Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 34/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

wegen der Vergabe „Rahmenvereinbarung zu Druck, Konfektionierung, Beanschriftung und Versand […] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Merath auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 2017 am 9. Mai 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf Grundlage der vorliegenden Vergabeunterlagen den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in den Stand vor Bekanntmachung zurück zu versetzen.

2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte […] die Vergabe einer „Rahmenvereinbarung zu Druck, Konfektionierung, Beanschriftung und Versand […] europaweit bekannt. In der Vergabeakte befinden sich diverse Unterlagen, so E-Mail-Ausdrucke und ein nicht unterzeichneter ausführlicher Vermerksentwurf (vgl. Blatt 95 ff. der Vergabeakte), die sich mit der Frage der Losaufteilung zwischen den Druck- und den Versanddienstleistungen beschäftigen. Im Ergebnis (vgl. Blatt 44 der Vergabeakte) wird hierzu festgehalten, dass bei den vorliegenden technischen und wirtschaftlichen Gründen auf eine Losaufteilung verzichtet werden müsse und dass nur eine Gesamtvergabe in Betracht käme; auf die genannten weiteren Unterlagen wird verwiesen.

   Laut Leistungsbeschreibung (vgl. zum Nachstehenden Ziffer „ 2. Gegenstand der Leistung“) geht es um eine Gesamtauflage von jährlich ca. 5,4 Mio. Exemplaren in vier Ausgaben, die vom Auftragnehmer komplett produziert, d.h. gedruckt und konfektioniert werden sollen. Die Adressdaten werden von der Ag übermittelt. Die Beanschriftung sowie die digitale Freimachung erfolgen durch den Auftragnehmer, d.h. die Postvertriebsstücke werden mit dem Aufdruck „Entgelt bezahlt“ versehen, die Entgeltabrechnung für die Postdienstleistung sowie der Versandplan erstellt. Die fertig konfektionierten […] sind dann nach Maßgabe der in Ziffer 2.1.4. der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Fristentabelle zu versenden. Die Drucktermine der jeweiligen vierteljährlichen Ausgaben werden im Rahmen eines Jahresplanes mit dem Auftragnehmer oder der von ihm beauftragten Druckerei vorab festgelegt, der am Ende eines Kalenderjahres für das nächste Kalenderjahr gemeinsam abgesprochen wird. Unter Ziffer „2.1.4. Leistungsanforderungen für Druck, Konfektionierung, Freimachung und Versand“ der

Leistungsbeschreibung ist u.a. vorgesehen, dass die Auslieferung von […] nur von Postdienstleistern vorgenommen werden darf, die eine gültige Lizenz nach § 5 Abs. 1 PostG innehaben und insofern dem Postgeheimnis nach § 39 PostG und den bereichsspezifischen Vorschriften des Postdatenschutzes unterliegen.

Im Vertragsentwurf wird in § 3 Abs. 3 die Verpflichtung wiederholt, wonach der Auftragnehmer oder der von ihm eingesetzte Nachunternehmer eine gültige Postlizenz haben muss. § 3 Abs. 5 sieht gewisse Erleichterungen für den Fall vor, dass der Auftragnehmer ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.d. § 19 Abs. 3 GWB mit einer gültigen Postlizenz in die Zustellung einbezieht; so bedarf es danach keiner direkten vertraglichen Beziehung zwischen dem Auftragnehmer und dem marktbeherrschenden Unternehmen, der Auftragnehmer ist nicht zur Eignungsprüfung dieses Marktbeherrschers verpflichtet, der Nachweis des Zugriffs auf dessen Ressourcen muss nicht erbracht werden, es stellt keinen Vertragsverstoß dar, wenn nicht mehr die Vertragsbedingungen der Ag, sondern die dies marktbeherrschenden Unternehmens gelten.

Die Antragstellerin (ASt) rügte mit Schreiben vom 24. Februar 2017 die unterbliebene Fachlosbildung sowie den Zuschnitt der Ausschreibung auf die Deutsche Post AG.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. März 2017 wies die Ag die Rüge zurück, soweit die unterbliebene Fachlosbildung beanstandet worden war; der Rüge bezüglich des Zuschnitts der Ausschreibung auf die Deutsche Post Ag wurde abgeholfen.

Über ihre Verfahrensbevollmächtigten vertiefte die ASt ihre Rüge bezüglich der Fachlose mit Schreiben vom 22. März 2017.

2. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigen vom 22. März 2017 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag, der am selben Tag bei der Vergabekammer einging.

   a) Die ASt als ein Postdienstleistungsunternehmen mit Postlizenz befördere insbesondere auch Zeitungen und Zeitschriften i.S.v. § 4 Nr. 1 c) PostG und habe ein ausschließliches Interesse an der Durchführung der Zustellleistungen. Mangels getrennter Ausschreibung könne sie sich aber nicht mit einem chancenreichen Angebot beteiligen, denn sie sei kein sog. „Lettershop“, der sonstige

Vorbereitungsleistungen für den Versand erbringe. Ebenso wenig müsse sich die ASt als selbständiges Unternehmen auf die Möglichkeit der Einbindung sonstiger konzernverbundener Unternehmen verweisen lassen, selbst wenn die konzernverbundenen Unternehmen der ASt Druck- und Kuvertierleitungen vornähmen. Im Übrigen sei es unzutreffend, dass die ASt die Leistungen im Konzern abwickeln könne, denn auch andere Unternehmen im Konzernverbund seien aufgrund der vorgegebenen Papier- und Druckspezifikation nicht in der Lage, den Auftrag als Gesamtauftrag abzuwickeln. Vergaberechtswidrig sei eine Aufteilung in die Fachlose Produktion der Sendungen […] einerseits, Postzustellung derselben andererseits unterblieben, so dass der ASt die Teilnahme gänzlich unmöglich gemacht werde.

