



XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Antragsgegnerin**

**vertreten durch**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

**Beigeladene:**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 1)**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 2)**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 3)**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 17.4.2015 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am **22. April 2015** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxxx festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene zu 3) wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Verfahrens gesamtschuldnerisch sowie die Aufwendungen der Beigeladenen zu 1) und zu 3) für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

**Gründe**

I.

Antragsgegnerin und öffentliche Auftraggeberin ist die XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, wobei der XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX die Ausschreibung im Namen der Antragsgegnerin durchführt und sie auch im Nachprüfungsverfahren vertritt.

Die Antragsgegnerin schrieb eine vierjährige Rahmenvereinbarung (1.6.2015 bis 30.6.2019) über die Pauschalversorgung von Versicherten mit medizinischen Hilfsmitteln (iSv § 127 Abs. 1 SGB V) zur Behandlung schlafbezogener Atemstörungen in einem offenen Verfahren nach der EG VOL/A europaweit aus. Der Gesamtauftrag war in sechs Regionallosen aufgeteilt, wobei die Antragsgegnerin verfügte, das zwar auf alle Lose Angebote abgegeben werden können, aber der Losgewinn auf 3 Lose begrenzt werde, wobei die Bieter selbst eine präferierte Rangfolge festlegen sollten. Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.

Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens sind die Lose 2 (Schleswig-Holstein Süd), 3 (Schleswig-Holstein Nord) und 4 (Südwestfalen). Der geschätzte Gesamtauftragswert für die Lose 2, 3 und 4 für beide Antragstellerinnen liegt bei XXXXXXXXXXXXXXX

Die Antragstellerinnen sind Anbieter von medizinischen Hilfsmitteln und konzernverbundene Unternehmen XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. Die Antragstellerin zu 2) ist eine hundertprozentige Konzerntochter der Antragstellerin zu 1), wobei der Geschäftsführer der Antragstellerin zu 2) zugleich auch Prokurist der Antragstellerin zu 1) ist. Die Antragstellerin zu 2) soll im Bereich der Schlafatmtherapie schwerpunktmäßig in Norddeutschland tätig sein, und zwar insbesondere in Schleswig-Holstein, während die Antragstellerin zu 1) darüber hinaus auch im Westen, Süden und Osten tätig sein soll.

Bereits vor Abgabe der Angebote wurde nachgefragt (Bieteranfrage Nr. 2), ob verbundene Unternehmen als Bietergemeinschaften auftreten müssen oder jedes Unternehmen separat ein Angebot abgeben darf. Die Antragsgegnerin antwortete darauf, dass der Wettbewerb durch die Loslimitierung sichergestellt werde, so dass konzernverbundene Unternehmen nicht zwingend als Bietergemeinschaft auftreten müssten. Aber sie verlangte: "Zwingend ist bei der Teilnahme zweier verbundener Unternehmen ohne die Gründung einer Bietergemeinschaft lediglich die formlose Angabe der Verbundenheit/Konzernzugehörigkeit sowie eine Angabe, welches Unternehmen bei der Losverteilung vorrangig berücksichtigt werden soll".

Die beiden Antragstellerinnen gaben für alle sechs Lose Angebote mit identischen Angebotspreisen ab, legten eine Erklärung über ihre Konzernverbundenheit bei und gaben entsprechend der geschäftlichen Schwerpunkte der jeweiligen Antragstellerin die Präferenzen für die Lose an. Alle Angebote wurden u.a. von dem Prokuristen bzw. Geschäftsführer XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX unterschrieben.

Mit Schreiben vom 6.3.2015 teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Antragstellerin zu 1) für die Lose 3 und 4 vorgesehen sei und die Antragstellerin zu 2) das Los 2 erhalten solle. Im Vergabevermerk vermerkt sie, dass die beiden Bieter „trotz ihrer Konzernverbundenheit nicht wegen wettbewerbswidriger Abreden ausgeschlossen

werden müssen. Die Bieter beabsichtigten keine Umgehung der Loslimitierung. Es ist nicht von einem konspirativen Zusammenwirken der Bieter auszugehen.“

Nach Erteilung dieser Vorinformation rügte ein anderer Bieter, dass aufgrund der vorstehenden Konstellation grundsätzlich ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb anzunehmen sei. Die Antragsgegnerin nahm diese Rüge offensichtlich zum Anlass, ihre diesbezügliche Rechtsauffassung zu überprüfen und teilte den beiden Antragstellerinnen nach erneuter Wertung mit Schreiben vom 13.3.2015 unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.4.2011, Verg 4/11 mit, dass die Angebote nunmehr zwingend gemäß § 19 Abs. 3 lit. f) EG VOL/A wegen unzulässiger wettbewerbswidriger Abreden auszuschließen seien. Die Vergabe dieser Lose ist nunmehr an die mit Beschluss vom 24.3.2015 Beigeladenen zu 1) bis 3) vorgesehen.

Die Antragstellerinnen rügten mit Schreiben vom 18.3.2015 den Ausschluss ihrer Angebote und verfolgen ihre Beanstandungen im Nachprüfungsverfahren weiter.

Die Antragstellerinnen vertreten die Auffassung, dass ihre Angebote zu den Losen 2, 3 und 4 unzulässigerweise von der Wertung ausgeschlossen worden seien. Denn es lägen keine wettbewerbswidrigen Abreden und auch kein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vor. Vielmehr habe die Antragsgegnerin selbst die Abgabe von Parallelangeboten durch konzernverbundene Unternehmen zugelassen, sofern die Konzernzugehörigkeit offen gelegt werde, was auch erfolgt sei.

