob dieser mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, stellt die Kammer auch nicht in Abrede.

Vorliegend wäre von der Antragstellerin aber nicht nur zu beurteilen gewesen, ob die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand im Sinne von § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen, sondern ob die hier vom Antragsgegner aufgestellte und bekanntgegebene Wertungssystematik und Zuschlagskriterien mit der Bewertung von bei Bedarf abzurufenden Leistungen in der vorgenommenen Art und Weise vergaberechtlich zulässig ist. Dabei handelt es sich um eine rechtliche Bewertung, die nicht erwartet werden kann, auch wenn es sich bei der Antragstellerin um ein größeres Unternehmen handelt, das mit Vergabeverfahren grundsätzlich vertraut ist. Die Rechtsprechung zu den Anforderungen und Voraussetzungen für die zulässige Bewertung von Bedarfspositionen ist nicht Gegenstand eine breiten Diskussion im Auftragswesen, sondern vergaberechtliches Spezialwissen, was von einem fachkundigen am Auftrag interessierten Unternehmen nicht erwartet werden kann. Die Antragstellerin konnte und musste diese Problemstellung nicht selbstständig und ohne rechtliche Beratung einschätzen (OLG Düsseldorf, aaO). In Bezug darauf traf die Antragstellerin nicht die Obliegenheit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB eine Rüge mit dem in Rede stehenden Inhalt zu erheben um der Präklusion entgegenzuwirken.

2. Der Nachprüfungsantrag ist insoweit er zulässig ist wie im ausgeführten Umfang auch begründet. Vorliegend hat der Antragsgegner die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung und Bewertung von nur bei bestehendem Bedarf vom öffentlichen Auftraggeber

2.1 Der Antragsgegner hat durch die vertragliche Regelung in den Ziffern 4.1.1-4.3 bestimmt, dass die Bieter sich zur Erbringung der unter 4.1.1 genannten Leistungsphasen mit Auftragserteilung verpflichten. Nach 4.1.2 ruft er aber ausschließlich die Leistungsphasen 1 und 2 mit der Zuschlagserteilung ab. Einseitig offen gelassen, wird durch die Ziffer 4.2 dagegen ob die Leistungen aus der Leistungsphasen 6 und 7 zu einem späteren Zeitpunkt abgerufen werden. Der Auftragnehmer hat hierauf jedenfalls keinen Anspruch gemäß Ziffer 4.3 des Vertrages. Damit hat der Antragsgegner in das Vergabeverfahren Leistungen aufgenommen deren Ausführung nicht sicher sind. Dabei handelt es sich nicht um eine typische Verlängerungsoption bei der die ursprüngliche Leistungszeit ausgedehnt wird, sondern um andere als die ursprünglich beauftragten Leistungen eventuell zu einem späteren Zeitpunkt erbracht werden soll. Zwar handelt es sich allesamt um Leistungen für die Generalplanung aus dem Leistungskatalog der HOAI, die in den Leistungsphasen 1 und 2 zu erbringenden Leistungen unterscheiden sich deutlich von denen in den Leistungsphasen 6 und 7 zu erbringenden und deshalb nicht mit dem Ausüben einer Verlängerungsoption vergleichbar. Vielmehr sind diese als dann Bedarfs- bzw. Eventualpositionen einzustufen (Burgi/Dreher/Opitz/Lampert GWB § 121 Rn. 53).

2.2 Die Vergabe solcher Bedarfspositionen bzw. Eventualpositionen ist nicht generell ausgeschlossen, unterliegt jedoch umfassenden Anforderungen, da diese dem Gebot der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung aus § 121 Abs. 1 GWB entgegenstehen sowie die Transparenz des Vergabeverfahrens und der Vergabeentscheidung aus § 97 Abs. 1 GWB beeinträchtigen können. Sie eröffnen dem öffentlichen Auftraggeber zudem eine Steuerungsmöglichkeit bei der Wertung und machen damit „willfährige Vergabeentscheidungen“ möglich (Burgi/Dreher/Opitz/Lampert GWB § 121 Rn. 53). Bedarfspositionen sind vergaberechtlich lediglich ausnahmsweise zugelassen und dann auch nur, wenn spezifische Anforderungen bei den Ausschreibungsbedingungen und bei der Angebotswertung beachtet werden.

