



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Leitsätze

- 1. Privatschulen, die als eingetragene Vereine iSd BGB gegründet wurden, sind öffentliche Auftraggeber iSd § 98 Nr. 2 GWB.**
- 2. Die Aufhebung einer öffentlichen Ausschreibung steht in der alleinigen Verantwortung des öffentlichen Auftraggebers. Dieser kann - auch unabhängig von etwaigen Aufhebungsgründen - seine Ausschreibung aufheben oder auch teilaufheben oder zurückversetzen.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen Beförderungsdienstleistungen im Schülerspezialverkehr

VK 1 - 30/16

des xx,

Antragsteller

Verfahrensbevollmächtigte: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

den xx,

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 9. September 2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am **21. September 2016** beschlossen:

- Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.



2. Dem Hilfsantrag wird stattgegeben. Es wird festgestellt, dass der Antragsteller durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens - Schülerbeförderung gemäß der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt 2016/S 075-131829 vom 16.4.2016 für die Lose 1, 3 und 5 - in seinen Rechten verletzt ist.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxx € festgesetzt.
4. Der Antragsteller und der Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte.
5. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsteller wird für notwendig erklärt.
6. Die Aufwendungen des Antragstellers für seine zweckentsprechende Rechtsverfolgung trägt der Antragsgegner.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb die Beförderung von seelenpflegebedürftigen Kindern (Schülerspezialverkehr) in der Region xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx für das Schuljahr 2016/2017 im offenen Verfahren gem. § 3 EG VOL/A aus. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 16.04.2016.

Der Antragsgegner ist ein eingetragener Verein und Schulträger der Ersatzschule xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Die xxxxxxxxxxxxxx-Schule ist eine Schule für seelenpflegebedürftige Kinder und Jugendliche und wird von Schülerinnen und Schülern aus dem Regierungsbezirk Detmold sowie angrenzenden Kommunen besucht. Der Antragsgegner organisiert als Schulträger die Beförderung mit einem Schülerspezialverkehr. Eine Refinanzierung erfolgt nach den Vorschriften des Schulgesetzes NRW (SchulG), der Ersatzschulfinanzierungsverordnung (FESchVO) sowie der Schülerfahrkostenverordnung (SchfkVO). So gewährt das Land NRW dem Antragsgegner Zuschüsse für die notwendigen Kosten des Schülerspezialverkehrs. Der Antragsgegner ist in diesem Zusammenhang verpflichtet, die Landeszuschüsse wirtschaftlich einzusetzen. Übersteigen die Gesamteinnahmen der Ersatzschule die notwendigen fortdauernden Ausgaben, wird die Finanzhilfe des Landes um den überschüssenden Betrag gekürzt.

In der Bekanntmachung wird der Auftrag wie folgt näher beschrieben: "*Schultägliche Beförderung von seelenpflegebedürftigen Schülerinnen und Schülern vom Wohnort zur xxxxxxxxxxxxxx-Schule und zurück; Fahrten von der xxxxxxxxxxxxxxSchule zu Sportstätten und zurück.*"

Der Auftrag ist in 6 Lose unterteilt, von denen 5 Regionallose sog. Linienbündel, d. h. Zusammenfassungen mehrerer Fahrlinien, beinhalten. Eine Fahrlinie wird wiederum aus den Adressen mehrerer Schülerinnen und Schüler gebildet. Der Nachprüfungsantrag beschränkt sich auf die Lose 1, 3 und 5, zu denen in der Bekanntmachung näher ausgeführt wird:

*Los 1 (Region xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx;
xx)*



Auf Nachfrage des Antragsgegners bestätigte der Antragsteller, dass die jeweiligen Schüler/innen der vorgesehenen Fahrlinien mit jeweils mehreren Fahrzeugen befördert werden sollen.

In der Folge schloss der Antragsgegner die eingereichten Angebote aller Bieter wegen formeller Mängel von der Wertung aus und hob das Vergabeverfahren auf. In der Verfahrensdokumentation (Anlage: Angebotswertung) findet sich dazu folgender Hinweis:

Gesamtergebnis der Angebotswertung: Alle Bieter, die [...] ein Angebot eingereicht haben, sind auf der ersten Wertungsstufe zwingend auszuschließen. Das Vergabeverfahren ist demnach aufzuheben.

Der Antragsgegner schloss die Angebote der Bieter aus unterschiedlichen Gründen aus. So hatten z. B. zwei Bieter ihren Angeboten Allgemeine Geschäftsbedingungen beigelegt, worin der Antragsgegner unzulässige Änderungen an den Vergabe- bzw. Vertragsunterlagen sah. Einen zwingenden Angebotsausschluss sah der Antragsgegner darin, dass bei den Angeboten von drei Bietern die Angabe eines Gesamtpreises fehlte. Weiterhin schloss er ein Angebot aus, das vorsah, die jeweiligen Schüler/innen der vorgesehenen Fahrlinien mit jeweils mehreren Fahrzeugen zu befördern.

Mit Schreiben vom 23.06.2016 informierte der Antragsgegner den Antragsteller über dessen Angebotsausschluss hinsichtlich der Lose 1, 3 und 5 sowie über die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Der Antragsgegner begründete den Ausschluss des Antragstellers damit, dass dieser die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Fahrlinien weiter unterteilt habe. Die Bildung von "Unterfahrlinien" stelle eine gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen dar. Damit sei das Angebot zwingend auszuschließen gewesen.

Das Vergabeverfahren wurde gem. § 20 EG Abs. 1 lit. a) VOL/A aufgehoben, da kein Angebot eingegangen war, das den Bewerbungsbedingungen entsprach. Ferner teilte der Antragsgegner seine Absicht mit, den Auftrag nunmehr im Verhandlungsverfahren zu vergeben.

Am 28.06.2016 rügte der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner sowohl den Angebotsausschluss hinsichtlich der Lose 1, 3 und 5, als auch die Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Nachdem die Verfahrensbeteiligten zwischenzeitlich erfolglos versucht hatten, eine Verständigung zu erzielen, wies der Antragsgegner die Rüge mit Schreiben vom 15.07.2016 zurück. Neben den bereits im Schreiben vom 23.06.2016 dargelegten Gründen führte der Antragsgegner ergänzend aus, das Angebot des Antragstellers sei auch unvollständig und daher nach § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A auszuschließen, weil die von ihm vorgelegte Bestätigung über das Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung keine Mindestdeckungssumme je Schadensfall für Personen- und Sachschäden ausweise. Dies sei in der Bekanntmachung aber ausdrücklich gefordert worden. Der vorgelegten Bescheinigung sei lediglich eine Maximaldeckungssumme zu entnehmen, die ferner auf drei Fälle je Versicherungsjahr maximiert sei.



Aber die Gesamtversicherungssumme je Versicherungsjahr sei nicht unbegrenzt. Eine Nachforderung unvollständiger Nachweise oder Erklärungen käme nicht in Betracht.

Auch dies rügte der Antragsteller mit weiterem Schreiben vom 20.7.2016.

Der Antragsteller hat einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens am 22.7.2016 eingereicht, mit dem er sein Vorbringen weiter verfolgt.

Der Antragsteller ist der Ansicht, dass das von ihm vorgelegte Angebot mit der vorgesehenen Beförderung von Schüler/innen mit mehreren Fahrzeugen pro Fahrlinie keine unzulässige Abweichung von den Vertragsunterlagen darstelle. Er sei nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen nicht dazu verpflichtet gewesen, für jede Fahrlinie nur ein einziges Fahrzeug einzusetzen. Zu einer solchen Auslegung habe bei verständiger Würdigung kein Bieter gelangen können.

Weder nach der Leistungsbeschreibung noch nach dem Mustervertrag, der der Leistungsbeschreibung beigefügt war, sei der Einsatz von mehreren Fahrzeugen auf einer Fahrlinie ausgeschlossen gewesen. Eine entsprechende Vorgabe, wie viele Fahrzeuge eingesetzt werden dürfen, habe es weder gegeben, noch sei dies in Fahrdienstauschreibungen üblich.

Aus der Vorgabe der Leistungsbeschreibung, grundsätzlich Kleinbusse einzusetzen, ergebe sich sogar die zwingende Notwendigkeit, auf manchen Fahrlinien mehrere Fahrzeuge einzusetzen. Der Antragsgegner habe Fahrlinien vorgegeben, auf denen mehr als 8 Schüler/innen befördert werden müssen. Beispielsweise sei im Hinblick auf die Fahrlinie "Vxxxxxxx" mit 13 Schüler/innen, bei der mindestens zwei Kleinbusse erforderlich seien, um alle 13 Fahrgäste zu befördern, für alle Bieter erkennbar gewesen, dass der Einsatz auch von mehr als einem Fahrzeug auf einer Fahrlinie zulässig und sogar geboten sei.

Auch aus der Zulassung des Einsatzes von Pkw mit fünf Sitzplätzen ergebe sich gleichermaßen, dass mehrere Fahrzeuge zulässigerweise für eine Fahrlinie hätten eingesetzt werden dürfen. Denn es habe in keinem Los nur eine einzige Fahrlinie gegeben, in der alle Schüler/innen mit einem einzigen 5-Sitzer (mit vier Fahrgästen plus Fahrer) hätten befördert werden können. Dies gelte z. B. für die Linie "Werther" in Los 3, auf der 10 Schüler/innen -davon ein Kind im Rollstuhl- befördert werden müssen. Wegen der Rollstuhlbeförderung sei hier der Einsatz von mindestens drei Fahrzeugen zwingend gewesen.

Zudem spreche die Vorgabe in Los 6, bei Sportfahrten zwingend Busse mit einer Kapazität von mindestens 30 Sitzplätzen einzusetzen, gegen ein Verständnis der Vergabeunterlagen, dass auf einer Fahrlinie nur ein einziges Fahrzeug eingesetzt werden darf. Vielmehr ergebe sich aus dem Umkehrschluss, dass in den Losen 1 - 5 gerade keine entsprechenden Mindestvorgaben bestehen sollen.

Bei den als "Fahrplan" bezeichneten Linien habe es sich bei verständiger Würdigung aus der Empfängersicht lediglich um die Angabe der zu befördernden Schüler/innen gehandelt. Dies habe der Antragsgegner in den Vergabeunterlagen auch dadurch



klargestellt, dass er die in den jeweiligen Losen benannten Fahrlinien als Vergabe eines "Linienbündels" bezeichnet und zusätzlich in Ziff. 2 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass die genannte Reihenfolge der angegebenen Schüleranschriften bei der Beförderung nicht verbindlich sei. Eine Beförderung von Schüler/innen in einem einzigen Fahrzeug je Linie hätte unzumutbare Beförderungszeiten zu der Schule verursacht.

Der Antragsteller meint, dass die Angaben aus der Leistungsbeschreibung zu den Fahrlinien mithin völlig eindeutig und klar gewesen seien, so dass eine Rüge insoweit vor Abgabe des Angebotes überhaupt nicht erforderlich gewesen sei. Gleiches gelte für die geforderte Bescheinigung über eine Betriebshaftpflichtversicherung

Darüber hinaus ist der Antragsteller der Meinung, dass der von ihm vorgelegte Haftpflichtversicherungsnachweis nicht nur eine Mindestdeckungssumme von 1 Mio. € pro Schadenfall garantiere, sondern sogar bis zu xxx Mio. €. Der Antragsteller trägt vor, dass seine Versicherung Schäden von xxxxxx. € dreifach maximiert übernehme sowie im Zuge der Excedentenversicherung von xxxxxx. € zweifach maximiert trage, so dass die Versicherungssumme insgesamt xxxxxx. € betrage. Der Nachweis einer Haftpflichtversicherung, nach der unabhängig von der tatsächlichen Höhe eines Schadenfalls, eine unbegrenzte Deckungssumme übernommen werde, sei nicht gefordert gewesen und habe rechtmäßiger Weise auch nicht gefordert werden dürfen.

Der Antragsteller meint, dass es sich bei der seinem Angebot beigefügten Versicherungsbescheinigung um eine im Rechtsverkehr übliche und standardisierte Versicherungsbescheinigung handele, die auch in der Vergangenheit von keiner Vergabestelle und auch nicht von Vergabekammern und Vergabesenaten, jemals beanstandet worden sei.

Der Antragsteller trägt weiter vor, selbst wenn es zutreffen sollte, dass die von ihm vorgelegte Versicherungsbescheinigung interpretationsbedürftig sei, hätte der Antragsgegner vor Ausschluss des Angebots diesen Zweifeln nachgehen müssen. Denn ihm obliege insoweit eine Pflicht zur Angebotsaufklärung, der er nicht nachkommen sei.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners, so trägt der Antragsteller vor, könne auch die Behauptung, das Angebot sei unwirtschaftlich, weil der Haushaltsansatz des Antragsgegners überschritten werde, nicht verfangen. Denn für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sei der in Bezug genommene Haushaltsansatz nicht vergleichbar, weil dieser von einer ganz anderen Auftragsdurchführung ausgehe. Denn in der Vergangenheit sei die Beförderung nicht mit Kleinbussen durchgeführt worden, was vorliegend aber Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei.

