



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 105/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Kluckhohn auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2015 am 7. Dezember 2015 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) beantragte am [...] die Veröffentlichung einer „*Bekanntmachung vergebener Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit*“ unter Verwendung des Standardformulars 18 gemäß Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011 der Kommission. In der Rubrik „*II.1.4) Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens*“ machte die Ag folgende Angabe:

„Instandsetzungsrahmenverträge über die Wartung/Instandsetzung von BHS-Verfahrenanlagen und Hangartoren auf Schiffen [...].

Unter Ziffer „*IV.1) Verfahrensart*“ kreuzte die Ag die Variante „*Verhandlungsverfahren ohne Auftragsbekanntmachung*“ an und füllte ordnungsgemäß den Anhang D3 aus, auf den im Formular an dieser Stelle hingewiesen wird und welcher der Begründung der Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung dient. In diesem Anhang D3 (vgl. Blatt 445 der Vergabeakte) kreuzte die Ag unter Ziffer 1) die Variante an: „*Die Bauleistungen/Lieferungen/Dienstleistungen können aus folgenden Gründen nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden: technische Gründe*“. Unter Ziffer 2) des Anhangs D3 führte die Ag verbal als „*Begründung für die Wahl der Auftragsvergabe ohne vorherige Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union*“ an:

„Die BHS-Verfahrenanlagen und Hangartore wurden von der Firma [...] entwickelt und hergestellt. Bei jedem Eingriff in Komponenten des Systems ist das Gesamtsystem einer Funktionsprüfung zu unterziehen. Dazu müssen die Parametereinstellungen der jeweiligen Einheit im hinterlegten DV-Programm angepasst und Abhängigkeiten im Gesamtsystem auf Stand gebracht werden. Nur der Hersteller, die Firma [...] ist im Besitz der erforderlichen umfangreichen Kenntnisse und Fähigkeiten.“

In den Rubriken des Bekanntmachungsformulars „*VI.3.1) Zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren*“ sowie „*VI.3.3) Stelle, die Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erteilt*“ trug die Ag jeweils die Vergabekammern des Bundes beim Bundeskartellamt ein, die Rubrik „*VI.3.2) Einlegung von Rechtsbehelfen*“:

Genauere Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen“ blieb unausgefüllt. Als Zuschlagsempfänger wurde die Beigeladene (Bg), als Tag der Zuschlagsentscheidung der 26. August 2015 angegeben.

Die Bekanntmachung wurde am [...] im Supplement zum Amtsblatt der EU veröffentlicht, wobei keine Veröffentlichung des Anhangs D3 erfolgte. In der Veröffentlichung findet sich lediglich in der Rubrik „IV.1) Verfahrensart“ die Begründung: „Die Bauleistungen/Lieferungen/Dienstleistungen können aus folgenden Gründen nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden: technische Gründe“. Mit E-Mail vom 6. November 2015 fragte die Ag beim Amt für Veröffentlichungen nach, warum eine Veröffentlichung des Anhangs D3 und der dortigen verbalen Begründung nicht erfolgt sei. Eine Antwort wurde vom Amt für Veröffentlichungen mit E-Mail vom 9. November 2015 gegeben, allerdings ohne Begründung, sondern nur unter Wiedergabe des veröffentlichten Textes.

- a. In der Vergabeakte begründete die Ag das Unterlassen einer Losaufteilung in Ziffer 4 „Eine Aufteilung in Teil- oder Fachlose ist nicht möglich.“ des „Technischen Anschreibens“ (Blatt 2 der Vergabeakte) wie folgt: „Es kommt nur eine Firma in Betracht.“ In dieser Ziffer 4 wird ergänzend auf die Ausführungen in der Anlage verwiesen (Blatt 4 der Vergabeakte), wo ausgeführt wird:

*„Bei der BHS-Verfahrenanlage [...] handelt es sich um ein komplexes und störanfälliges System, das von der Firma [...] entwickelt und hergestellt wurde. In der Vergangenheit kam es nach nicht fachgerechten Instandsetzungen durch Fremdfirmen häufig zu Ausfällen der Anlage, so dass die Firma [...] im Nachgang mit der Beseitigung der Störungen beauftragt wurde.
Um Störungen der Anlage zukünftig so weit wie möglich zu reduzieren, soll auf das Knowhow der Firma [...] für Wartung und Instandsetzung zurückgegriffen werden.“*

Bezüglich der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wurde unter Bezugnahme auf § 12 Abs. 1 Nr. 1 c) VSVgV festgehalten, dass wegen technischer Besonderheiten nur ein bestimmtes Unternehmen, nämlich die Bg, für die Leistungserbringung in Betracht käme (Blatt 22 der Vergabeakte). Für Wartung und Instandsetzung der Verfahrensanlagen und der Hangartore seien Fähigkeiten und Kenntnisse erforderlich, die nur die Bg habe und die keinem anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden könnten.

- b. Die Antragstellerin (ASt) rügte mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 das Fehlen der Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VSVgV, da keine technischen Besonderheiten ersichtlich seien, die dazu führten, dass lediglich die Bg die Leistungen erbringen könne; der an die Bg erteilte Zuschlag sei von Anfang an nichtig nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 wies die Ag die Rüge mit einer ausführlichen Begründung als unbegründet zurück, wobei die Ag unter der Überschrift „*Rechtsbehelfsbelehrung*“ darauf hinwies, dass gegen diesen Bescheid nach §§ 107 ff. GWB innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes gestellt werden könne. In der Sache wies die Ag u.a. darauf hin, die Erfahrungen der Vergangenheit zeigten, dass eine Instandsetzung durch Drittfirmen nicht möglich sei. Es sei zweimal eine Instandsetzung von Hangartoren der Bg durch Drittfirmen beauftragt worden, ohne dass es diesen Firmen gelungen sei, das Hangartor wieder in Betrieb zu nehmen, so dass die Bg letztendlich wieder zusätzlich hätte beauftragt werden müssen, um den gesamten Ausmessungs- und Einstellungsprozess erneut durchzuführen.
2. Am 5. November 2015 stellte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Nachprüfungsantrag.
- a. Die ASt macht geltend, die Ausnahmenvoraussetzungen von § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VSVgV für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb lägen nicht vor, die direkte Beauftragung der Bg stelle vielmehr eine unzulässige De-facto-Vergabe dar und sei nach § 101 b Abs. 2 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam.

Die Frist des § 101 b Abs. 2 S. 2 GWB stünde der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen, da diese Frist nicht in Lauf gesetzt worden sei. Es fehle einmal an einer Belehrung über die Frist in der Bekanntmachung, die eine Rechtsbehelfsfrist darstelle. Des Weiteren enthalte die Bekanntmachung keine ausreichende Begründung zur Wahl des Verhandlungsverfahrens, da der Anhang D3 zum Standardformular nicht bekannt gemacht worden sei. Darüber hinaus verhalte sich die Ag missbräuchlich und widersprüchlich, indem sie im Nichtabhilfes Schreiben vom 21. Oktober 2015 darauf hingewiesen habe, dass binnen 15 Kalendertagen ein Nachprüfungsantrag gegen diesen Bescheid gestellt werden könne.

