



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 34/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der „de-facto-Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Kluckhohn nach Lage der Akten am 26. Juni 2019 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird teilweise verworfen, im Übrigen zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schloss im Jahr 2009 einen Bewachungsvertrag mit der Beigeladenen (Bg) [...], nach dem die Bg insgesamt für die Sicherheit der Liegenschaft der Ag zuständig ist, sowohl was die technische Absicherung mittels Überwachungsanlagen betrifft als auch die personelle Absicherung durch Wachleute, die das Gelände bestreifen und die Konsole besetzen, an der die Überwachungstechnik kontrolliert wird und die Alarmer auflaufen. Dieser Vertrag hat eine Laufzeit bis zum 31. März 2020.

Im Rahmen der technischen Absicherung plante und errichtete die Bg die Absicherungstechnik (Alarmanlagen, Kameras, Zutrittskontrollen etc.) und ist auch derzeit noch für die Wartung zuständig. Hierfür setzt sie auch eigenes Personal ein.

Zur Bewachung der Liegenschaft mittels Wachpersonal setzt die Bg die Antragstellerin (ASt) als Unterauftragnehmerin ein. Mitarbeiter der ASt bestreifen das Gelände, stehen als Pförtner an Ein- und Ausfahrten, bedienen die Konsole der – von der Bg installierten und betriebenen – Überwachungstechnik und arbeiten Alarmer ab. Der entsprechende Vertrag zwischen der ASt und der Bg wurde Mitte 2009 geschlossen und hat eine Laufzeit bis zum 30. Juli 2019.

Mit Schreiben vom 19. März 2019 an die ASt wies die Bg u.a. auf das eben benannte Laufzeitende hin und teilte mit, dass sie diesen Vertrag nicht verlängern werde. In Abstimmung mit ihrem Auftraggeber werde sie den Prozess der Neuvergabe anstoßen. Die Bg beabsichtigt, ein anderes Bewachungsunternehmen als Unterauftragnehmer einzusetzen.

Mit Schreiben vom 06. Mai 2019 wandte sich die ASt an die Ag. Sie teilte darin mit, dass ein Austausch des Nachunternehmens dazu führe, dass der gesamte Betreibervertrag zwischen der Ag und der Bg neu auszuschreiben wäre. Die ASt bat um Auskunft, ob der Betreibervertrag neu abgeschlossen bzw. verlängert worden sei. Sollte der Auftrag neu vergeben werden, sei jedoch eine Aufteilung in Lose – technische Absicherung auf der einen Seite und personelle Absicherung auf der anderen Seite – vorzunehmen. Bei Fortbestehen des ursprünglichen Betreibervertrages bat die ASt um Auskunft, ob die Ag dem Austausch der ASt als Nachunternehmerin zugestimmt habe.

Die Ag reagierte auf dieses Schreiben nicht.

Mit Schreiben vom 28. Mai 2019 rügte die ASt gegenüber der Ag, dass diese angeblich in einem vorangegangenen Telefonat am 21. Mai 2019 geäußert habe, dass sie keine Veranlassung sehen würde, dem Austausch der ASt als Nachunternehmerin der Bg zu widersprechen.

2. Mit Schriftsatz vom 28. Mai, an die Ag übermittelt am gleichen Tag, stellte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

a) Zur Begründung ihrer Antragsbefugnis trägt die ASt vor, sie habe erhebliches Interesse am Fortbestand des Unterauftragnehmervertrages. Da der Austausch des Unterauftragnehmers in hier vorliegenden Sonderfall aufgrund der faktischen Besonderheiten ein neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 1 GWB erfordere, wäre es für die Bg nicht möglich, die ASt auszutauschen.

Sollte der Auftrag zwischen dem Ag und der Bg neu vergeben bzw. verlängert worden sein, ohne dass ein Ausschreibungsverfahren erfolgte, bestehe die Antragsbefugnis erst Recht, da dieser Vertragsschluss nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam wäre und sich die ASt im Falle eines Vergabeverfahrens ebenfalls auf das zu bildende Fachlos „personelle Bewachung“ beworben hätte.

