



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 43/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

[...],

vertreten durch

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Sicherungsdienstleistungen“, Bearbeitungsnr.: [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Ochner auf die mündlichen Verhandlungen vom 8. Juni 2015 und 14. Juli 2015 am 18. August 2015 beschlossen:

1. Das Verfahren über den Antrag der Antragstellerin nach § 115 Abs. 3 GWB ist nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung beendet.
2. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen.
3. Die Antragsgegnerin hat 90 % der Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen), die Antragstellerin 10 % der Kosten zu tragen. Die Antragsgegnerin hat 90 % der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Die Antragstellerin hat 10 % der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war jeweils notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte bundesweit am [...] die Vergabe „Sicherungsdienstleistungen“ ([...]) in einem offenen Verfahren bekannt. Gegenstand des ausgeschriebenen Vertrags ist die Erbringung u.a. von Wach-, Kontroll-, Ordnungs- und Servicedienstleistungen [...]. Der Vertrag sollte am 1. Juli 2015 in Kraft treten und am 30. Juni 2019 enden. Die Vertragslaufzeit kann optional zwei Mal um jeweils ein Jahr verlängert werden. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen.

[...]

Gegenstand des Vertrages sind personelle Sicherheits- und Serviceleistungen. Dazu gehören gem. Ziff. 4 der „Vertraglichen Leistungsvereinbarung“:

[...]

Einlassdienste [...]

Sicherheits- und Ordnungsdienste in den [...]
Kassendienste (und Vertretungen im Führungsdienstbüro)
Besetzung der Anlieferung
Besetzung der Hauptpforte
Besetzung der Zentralen Leittechnik (ZLT)
Bereitschaftsdienst für die Zentrale Leittechnik
Objektleitung (operative Dienstleistung und -aufsicht).

In der Bekanntmachung (dort Ziff. 7) bezeichnet die Ag die Verfahrensart mittels Ankreuzen der entsprechenden Option als: *„Europäisches Verfahren: Offenes Verfahren gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 VgV“*.

Mit dem Angebot vorzulegende Eignungsnachweise sind ausweislich der Bekanntmachung (dort Ziff. 18) sowie der Bewerbungsbedingungen (dort C. I.1) u.a.

„a)...

b) Referenzen über die Erbringung von Wach-, Kontroll-, Ordnungs- und Servicediensten in drei [...];

...

f) Nachweis des Vorliegens einer Erlaubnis im Sinne des § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Original oder Kopie);

g)..

Die an die Referenzen gestellten Anforderungen begründet die Ag in dem Vergabevermerk Nr. 21 (dort Ziff. 6) damit, dass

„es bei Sicherheitsdienstleistungen [...] ganz besondere Anforderungen gibt. Bieter, die Sicherheitsdienstleistungen bisher nur für andere Auftraggeber [...] erbracht haben, sind daher nach Auffassung [...] generell nicht geeignet.“

Einzelne Positionen bzw. Schichten, wie z.B. Dienste an der Hauptpforte, ZLT, Führungsdienstbüro und die Anlieferung werden auch durch Mitarbeiter der Ag besetzt. Bei Ausfällen der Mitarbeiter der Ag (z.B. aufgrund von Urlaub oder Krankheit) hat der Auftragnehmer diese Dienste auch kurzfristig sowohl in Bezug auf die Einsatzdauer als auch die Reaktionszeit mit eingewiesenem und entsprechend qualifiziertem Personal abzudecken. Ebenso ist der Auftragnehmer verpflichtet, bei Bedarf innerhalb von max. 4 Stunden eingewiesenes,

qualifiziertes Ersatz- bzw. Ergänzungspersonal (Zusatzdienste) zur Verfügung zu stellen (Vertragliche Leistungsvereinbarung, Ziff. 3.2).

Der Vertraglichen Leistungsvereinbarung zufolge (dort Ziff. 10.9) soll der Auftragnehmer die festgelegten Leistungen „*als selbständiger Unternehmer in eigener Verantwortung*“ erbringen. Diesem obliegen sämtliche Entscheidungen, die die Auswahl und Anzahl der Mitarbeiter, die Ausbildung und Einarbeitung der Mitarbeiter, die Festlegung der Arbeitszeit und Anordnung evtl. Überstunden, die Durchführung von Arbeitskontrollen und die Überwachung der ordnungsgemäßen Leistung der Arbeitsabläufe betreffen. Das Direktionsrecht über die eingesetzten Personen obliegt ausschließlich dem Auftragnehmer. Lediglich bei Gefahr im Verzug ist die Ag berechtigt, einzugreifen und direkte Weisungen zu erteilen. Im Übrigen werden Anweisungen der Ag über den vor Ort anwesenden Vertreter des Auftragnehmers erteilt.

Die Anforderungen an die Qualifikation der Sicherheits- und Servicemitarbeiter ergeben sich positionsabhängig aus den Übersichten „Personalqualifikationsblätter“ (Ziff. 10.1 der Vertraglichen Leistungsvereinbarung) bzw. der Anlage 2 (Zusätzliche Anforderungen für die Auftragsausführung in Bezug auf die Mitarbeiter des Bieters). Daraus ergibt sich, dass alle Mitarbeiter über einen Unterrichtungsnachweis nach § 34 GewO i.V.m. BewachV verfügen müssen. Für die Mehrzahl der Mitarbeiter Hauptpforte, Leittechnik, Sicherheitsmitarbeiter gehört das Erkennen und Melden von Gefahren im Rahmen des Sicherungsdienstes zu den zu leistenden operativen Aufgaben (vgl. Anlage 2, Ziff. 2 – Operative Aufgaben).

Dem Angebot beizufügen ist u.a. ein „Positionsbezogenes Preisblatt [...]“.

Zuschlagskriterien sind der Preis und die Qualität, die mit zwei Dritteln (Preis) bzw. einem Drittel (Qualität) in die Wertung eingehen. Die Wertung der Angebotspreise erfolgt nach der Formel:

$$((\text{Anzahl der Bieter} + 1) - \text{Rankingstelle gemäß Angebotspreis}) \times 2$$

Die Wertung der Qualität erfolgt nach der Formel:

$$((\text{Anzahl der Bieter} + 1) - \text{Rankingstelle der Bewertungszahl}).$$

Die Bewertungszahl wiederum wird auf Basis der als Anlage 3 beigefügten „Fragen in Bezug auf die Qualität des Bieters“ ermittelt. Sämtliche der dort aufgeführten Fragen können nur mit „Ja“

oder „Nein“ beantwortet werden. Für ein „Ja“ wird - mit zwei Ausnahmen - jeweils ein Punkt vergeben. Zu den Fragen, für die die Antwort „Ja“ mit einem Punkt honoriert wird, gehören u.a.:

„Gehört Ihr Unternehmen dem [...] an?

Haben Sie entsprechende Referenzen in [...]?

...

Gewährt Ihr Unternehmen den Mitarbeitern bei [...] neben den im Preisblatt aufgeführten Vergütungen noch zusätzliche Sozialleistungen wie: Urlaubs-, Fahr-, Schuh-, Reinigungs-, Kontoführungsgeld etc. Wenn ja, bitte mit monetären Angaben erläutern.

Gewährt Ihr Unternehmen den Mitarbeitern der [...] neben den im Preisblatt aufgeführten Vergütungen noch zusätzliche Sozialleistungen wie: Urlaubs-, Fahr-, Schuh-, Reinigungs-, Kontoführungsgeld etc.? Wenn ja, bitte mit monetären Angaben erläutern.“

Zu den Vergabeunterlagen sind Bieteranfragen gestellt worden. In Frage Nr. 1 wollte ein Bieter in Erfahrung bringen, ob der Auftrag als reine Arbeitnehmerüberlassung, als Dienstleistungsauftrag oder als Werkvertrag geplant sei. Hierauf antwortete die Ag wie folgt (Fragen-Antworten-Katalog Nr. 1, Stand: 27.3.2015):

„Bei dem zu vergebenden Auftrag handelt es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 und Abs. 4 GWB. Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass sich die [...] im Übrigen auf tatsächliche Hinweise darauf beschränkt, welche Leistungen zu erbringen sind und dass sie zur zivilrechtlichen Einordnung des zu vergebenden Auftrags keine Auskunft erteilt. Der Europäische Gerichtshof hat nämlich mit Urteil vom 25. Januar 2001 – C 172/99 ausdrücklich entschieden, dass die Wirtschaftsteilnehmer für die zutreffende Analyse rechtlicher Risiken selbst verantwortlich sind.“

In Bieterfrage 49/49a) heißt es:

„Nr. 49/49 a

Aus den Vergabeunterlagen geht hervor, dass Ihre Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen im Falle von Krankheit oder Urlaub durch uns zu ersetzen sind. Dazu ergeben sich folgende Fragen aus langfristigen Dispositionsgründen:

Soll der Ersatz auf Grundlage von Arbeitnehmerüberlassung erfolgen?“

Hierauf antwortete die Ag wie folgt:

„Nein. Besetzung durch eingewiesene Mitarbeiter/innen der Stammbesetzung des Objektes.“

Die Bieterfrage Nr. 66 zielt darauf ab, „für welche Positionen gemäß Mitarbeiterqualifikationsanforderung“ die Entleihungen seitens der Ag geplant sind. Hierzu teilte die Ag mit:

„Langfristig sollen Arbeitsspitzen sowie Zeiten von Urlaub und Krankheit, die nicht vom eigenen Personal aufgefangen werden können, im Wege der Arbeitnehmerüberlassung abgedeckt werden. Einzelheiten stehen zur Zeit noch nicht fest.“

Bis Ende Juni 2015 war (interimsweise für 1 Jahr) Vertragspartner der Ag die [...].