Die Ag hätte die beiden gemeinsam vergebenen Leistungen „*Instandsetzung/Wartung von Verfahrenanlagen*“ einerseits und „*Instandsetzung/Wartung von Hangartoren*“ andererseits nämlich nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB i.V.m. § 10 Abs. 1 S. 1 VSVgV zum Zwecke des Mittelstandsschutzes zunächst auf zwei Lose aufteilen müssen. Dann hätte sich auch die ASt zumindest auf ein Los „Hangartore“ bewerben können. Dem Wettbewerbsgrundsatz widerspräche es, wenn die Gesamtvergabe dazu führe, dass nur noch ein einziger Bieter für die Auftragsvergabe in Betracht käme. Die Verfahrenanlagen und die Hangartore stünden auch in keinerlei technischem Zusammenhang, so dass eine getrennte Vergabe möglich wäre, denn die Wartung der Verfahrenanlage bedürfe nicht zwingend der Wartung des Hangartors und umgekehrt. Ausweislich der Vergabeakte habe sich die Ag jedoch nicht eingehend mit der Frage der Teilbarkeit der Leistung befasst, sondern die unterbliebene Losaufteilung lediglich mit dem Hinweis begründet, es käme nur ein Unternehmen für die Ausführung in Betracht. Es fehle insoweit auch an einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Gebot der losweisen Vergabe und der Teilbarkeit der Leistung.

Für die Instandsetzung der Hangartore sei es unzutreffend, dass aus technischen Gründen nur die Bg die Instandsetzungsleistung erbringen könne, insoweit hätte im Gegenteil auch die ASt, die seit Jahrzehnten mit der Entwicklung etc. von Hangartoren befasst sei, mitbieten können. Die ASt verbaue und installiere die hierfür erforderlichen SPS-Steuerungen selbst und sei folglich mit dem System bestens vertraut. Die angebliche Überbreite der Hangartore, auf die die Ag sich berufe, stelle keine Sonderkonstruktion dar, da auch die ASt selbst überbreite Hangartore entwickle und herstelle. Geschütztes geistiges Eigentum der Bg bestünde nicht. Es sei nicht in Abrede zu stellen, dass für Wartung und Instandsetzung der Hangartore spezialisierte Kenntnisse erforderlich seien, nicht ersichtlich sei aber, wieso die ASt als seit Jahrzehnten mit der Herstellung und Entwicklung von Hangartoren für Marineschiffe befasstes Unternehmen nicht über die entsprechenden Kenntnisse verfügen sollte. Nicht ausreichend für die Erfüllung des Ausnahmetatbestands nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VSVgV sei, dass ein bestimmter Anbieter den Auftrag am besten ausführen könne; in der Rügezurückweisung habe die Ag selbst vorgetragen, dass es Marktteilnehmer gäbe, welche die Leistung in der Vergangenheit ausgeführt hätten, wenn auch ungenügend. Die bloße Berufung auf „technische Gründe“ reiche nicht aus und solche lägen auch in der Sache bezüglich der Hangartore nicht vor; in Bezug

auf die Hangartore sei der Vergabeakte nicht zu entnehmen, wo hier die technischen Besonderheiten liegen sollten, die dazu führten, dass allein die Bg zur Auftragsausführung in der Lage sein solle. Von einer faktischen Monopolstellung der Bg könne keine Rede sein.

Was die Verfahrenanlage anbelange, so führe allein die Tatsache, dass es sich hierbei um ein komplexes System handle, welches tiefgreifende Erkenntnisse verlange, nicht zu der für den Ausnahmetatbestand erforderlichen faktischen Monopolstellung der Bg; allein wirtschaftliche oder technische Vorteile aus der Beauftragung der Bg reichten nicht aus. Auch ein Drittunternehmen könne sich die notwendigen – wenn auch komplexen – Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erbringung des Auftrags aneignen. Die Ag müsse darlegen und nachweisen, dass es europaweit kein anderes Unternehmen gäbe, das die streitgegenständlichen Leistungen ausführen könne. Ausweislich der Akteneinsicht habe eine derartige Markterkundung nicht stattgefunden. Die ASt bestreite das Vorliegen eines Alleinstellungsmerkmals der Bg bezüglich der Verfahrenanlage; die Ag sei ihrer Darlegungs- und Beweispflicht nicht nachgekommen. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde auf die Ausführungen zu den Hangartoren verwiesen.

In der mündlichen Verhandlung erklärte die ASt auf diesbezügliche Nachfrage der Vergabekammer zu Protokoll, dass sich ihr Nachprüfungsantrag ausschließlich auf die Hangartore beziehe. Was die Verfahrenanlagen anbelange, so sei die ASt jedenfalls derzeit technisch nicht in der Lage, diese zu warten. Sie erklärte des Weiteren, die Steuerung der Bg möglicherweise nicht zur Gänze auslesen zu können und in diesem Fall eine neue, eigene Steuerung einzubauen und dies in ihr Angebot einzukalkulieren.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung, die am 24. November 2015 stattgefunden hat, und nach interner Rücksprache mit ihren Technikern revidierte die ASt die letztgenannte Aussage mit Schriftsatz vom 2. Dezember 2015, der um 18.19 Uhr per Telefax bei der Vergabekammer einging. In diesem Schriftsatz greift die ASt des Weiteren die in der mündlichen Verhandlung erörterte Problematik auf, wonach bislang von den drei [...] lediglich einer, nämlich der Neueste (das Los 2 der ursprünglichen Ausschreibung zur Errichtung der Schiffe), bauseits mit einem weiterentwickelten, SPS-gesteuerten Hangartor ausgerüstet ist, das mit der

Verfahrenanlage verknüpft ist. Daraus ergäbe sich, so die ASt in ihrem Schriftsatz, dass in Bezug auf das damalige Los 1, also die beiden älteren Schiffe, gar kein komplexes Steuerungssystem installiert sei, mithin für diese beiden Schiffe in Ermangelung eines Alleinstellungsmerkmals definitiv keine technischen Gründe für eine Vergabe im Verhandlungsverfahren vorlägen.

Die ASt beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass der abgeschlossene Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der [...] von Anfang an unwirksam ist.
2. Der Antragsgegner wird angewiesen, das bisherige Vergabeverfahren aufzuheben,
3. hilfsweise, im Falle fortbestehender Vergabeabsicht ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen.
4. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakten gewährt.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
6. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin auferlegt.

b. Die Ag beantragt,

den Antrag der ASt als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei nach § 101 b Abs. 2 S. 2 GWB verfristet und damit unzulässig, da zwischen der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU am [...] und der Stellung des Nachprüfungsantrags am 5. November 2015 mehr als 30 Kalendertage lägen.

