

VK 1 - 136/06

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Meyer Neuhaus Hoffmann,
Ostenhellweg 59, 44135 Dortmund,

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe des Auftrages "Wartungs- und Instandsetzungsvertrag TV-Überwachungsanlagen für Flughäfen – ..." hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Seifert, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Behrens und den ehrenamtlichen Beisitzer Brinkmann auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 2006 am 12. Dezember 2006 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens die Vergabe "Wartungs- und Instandsetzungsvertrag TV-Überwachungsanlagen für Flughäfen – ..." aus. Die betreffenden Überwachungsanlagen werden von der ... zur Überwachung von zivilen Flughäfen genutzt. Die Wartungsleistung soll an insgesamt ... Flughäfen zweimal im Jahr pro Flughafen erfolgen. Bei Störfällen hat werktags innerhalb von 24 Stunden die Instandsetzung zu erfolgen. Die Antragstellerin (ASt) beteiligte sich am Teilnahmewettbewerb sowie der anschließenden Ausschreibung und reichte bei der Ag fristgerecht ein Angebot ein.

In der Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs wurde unter Ziff. III. 2.1. unter anderem darauf hingewiesen, dass ein Bieter nur geeignet sei, wenn er sich verpflichte, sein Instandhaltungspersonal zum Zwecke der Zutrittsberechtigung zu nicht allgemein zugänglichen oder sicherheitsempfindlichen Bereichen gem. §§ 19b Abs. 1, Satz 1 Nr.3 und 20a Abs. 1 Nr.2 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) einer Zuverlässigkeitsprüfung gem. § 29d LuftVG unterziehen zu lassen.

Die in der Bekanntmachung zitierten Vorschriften des LuftVG zur Zuverlässigkeitsprüfung von auf Flughäfen tätigen Personen sind entgegen dem Text der Bekanntmachung nicht mehr im LuftVG enthalten, sondern im Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG). Das LuftSiG dient gemäß § 1 LuftSiG dem Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen.

In § 7 LuftSiG heißt es:

„Zuverlässigkeitsprüfungen

(1) Zum Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs (§ 1) hat die Luftsicherheitsbehörde die Zuverlässigkeit folgender Personen zu überprüfen:

1. Personen, denen zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit nicht nur gelegentlich Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Bereichen des Flugplatzgeländes eines Verkehrsflughafens im Sinne des § 8 oder eines Luftfahrtunternehmens im Sinne des § 9 gewährt werden soll,
2. Personal der Flugplatz- und Luftfahrtunternehmen, des Flugsicherungsunternehmens sowie der Fracht-, Post-, Reinigungsunternehmen sowie Warenlieferanten und vergleichbarer Versorgungsunternehmen, das auf Grund seiner Tätigkeit unmittelbaren Einfluss auf die Sicherheit des Luftverkehrs hat; sofern sich die vorgenannten Unternehmen des Personals anderer Unternehmen bedienen, steht dieses eigenem Personal gleich,

...

(2)...

Die Überprüfung entfällt, wenn der Betroffene

...

2. ... der erweiterten Sicherheitsüberprüfung nach § 9 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes oder der erweiterten Sicherheitsüberprüfung mit Sicherheitsermittlungen nach § 10 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes unterliegt.

...“

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2006 unterrichtete die Ag die ASt, dass der Zuschlag aus preislichen Gründen nicht auf das Angebot der ASt erteilt werden könne. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen. Daraufhin rügte die ASt mit Schreiben vom 3. November 2006 die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Die Ag wies die Rüge mit Schreiben vom 8. November 2006 zurück.

Die ASt beantragte daraufhin mit Schreiben vom 10. November 2006 bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat die Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Ag am 13. November 2006 per Telefax veranlasst. Die Zustellung erfolgte an die in der Bekanntmachung unter dem Abschnitt „Öffentlicher Auftraggeber“ angegebene Faxnummer. Die gleiche Faxnummer war auch in den mit dem Nachprüfungsantrag als Anlage übermittelten Verdingungsunterlagen unter dem Hinweis auf „Fragen, die mit der Vergabe im Zusammenhang stehen“ genannt. Der über die Telefaxübermittlung der

...