Die Antragstellerinnen meinen, dass keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Abgabe dieser Parallelangebote zu befürchten seien, da jede Antragstellerin sich auf ihr regionales Geschäftsfeld bezogen habe und eben nicht in Konkurrenz zur anderen getreten sei. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin, die sich auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Verg 4/11) berufe, würde der Sachverhalt sich hier ganz anders darstellen. Im Falle der OLG-Düsseldorf Entscheidung hätten die Bieter ihre Konzernverbundenheit nicht offen gelegt und somit den Anschein eines Wettbewerbs erzeugt. Genau das habe hier nicht stattgefunden. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei allein die Kenntnis vom Inhalt der Angebote des konzernverbundenen Unternehmens nicht entscheidend. Vielmehr käme es darauf an, dass diese betroffenen Unternehmen entweder konkret miteinander im Wettbewerb ständen oder aus Rechtsgründen dazu verpflichtet wären. Man müsse somit feststellen können, dass die Ziele des Wettbewerbs tatsächlich beeinträchtigt sind. Das wäre vorliegend aber nicht der Fall gewesen.

Die Antragstellerinnen tragen vor, dass sie im konkreten Vergabewettbewerb im Rahmen einer wirtschaftlich vernünftigen Aufgabenteilung innerhalb des Konzerns der Antragstellerin zu 1) miteinander kooperieren würden und sie würden insoweit zueinander komplementär agieren. Es handele sich somit lediglich um eine Aufgabenteilung innerhalb des Konzerns und nicht um eine Wettbewerbssituation.

Sie wären auch nicht verpflichtet zueinander in den Wettbewerb zu treten, sondern könnten als unabhängige Bieter auftreten. Erst wenn solche Bieter versuchen, den

Anschein zu erwecken, miteinander in den Wettbewerb zu treten, läge ein Wettbewerbsverstoß vor. Das sei vorliegend aber nicht der Fall gewesen, weil man nie versucht habe, diesen Eindruck zu erwecken. Insofern sei es auch durchaus zulässig gewesen, dass die Inhalte der jeweiligen Angebote bekannt waren und auch von einer Person unterschrieben wurden.

Im Übrigen, so meinen die Antragstellerinnen, könne man auch nicht grundsätzlich einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb in einer solchen Fallkonstellation annehmen, weil das zur Folge hätte, dass eines der beiden konzernverbundenen Unternehmen auf ein Angebot verzichten müsste, so dass die Antragsgegnerin weniger Angebote erhalte, was gerade nicht zur Förderung des Wettbewerbs beitrage.

Kartellrechtlich sei es im Übrigen unstreitig, dass konzernverbundene Unternehmen nicht dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen unterliegen würden. Etwas anderes könne auch nicht im Vergabewettbewerb gelten. Auch hier müsse ausgehend vom grundsätzlich zulässigen Konzernprivileg davon ausgegangen werden, dass der Wettbewerb nur beeinträchtigt sein könne, wenn die konzernverbundenen Unternehmen tatsächlich zueinander in Konkurrenz treten würden. Das sei hier aber aufgrund der regionalen Schwerpunktbildung nicht der Fall gewesen.

Somit müsse man die Angebote der Antragstellerinnen wie zwei Angebote von ein und demselben Bieter ansehen. Es sei grundsätzlich zulässig, dass ein Bieter zwei Hauptangebote abgeben könne; gleiches müsse für konzernverbundene Unternehmen gelten, die offen und transparent zwei Angebote einreichen, die sich lediglich in Bezug auf die Lospräferenz unterscheiden.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin könne es nicht darauf ankommen, dass die beiden Parallelangebote von ein und demselben Unternehmen eingereicht würden, weil die Sachverhalte nicht identisch sind, sondern lediglich hier als vergleichbar eingeordnet würden.

Auch inhaltlich käme es bei den Parallelangeboten nicht darauf an, dass diese in technischer Hinsicht voneinander abweichen müssten. Die Unterscheidung „in technischer Hinsicht“ sei lediglich eines von mehreren möglichen Unterscheidungskriterien. Letztlich, so meinen die Antragstellerinnen, käme es nur darauf an, dass diesen Parallelangeboten sachliche, kaufmännisch vernünftige Erwägungen zugrunde liegen würden. Es müsste sich somit um inhaltlich verschiedene Hauptangebote handeln. Das wäre hier der Fall, weil die Angebote der Antragstellerinnen sich in den jeweils angegebenen Lospräferenzen, die wiederum die Regionalpräferenzen der Antragstellerinnen widerspiegeln würden, voneinander unterscheiden würden.

Zudem bestehe auch ein kaufmännisch vernünftiges Motiv für diese Parallelangebote, weil man eventuelle Zuschläge optimal entsprechend den jeweiligen regionalen Schwerpunkten dadurch beeinflussen könne und wolle. Die Angebote der Antragstellerinnen wären somit als parallele Hauptangebote eines einzelnen Unternehmens ohne weiteres zulässig gewesen; das müsse auch im Falle von konzernverbundenen Unternehmen gelten.

Darüber hinaus tragen die Antragstellerinnen vor, dass sie aus der zuvor erhaltenen Bieterinformation den Schluss gezogen hätten, dass sie so anbieten durften, wie geschehen. Wenn die Antragsgegnerin nunmehr eine andere Auffassung vertrete und zum Ausschluss der Angebote komme, könne das nicht zu Lasten der Antragstellerinnen gehen. Vielmehr müsse in einem solchen Fall, das Vergabeverfahren in den Stand vor Erteilung der Bieterinformation zurückversetzt werden, damit die Antragstellerinnen Gelegenheit erhielten, auf Basis einer korrekten Bieterinformation neu anzubieten.