Der öffentliche Auftraggeber muss unter Ausschöpfung ihm zumutbarer Erkenntnismöglichkeiten zuvor den Versuch einer eindeutigen Klärung der Leistungsbeschreibung unternehmen. Bedarfspositionen sind kein Hilfsmittel, die Unvollständigkeit einer Planung zu kompensieren. Nur wenn die Aufklärung nicht gelingt und der Auftraggeber einen sachlich gerechtfertigten Grund, ein anzuerkennendes Bedürfnis oder objektives Interesse nachweisen kann, darf in der Leistungsbeschreibung im Unklaren gelassen werden, ob eine Bedarfsposition zur Ausführung kommen kann. Der Grund ist im Vergabevermerk zu dokumentieren. Im Leistungsverzeichnis sind die inhaltlichen Anforderungen an die Eventualleistung zu beschreiben. Bedarfspositionen sind ferner aus Gründen der Transparenz vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung unmissverständlich zu kennzeichnen. Zudem hat der Auftraggeber nachprüfbare Kriterien anzugeben, die für die Inanspruchnahme und die Wertung von Bedarfspositionen ausschlaggebend sind, und an denen die Bieter vorher erkennen können, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Maßstäben das einer Bedarfsposition geltende Angebot gewertet wird oder nicht (so OLG Düsseldorf, 28.02.2008, Verg 57/06). Auf den Umfang von Bedarfspositionen die in der Leistungsbeschreibung enthalten sind kommt es nicht an, da auch kleinere oder wenige Bedarfspositionen in der Gesamtschau geeignet sind, das Wertungsergebnis zu beeinflussen (OLG Düsseldorf, 24.03.2004, Verg 7/04). Bedarfsleistungen müssen jedoch nicht bereits in die Vergabebekanntmachung aufgenommen werden (OLG Düsseldorf, 10. 02. 2010, Verg 36/09).

Diese Vorgaben zu Grund gelegt, erfüllen die Vergabeunterlagen die obigen Anforderungen nicht. Der Antragsgegner hat lediglich durch die vertraglichen Regelungen die Bedarfspositionen bestimmt. Eine ausdrückliche und klare Benennung der Bedarfspositionen in den Vergabeunterlagen hat der Antragsgegner nicht vorgenommen. Insbesondere bei den Preisblättern, den Zuschlagskriterien und dem Bewertungsschema fehlt es an einer erforderlichen unmissverständlichen Kennzeichnung. Das Aufführen der Bedarfspositionen im Mustervertag unter den Ziffern 4.1.1 bis 4.3 ist hierfür nicht ausreichend. Die in den Leistungsphasen 6 und 7 zu erbringenden Leistungen sind somit nicht ausreichend als Bedarfsleistung in den Vergabeunterlagen gekennzeichnet.

Aus den Vergabeunterlagen wird darüber hinaus nicht deutlich welche Kriterien bzw. Unterkriterien sich auf die Bedarfspositionen und damit Leistungsphasen 6 und 7 beziehen noch unterwelchen Maßstäben eine Wertung erfolgt und welchen Einfluss diese auf die Wertung haben. Am Beispiel des Qualitätszuschlagskriteriums 5 „Erläuterungen zur Qualitätssteuerung am ausgeschriebenen Projekt“ wird dies deutlich. Ob sich dieses auf die Leistungsphasen 6 und 7 bezieht, wird gerade nicht ausdrücklich vom Antragsgegner klargestellt. Allenfalls textlich lassen sich zwei der fünf Unterkriterien aus der Darstellung der Wertungsmatrix inhaltlich ausschließlich den Leistungsphasen 6 und 7 zuordnen, was aber das Erfordernis einer unmissverständlichen Kennzeichnung in den Vergabeunterlagen durch den öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht erfüllt. Auch finden sich keine Angaben dazu, welche Voraussetzungen eintreten müssen, damit die Bedarfsleistungen abgerufen werden. Diese sind vom Antragsgegner jedoch den Bietern transparent zu machen. Einzig der Umfang der möglicherweise auszuführenden Leistungen werden im Vertrag unter 4.1.4 I benannt.

Zwar hat der Antragsgegner im Rahmen der mündlichen Verhandlung einen sachlichen Grund ausgeführt, dass für ihn diese Regelung aus haushalterischer Sicht erforderlich sei. Die so geplante Umsetzung sei nicht garantiert und für den Fall der Umsetzung müsse die Nutzung von Fördermitteln geprüft werden. Darüber hinaus müsse ggfs. mehr Personal eingesetzt werden als derzeit geplant. Dies erscheint für die Kammer zumindest ein Ansatz für die Dokumentation des Erfordernisses für die Bedarfspositionen, mit Blick auf die oben aufgeführten Anforderungen ist dies aber noch nicht ausreichend. Auch der Vortrag des Antragsgegners, , dass diese vertraglichen Regelungen standardisierte Dokumente sind und dieses Vorgehen der gängigen Praxis entspräche, überzeugt letztlich nicht.