Vergabekammer durch das Faxgerät erstellte Sendebericht enthielt in der Zeile „Ergebnis“ den Vermerk „OK“. Nachdem bis zum 14. November 2006 das Empfangsbekanntnis über die Zustellung nicht eingegangen war, erfolgte seitens der Vergabekammer eine telefonische Nachfrage bei der Ag. Die Ag erklärte daraufhin, kein Fax der Vergabekammer erhalten zu haben. Da die Frist nach § 13 VgV am 14. November 2006 abgelaufen sei, habe man am Vormittag dieses Tages den Zuschlag erteilt. Die Vergabekammer übermittelte der Ag daraufhin den Nachprüfungsantrag am 14. November 2006 um 15.50 Uhr nochmals (unter einer anderen Faxnummer) zur Kenntnis. Anschließend wurde seitens der Ag das Empfangsbekanntnis über den Erhalt des Nachprüfungsantrages - versehen mit dem Datum 14. November 2006 - an die Vergabekammer übermittelt.

Mit Schreiben vom 29. November 2006 erteilte die Vergabekammer einen rechtlichen Hinweis an die ASt, wonach die Vergabekammer beabsichtige, den Nachprüfungsantrag als unstatthaft zu verwerfen. Maßgeblich hierfür sei die Überlegung, dass der hier streitgegenständliche Auftrag nach gegenwärtiger Auffassung der Vergabekammer in den Anwendungsbereich des § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alternative GWB falle. Danach gelte der 4. Teil des GWB nicht für Aufträge, deren Ausführung bestimmte Sicherheitsmaßnahmen erfordere, die auf innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften (hier § 7 LuftSiG) basierten.

Auf den rechtlichen Hinweis der Vergabekammer trug die ASt vor, dass § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alternative GWB im streitgegenständlichen Verfahren nicht einschlägig sei. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern sei schon deshalb eröffnet, weil die Ag in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen (VU) die Vergabekammer des Bundes als zuständige Nachprüfungsstelle angegeben habe. Im übrigen lägen aber auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. d) GWB hier nicht vor. Bei den Bestimmungen des LuftSiG handele es sich um Zuverlässigkeitsprüfungen, die die Eignung des Bieters beträfen, nicht aber um Sicherheitsmaßnahmen im Sinne des § 100 Abs. 2 lit. d) GWB. Zudem ergebe sich aus der bisherigen Rechtsprechung, dass unter § 100 Abs. 2 lit. d) GWB nur Sicherheitsmaßnahmen fielen, die aus Gründen des Geheim-schutzes angeordnet worden seien. Auch sei § 100 Abs. 2 lit. d) GWB insgesamt einschränkend auszulegen.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt des weiteren geltend, dass der Zuschlag nicht wirksam erteilt worden sei, da die Zuschlagserteilung gegen das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB verstoße.

Zur Begründetheit ihres Nachprüfungsantrags trägt die ASt vor, dass die Bg auszuschließen sei, da sie als Kleinstbetrieb mangels hinreichenden Personals nicht in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Die Bg sei somit weder leistungsfähig noch zuverlässig. Aufgrund der geringen Mitarbeiterzahl von vier Personen sei die Bg, insbesondere bei gleichzeitig auftretenden Störfällen, nicht in der Lage, die Leistung an unterschiedlichen Einsatzorten zu erbringen

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen;
2. die Ag zu verpflichten, den Zuschlag nur nach neuer Bewertung der Angebote unter Beachtung der Zuschlagskriterien zu erteilen;
3. hilfsweise zu 1. und 2. festzustellen, dass die ASr durch das von der Ag durchgeführte Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt ist;
4. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
6. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen;
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Zum Ausnahmereich des § 100 Abs. 2 lit. d) GWB trägt die Ag in der mündlichen Verhandlung vor, dass sie zu keinem Zeitpunkt die Absicht gehabt habe, den streitgegenständlichen Auftrag dem Anwendungsbereich des 4. Abschnitts des GWB zu entziehen. Der Nachprüfungsantrag sei jedoch unzulässig, weil der Zuschlag durch die Ag wirksam erteilt worden sei. Die Gründe, weshalb das der Zustellung des Nachprüfungsantrags dienende Fax die Ag nicht erreicht habe, seien nachträglich nicht mehr nachvollziehbar. Der Fax-Server der Ag wandle sämtliche dort eingehenden Faxe in e-mails um und sende diese an die der Fax-Nummer