Die Antragstellerinnen beantragen,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, im Vergabeverfahren "Pauschalversorgung mit medizinischen Hilfsmitteln zur Behandlung schlafbezogener Atemstörungen (Schlafapnoesysteme), Vergabe-Nr. SE4 SAW, EU-Amtsblatt 2015/ S 007-007569, den Zuschlag für die Lose 2, 3 und 4 auf die Angebote der Beigeladenen zu 1) bis 3) zu erteilen;
2. die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, den Ausschluss der Angebote der Antragstellerin zu 1) und zu 2) für alle Lose zurückzunehmen, diese Angebote wieder in die Wertung zu nehmen und die Angebotswertung in vergaberechtskonformer Weise unter Beachtung der Rechtsansicht der Vergabekammer zu wiederholen;

hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung einer Rechtsverletzung der Antragstellerinnen zu treffen;

3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Antragstellerinnen aufzuerlegen;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerinnen gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen,
2. den Antragstellerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin trägt zunächst vor, dass der Tatbestand der wettbewerbswidrigen Abrede und der Verstoß gegen den Geheimwettbewerb keine eigenständigen Tatbestände seien, sondern insgesamt von § 19 Abs. 3 lit. f) EG VOL/A erfasst würden. Die wettbewerbswidrige Absprache bestehe hier darin, dass konkret gegen den Geheimwettbewerb verstoßen worden sei.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Verg 4/11, umfasse der Begriff alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar seien. Dabei werde auch bereits die bloße Verletzung des Vertraulichkeitsgrundsatzes, d.h. die Kenntnis vom Inhalt eines konkurrierenden Angebots als ausschlussbegründender Verstoß gegen den Leistungswettbe-

werb angesehen. Ein Wettbewerbsverstoß liege somit nicht erst bei einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Verständigung zwischen den Bietern vor, sondern ist bereits dann verwirklicht, wenn ein Angebot in Kenntnis eines konkurrierenden Angebotes abgegeben werde, was hier der Fall gewesen sei.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen sei hier auch eine Wettbewerbssituation anzunehmen gewesen, weil eben Angebote auf identische Regionallose abgegeben wurden, die Antragstellerinnen somit zueinander in den Wettbewerb bezogen auf die konkreten Regionen getreten seien und sie sich eben nicht auf die unterschiedlichen regionalen Geschäftsfelder, auf denen sie üblicherweise tätig sind, beschränkt hätten.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen würde auch der Vergleich zu der Fallkonstellation „Zulässigkeit der Abgabe von mehreren Hauptangeboten“ nicht in Frage kommen, weil verbundene Unternehmen tatsächlich als zwei verschiedene Bieter anzusehen seien und eben nicht als ein einheitliches Unternehmen, das seinerseits mehrere Hauptangebote abgebe.

Im Übrigen müssten sich solche Hauptangebote aber irgendwie unterscheiden, und zwar entweder in technischer Hinsicht, beispielsweise dadurch, dass unterschiedliche Geräte angeboten werden, oder jedenfalls bezüglich der Preise. Die Preise seien hier aber identisch gewesen. Zudem sei bereits letztinstanzlich entschieden, dass Nebenangebote nicht zulässig seien, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium sei. Gleiches müsse für zwei Hauptangebote mit identischem Preis gelten, da auch hier wertungsmäßig eine Diskrepanz nicht mehr abgebildet werden könne.

Zudem trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Beantwortung der Bieterfrage Nr. 2 wohl missverständlich gewesen sei. Sie sei derzeit aber nicht davon ausgegangen, dass die Angebote von identischen Personen unterschrieben werden und auch noch identische Preise enthalten. Ansonsten wäre ihr aufgefallen, dass diesbezüglich ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vorliegen könnte. Im Übrigen sei man auch nicht verpflichtet, den Bietern Antworten zu geben, die bis ins letzte rechtliche Detail gingen.

**Die Beigeladene zu 1)** trägt zunächst vor, dass nach ihrem Kenntnisstand die Antragstellerin zu 1) auch in Norddeutschland aktiv auf dem Markt tätig sei und sie schließlich auch das Los 3 (Schleswig-Holstein Nord) aufgrund der angegebenen Präferenz erhalten solle. Daraus schließe sie, dass die Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) nicht in unterschiedlichen regionalen Geschäftsfeldern, sondern vielmehr auf demselben Markt tätig seien.

Zudem trägt die Beigeladene zu 1) vor, dass nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Verg 4/11) es nicht darauf ankomme, dass inhaltliche Übereinstimmungen in den Angeboten oder personelle, räumliche und infrastrukturelle Verflechtungen bestehen, die hier aber vorliegen würden. Vielmehr reiche allein aus, dass aufgrund der gesellschaftlichen Verbundenheit mögliche Schnittstellen und Berührungspunkte bestehen würden, die objektiv die Gefahr von Verstößen gegen den Geheim-

wettbewerb durch abgestimmtes Verhalten erhöhen würden. Diese Voraussetzungen lägen hier vor und seien von den Antragstellerinnen überdies bestätigt worden; es habe ein Austausch von Informationen stattgefunden und eine Preisabsprache, bevor die jeweiligen Angebote angegeben wurden.