Eine wesentliche Vertragsänderung, die ein neues Vergabeverfahren erforderlich machen könne, könne auch im Austausch eines Nachunternehmers liegen, selbst wenn dieser Austausch im Vertrag bereits vorgesehen sei. Vorliegend sei zu berücksichtigen, dass die Bg die personelle Bewachungsdienstleistung nicht selbst erbringen könne und daher im Rahmen der Eignungsleihe auf den Unterauftragnehmer angewiesen sei. Ein nachträglicher Austausch des eignungsleihenden Nachunternehmers stelle jedenfalls dann eine ausschreibungspflichtige Auftragsänderung dar, wenn der Auftragnehmer mangels Eignung den Zuschlag nicht hätte bekommen können.

Aufgrund der unabhängigen Tätigkeit der ASt stelle der Wechsel des Nachunternehmers faktisch einen Wechsel des Hauptunternehmers dar, der gem. § 132 Abs. 1 Nr. 4 GWB eine neue Ausschreibung erfordere.

Die Wesentlichkeit der Änderung bestehe hier darin, dass ASt und Bg wie zwei Hauptauftragnehmer nebeneinander tätig seien. Die ASt schule ihre Mitarbeiter selbständig für die Arbeit an der Konsole und für die sonstigen Wachaufgaben. Die Ag erteile für jeden Mitar-

beiter der ASt, der die Voraussetzungen erfülle, eine Genehmigung zum [...]. Die Mitarbeiter der ASt unterlägen in Bezug auf ihre Aufgabe der Absicherung der Liegenschaft ausschließlich den Weisungen der Ag, nicht der Bg. Die Bg sei für die technische Absicherung zuständig, Schnittstelle zur ASt sei die Konsole, an der Alarme auflaufen und dann vom Wachpersonal der ASt abgearbeitet würden. Weitere Kontakte seien für die Aufgabenerfüllung nicht nötig, da die Anweisungen für die konkrete Wachtätigkeit von der Ag direkt kämen und diese auch die wesentlichen Kontrollen selbst vornehme. Das für den vorliegenden Unterauftrag benötigte Personal sei mit einer Überprüfung (Ü2) nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz besonders qualifiziert.

Die Wesentlichkeit eines Austauschs der Nachunternehmerin ergebe sich vorliegend auch daraus, dass die Dienstleistungen der ASt im Verhältnis zum Anteil der Bg zeitlich wie auch finanziell einen deutlich größeren Teil des Gesamtauftrages einnehmen.

Auch sei eine Zustimmung der Ag zum Austausch des Nachunternehmers vergaberechtswidrig, da sie nur nach einer durchgeführten Eignungsprüfung des neuen Nachunternehmers erfolgen dürfe, der jedoch das benötigte sicherheitsüberprüfte Personal nicht zur Verfügung habe.

Eine wesentliche Änderung liege gem. § 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB jedenfalls darin, dass der Vertrag der Bg mit der Ag länger als bis zum 30. Juli 2019 lief und damit länger als die zehn Jahre, die zur Rückzahlung auf die Investitionen der Bg vorgesehen seien. Bei weiterem Fortgang des Vertrages handele es sich bei den Zahlungen um unzulässige Beihilfen zu Gunsten der Bg.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und weiter

1. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist,
2. festzustellen, dass ein möglicherweise neu abgeschlossener Vertrag zwischen der Ag und der Bg bzw. einer ihrer Tochtergesellschaften für die Bewachung der Liegenschaft [...] unwirksam ist,

3. festzustellen, dass ein Austausch der ASt als Nachunternehmerin im ursprünglich abgeschlossenen Bewachungsvertrag für die Liegenschaft [...] aus dem Jahr 2009 zwischen [...] und der Bg nicht möglich ist, sondern die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erfordert,
 4. dass die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um die festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen, insbesondere dass die Vergabekammer dem Ag aufgibt,
 - a) eine möglicherweise erteilte Genehmigung zum Austausch des Nachunternehmers zurückzuziehen und die Bg auffordert, die ASt über den 30.07.2019 hinaus als Nachunternehmerin im bestehenden Bewachungsvertrag für die Liegenschaft [...] einzusetzen,
 - b) im Falle einer notwendigen Interimsvergabe ebenfalls die ASt einzusetzen, sofern in der Person der ASt keine Kündigungsgründe liegen,
 5. dass die Vergabekammer dem Ag aufgibt, einstweilen bis zum Abschluss des Vergabenachprüfungsverfahrens der Bg zu untersagen, die ASt als Nachunternehmerin auszutauschen,
 6. Akteneinsicht in die Vergabe- und Vertragsakte des Ag zu gewähren,
 7. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären,
 8. dass die Vergabekammer als weitere geeignete Maßnahme zur Beseitigung der festgestellten Rechtsverletzung der Ag aufgibt, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht von Bewachungsleistungen für die Liegenschaft [...] über den 31.03.2020 hinaus diesen Auftrag ohne schuldhaftes Zögern in zwei Losen (Technische Überwachung und personelle Bewachung) auszuschreiben.
- b) Die Ag beantragt zuletzt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 28. Mai 2019 zurückzuweisen,
 2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen sowie
 3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Es sei bislang kein Vergabeverfahren zur Bewachung der Liegenschaft nach Ende der Vertragslaufzeit eingeleitet. Die Bg sei auch nicht über das Vertragsende hinaus beauftragt