Die ASt sei vom Schutzbereich des § 97 Abs. 4 GWB erfasst, da für die Einordnung als mittelständisches Unternehmen auf die Besonderheiten des betroffenen Marktes abzustellen sei. Auf dem Markt für Postdienstleistungen habe der ehemalige Monopolist Deutsche Post AG nach wie vor erhebliche Marktmacht, nach dem Jahresbericht 2015 der Bundesnetzagentur über 87 % Marktanteil. Daher sei die ASt ungeachtet ihrer Konzernzugehörigkeit als mittelständisch einzuordnen. Im Übrigen diene das Losaufteilungsgebot gerade bei der Fachlosaufteilung auch dem allgemeinen Wettbewerbsgrundsatz, so dass sich hier auch größere Unternehmen darauf berufen könnten. Der Schutzzweck von § 97 Abs. 4 GWB gebiete es, mittelständischen Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit zur eigenständigen Beteiligung am Bieterwettbewerb zu eröffnen, so dass ein Verweis auf die Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften oder der Einschaltung von Nachunternehmen kein tragfähiges Argument darstelle.

Schon die Ausschreibungsunterlagen selbst unterschieden zwischen den Produktionsleistungen und den Zustellleistungen, indem sie unter Punkt 2.1 der Leistungsbeschreibung eine unterschiedliche Beauftragung dieser Leistungen bei unterschiedlichen Dienstleistern vorsähen; der Auftragnehmer, der die Produktionsleistung erbringe, solle seinerseits einen Postdienstleister mit den Zustellungen beauftragen.

Die Postzustellleistung, für deren Erbringung nach § 5 Abs. 1 PostG eine Lizenz erforderlich sei, schließe sich an den Produktionsprozess an und sei inhaltlich hiervon zu trennen. Die jeweiligen Leistungen würden von anderen Unternehmen erbracht. Es

handle sich bei der Zustellleistung um ein eigenes Fachlos i.S.v. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Es bestehe auch ein abgrenzbarer Markt für die Abholung, Beförderung und Zustellung von adressierten Zeitschriften und Zeitungen, was u.a. das Vorhandensein eines eigenen CPV-Codes hierfür (64111000-7) belege.

Unzutreffend sei die Annahme der Ag, es bestünde kein Wettbewerb um die ausgeschriebenen Zustellleistungen. Tatsächlich bestünde ein erheblicher Wettbewerb zum Unternehmen der marktbeherrschenden Deutsche Post AG, und zwar auch bei der Versendung von Zeitschriften und […], unter die Tageszeitungen und Kundenaufträge, […]. So habe die ASt in 2016 2,2 Mio. Zeitschriften zugestellt. Der Hinweis der Ag auf eine Postmarkterhebung aus dem Jahr 2014 gehe fehl; der Wettbewerb um die betroffenen Zustellleistungen sei im Aufwuchs begriffen, mehr als 600 Wettbewerbsunternehmen beförderten werktäglich bundesweit auch adressierte Zeitschriften.

Der Ag stünden keine rechtfertigenden Gründe für das Absehen von einer Fachlosbildung zur Seite, eine solche hätte problemlos vorgenommen werden können. Ein Fachlos Postdienstleistungen sei entgegen der Auffassung der Ag auch bei einer parallelen Ausschreibung hinreichend i.S.v. § 121 Abs. 1 GWB beschreibbar. Soweit ein Druckereistandort, an dem die zu versendenden Poststücke abzuholen wären, bei Ausschreibung der Postdienstleistungen noch nicht feststehe, so könne man dies durch das Abfragen einer Kilometerpauschale im Angebot der Postdienstleister abfangen. Noch besser wäre es, die Druck- und Kuvertierleistungen zeitlich vor den Postdienstleistungen auszuschreiben, wie dies in anderen Ausschreibungsverfahren üblich sei.

Wirtschaftliche oder technische Gründe stünden einer Fachlosaufteilung als gesetzlichem Regelfall nicht entgegen; allgemeine, auf die Vermeidung eines Mehraufwands infolge der Losbildung bezogene Gründe seien nicht geeignet, einen Ausnahmefall zu begründen, der hierfür beweisbelastete Auftraggeber müsse vielmehr nicht nur anerkennenswerte, sondern überwiegende Gründe für eine Gesamtlosvergabe haben. Hier habe die Ag im Gegenteil selbst eine entsprechende Trennung dieser Leistungen vorgesehen, indem sie dem Auftragnehmer der Produktionsleistungen die Einbindung dritter Unternehmen für die Postzustellleistungen auferlege. Die Aussage der Ag, die getrennte Vergabe führe zu

einem organisatorischen und finanziellen Mehraufwand sowie zu zeitlichen Verzögerungen, stelle eine nicht substantiierte Behauptung dar. Entgegen der Auffassung der Ag sei beim Einsatz eines Wettbewerbers der Deutsche Post AG nicht mit einem Zeitverzug bei der Zustellung von 3 – 5 Werktagen zu rechnen; die parallele Versandvorbereitung und die Portooptimierung könne auch beim Einsatz eines privaten Wettbewerbers ohne Weiteres binnen eines äußerst kurzen Zeitraums mit dem Druckdienstleister abgestimmt und realisiert werden. Es sei marktüblich, dass Druckdienstleister Postsendungen bereits adressiert und versandoptimiert zur Verfügung stellten, der Postdienstleister diese vom Druckstandort abhole, zum Sortierzentrum befördere und sodann innerhalb der vorgegebenen Laufzeiten zustelle. Ein weiterer zwischengeschalteter Auftragnehmer sei bei einer separaten Ausschreibung der Postdienstleistungen nicht erforderlich. Eine enge Abstimmung zwischen Druck- und Postdienstleister, insbesondere auch eine Freimachung mit einer speziellen Software, sei ebenfalls marktüblich und problemlos möglich. Der Druckereistandort spiele für die Abholkosten eine untergeordnete Rolle, denn diese stellten hier nur einen äußerst untergeordneten Anteil an den Gesamtkosten dar, nämlich von weit unter 1 % der Kosten der gesamten Zustellleistungen. Alle anderen großen öffentlichen Auftraggeber schrieben entsprechende Leistungen selbstverständlich in getrennten Fachlosen aus.