Eine losweise Vergabe nach den beiden Produkten Hangartor und Verfahrenanlage sei zwar grundsätzlich möglich. Es käme aber in beiden Bereichen aufgrund von Alleinstellungsmerkmalen nur die Bg als Leistungserbringer in Betracht, so dass von einer Losaufteilung abgesehen worden sei:

- Was die Hangartore anbelange, so sei deren Funktionsfähigkeit für die Einsatzbereitschaft der [...] zwingend erforderlich. Bei Fehlfunktionen, z.B. infolge von unsachgemäßer Instandsetzung, bestehe Gefahr für Leib und Leben sowie die Gefährdung der Hubschrauber als erheblicher Sachwert. Die auf den [...] installierten Hangartore seien individuelle Sonderanfertigungen der Bg, die über eine Speicher-Programmierbare-Steuerung (SPS), deren Programmsequenzen und Parameter auf dem Erfahrungswissen der Bg beruhten, gesteuert und überwacht würden. Bei Inbetriebnahme nach Instandsetzung müssten die Parameter überprüft und ggfs. neu angepasst werden, wofür fundierte Kenntnisse der Programmsequenzen erforderlich seien. Die SPS zeichneten zusätzlich stetig systeminterne Daten (Log-Files) bzgl. Schwachstellen der Komponenten auf, deren Auswertung für eine fachgerechte Instandsetzung wiederum die fundierte Kenntnis der Programmsequenzen voraussetze. Die Ag selbst verfüge zwar über vertragliche Nutzungsrechte an den Ablieferungsunterlagen zu den Hangartoren. Für Instandsetzungsarbeiten seien jedoch umfangreiche weitere, über die Ablieferungsunterlagen hinausgehende Kenntnisse über die Hangartore erforderlich, welche die Ag einem Auftragnehmer nicht zur Verfügung stellen könne. Gleiches gälte für die Software der Hangartore, an der die Ag zwar ebenfalls die Nutzungsrechte habe, nicht jedoch an der Programmierbeschreibung oder an den zugrundeliegenden Kennlinien. Ebenso wenig könne die Ag einem anderen Auftragnehmer ein Übungshangartor zur Gewinnung eigener Erkenntnisse zur Verfügung stellen, da neben den auf den Schiffen verbauten Hangartoren keine weiteren dieser Bauart vorhanden seien. Die Bg sei nicht bereit, die für eine fachgerechte Instandsetzung erforderlichen Informationen Dritten zur Verfügung zu stellen, so dass der Bg auf den [...] eine Monopolstellung zukomme. Instandsetzungsversuche durch Drittfirmen, so erläuterte die Ag ergänzend in der mündlichen Verhandlung, hätten im Zusammenhang mit einer Generalüberholung der Schiffe insgesamt stattgefunden, die nach der internen Zuständigkeitsaufteilung [...]. Es habe

in diesen Fällen der Generalüberholung der Schiffe insgesamt im Zuge einer Ausschreibung die Beauftragung einer Werft stattgefunden, die ihrerseits Subunternehmer für die Instandsetzung der Hangartore und der Verfahranlage beauftragt habe. Die in diesem Zusammenhang erfolgte Beauftragung von Drittfirmen habe gezeigt, dass allgemeine Kenntnisse über die von der Bg hergestellten Hangartore für eine sachgerechte Instandsetzung gerade nicht ausreichen, da in diesen Fällen letztendlich immer die Hinzuziehung der Bg erforderlich geworden sei.

- Was die BHS-Verfahranlage anbelange, so sei die „Bordhubschrauber Verfahr- und Sicherungsanlage (BHS-VA)“ Voraussetzung für den Bordhubschrauberbetrieb. Ohne funktionsfähige BHS-VA könne ein eingeschiffter Bordhubschrauber keinen Flugbetrieb durchführen, die Einsatz- und Leistungsfähigkeit der betroffenen Einheit sei erheblich eingeschränkt. Die hier in Rede stehenden BHS-VA sei eine Eigenentwicklung der Bg. Allgemeine Kenntnisse über die von der Bg konstruierten Verfahranlagen reichten für eine erfolgreiche Instandsetzung, die wiederum Voraussetzung für die zwingend erforderliche „Feststellung der Nichtbeeinträchtigung der Verkehrssicherheit“ durch [...] sei, nicht aus, denn die optischen Sensoren für das Betreiben der BHS-VA könnten nur auf der im Eigentum der Bg befindlichen Kalibriereinheit eingestellt werden. Diese sei eine Sonderanfertigung durch die Bg, die auf dem Markt nicht erworben werden könne. Die nach jeder Instandsetzung auf dem Schiff zwingend erforderliche Neujustierung könne aufgrund der Komplexität und Einzigartigkeit nicht von einer Fremdfirma durchgeführt werden. Die Unterlagen, an denen die Ag vertragliche Nutzungsrechte habe, reichten für Instandsetzungsarbeiten nicht aus; gleiches gelte für die Software. Auch hier gäbe es wie bei den Hangartoren keine Übungsverfahranlagen, die man Fremdfirmen zur Verfügung stellen könnte; die Bg werde die erforderlichen Informationen und Unterlagen Dritten nicht zur Verfügung stellen. Es bestünde vor diesem Hintergrund eine Monopolstellung der Bg.

Der Vorwurf der ASt, die Ag habe keine ernsthaften Markterkundungen auf dem europäischen Markt über geeignete Konkurrenten angestellt, sei unzutreffend. Was die von der ASt beanstandete Nichtbekanntmachung des Formulars D3 als Anhang zum Bekanntmachungsformular Nr. 18 anbelange, so habe die Ag dieses

nachweislich beim Amt für Veröffentlichung eingereicht, von diesem auf Nachfrage aber die Mitteilung erhalten, dass eine Veröffentlichung der Inhalte des Anhangs D3 offenbar nur in Abschnitt IV der Bekanntmachung erfolge. Dies liege nicht im Verantwortungsbereich der Ag.

In ihrer Replik zum Vortrag der ASt aus deren Schriftsatz vom 2. Dezember 2015 bestätigt die Ag mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2015, dass das neueste Schiff (Los 2 der ursprünglichen Ausschreibung) bereits bauseits mit einem weiterentwickelten SPS-gesteuerten und mit der Verfahrenanlage verbundenen Hangartor ausgestattet worden sei, was bei den anderen zwei Schiffen noch nicht der Fall sei. Die Weiterentwicklung basiere auf den Erkenntnissen, die beim Betrieb der ersten beiden Schiffe (Los 1 der ursprünglichen Ausschreibung) gewonnen worden seien. Haushaltsmittel für die Umrüstungsmaßnahme seien ab 2016 eingeplant. Die ausgeschriebenen Rahmenverträge hätten aber eine Laufzeit von sieben Jahren. Im Verhältnis dazu sei der Zeitraum bis zur Umrüstung für die beiden älteren Schiffe deutlich geringer. Selbst wenn, was die Ag bestreite, für die älteren Systeme in der Phase bis zur Umrüstung andere Unternehmen für die Instandsetzung in Frage kämen, sei eine gesonderte Vergabe für die älteren Schiffe bis zu deren Umbau wirtschaftlich nicht zu vertreten.

Was die Thematik der von der ASt in der Verhandlung für erforderlich gehaltenen Neuprogrammierung anbelange, da ein Auslesen der SPS ansonsten nicht gewährleistet sei, so bestreite die Ag die Aussage im Schriftsatz der ASt vom 2. Dezember 2015, wonach dies nunmehr doch nicht nötig sein solle. Da das vorhandene Programm funktioniere, bestehe aus Sicht der Ag keine Notwendigkeit, die SPS neu zu programmieren. Die damit verbundenen Risiken hinsichtlich Zeit, Funktion und Kosten seien der Ag nicht zuzumuten. Zeitliche Verzögerungen, z.B. aufgrund einer erforderlichen Neuzulassung der Anlage, könnten dazu führen, dass [...] nicht entsprechen könne.