zugeordnete e-mail-Adresse. Die Ag achte sorgsam darauf, dass ihre technischen Systeme funktionierten und dokumentiere fortlaufend im Rahmen eines Qualitätsmanagements deren Verfügbarkeit. Diese habe in den ersten drei Quartalen 2006 rund 100% betragen, lediglich im dritten Quartal 2006 sei der hier relevante Faxdienst innerhalb eines Beobachtungszeitraums von 525.600 Minuten einmal für 6 Minuten ausgefallen. Vom Nachprüfungsantrag der ASt habe man erst am Nachmittag des 14. November 2006 durch den Anruf der Vergabekammer erfahren, während der Zuschlag bereits um 11.01 Uhr erfolgt sei. Zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags führt die ASt aus, dass die Bg sowohl zuverlässig als auch leistungsfähig sei. Der von der ASt erhobene Vorwurf mangelnder Leistungsfähigkeit der Bg insbesondere im Falle von Störungsbeseitigungen, die außerhalb der regelmäßigen Wartung zu erfolgen hätten, sei nicht haltbar, da aufgrund der eingesetzten Technik und vor dem Hintergrund regelmäßiger Wartung nur selten Störfälle aufträten.

Die Bg erklärt, dass sie die vertraglich geschuldete Leistung mit ihren Mitarbeitern erbringen könne. Soweit weitere Arbeitskräfte, beispielweise bei sehr selten auftretenden Störfällen, erforderlich werden sollten, bestehe über einen Kooperationsvertrag mit einem anderen Unternehmen jederzeit die Möglichkeit, qualifizierte Mitarbeiter hinzuzuziehen. Die Bg stellt keine Anträge.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der ASt ist nicht statthaft, da der hier streitgegenständliche Auftrag in den Anwendungsbereich des § 100 Abs. lit. d) 2. Alt. GWB fällt.

1. § 100 Abs. 2 GWB regelt den Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB, legt mithin fest, für welche Art von öffentlichen Aufträgen die Regeln des 4. Teils des GWB und damit auch die Regeln über das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer des Bundes nicht zur Anwendung kommen. Mit der Regelung in § 100 Abs. 2 GWB hat der nationale Gesetzgeber

die europarechtlichen Richtlinienvorgaben (hier Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge) aufgegriffen und umgesetzt (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks: 13/9340, S. 15). Die europäischen Richtlinien nehmen in den dort normierten Ausnahmefällen den Auftrag (ungeachtet seines Wertes) von einer Anwendung des (europäischen) Vergaberechts einschließlich der Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG) aus (so auch EuGH, Urteil v. 18.10.2003, Rs. C-252/01 „Luftfotografie“). Die Regelung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 92/50/EWG wurde im übrigen inhaltsgleich in die Richtlinie 2004/18/EG über die Verfahren zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (s. dort Art. 14) übernommen.

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 GWB ist seitens der Vergabekammer von Amts wegen zu prüfen. Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes („gilt nicht“) ergibt sich, dass die Unterwerfung eines Auftrags unter den Anwendungsbereich des § 100 Abs. 2 GWB nicht zur Disposition des öffentlichen Auftraggebers steht. Es kommt somit im vorliegenden Fall nicht darauf an, ob die Ag die streitgegenständliche Vergabe in Kenntnis oder Unkenntnis der Anwendbarkeit des GWB durchgeführt hat oder ob sich die Ag sogar – wie sie selbst vorträgt – willentlich für die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB entschieden hat.

