



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 138/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Postdienstleistungen“; [...], Los 1 und Los 3, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Seiffe auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2017 am 29. Januar 2018 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in Los 1 (Nord) einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, das Los 1 (Nord) bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in zwei Lose aufzuteilen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zu 98/99, die Antragstellerin zu 1/99. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin zu 98 %, die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin zu 2%.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin sowie durch die Antragsgegnerin war jeweils notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt mit Bekanntmachung vom [...] ein europaweites Vergabeverfahren zwecks Beschaffung von Postdienstleistungen im Wege von Rahmenverträgen durch. Als reguläre Laufzeit der Rahmenverträge sind 24 Monate vorgegeben bei zweimaliger Verlängerungsoption um jeweils 12 Monate.
 - a) Die zunächst für den 3. November 2017 festgelegte Angebotsfrist wurde verlängert bis zum 14. November 2017. Der Auftrag ist in vier regionale Lose aufgeteilt, die sich an den vier Vertriebsregionen der Ag (Nord, Ost, Süd und West) orientieren. Streitgegenständlich waren zunächst die Lose 1 (Region Nord) und 3 (Region Süd); in Bezug auf das Los 3 hat die Antragstellerin (ASt) den Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 8. Januar 2018 zurückgenommen, so dass ausschließlich über das Los 1 zu entscheiden ist.

Die Auftragsbeschreibung in der Bekanntmachung ist bei allen vier Losen grundsätzlich identisch und lautet wie folgt (z.B. Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung):

„Auftragsgegenstand ist die Abholung, Auflieferung und Zustellung der Ausgangspost der Hauptverwaltung in Hamburg sowie der Bezirksverwaltungen (BV) und Bezirksstellen (BSt) in den 4 Vertriebsregionen der [...] (Nord, Ost, Süd und West). Gegenstand des Auftrags sind Briefsendungen bis 1000 Gramm. Nähere Angaben zum Leistungsgegenstand enthält die Leistungsbeschreibung.“

Bei Los 1 (Region Nord) besteht in Bezug auf den Leistungsumfang abweichend von den anderen drei Losen die Besonderheit, dass zusätzlich zu den genannten, werktätlich durchzuführenden Postdienstleistungen, die bei der Ag und deren einzelnen Dienststellen selbst anfallen (Hauptverwaltung Hamburg und Bezirksverwaltungen Hamburg, Delmenhorst sowie Bezirksstelle Hannover), die Sendungsvolumina zweier Druckzentren hinzukommen, die als externe Dienstleister für die Ag tätig sind:

- Dabei handelt es sich einmal um die Sendungen [...], die laut Leistungsbeschreibung (Ziffer 3.4.1.5) einmalig mit einem Sendungsvolumen von ca. 700.000 näher beschriebenen und bundesweit zuzustellenden Briefsendungen anfallen; ein konkreter, in der zweiten Jahreshälfte 2018 anstehender Versandtermin soll danach mit dem Auftragnehmer nach Vertragsschluss einzelvertraglich terminiert werden.
- Der zweite externe Dienstleister erstellt [...]. Diese fallen laut Leistungsbeschreibung (Ziffer 3.4.1.6) jeweils als einmalige jährliche Versandaktion von ca. 700.000 Sendungen im April an; hinzukommen unterjährig ca. 200.000 weitere Sendungen. Auch hier sollen die monatlichen Abholtermine nach Vertragsschluss einzelvertraglich terminiert werden. Die Zustellung erfolgt ebenfalls bundesweit.

Die Leistungsbeschreibung enthält u.a. umfassende Informationen zu den insgesamt 17 Abholstandorten sowie zu den auf Basis der Vergangenheit geschätzten Versandvolumina der einzelnen Abholstandorte. Mit Ausnahme der bei diesen beiden externen Dienstleistern anfallenden Sendungen sowie der Sendungen der Hauptverwaltung Hamburg, die sämtlich eine bundesweite Zustellung erfordern, liegt der regionale Schwerpunkt der Zustellungen in den Zuständigkeitsbereichen der einzelnen Bezirksverwaltungen (vgl. die Übersicht in Ziffer 3.3.1 der Leistungsbeschreibung). In Bezug auf die Sendungslaufzeiten wird differenziert je nach Zustellregion (vgl. Ziffer 5.1 der Leistungsbeschreibung); danach gilt das Zustellzeitziel E + 1 für regionale Zustellungen an Empfänger innerhalb des jeweiligen Loses, E + 2 für bundesweite Zustellungen und E + X für den grenzüberschreitenden Briefverkehr.

- b) Die ASt rügte den Zuschnitt u.a. des Loses 1 mit Schreiben vom 6. Oktober 2017 sowie vom 6. November 2017 als vergaberechtswidrig. Bezüglich der Sendungen der externen

Dienstleister in Los 1 hätte jeweils ein eigenes Los gebildet werden können, da diese in keinem Zusammenhang stünden mit den übrigen werktäglichen Abhol- und Zustelleistungen. Nur ein wettbewerbsgerechter Loszuschnitt berücksichtige die Besonderheiten des bundesdeutschen Postsektors.

Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 25. Oktober 2017 ab, den Rügen zu entsprechen.

2. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 8. November 2017 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag.