- c. Die Bg wurde mit Beschluss vom 9. November 2015 zum Verfahren hinzugezogen. Sie beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:
 1. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg gem § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,

2. der unterlegenen Partei die Aufwendungen der Bg aus Billigkeitsgründen aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei nach § 101 b Abs. 2 GWB, der eine abschließende Frist bei De-facto-Vergaben vorgebe, verfristet; in Ermangelung einer Rügeobliegenheit, so § 107 Abs. 3 S. 2 GWB, könne es auch keine 15-Tages-Frist nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB geben, so dass es auch nicht auf die „Rechtsbehelfsbelehrung“ der Ag ankomme.

Was die streitgegenständlichen Hangartore anbelange, so gehe es um von der Bg entwickelte Tore für Hangars, die nicht nur einen, sondern zwei Hubschrauber nebeneinander aufnahmen, wobei der Hangar nicht über zwei, sondern über ein einziges Tor in etwa doppelter Breite gegenüber herkömmlichen Hangartoren verfüge. Dies stelle eine Individualkonstruktion der Bg dar, welche auf ihrem geschützten geistigen Eigentum beruhe und eine andere technische Auslegung verlange, z.B. bezüglich Bremsen, Antrieb, Steuerung. Mit Schriftsatz vom 18. November 2015 legt die Bg die technischen Besonderheiten im Einzelnen dar, wobei sie sich insoweit auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegenüber der ASt beruft und weite Teile ihres Schriftsatzes nicht zur Weiterleitung an die ASt freigegeben hat; sie macht an dieser Stelle Ausführungen zu technisch-funktionalen Zusammenhängen zwischen der Verfahranlage und dem Hangartor, zu den besonderen Anforderungen aufgrund der Überbreite des Tores und in Bezug auf Urheberrechte sowie geheimes Know-how. Mit Schriftsatz vom 23. November 2015 machte die Bg jedoch Ausführungen zu technischen Besonderheiten, die auch der ASt gegenüber offen gelegt werden durften. Danach lasse das Zusammenwirken und die technische Verbindung zwischen Tor und Verfahranlage eine losweise Vergabe gerade nicht zu. Denn sowohl bei der Verfahranlage als auch beim Hangartor sei eine SPS vorgesehen, die einzigartig sei und die Verfahranlage direkt mit dem Hangartor verbinde. Hinsichtlich der Programme bestünden Urheberrechte der Bg, die eine Wartung durch die ASt unmöglich machten, ferner sei der ASt die Funktionsweise und der genaue Datenaustausch unbekannt. Da es bei dem streitgegenständlichen Auftrag nicht um regelmäßig vom Bordpersonal durchzuführende Wartungsarbeiten wie z.B. Ölwechsel oder Reinigen gehe, sondern um deutlich darüber hinausgehende Generalüberholungen, sei die Expertise der Bg für eine ordnungsgemäße Instandsetzung unverzichtbar, um Gefahr für Leib und Leben der Besatzung sowie Schaden am Tor und an den Hubschraubern zu vermeiden.

3. In der mündlichen Verhandlung am 24. November 2015 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert und das schriftsätzliche Vorbringen der Parteien mündlich durch diese ergänzt.

Der im Nachgang zur mündlichen Verhandlung eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz der ASt vom 2. Dezember 2014 wurde zugelassen. Allerdings ist festzuhalten, dass die anwaltlich vertretene ASt keinen Schriftsatznachlass beantragt hatte und dass der zeitliche Abstand zwischen der Verhandlung am 24. November 2015 und dem Eingang des Schriftsatzes am Abend (18.19 Uhr) des 2. Dezember 2015, also Kenntnisnahmemöglichkeit und damit Zugang korrekterweise erst am 3. Dezember 2015, unangemessen lang war. Es war für die Vergabekammer in Ermangelung eines Antrags auf Schriftsatznachlass nicht erkennbar, dass noch Vortrag kommen würde, der sich auf den der Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalt bezieht. Dies steht nicht in Einklang mit dem Beschleunigungsgebot, dem nach § 113 Abs. 2 GWB auch die Parteien verpflichtet sind, und hat die Arbeit der Vergabekammer, die ihre Entscheidungen grundsätzlich binnen fünf Wochen abzusetzen hat, § 113 Abs. 1 S. 1 GWB, erschwert. Da die Bg ihre technischen Ausführungen aber zunächst im Verhältnis zur ASt als Geschäftsgeheimnisse deklariert hatte und ihrerseits erst mit Schriftsatz vom 23. November 2015, also erst unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung, ihre technischen Besonderheiten auch der ASt gegenüber teilweise offen legte, so dass die ASt sich hierauf vor der Verhandlung nicht mehr fundiert vorbereiten konnte, hat die Vergabekammer den verspäteten Vortrag nicht zurückgewiesen. Gleiches musste dann auch für die Replik der Ag auf den verspäteten Vortrag der ASt, also für den Schriftsatz der Ag vom 4. Dezember 2015 gelten.

Der ASt wurde antragsgemäß im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, die der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag, hier im Anwendungsbereich der VSVgV (§ 1 VSVgV i.V.m. § 99 Abs. 7 Nr. 1, 3 GWB), oberhalb der für europaweite Vergabeverfahren einschlägigen Schwellenwerte – sind vorliegend sowohl unstrittig als auch eindeutig gegeben und bedürfen daher keiner näheren Begründung. Ungeachtet dessen, dass es im vorliegenden Verfahren um einen Fall der sog. De-facto-Vergabe geht – die ASt macht geltend, dass es in Bezug auf die Instandsetzung der Hangartore der Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens bedurft hätte, die Direktbeauftragung der Bg mithin unzulässig gewesen sei – und damit nach § 107 Abs. 3 S. 2 GWB eine Rüge obsolet war, hat die ASt mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 eine Rüge bei der Ag angebracht; die ASt hat ungeachtet dessen, ob die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB angesichts von § 107 Abs. 3 S. 2 GWB überhaupt greift, den Nachprüfungsantrag binnen 15 Tagen nach Erhalt der Rügeantwort bei der Vergabekammer eingereicht.
2. Die Vorschrift des § 101 b Abs. 2 S. 2 GWB, der die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer De-facto-Vergabe vor der Vergabekammer nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2 nur binnen 30 Tagen nach einer unionsweiten Ex-post-Bekanntmachung über vergebene Aufträge erlaubt, steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags vorliegend nicht entgegen. Zwar hat die Ag eine solche Ex-post-Bekanntmachung im Ausgangspunkt korrekt unter Verwendung des zutreffenden Standardformulars Nr. 18 der VO 842/2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU veranlasst; die Bekanntmachung erfolgte am [...]. Richtig ist auch, dass die Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer am 5. November 2015 später als 30 Kalendertage nach der Bekanntmachung erfolgte.