Daraus ergebe sich auch, so die Beigeladene zu 1), dass die Vermutung für einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb eben nicht von den Antragstellerinnen widerlegt wurde. Dazu seien verbundene Unternehmen nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Verg 4/11) aber verpflichtet. Sie müssten darlegen, dass sie trotz der Verflechtungen bereits im Ansatz effektiv einen Informationsaustausch verhindert hätten. Eine solche Darlegung sei bereits zeitgleich mit der Abgabe des Angebots erforderlich.

Zudem ändere die Bieterinformation der Antragsgegnerin zur möglichen Abgabe von Parallelangeboten daran nichts. Denn die Antragsgegnerin könne das Verbot wettbewerbswidriger Absprachen nicht einseitig abbedingen. Im Übrigen würde durch eine solche Information der Bieter nicht davon befreit, effektive Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung zu treffen.

**Die Beigeladene zu 1)** beantragt,

1. Den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.
2. Den Antragstellerinnen die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Beigeladenen zu 1) aufzuerlegen.

**Die Beigeladene zu 2)** trägt vor, sie könne nicht nachvollziehen, dass konzernverbundene Unternehmen einfach ihre Verbindungen offen legen, und damit nicht mehr dem Gebot des Geheimwettbewerbs unterworfen sein sollten. Denn damit hätten solche Unternehmen es selbst in der Hand, durch Offenlegung einen Ausschluss zu verhindern.

Zudem würde durch das von den Antragstellerinnen offengelegte Verhalten sehr wohl der Wettbewerb beeinträchtigt, weil sie sich durch die Auswahl und Bewertung der Lose einen wirtschaftlichen Vorteil, den sie nur durch eine solche Absprache sicherstellen konnten, verschaffen.

Die Beigeladene zu 2) meint zudem, dass es sich bei den beiden Angeboten bestenfalls um ein technisch einheitliches Doppelangebot handeln würde, was aber unzulässig sei.

Darüber hinaus meint die Beigeladene zu 2), dass auch der subjektive Tatbestand erfüllt sei. Denn die Antragstellerinnen hätten eigentlich aus einem früheren Verfahren wissen müssen, dass Angebote unterschiedlicher Konzerntöchter nur dann der Gefahr des Ausschlusses entgehen, wenn sichergestellt sei, dass der Geheimwettbewerb auch innerhalb eines Konzern sichergestellt sei (Chinese Wall).



Im Übrigen meint die Beigeladene zu 2), dass die Antragstellerinnen ganz einfach verkennen würden, dass dritte Unternehmen durch ihre Absprachen im Wettbewerb benachteiligt würden. Die Antragstellerinnen hätten selbst vorgetragen, dass sie optimal und zu günstigen Bedingungen anbieten könnten, weil sie die Bereiche aufgeteilt hätten. Im Übrigen habe man auch die Loslimitierung dadurch umgangen, die gerade zugunsten des Mittelstandes erfolgt sei. Sie selbst könne als mittelständischen Unternehmen deshalb nur Nachteile durch solche Absprachen haben, weil sie solche Möglichkeiten nicht habe.

**Die Beigeladene zu 3)** trägt vor, es läge ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vor und jegliche wettbewerbslenkenden Absprachen zwischen den Unternehmen könnten doch keinen Freibrief für das Verhalten darstellen. Die Angebote der Antragstellerinnen seien somit zwingend vom Wettbewerb auszuschließen. Zudem habe die Antwort auf die Bieterfrage Nr. 2 doch deutlich gemacht, dass eine Umgehung der Zuschlagslimitierung durch verbundene Unternehmen ausgeschlossen bleiben sollte. Die Antragstellerinnen hätten aber gerade diesen Hinweis nicht umgesetzt, weil sie erklärt hätten, dass sie unter vollständig abgestimmten Preisen jeweils auf alle Regionallose angeboten hätten – mit dem erklärten Ziel, auf diese Weise möglichst viele Zuschläge unter Umgehung der Zuschlagslimitierung ins Haus zu holen. Damit würden die Antragstellerinnen eindeutig gegen die Vorgaben der Antragsgegnerin verstoßen.

**Die Beigeladene zu 3)** beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. den Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) gesamtschuldnerisch die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 3) aufzuerlegen,
3. auszusprechen, dass für die Beigeladene zu 3) die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren erforderlich war.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 12.6.2015 verlängert. Am 17.4.2015 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert für die ursprünglich im Streit stehenden Leistungen (Lose 2, 3 und 4) beträgt ca. 10 Mio. € für die gesamte Vertragslaufzeit und liegt somit oberhalb des maßgeblichen Schwellenwertes.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Der Antrag ist zulässigerweise gegen die Antragsgegnerin mit xxxxxxxxxxxxxx und gerichtet worden. Aus der Bekanntmachung ergibt sich, dass der Vertrag mit der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx in xxxxxxxx geschlossen werden soll, diese also die zustän-

dige öffentliche Auftraggeberin sein wird und der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx lediglich die Durchführung der öffentlichen Ausschreibung im Namen der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx übernommen hat. Sitz der Vergabestelle ist folglich das Land NRW, und zwar im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen.