2. Nach § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB gilt der 4. Teil des GWB nicht für Aufträge, deren Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, die auf innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften basieren. Dabei obliegt die Entscheidung, ob die Ausführung eines Auftrags besonderen Sicherheitsanforderungen zu unterwerfen ist und die Bestimmung der konkret einzuhaltenden Sicherheitsanforderungen den national zuständigen staatlichen Stellen (vgl. EuGH, Urteil v. 16.10.2003 aaO). Für den hier vorliegenden Fall sind dahingehende Entscheidungen vom deutschen Gesetzgeber im LuftSiG getroffen worden und zu akzeptieren. Die Nachprüfung der Vergabekammer hat sich darauf zu beschränken, ob es sich bei den Vorschriften, die der Ausführung des Auftrags zugrunde liegen, um Sicherheitsvorschriften im Sinne von § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB handelt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2005, VII Verg 1010/04).

Diese Voraussetzungen liegen hier in Bezug auf § 7 LuftSiG vor.

- a) Bei den Vorschriften des LuftSiG, die zum Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs eine Zuverlässigkeitsüberprüfung für bestimmte Personen anordnen, die Tätigkeiten an Flughäfen ausüben, handelt es sich, soweit diese Vorschriften im Rahmen der Ausführung eines öffentlichen Auftrags zur Anwendung kommen sollen, um Vorschriften im Sinne des § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB (siehe hierzu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2005, VII Verg 1010/04 für den Fall einer Sicherheitsüberprüfung nach § 10 Sicherheitsüberprüfungsgesetz und KG, Beschl. v. 19.6.2001, Kart Verg 1/99).

§ 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB erfasst sogenannte „gefährliche Aufträge“ (siehe Marx in Motzke/Pietzcker/Prieß VOB/Teil A, 1. Aufl., § 100 GWB Rn 14), also Aufträge, bei deren Ausführung staatliche Sicherheitsinteressen in besonderem Maße gefährdet sind und dementsprechend staatlicherseits durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift besondere Sicherheitsmaßnahmen angeordnet werden, die bei der Ausführung des Auftrags einzuhalten sind. Hierbei handelt es sich entgegen der Auffassung der ASt nicht nur um Sicherheitsmaßnahmen nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG), die ein staatliches Geheimhaltungsinteresse betreffen. Denn bei der Verletzung staatlicher Geheimhaltungsinteressen besteht lediglich eine mittelbare Gefahr für Rechtsgüter des Staates, die erst dann zu einer unmittelbaren Gefahr wird, wenn die zu schützenden Geheimnisse missbräuchlich genutzt werden. Das LuftSiG dient dagegen dem unmittelbaren Schutz staatlicher Rechtsgüter (vgl. § 1 LuftSiG sowie Gesetzesbegründung hierzu, wonach das LuftSiG den Schutz vor Angriffen auf die zivile Luftfahrt und hier ganz besonders vor terroristischen Angriffen bezweckt). Allein vor diesem Hintergrund wäre es gesetzesteleologisch nicht nachvollziehbar, den mittelbaren Schutz staatlicher Sicherheitsinteressen dem Anwendungsbereich des § 100 Abs. 2 lit. d) GWB zu unterwerfen, den unmittelbaren Schutz dieser Sicherheitsinteressen hingegen vom Anwendungsbereich der Vorschrift auszunehmen. Zudem dient auch das SÜG, das nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (aaO) eine Rechtsvorschrift im Sinne des § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB ist, nicht nur dem Schutz von Geheimhaltungsinteressen, sondern auch dem unmittelbaren Schutz lebenswichtiger Einrichtungen (vgl. § 1 Abs. 4 und 5 SÜG). Außerdem lässt sich eine Konkordanz zwischen LuftSiG und SÜG auch dem LuftSiG selbst entnehmen, wonach gemäß § 7 Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 LuftSiG eine Zuverlässigkeitsüberprüfung entfällt, wenn der Betroffene mindestens einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung nach § 9 SÜG unterliegt.

- b) Das LuftSiG, und hier konkret die Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7, ist bei der Ausführung des hier streitgegenständlichen Auftrags anzuwenden. Im vorliegenden Fall ergibt sich dies unabhängig von den Festlegungen in der Leistungsbeschreibung, die sich noch auf die Rechtslage vor der Geltung des LuftSiG bezieht und dementsprechend die Zuverlässigkeitsprüfung nach dem Luftverkehrsgesetz zitiert, unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut.