Allerdings war die Bekanntmachung nicht geeignet, den Lauf der 30-Tages-Frist auch wirklich in Gang zu setzen. Die Ag hatte nämlich in der Bekanntmachung nicht auf den Lauf dieser Frist hingewiesen. Da der Frist des § 101 b Abs. 2 S. 2 GWB aber jedenfalls auch der Charakter einer Rechtsbehelfsfrist zukommt, wäre dies erforderlich gewesen. Zwar hat die Frist des Regelungsmodells des § 101 b Abs. 2 GWB auch und insbesondere materiell-rechtliche Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Vertrags (vgl. zu den verschiedenen zivilrechtlichen Interpretationsmöglichkeiten von § 101 b Abs. 2 GWB als „*schwebende Unwirksamkeit*“, „*schwebende Wirksamkeit*“ oder als „*unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung gestellt*“, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010 – Verg 11/10 m.w.N.). Der Frist kommt aber daneben auch eine prozessuale Bedeutung im Nachprüfungsverfahren zu, da der Nachprüfungsantrag, mit dem das

Fehlen der Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Direktvergabe angegriffen werden soll, nicht mehr mit Erfolg gestellt werden kann, wenn die Frist abgelaufen ist. Nach Ablauf der Frist steht der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags nämlich der dann wirksam gewordene Vertragsschluss entgegen, § 114 Abs. 2 S. 1 GWB (in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, a.a.O., wonach § 101 b Abs. 2 GWB gerade davon ausgeht, dass vor Fristablauf ein Nachprüfungsverfahren trotz des abgeschlossenen Vertrags zulässig ist). Folglich kommt der Frist eine Doppelwirkung zu, einmal in materiell-rechtlicher Hinsicht in Bezug auf die Wirksamkeit des Vertrags sowie daneben in Bezug auf die Statthaftigkeit des Rechtsschutzbegehrens vor der Vergabekammer, bei der aufgrund des entgegenstehenden wirksam gewordenen Vertrags nach § 114 Abs. 2 S. 1 GWB nach Fristablauf nicht mehr zulässigerweise Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Dies gebietet, die 30-Tages-Frist als Rechtsbehelfsfrist zu qualifizieren und für das In-Gang-Setzen der Frist zu verlangen, dass der Auftraggeber, der den Lauf der 30-Tages-Frist für sich nutzbar machen möchte, hierauf in der Bekanntmachung hinzuweisen hat (zur vergleichbaren Fallgestaltung der Frist nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Dezember 2009 – VII-Verg 37/09). Dies legt auch das amtliche Standardformular Nr. 18 für „*Bekanntmachung vergebener Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit*“ der VO 842/2011 nahe, welches in der Rubrik VI.3.2) ausdrücklich vorsieht: „*Genaue Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen*“. Hier wäre der Hinweis auf die 30-Tages-Frist einzutragen gewesen, vgl. § 18 Abs. 2 S. 1, 2 VSVgV. Da dieser Hinweis unterblieben ist, gelten ausschließlich die in § 101 b Abs. 2 S. 1 GWB genannten Fristen, insbesondere die Sechs-Monats-Frist, die vorliegend im Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags noch nicht abgelaufen waren.

Der Vollständigkeit halber und ohne dass es noch darauf ankäme, ist anzumerken, dass die Ag in Bezug auf die Bekanntgabe der Gründe für die Direktvergabe korrekt gehandelt hat, das diesbezügliche Argument der ASt dem Beginn der 30-Tages-Frist mithin nicht entgegensteht. Die Ag hat neben dem rein formularmäßigen Ankreuzen der „*technischen Gründe*“ zusätzliche Verbalausführungen im Anhang D 3 zum Standardformular vorgenommen (Blatt 445 der Vergabeakte), die aber ganz offenbar und ausweislich der E-Mail-Antwort des Amtes zur Veröffentlichung vom 9. November 2015 generell und ohne, dass die Ag dies hätte beeinflussen können, nicht zur Veröffentlichung vorgesehen sind.

3. Allerdings liegt in Bezug auf die unterbliebene Losaufteilung und bezüglich der Direktvergabe an die Bg kein Vergabefehler vor, so dass der Nachprüfungsantrag unbegründet ist. Beide Fragestellungen sind zwar insoweit miteinander verknüpft, als die Ag das Unterlassen einer Losaufteilung damit begründet, dass für beide Leistungsteile ohnehin nur die Bg als einziges Unternehmen in Betracht käme, eine Losaufteilung mithin obsolet sei. Da die ASt aber vorgetragen hat, dass ihr Betrieb jedenfalls derzeit nicht auf Instandsetzungen der Verfahrenanlagen der ASt eingerichtet ist und sie ihren Nachprüfungsantrag konsequent auf den Leistungsteil der Instandsetzung der Hangartore beschränkt hat, ist die Frage der Losaufteilung aus Sicht der ASt vorgreiflich. Nur wenn eine Losaufteilung stattzufinden hätte, könnte sich die ASt auf das auf die Tore bezogene Los bewerben.

a) Die ASt begehrt eine inhaltliche Teilung der nachgefragten Instandsetzungsleistungen in Verfahrenanlagen einerseits und Hangartore andererseits und damit die Bildung von Fachlosen. Für die Frage, ob eine Leistung einer Aufteilung in Fachlose zugänglich ist und diese möglicherweise aus Rechtsgründen auch geboten sein könnte, so § 97 Abs. 3 S. 2 GWB, ist als Kriterium heranzuziehen, ob sich ein eigener Markt für die jeweiligen Einzelleistungen gebildet hat (grundlegend zu diesem Kriterium OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – VII-Verg 52/11 (Unterhalts-/Glasreinigung); dem folgend OLG Schleswig, Beschlüsse vom 25. Januar 2013 – 1 Verg 6/12 und 1 Verg 8/12 (Brief- und Paketpost), sowie OLG München, Beschluss vom 9. April 2015 – Verg 1/15 (Errichtung Lärmschutzwand)).

Es spricht Vieles dafür, dass Verfahrenanlagen und Hangartore eigene Märkte darstellen. Bei den Verfahrenanlagen handelt es sich schon im Ansatz um ein deutlich spezielleres Produkt als bei den Hangartoren. Verfahrenanlagen werden, jedenfalls nach dem Kenntnisstand der Vergabekammer, in keinen relevanten anderen Zusammenhängen als bei der Unterbringung von Hubschraubern auf Schiffen zum Einsatz gebracht. Die Verfahrenanlage sichert den Hubschrauber nach dessen Landung an Bord und zieht ihn vom Landegrid in den Hangar, in welchem der Hubschrauber – gesichert gegen Witterungseinflüsse und Schiffsschwankungen etc. – untergebracht wird. Hangartore dagegen stellen eine Lösung für extrem große Türöffnungen dar, die beispielsweise bei Flugzeughangaren an Land, im Bergbau oder in der Werft- und Schwerindustrie vorkommen. Es ist davon auszugehen, dass diejenigen Unternehmen, die Hangartore anbieten, in der Regel nicht gleichzeitig auch

Verfahrenanlagen herstellen; es wird möglicherweise lediglich umgekehrt so sein, dass die Hersteller von Verfahrenanlagen auch die Hangare einschließlich der Tore hierfür anbieten, wie dies offenbar bei der Bg der Fall ist. Für Hangartore dürfte es aber schon aufgrund der größeren Einsatzbreite deutlich mehr Anbieter geben als für Verfahrenanlagen. Auch hat die ASt zutreffend darauf hingewiesen, dass die beiden Elemente Verfahrenanlagen und Hangartore beim Bau der Schiffe getrennt als Lose ausgeschrieben worden waren, was ebenfalls dafür spricht, dass es sich auch nach der Auffassung der Ag um eigene Märkte handelt und vor diesem Hintergrund bei der Vergabe der Errichtung dieser Komponenten in der Vergangenheit korrekterweise Lose gebildet worden waren.