[...] ist zugleich Geschäftsführer der [...], die wiederum persönlich haftende Gesellschafterin der [...] ist und diese auch einzeln vertritt.

In der Bekanntmachung (dort Ziff. 6) ist als Ansprechpartner für die Vergabeunterlagen der Verfahrensbevollmächtigte der Ag benannt. Bei diesem waren die Vergabeunterlagen anzufordern und ggf. Bieterfragen zu stellen. Mit einer an den Verfahrensbevollmächtigten gerichteten E-Mail vom 19. März 2015 bat [...] - in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der [...] - um Übersendung der Vergabeunterlagen. [...] erklärte, dass „*unsere Unternehmung ...sich entschlossen (hat), am o.g. Verfahren teilzunehmen.*“ In der Kopfzeile der E-Mail wird die folgende E-Mail-Adresse von [...] angegeben:

[...]

Abweichend hiervon weist der Fußbereich dieser E-Mail die E-Mail-Adresse des [...] wie folgt aus:

[...]

Der Verfahrensbevollmächtigte der Ag übersandte der [...], vertreten durch [...], die Vergabeunterlagen per E-Mail am 19. März 2015, verbunden mit der Aufforderung, das Angebot bis zum 16. April 2015 abzugeben. Die E-Mail richtete der Verfahrensbevollmächtigte der Ag an die E-Mail-Adresse: [...]

Eine Mitarbeiterin des Verfahrensbevollmächtigten, [...], informierte diesen am darauffolgenden Tag, den 20. März 2015 (13:22 Uhr), wie folgt per E-Mail über ein kurz zuvor geführtes Telefonat mit [...]:

„Er hatte unsere gestrige E-Mail nicht bekommen, weil sie Probleme mit dem Server haben. Ich habe sie ihm noch einmal übersandt.“

Die Angebotsunterlagen versandte [...] der Ag am 20. März 2015 (13:53 Uhr) sodann an die E-Mail-Adresse: [...] Dieser Zustellversuch der Vergabeunterlagen war unstreitig erfolgreich.

Die während der Angebotsphase von der Ag erstellten und per E-Mail versandten vier Fragen-Antwortenkataloge adressierte die Ag allerdings wieder an die ursprünglich verwendete E-Mail-Adresse, d.h. [...]. Streitig ist, ob die ASt die Fragen-Antwortenkataloge erhalten hat.

In einer E-Mail vom 1. April 2015 informierte die [...], vertreten durch [...], den Verfahrensbevollmächtigten der Ag über ihre vorläufige Einschätzung, von einer Angebotsabgabe möglicherweise absehen zu wollen. Als wesentlichen Grund hierfür gab [...] an, dass die Vergabeunterlagen der [...] die Abgabe eines auskömmlichen Angebots nicht möglich machten.

Diese E-Mail der [...] ließ die Ag unbeantwortet. Mit E-Mail vom 24. April 2015 teilte die [...], vertreten durch [...], der Ag mit, durch eine vor Ort tätige Mitarbeiterin „zufällig“ davon erfahren zu haben, dass das ursprünglich für den 16. April 2015 vorgesehene Ende der Angebotsfrist auf den 27. April 2015 verlängert worden sei. Die Ag habe sie hierüber nicht in Kenntnis gesetzt. Außerdem habe sie nur durch eine vor Ort tätige Mitarbeiterin in Erfahrung bringen können, dass die Ag den anderen Bietern Informationen erteilt habe, die ihr selbst - der [...] - nicht zur Kenntnis gebracht worden seien. Die unterbliebene Information rügte die [...] in der E-Mail vom 24. April 2015 ausdrücklich. Außerdem monierte die [...] die Zuschlagskriterien, die nicht im Zusammenhang mit der Leistungsdurchführung stünden ebenso wie das Rankingsystem zur Wertung der einzelnen Angebote. Als ein weiteres Problem identifizierte die [...] die geforderte Erlaubnis nach § 1 AÜG, da derzeit keine Arbeitnehmerüberlassung erforderlich sei. Der Verfahrensbevollmächtigte der Ag nahm zu der Rüge vom 24. April 2015 nicht Stellung. Eine kurze Zeit später an den Geschäftsführer der Ag gerichtete Sachstandsanfrage blieb ebenfalls unbeantwortet.

Die Angebotsfrist endete – nach Verlängerung – am Montag, den 27. April 2015. Die antragstellende Bietergemeinschaft gab mit Datum vom 26. April 2015 ein Angebot ab. Als Namen des Bieters / der Bietergemeinschaft gab sie an die „Bietergemeinschaft [...] bestehend aus der [...] und [...] unter Konsortialführung der [...]“. Dem Angebot beigefügt war eine gültige

Erlaubnis der [...] zur Arbeitnehmerüberlassung; eine Erlaubnis der [...] nach § 1 AÜG lag dem Angebot nicht bei.

2. Mit einem per Fax am 8. Mai 2015 bei der Vergabekammer eingegangenen Schriftsatz beantragte die - zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertretene - ASt die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte der Ag den Nachprüfungsantrag am selben Tag.

- a) Die ASt trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei für die Bietergemeinschaft [...] gestellt worden, die damit Verfahrensbeteiligte sei. Die Bietergemeinschaft werde prozessual durch den Konsortialführer, [...], vertreten. Hierzu fügte sie dem Nachprüfungsantrag als Anlage 6 bei eine „Ermächtigungserklärung“, aus der sich ergibt, dass [...] als Geschäftsführer der [...] sich selbst in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der [...] die Befugnis einräumt, die rechtlichen Interessen der [...] im Nachprüfungsverfahren „im Sinne einer Prozessführungsbefugnis in Prozessstandschaft zu übertragen.“

Persönlich haftender Gesellschafter der [...] und zur Geschäftsführung berufen sei die [...], deren Geschäftsführer [...] sei. In seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der [...] sei Herr [...] befugt gewesen, die [...] rechtsgeschäftlich zu vertreten.

Es sei zwar richtig, dass eine Rüge ausschließlich seitens der [...] erhoben worden sei. Zum damaligen Zeitpunkt (d.h. 24. April 2015) habe die ASt sich jedoch noch mit dem Gedanken getragen, ein eigenes Angebot abzugeben. Hiervon habe sie Abstand genommen, nachdem sie zu der Erkenntnis gelangt sei, dass sie nicht alle Eignungsanforderungen würde erfüllen können. Dies gelte insbesondere hinsichtlich des Erfordernisses, eine Erlaubnis nach § 1 AÜG vorzulegen (Bekanntmachung Ziff. 18). Die Bietergemeinschaft sei erst am 25. April 2015 gegründet worden. Eine Rügeerhebung seitens der Bietergemeinschaft wäre überflüssig gewesen, weil der Ag die vergaberechtlichen Bedenken der [...] bereits in der Rüge vom 24. April 2015 mitgeteilt worden seien.

Die ASt meint, die Ag habe gegen das Gleichbehandlungsgebot und den Transparenzgrundsatz verstoßen, indem sie ihr wesentliche Informationen zum Vergabeverfahren vorenthalten habe. So habe sie nur zufällig durch eine eigene, vor Ort tätige Mitarbeiterin erfahren, dass die Frist für die Angebotsabgabe bis zum 27. April 2015 verlängert worden ist. Ebenfalls nur durch eine eigene Mitarbeiterin habe sie davon Kenntnis erlangt,

dass die Ag Antworten auf Bieterfragen der ASt nicht zur Verfügung gestellt habe. Deshalb habe sie mit Schreiben vom 24. April 2015 die Ag unter Fristsetzung dazu aufgefordert, dieselben Informationen zu erhalten wie die anderen Bieter. Die Ag habe hierauf nicht reagiert.