Im Falle von gesetzlichen Krankenkassen kann entweder eine Bundeskammer zur Nachprüfung gemäß § 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig sein als auch eine Landesvergabekammer gemäß § 106a Abs. 3 GWB, und zwar je nachdem, ob man auf eine überwiegende Finanzierung durch Bundesmittel abstellt, dann wären die Vergabekammern des Bundes zuständig, oder auf die Aufsicht über die gesetzlichen Krankenkassen, dann wären die Kammern der Länder zuständig. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 19.12.2007, Verg 51/07, habe die Abgrenzung in einem solchen oder vergleichbaren Fall nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, wie sie konkret ihren Niederschlag in § 35 ZPO gefunden habe. Danach habe der Kläger oder Antragsteller die Wahl, seinen Antrag bei dem aus seiner Sicht zuständigen Gericht (Vergabekammer) zu stellen. Vorliegend hat die Antragstellerin deshalb zulässigerweise den Antrag bei der Vergabekammer Westfalen eingelegt.

Im Übrigen ergibt sich sowohl aus der Bekanntmachung als auch aus der im Nachprüfungsverfahren von der Antragsgegnerin vorgelegten Bevollmächtigung xxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, dass kein Zweifel daran besteht, dass öffentliche Auftraggeberin die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx sein sollte.

1.2 Die Antragsbefugnis der Antragstellerinnen ergibt sich aus § 107 Abs. 2 GWB. Sie haben jeweils Angebote für die im Streit stehenden Lose abgegeben und waren sogar zunächst für den Zuschlag vorgesehen. Würden ihre Beanstandungen zutreffend sein, hätten sie reelle Chancen auf Erhalt der Zuschläge.

1.3 Nachdem die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 13.3.2015 von der Antragsgegnerin darüber informiert worden waren, dass die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beigeladenen zu 1) bis 3) revidiert würde, haben sie unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB diese Entscheidung der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.3.2015 gerügt.

## 2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin hat nicht gegen diese Regelung verstoßen.

2.1 Die Antragsgegnerin hat zulässigerweise ihre zuvor erfolgte Wertung in Bezug auf die Angebote der Antragstellerinnen revidiert. Im Vergabevermerk hat sie zunächst noch die Zulässigkeit der „Doppelangebote“ angenommen, diese aber anschließend anders bewertet, was grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 26.11.2008, Verg 54/08, aber auch des BGH, 8.2.2011, X ZB 4/10, ist es einer Vergabestelle nicht verwehrt, ihre eigenen Entscheidungen – gegebenenfalls auch noch in einem Nachprüfungsverfahren - zu ändern. Der Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen

Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabevermerk zeitnah niedergelegt worden sind. Vielmehr folgt aus dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz, dass eine Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens nicht zwingend formal erforderlich ist, sondern eine Überprüfung der neuen Gründe könne genauso gut im laufenden Nachprüfungsverfahren erfolgen. Den Vergabestellen ist es jedenfalls unbenommen, bereits erfolgte Beurteilungserwägungen zu korrigieren, wenn sie selbst feststellen, dass die zuvor erfolgte Wertung rechtlich unzutreffend war. Etwas anderes kann nur gelten, wenn es nicht um rechtliche Prämissen, sondern um die Auswertung von tatsächlichen Umständen geht.

2.2 § 97 Abs. 1 GWB bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber seine Leistungen im Wettbewerb zu beschaffen hat. Gemäß § 19 Abs. 3 lit. f) EG VOL/A werden Angebote von Bietern ausgeschlossen, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben. Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht auf gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst auch alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind, OLG Düsseldorf, 13.4.2011, Verg 4/11. Wesentliches und unverzichtbares Merkmal einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern. Nur dann, wenn jeder Bieter (also auch die im Konzern verbundenen Bieter) die ausgeschriebenen Leistungen in Unkenntnis der Angebote und Angebotsgrundlagen sowie der Angebotskalkulation seiner Mitbewerber anbietet, ist ein echter Bieterwettbewerb um den Zuschlag möglich, OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Düsseldorf, 22.6.2006, Verg 2/06. Das OLG Düsseldorf führt weiter in diesen Entscheidungen aus, dass das Zustandekommen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache keine ausdrückliche Verständigung zwischen zwei Unternehmen darüber, wer welche Leistung zu welchem Preis anbietet, zu erfolgen hat. Sie ist vielmehr in aller Regel dann schon verwirklicht, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen des Konkurrenzangebots erstellt wird bzw. wenn vermutet werden kann, dass es einen Informationsaustausch gegeben haben könnte.

a) Vor diesem Hintergrund ist allein die Konzernverbundenheit der beiden Antragstellerinnen nicht ausschlaggebend, sondern entscheidend ist, ob aufgrund der Verbundenheit der Unternehmen die jeweiligen Angebotsinhalte in wettbewerbswidriger Weise beeinflusst wurden. Das kann beispielsweise angenommen werden, so das OLG Düsseldorf, 22.6.2006, Verg 2/06, wenn eine Personenidentität zwischen den beteiligten Geschäftsführern / Unterzeichnern festgestellt werden kann. Insofern stellt sich die Frage, ob die konzernverbundenen Unternehmen effektive Vorkehrungen und Maßnahmen getroffen haben, um wechselseitige Kenntnis und Einflussnahme auf die Angebotsinhalte auszuschließen.

Diesbezüglich sollten deshalb bei der Ausarbeitung der Angebote keine Schnittstellen und Berührungspunkte in personeller, organisatorischer und räumlicher Hinsicht (in diesem Sinne vgl. Chinese Wall) feststellbar sein, sondern die Angebote müssten von unabhängig voneinander arbeitenden Teams erstellt werden. Genau das kann

vorliegend nicht angenommen werden, weil die Angebote der Antragstellerinnen von einer Person unterschrieben wurden, die Preise aufeinander abgestimmt waren und man auch die Aufteilung der Regionen in Anlehnung an die betrieblichen Schwerpunkte abgestimmt hatte. Es lag somit sogar eine ausdrückliche Verständigung zwischen den Unternehmen vor. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob der Verstoß gegen den Geheimwettbewerb hier widerlegt werden kann.