Die ASt beantragt:

1. Der Ag wird in dem Vergabeverfahren über die Vergabe von Druckereidiensten und verbundenen Dienstleistungen des Druckgewerbes […] aufgegeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Herausgabe der Vergabeunterlagen und der Veröffentlichung des Rahmenvertrages zurückzuversetzen, die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der angerufenen Vergabekammer zu überarbeiten und – bei fortbestehender Beschaffungsabsicht – das Vergabeverfahren ab diesem Stand wieder aufzunehmen;

2. die Kosten (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) des Nachprüfungsverfahrens hat die Ag zu tragen;

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für das Nachprüfungsverfahren durch die ASt wird für notwendig erklärt;

4. die Ag hat die der ASt im Nachprüfungsverfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten;

5. der ASt ist gemäß § 165 Abs. 1 GWB Akteneinsicht in die Vergabeakten – zunächst nur durch Überlassung einer Fotokopie des Vergabevermerks – zu Händen der Verfahrensbevollmächtigten der ASt zu gewähren.

b) Die Ag beantragt:

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,

2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, da der ASt die Antragsbefugnis fehle. Die ASt habe nämlich nicht dargelegt, welche konkreten Leistungsteile sie erbringen wolle und könne; der von ihr begehrte Fachloszuschnitt bliebe offen.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die ASt sei ein 100 %iges Konzernunternehmen der […] mit ca. […] Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von ca. […] €. Die […] produziere […] und erbringe auch sämtliche der für den streitgegenständlichen Auftrag relevanten Leistungsbestandteile wie Druckleistung und Postdienstleistungen. Ein Konzern wie der der […] dessen Struktur die Ag skizziert, zeichne sich dadurch aus, dass er wie ein Unternehmen geführt werde und eine einheitliche Strategie für alle Konzernunternehmen verfolge. Es gehöre zur Kernkompetenz des Konzerns, die hier nachgefragten Druck-, Vermarktungs- und Logistikdienstleistungen zu erbringen. Damit liege schon keine Beschwer i.S.d. § 168 Abs. 1 S. 1 GWB vor, denn die ASt sei nicht auf die Fachlosaufteilung angewiesen, sie könne vielmehr im Konzern ein wettbewerbsfähiges Angebot für den Gesamtauftrag abgeben.

Die ASt falle, was die Ag hilfsweise ausführt, aufgrund der Konzernzugehörigkeit nicht unter den Schutzbereich von § 97 Abs. 4 GWB, dessen gesetzgeberisches Ziel in der Stärkung des Mittelstandsschutzes liege. Allein in Bezug auf Schienenpersonennahverkehrsleistungen habe das OLG Düsseldorf entschieden, dass alle privaten Konkurrenten der Deutsche Bahn AG als mittelständisch anzusehen seien.

Auch aus dem Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB, ergebe sich kein Anspruch auf Losbildung, denn ein hieraus abgeleiteter Anspruch auf Losbildung sei gleichrangig mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung. Die ASt hätte folglich auch darlegen müssen, dass eine Losbildung nicht die unwirtschaftlichere Variante gegenüber einer zusammengefassten Vergabe darstelle.

Äußerst hilfsweise sei darzulegen, dass der Auftragszuschnitt vergaberechtskonform sei, denn das Gebot der Losvergabe erfahre Einschränkungen. So müsse der Auftrag überhaupt teilbar sein. Hieran fehle es, weil ein eigenständiges Los für den Versand der [...] nicht hinreichend beschreibbar wäre. So könne der für eine Kalkulation der Versendung unverzichtbare Standort der Druckerei, wo die […] abzuholen wären, bei getrennter Ausschreibung nicht angegeben werden. Auch die von der Druckerei zu erbringenden Dienstleistungen selbst seien nicht ausreichend beschreibbar, denn für eine Berücksichtigung der Versandleistung im Rahmen des Druckprozesses für eine parallele Ausschreibung bedürfe es einer vorherigen technischen Abstimmung und Koordination zwischen Druckerei und Versanddienstleister. Druckerei und Versandunternehmen müssten überhaupt in der Lage sein, technisch miteinander agieren zu können. Es gäbe keinen für alle Versanddienstleister einheitlichen Standard.

Der Auftraggeber müsse seine Nachfrage nicht so gestalten, dass bestimmte Marktteilnehmer oder Märkte bedient würden, es hätten sich vielmehr die Unternehmen auf die Ausschreibung einzustellen. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers sei der Art und Weise der Beschaffung vorgelagert und dürfe durch die Nachprüfungsinstanzen nur auf das Vorliegen sachgerechter und auftragsbezogener Gründe überprüft werden. Im Rahmen des in diesem Zusammenhang selbstverständlich angenommenen Beurteilungsspielraums des Auftraggebers bei der Losaufteilung komme dem Auftraggeber eine