Mit den derzeitigen Vergabeunterlagen verstößt der Antragsgegner gegen § 97 Abs. 1 GWB, § 121 Abs. 1 GWB und die von der Rechtsprechung gebildeten Anforderungen an die Vergabeunterlagen und die Wertung zu Bedarfspositionen.

2.3 Auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin zur Wertung des Antragsgegners und der ihrer Ansicht nach dabei erfolgten Vergabeverstöße kommt es somit nicht mehr an.

2.4 Vorsorglich weist die Kammer für den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens noch auf Folgendes hin.

a) Nach derzeitiger Auffassung baut das Verständnis, dass die Anzahl der wertenden Personen sechs betragen muss, ausschließlich den Bietern zur Verfügung gestellten Tabellen auf. Eine Ankündigung des Antragsgegners, dass sechs „Werter“ eingesetzt werden existiert dagegen nicht. Die oben dargestellte Wertungsübersicht hat nach Ansicht der Kammer einen Beispielscharakter, so sind im gleichen Dokument unter einem anderen Reiter befindliche Tabellen mit fiktiven Daten, Berechnungen und Bietern. Unter Berücksichtigung dieser Umstände neigt die Kammer dazu die Vergabeunterlagen unter Anwendung der Grundsätze für die Auslegung von Willenserklärungen aus §§ 133,157 BGB, die auch auf Vergabeunteralgen Anwendung finden, keine Verpflichtung zum Einsatz von sechs wertenden Personen anzunehmen.

b) Aufgrund der Klarstellung des Antragsgegners im Rahmen der mündlichen Verhandlung geht die Kammer entgegen der Auffassung der Antragstellerin davon aus, dass nicht die in den Bewertungsbögen oben angegebenen Daten den Zeitpunkt der Wertung darstellen, sondern deren elektronische Unterzeichnung am 16.12.2024 bzw. 18.12.2024. Eine Wertung die vor dem Zeitpunkt der Einreichung des finalen Angebots vorgenommen würde, verstieße gegen § 127 Abs. 1 GWB, da bei der Wertung nicht der aktuelle Sachverhalt zu Grunde gelegt worden wäre. Für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots im Sinne von § 127 Abs. 1 GWB muss das Angebot in der aktuellen Fassung bewertet werden (vgl. OLG Düsseldorf, 08.03.2017, Verg 39/16).

c) Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Dokumentation § 8 VgV sind in der vorgelegten Vergabeakte nach aktueller Einschätzung nicht erfüllt.

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 VgV dokumentiert der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b BGB, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Sinn der Dokumentation ist es, die Entscheidungen des Auftraggebers transparent und überprüfbar zu machen. Die Begründung muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen zu können (OLG Schleswig, 27.10.2022, Verg 7/22,), was eine Dokumentation seiner für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten erfordert (OLG Düsseldorf 16.10.2019, Verg 6/19). Hierfür müssen die im Vergabevermerk enthaltenen Angaben und Gründe für die getroffenen Entscheidungen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind und die Beurteilung erlauben, ob Ermessens- oder Beurteilungsfehler vorliegen (OLG Düsseldorf, 26.09.2024, Verg 19/24).

Diesen Vorgaben genügt die vom Antragsgegner angefertigte und der Kammer zur Verfügung gestellte Vergabedokumentation nicht. Die Dokumentation zur Erforderlichkeit Bedarfspositionen auszuschreiben ist wie oben bereits skizziert derzeit nicht ausreichend. Dies trifft auch auf die Wertungsdokumentation zu. Beispielsweise ist in den Bewertungsbögen jeweils bei den einzelnen Unterkriterien in einer Spalte einer Tabelle eine kurze textliche Erläuterung zu finden. Grundsätzlich begegnet es keinen Bedenken lediglich stichwortartig in einer Tabelle wiederzugeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, Verg 6/19). Diese Texte vermögen aber unter Berücksichtigung der obigen Voraussetzungen oftmals nicht zu erklären, warum die Punktzahl vergeben wurde. Eine inhaltliche Auseinandersetzung fehlt häufig. Manchmal wird dann lediglich eine in Stichworten abgefasstes Werturteil, wie „übersichtliche Grafik“ vermerkt. In seltenen Fälle fehlt eine Wertung gänzlich, dort wird ausschließlich eine Feststellung getroffen, die keine Einordnung trifft, wie „Grafische Übersicht“.

Auch die Höhe der vergebenen Punktzahl scheint zum Teil nicht konsequent. Warum für die Begründung „übersichtliche Grafik“ je nach bewertender Person mal 2 Punkte oder mal 1 Punkt für „übersichtliche Auflistung“ jedoch nur ein Punkt vergeben wird erschließt so derzeit sich nicht.