Dass die Antragstellerinnen betriebsintern keine Möglichkeit hatten, eine solche Personenidentität auszuschließen, kann nicht zu Lasten des Wettbewerbs gehen oder sogar der Antragsgegnerin als Rechtfertigungsgrund vorgehalten werden.

b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen muss ein subjektives Element in der Weise, dass die Unternehmen konspirativ zusammenwirken, nicht vorliegen. Der Entscheidung des OLG Celle, 2.12.2010, 13 Verg 12/10 lag ein ganz anderer Sachverhalt zugrunde, als den Entscheidungen des OLG Düsseldorf. Es ging nicht um Absprachen zwischen konzernverbundenen Unternehmen, sondern um ein Telefongespräch zwischen zwei Geschäftsführern von unterschiedlichen Bietern, die sich an einer Ausschreibung jeweils mit Angeboten beteiligt hatten. Das OLG Celle hat überprüft, ob die Aussagen und Einlassungen in einem Telefonat, das der Geschäftsführer der Antragstellerin mit dem Geschäftsführer des anderen Bieters geführt hatte, als wettbewerbswidrige Abreden eingeordnet werden konnten. Lediglich in diesem Zusammenhang stellt das OLG Celle auf ein subjektives Willenselement ab, d.h., der Bieter müsse zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben, dass sein Verhalten den Wettbewerb beeinträchtigt und beeinflusst. Eine solche Fallkonstellation liegt hier nicht vor.

Im Übrigen lässt sich eine solche Voraussetzung (subjektives Element) auch nicht aus den Entscheidungen des OLG Düsseldorf ablesen, was auch nachvollziehbar ist. Denn hinsichtlich der Frage, ob gegen den Geheimwettbewerb verstoßen wird, kommt es nicht auf eine ausdrückliche (bewusste) oder stillschweigende Verständigung zwischen den Unternehmen an, so dass es auch nicht auf ein „subjektives Element“ ankommen kann.

Im Ergebnis kann man vorliegend davon ausgehen, dass die Absprachen zwischen den beiden konzernverbundenen Unternehmen so nicht zulässig waren, sondern die Begleitumstände dafür sprechen, dass diese Abstimmung gegen § 19 Abs. 3 lit. f) EG VOL/A verstößt.

2.3 Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen kommt es auch nicht darauf an, ob sie mit ihren Angeboten zueinander in den Wettbewerb getreten sind oder nicht. Die Ziele des Wettbewerbs sind bereits dann tangiert, wenn mehrere Bieter sich über bestimmte „Vorgehensweisen“ verständigen und damit in den Wettbewerb gehen. Es kommt nicht darauf an, ob konzernverbundene Unternehmen „nur scheinbar einen Wettbewerb“ durchführen oder nicht. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 13.4.2011, Verg 4/11, kommt dem Vertraulichkeitsgrundsatz vielmehr auch drittschützende Wirkung zu und die Bezuschlagung solcher Angebote hat automatisch Reflexwirkungen zu Lasten der Mitbieter.

a) Vom Schutzzweck der Norm werden alle anderen sonstigen Verhaltensweisen eines Bieters erfasst, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind. Demzufolge kommt es darauf an, welche Auswirkungen solche "Absprachen" zwischen konzernverbundenen Unternehmen denn auf die übrigen Wettbewerbsteilnehmer bzw. dem Wettbewerb an sich haben können. Ein Bieter, der den Leistungsumfang und die Preise seines Konkurrenten kennt, muss nicht mehr potentiell günstiger anbieten, sondern er muss sein Angebot nur noch an den ihm bekannten Bedingungen ausrichten. Bereits darin liegt eine Einflussnahme auf den Wettbewerb.

Das haben die Antragstellerinnen vorliegend auch selbst zugegeben, dass man die Präferenzen hinsichtlich der Regionallose von vornherein aufgeteilt hatte, um so gezielt und abgestimmt in den Wettbewerb zu gehen. Durch das abgestimmte Verhalten, so auch die Beigeladene zu 2), haben sich die Antragstellerinnen einen Vorteil im Wettbewerb mit anderen konkurrierenden Mitbieter verschafft, was ebenfalls vergaberechtlich unzulässig ist. Hätten die anderen Bieter, hier die Beigeladenen, auch solche Abstimmungen vorgenommen, hätten sie die Lose auch „unter sich“ aufteilen können, was eben wettbewerbswidrig iSv § 19 Abs. 3 lit. f) EG VOL/A ist.

Zutreffend ist deshalb von den Beigeladenen darauf hingewiesen worden, dass es um den Wettbewerb sämtlicher Bieter bzw. interessierten Unternehmen geht und nicht allein um die Frage, ob sich zwei konzernverbundene Unternehmen gegenseitig Konkurrenz machen oder nicht. Der Grundsatz der Vertraulichkeit des Wettbewerbs muss umfassend gelten und kann nur dann außer Kraft treten, wenn mehrere Bieter gemeinsam ein Angebot, beispielsweise als Bietergemeinschaft, abgeben, aber nicht wenn juristisch unabhängig voneinander tätige Unternehmen (und in Folge auch selbständige Vertragspartner) solche Absprachen vornehmen. Wenn mehrere Bieter so vorgehen würden, würden doch die Preise nicht mehr im Wettbewerb erzielt, sondern dann kommt es nur noch auf die „annehmbareste Absprache“ an.

b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen kommt es ausweislich der Entscheidungen des OLG Düsseldorf auch nicht darauf an, ob nur „scheinbar ein Wettbewerb“ durchgeführt wird. Im Umkehrschluss folgern die Antragstellerinnen daraus, dass doch in den Fällen, in denen ein solcher Anschein nicht erweckt würde, die Ziele des Wettbewerbs nicht beeinträchtigt sein könnten.