Einschätzungsprärogative zu. Bei der Ausübung dieses Beurteilungsspielraums führe die Berücksichtigung mittelständischer Interessen in der Regel nicht zu einer einzigen Lösung, so dass der ASt - selbst wenn es sich um ein mittelständisches Unternehmen handeln würde – kein Anspruch auf zwingende Losbildung zustehe, sondern lediglich auf angemessene Berücksichtigung ihrer mittelständischen Interessen. Die Ag habe berücksichtigen dürfen, dass der Druck der […] sowie deren Versand binnen eines sehr kurzen Zeitraums und zwingend auch parallel erbracht werden müssten. Die Druckerei solle daher auch die Portooptimierung, die digitale Freimachung und das Versandhandling übernehmen; die Leistungen der Versandvorbereitung und des Drucks griffen ineinander. So werde die digitale Freimachungszeile bei einer Vielzahl der […] direkt auf das […] gedruckt. Eine derartige Optimierung setze voraus, dass die Druckerei das Versandunternehmen kenne und sich mit diesem abstimme, um die Anforderungen des Versandunternehmens beim Produktionsprozess berücksichtigen zu können. Der Aktualität der […] komme aufgrund der […], große Bedeutung zu; um zeitnah über aktuelle Ereignisse informieren zu können, müsse ein kurzer zeitlicher Vorlauf gesichert sein und die Erscheinungsdaten der […] seien aus diesem Grund auch nicht festgelegt, sondern abhängig von aktuellen Ereignissen. Die Ag sei nicht verpflichtet, von diesen Zielen Abstand zu nehmen, indem sie auf einen parallelen Prozessablauf verzichte und im Sinne der ASt die gedruckten […] im Anschluss an den Druck zur Weiterverarbeitung (Beanschriftung, digitale Freimachung, Portooptimierung, Versandhandling) und anschließend in einem weiteren Schritt zum Versand und zur Zustellung an einen weiteren Auftragnehmer in Gestalt eines zwischenzuschaltenden Versandunternehmens liefern zu lassen. Zeitverlust und zusätzliche Fahrten wären die Folge. Die Gesamtwirtschaftlichkeit bei getrennter Ausschreibung sei nicht mehr gegeben und lasse sich nicht mehr bewerten. Die Beschaffungsentscheidung beruhe auf auftragsbezogenen Gründen, eine Losaufteilung scheide somit aus.

Von einem ausreichenden Wettbewerb als Voraussetzung für die Bildung eines eigenen Fachloses könne nicht ausgegangen werden. Der Ag habe bei der Einschätzung, ob ein gesondertes Los zum Versand der […] eine ausreichende Anzahl von Angeboten verschiedener Bieter erwarten ließe, einen Beurteilungsspielraum. Aufgrund der Marktsituation für adressierte Zeitschriften sei nach dem WIK-Bericht und nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur, welche die Ag im Einzelnen darlegt, kein einheitlicher Markt für Postdienstleistungen

gegeben. Zwischen dem klassischen Briefmarkt und dem Markt für adressierte Zeitungen gäbe es nur geringe Verflechtungen. Für adressierte Zeitschriften gelte nach den genannten Erhebungen, dass sich ein Zustellwettbewerb in diesem Segment bislang nicht habe erfolgreich etablieren können. Auch die Literatur gehe davon aus, dass eine Losaufteilung bei adressierten Zeitschriften sinnlos sei, denn die Verlage würden hier die bundesweite Zustellung selbst vornehmen und ansonsten gäbe es nur ein Zustellunternehmen. Diese Ergebnisse deckten sich mit einer Abfrage der Ausschreibungspraxis bei anderen […] und einer TED-Recherche, welche die Ag vorlegt. Der ASt hätte es oblegen, im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens schlüssig darzulegen, inwiefern entgegen aller objektiven Anhaltspunkte von einem eigenen Markt für die vorliegenden Versandleistungen ausgegangen werden müsse.

Selbst wenn man einen Markt unterstelle, so sei die unterbliebene Losaufteilung vom Leistungsbestimmungsrecht der Ag gedeckt. Die […] rechtzeitige Information erforderten den Druck binnen sehr kurzer Zeit und die Optimierung der Zeitabläufe. Die Druckerei solle daher nicht nur die […] drucken, sondern auch die elektronischen Adressdaten zur Verfügung stellen und die digitale Freimachung übernehmen. Dies diene der Erfüllung des Informationsauftrags der Ag.

Der Maßstab für die Entscheidung der Vergabekammer sei darauf beschränkt, ob die Gesamtvergabe auf einem zutreffenden Sachverhalt basiere und nicht auf Willkür beruhe. Ausreichend sei das Vorliegen von überwiegenden Gründen für die Gesamtvergabe. Solche Gründe seien hier gegeben. Wirtschaftliche und technische Gründe für das Absehen von Fachlosen lägen vor, da zusätzliche Fahrten und zusätzliche Frachtkosten entstünden. Die Leistung würde infolge längerer Lieferwege verteuert. Zwei Vergabeverfahren müssten durchgeführt werden, die zeitlich zu staffeln wären. Die Interoperabilität sei zu befürchten, was Erfahrungen der Ag selbst beim Wechsel ihres Postdienstleisters belegten; Druckprozesse müssten nach den Vorgaben des neuen Postdienstleisters umgerüstet werden, was zu Verzögerungen von geschätzt 3 – 5 Werktagen und zu Mehrkosten führe. Das Risiko des Erhalts zweier Teilleistungen, die nicht zueinander passten, sei gegeben. Auch ökologische Nachteile sowie die fehlende Kalkulierbarkeit seien zu bedenken, wenn die […] etwa aus dem EU-Ausland ins Inland zu befördern wären. Dies alles würde nicht nur das Leistungsbestimmungsrecht der Ag verletzen, sondern weit über den

Normanwendungsbefehl von § 97 Abs. 4 GWB hinausgehen. Auch die Richtlinie 2014/24/EU sehe nur vor, dass öffentliche Auftraggeber die Leistung in Lose aufteilen könnten, ohne hierbei einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen zu sein. Der Zeitaufwand würde verdoppelt. Beschaffungsziel sei auch die gesetzlich geforderte zeitnahe Information […]. Die Interessen der Ag an einer Gesamtvergabe gingen den Interessen der ASt an einer Fachlosvergabe vor. Die ASt habe ihre Aussage, andere öffentliche Auftraggeber schrieben den Druck und den Versand adressierter Zeitschriften fachlosweise aus, nicht belegt, sondern lediglich Beispiele aus dem Briefversand vorgelegt, um den es hier nicht gehe. Die Beispiele der ASt seien dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar.

3. Der ASt ist in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen. In der mündlichen Verhandlung am 20. April 2017 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 25. April 2017 wurde die gesetzliche Entscheidungsfrist aufgrund nachgelassener Schriftsätze beider Parteien verlängert bis zum 9. Mai 2017 einschließlich.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Es bestehen keine Zulässigkeitsprobleme.

   a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der für Dienstleistungen einschlägigen Auftragsschwellenwerte des § 106 Abs. 1 GWB – liegen unzweifelhaft und unstreitig vor, […].

   b) Die individuellen, konkret auf die ASt bezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

      aa) Die ASt hat die unterbliebene Fachlosaufteilung, die ausschließlich streitgegenständlich ist, auf die Bekanntmachung vom […] am 24. Februar 2017 und damit in jeder Hinsicht rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 1 GWB. Die Frist

des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist mit Stellung des Nachprüfungsantrags am 22. März 2017 auf die ablehnende Rügeantwort der Ag vom 17. März 2017 ebenfalls eingehalten.

bb) Die ASt ist ein Postdienstleister und macht geltend, sich aufgrund der zusammengefassten Vergabe von Druck- und Postdienstleistungen nicht am Wettbewerb beteiligen zu können. Alle für die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB erforderlichen Elemente sind damit abgedeckt, weiterer Darlegungen bedarf es nicht. Ob die ASt als Unternehmen in einem Konzernverbund nicht in den Schutzbereich des Losaufteilungsgebots fällt oder ob es der ASt möglich wäre, den Auftrag in der ausgeschriebenen Form, also einschließlich der Druck- und damit zusammenhängender Dienstleistungen gemeinsam mit konzernverbundenen Unternehmen zu bedienen, ist eine Frage der Begründetheit des Antrags. Ebenso wenig oblag es der ASt, das Vorhandensein eines Marktes darzulegen. Es reicht, dass die ASt ihr eigenes Interesse am Auftrag nachgewiesen hat. Dies ist durch Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags geschehen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, da es einer Fachlosaufteilung bedurft hätte. Richtigerweise weist die Ag zwar darauf hin, dass sich die Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz bezüglich der Notwendigkeit einer Losaufteilung nicht an die Stelle des Auftraggebers setzen darf, indem sie dessen Einschätzung durch ihre eigene ersetzt. Vorliegend ist die Ag aber sowohl bezüglich der Frage, ob Fachlose gegeben sind, als auch hinsichtlich der Gründe, selbst bei Vorliegen von Fachlosen von einer getrennten Vergabe abzusehen, von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Sie hat ihren Ermessensspielraum damit überschritten.

a) Bei den Druck- und damit zusammenhängenden Dienstleistungen wie Konfektionierung, Beanschriftung und digitaler Freimachung (im Folgenden zusammengefasst als „Druckleistungen“ bezeichnet) handelt es sich der Sache nach um Fachlose, so dass zunächst einmal der Regelfall des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB greift, wonach grundsätzlich eine Losaufteilung stattzufinden hat.

Die Frage, ob Elemente einer zusammengefassten Vergabe einzelne Fachlose darstellen, beantwortet sich richtigerweise danach, ob für die Einzelelemente eigene

Märkte bestehen (grundlegend zu diesem Kriterium OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11 für die Unterhalts- und Glasreinigung von Gebäuden; vgl. ebenso Beschluss vom 8. September 2011, VII-Verg 48/11; Beschluss vom 23. März 2011, VII-Verg 63/10; dem folgend OLG Koblenz, Beschluss vom 16. September 2013, 1 Verg 5/13, sowie OLG München, Beschluss vom 9. April 2015 – 1/15). Dies ist in Bezug auf Druckleistungen einerseits und Postdienstleistungen andererseits so eindeutig der Fall, dass es keiner vertieften Darlegung bedarf; abgesehen schon davon, dass es sich einmal schwerpunktmäßig um Liefer (Kauf der gedruckten […])- und einmal um Dienstleistungen handelt, reicht der Hinweis darauf, dass Druckereien keine Postdienstleistungen erbringen sowie umgekehrt Postdienstleister keine Druckaufträge, sowie des Weiteren auf die Notwendigkeit des Vorhandenseins einer Lizenz für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen, § 5 PostG.

Die Ag wendet hiergegen zwar ein, es gäbe speziell für adressierte Zeitschriften, unter welche die streitgegenständlichen […] fallen, keinen Wettbewerb, da private Postdienstleister als Konkurrenten zur Deutsche Post AG in diesem Marktsegment nach den tatsächlichen Marktgegebenheiten keine Rolle spielten. Die Frage, ob auf einem Markt tatsächlich Wettbewerb herrscht, ist aber von der vorgelagerten Frage zu trennen, ob es sich um einen eigenen Markt handelt. Ein eigener Markt liegt auch dann vor, wenn es – unterstellt – nur einen Monopolanbieter gibt. Selbst wenn es – wiederum unterstellt – wie vor der Liberalisierung des Postmarktes nach wie vor ausschließlich die Deutsche Post AG als Postdienstleister gäbe, so wäre dies eine bei dem Ausnahmetatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV anzusiedelnde Fragestellung, so dass in einem solchen Fall die Herstellung von Vergabewettbewerb keinen Sinn machen würde (wobei allerdings stets auch die Frage potentiellen Wettbewerbs in Form des Markteintritts neuer Unternehmen zu bedenken wäre). Dennoch bleibt es auch bei einem Monopolmarkt dabei, dass es sich um einen eigenen Markt handelt. Die Frage nach der Fachlosaufteilung und dem hierfür relevanten Marktkriterium beantwortet sich nämlich nicht nach der Binnenbetrachtung eines Marktes und ob dort Wettbewerb gegeben ist, sondern richtigerweise danach, ob die gemeinsam ausgeschriebenen Elemente im Vergleich zueinander abgegrenzten, unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind. Die Frage nach dem Vorhandensein von Wettbewerb ist damit irrelevant, der Ausnahmetatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV bedarf keiner Erörterung, da die Ag keine Direktbeauftragung der Deutsche Post AG vornimmt.

Im Übrigen trägt die ASt gerade vor, Interesse an einem Auftrag für die Versendung der adressierten Zeitschriften zu haben und im Jahr 2016 bereits ca. 2, 2 Mio. Exemplare derartiger adressierter Zeitschriften zugestellt zu haben. Dies spricht dafür, dass nach im Vergleich zu den von der Ag genannten Erhebungen aktuelleren Entwicklungen auch im Segment der Postzustellung adressierter Zeitschriften Wettbewerb gegeben ist.

b) Die Tatsache, dass es sich bei den Druck- und den Postdienstleistungen um Auftragselemente handelt, die gesonderten Märkten zuzuordnen sind, bedingt zwar nicht im Sinne eines Automatismus, dass zwingend eine Losaufteilung vorzunehmen ist. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB ermöglicht vielmehr eine abweichend vom Regelfall zusammengefasste Vergabe, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Die Gründe, die für den Verzicht auf die Fachlosaufteilung geltend gemacht werden, müssen dabei einer Überprüfung offen stehen, da sonst der effektive Rechtsschutz und damit die Durchsetzung des Anspruchs auf Einhaltung des Losaufteilungsgebots, § 97 Abs. 6 GWB, gefährdet wäre. Wie der vorliegende Fall zeigt, kommt aufgrund der wettbewerbsausschließenden Wirkung einer Gesamtvergabe bei Fachlosen der Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, eine besondere Bedeutung zu, zumal es sich bei dem Markt für Postdienstleistungen um einen erst vor wenigen Jahren liberalisierten Markt handelt, auf dem der private Wettbewerb noch im Aufwuchs befindlich ist. Dem Losaufteilungsgebot kommt auf ehemaligen Monopolmärkten eine besondere Bedeutung für die Ermöglichung und die Förderung von Wettbewerb zu (so für den Schienenpersonennahverkehr Bundesgerichtshof, Beschluss vom 8. Februar 2011 – X ZB 4/10, RdNr. 51 des Beschlussumdrucks); die Losaufteilung kann vorliegend zur Umsetzung des aus Art. 87 f GG, § 1 PostG folgenden Gebotes, privaten Wettbewerb zu ermöglichen, beitragen. Richtigerweise wird es daher allgemein nicht als ausreichend angesehen und kann gerade im vorliegenden Fall nicht als ausreichend angesehen werden, dass die Gründe für eine Gesamtvergabe anerkennenswert sind; sie müssen vielmehr überwiegen (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – VII-Verg 52/11, sowie vom 21. März 2012 – VII-Verg 92/11).

Dies gilt erst recht gemäß der seit 18. April 2016 geltenden Rechtslage, welche der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU dient. In dieser Richtlinie ist auf europäischer

Ebene erstmalig ein Losaufteilungsgebot als Regelfall normiert, Art. 46 der Richtlinie. Dass die Losaufteilung trotz der in Art. 46 Abs.1, UA 1 verwendeten Formulierung „können“ als nicht rein optional, sondern als Regelfall angesehen wird, ergibt sich aus Art. 46 Abs. 1, UA 2, wonach die Auftraggeber im Fall des Unterlassens einer Losaufteilung in den Auftragsunterlagen oder im Vergabevermerk Gründe hierfür anzugeben haben. Würde das Losaufteilungsgebot nicht als Regelfall oder jedenfalls als eine Option angesehen, die der Auftraggeber nach seinem Belieben ebenso und gleichrangig wählen könnte wie die zusammengefasste Vergabe, so wäre nicht erklärlich, warum nur in dem Fall des Unterbleibens der Losbildung eine Begründung hierfür gefordert wird.

aa) Hier belegt schon das eigene Ausschreibungsdesign der Ag, dass keine in diesem Sinne überwiegenden Gründe für die zusammengefasste Vergabe gegeben sind. Es sind keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe ersichtlich, die kausal auf eine losweise Vergabe zurückzuführen wären und die nicht nach den eigenen Vorgaben der Ag anfielen:

Die Ag verweist auf das Erfordernis des Ineinandergreifens beider Teile, also des Drucks und der Versendung, die an verschiedensten Stellen miteinander verzahnt seien; die Ag wolle nicht zwei isoliert nebeneinander stehende Elemente beschaffen, sondern ein einheitliches „Endprodukt“ im Sinne der zeitgerechten Versendung der zu druckenden […]. Auf den detaillierten Vortrag der Ag, der aus Sicht der Vergabekammer gut nachvollziehbar ist und auch seitens der ASt nicht in Abrede gestellt wird, kann insoweit verwiesen werden, ohne erneut auf die Details einzugehen. Die Ag hat aber ihren Auftrag im Rahmen der streitgegenständlichen Beschaffung selbst in die beiden Elemente Druck und Postversand aufgespalten, indem sie davon ausgeht, dass der Postversandteil von einem anderen Unternehmen auszuführen ist als der Druckteil. Eine Konstellation, in der eine Druckerei ohne Postdienstleister auskommt, indem sie eigenständig die bundesweite Verteilung der […] – und zwar, wie die Ag betont, auch auf Inseln und Almhütten – vornimmt und hierfür nach § 4 Nr. 1 lit. c) PostG möglicherweise keine Lizenz braucht, kann als unrealistische Variante aus der Betrachtung außen vor bleiben. Die Ag fordert daher zu Recht, dass der Versand von einem nach § 5 PostG lizensierten Unternehmen vorzunehmen ist, sei es als Subunternehmer einer Druckerei, sei es als Hauptauftragnehmer mit einer Druckerei als Subunternehmer. Das von der Ag reklamierte Leistungsbestimmungsrecht ist mithin nicht tangiert, denn eine losweise

Vergabe würde die Ag nicht verpflichten, irgendetwas anderes zu beschaffen als sie selbst ausgeschrieben hat. Die Verzahnung beider Elemente, welche die Ag neben dem Nichtvorhandensein zweier Märkte als technischen und wirtschaftlichen Grund für die Gesamtvergabe anführt, muss also zwischen den beiden Leistungserbringern auch nach den eigenen Vorstellungen der Ag erfolgen, da es zwingend zwei Leistungserbringer geben muss.