- a) Die ASt trägt vor, dass kleine und mittlere Unternehmen, zu denen die ASt mit ihrem regionalen Zuschnitt [...] gehöre, sich aufgrund der vergaberechtswidrigen Ausgestaltung nicht am Wettbewerb beteiligen könnten. Die Ag habe ihren Ermessensspielraum überschritten, indem sie unter Missachtung der Besonderheiten des Postsektors die Lose so zugeschnitten habe, dass die Leistungen ausschließlich durch den Konzern der Deutschen Post AG oder durch Konsolidierungsunternehmen, welche die Postsendungen wiederum an die Deutsche Post AG abgäben, erbracht werden könnten. Bei der nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB grundsätzlich gebotenen Aufteilung in Teillose hätten die marktspezifischen Besonderheiten der zu vergebenden Leistungen Berücksichtigung zu finden, die bezüglich Postdienstleistungen so zu charakterisieren seien, dass die Deutsche Post AG nach wie vor etwa 90 % des Marktes besetze. Bei der Losaufteilung müsse daher vermieden werden, dass die Lose nur ein Monopolist oder wenige große Dienstleistungsunternehmen bedienen könnten. Ebenso unzulässig sei ein Loszuschnitt, bei dem die Sendungen zwar grundsätzlich von regional aufwachsenden Unternehmen angenommen werden könnten, jedoch in einem solchen Ausmaß nur durch Teilleistungs- und Konsolidierungsaufträge an Nachunternehmer erbracht werden könne, womit für den mittelständischen Bieter praktisch kein wirksamer wettbewerblicher Spielraum mehr bleibe.

Konkret beanstandet die ASt in Bezug auf Los 1, dass die Sendungen der externen Dienstleister diesem Los zu Unrecht zugeschlagen worden seien. Es handle sich um einzeln durchgeführte Versandaktionen in großem Umfang mit bundesweiter Zustellung. Diese stünden in keinem Zusammenhang mit den ansonsten in diesem Los ausgeschriebenen regionalen Zustellstrukturen, was sich schon aus der Leistungsbeschreibung ergebe und auch aus dem Umstand, dass die Ag diese

Leistungen bisher immer gesondert ausgeschrieben habe, wobei es für die Postdienstleistungen – anders als die Ag meine – ohne Belang sei, welchen Inhalt die Sendungen hätten. Der einzige Zusammenhang liege darin, dass die Abholstelle für die Großversandaktionen in Norddeutschland liege. Der erfolgreiche Bieter in diesem Los sei damit nicht nur verpflichtet, die jährlichen Versandaktionen durchzuführen, sondern er müsse vielmehr auch die regionalen Zustellungen in Hamburg, Delmenhorst und Hannover vornehmen. Regional nicht vertretenen Postdienstleistungsunternehmen sei die Abgabe von Angeboten unter diesen Voraussetzungen nicht möglich, die ASt könne sich mangels einer entsprechenden Logistik für die sonstigen Zustelleistungen vor Ort, die ebenfalls in das Los 1 hineingehörten, nicht am Wettbewerb beteiligen. Ausschließlich Konsolidierungsunternehmen seien in der Lage, sich hier zu beteiligen, so dass die Sendungen wiederum nur an die Deutsche Post AG als marktbeherrschendes Unternehmen abgegeben werden könnten, aber kein Wettbewerb um die eigentliche Zustelleistung möglich sei. Verbliebe es bei dem faktischen Zuschnitt der Ausschreibung auf Konsolidierungsunternehmen, so seien alle übrigen Wettbewerber der Deutschen Post AG von der Ausschreibung ausgeschlossen. Die bundesweit zuzustellenden Einmalversandaktionen, die portooptimiert und nach Sendungsformaten sowie nach Postleitregionen aufbereitet und sortiert durch den Auftraggeber für den Auftragnehmer zur Abholung bereit gestellt würden, stellten gänzlich andere Anforderungen an die Abhol- und Zustelllogistik eines Postdienstleisters als eine werktägliche Abholung, Beförderung und Zustellung von Sendungen mit überwiegend regionalem Bezug. Diese Umstände machten die Einmalversandaktionen attraktiv für große und überregional tätige Unternehmen. Die Termine für den Einmalversand würden im Übrigen laut Vertrag jeweils im Einzelnen abgestimmt. Wirtschaftliche oder technische Gründe dafür, die Leistungen in Bezug auf die zentralen Druckstandorte nicht in einem gesonderten Los auszuschreiben, seien nicht erkennbar, die im Nachprüfungsverfahren von der Ag vorgetragene Gründe wirkten konstruiert; unnötiger Verwaltungsaufwand, auf den die Ag sich berufe, rechtfertige nicht das Absehen von einer Losaufteilung. In den Jahren 2012 und 2015 und bis zum Jahr 2016 habe die Ag die Einmalversandaktionen noch gesondert beauftragt und isoliert vergeben. Wegen eines Personalwechsels habe die ASt die Ausschreibung im Jahr 2016 schlicht übersehen und sich aus diesem Grund nicht am Wettbewerb beteiligt. In einem weiteren Vergabeverfahren aus dem Jahr 2016 ([...]) sei es ebenfalls um eine Einmalversandaktion gegangen, die den streitgegenständlichen Versandaktionen vergleichbar sei. Hier habe die ASt sich beteiligt und sogar den Auftrag erhalten, was belege, dass die Ag keine Zweifel an der Eignung der ASt habe; zu einer

Durchführung des Auftrags sei es allerdings nicht gekommen, da die [...] dann tatsächlich nicht durchgeführt worden sei. Es gebe eine erhebliche überregionale Nachfrage und ein entsprechendes Angebot von bietenden Unternehmen mit unterschiedlichen Standorten in der Bundesrepublik, was die vorangegangenen Vergabeverfahren sowie der vorliegende Nachprüfungsantrag belegten. Die ASt würde hier gerne ein Angebot unterbreiten, könne dies aber nicht, da sie den täglichen Briefverkehr nicht übernehmen könne, der ebenfalls zum Los 1 gehöre.