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 LuftSiG hat die Luftsicherheitsbehörde die Zuverlässigkeit von Personen zu überprüfen, denen Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Bereichen eines Verkehrsflughafens gewährt werden soll (Nr. 1) oder als Versorgungsunternehmen aufgrund seiner Tätigkeit unmittelbaren Einfluss auf die Sicherheit des Luftverkehrs hat (Nr. 2). Diese Voraussetzungen liegen bei einem Unternehmen, das die von der Bundespolizei zur Flughafenüberwachung eingesetzten Überwachungskameras wartet und instandsetzt, vor. Die Überwachungskameras befinden sich zum einen in nicht allgemein zugänglichen Bereichen der Flughäfen. Zum anderen liegt es auf der Hand, dass die Art der Tätigkeit geeignet ist, zum Beispiel durch technische Manipulationen an den Überwachungskameras, Einfluss auf die Sicherheit des Luftverkehrs zu nehmen. Im übrigen wird auch von keinem der Verfahrensbeteiligten das zwingende Erfordernis einer Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7 LuftSiG bestritten.

Soweit die ASt meint, es handele sich hier lediglich um eine Eignungsvoraussetzung im vergaberechtlichen Sinn, nicht aber um eine Sicherheitsvorschrift im Sinne des § 100 Abs. 2 lit.d) GWB, kann dem nicht gefolgt werden. Bereits aus dem Gesetzeszweck des LuftSiG (s.o. II. 2. lit.b) ergibt sich, dass die Zuverlässigkeitsüberprüfungen nach § 7 LuftSiG der Sicherheit der zivilen Luftfahrt dienen und damit jedenfalls Sicherheitsmaßnahmen im Sinne von § 100 Abs. 2 lit. d) GWB darstellen. Ob die erfolgreiche Durchführung der Zuverlässigkeitsüberprüfung daneben auch noch dem Bereich der vergaberechtlichen Eignung im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB, § 2 Nr. 3 und 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zuzuordnen ist, spielt für die Anwendbarkeit des § 100 Abs. 2 GWB keine Rolle.

3. Damit liegen die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB vor. Soweit die ASt eine einschränkende Anwendung der Vorschrift für geboten hält, kann dem jedenfalls für das streitgegenständliche Verfahren aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

a) Soweit sich die ASt darauf beruft, § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB sei insgesamt einschränkend auszulegen, kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Es ist insbesondere keine Abwägung zwischen den Sicherheitsinteressen des Auftraggebers und den Interessen des Bieters vorzunehmen. § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB bietet im Gegensatz zur dritten Alternative dieser Vorschrift („der Schutz wesentlicher Interessen des Staates es gebietet“) schon vom Wortlaut her keinen Raum für eine Abwägung. Die Entscheidung des Gesetzgebers, bei der Formulierung der 2. Alternative des § 100 Abs. 2 lit. d) GWB auf ein Abwägungselement zu verzichten, ist auch sachgerecht, weil hier durch den Erlass innerstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die bestimmte Sicherheitsmaßnahmen anordnen, eine Abwägung zugunsten der Sicherheitsinteressen des Staates bereits durch den Gesetzgeber erfolgt ist. Dementsprechend kommt es bei § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB nur noch darauf an, ob die Voraussetzungen der innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften vorliegen (zu dieser Prüfung siehe oben II. 2. b)).

Selbst wenn man bei der Anwendung des § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB eine Abwägung zwischen den Sicherheitsinteressen des Staates und den Bieterinteressen für erforderlich halten würde und dementsprechend verlangen würde, dass die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu wahren hätten (so OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.12.2004, Verg 101/04 unter Berufung auf eine ältere Entscheidung – Beschl. v. 30.4.2003, Verg 61/02 - , die allerdings die 3. Alternative des § 100 Abs. 2 lit.d) GWB betraf, welche unstreitig eine Abwägung erfordert), fiel diese Abwägung hier nicht zugunsten einer Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB aus.