Vorliegend geht es allerdings nicht um die erstmalige Errichtung, sondern um die der Errichtung nachgelagerte Dienstleistung, nämlich um die grundlegende Instandsetzung und Wartung der Gesamtanlage. Es ist aber auch insoweit davon auszugehen, dass es ebenso wie für den ursprünglichen Bau von Verfahrenanlagen und Hangartoren auch für diese nachgelagerten Dienstleistungen der Grundinstandsetzung eigenständige Märkte gibt, diese nachgelagerten Leistungen dem Markt für die Errichtung und den Einbau mithin folgen.

- b) Es ist nicht erforderlich, weitere Recherchen anzustellen, um die Aussage abzusichern und zu verifizieren, es handle sich um zwei Märkte. Es kann vielmehr zugunsten der ASt unterstellt werden, dass Verfahrenanlagen und Hangartore zwei Märkte darstellen. Wenn es sich aber um zwei Märkte handelt, so ist nach dem gesetzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB, das mit der Verweisung in § 10 Abs. 1 S. 1 VSVgV auch ausdrücklich für den hier vorliegenden verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Auftrag in Bezug genommen wird, grundsätzlich eine Losbildung vorzunehmen. Allerdings greifen vorliegend die in § 97 Abs. 3 S. 3 und in § 10 Abs. 1 S. 2 VSVgV genannten Ausnahmeveraussetzungen ein, wonach trotz Vorliegens zweier Märkte von der Losbildung abgesehen werden darf.

aa) Die Bg hat in Ausführung dieses Errichtungsauftrags Sonderanfertigungen von Hangartoren für jeweils zwei Hubschrauber auf jedem der drei [...] entwickelt und hergestellt, wobei sie infolge der Überbreite der Tore (zwei Hubschrauber nebeneinander) spezielle technische Besonderheiten entwickelt und verbaut hat. Die Funktionsweise der Hangartore basiert auf einer Steuerung („Speicher-

Programmierbare-Steuerung“, kurz: „SPS“). Ob die von der Bg geltend gemachten Urheberrechte und der Know-how-Schutz bezüglich der Entwicklungen an den Hangartoren alleine ausreichen würde, um eine alleinige Ausführbarkeit durch die Bg anzunehmen und damit eine Gesamtvergabe zu rechtfertigen, ist offen und kann mangels Entscheidungserheblichkeit auch offen bleiben (zu dieser Frage s. unten sub c)). Abzustellen ist vielmehr auf den konkreten Sachverhalt. Und vorliegend besteht die Besonderheit, dass die Bg die Steuerung von Verfahrenanlage und Hangartor in einer nach ihrer Auffassung einzigartigen Spezialentwicklung miteinander verknüpft hat, um die Bewegungsabläufe der beiden Elemente zur Herstellung größtmöglicher Sicherheit direkt miteinander zu verbinden.

Die ASt hat eingeräumt, dass sie diese von der Bg entwickelte Steuerung zwar in weiten Teilen auslesen könne, aber eben nicht zur Gänze. Sollte ein geringer Restbereich nicht auslesbar sein, so hat die ASt in der mündlichen Verhandlung zunächst vorgetragen, wolle sie eine neue Steuerung als Ersatz für die vorhandene Steuerung einbauen, die sie angesichts des im Verhältnis zum Gesamtauftragswert geringfügigen Preises in ihr Angebot einkalkulieren könnte, ohne dass ihr Angebot dadurch von vornherein unwirtschaftlich und seine Wettbewerbsfähigkeit verlieren würde.

Der vorliegende Auftrag besteht aber in der Wartung und Grundinstandsetzung der vorhandenen Anlage. Müsste erst einmal die SPS als ein Element dieser Anlage, die ja gewartet, nicht aber partiell erneuert werden soll, ausgetauscht und durch eine neue Steuerung ersetzt werden, um die nachgefragte Grundinstandsetzung überhaupt erst durchführen zu können, so geht dies über die nachgefragte Leistung hinaus. Der öffentliche Auftraggeber, hier die Ag, ist nicht verpflichtet, erst einmal ein bereits vorhandenes Element erneuern zu lassen, um Wettbewerb zu ermöglichen (zu diesem Rechtsgedanken vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012 – VII-Verg 10/12 „SatWaS“). Bei der hier streitgegenständlichen Anlage käme die Erschwernis hinzu, dass für das Betreiben des Gesamtkomplexes Hubschrauberverfahrenanlage zwingend eine sog. „*Feststellung der Nichtbeeinträchtigung der Verkehrssicherheit*“ durch [...], also eine Abnahme und Genehmigung erforderlich ist, so dass der Ersatz vorhandener Elemente das Erfordernis einer erneuten Prüfung nach sich ziehen würde.

Zwar hatte die anwaltlich vertretene ASt in der Verhandlung keinen Schriftsatznachlass begehrt. Aus den oben sub I.3. genannten Gründen wird der mit nachgereichtem Schriftsatz eingebrachte Vortrag, in welchem die ASt die Aussage revidiert, sie müsse ggfs. eine neue Steuerung einbauen, zugelassen. Auch wenn die ASt, wie ihre Rücksprache mit ihren technischen Mitarbeitern ergeben hat, doch keine neue Steuerung einbauen müsste, ändert dies indes nichts an der rechtlichen Beurteilung, wonach die Ag ihre Einschätzungsprärogative (OLG Düsseldorf, „SatWaS“, a.a.O.) nicht überschritten hat, indem sie kein Einzellos für die Instandsetzung der Hangartore gebildet hat. Der von der ASt angebotene vertiefte Vortrag dazu, dass sie nach technischer Rücksprache keine neue Steuerung einbauen müsse, ist daher mangels Entscheidungserheblichkeit nicht erforderlich. Es bleibt nämlich nach wie vor der Gesichtspunkt, dass die Bg eine Verknüpfung der Steuerung der beiden Elemente – Verfahrenanlage und Hangartore – erstellt hat. Beide Elemente werden dadurch nicht isoliert und separat, sondern im Ergebnis mittels einer einheitlichen Steuerung bedient, so dass die Vorgänge beim Ein- und Ausfahren des Hubschraubers synchronisiert werden und damit optimal ineinandergreifen. Fehlerquellen für die Bedienung und das Funktionieren, die sich daraus ergeben können, dass beide Elemente gesondert bedient werden müssen (z.B. ein zu spätes Erteilen des Öffnungsbefehls an das Hangartor), werden durch die Verknüpfung vermieden. Es erschließt sich aber nicht, wie die Instandsetzung der verknüpften Steuerung auf zwei Unternehmen aufgeteilt werden könnte. Die Steuerung ist ein wesentliches Element für das Funktionieren der Hangartore und mithin ein wesentliches Element im Rahmen der Grundinstandsetzung und kann nicht unberücksichtigt bleiben. Da durch die Verknüpfung eine einheitliche Steuerung entstanden ist, ist keine vernünftige Schnittstelle erkennbar, an der eine Trennung erfolgen könnte. Wenn eine Trennung überhaupt möglich wäre, so käme es doch einer umständlichen und künstlichen Aufspaltung gleich, wenn die verknüpfte Steuerung durch ein Unternehmen gewartet und für die Wartung herangezogen würde, was die Verfahrenanlage anbelangt, und durch ein anderes Unternehmen, was die Hangartore anbelangt. Und in Bezug auf die Verfahrenanlage räumt die ASt ja gerade ein, jedenfalls derzeit und den streitgegenständlichen Auftrag betreffend nicht in der Lage zu sein, die Grundinstandsetzung vorzunehmen, so dass sie den diesbezüglichen Teil der Steuerung gerade nicht in eine Wartung integrieren könnte. Wäre dies anders, so wäre die ASt durch eine unterbliebene Losaufteilung auch gar nicht beschwert und sie müsste diese nicht im Nachprüfungswege einfordern.

Die „*technischen Gründe*“, auf die die Ag sich im technischen Anschreiben einschließlich der Anlage hierzu für das Unterbleiben einer Losaufteilung beruft und die sie im Anhang D 3 zum Standardformular näher spezifiziert, sind tragfähig; die Ag hat die Grenzen der ihr zustehenden Einschätzungsprärogative nicht überschritten. Zwar hat die Ag die Gründe nur sehr rudimentär in ihrer Vergabedokumentation ausgeführt; auf die Verknüpfung der Steuerung oder auf eine nähere Erläuterung der technischen Gründe ist sie nicht eingegangen. Dies wurde offenbar auch bemerkt, was sich aus einer von der ASt nach Akteneinsicht in Bezug genommenen E-Mail, mit der zu einer näheren Darlegung der Gründe aufgefordert wird, ergibt. Auch wenn an die Dokumentationstiefe im Vergabevermerk nicht dieselben Anforderungen zu stellen sind wie an die Tiefe des Vortrags, die im Nachprüfungsverfahren regelmäßig erforderlich wird, so wäre hier eine Konkretisierung der wesentlichen technischen Gründe angesichts der Tatsache, dass die Ag einen Ausnahmetatbestand für die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb heranzieht, erforderlich gewesen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Dokumentation bei der Berufung auf Ausnahmen vom Regelverfahren, der hier im Anwendungsbereich der VSVgV das nichtoffene oder das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist, der Nebeneffekt einer Selbstkontrolle und Eigenüberprüfung zukommt, ob die Voraussetzungen für das Abweichen vom Regelfall auch wirklich vorliegen. Allerdings fehlt die Dokumentation der Gründe nicht gänzlich und der den Vergabevermerk ergänzende Vortrag im Nachprüfungsverfahren ist ebenfalls zu akzeptieren (vgl. dazu und ausführlich zur Dokumentationspflicht nach der VSVgV OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – VII-Verg 28/10 mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 – X ZB 4/10).

bb) Das Ergebnis, wonach die Gesamtvergabe zulässig ist, hält auch einer Abwägung mit dem Wettbewerbsgrundsatz stand. Diesem Grundsatz kommt zwar auf der einen Seite bei Aufträgen aus dem Anwendungsbereich der VSVgV eine besondere Relevanz zu. Denn die erst seit 2009 in Kraft befindliche Richtlinie 2009/81/EG über verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge hat gerade zum Ziel, trotz der Besonderheiten bei militärischen Beschaffungen auch diese Märkte soweit wie möglich dem Wettbewerb zu öffnen. Von Relevanz ist in diesem Zusammenhang vorliegend aber der Umstand, dass es nicht um die erstmalige Beschaffung, nicht um den Bau und die Errichtung der Verfahrensanlagen und der Hangartore geht. Nach Aussage aller Verfahrensbeteiligter einschließlich der ASt, die

diese Aussage der Ag in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt hat, war die ursprüngliche Entwicklung und Errichtung der beiden Elemente Verfahrenanlagen und Hangartore im Zuge des Baus der drei Schiffe ordnungsgemäß, und zwar – wie bereits erwähnt – getrennt als Lose ausgeschrieben worden. Hier hatte sich, wie auch von der ASt anerkannt, die Bg bezüglich beider Elemente in einem ordnungsgemäßen Vergabewettbewerb als Wettbewerbsgewinnerin durchgesetzt. Wenn nun im Rahmen der vorliegenden Beschaffung der Bg ein Vorteil in Bezug auf die Erbringung der dem Bau nachgelagerten Dienstleistungen zukommt, so ist dieser Vorteil Konsequenz eines korrekten Vergabewettbewerbs und vor dem Hintergrund des Wettbewerbsgrundsatzes legitimiert. Der für die interessierten Unternehmen über einen Teilnahmewettbewerb offene Vergabewettbewerb hat sich vorliegend auf der vorgelagerten Ebene abgespielt.

In die Abwägung einzustellen ist ebenfalls, dass ein suboptimales Funktionieren oder im Extremfall gar ein Nichtfunktionieren der gesamten Verfahrenanlage einschließlich Hangarunterbringung der beiden Hubschrauber an Bord im Einsatzfall – [...] – fatale und schwerwiegende Folgen haben kann, nämlich für Leib und Leben der Menschen an Bord, aber auch für [...]; ferner wären Sachschäden an den Hubschraubern zu befürchten. Hiermit soll keinesfalls zum Ausdruck gebracht werden, dass die ASt etwa nicht grundsätzlich in der Lage wäre, das Funktionieren der Hangartore in gleicher Weise wie die Bg zu gewährleisten, wenn sie denn über die für die Auslesung der Steuerung erforderlichen Angaben oder über eine eigene Steuerung verfügte, die Kompetenz der ASt als spezialisiertes Fachunternehmen ist vielmehr bei allen Verfahrensbeteiligten, insbesondere auch der Ag, unbestritten. Dennoch darf die Ag angesichts der Bedeutung des bedingungslosen Funktionierens der gesamten Anlage im Einsatzfall auf hoher See, wo bei Funktionsdefiziten in der akuten Situation keine schnelle externe Hilfe möglich ist, der gestellten Aufgabe und der Bedeutung gemäß besonderen Risikopotentiale ausschließen, es dürfte der sicherste Weg gewählt werden. Dieser liegt nun einmal darin, eine einheitliche Wartung des verknüpften Gesamtkomplexes Hubschrauberverfahrenanlage und –unterbringung durchzuführen.

cc) Diese Ausführungen gelten auch in Bezug auf alle drei Schiffe. Das Unterbleiben einer Losaufteilung ist auch in Bezug auf die beiden älteren Schiffe (Los 1 der ursprünglichen Ausschreibung) gerechtfertigt. Zwar ist unstrittig, dass das neue System, welches eine SPS des Hangartores mit der Verfahrenanlage verknüpft, derzeit

nur auf dem jüngsten Schiff (ursprüngliches Los 2) verbaut ist. Hier wurden die Erkenntnisse und Defizite der älteren Lösung aufgegriffen und weiterentwickelt. Richtig ist auch, dass – wie dargelegt – aus Sicht der Vergabekammer die Verknüpfung zwischen Verfahranlage und Hangartor ein maßgeblicher Grund dafür ist, eine unterbliebene Losaufteilung als von der Einschätzungsprärogative gedeckt anzusehen. Wenn nun diese Verknüpfung als rechtlicher Gesichtspunkt wegfällt, weil sie tatsächlich gar nicht vorhanden ist, so stellt dies grundsätzlich einen anderen Sachverhalt dar, der vorliegend nicht isoliert geprüft und über den nicht entschieden worden ist.