worden. Die ASt begehre insoweit wie auch bezüglich der von ihr angesprochenen möglichen Interimsvergaben unzulässigen vorbeugenden Rechtsschutz.

Soweit die ASt sich auf eine wesentliche Änderung des Auftrages berufe, fehle ihr die Antragsbefugnis, da sie selbst kein Interesse am fraglichen Auftrag habe.

Der Austausch eines Nachunternehmers sei grundsätzlich keine wesentliche Änderung des Vertrages, da der Hauptunternehmer für die Leistungserbringung allein einzustehen habe. Die Ag überprüfe die Erfüllung der Bewachungspflichten der Bg durch Leistungskontrollen, es seien auch Vertragsstrafen vereinbart. Die ASt verfüge über kein Alleinstellungsmerkmal, vielmehr sei der Ag aus anderen Verträgen hinlänglich bekannt, dass auch andere Unternehmen dieselben Leistungen erbringen könnten.

Der Vertrag zwischen Ag und Bg enthalte keine Regelungen zum Austausch des Unterauftragnehmers. Die Bg habe die Ag jedoch von ihrem Vorhaben unterrichtet und die Ag habe diesem Subunternehmerwechsel zugestimmt.

Die Eignung der Bg sei überprüft worden, die Eignung der Nachunternehmer jedoch nicht, dies sei auch bei dem jetzt geplanten Wechsel nicht vorgesehen.

Entgegen der Darstellung der ASt liege der Schwerpunkt des Vertrages nicht in der personellen Absicherung. Bei der damaligen Angebotswertung seien für die Vorhabengestaltung durchschnittlich 20 %, für die technische Absicherungsleistung 60 % und für die personelle Absicherungsleistung 20 % Gewichtung vorgesehen gewesen. Der Umfang der personellen Bewachung hänge vom Umfang der technischen Absicherung ab und werde erst nach diesem bestimmt.

c) Mit Beschluss vom 29. Mai 2019 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen, sie hat sich jedoch nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

3. Den Antrag zu 2 hat die ASt nach der Bestätigung der Ag, keinen neuen Vertrag mit der Bg geschlossen bzw. den bisherigen Vertrag nicht verlängert zu haben, schriftsätzlich für erledigt erklärt.

Die terminierte mündliche Verhandlung konnte aufgrund erst während der Anreise entstandener kurzfristiger Verhinderung des ehrenamtlichen Beisitzers nicht stattfinden. Die ASt erklärte sich zum Verhandlungstermin nach Schilderung der Hintergründe und der möglichen Optionen damit einverstanden, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten und stattdessen ein

Rechtsgespräch mit der (unvollständig besetzten) Kammer über die rechtliche und tatsächliche Würdigung des Falles zu führen. Die Ag bekräftigte ihren bereits erklärten Verzicht auf eine mündliche Verhandlung und war ebenfalls mit einem Rechtsgespräch einverstanden. Für die Bg war niemand zum angesetzten Verhandlungstermin erschienen. Im Rahmen des Rechtsgesprächs hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte ausführlich mit der Kammer zu erörtern.

Im Rahmen des Rechtsgesprächs erteilte die Ag weitere Auskünfte zu ihrem Vertrag mit der Bg, welcher der Vergabekammer als Anlage zum Schriftsatz der Ag vom 06. Juni 2019 eingereicht wurde, [...]. Danach bedarf die Übertragung vertraglicher Verpflichtungen des Auftragnehmers [der Bg] auf Dritte der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Dies gilt jedoch explizit nicht für die Beauftragung eines Subunternehmers für die Bewachung. Der Vertrag enthält weiter umfangreiche Eignungsanforderungen an die Wachpersonen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig (dazu unter 1.), jedoch auch insoweit unbegründet (dazu unter 2.).