Die vorgenannte Verhältnismäßigkeitsprüfung wäre auf der Ebene der im konkreten Fall einschlägigen Sicherheitsbestimmungen (hier § 7 LuftSiG) durchzuführen. Soweit die Anwendung dieser Sicherheitsbestimmungen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt, ist § 100 Abs. 2 lit. d) GWB seinem Wortlaut entsprechend uneingeschränkt anwendbar, der streitgegenständliche Auftrag folglich vom Anwendungsbereich des 4. Teil des GWB ausgenommen. Im vorliegenden Fall bestehen keine Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit einer Zuverlässigkeitsüberprüfung des bei der Auftragsdurchführung eingesetzten Personals nach § 7 LuftSiG. Denn im Rahmen der hier zu erbringenden Dienstleistung erhält das vom Auftragnehmer einzusetzende Personal weitreichende Möglichkeiten, Einfluss auf die

Sicherheit des Luftverkehrs zu nehmen, zum Beispiel indem die zu wartenden Überwachungskameras so manipuliert werden, dass sich hierdurch unbefugte Personen Zugang zum Flughafen verschaffen können und dies zur Begehung von Straftaten ausnutzen. Vor dem Hintergrund dieses zwangsläufigen Risikos erscheint es nicht unverhältnismäßig, das einzusetzende Wartungspersonal einer erweiterten Zuverlässigkeitsprüfung nach § 7 LuftSiG zu unterziehen (vgl. auch KG, Beschl. v. 19.6.2001, Kart Verg 1/99, das für den Fall von Speditionsleistungen im Rahmen des Umzugs des Auswärtigen Amtes von Bonn nach Berlin das Vorliegen der Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB bejaht hatte).

- b) Gegen die Anwendung des § 100 Abs. 2 lit. d) 2. Alt. GWB in Fällen wie dem hier streitgegenständlichen kann auch nicht eingewandt werden, dies führe in weiten Bereichen zu einer Versagung des Primärrechtsschutzes der beteiligten Bieter.

Liegt ein Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 GWB vor, ist im Einklang mit dem in innerstaatliches Recht transformierten Willen des europäischen Gesetzgebers (siehe hierzu oben II. 1.) das Vergabeverfahren einem Primärrechtsschutz der am Verfahren beteiligten Bieter entzogen, soweit es um die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren geht. Der den Bietern vor den Nachprüfungsinstanzen eröffnete Rechtsschutz ist in solchen Fällen auf eine Kontrolle darauf beschränkt, ob die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands vorliegen. Eine andere Auslegung lassen der Wortlaut von § 100 Abs. 2 GWB und der Normzweck nicht zu. § 100 Abs. 2 GWB bringt klar zum Ausdruck, dass - sofern einer der dort abschließend aufgeführten Ausnahmetatbestände gegeben ist - der 4. Teil des GWB (ohne einen Vorbehalt) für den (jeweiligen) Auftrag nicht gilt. Dementsprechend findet in dem der Vergabe dieses Auftrags zugrunde liegenden Verfahren eine Nachprüfung gemäß den §§ 102 ff. GWB nicht statt (s. OLG Düsseldorf, Beschl. 30.3.2005 aaO). In Anbetracht der Tatsache, dass im hier streitgegenständlichen Verfahren die staatlichen Sicherheitsinteressen durch das einzusetzende Wartungspersonal durchaus gefährdet sind, ist die Rechtsfolge der Nichtgeltung des 4. Teils des GWB hier keinesfalls als unverhältnismäßig zu beanstanden (siehe hierzu oben II. 3. lit. a). Die Nichtanwendbarkeit des 4. Teils des GWB bedeutet auch keine generelle Rechtsschutzversagung zu Lasten der ASt, sondern gewährt ihr lediglich keinen Rechtsschutz vor den Nachprüfungsinstanzen des GWB (s. hierzu OVG Koblenz, Beschl. v. 25.5.2005, 7 B 10356/05).

Da das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nicht statthaft ist, erübrigt sich die weitere Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrags.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 GWB.

Die Bg hat lediglich eine schriftsätzliche Stellungnahme abgegeben, im übrigen aber keine eigenen Anträge gestellt oder das Verfahren auf andere Weise wesentlich gefördert. Sie hat damit kein eigenes Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und ist im Verhältnis zum ASt nicht als obsiegende Beteiligte anzusehen. Sie trägt daher ihre Kosten selbst.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht

auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Seifert

Behrens