Zutreffend ist hingegen, dass nach Auffassung des OLG Düsseldorf ein „Scheinwettbewerb“ vorliegt, wenn die konzernverbundenen Unternehmen ihre Konzernverbundenheit nicht offen legen. Damit würden diese Unternehmen den Vergabestellen suggerieren, dass mehr Wettbewerber sich um den Auftrag beworben haben, was aber nicht stimmt, weil intern die Angebote abgestimmt waren. Scheinwettbewerbe können somit Ausfluss eines Verstoßes gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz sein. Ziel des Wettbewerbs ist aber nicht diesen „Anschein“ durch Offenlegung zu widerlegen. Ziel des Wettbewerbs ist vielmehr bereits bei Fertigstellung der Angebote den Vertraulichkeitsgrundsatz zu wahren, damit erst gar nicht der „Anschein eines Wettbewerbs“, der gar kein Wettbewerb ist, gesetzt wird. Dabei sind dann konzernverbundene Unternehmen ihrerseits verpflichtet darzulegen, welche Vorkehrungen kon-

zernintern getroffen wurden (sog. Chinese Wall), um die Abgabe mehrerer Angebote zu rechtfertigen.

Im Ergebnis kommt es somit nur darauf an, ob der Grundsatz der Vertraulichkeit gewahrt wird, damit eben keine Wettbewerbsverzerrung eintritt. Allein durch die Verletzung des Vertraulichkeitsgrundsatzes wird der Wettbewerb mit sämtlichen Bietern tangiert. Einige wenige Bieter können durch interne Abstimmungen und gemeinsames Vorgehen daran nichts ändern.

2.4 Dass die Antragsgegnerin zunächst auf die Bieteranfrage der Antragstellerinnen hin die Vorlage der Angebote von konzernverbundenen Unternehmen zugelassen hat, ist unerheblich. Denn sie hat zutreffend darauf hingewiesen, dass ihr zu dem Zeitpunkt nicht bewusst war, dass dadurch möglicherweise der Geheimwettbewerb tangiert werden könnte.

a) Die Information der Antragsgegnerin war nicht zu beanstanden, weil sie lediglich mitgeteilt hat, dass konzernverbundene Unternehmen sich gleichzeitig an einem Wettbewerb mit Angeboten beteiligen dürfen. Dies entspricht der Auffassung des OLG Düsseldorf, 13.4.2011, Verg 4/11, wonach zunächst die widerlegbare Vermutung, dass die Vertraulichkeit der Angebotsinhalte gewahrt wird, angenommen werden kann.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen werden damit die Möglichkeiten von konzernverbundenen Unternehmen nicht eingeschränkt. Es steht ihnen völlig frei, selbständig und mit mehreren Angeboten am Wettbewerb teilzunehmen. Es besteht keine Verpflichtung, dass eines der beiden Unternehmen auf ein Angebot verzichtet. Vielmehr ist entscheidend, dass die Angebote vertraulich erstellt und in Unkenntnis voreinander kalkuliert werden. Nur dann sind solche Verhaltensweisen zulässig.

b) Die Antragsgegnerin hat auch durch die Antwort auf diese Bieteranfrage nicht den Eindruck erweckt, die Vorgehensweise der Antragstellerinnen sei so zulässig. Diese Vorgehensweise war zum Zeitpunkt der Antwort nicht bekannt, vielmehr wurde erst einmal eine Abgrenzung zur "Bietergemeinschaft" vorgenommen. Zutreffend hat die Antragsgegnerin sich dazu geäußert, dass die Antragstellerinnen nicht unbedingt als Bietergemeinschaft auftreten müssten.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass "die formlose Angabe der Verbundenheit/Konzernzugehörigkeit sowie eine Angabe, welches Unternehmen bei der Losverteilung vorrangig berücksichtigt werden soll", ausreichend sei. Die Antragsgegnerin hätte, um der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf genüge zu tun, ggf. noch mitteilen sollen, dass aber im Konzernverbund darauf zu achten sei, dass der Geheimwettbewerb gewahrt wird (Chinese Wall) und dass auf jeden Fall die Loslimitierung zu beachten ist. Dazu ist aber eine Vergabestelle nicht verpflichtet. Sie muss keine umfassende Rechtsaufklärung betreiben, und schon gar nicht im Voraus alle möglichen potentiellen Vergaberechtsverstöße im Rahmen von Bieteranfragen klären und darauf reagieren. Die Antragsgegnerin hat somit zutreffend in der mündlichen Verhandlung darauf abgestellt, dass sie nicht verpflichtet sei, gegenüber den

Bieter Antworten zu geben, die bis ins letzte rechtliche Detail abgeklärt sind. Das kann eine Vergabestelle im Übrigen auch gar nicht, weil ihr zu dem Zeitpunkt – wie bereits auch hier festgestellt – der in rechtlicher Hinsicht tatsächlich zu beurteilende Sachverhalt in der Regel nicht bekannt sein wird.

c) Wie bereits dargestellt, konnte die Antragsgegnerin sowohl während der Ausschreibung, aber gegebenenfalls auch noch im Nachprüfungsverfahren, ihre rechtliche Auffassung zu bestimmten Themen ändern bzw. ergänzen. Das ist gerade auch Sinn einer Rüge, die in der Regel die Vergabestelle zu einer Korrektur ihrer Maßnahmen veranlassen soll.