1. Der Antrag ist teilweise zulässig.

- a) Bei der Ag handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber, der auch dem Bund zuzurechnen ist. Gemäß dem unwidersprochenen Vortrag der ASt wird der Schwellenwert für die europaweite Ausschreibung der Bewachungsdienstleistung allein in Bezug auf die unmittelbare Tätigkeit der ASt bereits nach rund zwei Jahren überschritten.
- b) Teilweise handelt es sich jedoch bei den Anträgen der ASt um ein unzulässiges vorbeugendes Rechtsschutzbegehren, das sich gegen mögliches zukünftiges Verhalten der Ag richtet. Soweit die ASt eine Verpflichtung der Ag zur (sofortigen) losweisen Ausschreibung des Bewachungsvertrages begehrt oder eine Interimsvergabe bis zum Abschluss eines zukünftigen Vergabeverfahrens angreift, handelt es sich um womöglich zukünftig von der Ag zu treffende Entscheidungen, die jedoch derzeit mangels aktuell betriebenen entsprechenden Vergabeverfahrens nicht von der Vergabekammer zu beurteilen sind. Der Vertrag zwischen Ag und Bg endet erst am 31. März 2020.

- c) Zulässig ist der Nachprüfungsantrag jedoch, soweit die ASt eine unterbliebene Neuausschreibung des Auftrages bemängelt, die durch den vorgesehenen Austausch der Nachunternehmerin der Bg erforderlich werde.

Den Vortrag der ASt als zutreffend unterstellt handelt es sich bei dem Austausch der Nachunternehmerin der Bg um eine wesentliche Änderung des zwischen der Bg und der Ag abgeschlossenen Vertrages, der gem. § 132 GWB eine Neuausschreibung erforderlich machen würde, die die Ag vergaberechtswidrig unterlassen hätte. Insoweit könnte eine Rechtsverletzung der ASt durch eine erfolgte de-facto-Vergabe bestehen, indem keine Neuausschreibung durchgeführt wurde.

Dieser Argumentation lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die ASt kein Interesse i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB am gesamten Betreibervertrag hat, da sie die technische Bewachung gar nicht übernehmen kann und will. Die ASt trägt gerade vor, dass bei der aus ihrer Sicht erforderlichen Neuvergabe eine Aufteilung des Auftrages in zwei Lose erfolgen müsse, so dass sie sich hier isoliert auf das Los „personelle Bewachung“ bewerben könnte. Dass es der ASt, wie die Ag meint, in erster Linie nur um eine Fortführung ihres bisherigen Unterauftrages mit der Bg ankomme, ist den Ausführungen der ASt nicht zu entnehmen. Sie trägt zwar vor, dass keine Auftragsänderung und damit kein Erfordernis einer neuen Ausschreibung bestehe, wenn die ASt ihren Unterauftrag behalte. Der umfangreiche Vortrag der ASt zum Erfordernis der getrennten Ausschreibung in zwei Losen spricht jedoch dafür, dass die ASt sich auf ein solches Einzellos auch bewerben würde.

Indem die Ag eine entsprechende Ausschreibung unterließ könnte eine Rechtsverletzung der ASt eingetreten sein.

- d) Auf das Vorliegen einer rechtzeitigen Rüge kommt es aufgrund der Regelung in §§ 160 Abs. 3 S. 2 i.V.m. 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Bezug auf die de-facto-Vergabe nicht an.

2. Der insoweit zulässige Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Der vorgesehene Austausch der Nachunternehmerin durch die Bg stellt weder bei rein rechtlicher (dazu unter a) noch bei faktischer Betrachtung (dazu unter b) eine wesentliche Änderung des Auftragsverhältnisses zwischen der Ag und der Bg dar, so dass eine Neuausschreibung nicht erforderlich ist.

- a) Bei einer rein rechtlichen Betrachtung, abstellend auf den Betreibervertrag zwischen der Ag und der Bg, stellt sich das Auswechseln des Subunternehmers der Bg schon nicht als

eine Änderung des Auftrages i.S.d. § 132 GWB dar, so dass es auf die Wesentlichkeit nicht ankommt.

Nach den Maßstäben der Rechtsprechung (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.01.2013 – 11 U 33/12, juris-Rn. 42) ist von einer Verpflichtung zur Neuausschreibung auszugehen, wenn es um Änderungen geht, die im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehen sind, die keine gesetzliche Grundlage haben oder wesentliche Bestandteile betreffen, wie etwa das Leistungsspektrum, den Preis, Laufzeitveränderungen oder Leistungserweiterungen.