Gänzlich fehlt eine Dokumentation des vom Antragsgegner in seiner Stellungnahme vom 13.01.2024 geschilderter und in der mündlichen Verhandlung erläuterten direkten Vergleichs zwischen den Angeboten bei der Wertung. Der Vergabeakte kann die Kammer bei der Bewertung der Qualitätskriterien kein solches Vorgehen erkennen. Eine Abstufung von Angeboten zueinander erfolgt lediglich durch die vergebenen Punkte, dass ein inhaltlicher Vergleich und eine Abstufung der Konzepte zueinander erfolgte ist der Vergabeakte nicht zu entnehmen. Der Deutung des Antragsgegners, dass in der Angabe „oberflächlich“ auch hineinzulesen wäre, das das betreffende Angebot oberflächlich in Bezug auf die übrigen Angebote sei, folgt die Kammer nicht. Schließlich muss nachvollziehbar sein, dass die Bepunktung der Angebote im Vergleich zueinander plausibel erfolgt ist (vgl. BGH, 04.04.2017, X ZB 3/17). Dies ist anhand der Ausführungen zur Begründung der Punktvergabe derzeit nicht möglich.

III. Die Antragstellerin ist durch den Verstoß des Antragsgegners gegen das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 GWB, dessen Ausprägung in § 121 Abs. 1 GWB und den von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Vergabe von Bedarfspositionen in ihren Bieterrechten verletzt worden.

Als geeignete Abhilfemaßnahme ordnet die Kammer nach § 168 GWB an, dass Verfahren bei fortbestehen der Beschaffungsabsicht ist in den Stand vor Angebotslegung zurückzuversetzen ist, um der Antragstellerin die Angebotserstellung unter Einhaltung der Vorgaben für Bedarfspositionen zu ermöglichen. Die Wiederholung der Wertung als mindere Abhilfemaßnahme ist aufgrund der oben genannten Verstöße nicht geeignet diese zu beheben, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin bei Einhaltung der Vorgaben zur Vergabe von Bedarfspositionen ein Angebot einreicht mit dem sich ihre Chancen auf den Zuschlag verbessern.

IV. Gemäß § 182 Absatz 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Absatz 2 GWB mindestens 2.500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch ist, bis zu einem Betrag von 100.000 Euro erhöht werden. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Absatz 3 Satz 1 GWB die Kosten zu tragen.

Die Kammer setzt vorliegend eine Gebühr in Höhe von x.xxx Euro fest. Für die Bestimmung der Kosten des Verfahrens zieht die Kammer die Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes und der Länder heran (OLG Brandenburg, 23.01.2023, 19 Verg 1/22). Maßgeblich für die Berechnung der Gebühr ist grundsätzlich die streitbefangene Auftragssumme (vgl. BGH, Beschluss vom 25.10.2011, X ZB 5/10).

Als unterlegener Beteiligter ist die Verfahrensgebühr dem Antragsgegner aufzuerlegen. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Absatz 3 GWB die Kosten zu tragen. Maßstab für das Unterliegen ist eine materielle Betrachtung der von den Beteiligten im Nachprüfungsverfahren verfolgten Zielen (OLG Düsseldorf, 11.04.2022, Verg 5/22). Danach kommt es nicht schematisch auf die gestellten Anträge an, sondern das Erreichen des Verfahrensziels bei wirtschaftlicher Betrachtung. Danach erreicht die Antragstellerin ihr Begehren ein neues Angebot einreichen zu können, auch wenn das überwiegende Vorbringen unzulässig war.

Der Antragsgegner ist als teilrechtsfähiges Sondervermögen des Landes Nordrhein-Westfalen nicht gemäß § 182 Absatz 1 GWB i. V. m. § 8 Absatz 1 Verwaltungskostengesetz des Bundes von der Entrichtung der Verfahrensgebühren befreit.

Die Aufwendungen der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung werden dem Antragsgegner als unterliegender Beteiligter gemäß § 182 Absatz 4 GWB auferlegt. Insbesondere war die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig. Das Vergaberecht ist eine überdurchschnittlich komplexe Materie. Gerade die sich hier stellenden rechtlichen Fragenstellungen erfordern tiefgreifende vergaberechtliche Kenntnisse die auch für regelmäßig an Vergabeverfahren teilnehmende Bieter nicht selbst zu beantworten sind. Daneben ist das Nachprüfungsverfahren gerichtsähnlich konzipiert, so dass auch prozessuale Kenntnisse erforderlich sind, um eigene Rechte wirksam wahren zu können.

Eine Beteiligung der Beigeladenen an der Kostentragung ist mangels aktiver Beteiligung am Nachprüfungsverfahren nicht angezeigt (OLG Düsseldorf, 19.02.2020, Verg 2/19).