Der einzige Unterschied zwischen zusammengefasster Vergabe einerseits und losweiser Aufteilung andererseits besteht in der Sache darin, dass es bei der zusammengefassten Vergabe z.B. die Druckerei als Hauptauftragnehmer ist, die sich einen entsprechenden Subunternehmer suchen muss, um die zulässigerweise geforderter Verzahnung beider Teile mit ihrem Subunternehmer herbeizuführen; sollte ein Postdienstleister der Hauptunternehmer sein, so wäre umgekehrt er in der Verantwortung, die erforderlichen Abstimmungen mit einer von ihm zu wählenden Druckerei herbeizuführen. Auch sind die Abstimmungen in jedem Fall durch die Ag zu bezahlen, so dass wirtschaftlich keine Unterschiede zwischen beiden Varianten bestehen; sollte die Software, die der Druckerei für die digitale Freimachung vom Postdienstleister zur Verfügung gestellt wird, kostenpflichtig sein, so muss die Druckerei diese Kosten in ihr eigenes Angebot einkalkulieren. Die von der Ag befürchteten Zeitverzögerungen bei der Zustellung infolge getrennter Ausschreibung kann nicht nachvollzogen werden, denn laut Leistungsbeschreibung liefert die Ag die Adressen an die Druckerei und der konkrete Zeitpunkt der Erstellung der […] wird am Jahresende jeweils für das Folgejahr vorbesprochen und festgelegt und kann dann auch an den Postdienstleister kommuniziert werden. Wieso kausal infolge getrennter Ausschreibung der Postdienstleistung eine Verzögerung eintreten sollte, erschließt sich nicht, ebenso wenig die ökologischen Bedenken, wenn die […] etwa bei einer Druckerei aus dem Ausland abzuholen wären; sollte eine im Ausland belegene Druckerei den Auftrag erhalten, so wären die […] in jedem Fall ins Inland zu transportieren, egal ob nach Gesamt- oder losweiser Vergabe.

Vergaberechtlich betrachtet besteht aber ein sehr relevanter Unterschied insoweit, als in jedem Fall ein Leistungsteil dem Vergabewettbewerb entzogen wird; in der vorliegenden Konstellation, in der ein Postdienstleistungsunternehmen die Losaufteilung begehrt, wäre es also die Postdienstleistung, die ohne Bindung an das Vergaberecht vergeben würde, denn eine Druckerei als Hauptauftragnehmer ist nicht öffentlicher Auftraggeber

und damit nicht an die Vorgaben des Vergaberechts gebunden. Auch wenn es sich bei der Einschaltung von Subunternehmern stets so verhält, dass der Hauptinteressent am Auftrag seinen Subunternehmer nicht via Vergaberecht auszuwählen hat, so liegt die Besonderheit der vorliegenden Konstellation doch darin, dass es keine freie Entscheidung eines Hauptunternehmers ist, einen Subunternehmer einzuschalten, sondern dass die Ag selbst diesen Weg vorgegeben hat und wegen der Lizenzpflichten auf dem Postmarkt ja auch so vorgeben musste, was im Übrigen erneut das Vorhandensein eines eigenständigen Postmarktes belegt. Infolge der unterbliebenen Losaufteilung kommt zwar letztendlich ein Postdienstleister in den Genuss des Beförderungsauftrags, er wird aber dem Wettbewerb nicht geöffnet, sondern die Druckerei kann einen Dienstleister ihrer Wahl als Subunternehmer einbinden. In ähnlichen Konstellationen wurde hier schon angenommen, dass in der Beauftragung eines privaten Dienstleisters, der seinerseits die für den öffentlichen Auftraggeber zu beschaffenden Leistungen ohne Bindung an das Vergaberecht einkauft, ein unzulässiger Umgehungstatbestand liegt. So hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 1. August 2012 – Verg 15/12 entschieden:

> *„Infolge des Rahmenvertrags mit der Beigeladenen zu 2 und des Kooperationsvertrags vom 11./13.7.2011 - jeweils Verträgen mit einem Hersteller von Medizinprodukten (§ 140b Abs. 1 Nr. 9 SGB V) - sind im Rahmen der integrierten Versorgung von an Diabetes leidenden Versicherten der Antragsgegnerin (§ 140a SGB V) Bezugsverträge, nämlich öffentliche Lieferaufträge am Wettbewerb vorbei an die Beigeladene zu 2 vergeben worden. Ein geregeltes Vergabeverfahren hat - wie außer Streit steht - nicht stattgefunden. Darin liegt der Rechtsverstoß. Dadurch sind betragsmäßig erhebliche und den Auftragsschwellenwert übersteigende Aufträge auf lange Zeit dem Wettbewerb entzogen worden. Solche Praktiken sind geeignet, die Marktverhältnisse zu monopolisieren. Sie widersprechen dem Wettbewerbsprinzip des § 97 Abs. 1 GWB und des europäischen Rechts."*

Diese Überlegungen greifen im vorliegenden Fall der unterbliebenen Losaufteilung in gleicher Weise. Hinzu kommt, dass es aufgrund der – zulässigen – Erleichterungen, welche die Vergabeunterlagen für den Fall der Einschaltung der Deutsche Post AG als dem einzigen aktuellen Universaldienstleister im Sinne der Post-Universaldienstleistungsverordnung vorsehen (keine vertraglichen Beziehungen erforderlich, keine Eignungsprüfung nötig, kein Zugriffsnachweis auf Ressourcen gefordert), für eine Druckerei als Hauptauftragnehmer die einfachste Lösung wäre, auf

die Deutsche Post AG zurückzugreifen, ohne dass diese sich im Wettbewerb durchsetzen müsste.