Die ASt beantragt zuletzt,

1. der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren hinsichtlich des Loses 1 - Region Nord - in den Stand vor Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen, die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren mit Veröffentlichung der Bekanntmachung wieder aufzunehmen und fortzusetzen;
2. die Kosten des Verfahrens der Ag aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
4. die Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen der ASt der Ag aufzuerlegen;
5. Akteneinsicht.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. Zurückweisung des Nachprüfungsantrags;
2. Versagung der Akteneinsicht;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag notwendig war;
4. die Kosten des Verfahrens sowie der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Ag der ASt aufzuerlegen.

aa) Die Ag informiert zunächst über die Vorbereitung und den bisherigen Ablauf des Vergabeverfahrens. Die Ag habe ihr bestehendes Beschaffungskonzept für Briefdienstleistungen im Jahr 2015 mit externer Expertise der [...] sowie ihrer

Verfahrensbevollmächtigten grundlegend auf den Prüfstand gestellt. Im Ergebnis dieses Prozesses, den die Ag näher beschreibt und der umfassend in der Vergabeakte dokumentiert ist, habe sich die Einteilung in die vier Regionallose als sinnvoll und als vergaberechtlich vertretbar erwiesen. Im Anschluss sei eine Bedarfserhebung an allen Standorten durchgeführt worden, wobei sich auch die beiden „Einmalaktionen“ ([...]) als Spezialbedarf ergeben hätten. Im Vermerk zur Entscheidungsvorlage vom 13. April 2017 habe die Ag dokumentiert, aus welchen Gründen diese Einmalaktionen neben der Tagespost dem Los 1 zugeschlagen worden seien. Danach werde zwar das Sendungsvolumen in Los 1 erhöht. Insbesondere die Sensibilität der Versandinhalte erfordere jedoch die Aufnahme in dieses Los, denn gerade aufgrund des hohen Sendungsumfangs bedürfe es einer intensiven Organisations- und Qualitätssteuerung durch den Auftragnehmer. Die Zuordnung zum Los 1 folge daraus, dass die Einmalaktionen organisatorisch zum Fachbereich der Unternehmerbetreuung gehörten und eine Betreuung durch das entsprechende Fachpersonal zwingend erforderlich sei. Die Sensibilität der Sendungen setze einen zuverlässigen und vertrauensvollen Partner voraus, der die Versandaktion übernehme. Die Zuordnung zu einem bereits gebundenen Auftragnehmer eröffne die Möglichkeit, aufgrund des Vertragsverhältnisses und der täglichen Leistungserbringung bestehende Strukturen zu nutzen, wohingegen ein neuer, nur einmal gebundener Auftragnehmer ein entsprechendes Logistik- und Umsetzungskonzept jeweils neu aufsetzen müsse. Ferner eigne sich der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht für jährliche Einmalaktionen, erst recht nicht für eine gänzlich einmalige Aktion. Eine jährliche Neuausschreibung und der damit verbundene mögliche Wechsel des Auftragnehmers bedeute sowohl für Marktteilnehmer als auch für die Ag einen unangemessenen Aufwand.

Auch bei der Gestaltung der Vergabeunterlagen habe die Ag Rücksicht auf die Besonderheiten des Postdienstleistungsmarktes genommen, so z.B. bei möglichen Vergütungsanpassungen bei der Erhöhung regulierter Portoentgelte. Wie dem Vermerk vom 15. September 2017 zur Aktualität des Loszuschnitts zu entnehmen sei, habe die Ag unmittelbar vor Einleitung des Vergabeverfahrens nochmals alle Sachverhalte und Erwägungen überprüft sowie eine Liste potentieller Marktteilnehmer erstellen lassen. Nach Einleitung des Vergabeverfahrens sei der Loszuschnitt von allen übrigen Marktteilnehmern und interessierten Unternehmen unbeanstandet geblieben. Die Ag habe alle Bieter über das anhängige Nachprüfungsverfahren informiert, das

Vergabeverfahren aber parallel weiter geführt. Die Angebote seien zwischenzeitlich geöffnet worden.

bb) Was den Nachprüfungsantrag anbelange, so sei dieser bereits unzulässig, in der Sache aber auch unbegründet.

(1) Die ASt habe nicht im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB ihr Interesse am Auftrag und den ihr drohenden Schaden schlüssig dargelegt. Eine schlüssige Darlegung sei nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31. Januar 2017 – X ZB 10/16, Rn. 12, aber erforderlich. Der Vortrag der ASt, wonach einerseits das Los 3 einen für sie zu großen Zuschnitt habe, andererseits aber die Zuordnung der zwei Einmalaktionen zu Los 1 beanstandet werde, weil der ASt damit die beiden Einmalaktionen entgingen, passe nicht zusammen. Wenn die ASt leistungsfähig in Bezug auf die Einmalaktionen sei, so sei nicht nachvollziehbar, wieso sie nicht das gesamte Los 3 bedienen könne. Einen Loszuschnitt nach ihren individuellen Wünschen könne die ASt nicht durchsetzen.

Ferner fehle es an einer ordnungsgemäßen Rüge. Dem ersten Beanstandungsschreiben der ASt vom 6. Oktober 2017 fehle es an jeder Substanz, denn es habe nur allgemeine Ausführungen ohne Darlegung einer subjektiven Rechtsverletzung der ASt enthalten. Ein konkretes Begehren und Abhilfeverlangen sei nicht ansatzweise erkennbar gewesen; es sei nur zu entnehmen gewesen, dass der Loszuschnitt unzulässig sein solle, nicht aber, welcher konkrete Loszuschnitt begehrt werde. Die zweite Rüge vom 6. November 2017 sei verspätet, da ausweislich des ersten Schreibens vom 6. Oktober 2017 die Erkenntnis über vermeintliche Vergaberechtsverstöße bereits zu diesem Zeitpunkt vorgelegen habe, womit die Rüge vom 6. November 2017 außerhalb der 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB liege.

Im Übrigen fehle es insgesamt am Rechtsschutzbedürfnis, da die ASt nur zwei Lose angegriffen habe. Eine isolierte Entscheidung über die Lose Nord und Süd sei aber angesichts der übergeordneten Beschaffungskonzeption der Ag als dezentral organisiertem Auftraggeber, nicht möglich, zumal man vier Gebietslose gebildet habe. Das Leistungsbestimmungsrecht der Ag würde durch einen Eingriff hierin verletzt.