Eine isolierte Befassung mit einer solchen Sachverhaltskonstellation ist aber auch nicht erforderlich. Die Losaufteilung auch bei den beiden älteren Schiffen ist vorliegend nämlich schon deswegen nicht geboten, die obigen Ausführungen greifen mithin auch bei diesen beiden Schiffen vollumfänglich, weil sie mit dem Zur-Verfügung-Stehen von Haushaltsmitteln im Jahr 2016 nachgerüstet und auf denselben Stand gebracht werden wie das neueste Schiff. Diese Nachrüstung auf eine Verfahranlage, die mittels SPS mit der Hangartorsteuerung verknüpft wird, ist hier weder Streitgegenstand noch von der ASt angegriffen worden; sie entspricht auch dem von der Rechtsordnung in § 10 Abs. 1 S. 2 VSVgV anerkannten Gedanken der „Systemfähigkeit“, wonach [...] mit dem Gerät, das sie zu bedienen und zu benutzen haben, auf Anhieb vertraut sein sollen, ohne sich in jedem Einzelfall und ggfs. unter erschwerten Einsatzbedingungen, die möglicherweise keine ausreichende Zeit hierfür lassen, mit unterschiedlichen Funktionsweisen und Bedienungen vertraut machen zu müssen. So liegt der Fall auch hier. Die drei [...], um die es hier geht, sollen identisch – nämlich optimal mit der neuen SPS – ausgestattet sein, da das Personal nicht stets auf demselben Schiff eingesetzt wird.

Da die Rahmenverträge zulässiger Weise, vgl. § 14 Abs. 6 S. 1 VSVgV, eine Laufzeit von sieben Jahren haben, werden also ab Umrüstung in 2016 auch diese Schiffe von den streitgegenständlichen Wartungs- und Instandsetzungsleistungen erfasst; der zeitliche Großteil der Rahmenverträge, die mit Zuschlagsentscheidung vom 26. August 2015 abgeschlossen wurden, liegt damit in einen Zeitraum, in welchem auch die beiden älteren [...] auf denselben Stand gebracht sein werden. Eine isolierte Lösung für einen sehr kurzen Zeitraum bis zur Nachrüstung der älteren Schiffe, in welchen eine Grundinstandsetzung – und nur um diese geht es vorliegend –

möglicherweise gar nicht stattfinden muss, würde eine unwirtschaftliche Zersplitterung darstellen.

- c) Da eine Losaufteilung nicht geboten ist und die ASt nach eigenem Bekunden kein Interesse am Auftrag bezüglich der Verfahrenanlagen hat, dieser Auftragsteil folglich nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist, kommt es nicht mehr darauf an, ob nur die Bg für die Auftragsausführung in Betracht kommt. Die Frage kann somit letztendlich offen bleiben. Der Vollständigkeit halber ist aber festzustellen, dass Vieles dafür spricht. Die Ag hat dargelegt, dass sie über diverse, für die Instandsetzung erforderliche Unterlagen verfügt, welche sie einem anderen Unternehmen als der Bg in legaler Weise zur Verfügung stellen könnte. Dies gilt aber eben nicht für alle Angaben, die für die Wartung erforderlich sind. Die Bg hat hier geistige Eigentumsrechte (Urheberrechte, Know-how-Schutz), die generell eine wesentliche Basis für Innovation darstellen. Es ist daher weder möglich noch geboten, die Bg zu zwingen, ihre geschützten Geschäftsgeheimnisse ihren direkten Konkurrenten gegenüber offenzulegen, um diesen die Wartung der von ihr speziell für diese drei Schiffe entwickelten Lösung zu ermöglichen; da auch die ASt nicht behauptet, dass die Bg ein marktbeherrschendes Unternehmen sei, greifen keine kartellrechtlichen Aspekte. Es ist in keiner Weise illegitim noch sonst zu beanstanden, wenn die Bg sich auf ihre Schutzrechte und auf Geschäftsgeheimnisse beruft. Die Erfahrung der Ag mit anderen Firmen in der Vergangenheit bei der Erbringung von Wartungsleistungen, die durch das Marinearsenal bei Instandsetzungen der [...] insgesamt, also einschließlich der Verfahrenanlage und der Hangartore, beauftragt worden waren, belegen, dass die vollständige Kenntnis aller relevanten technischen Daten – eben auch des Kernbereichs, der der Ag nicht zur Verfügung steht – für eine erfolgreiche Instandsetzung erforderlich ist. Denn jedes Mal wurde letztendlich doch wieder die Hinzuziehung der Bg als Hersteller erforderlich, weil die Instandsetzung jeweils von den Drittfirmen nicht erfolgreich durchgeführt werden konnten. Dies spricht indiziell dafür, dass nur die Bg im Sinne des Ausnahmetatbestands von § 12 Abs. 1 lit. c) VSVgV in der Lage ist, auf der der Herstellung nachgelagerten Ebene die daran anknüpfende Wartungsdienstleistungen durchzuführen. Das Tatbestandsmerkmal, wonach die Arbeiten nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden können, ist weder hier noch generell in dem Sinne zu verstehen, dass andere Unternehmen inkompetent oder technisch nicht leistungsfähig seien. Es geht ausschließlich darum, dass die Bg eine eigene Entwicklung vorgenommen hat, an der ihr Schutzrechte zustehen und die sie Konkurrenten nicht zur Verfügung

stellen muss. Dies ist die Ursache dafür, dass aller Wahrscheinlichkeit nach nur sie als Auftragnehmerin in Betracht kommt. Auf die obigen Ausführungen dazu, dass sich die Bg auf der erstgelagerten Ebene im Wettbewerb durchgesetzt hat, wird verwiesen (zu einer ähnlichen Konstellation, wo aufgrund der Definition des Beschaffungsbedarfs im nachfolgenden Wettbewerb bzgl. der Verlängerung eines bereits früher vergebenen Dienstleistungsauftrags letztendlich nur der bisherige Leistungserbringer in Betracht kam, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Februar 2014 – Verg 29/13 „Hochschulverwaltungssoftware“).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht auch der Billigkeit nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterlegenen ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Denn die Bg hat sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt, indem sie schriftsätzlich in substantiellem Umfang vorgetragen hat und förmliche Anträge gestellt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Insoweit hat die Bg ein Kostenrisiko auf sich genommen. Des Weiteren besteht ein Interessengegensatz zur ASt, da diese den zwischen der Ag und der Bg geschlossenen Wartungs- und Instandsetzungsvertrag angegriffen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12; Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben. Im Übrigen ergibt sich die Notwendigkeit der Hinzuziehung auch aus dem Grundsatz der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

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 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.