In dem am 20. April 2015 zwischen [...] und einer Mitarbeiterin des Verfahrensbevollmächtigten geführten Telefonat habe [...] nicht mitgeteilt, die Vergabeunterlagen aufgrund von Serverproblemen nicht erhalten zu haben; die ASt bestreitet ausdrücklich Serverprobleme. Vielmehr habe [...] ausdrücklich darum gebeten, den Schriftverkehr ausschließlich an die E-Mail-Adresse [...] zu adressieren. Mit E-Mail vom 20. April 2015 habe die Ag dem entsprochen, indem sie die Vergabeunterlagen an diese E-Mail-Adresse gerichtet habe. Unklar sei, warum der Verfahrensbevollmächtigte der Ag in der Folgezeit die Korrespondenz wieder an die E-Mail-Adresse [...] adressiert habe, obwohl [...] in dem Telefonat am 20. April 2015 darauf hingewiesen habe, dass es sich bei dieser E-Mail-Adresse um eine Intranetadresse handele, die zwar E-Mails nach außen versenden, aber keine E-Mails von außen empfangen könne. Dem entsprechend enthalte das aus der Vergabeakte ersichtliche Sendeprotokoll der Ag bei sämtlichen Übermittlungsversuchen den Hinweis: „Vom Zielserver wurde keine Zustellbenachrichtigung gesendet.“

Durch das Vorenthalten von Informationen habe die ASt ihr Angebot nicht optimal kalkulieren können. Daher drohe ihr ein Wettbewerbsnachteil gegenüber den Wettbewerbern. Hätte die ASt etwa Kenntnis von der Antwort auf Bieterfrage Nr. 49/49a gehabt, dass nämlich keine Arbeitnehmerüberlassung stattfinden wird, hätte sie ein günstigeres Angebot abgeben können. Mangels Kenntnis dieser Information habe sie erhebliche Personalvorhaltekosten mit eingepreist.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes und des Transparenzgrundsatzes einzuleiten,
2. der Ag zu untersagen, den Auftrag in der vorgesehenen Weise zu vergeben und die Ag zu beauftragen, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsfrist zurückzusetzen,

3. hilfsweise, für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Aufhebung oder in sonstiger Weise, festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat und die ASt in ihren Rechten verletzt wurde,
4. die Vergabeakten der Ag beizuziehen und der ASt Akteneinsicht für die entscheidungsrelevanten Aktenbestandteile zu gewähren,
5. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären und die zur notwendigen Rechtsverfolgung entstandenen Kosten der ASt der Ag aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag gem. § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB ohne mündliche Verhandlung als unzulässig zu verwerfen,
2. hilfsweise, für den Fall, dass der Antrag zu 1. keinen Erfolg hat, den Nachprüfungsantrag gem. § 112 Abs. 1 Satz 3, 3. Var. GWB ohne mündliche Verhandlung als offensichtlich unbegründet zu verwerfen.

Nach Ansicht der Ag ist der Nachprüfungsantrag unzulässig.

Antragstellerin des Nachprüfungsantrags sei nicht die Bietergemeinschaft [...], sondern [...] persönlich. Dem Nachprüfungsantrag selbst sowie der als Anlage 6 dazu beigefügten „Ermächtigungserklärung“ vom 6. Mai 2015 sei zu entnehmen, dass [...] in Person den Nachprüfungsantrag als Prozessstandschafter gestellt habe. Eine gewillkürte Prozessstandschaft sei, wie das OLG Düsseldorf entschieden habe, grundsätzlich zulässig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13). Voraussetzung sei aber, dass eine wirksame Ermächtigung vorliege. [...] habe jedoch keine Vertretungsmacht, für die [...] rechtsgeschäftlich zu handeln. Ausweislich des Handelsregisters ([...]) seien nur die beiden persönlich haftenden Gesellschafter der [...], vertretungsbefugt. Dem Nachprüfungsantrag und seiner Anlage 6 lasse sich jedoch nicht entnehmen, dass [...] die Ermächtigungserklärung abgegeben hätten.

Eine wirksame Prozessstandschaft setze darüber hinaus voraus, dass ein schutzwürdiges Eigeninteresse des Prozessstandschafters bestehe. Ein schutzwürdiges Eigeninteresse bestehe dann, wenn die Bietergemeinschaft eines ihrer Mitglieder ermächtigt, für die

Bietergemeinschaft tätig zu werden. [...] sei jedoch kein Mitglied der Bietergemeinschaft. [...] habe somit kein schutzwürdiges Eigeninteresse.

Schließlich könne nur die Bietergemeinschaft als solche die Befugnis zur Stellung des Nachprüfungsantrags auf eines ihrer Mitglieder übertragen. Mit der Anlage 6 zum Nachprüfungsantrag sei jedoch nur eine Ermächtigungserklärung der [...] zu den Akten gereicht worden.

Die Bietergemeinschaft habe ihren Rügeobliegenheiten aus § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht genügt. Eine Rüge erhoben habe alleine die durch ihren Geschäftsführer, [...], vertretene [...]. Die Bietergemeinschaft habe vor der Stellung des Nachprüfungsantrags nicht gerügt. In der E-Mail vom 24. April 2015 habe die [...] auch nicht erkennen lassen, für die Bietergemeinschaft zu handeln.

Nach Ansicht der Ag ist die ASt nicht antragsbefugt. Diese habe es versäumt, eine Verletzung in eigenen Rechten geltend zu machen. Die Zuschlagschancen der ASt würden durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß nicht beeinträchtigt.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet. Der antragstellenden Bietergemeinschaft seien keine Informationen vorenthalten worden. Es sei alleine die [...] gewesen, die die Vergabeunterlagen angefordert habe und mit der im Vorfeld der Angebotsabgabe sämtliche Korrespondenz geführt worden sei. Daher sei die Ag nur verpflichtet gewesen, der [...] die Vergabeunterlagen sowie die Fragen-Antwortenkataloge zu übersenden. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, der Bietergemeinschaft die Fragen-Antwortenkataloge zur Verfügung zu stellen, habe nicht bestanden.

Im Übrigen sei davon auszugehen, dass der ASt der Inhalt der Fragen-Antwortenkataloge ohnehin bekannt gewesen sei. [...] sei Kommanditist der [...], die ebenfalls um Übersendung der Vergabeunterlagen gebeten habe. [...].

Selbst wenn ein Vergabeverstoß festgestellt werden sollte, würde der ASt hieraus – so die Ag in einem Schriftsatz vom 21. Mai 2015 - kein Schaden entstehen. Die zwischenzeitlich erfolgte Angebotswertung habe ergeben, dass das Angebot der ASt auszuschließen sei, weil nur ein Mitglieder der Bietergemeinschaft, die [...], den Nachweis erbracht habe, im Besitz einer Erlaubnis nach § 1 AÜG zu sein (Bekanntmachung, Ziff. 18). Eine Bietergemeinschaft sei nur dann zuverlässig, wenn sämtliche ihrer Mitglieder die Eignungsanforderungen erfüllten. Dies sei bei der [...] nicht der Fall.

Abweichend hiervon führte der Verfahrensbevollmächtigte der Ag allerdings im Schriftsatz vom 5. Juni 2015 unter Ziff. 3 aus, dass die ASt „ein Angebot eingereicht hat, das in jeder Hinsicht gewertet werden kann.“ Der behauptete Vergabeverstoß wäre daher kausal für eine Verschlechterung der Zuschlagschancen der ASt.

Im Übrigen verstoße die Bildung der Bietergemeinschaft gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB). Die Gründung einer Bietergemeinschaft sei nur dann kartellrechtsneutral möglich, wenn die beteiligten Unternehmen erst durch die Bildung der Bietergemeinschaft in die Lage versetzt werden, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Dies sei bei der [...] nicht der Fall, da diese bis zum 30. Juni 2015 alleiniger (interimsweiser) Vertragspartner der Ag gewesen sei.

c) Die ASt ist Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung vom 8. Juni 2015 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen.

d) Mit Hinweisschreiben der Vorsitzenden vom 10. Juni 2015 teilte die Vergabekammer den Verfahrensbeteiligten mit, unter Berücksichtigung der im Parallelverfahren (VK 2 – 35/15) gewonnenen Erkenntnisse der Auffassung zuzuneigen, dass die Vergabeunterlagen grundlegende Mängel aufweisen, und gewährte den Verfahrensbeteiligten nochmals rechtliches Gehör. Diese Mängel könnten nur behoben werden, indem das Vergabeverfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt und den Bietern Gelegenheit zu einer erneuten Angebotsabgabe (sog. „zweite Chance“) gegeben werde. Problematisiert werden in dem Hinweisschreiben die Forderung nach einer Arbeitnehmerüberlassungsgenehmigung sowie zwei der Zuschlagskriterien (Referenzen in [...]; Mitgliedschaft im Verband [...]).

Die Ag vertritt die Auffassung, die Vergabekammer habe mit dem Hinweis ihre Befugnisse überschritten. Die ASt habe die Zuschlagskriterien nicht zum Gegenstand ihres Nachprüfungsantrags gemacht. Zu einer ungefragten Fehlersuche sei die Vergabekammer nicht befugt. Jedenfalls sei insoweit Präklusion nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB eingetreten.

Nach der vorliegenden Leistungsvereinbarung spiele die Arbeitnehmerüberlassung keine Rolle. Die Ag habe auch davon abgesehen, von den Bietern insoweit Angaben zum Angebotspreis zu verlangen. Vor diesem Hintergrund sei die Arbeitnehmerüberlassung nicht kalkulationsrelevant. Entgegen der im Hinweisschreiben zum Ausdruck gebrachten Auffassung der Vergabekammer seien die Antworten auf die Bieterfragen Nr. 49/49a und Nr.

66 nicht widersprüchlich. Die Antwort auf die Bieterfrage Nr. 49/49a beziehe sich auf die aktuelle Situation, während die Antwort auf die Bieterfrage Nr. 66 die langfristige Planung der Ag widerspiegele. Bei einer Laufzeit von 4 bzw. optional 6 Jahren sei derzeit nicht absehbar, ob es zu einer Arbeitnehmerüberlassung kommen werde. Die Ag wolle sich aber die entsprechende Option offen halten.

Die Zuschlagskriterien seien ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Mitgliedschaft im [...], die im Rahmen der Wertung mit einem Punkt honoriert werden solle, sei der Sache nach ein Zertifikat, mit dem dokumentiert werde, dass die Einhaltung von Arbeitnehmerrechten durch den [...] kontrolliert werde.

Nicht zu beanstanden sei, dass Referenzen in [...] mit einem Punkt honoriert werden sollen. Für die Ag komme es darauf an, überprüfen zu können, ob eine Alarmverfolgung in 15 Minuten in [...] sichergestellt sei. Bei Bietern, die keine Referenzen in [...] nachweisen könnten, müsse die Ag davon ausgehen, dass sie die geforderte Alarmverfolgung in mind. 15 Minuten nicht gewährleisten könnten.

Die ASt hingegen meint, es sei mit § 114 Abs. 1 GWB vereinbar, dass die Vergabekammer in ihrem rechtlichen Hinweis die Vergaberechtswidrigkeit bestimmter Zuschlagskriterien aufgegriffen hat. Die in dem Hinweisschreiben geäußerten vergaberechtlichen Bedenken der Vergabekammer macht die ASt sich zu eigen.

4. Am 10. Juni 2015 beantragte die Ag die Einsichtnahme in die Verfahrensakte der Vergabekammer. Diese Akteneinsicht wurde am 12. Juni 2015 am Dienstsitz der Vergabekammer gewährt. In einem Schriftsatz vom 12. Juni 2015 stellte die Ag einen Antrag auf Gewährung von Einsichtnahme

in die Akten der Vergabekammer, aus denen ersichtlich ist, nach welchen Maßstäben der hauptamtliche Beisitzer und der ehrenamtliche Beisitzer bestimmt wurden.

Dem kam die Vergabekammer mit Schreiben vom 15. Juni 2015 nach.

5. Mit Schriftsatz vom 15. Juni 2015 stellte die Ag einen Antrag nach § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB, den Zuschlag auf das Angebot der Bg unter der auflösenden Bedingung der Bestandskraft der Entscheidung der Vergabekammer bzw. der Rechtskraft der Entscheidung des Beschwerdegerichts, des OLG Düsseldorf, nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Entscheidung über diesen Antrag erteilen zu dürfen. Diesen Antrag hat die Vergabe-

kammer mit Beschluss vom 24. Juni 2015 zurückgewiesen. Die nachfolgenden Anträge der Ag, die ablehnende Entscheidung aufzuheben, lehnte die Vergabekammer ab. Die Ag hat einen Antrag nach § 115 Abs. 2 Satz 6 GWB beim OLG Düsseldorf (Az.: VII-Verg 39/15) gestellt, über den das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 20. Juli 2015 aufgrund gravierender Mängel des Vergabeverfahrens abschlägig entschieden hat.

6. Die ASt nahm mit Schriftsatz vom 22. Juni 2015 zum Zuschlagsgestattungsantrag der Ag vom 15. Juni 2015 Stellung. Neben der Zurückweisung des Antrags der Ag nach § 115 Abs. 2 GWB beantragte die ASt,

der Ag auf Grundlage des § 115 Abs. 3 GWB zu untersagen, den Auftrag ab 01.07.2015 ohne wettbewerbliches Interimsvergabeverfahren unter Beteiligung der ASt wegen drohender Verletzung der Rechte der ASt auf andere Weise als durch vorzeitigen Zuschlag zu vergeben.

Die ASt machte u.a. geltend, es bestehe die Gefahr, die Ag werde die Sicherungsdienstleistungen ab dem 1. Juli 2015 de facto vergeben.

Diesen Antrag erklärte die ASt mit Schriftsatz vom 29. Juni 2015 für erledigt. Zur Begründung führte sie aus, dass nach ihrer Kenntnis die Ag mit [...] Mitarbeitern der ASt auf drei Monate befristete Arbeitsverträge abgeschlossen habe bzw. dies beabsichtige. Sofern die Ag den Auftrag in Eigenleistung erbringe, sei dies vergaberechtlich hinzunehmen.

Die Ag erklärte daraufhin mit Schriftsatz vom 30. Juni 2015 den Antrag nach § 115 Abs. 3 GWB für erledigt. Sie beantragt,

1. die Kosten des Verfahrens nach § 115 Abs. 3 GWB der ASt aufzuerlegen,
2. hilfsweise - für den Fall, dass die Vergabekammer entgegen der Auffassung der Ag nicht von einer übereinstimmenden Erledigungserklärung in Bezug auf den Antrag nach § 115 Abs. 3 GWB ausgehen sollte - , den Antrag zu verwerfen.

Die Ag meint, die ASt habe die Kosten des Antrags nach § 115 Abs. 3 GWB zu tragen, weil dieser unzulässig sei. Ein Nachprüfungsantrag gegen eine behauptete Interimsvergabe sei schon deshalb unzulässig, weil die Ag bislang kein Verfahren zur Vergabe eines Interimsauftrags eingeleitet habe.

7. Durch Beschluss vom 16. Juni 2015 ist die Beigeladene (Bg) zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg hat sich nicht zum Verfahren geäußert und erschien nicht zum zweiten Verhandlungstermin am 14. Juli 2015. Kenntnis von der bereits am 2. Juni 2015 erfolgten Versendung der Informationsschreiben (§ 101a GWB) erlangte die Vergabekammer erst aufgrund des Antrags der Ag nach § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB.
8. Am 14. Juli 2015 fand eine zweite mündliche Verhandlung statt, deren Zweck es insbesondere sein sollte, der erst am 16. Juni 2015 zum Verfahren hinzugezogenen Bg Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Der Verfahrensbevollmächtigte der Ag überreichte nach Eintritt in die mündliche Verhandlung einen Schriftsatz vom 14. Juli 2015, in dem er sämtliche Mitglieder der Vergabekammer für befangen erklärte. Unter Hinweis auf § 47 Abs. 2 ZPO analog wurde die Verhandlung wegen der ansonsten gegebenen Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens fortgesetzt.

Der Befangenheitsantrag wurde am 13. August 2015 zurückgewiesen.

9. Nach dem Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Juli 2015 gemäß § 115 Abs. 2 S. 6 GWB hat die Vergabekammer die Ag unter Fristsetzung bis zum 4. August 2015 mit Schreiben vom 31. Juli 2015 um Mitteilung gebeten, ob die Ag angesichts der Rechtsausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf beabsichtigt, das Vergabeverfahren im Wege einer Abhilfeentscheidung zu korrigieren. Die Ag erbat aufgrund der Nichterreichbarkeit des Geschäftsführers der Ag, der sich bis zum 9. August 2015 auf Geschäftsreise [...] befinde, eine Fristverlängerung bis zum 14. August 2015, die von der Vergabekammer gewährt wurde. Mit Schriftsatz vom 14. August 2015 teilte die Ag mit, auch angesichts der Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf an ihrem Antrag, den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen bzw. diesen zurückzuweisen, festzuhalten, zumal das Oberlandesgericht sich nicht mit der Frage befasst habe, ob die Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozessstandschaft erfüllt gewesen seien. Angesichts eines fehlenden schutzwürdigen Eigeninteresses von [...], das Voraussetzung für die Zulässigkeit der Prozessstandschaft sei, sei dies zu verneinen. Ziel der Ag sei es, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen, was die Vergabekammer ermöglichen könne, indem sie den Nachprüfungsantrag verwerfe. Sowohl die Vergabekammer als auch das Oberlandesgericht hätten die Rechtsschutzfunktion des Nachprüfungsverfahrens vollständig aus den Augen verloren und den Amtsermittlungsgrundsatz überdehnt. Im Übrigen habe sich das konkrete Beschaffungsvorhaben erledigt, weil der vorgesehene Vertragsbeginn am 1. Juli 2015 nicht mehr eingehalten werden könne, so dass sich auch das Nachprüfungsverfahren nach § 114

Abs. 2 S. 2 GWB erledigt habe. Das Beschaffungsvorhaben der Ag richte sich nämlich nicht auf die Erbringung von Sicherungsdienstleistungen für einen Zeitraum von vier bis maximal sechs Jahren, sondern sei auf die Erbringung von Sicherungsdienstleistungen in dem Zeitraum vom 1. Juli 2015 bis zum 30. Juni 2019 mit einer Verlängerungsoption gerichtet.

Die in der zweiten mündlichen Verhandlung am 14. Juli 2015 überreichten, nicht nachgelassenen Schriftsätze der Ag vom selben Tag, mit denen sie unter Berufung auf eine Auskunft von [...] das Angebot der ASt wegen unzutreffender Angaben zum Umsatz ausschließt, blieben bei der Entscheidung unberücksichtigt; gleiches gilt für den diesbezüglichen Schriftsatz der ASt vom 15. Juli 2015. Wie das OLG Düsseldorf im Beschluss vom 20. Juli 2015 bereits deutlich gemacht hat, kommt es auf einen Ausschluss der ASt wegen mangelnder Eignung nicht mehr an, da bei fortbestehender Beschaffungsabsicht eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens erforderlich wird, der ASt mithin eine zweite Chance auf Zuschlag durch Einreichung eines überarbeiteten Angebots zukommt.

10. Durch Verfügungen der Vorsitzenden vom 10. Juni, 2. Juli und 21. Juli 2015 wurde die Entscheidungsfrist verlängert, zuletzt bis zum 21. August 2015.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Vergabekammer vorlag, wird ergänzend Bezug genommen. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Ag und der ASt vom 17. August 2015 blieben bei der Entscheidung unberücksichtigt.

II.

Das Verfahren über den Antrag der ASt nach § 115 Abs. 3 GWB ist aufgrund der Erledigungserklärung beendet. Zu entscheiden ist insoweit nur noch über die Pflicht zur Tragung der Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) vor der Vergabekammer sowie über die Pflicht zur Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung bzw. Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten (dazu unter sub. III).

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft.

aa) Bei den ausgeschriebenen Sicherheitsdienstleistungen handelt es sich um nachrangige Dienstleistungen i.S.v. § 1 EG Abs. 3 VOL/A. Dabei kann im Ergebnis offen bleiben, ob die ausgeschriebenen Dienstleistungen, wie die Ag meint (Vergabevermerk Nr. 2, Rn. 3), in die Kategorie der „sonstigen Dienstleistungen“ im Sinne der Anlage 1, Teil B, Rn. 27 zur VgV fallen oder aber als „Schutzdienst“ im Sinne der Anlage 1, Teil B, Rn. 23 zu qualifizieren sind (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Februar 2014, VII-Verg 33/13 zu Pforten- und Kontrolldiensten). Der Vierte Teil des GWB ist aufgrund der Überschreitung des Schwellenwerts jedenfalls anwendbar, denn die einschlägigen Vorschriften der §§ 100 ff. GWB sehen in Bezug auf nachrangige Dienstleistungen keine Ausnahme vor. Der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen ist damit eröffnet.

bb) Der Statthaftigkeit steht auch nicht entgegen, dass etwa kein Vergabeverfahren mehr existent wäre. Zwar teilt die Ag mit Schriftsatz vom 14. August 2015 mit, das konkrete Beschaffungsvorhaben hätte sich erledigt, weil ihr Bedarf auf die Erbringung von Sicherungsdienstleistungen in dem konkreten Zeitraum vom 1. Juli 2015 bis zum 30. Juni 2019 mit einer Verlängerungsoption gerichtet sei. Andererseits teilt die Ag aber im selben Schriftsatz mit, dass ihr Begehr nach wie vor darauf gerichtet ist, der Bg den Zuschlag zu erteilen, wofür die Vergabekammer mit einer Verwerfung des Nachprüfungsantrags den Weg frei machen könne. Da die Ag des Weiteren auch angesichts der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Juli 2015 keinen Bedarf für eine Abhilfe sieht, ergibt sich aus der Gesamtschau der Einlassungen der Ag, dass sie im Falle einer Verwerfung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer bzw. durch das Oberlandesgericht den Zuschlag an die Bg erteilen würde. Das Vergabeverfahren ist damit noch existent und nicht erledigt, da eine „Erledigung“ des Vergabeverfahrens –um dessen Beendigung in der Terminologie der Ag so zu bezeichnen- nur mit Zuschlag oder Aufhebung eintritt.

b) Entgegen der Auffassung der Ag sind Bedenken im Hinblick auf die Prozessführungsbefugnis nicht zu erheben. Aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers war erkennbar, dass [...], der im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht anwaltlich vertreten war, den Nachprüfungsantrag als Vertreter der Bietergemeinschaft und mithin der ASt stellen wollte. Zur Vertretung war er auch befugt:

Ausweislich der dem Angebot beigelegten vorformulierten Bietergemeinschaftserklärung hat das Angebot abgegeben eine Bietergemeinschaft, bestehend aus der [...]. Als den für das Vergabeverfahren sowie den Abschluss und die Durchführung des Vertrages bevollmächtigten Vertreter weist die Bietergemeinschaftserklärung die [...] aus.

Alleiniger Geschäftsführer [...]. Als solcher ist er von Gesetzes wegen befugt, die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

Bei dem weiteren Mitglied der Bietergemeinschaft, der [...], handelt es sich um eine Gesellschaft in der Rechtsform der [...]. Eine (Personen-) Gesellschaft in der Rechtsform der [...] zeichnet sich typischerweise dadurch aus, dass der persönlich haftende Gesellschafter, d.h. der Komplementär, keine natürliche Person ist, sondern eine GmbH. Zweck dieser im Rechtsverkehr gebräuchlichen gesellschaftsrechtlichen Konstruktion ist es, die Haftung der natürlichen Personen auszuschließen. Die [...] wird jeweils einzeln vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter, [...], und die [...] (Anlage Agg2). Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der ASt ist [...] Geschäftsführer der [...]. In seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der [...] qua Gesetz befugt, mittelbar - über [...] - die [...] gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG).

Ausgehend hiervon ist festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag im Namen der Bietergemeinschaft gestellt wurde, die auch das Angebot abgegeben hat. Wie bereits ausgeführt, ist [...] geschäftsführungsbefugt sowohl für die [...] als auch – mittelbar [...] – für die [...]. Da die [...] darüber hinaus eine „Ermächtigungserklärung“ dem Nachprüfungsantrag beigelegt hat (Anlage 6 zum Nachprüfungsantrag), ist [...] zur Prozessführung für die Bietergemeinschaft [...] befugt.

- c) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Das erforderliche Interesse am Auftrag hat sie durch ihre Angebotsabgabe hinreichend dokumentiert. Indem die ASt geltend macht, nicht alle für die Kalkulation relevanten Informationen erhalten zu haben, macht sie, die Richtigkeit ihres Vortrags unterstellt, eine Ungleichbehandlung gegenüber ihren Wettbewerbern und damit eine Verletzung drittschützender Normen geltend. Durch diese Verstöße droht ihr die Entstehung eines Schadens.
- d) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB) genügt. Es trifft zwar zu, dass die Rüge vom 24. April 2015 ausschließlich von der [...] erhoben worden ist. Einer erneuten

Rügeerhebung durch die antragstellende Bietergemeinschaft bedurfte es jedoch nicht. Sinn und Zweck der Rügeerhebung ist es, dem öffentlichen Auftraggeber im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens die Gelegenheit zu geben, evtl. Fehler frühzeitig zu erkennen und zu beheben. Die Ag hat jedoch die Bieter wissen lassen, *„alle Rügen zu sammeln, ausführlich zu prüfen und danach einheitlich über die Behandlung der Rügen zu entscheiden.“* Die Bietergemeinschaft [...] ist nach Angaben der ASt erst am 25. April 2015 gegründet worden, und damit kurz vor Ablauf der Angebotsabgabefrist (Montag, 27. April 2015). Selbst dann, wenn die Bietergemeinschaft unmittelbar nach ihrer Gründung eine eigene Rüge wegen der ihr nicht übermittelten Fragen-Antwortenkataloge erhoben hätte, wäre nach der vorstehend zitierten Äußerung seitens der Ag nicht zu erwarten gewesen, dass die Ag noch vor Ablauf der Angebotsabgabefrist auf die Rüge reagiert. Aus der Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers konnte die von der [...] erhobene Rüge daher ohne Weiteres der Bietergemeinschaft zugerechnet werden.

- e) Die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen.

Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB wird nur in Lauf gesetzt, wenn der öffentliche Auftraggeber dem Bieter eine sog. Nichtabhilfemitteilung zukommen lässt. Vorliegend gab es keine Nichtabhilfemitteilung.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die ASt wird dadurch in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt, indem ihr nicht alle Fragen-Antwortenkataloge zur Verfügung gestellt wurden. Darüber hinaus ist der Nachprüfungsantrag auch deshalb begründet, weil die bekannt gemachten Vorgaben zur Erlaubnis nach § 1 AÜG vergaberechtswidrig sind. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag das Vergabeverfahren nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen.

- a) Der Nachprüfungsantrag scheitert nicht bereits daran, dass die [...] und die [...] sich zu einer nach § 1 GWB unzulässigen Bietergemeinschaft zusammen geschlossen hätten.

Die Bildung einer Bietergemeinschaft kann gegen § 1 GWB verstoßen, wenn sie eine spürbare Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Die Bietergemeinschaft muss daher grundsätzlich darlegen, dass ihre Bildung nicht gegen § 1 GWB verstößt. Derartige Angaben muss die Bietergemeinschaft allerdings erst auf eine entsprechende Anforderung des Auftraggebers machen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.

Januar 2015, VII-Verg 31/14 zur Rechtslage nach VOB/A). Bislang hat die Ag die ASt nicht zu einer entsprechenden Erläuterung aufgefordert.

Im Übrigen geht aus dem Vortrag der ASt hervor, dass die [...] mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage gewesen wäre, ein eigenes Angebot abzugeben. Denn nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag besitzt die [...] keine Erlaubnis nach § 1 AÜG (Bekanntmachung, Ziff. 18). Nach der von der Ag noch im Schriftsatz vom 21. Mai 2015 vertretenen Auffassung hätte die Nichtvorlage der Erlaubnis nach § 1 AÜG zum Angebotsausschluss führen müssen; abweichend hiervon scheint die Ag im Schriftsatz vom 5. Juni 2015 allerdings nunmehr die Meinung zu vertreten, das Angebot der ASt sei wertbar. Kann aber ein Bieter die vorgegebenen Eignungsanforderungen nur dann erfüllen, wenn er mit einem anderen Unternehmen eine Bietergemeinschaft eingeht, liegt eine kartellrechtsneutrale Vereinbarung vor, welche die Teilnahme am Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht.

- b) Es kann nicht festgestellt werden, dass die Fragen-Antwortenkataloge der ASt zugegangen sind.

Die Frage, ob ein vom öffentlichen Auftraggeber versandter Fragen-Antwortenkatalog dem Bieter zugegangen ist, beurteilt sich nach dem entsprechend anwendbaren § 130 BGB. Nach § 130 Abs. 1 BGB wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, bei Abgabe in dessen Abwesenheit in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ihm zugeht. Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Auf evtl. Hindernisse aus seinem Bereich kann sich der Empfänger grundsätzlich nicht berufen, weil er diesen durch geeignete Maßnahmen begegnen kann und muss. Zum Bereich des Empfängers gehören auch die von ihm bereitgehaltenen Einrichtungen, wie z.B. ein E-Mail-Postfach (Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. (2015), § 130, Rn. 5 m.w.N.).

Vorliegend sahen die Bewerbungsbedingungen in „Kapitel B - Ablauf des Vergabeverfahrens“ unter „I. - Rückfragen“ vor, dass evtl. Rückfragen ausschließlich per E-Mail an den Verfahrensbevollmächtigten der Ag zu richten waren. Letzter Termin für die Rückfragen sollte der 1. April 2015 sein.

[...] forderte am 19. März 2015 per E-Mail die Vergabeunterlagen an. Dabei benutzte er ein E-Mail-Konto, das in der Kopfzeile [...] ausweist, in der Fußzeile hingegen zugleich auch die E-Mail-Adresse [...]. Den Ausführungen der ASt zufolge handelt es sich bei dem in der Kopfzeile genannten E-Mail-Konto um ein besonders gesichertes Intranet-E-Mail-Konto, von dem aus zwar E-Mails nach „draußen“, d.h. ins World Wide Web, abgesendet werden können, aber keine E-Mails von dort empfangen werden können.

Tritt der Erklärungsempfänger im Rechtsverkehr mit seiner E-Mail-Adresse auf, gehen ihm Mitteilung zu, wenn sie in seiner Mailbox oder der seines Providers abrufbar gespeichert sind (Palandt, a.a.O., Rn. 7a). Die ASt muss sich folglich entgegenhalten lassen, bei der Anforderung der Vergabeunterlagen eine E-Mail-Adresse verwendet zu haben, die aufgrund eigener technischer Vorkehrungen der ASt keinen Empfang ermöglicht.

Allerdings erkundigte sich die ASt am Folgetag, dem 20. März 2015, bei der Ag nach dem Verbleib der Vergabeunterlagen. Über den Inhalt des mit der Mitarbeiterin des Verfahrensbevollmächtigten, [...], geführten Telefonats gibt es unterschiedliche Aussagen. Während [...] behauptet, er habe [...] darum gebeten, sämtliche Korrespondenz zukünftig nur noch an die E-Mail-Adresse [...] zu richten, geht aus der Vergabeakte nur folgende, per E-Mail versandte Notiz der [...] an den Verfahrensbevollmächtigten der Ag hervor:

„Haben unsere gestrige E-Mail nicht bekommen, weil sie Probleme mit dem Server haben. Ich habe sie ihm noch einmal gesandt.“

Die Vergabeunterlagen wurden der [...] sodann noch am 20. März 2015 übersandt. Abweichend zu der E-Mail vom Vortag richtete die Sekretärin des Verfahrensbevollmächtigten der Ag die E-Mail jedoch nunmehr an die E-Mail-Adresse [...]. Da sie weder im weiteren Tagesverlauf des 20. März 2015 noch an einem der nachfolgenden Tage eine weitere Rückmeldung seitens der ASt erhielt, konnte die Ag davon ausgehen, dass es bei der Übersendung an diese E-Mail-Adresse keine Probleme gegeben hat oder geben würde. Ausgehend hiervon erhebt sich die Frage, warum die Ag nicht dabei geblieben ist, diese E-Mail-Adresse für die Versendung der zeitlich nachfolgenden Fragen-Antworten-Kataloge zu verwenden, sondern wieder die ursprüngliche Adresse [...] benutzte, die sich als zumindest temporär unzuverlässig erwiesen hatte. Etwaige Hinweise zu den diesbezüglichen Erwägungen der Ag lassen sich der Vergabeakte nicht entnehmen.

Hinzu kommt, dass sämtliche Sendeprotokolle der an die ASt gerichteten E-Mails den Hinweis enthielten: „Vom Zielserv er wurde keine Empfangsbenachrichtigung gesendet.“ Dieser Hinweis in den Sendeprotokollen hätte der Ag Veranlassung geben können und müssen, sich nach dem Verbleib der Unterlagen zu erkundige. Dies unterblieb.

Der Ag ist nicht darin zu folgen, der ASt sei das Wissen der [...] zuzurechnen. Dem Vortrag der Ag zufolge ist [...] Kommanditist der Sicherheit Nord. Ein Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar (§ 171 Abs. 1 HGB). Von der Führung der Geschäfte sind Kommanditisten ausgeschlossen (§ 164 HGB). In Ermangelung weiteren Sachvortrags der Ag ist nicht ersichtlich, inwieweit der ASt das Wissen der [...] zuzurechnen wäre. Im Übrigen sprechen auch die tatsächlichen Umstände dagegen, dass [...] über die [...] überhaupt Kenntnis von den Inhalten der Fragen-Antwortenkataloge gehabt hat. So hat die Ag die Bieter auf die Frage Nr. 61 hin gebeten, dem Angebot zusätzlich das Formblatt „Vergütung für Vorhaltekosten von Handfunkgeräten“ beizufügen. Nach Angaben der ASt hat sie dieses Formblatt dem Angebot deshalb nicht beigelegt, weil sie von der entsprechenden Forderung keine Kenntnis gehabt habe.

Die Beweislast für den Zugang trägt derjenige, der sich hierauf beruft. Für den Zugang einer E-Mail kann möglicherweise eine Eingangs- oder Lesebestätigung einen Anscheinsbeweis begründen (Palandt, a.a.O., Rn 21). Eine Eingangs- oder Lesebestätigung hat die Ag nicht angefordert. Wie bereits ausgeführt, geht aus dem Sendeprotokoll vielmehr hervor, dass der Zielserv er keine Empfangsbenachrichtigung gesendet hat.

Jedenfalls ist es der Ag nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Zugang der Fragen-Antwortenkataloge zu berufen.

Zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den jeweiligen Bietern besteht spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem diese die Ausschreibungsunterlagen anfordern, ein Vertrauensverhältnis. Dieses verlangt gem. § 241 Abs. 2 BGB eine gegenseitige Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils (OLG München, Beschluss vom 15. März 2012, Verg 2/12, NZBau, 2012, 460, 461). Dieser Verpflichtung hat die Ag, wie vorstehend erläutert, nicht genügt. Durch einen einfachen Anruf bei [...] hätte die Ag klären können, ob nach wie vor Empfangsprobleme bestehen oder aber die Fragen-Antwortenkataloge zugegangen sind.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass nicht nachgewiesen werden kann, der ASt seien die insgesamt vier Fragen-Antwortenkataloge zugegangen. Dadurch ist der ASt ein Schaden entstanden. Denn ihr wurden deshalb kalkulationsrelevante Informationen nicht zur Verfügung gestellt. Dazu gehören u.a. die Ausführungen der Ag zur Arbeitnehmerüberlassung (vgl. nachfolgend sub b).

- c) Ohnehin wird die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen haben, so dass es auf den Zugang des Fragen-Antwort-Katalogs nicht mehr ankommt. Die Forderung, zum Nachweis der Eignung eine Erlaubnis nach § 1 AÜG vorzulegen, ist nämlich angesichts des ausgeschriebenen Auftrags nicht gerechtfertigt und damit mit Vergaberecht unvereinbar. Hierzu ist einmal vollumfänglich auf die Ausführungen des OLG Düsseldorf im Beschluss nach § 115 Abs. 2 S. 6 GWB vom 20. Juli 2015 zu verweisen, das sich bereits dezidiert mit dieser Vorgabe befasst hat. Zusätzlich sind die aufgestellten Vorgaben intransparent. Ergänzend zum Beschluss des Oberlandesgerichts ist Folgendes auszuführen:

(1) Die Ag hat in ihrem Vergabevermerk nicht dokumentiert, inwiefern die Vorlage der Erlaubnis durch den Auftragsgegenstand geboten ist. Sie hat dazu inhaltlich nicht Stellung genommen. Im Parallelverfahren (VK 2 – 35/15) wies die Ag insbesondere darauf hin, dass damit v.a. rechtlichen Unsicherheiten Rechnung getragen werden solle. Die rechtliche Unsicherheit resultiere v.a. daraus, dass nicht auszuschließen sei, dass sie den Mitarbeitern des Auftragnehmers im Einzelfall Weisungen erteile. Zu befürchten sei, dass die Sozialversicherungsträger dies als erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung qualifizieren würden.

Diese Begründung vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen.

Gegenstand der Ausschreibung ist vorliegend ein Dienstleistungsvertrag. Bei einem Dienstleistungsvertrag organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst; er bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste verantwortlich. Bei der Arbeitnehmerüberlassung dagegen überlässt er dem Vertragspartner geeignete Arbeitskräfte, die dieser nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzt (BAG, NJW 1979, 2636, Leitsatz 1). Eine Arbeitnehmerüberlassung erfolgt im Regelfall aufgrund eines Dienstverschaffungsvertrags (Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, Einf. vor § 611, Rn. 38). Es handelt sich bei

der Arbeitnehmerüberlassung, auch als Zeitarbeit, Temporärarbeit, Leiharbeit, Mitarbeiterüberlassung oder Personalleasing bezeichnet (vgl. Wikipedia, Arbeitnehmerüberlassung), um ein im Vergleich zur Erteilung eines Dienstleistungsauftrags gänzlich anderes Rechtsverhältnis, was sich auch vergaberechtlich darin widerspiegelt, dass die „Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung“ in Ziffer 22 des Anhangs I B als eigenständige Kategorie einer nachrangigen Dienstleistung aufgeführt ist, bei der die Vermittlung im Vordergrund steht.

Vorliegend erbringt ausweislich Ziff. 10.9 der Vertraglichen Leistungsvereinbarung der Auftragnehmer die ausgeschriebenen Leistungen als selbständiger Unternehmer in eigener Verantwortung. Das Direktionsrecht über die eingesetzten Personen obliegt danach „ausschließlich“ dem Auftragnehmer. Lediglich bei Gefahr im Verzug ist nach der Vertraglichen Leistungsvereinbarung die Ag berechtigt, direkte Weisungen zu erteilen. Sämtliche anderen Anweisungen erfolgen über den vor Ort anwesenden Vertreter des Auftragnehmers, der diese wiederum weitergibt an das ausführende Personal und die Auftragsausführung organisiert. Die Regelungen in Ziff. 10.9 der Vertraglichen Leistungsvereinbarung belegen, dass gerade keine Arbeitnehmerüberlassung geplant ist. Denn Arbeitnehmerüberlassung zeichnet sich dadurch aus, dass das Weisungsrecht auf den Entleiher – vorliegend also die Ag – übergehen würde. Als einzigen Ausnahmefall führt die Vertragliche Leistungsvereinbarung jedoch nur Gefahr im Verzug auf. Es ist damit schon auf der Basis der Vergabeunterlagen nicht erkennbar, dass hier überhaupt eine Arbeitnehmerüberlassung nachgefragt wird; danach ist das Gegenteil der Fall, nämlich die Erbringung der Bewachungsdienstleistungen durch den Auftragnehmer selbst. Der benannte Ausnahmefall der Gefahr im Verzug, der eine direkte Weisung im Einzelfall seitens der Ag an einen Mitarbeiter des Auftragnehmers über den Kopf des vor Ort anwesenden Vertreters des Auftragnehmers hinweg rechtfertigen soll, dürfte kaum zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung führen, die – um eine Ordnungswidrigkeit nach dem AÜG zu vermeiden – eine entsprechende Genehmigung voraussetzt; andernfalls müsste bei jedem Auftrag vorsorglich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nachgefragt werden, denn bei Gefahr im Verzug kann eine im Einzelfall erteilte direkte Weisung nie ausgeschlossen werden. § 1 Abs. 3 Ziffer 2 a) AÜG sieht im Übrigen vor, dass die Vorschriften des AÜG (mit einer hier nicht relevanten Ausnahme im Baugewerbe) keine Anwendung finden „zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird“. Da es sich sowohl bei der Ag als auch bei dem zukünftigen Dienstleister um Arbeitgeber handelt, dürfte die Anwendung

des AÜG im Fall der ausnahmsweisen direkten Weisungserteilung bei Gefahr im Verzug erst recht ausgeschlossen sein.

Ist aber eine Arbeitnehmerüberlassung im vorliegenden Verfahren aufgrund des Charakters des ausgeschriebenen Vertrags als reiner Dienstleistungsauftrag nicht nachgefragt, so darf eine entsprechende Erlaubnis in Ermangelung eines Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand nicht verlangt werden (zum Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand als Kriterium, an dem die Eignungsanforderungen zu messen sind OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2014 - Verg 30/14). Die wettbewerbsverengende Wirkung, die von dieser Eignungsvorgabe ausgeht, ist wegen des fehlenden Zusammenhangs nicht zu rechtfertigen. Wenn die Ag die Überlassung von Auftragnehmern nachfragen möchte, so muss sie dies auch so ausschreiben; dann wäre selbstverständlich auch die Forderung nach einer entsprechenden Erlaubnis legitim und notwendig.

(2) Selbst wenn man aber die Erforderlichkeit einer Erlaubnis nach § 1 AÜG als notwendig für die Auftragsausführung unterstellen wollte, so hat die Ag die hier für die Bieter erforderliche Transparenz nicht hergestellt. Die Erforderlichkeit einer Erlaubnis nach § 1 AÜG war Gegenstand mehrerer Bieterfragen:

In Bieterfrage 49/49a) wollte ein Bieter wissen, ob der im Fall von Krankheit oder Urlaub der Mitarbeiter der Ag vorgesehene Einsatz von Mitarbeitern des Auftragnehmers auf Grundlage von Arbeitnehmerüberlassung erfolgen solle. Hierauf antwortete die Ag:

„Nein. Besetzung durch eingewiesene Mitarbeiter/innen der Stammbesetzung des Objektes.“

Mit Bieterfrage Nr. 66 wollte ein Interessent wissen, „für welche Positionen gemäß Mitarbeiterqualifikationsanforderung“ die Entleihungen seitens der Ag geplant sind. Die Ag antwortete auf diese Frage:

„Langfristig sollen Arbeitsspitzen sowie Zeiten von Urlaub und Krankheit, die nicht vom eigenen Personal aufgefangen werden können, im Wege der Arbeitnehmerüberlassung abgedeckt werden. Einzelheiten stehen zurzeit noch nicht fest.“

Diese Aussagen sind in sich widersprüchlich, denn einerseits wurde geantwortet, dass auch bei Krankheit oder Urlaub der eigenen Mitarbeiter der Ag die eingewiesene „Stammbesetzung des Objekts“, also die eigenen Mitarbeiter der Ag die Vakanzen ausfüllen sollten (so Antwort

49/49 a), andererseits aber langfristig doch gerade in diesen Fällen Vakanzen über Arbeitnehmerüberlassung abgedeckt werden sollen, wobei Einzelheiten noch nicht feststünden, so Antwort 66. Für die Bieter war somit weder aus den Regelungen in der Vertraglichen Leistungsvereinbarung noch aufgrund der Antworten auf die Bieterfragen erkennbar, ob überhaupt und ggf. in welchem Umfang eine Arbeitnehmerüberlassung erforderlich werden würde.