Insofern ist es nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin zunächst in ihrem ersten Vergabevermerk noch die beiden Angebote der Antragstellerinnen zugelassen hat und erst später zu einer anderen Rechtsauffassung gekommen ist. Hätte sie diese Korrektur nicht selbst vorgenommen, hätte eine solche Korrektur auch in einem Nachprüfungsverfahren durch eine Vergabekammer angeordnet werden können.

2.5 Die Angebote der Antragstellerinnen können auch nicht als mehrere Hauptangebote von ein und demselben Bieter eingeordnet werden und als solche gewertet werden.

a) Die Antragstellerinnen sind zwar konzernverbunden, aber ansonsten selbständige und voneinander unabhängige juristische Personen. Die Rechtsthematik „Zulässigkeit mehrerer Hauptangebote“ bezieht sich aber darauf, ob ein Bieter in einer Ausschreibung mehrere Angebote einreicht, die sich entweder im Preis oder in technischer Hinsicht unterscheiden (OLG München, 29.10.2013, Verg 11/13; OLG Düsseldorf, 9.3.2011, Verg 52/10), ohne dass diese Angebote als Nebenangebote qualifiziert werden. Damit werden der Vergabestelle im Grunde genommen mehrere Lösungsmöglichkeiten unterbreitet, die sich aber alle im Rahmen der Leistungsbeschreibung bewegen. Hintergrund dieser Rechtsprechung waren häufig Abgrenzungsschwierigkeiten zu Nebenangeboten, OLG Düsseldorf, 23.3.2010, Verg 61/09; VK Münster, 11.12.2009, VK 23/09. Die Frage, ob es sich um Nebenangebote handelt und diese als gleichwertig einzustufen sind, stellt sich damit nicht. Eine Gleichwertigkeitsprüfung findet mithin auch nicht statt. Das Problem der Falschbezeichnung eines Hauptangebots als Nebenangebot tritt deshalb häufig in Vergabeverfahren auf, in denen der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen hat, was hier aber nicht der Fall war.

b) Zutreffend führen die Antragstellerinnen zwar aus, dass es nicht unbedingt auf „technische Unterschiede“ ankommt, sondern dass es auch andere sachliche und kaufmännisch vernünftige Erwägungen geben kann, die einen Bieter dazu veranlassen, mehrere, inhaltlich verschiedene Hauptangebote abzugeben. Ob es ausreichend ist, so die Antragstellerinnen, dass die Angebote sich lediglich in den Lospräferenzen unterscheiden, lässt die Kammer dahingestellt. Denn die vorstehenden Ausführungen zeigen bereits, dass hier keine vergleichbare Fallkonstellation vorliegt. Es geht nicht um die Frage der Zulässigkeit von Parallelangeboten, sondern um Hauptangebote, die von Nebenangeboten abzugrenzen sind.

c) Zutreffend führt die Antragsgegnerin aber aus, dass es darauf nicht mehr ankommen könne. Denn auch in einem solchen Fall ist der Geheimwettbewerb zu wahren und kann nicht einseitig von der Vergabestelle abbedungen werden. Wie bereits dargelegt, dürfen konzernverbundene Unternehmen mehrere Angebote (Hauptangebote) einreichen, aber sie müssen dafür Sorge tragen, dass intern die Angebote unabhängig voneinander gefertigt wurden. Das war vorliegend nicht der Fall.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag somit zurückzuweisen.

### III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens xxxxxx und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von xxxxxxxx nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert für die Lose 2, 3 und 4 für beide Antragstellerinnen in Höhe von xxxxxxxxxxxxxx über einen Zeitraum von 4 Jahren, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Gebührentabelle des Bundes und der Länder xxxxxx Diese Gebühr wird den Antragstellerinnen als Gesamtschuldnerinnen gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB auferlegt. Die Antragstellerinnen haben zwar in der mündlichen Verhandlung ihren Antrag auf alle Lose ausgeweitet. Allerdings ist diese Erweiterung des Antrages weder bei der Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung (weitere Verfahrensbeteiligte hätten beigelegt werden müssen und gegebenenfalls wäre eine Anhörung dieser betroffenen Unternehmen und eine neue mündliche Verhandlung erforderlich gewesen) noch inhaltlich zum Tragen gekommen, weil die rechtlichen Themen gleich waren. Insofern wird für die Gebühr lediglich der Auftragswert aus den ursprünglich im Streit stehenden Losen zugrunde gelegt.

Die Aufwendungen der Beigeladenen zu 1) und zu 3) für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden den Antragstellerinnen gemäß § 128 Abs. 4 GWB aus Billigkeit auferlegt. Billig ist die Erstattung der Aufwendungen in der Regel dann, wenn sich der Beigeladene eigenständig am Verfahren beteiligt hat, also entweder selbst einen Antrag gestellt oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat, z.B. durch Einreichung von Schriftsätzen, OLG München, 16.7.2012, Verg 6/12, Vavra, Praxis-Kommentar Kartellvergaberecht, 2. Auflage, § 128 Rn. 29. Das war vorliegend der Fall.

Aufgrund der Komplexität des Nachprüfungsverfahrens wird die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene zu 3) gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet



ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, 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.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz