



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Beschaffung von LKW-Fahrgestellen

VK 2 – 41/18

der A AG,

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

gegen

die Stadt O

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 15.März 2019 durch den Vorsitzenden Spinzig, die stellvertretende hauptamtliche Beisitzerin Die-mon-Wies und den ehrenamtlichen Beisitzer Heine

am 25. April 2019 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 28.11.2018 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens in Höhe von XXXX € trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb am 29. Juni 2018 unter der Referenznummer 2018/S 123-278991 die Lieferung von LKW Fahrgestellen und Entsorgungsaufbauten in 6 Losen europaweit im offenen Verfahren aus. Als Zuschlagskriterien bestimmte die Antragsgegnerin neben dem Preis mit einer Gewichtung von 70 % pro Los 4 bis 5 technische Merkmale, die gesondert bepunktet und gewichtet wurden und insgesamt mit 30 % in die Zuschlagswertung einfließen. Die Antragsgegnerin schätzte den Gesamtauftragswert auf ca. XX Millionen Euro, wovon auf die Lose 1 und 2, die die Lieferung von insgesamt 5 LKW Fahrgestellen zum Gegenstand hatten, die Hälfte entfiel, die andere Hälfte auf die übrigen Lose 3-6, bei denen verschiedenen Bautypen für die LKW Fahrgestelle zu Entsorgungsanwendungen geliefert werden sollten. Gegenstand des streitigen Nachprüfungsverfahrens sind lediglich die Lose 1 und 2, auf die sich u.a. auch die Antragstellerin bewarb.

Die Antragstellerin war mit anderen Unternehmen an kartellrechtswidrigen Absprachen im Bereich der Herstellung bzw. des Vertriebs mittelschwerer LKW beteiligt, die mit Bußgeldbescheid vom 19.07.2016 (AR.39824 – Trucks, bestandskräftig) der Europäischen Kommission geahndet wurden. Bereits vor Veröffentlichung der Bekanntmachung der Ausschreibung regte die Antragsgegnerin deshalb die Aufnahme von außergerichtlichen Verhandlungen über eine Kompensation des ihr aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten der Antragstellerin entstandenen Schadens zur Vermeidung einer Schadensersatzklage, aber auch im Hinblick auf eine Selbstreinigung i. S. v. § 125 GWB an. In diesem Zusammenhang stellte die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Gutachten, welches die ihr mutmaßlich entstandenen kartellbedingten Schäden darlegt, zur Verfügung. Die Antragsgegnerin hat die ihr im Zusammenhang mit dem LKW-Kartell vermeintlich zustehenden Schadensersatzansprüche mittlerweile gemeinsam mit den anderen geschädigten Kommunen des Landes NRW am 30.10.2018 vor dem Landgericht Dortmund (Az. 8 0 34/18 (Kart)) geltend gemacht. Eine Entscheidung des LG Dortmund steht noch aus.

Die Aufnahme von Gesprächen lehnte die Antragstellerin nach Auftragsbekanntmachung aber noch vor Einreichung ihres Angebots mit dem Hinweis darauf, dass der Antragsgegnerin

„[...] durch die von der Europäischen Kommission festgestellten Vorfälle kein finanzieller Schaden entstanden ist [...]“, ab.

Mit ihrem Angebot vom 30.07.2018 auf die Lose 1 und 2 reichte die Antragstellerin eine von ihren Prozessbevollmächtigten gefertigte Bewertung der vergaberechtlichen Konsequenzen ihrer Beteiligung an den festgestellten Kartellrechtsverstößen AR.39824 – Trucks (sogenanntes LKW-Kartell) aus April 2017 ein. Die Bewertung kommt zu dem Ergebnis, dass die Antragstellerin ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen i.S.d. § 125 Abs. 1 GWB ergriffen habe und trotz des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes, nicht von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden dürfe.

Daneben wies die Antragstellerin in einem dem Angebot als Anlage beigefügten Schreiben vom 30.07.2018 und mit Bezugnahme auf ihre „Eigenerklärung zu Ausschlussgründen“ darauf hin, dass zwei weitere Ermittlungsverfahren gegen sie geführt würden, und zwar einerseits des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit dem „Einkauf von Stahlprodukten“ und andererseits der Europäischen Kommission wegen des Verdachts kartellrechtswidriger Verhaltensweisen von Automobilherstellern unter AT.40178 (Car-Emissions). In beiden Fällen würde sie vollumfänglich mit den Ermittlungsbehörden kooperieren, so dass allein wegen der von der Europäischen Kommission in der Entscheidung vom 19. Juli 2016 (Bußgeldbescheid, LKW-Kartell) festgestellten Sachverhalte ein fakultativer Ausschlussgrund gegeben sein könnte. Zum Kriterium der Schadenskompensation heißt es darin wörtlich:

„[...]Die Antragstellerin...] erklärt sich außerdem und generell bereit, sofern und soweit durch die Beteiligung [...der Antragstellerin...] an dem von der Europäischen Kommission festgestellten Nutzfahrzeugkartell Schäden entstanden sind, diese zu ersetzen. [...]“

Im Anschluss an die Angebotsprüfung teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit:

Die „[...] geschilderten Maßnahmen erfüllen auf der Grundlage der uns aktuell zur Verfügung stehenden Informationen nicht sämtliche im Zusammenhang mit einer ordnungsgemäßen Selbstreinigung [...] bestehenden Anforderungen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf folgende Aspekte:

a) Kriterium der Schadenskompensation

[...]

Unter welchen Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommt, lassen Sie [...] insgesamt offen. [...] Vergaberechtlich [...] ist eine eindeutige Positionierung erforderlich, die unmissverständlich eine Bereitschaft und den Willen zur Aufarbeitung des Fehlverhaltens und zur Kompensation entstandener Schäden erkennen lässt [...]

b) Kriterium der Sachverhaltsaufklärung

[...]

Die von Ihnen vorgelegte Erklärung konzentriert sich primär auf die Darstellung personeller, organisatorischer und technischer Selbstreinigungsmaßnahmen. Ausführungen zu den maßgeblichen Einzelheiten der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen, der beteiligten Personen und der Auswirkungen der Verhaltensweisen auf den Markt enthält die Erklärung überhaupt nicht. [...]

[...]

Weiter müssen wir feststellen, dass Ihr Unternehmen uns auch nicht angeboten hat, die Tatsachen und Umstände des Fehlverhaltens – wie in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB in europarechtlich zulässiger Art und Weise gefordert – in aktiver Zusammenarbeit mit uns umfassend zu klären. [...] Gefordert ist auch eine aktive Sachverhaltsaufklärung in Bezug auf den bzw. die öffentlichen Auftraggeber.

[...]

c) Kriterium der technischen, organisatorischen und personellen Selbstreinigung [...]

Im Zusammenhang mit den in Ihrer Erklärung dargestellten technischen, organisatorischen und personellen Selbstreinigungsmaßnahmen können wir nicht belastbar und verlässlich prüfen, ob die Maßnahmen tatsächlich umgesetzt wurden und inwiefern diese zur Vermeidung von zukünftigem Fehlverhalten geeignet sind. Insbesondere sind Ihrer Erklärung keinerlei Nachweise bzw. Beweise beigefügt, welche eine Überprüfung der in der Erklärung dargestellten Maßnahmen ermöglichen. [...]"

Zudem bat sie die Antragstellerin zu denen ihr durch das Angebot bekannt gewordenen weiteren Ermittlungsverfahren folgende Fragen zu beantworten:

1. *Hat die [...Antragstellerin...] beim Bundeskartellamt einen Antrag über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen i. S. der Kronzeugenmitteilung des Bundeskartellamtes (Bekanntmachung Nr. 9/2006) gestellt?*

[...]

4. *Betrifft das Ermittlungsverfahren in der Sache Stahlprodukte für Personenkraftfahrzeuge (PKW) oder auch Stahlprodukte für Nutzfahrzeuge (insb. LKW und Kraftomnibusse)? [...]*

bzw.

1. *Hat die [...Antragstellerin...] in Ihrem Kronzeugenantrag eine Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen bzw. Verhaltensweisen in dem bzw. den konkret in Rede stehenden Märkten eingeräumt? [...]*
2. *Hat die [...Antragstellerin...] im Vorfeld des Setzens eines Markers bzw. der Einreichung eines Kronzeugenantrages bei der Europäischen Kommission interne Ermittlungen zu dem Themenkomplex durchgeführt? Wenn ja, zu welchen Ergebnissen haben die Ermittlungen geführt.*
3. *Welche sachlichen und räumlichen Märkte betrafen die in dem Verfahren relevanten kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen bzw. Absprachen? Betrafen diese Personenkraftfahrzeuge (PKW) oder auch Nutzfahrzeuge (insb. LKW und Kraftomnibusse)? [...]*

Daneben stellte die Antragsgegnerin den weiteren Ablauf der Prüfung der Zuverlässigkeit der Antragstellerin dar und forderte sie unter Fristsetzung auf, ihre Erklärungen zu ergänzen, um diese dann erneut zu prüfen und ggfs. soweit erforderlich einer Aufklärung zu unterziehen.

Daraufhin antwortete die Antragstellerin mit Schreiben vom 30.08.2018, dass sie ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen habe, was sich auch aus der Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen ihrer Bevollmächtigten aus April 2017 ergebe. Im Einzelnen legte sie Ihre Auffassung zu den Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 GWB dar.

Hinsichtlich der Sachverhaltsaufklärung verweist sie auf einen Link zur nicht vertraulichen Fassung der Entscheidung der Europäischen Kommission zum LKW-Kartell und zitiert die Pressemitteilung hierzu, aus der ihre Kooperation bei der Aufklärung der Vorwürfe zum Ausdruck komme. Zusätzlich merkte sie dazu an:

„[...] Die Europäische Kommission hat in diesem Verfahren, das durch Entscheidung vom 19. Juli 2016 beendet wurde, ausschließlich gegen Unternehmen ermittelt, nicht dagegen gegen einzelne Personen. Auch Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaften oder sonstiger Ermittlungsbehörden in diesem Zusammenhang gegen bei der A AG tätige Personen sind uns nicht bekannt. [...]

Die Mitwirkungspflicht gegenüber der Antragsgegnerin bei der Aufklärung des Sachverhalts hält sie hingegen für rechtlich umstritten und verweist auf die zu erwartende Klärung durch den EuGH. Daran anschließend führt die Antragstellerin die in Bezug auf das LKW-Kartell ergriffenen personellen, technischen und organisatorischen Maßnahmen auf. Sie stellt dabei dar, dass sie die kartellinvolvierten Mitarbeiter und die die von dem Fehlverhalten Kenntnis erlangt haben von der Haftung freigestellt habe, um den kartellrechtsrelevanten Sachverhalt in Kooperation mit der Kommission aufzuklären.

Die Nennung einer konkreten Zahl von Mitarbeitern, die im LKW-Kartell mitgewirkt haben und durch die personellen Maßnahmen, wie Personalgespräche, Versetzungen, Weisungen, Qualifizierungsmaßnahmen bis hin zum Verlassen des Unternehmens, betroffen waren, erfolgte nicht. Zusätzlich zählte die Antragstellerin auf, dass sie umfassende Schulungsprogramme im Kartellrecht durchführe. So seien seit 2011 mehr als 18.500 Teilnehmer in Präsenzveranstaltungen kartellrechtlich geschult worden und mehr als 87.000 Mitarbeiter hätten das Online-Trainingsmodul zum Kartellrecht abgeschlossen. Auch habe man ab 2011 ein kartellrechtliches Compliance Programm eingeführt, seitdem stetig verbessert und 2016 von einem Wirtschaftsprüfer nach dem Prüfungsstandard 980 erfolgreich prüfen lassen. Außerdem wies die Antragstellerin darauf hin, dass die Höchstfrist nach § 126 Nr. 2 GWB für die Berücksichtigung des fakultativen Ausschlussgrundes bereits abgelaufen sei.

Hinsichtlich der weiteren von der Antragsgegnerin nachgefragten kartellrechtsrelevanten Sachverhalte erläuterte die Antragstellerin, dass sie mit den Ermittlungsbehörden kooperiere aber bislang nicht klar sei, ob sich der Anfangsverdacht des Bundeskartellamts erhöhe oder überhaupt ein Verfahren durch die Europäische Kommission einge-

leitet werde. Damit bestünden keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Antragsgegnerin, einen fakultativen Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 anzunehmen.

Nach Prüfung der Stellungnahme teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 04.09.2018 endgültig mit, dass sie ihr Angebot vom Vergabeverfahren ausschließe, da die an die Selbstreinigung gestellten Anforderungen nicht erfüllt seien. Zur Schadenkompensation fehle der Nachweis und die Darlegung, dass ein Anerkenntnis oder eine Regulierung für jeden Schaden, der durch das LKW-Kartell verursacht wurde, erfolgen werde. Die Sachverhaltsaufklärung erachtete sie mit Verweis auf ihr vorheriges Schreiben, die Stellungnahme und den bisherigen Vortrag der Antragstellerin als nicht ausreichend. Die dargestellten Selbstreinigungsmaßnahmen könne sie mangels Belegen nicht nachvollziehen und damit deren Eignung zukünftiges Fehlverhalten zu vermeiden nicht prüfen. Eine Darlegung von Selbstreinigungsmaßnahmen zu den von ihr nachgefragten weiteren kartellrechtsrelevanten Sachverhalten sei von der Antragstellerin nicht vorgenommen worden.

Die Antragstellerin rügte daraufhin mit Schreiben vom 14.09.2018 den Ausschluss ihres Angebotes als vergaberechtswidrig. Sie betonte, dass sie ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen habe. Für das Kriterium der Schadenkompensation merkte sie an, dass - solange das Bestehen eines Schadens streitig sei - nicht die Zahlung eines Ausgleichs oder die Anerkennung des Schadens gefordert werden könne. Vielmehr müsse ausreichen, dass sie sich bereit erklärt habe, geltend gemachte Schadensersatzforderungen zu prüfen. Sie erklärt dazu, dass

„[...] sie eventuell geltend gemachte Schadensersatzforderungen vorbehaltlos und sorgfältig prüfen werde und sich bereit erkläre, sofern und soweit durch die Beteiligung [...der Antragstellerin...] an dem [...] Nutzfahrzeugkartell Schäden entstanden sein sollten, diese zu ersetzen. [...]“

In Bezug auf die Sachverhaltsaufklärung stellt die Antragstellerin unter Hinweis auf die zu dem Zeitpunkt vorliegende Stellungnahme des Generalanwalts zu dem Verfahren des EuGH Rs. C- 124/17 (Voss Laeis GmbH) dar, dass die Regelung in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB lediglich eine aktive Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber verlange, diese aber nicht dazu führen dürfe, dass zivilrechtliche Verteidigungsmöglichkeiten dieses Unternehmens eingeschränkt würden.

Wegen der weiteren von der Antragsgegnerin nachgefragten kartellrechtsrelevanten Sachverhalte erläuterte die Antragstellerin, dass bislang nicht klar sei, ob überhaupt ein Verstoß gegen Kartellrecht vorliege. Sie verwies darauf, dass Kontakte zwischen Mitbewerbern im Rahmen von Einkaufsgemeinschaften oder bei der technischen Zusammenarbeit durchaus zulässig sein könnten. Zur Aufklärung arbeite sie mit dem Bundeskartellamt bzw. der Europäischen Kommission zusammen. Zumindest bestünden hier keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Antragsgegnerin einen fakultativen Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 anzunehmen.

Dem Schreiben fügte die Antragstellerin noch mehrere Unterlagen bei. Darunter befand sich die Beschreibung des errichteten Compliance-Systems der Antragstellerin, die Prüfbescheinigung des Wirtschaftsprüfers zum Compliance System, eine Richtlinie zur Geldwäscheprävention, eine Übersicht über die zur Verfügung stehenden Schu-

lungsunterlagen, eine E-Mail des Bundesministeriums der Verteidigung sowie eine Bescheinigung der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main. In letzterem werden der Antragstellerin mit Datum vom 26.04.2018 ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen in Bezug auf das „LKW-Kartell“ bescheinigt, anschließend jedoch darauf hingewiesen, dass die weiteren Ermittlungsverfahren des Bundeskartellamts wegen des Einkaufs von Stahlprodukten und der Nachprüfung der Europäischen Kommission wegen Absprachen mit anderen Automobilherstellern (AT.40178 – Car Emissions) keiner Überprüfung unterzogen wurden. Die E-Mail des Bundesministeriums für Verteidigung vom 10.03.2017 enthält die Bestätigung über den positiven Abschluss der Prüfung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin, worauf sich diese Nachricht bezieht und weshalb die Zuverlässigkeit in Frage stand, lässt sich daraus jedoch nicht entnehmen.

Nach Prüfung der Erläuterungen und der eingereichten Unterlagen teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie der Rüge nach derzeitigem Stand nicht abhelfe und sie deshalb weiterhin aus rechtlichen Gesichtspunkten und im Wege einer Gesamtabwägung aller relevanten Umstände davon ausgehe, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen bleibe. Sie stellte dezidiert dar, dass bei sämtlichen Selbstreinigungsmaßnahmen noch ergänzende Angaben notwendig wären. So müsse in Bezug auf die Schadenskompensation die Zusage der Schadensregulierung, wegen der Aussage der Antragstellerin, es sei kein finanzieller Schaden entstanden, als ohne Wert für die Prognose zur vergaberechtlichen Zuverlässigkeit bewertet werden. Bezüglich der Sachverhaltsaufklärung beurteilt die Antragsgegnerin das Verhalten der Antragstellerin als Ablehnung der geforderten aktiven Zusammenarbeit ihr gegenüber. Zudem lasse sich aus den zur Verfügung gestellten Anlagen und Erklärungen nicht beurteilen, ob die ergriffenen Maßnahmen zur zukünftigen Vermeidung von entsprechenden Verfehlungen geeignet sind.

Auch merkt die Antragsgegnerin an, dass aus dem positiven Abschluss der Prüfung der Zuverlässigkeit durch andere öffentliche Auftraggeber, keine Bindungswirkung für sie entstehe. Sie weist darauf hin, dass hinsichtlich der weiteren gegen die Antragstellerin geführten Kartell-Verfahren keine ausreichenden Informationen zur Verfügung gestellt wurden. Zumindest die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens in Kombination mit der Stellung eines Kronzeugenantrages begründe hinreichende Anhaltspunkte im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

Vorsorglich stütze die Antragsgegnerin den Angebotsausschluss auch darauf, dass die Antragstellerin ihrer Obliegenheit zur Darstellung von Selbstreinigungsmaßnahmen in Bezug auf die zwei weiteren kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen ebenfalls nicht nachgekommen sei. Sie setzte der Antragstellerin eine Frist, um zusätzliche Erklärungen und Unterlagen nachzuliefern.

Die Möglichkeit nahm die Antragstellerin wahr und erklärte, dass sie bereit wäre, die der Antragsgegnerin mutmaßlich entstandenen Schäden zu prüfen, sobald sie diese substantiiert darlege. Die Anerkennung von Schäden oder deren Regulierung dürfe sie jedoch nicht zur Voraussetzung einer Selbstreinigung machen. Bei der Sachverhaltsaufklärung verwies sie wiederum auf ihre Kooperation gegenüber der Europäischen Kommission. Die aktive Zusammenarbeit zur Ermittlung der Tatsachen und Umstände der Antragsgegnerin gegenüber, hielt sie für die Selbstreinigung nach § 125 GWB weiterhin für nicht erforderlich.

Darüber hinaus stellte die Antragstellerin erneut die nach Aufdeckung des Kartells ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen vor. Wie viele oder welche konkreten Mitarbeiter bei LKW-Kartell involviert waren und durch die personellen Maßnahmen, wie Personalgespräche, Versetzungen, Weisungen, Qualifizierungsmaßnahmen bis hin zum Verlassen des Unternehmens, betroffen waren, lies sie offen. Daneben führte sie erneut aus, welche technische und organisatorische Vorkehrungen getroffen wurden und bezifferte die Zahl der Mitarbeiter, die bislang zum Kartellrecht mittels eines Web-Trainings geschult worden seien nunmehr auf 106.000. Sie wies zudem darauf hin, dass sich aus dem bereits übersandten Prüfbericht des Wirtschaftsprüfers ergebe, dass die Maßnahmen wirksam seien, um künftiges Fehlverhalten zu verhindern. Darüber hinaus habe man ein neues Compliance Programm geschaffen, so dass den Mitarbeitern klar sei, an wen sie sich bei kartellrechtlichen Fragen wenden können.

Zu dem auf die weiteren Ermittlungsverfahren gestützten Angebotsausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB verwies sie darauf, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte bestünden, um einen Kartellverstoß anzunehmen. Maßstab hierfür sei, dass dieser mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliege. Davon könne bei andauernden Ermittlungsverfahren, deren Ausgang offen sei, nicht ausgegangen werden. Mithin dürfe die Antragsgegnerin den Angebotsausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf diese Sachverhalte nicht stützen. Vorsorglich stellte die Antragstellerin die hierzu ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen dar und bezeichnete diese als ausreichend.

Nach erneuter Prüfung teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine Frist mit, nach deren Ablauf sie anhand der ihr vorliegenden Informationen über die Rüge entscheiden werde. In ihrer Antwort verweist die Antragstellerin auf das inzwischen ergangene Urteil des EuGH in der Rechtssache C 124/17 Vossloh Laeis ./. Stadtwerke München vom 24.10.2018. Daraus ergebe sich, dass die Maßnahmen zur Prüfung der Zuverlässigkeit sich auf das unbedingt erforderliche beschränken müssten und sie mangels der Nachforderung weiterer Nachweise und Erklärungen durch die Antragsgegnerin davon ausgehe, dass sie im Hinblick auf das LKW-Kartell nun den Nachweis der Selbstreinigung erbracht habe. In Bezug auf die weiteren kartellrechtsrelevanten Sachverhalte bleibe es bei der Bewertung, dass ein Kronzeugenantrag und ein laufendes Ermittlungsverfahren nicht als fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB bewertet werden dürften.

Daraufhin half die Antragsgegnerin der Rüge nicht ab. Dies begründete sie mit der unzureichenden Darlegung von Selbstreinigungsmaßnahmen, insbesondere bei der Schadenskompensation und der Sachverhaltsaufklärung. Die Antragstellerin habe bezogen auf diese zwei Punkte nicht den Anforderungen der vergaberechtlichen Kooperationsobliegenheit genügt. Hiergegen ging die Antragstellerin im Wege der Nachprüfung vor und reichte bei der Kammer einen entsprechenden Antrag ein, worauf das vorliegende Verfahren eingeleitet wurde.

Im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens übersandte die Antragstellerin zusammen mit einem Schriftsatz ein Gutachten, welches es als nicht plausibel bezeichnet, dass die Mitwirkung der Antragstellerin beim LKW-Kartell zu einem höheren Nettokaufpreis ihrer LKW führte. Demnach habe die Antragsgegnerin, für die von ihr bei der Antragstellerin erworbenen LKW, keinen kartellbedingt erhöhten Kaufpreis bezahlt und damit letztlich auch keinen Schaden.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass sie die von ihr ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen umfangreich und ausreichend im Sinne von § 125 GWB dargestellt habe. Dagegen habe die Antragsgegnerin an deren Darlegung überhöhte Anforderungen, die nicht mit den rechtlichen Vorgaben im Einklang stünden, weshalb der Ausschluss ihres Angebots nach § 124 GWB aufgrund der erfolgreich dargelegten Selbstreinigungsmaßnahmen keinen Bestand haben dürfte.

Die Antragstellerin meint, dass sie die einzelnen Voraussetzungen des § 125 GWB erfülle. So habe sie mehrfach betont, dass sie sich klar zur Kompensation von Schäden der Antragsgegnerin bekenne, sofern diese durch ihre Beteiligung am LKW-Kartell entstanden seien. Sobald die Antragsgegnerin ihre Schäden substantiiert darlege, werde sie eine Regulierung prüfen. Dies genüge den rechtlichen Anforderungen an das Kriterium der Schadenskompensation des § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB und entspreche dem Wortlaut der Norm. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin dürfe das Tatbestandsmerkmal nicht auf Schäden ausgedehnt werden, bei denen noch nicht geklärt sei, ob sie überhaupt durch das kartellrechtswidrige Fehlverhalten verursacht wurden. Die Entscheidung der Europäischen Kommission hierzu treffe jedenfalls keine Feststellung zum Entstehen eines Schadens bei der Antragsgegnerin, sondern enthalte Tatsachen, die sogar gegen eine wirtschaftliche Betroffenheit der Antragsgegnerin sprechen. Mithin habe sie das Recht, diese Frage zunächst gerichtlich klären zu lassen und spreche deshalb gegenüber der Antragsgegnerin kein Anerkenntnis für eventuell durch die Beteiligung am LKW-Kartell entstandenen Schäden aus. Schließlich spreche auch das im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens übersandte Gutachten dafür, dass der Antragsgegnerin keine Schäden durch die Beteiligung der Antragstellerin am LKW-Kartell entstanden seien.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin auch umfänglich mit der Antragsgegnerin im Sinne von § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB kooperiert. Bereits bei den drei vorangegangenen Vergabeverfahren habe sie auf ihre Beteiligung am LKW-Kartell hingewiesen, ihre Selbstreinigungsmaßnahmen erläutert und Belege hierzu eingereicht. Dieses Vorgehen habe sie beim vorliegenden Vergabeverfahren dann nochmals wiederholt.

Mehr Informationen als die nicht vertrauliche Fassung der Entscheidung der Europäischen Kommission zum LKW-Kartell müsse die Antragstellerin der Antragsgegnerin nicht zur Verfügung stellen. Dies ergebe sich auch aus der EuGH Entscheidung vom 24.10.2018, Rs. C-124/17. Durch die Übersendung des Bußgeldbescheides seien die Anforderungen aus § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB als erfüllt anzusehen. Die Notwendigkeit der Übersendung der geschwärtzten vertraulichen Fassung ergebe sich aus der zitierten Rechtsprechung des EuGH nicht. Schließlich sei aus der nicht vertraulichen Fassung ersichtlich, dass sie mit der Kommission kooperiert habe. Sämtlicher von der Kommission festgestellter Sachverhalt könne die Antragsgegnerin hieraus ersehen. Ein Zusammenhang zwischen der aktiven Zusammenarbeit bei der Sachverhaltsaufklärung und der Schadenskompensation bestehe nicht, da es nur um die Aufklärung der Tatsachen und Umstände des Fehlverhaltens und des verursachten Schadens gehe.

Ein über die nicht vertrauliche Fassung hinausgehendes Informationsbedürfnis bestehe nur hinsichtlich der ergriffenen personellen, technischen und organisatorischen Selbstreinigungsmaßnahmen. Diese habe die Antragstellerin unaufgefordert dargelegt und im weiteren Verfahrensverlauf erläutert und umfangreich mit Nachweisen unter-

mauert. So habe sie mit einer Vielzahl von Dokumenten über die ergriffenen und bestehenden Schulungsmaßnahmen zum Kartellrecht, sowie das Compliance System Auskunft gegeben. Das Letzteres implementiert, wirksam und angemessen sei, habe eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ausdrücklich bestätigt und gehe aus dem von der Antragstellerin der Antragsgegnerin im Rahmen der Rüge zur Verfügung gestellten Dokumenten auch hervor.

Die Forderung der Antragsgegnerin, die Namen der Beteiligten auf Seiten der Antragstellerin bei LKW-Kartell offen zu legen, sei unverhältnismäßig und arbeits- sowie datenschutzrechtlich höchst fragwürdig. Es gehe in jedem Fall über das hinaus, was der EuGH als unbedingt erforderlich für die Zuverlässigkeitsprognose betrachte.

Warum die Antragsgegnerin in dem Wissen um die Beteiligung der Antragstellerin am LKW-Kartell dreimal einen Lieferauftrag an sie erteilte, aber nun beim streitgegenständlichen Vergabeverfahren an der von ihr vorgenommenen Selbstreinigung zweifle und deshalb einen Ausschluss nach § 124 GWB vornehme, sei für sie nicht nachvollziehbar. Dies weise darauf hin, dass es der Antragsgegnerin nicht um die Selbstreinigung nach § 125 GWB gehe, sondern um Druck auf die Antragstellerin hinsichtlich der Schadensregulierung auszuüben.

Die Antragsgegnerin habe darüber hinaus eine fehlerhafte Bewertung der vorgelegten Nachweise vorgenommen, weil sie den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten habe. Die Prognose der Antragsgegnerin nach § 125 Abs. 2 GWB müsse sich darauf beschränken, ob die ergriffenen Maßnahmen unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens geeignet sind, solches zukünftig zu vermeiden und damit die vergaberechtliche Eignung des Unternehmens wiederherzustellen. Hierbei reiche aus, dass die Antragstellerin die Selbstreinigungsmaßnahmen glaubhaft mache und nicht wie die Antragsgegnerin meint, nachweise.

Bei anderen Institutionen, wie dem Bundesministerium der Verteidigung oder der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main, seien die Prüfung der Zuverlässigkeit positiv abgeschlossen worden. Die Antragsgegnerin sei die einzige öffentliche Auftraggeberin, die sie in der Zeit seit der Entscheidung der Europäischen Kommission zum LKW-Kartell von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen habe. Hieran zeige sich bereits, dass vorliegend wohl eine ermessensfehlerhafte Ausschlussentscheidung getroffen wurde.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die Antragsgegnerin die Ausübung des ihr obliegenden Ermessens, welches zur Ausschlussentscheidung führte, nicht gemäß § 8 Abs. 2 VgV hinreichend dokumentiert habe. Allein deshalb müsse die Kammer den Ausschluss der Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 GWB aufheben. So sei der Vergabeakte kein Dokument zu entnehmen, dass sich mit der inhaltlichen Begründung der Ausschlussentscheidung, insbesondere mit der Schwere und den besonderen Umständen des Fehlverhaltens, auseinandersetze. Die fehlende Berücksichtigung lasse keine ordnungsgemäße Ermessenentscheidung erkennen und mache die Ausschlussentscheidung rechtswidrig.

Der auf die gegen die Antragstellerin laufende Ermittlungen gestützte Angebotsabschluss sei nicht mehr berücksichtigungsfähig, da sich weder im Nichtabhilfeschriften

der Antragsgegnerin auf die Rüge der Antragstellerin noch in der Vergabedokumentation, Hinweise auf eine solche Entscheidung fänden. Darüber hinaus lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vor. Notwendig hierfür wären objektive Tatsachen, die zur Überzeugung führen, dass ein Verstoß mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliege, also nahezu Gewissheit über die Verwirklichung eines Kartellverstoßes hierüber bestehe. Ausreichend hierfür wären kartellbehördliche Ermittlungsmaßnahmen nicht. Aus der zum Ermittlungsverfahren AT.40178 (Car Emissions) veröffentlichten Pressemitteilung der Europäischen Kommission ergebe sich, dass derzeit keine Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten vorlägen. Zudem werde ein ergebnisoffenes Prüfverfahren geführt. Danach verbiete sich der Schluss, dass nahezu Gewissheit über einen Kartellverstoß der Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 GWB bestehe. Mangels des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes könne die Antragsgegnerin auch keine Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB von der Antragstellerin verlangen und deshalb diese nicht als unzureichend bezeichnen. Darüber hinaus seien durch die Antragstellerin vorsorglich umfangreiche zur Vermeidung künftigen Fehlverhaltens geeignete Selbstreinigungsmaßnahmen dargelegt, aber ermessenfehlerhaft nicht berücksichtigt worden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihre Entscheidung über den Ausschluss der A AG aufzuheben und das Angebot der A AG im Rahmen der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren (Vergabe-Nr. 2018-0357-70) zu den Losen 1 und 2 zu berücksichtigen,
2. hilfsweise: die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihre Entscheidung über den Ausschluss des Angebotes der A AG gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3, 4 GWB unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überprüfen,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin.

Nach Auffassung der Antragsgegnerin sind die von der Antragstellerin dargelegten und erläuterten Maßnahmen nicht ausreichend, um eine Selbstreinigung nach § 125 GWB anzunehmen. Die Selbstreinigung sei eine Obliegenheit der Antragstellerin, weshalb sie die Darlegungs- und Beweislast für eine ausreichende vergaberechtliche Selbstreinigung trage. Eine eigene Ermittlungs- und Recherchepflicht treffe die Antragsgegnerin hingegen nicht. Zudem stelle sie insgesamt keine überhöhten Anforderungen an die Darlegung und den Nachweis der Selbstreinigungsmaßnahmen.

Das Kriterium der Schadenskompensation aus § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB habe die Antragstellerin bislang nicht erfüllt. So wurde weder ein Ausgleich für den entstandenen Schaden durch die Antragstellerin gezahlt, noch habe sie sich ernstlich, glaubwürdig und verlässlich mit ggfs. entstandenen Schäden auseinandergesetzt und die generelle Bereitschaft zum Ausgleich bekundet. Vielmehr verhalte sich die Antragstellerin widersprüchlich, indem sie einerseits das Bestehen eines Schadens bezweifle, andererseits aber auch in ihrem Nachprüfungsantrag darauf verweise, dass die Ermittlung und Entstehung von Schäden noch nicht abgeschlossen sei. Dies spreche eindeutig gegen eine ernsthafte Auseinandersetzung mit etwaigen durch das kartellrechtswidrige Verhalten der Antragstellerin entstandenen Schäden. Zudem seien Bemühungen, sich mit dem Entstehen dieser auseinanderzusetzen, nicht erkennbar, eher sei das Verhalten der Antragstellerin taktisch geprägt und darauf gerichtet, den Ausschluss abzuwenden, sich in der Sache aber nicht festzulegen und zu binden. Notwendig für die Erfüllung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB sei aber eine Anerkennung zum Ausgleich der Schäden dem Grunde nach, was sich aus dessen Gesetzesbegründung ergebe. Das Bestreiten des Schadenseintritts entlasse die Antragstellerin aber nicht aus ihrer Obliegenheit, sich zur Schadenskompensation zu erklären.

Eine Bereitschaft zur Schadenskompensation könne entgegen der Ansicht der Antragstellerin auch nicht aus den Verjährungsverzichtserklärungen hergeleitet werden, da diese nichts über die Anerkennung von Ansprüchen aussagt, worauf die Antragstellerin auch ausdrücklich bei deren Abgabe hinweist.

Der Vorwurf der Antragstellerin, dass sie mit der Forderung der Darlegung von Selbstreinigungssmaßnahmen und einer drohenden Schadensersatzklage auf die Antragstellerin Druck zur Erzielung einer Einigung über Schadensersatz ausübe, sei unzutreffend. Vielmehr handele es sich um die Konsequenz aus der Zurückweisung der Antragstellerin Gespräche über eine Schadenskompensation zu führen.

Daneben ist die Antragsgegnerin der Auffassung, dass die Antragstellerin keine aktive Sachverhaltsaufklärung ihr gegenüber betrieben habe. Die Notwendigkeit hierzu ergebe sich jedoch deutlich aus der EuGH Entscheidung „Vossloh Laeis“ Rs., C 124/17 vom 24.10.2018. Danach erstrecke sich die Kooperationsobliegenheit nicht nur auf die Ermittlungsbehörden, sondern auch auf öffentliche Auftraggeber wie die Antragsgegnerin selbst. So habe sie der Antragstellerin mehrfach in den Schriftsätzen auf eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung hingewiesen, die nicht den Anforderungen an die aktive Zusammenarbeit aus § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB entspreche.

Hierauf habe die Antragstellerin nicht reagiert, sondern z. B. auf die ohnehin öffentliche verfügbare nicht-vertrauliche Fassung der Entscheidung der Europäischen Kommission zum LKW-Kartell und den darin festgestellten Sachverhalt verwiesen. Deren Übersendung genüge jedoch nicht den Anforderungen an die Kooperation aus § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Sie halte es für notwendig, dass ihr die Klarnamen, der am Kartell beteiligten Personen mitgeteilt werden. Diese Auffassung werde auch von der Entscheidung der VK Südbayern Az. Z 3-3-3194-1-45-11/16 vom 11.12.2018 gestützt. Danach seien die Klarnamen von Mitarbeitern, die nicht der Antragstellerin zuzuordnen seien zu schwärzen, aber nicht deren eigene.

Zudem tritt die Antragsgegnerin der Ansicht der Antragstellerin entgegen, dass sich die Obliegenheit zur Sachverhaltsaufklärung auf feststehende Schäden beschränke. Sie ist vielmehr der Auffassung, dass die Kooperationsbereitschaft weit auszulegen

sei und eben nicht vom Bestehen eines Schadens abhängen könne. Aus der EuGH Rechtsprechung ergebe sich, dass die erforderliche Aufklärung insbesondere auch die Frage der Verursachung eines Schadens sowie dessen Höhe erfasse. Auch bestehe nach der Auffassung des EuGH ein enger Zusammenhang zwischen der Sachverhaltsaufklärung und der Bewertung der Maßnahmen zur technischen, organisatorischen und personellen Selbstreinigung. Der öffentliche Auftraggeber müsse in die Lage versetzt werden, dass er die Tauglichkeit und Geeignetheit der Selbstreinigungsmaßnahmen prüfen und bewerten kann. Aufgrund der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung, sei es der Antragsgegnerin nicht möglich, die von der Antragstellerin geschilderten Maßnahmen prüfen zu können.

Dass die Antragstellerin seit Bekanntwerden ihrer Beteiligung am LKW-Kartell mehrfach einen Auftrag zur Lieferung von LKW Fahrgestellen von der Antragsgegnerin erhalten habe, habe auf die Bewertung ihrer dargelegten und ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen keine Auswirkung. Die Erteilung der Zuschläge könne nicht als Anerkennung der Selbstreinigungsmaßnahmen interpretiert werden. Bei den vorangegangenen Verfahren habe die Antragsgegnerin ordnungsgemäß ihr Ermessen nach § 124 GWB ausgeübt, sich aber gegen einen Ausschluss entschieden. Denn erst nach Kenntnis der nicht vertraulichen Fassung der Entscheidung der Kommission zum LKW-Kartell und dem Erhalt der von ihr mit in Auftrag gegebenen Schadensanalyse im Dezember 2017, habe sie davon ausgehen können, dass ihr ein Schaden aufgrund der kartellrechtswidrigen Absprachen und Verhaltensweisen entstanden sei.

Eine Bindungswirkung für die Antragsgegnerin entstehe auch nicht daraus, dass andere öffentliche Auftraggeber die Selbstreinigungsmaßnahmen der Antragstellerin als ausreichend bewertet hätten. Einerseits sei für die Antragsgegnerin nicht ersichtlich auf welcher Grundlage, welchen Erklärungen, Belegen und Nachweisen, diese Bewertung beruhe. Andererseits habe sie die Antragstellerin gebeten, ihr die den anderen öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung gestellten Unterlagen zu übersenden, um ihr eine Prüfung zu ermöglichen, worauf die Antragstellerin aber nicht eingegangen sei.

Daneben sei auch aufgrund des Unterlassens der Antragstellerin, ihr auf ihre konkreten Fragen Details zum Ermittlungsverfahren der Europäischen Kommission AT.40178 – Car Emissions und des Bundeskartellamts - Einkauf von Stahlprodukten - mitzuteilen, bereits ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin berechtigt. Die der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte Stellungnahme der Antragstellerin vom 11.10.2018 äußere sich weder zur Schadenskompensation noch zur Sachverhaltsaufklärung.

Eine Beiladung war nicht erforderlich, da kein Bieter für die Erteilung des Zuschlags vorgesehen war. Der Vorsitzende hat die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 27.04.2019 verlängert. Am 15.03.2019 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakte und die Niederschrift der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Vergabekammer Westfalen ist nach § 159 Abs. 2 und Abs. 3 GWB i.V.m. § 2 Abs. 2 VK ZuStV NRW örtlich zuständig. Da der Auftragswert für die Lose 1 und 2

den Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB für Liefer- und Dienstleistungen überschreitet ist die Kammer auch sachlich zuständig.

1.2 Die Antragstellerin ist nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Die Antragstellerin hat sich vorliegend mit einem Angebot am Verfahren beteiligt und damit das Interesse an einer Auftragserteilung bekundet. Aus § 125 Abs. 2 Satz 2 GWB hat sie ein subjektives Recht im Sinne des § 97 Abs. 6, dessen Verletzung im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden kann (vgl. Prieß/Simonis Rn. 61 zu § 125 GWB Kurlartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht). Durch den nach ihrer Ansicht nach ungerechtfertigten Ausschluss vom Vergabeverfahren droht ihr ein Schadenseintritt, denn ihr Angebot ist das bestplatzierte und hat damit bei einem erfolgreichen Nachprüfungsantrag die Chance auf Zuschlagserteilung.

1.3 Die Antragstellerin ist ihrer Obliegenheit zur Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB fristgerecht nachgekommen. Mithin ist ihr Nachprüfungsantrag statthaft.

2. Der zulässige Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet. Die Darstellung und Nachweise der Antragstellerin zu ihren Selbstreinigungsmaßnahmen im Sinne von § 125 Abs. 1 GWB durften von der Antragsgegnerin als unzureichend bewertet werden, so dass der Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB gerechtfertigt war.

2.1 Die Beteiligung der Antragsgegnerin am LKW-Kartell, aber auch die von ihr als Ausschlussgrund genannten Ermittlungsverfahren der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts sind als Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB für den Angebotsausschluss berücksichtigungsfähig. Die Frist von 3 Jahren aus § 126 Nr. 2 GWB ist zum Zeitpunkt der Entscheidung des Angebotsausschlusses noch nicht abgelaufen. Dem Wortlaut der Vorschrift nach ist für den Beginn der Frist auf das betreffende Ereignis abzustellen. Ob hierbei an die Tathandlung z. B. die Beteiligung an einer wettbewerbseinschränkenden Absprache, deren Erfolgseintritt, die Beendigung des kartellrechtswidrigen Verhaltens oder erst deren Feststellung durch die Ermittlungsbehörden anzuknüpfen ist blieb zunächst offen. Nach der Entscheidung des EuGH Rs. C 124/17 Vossloh Laeis vom 24.10.2018 ist beim Vorliegen des Ausschlussgrundes nach Art 57 Abs. 4 lit. d) der Richtlinie 2014/24, welcher dem § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB entspricht, nicht auf den Beginn der Kartellbeteiligung für den Fristlauf abzustellen. Vielmehr ist das Datum an dem die zuständige Behörde das wettbewerbswidrige Verhalten geahndet hat, spätestens als Beginn des Fristlaufs anzusetzen.

Vorliegend hat die Europäische Kommission am 19.07.2016 den Bußgeldbescheid über 4 von 5 am LKW-Kartell beteiligten Unternehmen, darunter die Antragstellerin, erlassen. Dieser Zeitpunkt stellt damit das heranzuziehende Datum für den Beginn der Frist nach § 126 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar. Daraus folgt, dass zum Zeitpunkt der Ausschlussentscheidung der Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB noch berücksichtigungsfähig war. Der Antragstellerin kann damit nicht gefolgt werden, wenn sie die Auffassung vertritt, dass auf das Ende ihrer Beteiligung am LKW-Kartell abzustellen sei.

Für die weiteren Ermittlungsverfahren (AT.40178 – Car Emissions bzw. Einkauf von Stahlprodukten) der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts, die beide noch nicht abgeschlossen sind, hat folglich die Frist nach § 126 Abs. 1 Nr. 2 GWB noch nicht zu laufen begonnen.

2.2 Die Antragstellerin hat die Anforderungen an die Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 GWB nicht erfüllt, weshalb die Antragsgegnerin ihre Zuverlässigkeit als nicht wiederhergestellt ansehen und sie nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vom Vergabeverfahren ausschließen durfte.

Nach der Gesetzessystematik des § 125 GWB trägt das vom Ausschluss betroffene Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die kumulative Erfüllung der Voraussetzungen der Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB. Das Unternehmen muss nachweisen, dass es einen Schadensausgleich geleistet hat oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat (Nr. 1), und die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat (Nr. 2) und zuletzt die konkreten technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen, die es ergriffen hat und die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden, darstellen (Nr. 3). Die Sachverhaltsaufklärung und die Darstellung der durchgeführten Maßnahmen zur Selbstreinigung sind Interna des jeweiligen Unternehmens, auf deren Offenlegung der öffentlichen Auftraggeber angewiesen ist, um Kenntnis davon zu erlangen (vgl. Prieß/Simonis Rn. 23 zu § 125 GWB Kulartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht).

a) Vorzugswürdig erscheint es der Kammer zunächst und im Gegensatz zur Nummerierung der Anforderungen des § 125 Abs. 1 GWB mit der Prüfung der Sachverhaltsaufklärung anzufangen, da die weiteren Voraussetzungen der Selbstreinigung auf dieser aufbauen und an deren Inhalt anknüpfen (vgl. Prieß/Simonis Rn. 25 zu § 125 GWB Kulartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht). Hinsichtlich § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt die Antragstellerin nicht die Voraussetzung, die an den Nachweis der Sachverhaltsaufklärung durch die EuGH Rechtsprechung formuliert wurden.

Die zunächst von der Antragstellerin vertretende Auffassung, dass fraglich sei, ob diese nationale Vorgabe mit der Richtlinie vereinbar ist, kann nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-124/17, Urteil vom 24.10.2018 keine Berücksichtigung mehr finden. In seiner Entscheidung stellt der EuGH klar, „[...] dass Art. 80 der Richtlinie 2014/25 in Verbindung mit Art 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass er einer Bestimmung des nationalen Rechts nicht entgegensteht, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer, dessen Zuverlässigkeit trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes nachweisen möchte, die Tatsachen und Umstände, die mit [...] dem begangenen Fehlverhalten im Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit nicht nur mit der Ermittlungsbehörde, sondern auch mit dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der diesem eigenen Rolle umfassend klären muss, um Letzterem den Nachweis der Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit zu erbringen, sofern diese Zusammenarbeit auf die Maßnahmen beschränkt ist, die für die betreffende Prüfung unbedingt erforderlich sind.“

Der EuGH weist darauf hin, dass mit der Aufklärung der Tatsachen durch die Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber nicht der gleiche Zweck verfolgt wird, so dass der Wirtschaftsteilnehmer – unabhängig vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes – seine Zuverlässigkeit auch gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber

ber nachweisen muss, indem er wirksam mit dem öffentlichen Auftraggeber zusammenarbeitet. Dazu gehört, so der EuGH, auch die Vorlage der den Wirtschaftsteilnehmer betreffenden Entscheidung der Wettbewerbsbehörde, und zwar unabhängig davon, welche zivilrechtlichen Konsequenzen dies für eine mögliche Schadensersatzklage hat.

Grundsätzlich ist das Unternehmen auch verpflichtet über die Umstände des haftungsausfüllenden Tatbestandes im Rahmen der Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber aufzuklären (vgl. Prieß/Simonis Rn. 35 zu § 125 GWB Kurlartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht). Diese geforderte umfassende Sachaufklärung zum Schaden kann hierbei zur Folge haben, dass der Geschädigte erst auf ihrer Grundlage erfolversprechend seine Schadensersatzansprüche gegen das Unternehmen begründen kann und für das Unternehmen dem Ausgleich des Schadens dienende Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB erforderlich werden (vgl. EuGH Rs. C-124/17, Urteil vom 24.10.2018).

Diesen Anforderungen genügt die Antragstellerin jedoch nicht. Zwar verweist sie wiederholt auf die Pressemitteilung und die nicht vertrauliche Fassung des Beschlusses der Europäischen Kommission zum LKW-Kartell vom 19. Juni 2016 beziehungsweise übersendet diese später im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens in einer deutschen Übersetzung. Doch erfüllt sie damit nicht die oben dargestellten Voraussetzungen. Die nicht vertrauliche Fassung ist schlicht nicht die Entscheidung, mit der der Verstoß des Bieters gegen die Wettbewerbsregeln festgestellt wurde, sondern eine auf Betreiben der Kartellanten gekürzte Version des ursprünglichen Dokuments. Konkrete Angaben zum Fehlverhalten sind darin nur exemplarisch und meist für alle kartellbeteiligten Unternehmen aufgeführt. Gerade auch beim Text, der die Schilderung des Vorgehens der Kartellanten ausführt, ist auffällig, dass sämtliche Fußnoten keinen Inhalt aufweisen. Damit handelt es sich bei dem Bußgeldbescheid und bei der gekürzten Version um zwei inhaltlich unterschiedliche Dokumente.

Dass sich die nichtvertrauliche Fassung des Beschlusses der Kommission zum LKW-Kartell von der vertraulichen unterscheidet, ist zwischen den Parteien auch nicht streitig. Mangels Vorlage der vertraulichen Fassung durch die Antragstellerin, kann der Umfang der Abweichung jedoch nicht näher bestimmt werden. Auch konnte weder die Kammer noch die Antragsgegnerin überprüfen, ob die Behauptung der Antragstellerin, dass lediglich marginale Unterschiede zwischen den Dokumenten bestünden, zutreffend ist. Jedenfalls hat die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen mehrfach mit Verweis auf die darin enthaltenen Namen von Mitarbeitern, die Offenlegung des ungekürzten Beschlusses gegenüber der Antragsgegnerin – so auch zuletzt in der mündlichen Verhandlung – abgelehnt.

Der Antragstellerin ist zwar zuzugeben, dass Zweifel daran angebracht sind, auch im Hinblick auf den Datenschutz, ob die Nennung von Namen der Mitarbeiter unbedingt erforderlich für die Sachverhaltsaufklärung sind. Der Kammer ist das für die Antragstellerin bestehende und von ihr geschilderte Spannungsverhältnis zwischen der umfassenden Aufklärung des Fehlverhaltens und der hierfür notwendigen Hilfe durch die involvierten Mitarbeiter, die arbeitsrechtliche Maßnahmen fürchten müssen, wohl bewusst. Allerdings handelt es sich hier vorliegend, um einen bereits abgeschlossenen Vorgang, weshalb die Antragstellerin zur Aufklärung nicht mehr auf die Zusammenarbeit dieser Mitarbeiter angewiesen ist. Zudem ist die Kammer der Auffassung, dass zur Einhaltung des Datenschutzes die Antragstellerin auch zu Anonymisierung oder

Pseudonymisierung der ursprünglichen Kommissionsentscheidung greifen kann, jedoch nur sofern dies auch tatsächlich rechtlich erforderlich ist.

Die von der Antragstellerin dargestellte Problematik, dass sich durch die Offenlegung des Beschlusses der Europäischen Kommission die Chancen der Antragsgegnerin im zivilrechtlichen Schadensersatzprozess erhöhen könnten, hat der EuGH erkannt und eindeutig entschieden. Mithin hat die Antragstellerin es auch im Hinblick auf den anhängigen Schadensersatzprozess hinzunehmen, wenn durch die Offenlegung der Sachverhaltsaufklärung zwischen ihr und der Europäischen Kommission auch die Kenntnis über schadensersatzbegründende Umstände bei der Antragsgegnerin entstehen.

Dies ist insoweit konsequent, da die Selbstreinigung nicht verpflichtend ist, sondern lediglich ein Weg darstellt, wie die infolge eines bestehenden Ausschlussgrund nach §§ 123, 124 GWB entfallene Zuverlässigkeit eines Unternehmens, vor Ablauf der Fristen aus § 126 GWB, wiederhergestellt werden kann. Die Antragstellerin ist damit nicht gezwungen, eine Sachverhaltsaufklärung durchzuführen, kann aber auch im Gegenzug dann nicht erwarten, ohne Erfüllung der hierzu formulierten Anforderungen aus der zitierten EuGH Rechtsprechung, dass ihre Zuverlässigkeit als wiederhergestellt angesehen wird. Im Hinblick auf eine Bewertung der Geeignetheit der ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB und der abschließenden Entscheidung gemäß § 125 Abs. 2 GWB erscheint es der Kammer als unbedingt notwendig, dass der öffentliche Auftraggeber einen ausreichenden Einblick in das festgestellte Fehlverhalten und die Maßnahmen der Selbstreinigung des jeweiligen Unternehmens bekommt.

Die Antragstellerin könnte schließlich die Sachverhaltsaufklärung nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB auch in ihrem Sinne nutzen und der Antragsgegnerin die Umstände und Tatsachen darstellen, die belegen, dass ihr Vortrag, durch ihre Kartellbeteiligung keine Schädigung eingetreten, zutreffend ist. Das von der Antragstellerin hierzu eingereichte Gutachten (Anlage 13 zum Schriftsatz vom 06.03.2019) kann dabei allenfalls als unzureichende Ergänzung betrachtet werden. Zwar werden darin das Vorgehen bei der Preissetzung der Antragstellerin und der zwischen den anderen Kartellanten Informationsaustausch erläutert, doch konzentriert sich das Gutachten hauptsächlich auf einen zeitlich eingeschränkten Teil der Kartellbeteiligung und bezieht lediglich den Vorwurf der koordinierten Nettopreissteigerungen mit ein, nimmt aber ausdrücklich die Feststellungen zu den Absprachen bezüglich der Einführung und Kostenüberwälzung bei den Abgasnormen Euro III bis Euro IV von einer Betrachtung aus.

Indem die Antragstellerin der Antragsgegnerin die vertrauliche Fassung der Entscheidung der Europäischen Kommission nicht vorlegte, hat sie keinen vollständigen Beleg über die erfolgte Sachverhaltsaufklärung erbracht, der den Anforderungen der EuGH Rechtsprechung und aus § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB entspricht.

Allein dieser Umstand begründet den Ausschluss der Antragstellerin vom weiteren Vergabeverfahren, da sämtliche in § 125 Abs. 1 GWB genannten Gründe kumulativ geprüft werden müssen und die Nichterfüllung eines Grundes bereits den Ausschluss rechtfertigt.

Die Kammer weist aber noch auf folgende Gesichtspunkte hin:

b) Hinsichtlich der Voraussetzung des Schadensausgleichs nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB bestreitet die Antragstellerin, dass durch ihre Beteiligung am LKW-Kartell der Antragsgegnerin ein Schaden entstanden ist. Sie ist der Auffassung, dass sie diesen Sachverhalt zunächst im hierzu anhängigen Schadensersatzprozess gerichtlich klären lassen darf, bevor sie sich zum Schadensausgleich bereit erklärt. Dagegen erachtet es die Antragsgegnerin für notwendig, dass die Antragstellerin für jegliche durch ihre Kartellbeteiligung verursachten Schäden ein Schuldanerkenntnis dem Grunde nach abgibt.

Obgleich die Kammer, aufgrund der Positionierung des EuGH zur Sachverhaltsaufklärung über den entstandenen Schaden, Zweifel an der Auffassung der Antragstellerin hat, bedarf es vorliegend zwischen diesen beiden Auffassungen jedoch keiner Entscheidung. Wie oben bereits gezeigt, sind die Voraussetzungen in § 125 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 kumulativ zu erfüllen, weshalb bereits beim Fehlen einer Voraussetzung, wie hier dem Nachweis der Sachverhaltsaufklärung, keine wirksame Selbstreinigung im Sinne von § 125 Abs. 1 GWB vorliegen kann (vgl. Prieß/Simonis Rn. 23 zu § 125 GWB Kulartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht).

c) Der EuGH war in der Entscheidung vom 24.10.2018 auch der Auffassung, dass der öffentliche Auftraggeber vom betroffenen Wirtschaftsteilnehmer Tatsachenmaterial einfordern kann, das belegt, dass die getroffenen Maßnahmen tatsächlich geeignet sind, weiteres Verhalten der beanstandeten Art zu verhindern. Keinesfalls ausreichend ist, dass diese Beweise schon der Wettbewerbsbehörde vorlagen.

Auf eine Beurteilung der von der Antragstellerin ergriffenen und geschilderten personellen, organisatorischen und technischen Maßnahmen und darauf, ob diese ausreichend durch Belege nachgewiesen sind, kommt es jedoch nicht mehr an, da es wie bereits dargestellt, an der Voraussetzung nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB fehlt.

2.3 Der Auffassung der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin bei Ausübung ihres Beurteilungsspielraums aus § 125 Abs. 2 GWB Fehler begangen hat und dieser nur eingeschränkt bestünde, folgt die Kammer nicht.

a) Die Darlegung der Selbstreinigung durch das Unternehmen muss gemäß § 125 Abs. 2 GWB vom öffentlichen Auftraggeber bewertet werden. Hierbei hat er die Risiken einzuschätzen, die sich ergeben, wenn er einen Auftrag an einen Bieter mit zweifelhafter Integrität vergibt (vgl. EuGH Rs. C-124/17, Urteil vom 24.10.2018). In die Erwägungen auch einzubeziehen sind vom öffentlichen Auftraggeber dabei, wie schwer das Fehlverhalten wiegt, ob es sich um einen Einzelfall oder ein systematisches Fehlverhalten handelt, wie hoch der entstandene Schaden ist und wieviel Zeit seit der Begehung vergangen ist (BT Drs. 18/6281 Seite 109). Der öffentliche Auftraggeber hat dann anhand der vom Unternehmen dargelegten Selbstreinigung eine Prognoseentscheidung zu treffen, bei der er zum Ergebnis kommen kann, dass die durch das vorangegangene Verhalten des Unternehmens entfallene Zuverlässigkeit, noch vor Ablauf der Frist des § 126 GWB, insoweit wiederhergestellt ist, dass es für eine Zuschlagserteilung in dem konkreten Vergabeverfahren in Betracht kommt.

Dem öffentlichen Auftraggeber steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf eingeschränkt überprüft werden kann, ob die Verfahrensbestimmungen eingehalten, zutreffende Tatsachen zu Grunde gelegt und

keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind (vgl. Prieß/Simonis Rn. 55ff zu § 125 GWB Kulartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht).

Solange es keine zentralen Institutionen gibt, die auf gesetzlicher Grundlage dafür zuständig sind, die Selbstreinigung entsprechend § 125 GWB zu prüfen, hat jeder öffentliche Auftraggeber eine eigene Entscheidung über die Wiedererlangung der Zuverlässigkeit von Unternehmen nach einem Fehlverhalten gemäß §§ 123, 124 GWB zu treffen (vgl. Prieß/Simonis Rn. 55 ff. zu § 125 GWB Kulartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht).

Demnach ist die Antragsgegnerin gerade nicht an die von der Antragstellerin angeführten und eingereichten positiven Prüfungen anderer öffentlicher Auftraggeber gebunden, sondern hat vielmehr selbst die Risikoabwägung in Anbetracht des von ihr zu vergebenden Auftrages zu treffen. Noch dazu, wenn die Antragstellerin wie hier nicht einmal offenlegt, welche Unterlagen diesen anderen öffentlichen Auftraggebern bei der Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen zur Verfügung gestellt wurden ist, können diese nicht dazu führen, dass sich die Antragstellerin an deren Ergebnis orientieren muss.

Dass die Antragsgegnerin die Selbstreinigung der Antragstellerin als unzureichend erachtet, hat sie dieser bereits mehrfach und ausführlich im Vergabeverfahren, im Rahmen des Schriftverkehrs zur Rüge und im Nachprüfungsverfahren deutlich mitgeteilt. Dabei formulierte sie die Anforderungen und erläuterte anschließend, warum sie diese als nicht erfüllt betrachtet. So wies sie mehrfach darauf hin, dass sie aufgrund der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung keine Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen vornehmen könne. Mit mehreren Fristsetzungen ermöglichte sie der Antragstellerin Ergänzungen nachzureichen, denen diese nur unzureichend nachkam, z. B. bezüglich der Übersendung der vertraulichen Fassung oder den Nachfragen zum Vorliegen von weiteren fakultativen Ausschlussgründen. Die Antragsgegnerin führte dazu in der mündlichen Verhandlung aus, dass sie aufgrund einer Gesamtbetrachtung und Würdigung dazu kam, die Selbstreinigungsmaßnahmen der Antragstellerin als unzureichend zu bewerten.

b) Der Einwand der Antragstellerin, dass dies im Widerspruch zu der vorherigen Beurteilung ihrer Selbstreinigung und der dabei mehrmaligen Auftragserteilung an sie, seit der Entscheidung der Europäischen Kommission stehe, vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist der öffentliche Auftraggeber daran gebunden, wenn er die Zuverlässigkeit in Ausübung seines Beurteilungsspielraums bereits bejaht hat und er darf davon bei unveränderter Sachlage grundsätzlich nicht abrücken. (vgl. Prieß/Simonis Rn. 58 zu § 125 GWB Kulartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zum GWB-Vergaberecht; OLG Frankfurt Beschl. v. 20.07.2004 – 11 Verg 06/04). Dies bezieht sich jedoch einerseits nur auf einen konkreten Auftrag, weshalb der öffentliche Auftraggeber nicht daran gehindert ist bei einer anderen Vergabe eine andere Entscheidung hierzu zu treffen, z. B. weil seine Risikobewertung anders ausfällt. Insbesondere vor dem Hintergrund des Wissens aus der Schadensanalyse erscheint es der Kammer plausibel und vertretbar, dass die Antragsgegnerin zu einem anderen Ergebnis zur Beurteilung der Zuverlässigkeit als bei den vorher erteilten Aufträgen kommt. Darüber hinaus hat sich für die Antragsgegnerin damit, dass die Antragstellerin zunächst grundsätzlich eine Regulierung des Schadens betonte, später aber das Entstehen eines Schadens durch ihre

Kartellbeteiligung bestreitet, sich der zur Beurteilung nach § 125 Abs. 2 GWB maßgebliche Sachverhalt geändert, was ebenso die Möglichkeit der Neubewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen für die Antragsgegnerin eröffnet.

c) Für den Vortrag der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin mit der Selbstreinigung unzulässigen Druck für die Schadensregulierung ausübt, dieses Instrument also missbräuchlich und für einen Zweck außerhalb des Vergabeverfahrens einsetzt, hat die Kammer keine ausreichenden Anhaltspunkte vorgetragen bekommen. Die hierzu eingereichten Schriftwechsel zwischen der Antragstellerin und Antragsgegnerin geben hierzu keine Veranlassung. Daraus wird lediglich deutlich, dass die Antragsgegnerin auf die rechtlichen Konsequenzen einer ihrer Ansicht nach unzureichenden Selbstreinigung hingewiesen hat.

Mithin hat die Antragsgegnerin innerhalb ihres Beurteilungsspielraums und unter Zugrundelegung der ihr von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Informationen die Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 2 Satz 1 GWB als unzureichend bewertet und dies gegenüber der Antragstellerin entsprechend § 125 Abs. 2 Satz 2 GWB auch schriftlich erläutert und begründet.

d) Auf das Vorliegen von weiteren Ausschlussgründen kommt es nicht mehr an. Die Antragsgegnerin kann sich aufgrund der Beteiligung der Antragstellerin am LKW-Kartell bis zum Ablauf des 18.07.2019 auf den Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB stützen und sie vom Verfahren ausschließen.

2.4 Nach § 8 VgV sind Vergabeverfahren fortlaufend zu dokumentieren. Diese Pflicht entstammt dem Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB. (vgl. Zeise Rn. 3 ff. zu § 8 VgV Kulartz/Kus/Portz/Prieß Kommentar zur VgV). Die Dokumentation kann jedoch auch erst im Nachprüfungsverfahren ergänzt oder sogar nachträglich erst angefertigt werden, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass keine Möglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber besteht zu einer anderen Entscheidung zu kommen und damit das Verfahren zu manipulieren (vgl. BGH Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 04/10; OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.10.2015, Verg 28/14).

Der Antragstellerin ist zuzugeben, dass sich aus der der Kammer zur Verfügung gestellten Vergabeakte ergibt, dass die Antragsgegnerin keinen gesonderten Vermerk über die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen gefertigt hat. Allerdings verweist sie zu diesem Vorgang auf den Schriftwechsel mit der Antragstellerin nach deren Rüge. In den dortigen Schreiben erläutert die Antragsgegnerin mehrfach und dezidiert, warum sie die Selbstreinigungsmaßnahmen als unzureichend ansieht und einen Ausschluss der Antragsgegnerin vornimmt. Hierin kommt, zuletzt in der Nichtabhilfeentscheidung zur Rüge vom 13.11.2018, zum Ausdruck, dass sie selbst eine Interessensabwägung vorgenommen und auch das ihr zustehende Ermessen nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeübt hat.

Dass diese nicht in einen „Vermerk“ überführt wurden, ist mitnichten als derart schwerwiegend einzustufen, dass die erneute Ermessenausübung hinsichtlich des Ausschlussstatbestandes nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorgenommen werden müsste oder eine Wiederholung der Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen zu erfolgen hat. Die tragenden Erwägungen sind in dem Schriftwechsel, der Bestandteil der Vergabeakte

ist, ausreichend dokumentiert und bereits im Zeitpunkt der Übersendung für die Antragstellerin transparent geworden. Mithin genügt die Dokumentation der Antragsgegnerin dem Zweck des § 8 VgV.

Selbst wenn die Dokumentation aber für nicht ausreichend erachtet worden wäre, hätte die Antragsgegnerin nicht die Möglichkeit eine andere als die getroffene Entscheidung zu fällen, weshalb eine Manipulation ausgeschlossen ist.

III.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch ist, bis zu einem Betrag von 100.000 Euro erhöht werden.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 3 GWB die Kosten zu tragen.

Ausgehend von einem Auftragswert in Höhe von ca. XXXXX € bezüglich der von der Antragstellerin zur Nachprüfung gestellten Lose 1 und 2 beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXX €.

Diese Gebühr ist der Antragstellerin aufzuerlegen

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin war notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz w VwVfG. Ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des öffentlichen Auftraggebers notwendig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. 12.2014, VII-Verg 37/13).

Stehen schwerpunktmäßig auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen im Vordergrund, besteht regelmäßig keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, da derartige Materien zum originären Aufgabenbereich eines öffentlichen Auftraggebers gehören. Weitergehende Rechtsfragen des Nachprüfungsverfahrens oder des materiellen Vergaberechts dagegen können für eine notwendige Hinzuziehung sprechen. Vorliegend war die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit der europäischen Richtlinie und der dazu ergangenen aktuellen Rechtsprechung des EuGH auszuwerten und anzuwenden. Aufgrund der Komplexität der rechtlichen Fragestellungen

war es für die Antragsgegnerin notwendig sich durch einen Verfahrensbevollmächtigten vertreten und beraten zu lassen.

Diese Aufwendungen werden der Antragstellerin als unterliegende Partei gemäß § 182 Abs. 4 GWB auferlegt.

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.

Spinzig

Diemon-Wies