Auch die von der Ag während des Nachprüfungsverfahrens zur Arbeitnehmerüberlassung gemachten Aussagen lassen die nötige Klarheit vermissen. Im Schriftsatz vom 16. Juni 2015 führt die Ag ausdrücklich aus (ebenda, S. 7, vorletzter Absatz):

„Nach dieser Leistungsvereinbarung spielt die Arbeitnehmerüberlassung keine Rolle.“

Ebenfalls im Schriftsatz vom 16. Juni 2015 teilt die Ag weiter mit, dass die Antwort auf Frage 49/49a die aktuelle Situation, während die Antwort auf Frage 66 die langfristige Planung, d.h. die ferne Zukunft, widerspiegele (Schriftsatz a.a.O., S. 8, 1. Absatz). Diese Differenzierung war aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers nicht ohne weiteres erkennbar.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Vergabereife, denn die Ag hat in Antwort 66 darauf verwiesen, dass Einzelheiten zurzeit noch nicht feststünden. Andererseits ist aber die Frage nach der Arbeitnehmerüberlassung kalkulationsrelevant für die Bieter, da im Fall der Arbeitnehmerüberlassung die Personalkosten anders zu kalkulieren sind als im Fall der Abwicklung eines Dienstleistungsauftrags mit eigenen, nicht ausgeliehenen Mitarbeitern des Dienstleisters. Sollen, wie nach den Einlassungen der Ag in Frage 66 für Urlaubs-/Krankheitszeiten nahe gelegt, möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt Arbeitnehmer entliehen werden, so muss dies – eine Aussage diesbezüglich fehlt- nach vernünftiger Überlegung durch zusätzliche Mitarbeiter des Dienstleisters geschehen, da die regelmäßigen Mitarbeiter ja bereits mit ihren dauerhaften Aufgaben betraut sind. Der Verleihstundensatz ist aber – ohne dass es vorliegend auf Details ankäme - gänzlich anders zu kalkulieren und nicht identisch mit dem Entgelt der Arbeitnehmer, das der Arbeitgeber, hier der zukünftige Auftragnehmer, seinen Mitarbeitern bei Abwicklung eines Dienstleistungsauftrags zu bezahlen hat. Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass durch den Entleiher Arbeitskräfte vorzuhalten sind, die regelmäßig nicht durchgängig zum Einsatz kommen; in den Verleihstundensatz muss daher ein Standardsatz für die Lohnzahlung in verleihfreien Zeiten einkalkuliert werden (so z.B. Ochel, Wolfgang: *„Hartz and more: Zum Abbau der Arbeitslosigkeit durch Leiharbeit“*, in:

IFO-Schnelldienst 1/2003, S. 21, 22; allgemein zur Thematik der Stundensatzkalkulation bei Arbeitnehmerüberlassung Wikipedia, Arbeitnehmerüberlassung, mit einem Kalkulationsschema des IFO-Instituts aus dem Jahr 2003, welches dem Grundsatz nach auch heute noch gilt). Wenn die Ag beabsichtigt, im Zuge der maximal sechsjährigen Laufzeit Leiharbeiter anzufordern, so hätte sie aufgrund der Unterschiedlichkeiten korrekterweise zwei Verträge ausschreiben müssen, Dienstleistungsauftrag und Leiharbeitsvertrag. Wenn aber der Einsatz von Leiharbeitern derzeit nicht feststeht und die Ag keine belastbare Aussage dazu treffen kann, was die Antworten der Ag auf die Bieteranfragen nahelegen, so muss die Ag zu einem späteren Zeitpunkt, nach Klarheit über diese Frage und damit nach Herstellung von Vergabereife, eine neue Ausschreibung durchführen. Unzulässig ist es aber, jetzt die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zu fordern ohne Aussage über Zeitpunkt und Umfang nachgefragter Leiharbeiter; eine ohne weitere Ausschreibung getätigte Anforderung von Leiharbeitern würde eine unzulässige De-facto-Vergabe darstellen, da die vorliegende Ausschreibung diesbezüglich gerade nichts hergibt, die Leiharbeit also nicht bereits ausgeschrieben ist. Auch wenn die Ag meinen sollte, für die Leiharbeit sollten keine zusätzlichen Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden, sondern Vakanzen sollten auf Basis des ausgeschriebenen Vertrags durch die bereits im Einsatz befindlichen Mitarbeiter des Dienstleisters mit abgedeckt werden, so wären die Bieter, die ihr Angebot ja auf der Basis der vorhandenen Informationen zu kalkulieren hatten, zu einer Art Mischkalkulation gezwungen. Unabhängig von der Frage, inwieweit dies überhaupt möglich ist, wären aber auch dazu belastbare Angaben über die Fälle, wann Arbeitnehmerüberlassung gewünscht ist und in welchem Umfang sie relevant werden soll, notwendig gewesen, um eine seriöse Kalkulation zu ermöglichen. Wenn die Ag beabsichtigte, während der insgesamt maximalen Vertragslaufzeit von sechs Jahren Leiharbeiter vom Auftragnehmer anzufordern, so hätte die Ag vollumfänglich deutlich machen müssen, in welchem Rahmen dies stattfinden würde; sie hätte hier ggfs. zwei unterschiedliche Verträge – einmal einen Dienstleistungsvertrag, einmal einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag – ausschreiben müssen.

Der ASst entsteht durch die unzulänglichen Vorgaben zur Arbeitnehmerüberlassung auch ein Schaden, da ihr eine sachgerechte Angebotskalkulation unmöglich gemacht worden ist.

- d) Was die Zuschlagskriterien „*Referenzen in [...]*“ und „*Mitgliedschaft im [...]*“ anbelangt, so hatte die Vergabekammer diese nach § 110 Abs. 1 GWB mit richterlichem Hinweis vom 10. Juni 2015 von Amts wegen thematisiert. Dies war sachgerecht und erfolgte im Interesse der Ag, um für den Fall, dass diese beiden Kriterien letztendlich als vergaberechtswidrig

anzusehen sein sollten, eine Korrektur im Zuge der ohnehin aufgrund der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gebotenen Zurückversetzung des Vergabeverfahrens zu ermöglichen und damit erneuten, auf diese Aspekte gestützten Nachprüfungsanträgen gegen eine korrigierte Ausschreibung vorzubeugen. Die Ag hat mit ihrem gegen die Vergabekammer gerichteten Befangenheitsantrag, der u.a. auf eine Überschreitung des Amtsermittlungsgrundsatzes infolge ungebeter Fehlersuche gestützt wurde, jedoch deutlich gemacht, dass sie ein Aufgreifen von Amts wegen nicht wünscht. Da, worauf die Ag hinweist, die ASt selbst jedoch offenbar keine Probleme mit diesen Kriterien hat, sieht die Vergabekammer davon ab, über diese Aspekte von Amts wegen zu entscheiden. Allerdings hat das OLG Düsseldorf sich im Beschluss vom 20. Juli 2015 hierzu geäußert.

Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen, die beanstandeten Vorgaben entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu korrigieren und den Bietern die Möglichkeit einer erneuten Angebotsabgabe zu geben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG.

In Bezug auf den Antrag der ASt nach § 115 Abs. 3 GWB werden die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Ag notwendigen Aufwendungen der ASt auferlegt. Die Entscheidung, wer im Fall der Rücknahme oder anderweitigen Erledigung die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, erfolgt gemäß § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB nach billigem Ermessen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Januar 2012, X ZB 3/11). Die ASt hat nicht hinreichend dargetan, inwieweit Rechte „auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag“ gefährdet werden könnten. Der Antrag wäre demnach voraussichtlich unbegründet gewesen. Der Aufwand für das Verfahren nach § 115 Abs. 3 GWB ist mit 10 % zu bewerten.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der ASt und der Ag war jeweils notwendig.

Die Bg ist weder an der Tragung der Kosten noch an der Tragung der Aufwendungen zu beteiligen, weil weder die ASt einen Interessengegensatz ihr gegenüber gebildet hat noch die Bg sich zum Verfahren geäußert hat.

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 Beschwerdebegründung 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.