Der Vertrag enthält eine ausdrückliche Regelung zur Übertragung von Pflichten der Bg auf Dritte und unterstellt diesen Vorgang grundsätzlich einer Zustimmung der Ag. Gerade der im vorliegenden Nachprüfungsverfahren relevante Bereich der Bewachungsleistungen ist davon jedoch ausgenommen, so dass insoweit keine Abstimmung mit der Ag erforderlich ist. Eine § 9 Abs. 1 S. 2 VSVgV (erst seit 2012 in Kraft) entsprechende Regelung ist damit gerade nicht vereinbart wurde. Dass die Bg hier die Ag vorab informierte und diese keinen Anlass sah, dem Austausch der Nachunternehmerin zu widersprechen bzw. diesem sogar zugestimmt hat, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Der Austausch der Nachunternehmerin machte keine Änderung des Vertrages erforderlich, sondern ist vollumfänglich von dem Vertrag gedeckt. Bei dieser Betrachtung ist eine Änderung des Auftrages nicht gegeben.

Soweit die ASt davon ausgeht, der Vertrag der Bg sei, soweit er über die 10-jährige Laufzeit des Subunternehmerauftrages der ASt hinaus fort dauere, verlängert worden, insoweit liege eine unzulässige Beihilfe vor und sei eine Neuausschreibung gem. § 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB erforderlich, trifft dies vom zugrundeliegenden Sachverhalt her nicht zu. Der Vertrag zwischen Ag und Bg hatte von Beginn an eine reguläre Laufzeit bis Ende März 2020. Auch insoweit ist es also schon nicht zu einer Änderung gekommen.

- b) Auch bei der von der ASt intendierten faktischen Betrachtung liegt jedenfalls keine wesentliche Änderung vor, die gem. § 132 Abs. 1 Nr. 4 eine Neuausschreibung erfordern würde.

Die ASt stellt insoweit auf den „Gesamtcharakter“ (Argument aus § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB) des Auftrages ab und trägt detailliert vor, warum aus ihrer Sicht die ASt wie ein zweiter Hauptauftragnehmer neben der Bg stehe. So sei die Bg im Tagesgeschäft für die ASt

praktisch nicht existent, die Anweisungen zur Durchführung der Wachen, zur Abarbeitung konkreter Alarme sowie die wesentlichen Prüfungen der Mitarbeiter der ASt erfolgten durch die Ag direkt. Die Bg sei letztlich nur für administrative Fragen in Bezug auf die Vertragsdurchführung und für das „Durchleiten“ des Geldes von der Ag an die ASt zuständig. Schnittstelle zwischen den Tätigkeiten der Bg und der ASt sei die Konsole, an der die Daten der Überwachungstechnik der Bg aufliefen und die personell mit Mitarbeitern der ASt besetzt werde, die dann auch auf eingehende Alarme reagierten. Weiter geht die ASt davon aus, dass das finanzielle Volumen wie auch der zeitliche Aufwand der personellen Bewachung das Volumen der technischen Absicherung der Liegenschaft übersteige und insoweit den Schwerpunkt des Auftrages ausmache. Dies spreche für die besondere Bedeutung gerade der ASt im Rahmen der Vertragsdurchführung.

Auch wenn die tatsächlichen Verhältnisse im Einzelnen streitig geblieben sind, ist auch bei Annahme der von der ASt geschilderten Umstände nicht von einer faktischen Stellung der ASt als Hauptunternehmer auszugehen. Auch bei einer rein faktischen Betrachtung kann die Regelung des Bewachungsvertrages zwischen Ag und Bg, wonach letztere in der Beauftragung und Auswahl eines Subunternehmers für die Bewachungsleistung grundsätzlich frei ist, nicht unberücksichtigt bleiben, ergibt sich doch daraus, dass für die Ag das konkrete Unternehmen, welches die Bewachung übernimmt, letztlich nicht relevant ist. Entscheidend ist die Erfüllung der Anforderungen an die jeweiligen Wachpersonen. Die benötigte Sicherheit, dass auch wirklich nur geeignete Wachpersonen eingesetzt werden, ergibt sich für die Ag daraus, dass jede einzelne Wachperson zum Einsatz eine schriftliche Genehmigung der Ag benötigt. Dass diese Prüfung nicht von der Bg, sondern von der Ag durchgeführt wird, stellt insoweit keinen erheblichen Umstand dar: Auch Mitarbeiter der Bg selber würden für eine entsprechende Tätigkeit eine Genehmigung der Ag benötigen, die die Bg selbst gar nicht erteilen kann.