- (2) In der Sache sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Ag habe den Loszuschnitt in Ausübung ihres Leistungsbestimmungsrechts ausgeübt, der Loszuschnitt sei nicht durch einen Wunschzettel der ASt zu ersetzen. Das Vergaberecht eröffne nicht nur Bieterrechte, sondern müsse auch eine wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten. § 97 Abs. 4 GWB, auf den die ASt sich maßgeblich stütze, setze Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU defizitär in nationales Recht um, indem dort das Entscheidungsrecht des Auftraggebers über die losweise Vergabe im Verhältnis zum Richtlinienrecht verknüpft werde. Nach den Maßstäben, die das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 21. Dezember 2016 (VII-Verg 26/16) aufgestellt habe, sei der gewählte Loszuschnitt in jeder Hinsicht rechtmäßig, denn die Ag habe auf der Basis einer vollständigen und zutreffenden Tatsachenermittlung die Marktsituation in Einklang mit eigenen innerorganisatorischen Gegebenheiten gebracht.

Die ASt habe bereits in der Vergangenheit eine andere Ausschreibung („[...]“) der Ag beanstandet, was zu einer Abhilfe in Form einer Losaufteilung seitens der Ag geführt habe; die ASt habe sich in der Folge aber nicht am Vergabeverfahren über Postdienstleistungen beteiligt, obwohl der auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren in der mündlichen Verhandlung anwesende Vertreter der ASt damals, also im Jahr 2015, durch die Ag ausdrücklich auf das neu aufgesetzte Vergabeverfahren hingewiesen worden sei. Angesichts dessen erscheine das Übersehen der Ausschreibung infolge eines Personalwechsels, den die ASt hier anführe, als unverständlich sowie als arg befremdlich und wäre im Rahmen einer etwaigen Prüfung der Eignung der ASt zu berücksichtigen. Zutreffend sei auch, dass die ASt auf eine andere einmalige Versandaktion („[...]“) den Zuschlag erhalten habe, diese Versandaktion dann aufgrund einer sog. „[...]“ tatsächlich nicht durchgeführt worden sei. Diese Sachverhalte seien jedoch ohne Belang für das vorliegende Verfahren, denn die Ag habe mit der vorliegenden Ausschreibung eine grundsätzlich neue und ganzheitlich ausgerichtete Beschaffungskonzeption gewählt. Andere als die dem Los 1 zugeschlagenen Einmalaktionen seien derzeit noch gar nicht ausschreibungsreif, so dass nicht etwa großflächig Einmalaktionen dem Los 1 zugeschlagen werden sollten. Dies belege erneut die Willkürfreiheit des Loszuschnitts.

Die Zuordnung der Einmalaktionen zu Los Nord sei nicht wahllos erfolgt. Die Höhe des Sendungsvolumens in Los Nord sei infolge der Zuordnung der Einmalaktion erheblich gestiegen, was aber keine Rechtswidrigkeit bedinge. Eine Pflicht öffentlicher Auftraggeber zur Marktsteuerung und –förderung bestehe nicht, dies liege allein in der Hand des Gesetzgebers. Ein Aufsplitten der Einmalaktionen in zwei weitere Lose würde den Koordinierungsaufwand für die Ag erheblich erhöhen, da gerade die Einmalaktionen einen besonderen Abstimmungs- und Koordinierungsaufwand zwischen den Vertragspartnern erforderten. Die Attraktivität des Loses Nord könne bei einer Abspaltung der Einmalaktionen leiden. Die Zuordnung zu Los 1 sei einmal wegen innerorganisatorischer Zuständigkeiten erfolgt, weil die für die Aktionen inhaltlich zuständigen Personen in der Hauptverwaltung in Hamburg tätig seien. Infolge der laufenden werktäglichen Zusammenarbeit sei eine angesichts des sensiblen Sendungsinhalts intensive Organisations- und Qualitätssteuerung durch die zuständigen Personen zwingend erforderlich; durch die laufende Zusammenarbeit bei den werktäglichen Sendungen sei die Nutzung von Synergieeffekten gewährleistet. Die Zuordnung der Versandaktionen zum Los Nord sei auch deswegen erfolgt, weil eine zusätzliche Losaufteilung weitere Risiken eines Angriffs des Verfahrens auf dem umkämpften Postmarkt in einem Nachprüfungsverfahren bedeutet hätte. Sinnvolle Beschaffungsalternativen gäbe es hier nicht, denn entweder wäre eine aufwändige jährliche Neuausschreibung der Leistungen nötig oder der Abschluss einer Art von Rahmenvertrag, der als Instrument für eine lediglich einmal jährlich anfallende Leistung ungeeignet sei. Eine mehrjährige Laufzeit einer Rahmenvereinbarung habe zur Folge, dass die Leistungen längerfristig dem Markt entzogen würden, womit Wettbewerb verhindert werde. Zudem müsste sich die Ag in beiden Alternativen an einen Anbieter binden, dessen Qualität sie überwiegend nur einmal jährlich und dann direkt bei einem wichtigen Einzelauftrag großen Umfangs überprüfen könne.

3. In der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2017 informierte die Ag die Vergabekammer, dass am 8. Dezember 2017 bereits die Informationsschreiben nach § 134 GWB an die unterlegenen Bieter versandt worden waren. Die Vergabekammer hat daraufhin mit Beschluss vom 14. Dezember 2017 die für den Zuschlag vorgesehene Beigeladene (Bg) zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen sowie einen zweiten Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt, um der Bg ausreichend rechtliches Gehör zu gewähren. Die Bg hat jedoch mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2017 auf die

Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter ihrer Beteiligung verzichtet und keine inhaltliche Stellungnahme abgegeben, so dass ausschließlich die mündliche Verhandlung am 11. Dezember 2017 stattgefunden hat. Aufgrund der erst spät erforderlich werdenden Beiladung war die Verlängerung der Entscheidungsfrist bis zum 15. Februar 2018 erforderlich.

Mit Schreiben vom 4. Januar 2018 teilte die Vergabekammer den Verfahrensbeteiligten mit, dass beabsichtigt sei, den Nachprüfungsantrag in Bezug auf Los 3 zurückzuweisen, in Bezug auf Los 1 dem Nachprüfungsantrag stattzugeben. Die ASt nahm daraufhin den Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 8. Januar 2018 hinsichtlich des Loses 3 zurück.

Auf die Verfahrensakten der Vergabekammer, die Vergabeakten, die der Vergabekammer vorgelegen haben, sowie auf die ausgetauschten Schriftsätze wird ergänzend verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und in Bezug auf das allein noch streitgegenständliche Los 1 begründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag mit einem oberhalb der Auftragsschwellen für die europaweite Vergabe liegenden Auftragswert – sind eindeutig und unstreitig gegeben, so dass es hierzu keiner näheren Ausführungen bedarf.
 - a) Die Ag problematisiert im Rahmen der Zulässigkeit jedoch auf der einen Seite, der ASt fehle es am allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis, da sie ursprünglich, also vor Rücknahme des Nachprüfungsantrags in Bezug auf Los 3, nur zwei Lose angegriffen habe. Angesichts der übergeordneten Beschaffungskonzeption der Ag, vier Gebietslose zu bilden, könnten aber nicht isoliert zwei Lose herausgegriffen werden; es bestehe insoweit kein Rechtsschutzbedürfnis. Auf der anderen Seite legt sie im Rahmen der Antragsbefugnis, § 160 Abs. 2 GWB, dar, die ASt müsse ihr Interesse am Auftrag und den drohenden Schaden schlüssig darlegen.

Richtig ist, dass nach § 160 Abs. 2 GWB als Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nur ein Unternehmen in Frage kommt, das auch tatsächlich ein Interesse am Erhalt des streitgegenständlichen Auftrags hat und dem infolge des geltend gemachten Vergabefehlers ein Schaden droht. Dies bedingt aber, dass ein Antragsteller auch nur insoweit antragsbefugt ist, als er tatsächlich Interesse am Auftrag hat; dies waren vorliegend ausschließlich Teile der größeren Lose 1 und 3. Hätte die ASt daneben auch die anderen beiden Gebietslose angegriffen, so wäre ihr diesbezüglich die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB abzuspochen gewesen.

Ganz abgesehen davon, dass das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis als Zugangsvoraussetzung zu jeder Art von Rechtsschutz sehr weit auszulegen ist und im Vergabenaachprüfungsverfahren nur in Extremfällen, die in der Spruchpraxis jedenfalls der erkennenden Vergabekammer noch nicht vorgekommen sind, abzuspochen sein dürfte (vgl. sogar zur Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, der nur die Funktion eines „groben Filters“ zukommt, BVerfG vom 29. Juli 2004, in: VergabeR 2004, 597, sowie BGH vom 10. November 2009, in: VergabeR 2010, 210, Rn. 24 ff.), belegt diese Gesamtschau mit der speziellen Zugangsvoraussetzung der Antragsbefugnis, dass die Argumentation der Ag hier widersprüchlich ist. Würde man zwecks Nachweises des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses verlangen, dass die ASt die Gesamtkonzeption der Ag und damit alle vier Lose angreift, so würde die ASt bezüglich der Lose 2 und 4 wiederum an den genannten Voraussetzungen der Antragsbefugnis scheitern, da insoweit ja gerade kein Auftragsinteresse besteht. Da die Verfahrenskosten, u.a. auch die nach Abschluss des Vergabeverfahrens festzusetzenden Gebühren der Kammer im Ausgangspunkt an dem Auftragswert anknüpfen, den der jeweilige Antragsteller streitig gestellt hat, hätte eine – nach § 160 Abs. 2 GWB ja unzulässige - Ausweitung des Nachprüfungsantrags auf die Lose 2 und 4 für die ASt beachtliche Kostenfolgen, auf die in diesem Zusammenhang ebenfalls hinzuweisen ist.

Im Übrigen ist es nicht Aufgabe der ASt, eine stimmige Gesamtkonzeption der Beschaffung durch die Ag zu entwerfen. Das berechtigte Interesse der Ag, wonach auch der nach einer Herausnahme der beiden Einmalaufträge (nur dies ist noch streitgegenständlich) verbleibende Rest von Los 1 eine sinnvolle Einheit darstellen soll, ist im Rahmen der materiellen Betrachtung der Losaufteilung, also im Rahmen der Begründetheit zu berücksichtigen.

Ein Schaden der ASt ist gegeben, da sie geltend macht, infolge der Zusammenfassung der Einmalsendungen mit den werktätlich abzuholenden Sendungen kein Angebot abgeben zu können.

- b) Ebenfalls problematisiert hat die Ag die Erfüllung der Rügeobliegenheit, einmal – was die erste Rüge vom 6. Oktober 2017 anbelangt – unter inhaltlichen, was die zweite Rüge vom 6. November 2017 anbelangt unter zeitlichen Aspekten.

Die erste Rüge, die am 6. Oktober 2017 mit Bezugnahme auf die am 27. September 2017 erfolgte europaweite Bekanntmachung unstreitig rechtzeitig sowohl nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 sowie Nr. 1 GWB erfolgte, ist sehr umfassend formuliert. Die ASt legt in dieser Rüge ausführlich dar, aus welchen Gründen sie den Loszuschnitt der gesamten Ausschreibung beanstandet und ausdrücklich rügt. Richtig ist zwar, dass diese Rüge sich nicht auf das hier letztendlich streitgegenständliche Los 1 und die Einmalsendungen beschränkt. Zuzustimmen ist der Ag auch darin, dass Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit darin besteht, dem Auftraggeber zu verdeutlichen, was genau das rügende Unternehmen beanstandet, da ansonsten eine auftraggeberseitige Abhilfe im Vorfeld, also vor Stellung eines Nachprüfungsantrags, nicht möglich ist. Sehr allgemeine und unkonkrete Beanstandungen sind daher nicht geeignet, der ratio legis der Rügeobliegenheit zu entsprechen.