bb) Als Problematik bleibt damit nur, und dies mit der Ag als Problem anzuerkennen, dass bei einer losweisen, parallel durchzuführenden Vergabe für die Postdienstleistungen die Ag zunächst keine Angabe in den Vergabeunterlagen darüber machen kann, wo die fertig konfektionierten […] durch den Postdienstleister abzuholen sind, denn im Zeitpunkt der Bekanntmachung und der Zur-Verfügung-Stellung der Vergabeunterlagen für den Postdienstleistungsauftrag steht noch nicht fest, welche Druckerei den Auftrag erhält. Die ASt hat aber die Größenordnung der reinen Abholung mit unter 1 % des Gesamtauftragsvolumens angegeben. Diese Größenordnung stellt sich aus Sicht der Vergabekammer als nachvollziehbar dar, da es vorliegend darum geht, alle Sendungen gesammelt an einem Ort abzuholen. Erheblich aufwändiger ist nach den Erkenntnissen, die die Vergabekammer in anderen Nachprüfungsverfahren gewonnen hat, eine Konstellation, in der z.B. Behördenpost bei verschiedenen, in der Fläche eines Bundeslandes verteilten Liegenschaften abzuholen ist. Vorliegend besteht die wesentliche Aufgabe aber nicht in der Abholung, sondern im Verteilen der Sendungen. Bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung stellt sich die Thematik des Abholungsortes somit von der Größenordnung her als überschaubar dar. Dennoch ist der Ag recht darin zu geben, dass es grundsätzlich zu einer Leistungsbeschreibung, die nach § 121 GWB bestimmt und erschöpfend zu sein hat, gehört, optimalerweise auch den Abholungsort anzugeben. Allerdings hat die ASt mit dem Hinweis darauf, gestaffelte Preisangaben für Distanzen zu einem noch offenen Abholort abzufragen, eine Möglichkeit aufgezeigt, die Leistungsbeschreibung für die Postdienstleistung trotz des noch offenen Abholortes bestimmt genug im Sinne der Herstellung von praktischer Konkordanz zwischen Losaufteilung und Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung zu machen.

c) Die ASt ist auch berechtigt, die Fachlosaufteilung einzufordern. Ihre Rechte werden durch die unterbliebene Fachlosaufteilung verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB.

aa) Als Unternehmen der Postdienstleistungsbranche ist ihr Betrieb nicht darauf eingerichtet, Druckdienstleistungen zu erbringen, so dass die Frage, ob es sich bei der ASt um ein mittelständisches Unternehmen handelt, schon im Ansatz und losgelöst von der grundsätzlichen Frage, ob das Losaufteilungsgebot seit der

Neufassung von § 97 Abs. 4 GWB im Jahr 2009 noch im Kontext der Mittelstandsförderung zu sehen ist, keine Rolle spielt (in der Tendenz einen Mittelstandsbezug sogar für Teillose ablehnend Bundesgerichtshof, a.a.O.). Jedenfalls bei Fachlosen ist der Schutzbereich des Losaufteilungsgebots auch für Unternehmen eröffnet, die nicht als mittelständisch anzusehen sind (vgl. ausführlich hierzu 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 30. April 2014 – VK 1-26/14), so dass es auf eine Qualifizierung der ASt als mittelständisch nicht ankommt.

bb) Ebenso wenig wird eine Rechtsverletzung der ASt durch deren Konzernzugehörigkeit zu einem Konzernverbund eliminiert, zu dem auch Druckdienstleistungen erbringende Unternehmen gehören. Ob ein Unternehmen sich ganz allgemein darauf verweisen lassen muss, alternativ zu einer Fachlosaufteilung eine Angebotsabgabe für die Gesamtleistung im Konzernverbund vorzunehmen, erscheint fraglich. Konzernverbundene Unternehmen werden generell als Wettbewerber angesehen und dürfen sich als Wettbewerber um dieselbe Leistung im Vergabeverfahren beteiligen, sofern sie „Chinese walls“ nachweisen können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. September 2011 – Verg 63/11; Beschlüsse vom 11. Mai 2011 – Verg 1/11 und Verg 8/11; ebenfalls zur Thematik des Geheimwettbewerbs zwischen verbundenen Unternehmen Beschluss vom 17. Februar 2016 - Verg 41/15). Vorliegend geht es zwar nicht um identische, sondern um komplementäre Leistungen (Druck und Versand); dennoch scheint unter dem Aspekt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ein Verweis auf die Möglichkeit der gemeinsamen Erbringung der verschiedenen Leistungselemente nicht zu der an anderer Stelle durch die Rechtsprechung zugrunde gelegten Vorstellung zu passen, wonach es sich trotz des Konzernverbunds um eigenständige Unternehmen handelt, die grundsätzlich zueinander in den Vergabewettbewerb eintreten können. Auch die Ag selbst weist unter Ziffer VI.3) der Bekanntmachung darauf hin, dass auf Verlangen der Ag im Fall der Mehrfachbeteiligung (Konzernverbund) Erklärungen und Nachweise zu vorzulegen sind, dass kein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vorliege.

Es bedarf hier aber keiner abschließenden Entscheidung, da die ASt sowohl schriftsätzlich als auch zu Protokoll in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, dass die anderen Unternehmen des Konzernverbunds aufgrund der durch die Ag vorgegebenen Druck- und Papierspezifikationen nicht in der Lage wären, den

Druckauftrag abzuwickeln. Eine Erbringung der Gesamtleistung im Konzern ist danach gerade nicht möglich.

III.

Die Ag hat als unterliegende Partei die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen, § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war erforderlich, da die ASt als ein auf Bieterseite stehendes Unternehmen nicht Adressat des Vergaberechts ist und dieses nicht beherrschen muss.

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 unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Dr. Herlemann Dr. Brauser-Jung