Gleiches gilt für den Umstand, dass die Ag selbst den Mitarbeitern der ASt [...], so dass der Umstand, dass die Bg hierbei im Verhältnis zur ASt nicht in Erscheinung tritt, nichts über die gesteigerte Bedeutung der ASt im Verhältnis zur Bg aussagt.

Selbst wenn die Ag im täglichen Wachbetrieb ihre Anweisungen unmittelbar an die Mitarbeiter der ASt richten sollte und nicht den Umweg über die Bg nimmt spricht dies noch nicht für eine besonders gewichtige Stellung der ASt im Verhältnis zur Bg, die eine gleichrangige Position als zweiter Hauptauftragnehmer begründen könnte, sondern dürfte

schlicht auf pragmatischen Erwägungen beruhen, um eine möglichst rasche Umsetzung zu erzielen.

Auch die damalige Gewichtung im Vergabeverfahren, in dem die personelle Bewachung bei der Bewertung mit 20 % angesetzt war, spricht nicht dafür, dass die Ag gerade dem konkreten Unternehmen, welches die Bewachung durchführt, besondere Bedeutung zumisst.

Auch bei Zutreffen der Einschätzung der ASt, dass der Anteil der personellen Bewachungsleistung in zeitlicher und finanzieller Hinsicht den Anteil der technischen Bewachung übersteigt, ändert dies nichts an der wesentlichen Grundentscheidung des Bewachungsvertrages zwischen Ag und Bg, dass die Bg in der Auswahl eines Nachunternehmens insoweit frei sein soll. Die Ag wies darauf hin, dass ihr aus anderen Verträgen bekannt sei, dass die Leistung, die die ASt erbringe, auch von anderen Unternehmen angeboten werde. Solange diese Leistung beanstandungsfrei erbracht werde, und hierfür habe die Bg vertraglich einzustehen, sei der Ag der konkrete Subunternehmer, der hierfür hinzugezogen werde, nicht wichtig. Die Ag ist durch ihren Genehmigungsvorbehalt bezüglich jeder einzelnen Wachperson hinreichend abgesichert, so dass nicht ersichtlich ist, welches besondere Interesse sie gerade an der ASt als Unterauftragnehmerin haben sollte. Soweit die ASt darauf hinweist, der vorgesehene neue Nachunternehmer verfüge derzeit nicht über das erforderliche qualifizierte Personal, ist dies nicht entscheidend. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Leistungsbeginns. Die Bg hat dafür einzustehen, dass zu jedem Zeitpunkt die Bewachungsmaßnahmen ordnungsgemäß erbracht werden. Dieses Ziel ist nicht ausschließlich durch eine Weiterbeauftragung der ASt zu erreichen. Eine Änderung des Gesamtcharakters des Vertrages zwischen der Ag und der Bg liegt auch deswegen nicht vor, weil eine Vielzahl von Bewachungsunternehmen in der Lage ist, die Leistungen zu erbringen.

Bei Würdigung dieser Umstände ergibt sich, dass die ASt gerade nicht wie ein Hauptunternehmer neben der Bg steht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die Kosten sind der Ag aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die ASt aufgrund mangelnder Rückmeldung der Ag vor Beginn des Nachprüfungsverfahrens über den Sachverhalt teilweise im Unklaren war. Mit den materiell verfolgten Zielen, entweder ein Hinwirken der Ag auf eine Verlängerung des Auftrages der ASt über Ende Juli 2019 hinaus zu erzielen oder die Ag zu einer losweisen Ausschreibung des Auftrages zu verpflichten bzw. insoweit einen Vergaberechtsverstoß der Ag feststellen zu lassen ist die ASt letztlich unterlegen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen aufgeworfen hat, die nicht nur die regelmäßige Anwendung der Vergaberegeln in einem Ausschreibungsverfahren betreffen, sondern auch Fragen vorbeugenden Rechtsschutzes sowie des Erfordernisses einer neuen Ausschreibung während noch laufenden Vertrages, die nicht zu den tagesüblichen Tätigkeitsfeldern einer Vergabestelle gehören.

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

Dr. Schier