Im vorliegenden Verfahren ist der Sachverhalt in Bezug auf die Rüge in Zusammenschau mit dem nachfolgenden Nachprüfungsantrag jedoch dahin zu charakterisieren, dass die Rüge nicht zu unkonkret, sondern sehr viel umfassender ist als der dann folgende Nachprüfungsantrag. Ein rügender Auftragsinteressent ist aber nicht verpflichtet, alle Punkte, die er in der Rüge angesprochen hat, dann auch tatsächlich zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens zu erheben. Eine solche Verpflichtung oder wie auch immer geartete Obliegenheit gibt es nicht. Erforderlich ist vielmehr umgekehrt, dass die Punkte, die mit dem Nachprüfungsantrag aufgegriffen werden, auch tatsächlich konkret gerügt wurden. Dies ist hier der Fall. Die Thematik der Bildung eines eigenen Loses bezüglich der Einmalsendungen, die bei den externen Dienstleistern abzuholen sind, ist unter Punkt 1.c), d) des Rügeschreibens ausdrücklich angesprochen und argumentativ hinterlegt. Am Ende des Schreibens fordert die ASt ausdrücklich eine Abhilfe und verwendet den Begriff „Rüge“. Mit der

auf die Rügeantwort der Ag vom 25. Oktober 2017 reagierenden Replik des Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 6. November 2017 vertieft und präzisiert die ASt diesen Punkt weiter, ohne dass es angesichts der Rechtzeitigkeit und der Konkretheit der Rüge vom 6. Oktober 2017 noch darauf ankommt, ob dieses zweite Schreiben als neuerliche Rüge zu qualifizieren ist. Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang lediglich der ablehnenden Rügeantwort seitens der Ag vom 25. Oktober 2017 zu, denn diese hat die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ausgelöst. Mit Stellung des Nachprüfungsantrags am 8. November 2017 ist diese gesetzliche Frist eingehalten worden.

Mit dem Schreiben vom 6. Oktober 2017 hat die ASt somit ihrer Rügeobliegenheit inhaltlich vollumfänglich sowie fristgerecht genügt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, da die Ag ihre Einschätzungsprärogative überschritten hat, indem sie die bei externen Dienstleistern abzuholenden, jeweils einmalig im Jahr bzw. im Quartal anfallenden Sendungsvolumina dem Regionallos 1 zugeschlagen hat.

Der ASt steht nach § 97 Abs. 6 GWB ein justitierbarer Anspruch darauf zu, dass die Ag das in § 97 Abs. 4 S. 2, 3 GWB verankerte Losaufteilungsgebot angemessen berücksichtigt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016 – VII-Verg 26/16). Das nationale Losaufteilungsgebot findet mit der Europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 erstmalig eine Untermauerung im europäischen Richtlinienrecht, denn nach Art. 46 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie können öffentliche Auftraggeber einen Auftrag in Lose aufteilen. Dabei ist das Gebot der Losaufteilung trotz der verwendeten Begrifflichkeit „...können...“ auch hier als Regelfall vorgesehen, denn nach Art. 46 Abs. 1 S. 2 ist das Unterbleiben einer Losaufteilung in den Auftragsunterlagen oder im Vergabevermerk explizit zu begründen. Die Begründungspflicht belegt, dass das Unterbleiben der Losaufteilung als Ausnahmefall angesehen wird. Dieser, durch die Richtlinienvorgaben auch gemeinschaftsweit als bedeutsam anerkannte Anspruch bedingt, dass dem öffentlichen Auftraggeber, hier der Ag, trotz der grundsätzlichen Bestimmungsautonomie hinsichtlich der Bedingungen der Auftragsvergabe keine unumschränkte Wahlfreiheit zusteht, insbesondere kein Ermessen, sondern lediglich eine in den Begriff des „Erforderns“ als Tatbestandsmerkmal von § 97 Abs. 4 GWB hineinzulesende Einschätzungsprärogative, deren Überprüfbarkeit durch die

Nachprüfungsinstanzen beschränkt ist. Erforderlich ist danach eine Abwägung der widerstreitenden Belange des Auftraggebers mit denjenigen des Auftragsinteressenten, wobei die Frage zu stellen ist, ob den Gründen des Auftraggebers, aus denen er auf eine kleinteiligere Losaufteilung verzichtet, ein Wertungsüberhang zuzubilligen ist (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Hieraus ergibt sich bereits, dass der Hinweis der Ag auf ihr Leistungsbestimmungsrecht allein nicht ausreicht, um die Bildung des Loses 1 zu rechtfertigen, welches die werktätlich abzuholende Post im Gebiet Nord mit den Standorten Hamburg, Delmenhorst und Hannover kombiniert mit den Einmalsendungen, die bei den externen Dienstleistern abzuholen sind; die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts innerhalb der Grenzen der Einschätzungsprärogative ist vielmehr gerade Gegenstand der vorliegenden Überprüfung.

Die Ag hat sich jedoch nicht nur pauschal auf ihr Leistungsbestimmungsrecht berufen, sondern daneben weitere Gründe für die Losbildung vorgetragen. Zur Begründung der Ag, die sich bereits im Vergabevermerk vom 13. April 2017 findet und im schriftsätzlichen Vortrag im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens aufgegriffen und ergänzt wird, ist zunächst übergreifend festzustellen, dass die Ag sich intensiv und grundsätzlich sachgerecht mit der Thematik der Losbildung auseinandergesetzt hat. Die Bildung der vier Gebietslose ist gut nachvollziehbar und es besteht keine Verpflichtung, unverhältnismäßigen Aufwand generierende Splitterlose zu bilden, zumal die Ag ja nicht gänzlich auf eine Losbildung verzichtet hat, sondern vier Lose vorgesehen sind. Aus diesem Grund hätte die Vergabekammer, wie den Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 4. Januar 2018 mitgeteilt, die Bildung eines Sonderloses für den Standort München unter dem Gesichtspunkt des Splitterloses als nicht geboten erachtet.

a) Allerdings liegen in Bezug auf das Detail des Ausschreibungskonzepts, um welches es vorliegend allein noch geht, keine Gründe vor, die geeignet sind, einen Wertungsüberhang im dargelegten Sinne zu begründen. Die Ag hat in Bezug auf die Zuordnung der Einmalaktionen zum Los 1 wirtschaftliche und technische Gründe angeführt, die insbesondere aus der Sensibilität der Sendungsinhalte [...] resultieren sollen. Konkret beruft sich die Ag auf die folgenden Aspekte:

- Notwendigkeit einer intensiven Organisations- und Qualitätssteuerung aufgrund des großen Sendungsaufkommens,
- Zuordnung zum Gebietslos Nord aufgrund der Zuständigkeit des in Hamburg angesiedelten Fachbereichs Unternehmerbetreuung, die eine Betreuung des Vertrags durch das dortige Fachpersonal bedinge,
- Erfordernis eines zuverlässigen und vertrauensvollen Partners für den Versand aufgrund der Sensibilität der Versandinhalte,
- Möglichkeit der Nutzung bestehender Strukturen infolge der Zuordnung der besonderen Versandaktionen an einen bereits gebundenen Auftragnehmer, wohingegen ein neuer Auftragnehmer ein Logistik- und Umsetzungskonzept erst neu aufsetzen müsste,
- keine Eignung des Instruments der Rahmenvereinbarung für jährliche Einmalaktionen bzw. für eine gänzlich einmalige Aktion,
- unangemessener Aufwand, wenn diese Einmalaktionen jährlich neu ausgeschrieben werden müssten.

Nicht erkennbar ist hier, dass diese Belange der Ag nur sichergestellt werden können, wenn die Einmalaktionen dem Los 1 zugeschlagen werden; es fehlt mithin an der Kausalität zwischen der gegebenen Losbildung und der Sicherstellung der Belange der Ag:

- Die „intensive Organisations- und Qualitätssteuerung“ ist unabhängig davon erforderlich, ob der spätere Auftragnehmer neben den sensiblen Einmalaktionen auch die Abholung der werktäglich in Norddeutschland anfallenden Post vornimmt. Sie müsste auch innerhalb eines größeren Auftrags geleistet werden, ohne dass Synergieeffekte bei der Organisations- und Qualitätssteuerung erkennbar wären.
- Die Betreuung der Einmalaktionen durch den in Hamburg angesiedelten Fachbereich Unternehmerbetreuung vermag zu begründen, warum die Einmalaktionen gerade dem Los Nord zugeschlagen wurden und nicht einem anderen Regionallos, nicht aber die vorgreifliche Frage, warum hier überhaupt die Zusammenfassung mit einem Regionallos stattfinden muss. Einer verwaltungstechnischen Betreuung des Vertrags mit dem späteren Auftragnehmer durch den zuständigen Fachbereich in Hamburg steht auch

dann nichts im Wege, wenn ein separater Vertrag für die Einmalaktionen abgeschlossen wird.

- Das durch die Sensibilität der Sendungsinhalte bedingte Erfordernis eines vertrauensvollen Partners für die Postdienstleistungen ist definitiv aner kennenswert. Allerdings kommen für die fraglichen Leistungen ohnehin ausschließlich lizenzierte Postdienstleistungsunternehmen in Betracht, deren Eignung für die Durchführung dieser Postdienstleistungen nicht in Frage zu stellen ist. Eine vorweggenommene Annahme, wonach ein Dienstleister, mit dem keine weitere vertragliche Beziehung für die werktägliche Post besteht, die Einmalaktionen nicht zuverlässig bearbeiten werde, ist unzulässig. Im Gegenteil würde eine separate Ausschreibung der Ag die Möglichkeit eröffnen, hier im Vergleich zur werktäglichen Post erhöhte Anforderungen, z.B. in Bezug auf die Wahrung des Postgeheimnisses, vorzugeben, falls dies vor dem Hintergrund der Sensibilität der Sendungsinhalte tunlich sein sollte.
- Aufgrund der teilweise sogar nur einmal im Jahr anfallenden großen Versandaktionen ist ein Dienstleister, der ausschließlich die Einmalaktionen bedient, gerade nicht in der Situation, ein Logistikkonzept aufsetzen zu müssen, denn die sehr selten erforderlich werdende Abholung dürfte kein umfangreiches Konzept erfordern. Dies ist im Übrigen eine Überlegung, die in die Sphäre der Auftragsinteressenten, hier der ASt, fällt; die Bieter haben diese Überlegung bei der Frage abzuwägen, ob und mit welchem Angebot sie sich am Wettbewerb beteiligen wollen.
- Richtig ist, dass das Instrument der Rahmenvereinbarung eher zugeschnitten ist auf regelmäßige und zeitlich kontinuierliche Abrufe. Dennoch ergeben die Einmalaktionen in einem Los zusammengefasst durchaus auch eine Reihe von Abrufen, wenn die zeitliche Dauer einer diesbezüglichen Rahmenvereinbarung angeglichen würde an die Dauer für die anderen Lose. Rechtlich steht einer Rahmenvereinbarung hier nichts entgegen.
- Richtig ist, dass eine jeweilige separate Ausschreibung pro Einmalaktion für die Ag zu aufwändig wäre. Den Überlegungen der Ag ist hier zuzustimmen. Mit der Wahl des Instruments der Rahmenvereinbarung mit einer mehrjährigen Laufzeit für alle Einmalaktionen ließe sich dem allerdings begegnen.

b) Gänzlich nicht berücksichtigt hat die Ag hier zudem, dass die beiden Elemente, die im Los 1 zusammengefasst wurden, zwar beides Postdienstleistungen sind, in einem

allgemeinen Markt für Postdienstleistungen aber durchaus eigenständige Segmente darstellen, die dem Charakter nach Fachlosen jedenfalls angenähert sind. Das Gebot der Losaufteilung spielt bei Fachlosen bzw. bei diesen ähnlichen Marktsegmenten eine noch größere Rolle als bei einer rein mengenmäßigen Aufteilung im Rahmen von Teillosten, denn ein Unternehmen, das nicht auf die Erbringung von bestimmten Leistungen eingerichtet ist, kann unabhängig von der Losgröße nicht am Wettbewerb teilnehmen. Es gibt – und dies ist das Kriterium für das Vorhandensein von Fachlosen (grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2011 – VII-Verg 63/10) – durchaus jedenfalls eigene Teilmärkte bei den Postdienstleistungen sowohl in regionaler als auch in inhaltlicher Hinsicht (Teil- bzw. Vollkonsolidierung). Vorliegend ist es der ASt nicht möglich, das gesamte Los zu bedienen, da sie ihren Tätigkeitsschwerpunkt in [...] hat. Wollte sie auf das Los 1 bieten, so müsste sie einen Mitarbeiter nebst Fahrzeug vor Ort in Norddeutschland vorhalten, der die werktägliche Abholung in den drei Dienststellen vornimmt und diese bei der Deutschen Post AG zwecks Zustellung aufiefert; Zustellstrukturen hat sie in diesem Gebiet ohnehin nicht. Müsste sie aber einen Mitarbeiter ausschließlich für die werktägliche Abholung bei der Ag vorhalten, so wäre eine wettbewerbsfähige Angebotskalkulation nicht mehr möglich. Anders verhält es sich bei den großvolumigen Einmalaktionen, die größtenteils nur einmal jährlich anfallen; hier ist jeweils nur eine einmalige Anfahrt erforderlich, der ein erhebliches Sendungsvolumen gegenüber steht, welches die ASt der Konsolidierung zuführen kann. Der Kalkulationsfaktor der Anfahrt erscheint durch die Menge als kompensationsfähig, ohne dass das Angebot a priori und mehr oder weniger zwangsläufig seine Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich mit den vor Ort befindlichen Postdienstleistern verlieren müsste.

Zwar ist die Ag definitiv nicht gehalten, ihre Vorgaben auf ein bestimmtes Unternehmen auszurichten, um diesem die Teilnahme zu ermöglichen. Tatsächlich gibt es auf dem Postdienstleistungsmarkt, der durch den im Aufwuchs befindlichen Wettbewerb nach Liberalisierung gekennzeichnet ist, aber eine Vielzahl von Unternehmen, die ebenso wie die ASt von der Teilnahme am Wettbewerb um das derzeitige Los 1 ausgeschlossen sind, denn die Postdienstleistungsunternehmen, die im Wettbewerb zum ehemaligen Monopolisten Deutsche Post AG entstanden sind, sind häufig regionale [...], welche die Zustellstrukturen über die [...] nutzen. Alle diese Unternehmen sind vom Konsolidierungswettbewerb um die Einmalaktionen mit großen Sendungsvolumina ausgeschlossen, wenn diese zusammen mit der

werktäglichen Abholung und Zustellung an den Standorten Hamburg, Delmenhorst und Hannover zu leisten sind. Insofern geht es nicht nur darum, die individuellen Vorstellungen der ASt zu bedienen, sondern darum, die konkreten Marktverhältnisse (Zustellwettbewerb vs. Konsolidierungswettbewerb) angemessen in die Überlegungen zur Losaufteilung mit einzubeziehen.

- c) In der Gesamtschau gibt es somit keinen Überhang an Gründen für die derzeitige Losaufteilung. Wie dargelegt, sind die von der Ag angeführten Belange auch erreichbar, wenn die Einmalaktionen in einem eigenen Los zusammengefasst werden. Es verbleibt lediglich der Aufwand eines separaten Vergabeverfahrens, der aber angesichts der Größenordnung der Einmalversandaktionen nichts mit einem kleinteiligen Splitterlos zu tun hat. Der gegebene Loszuschnitt bedingt auf der anderen Seite, dass sich nicht nur die ASt, sondern auch andere private Wettbewerber nicht erfolgversprechend am Wettbewerb beteiligen können. Die Ag ist daher bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nach § 97 Abs. 4 GWB gehalten, die Einmalaktionen in einem separaten Los zusammenzufassen und auszuschreiben, ohne dass eine Notwendigkeit besteht, die Einmalaktionen wiederum auf separate Lose zu verteilen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 4,5, Abs. 4 GWB, § 80 Abs. 2 VwVfG.

Die Ag unterliegt in Bezug auf Los 1, so dass sie die diesbezüglichen Verfahrenskosten sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen hat.

Die ASt hat den Nachprüfungsantrag in Bezug auf das Los 3 zurückgenommen, so dass es der Billigkeit im Sinne der genannten Vorschriften entspricht, ihr die Verfahrenskosten sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen. Es steht vorliegend nämlich fest, dass die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag zu Los 3 unterlegen wäre. Dies hat die Vergabekammer den Verfahrensbeteiligten nach mündlicher Verhandlung und anschließender Beratung schriftlich mitgeteilt.

Bei der Quotelung hat die Kammer die Relation der in Rede stehenden Sendungsmengen in Ansatz gebracht, welche sich auf das wirtschaftliche Auftragsinteresse der ASt bezieht (Sendungsvolumen Einmalaktionen: ca. 1,6 Mio.; München: ca. 31.000 Sendungen jährlich). Ebenso hat die Kammer die Halbierung der Gebühr gemäß § 182 Abs. 3 S. 4 GWB in Bezug auf Los 3 bei der Quote bereits berücksichtigt.

Die Bg hat sich nicht am Verfahren beteiligt und ist daher nicht an der Kostenentscheidung zu beteiligen.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt und durch die Ag war jeweils notwendig. Für die ASt als Unternehmen ohne Rechtsabteilung bedarf dies keiner näheren Begründung. Was die Ag anbelangt, so hat diese als öffentlicher Auftraggeber das Vergaberecht zwar ohnehin zu beherrschen. Jedoch hat sich die Ag bereits im Vorfeld erhebliche Gedanken zur Losaufteilung gemacht, dies auch unter Heranziehung externer Beratung. Dennoch wurde die Thematik streitig. Dies rechtfertigt es unter zusätzlicher Hinzuziehung des Aspekts der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt, die anwaltliche Vertretung als notwendig anzuerkennen.

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, einzu-legen.

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

Zeise