Der Antragsteller vertritt die Auffassung, dass er ein wertungsfähiges Angebot abgegeben habe und insgesamt die Voraussetzungen nach § 20 EG VOL/A für die Aufhebung der Ausschreibung nicht vorliegen würden.

Weiterhin trägt der Antragsteller vor, dass die Aufhebungsentscheidung rückgängig gemacht werden müsste. Denn die Entscheidung des BGH, Beschluss vom 20.3.2014, X ZB 18/13, sei vorliegend nicht anwendbar. Der BGH habe zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass auch ein öffentlicher Auftraggeber keinem Kontrahie-



rungszwang bei der Vergabe eines Auftrages unterliege. Diese Entscheidung beziehe sich aber lediglich auf zivilrechtliche Verträge, nicht hingegen auf die Erledigung von rein hoheitlichen Aufgaben. Bei rein hoheitlichen Aufgaben, wie das vorliegend bei den Schülerspezialverkehren der Fall sei, müsste man auf öffentlich-rechtliche Grundsätze abstellen. Diesbezüglich sei insbesondere darauf abzustellen, dass die Nachprüfungsverfahren auch einen effektiven Rechtsschutz für Bieter gewährleisten sollen, was vorliegend nur möglich sei, wenn die Aufhebungsentscheidung rückgängig gemacht werde.

Der Antragsteller beantragt,

1. geeignete Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Vergabe der Dienstleistungen der Schülerbeförderung gemäß der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt 2016/S 075-131829 vom 16.4.2016 für die Lose 1,3 und 5 für den Zeitraum ab dem 1.8.2016 nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens erfolgt,
2. hilfsweise festzustellen, dass der Antragsteller durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens in seinen Rechten verletzt ist,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch den Antragsteller zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag und den Feststellungsantrag zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war,
3. dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners aufzuerlegen.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, dass er als freier Schulträger der xxxxxxxxxxxxxx-Schule kein öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB a. F. sei. Deshalb sei der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet und die Vergabekammer Westfalen zur Nachprüfung nicht zuständig.

Darüber hinaus sei der Antragssteller mit seinem Vorbringen zu den Fahrplänen präkludiert, da sich diese bereits aus der Leistungsbeschreibung ergeben hätten, der Antragsteller dies aber nicht vor Abgabe seines Angebots gerügt habe.

Ebenso präkludiert sei der Antragsteller mit seiner Rüge zur Forderung einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einer bestimmten Mindestdeckungssumme je Schadensfall für Personen- und Sachschäden, weil er diese Bedenken lediglich erstmals in der Antragschrift mitgeteilt habe.

Der Antrag sei auch unbegründet, so der Antragsgegner. Denn der Antragsteller habe durch die Unterteilung der vorgegebenen Fahrpläne in seinen Angeboten eine unzulässige Änderung an den Vertragsunterlagen i. S. d. § 19 EG Abs. 3 lit. d)



VOL/A vorgenommen. Die in der Bekanntmachung festgelegten und in der Leistungsbeschreibung näher dargestellten Fahrlinien seien verbindlich und nicht zur Unterteilung durch die Bieter freigegeben gewesen. Auch Nebenangebote seien gem. Ziff. 1 Buchst. f) des Verfahrensbriefes ausdrücklich ausgeschlossen gewesen.

Um seine Meinung näher zu erläutern, trägt der Antragsgegner weiter vor, dass im Beförderungsrecht der Begriff der Fahrlinie als zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten eingerichtete, regelmäßige Verkehrsverbindung, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können, gekennzeichnet sei. Die Bieter seien hier lediglich darin frei gewesen, zwischen den vorgegebenen Haltepunkten die zeitgünstigste Strecke zu bestimmen. Die Gestaltung des Fahrplans obliege allein dem Antragsgegner und nur er dürfe die vorgegebenen Fahrlinien mit den genannten Haltepunkten abändern. Ziff. 6 Buchst. g) der Leistungsbeschreibung ermächtige den Antragsteller nicht, die Fahrlinien mit beliebig vielen Fahrzeugen zu bedienen und so - wie in Los 1 - die eingesetzten Fahrzeuge zu verdreifachen.

Der Antragsgegner meint, dass die tatsächlichen Angaben des Antragstellers zu den Fahrtzeiten auf den einzelnen Fahrlinien auch unzutreffend seien. Aus den von der Bezirksregierung Detmold geprüften und genehmigten Fahrplänen des vergangenen Schuljahres sei ersichtlich, dass die Vorgaben der §§ 13, 14 SchfkVO (regelmäßiger Schulweg für Hin- und Rückfahrt maximal drei Stunden) auf den Fahrlinien Vxxxxxxx und Bxxxxxxxxxxxxxxxx eingehalten werden.

Die Vorgabe in der Leistungsbeschreibung, dass bei Sportfahrten zwingend Busse mit einer Kapazität von mindestens 30 Sitzplätzen einzusetzen sind, habe erkennbar nur Kalkulationszwecken gedient. Dies habe seinen Grund darin, dass - anders als bei den Fahrlinien der schultäglichen Beförderung - den Bietern aufgrund der schwankenden Teilnehmerzahlen beim Sportunterricht nicht vorgegeben worden sei, wie viele Schüler/innen bei einer Sportfahrt zu befördern sind.

Unter Berufung auf zwei vergaberechtliche Beschlüsse (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.07.2014 - 15 Verg 4/14; VK Bund, Beschl. v. 14.11.2000 - VK 1-35/00) meint der Antragsgegner, es liege auch dann kein Verstoß gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung vor, wenn man zu dem Ergebnis gelänge, die Leistungsbeschreibung weise in dem vorgenannten Punkt eine geringe Unklarheit auf und sei auslegungsbedürftig.

Hilfsweise trägt er vor, dass die vermeintlichen Unklarheiten nur die Fahrlinien Werther und Versmold betreffen. Alle anderen Linien in den Losen 1, 3 und 5 könnten mit Kleinbussen bedient werden, so dass jedenfalls dort eine weitere Unterteilung in Unterfahrlinien nicht den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entspreche.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, dass das Angebot des Antragstellers darüber hinaus gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A auszuschließen gewesen sei, weil es nicht den geforderten Nachweis einer bestimmten Betriebshaftpflichtversicherung enthalten habe. Das sei insoweit der Fall, als dass die vorgelegte Bestätigung der Versicherung des Antragstellers keine Mindestdeckungssumme je Schadensfall für Personen- und Sachschäden ausweise. Dies sei aber in der Bekanntmachung ausdrück-



lich verlangt worden. Aus dem Versicherungsnachweis sei lediglich eine Maximaldeckungssumme zu entnehmen, die auf drei Fälle je Versicherungsjahr begrenzt sei.

Zudem gehe aus der vorgelegten Bestätigung nicht hervor, ob der Fahrdienst im freigestellten Schülerverkehr überhaupt zu den "gemeldeten Tätigkeiten" gehört, die vom Versicherungsschutz umfasst sind. Eine Nachforderung unvollständiger Nachweise oder Erklärungen komme im Hinblick auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 27.11.2013 - Verg 20/13) nicht in Betracht.

Aus den genannten Gründen erweise sich auch die Entscheidung als rechtmäßig, die Ausschreibung gemäß § 20 EG Abs. 1 lit. a) VOL/A aufzuheben.

Hilfsweise trägt der Antragsgegner vor, dass auch der Aufhebungsgrund des § 20 EG Abs. 1 lit. c) VOL/A in Bezug auf die Angebote zu Los 1 und 3 gegeben sei. Denn im Los 1 werde dieser Ansatz um 36% und im Los 3 um 29% überschritten. Grund für diese Überschreitungen sei, dass der Antragsteller durch die Unterteilung der vorgegebenen Fahrlinien und dem Einsatz von mehreren Fahrzeugen auf einer Linie höhere Kosten verursache.

In jedem Fall gebe es sachliche Gründe für die Aufhebung des Vergabeverfahrens. So fehle es an der Vergleichbarkeit der Angebote hinsichtlich der angegebenen Besetzkilometerpreise. Eine Vergabestelle sei nicht verpflichtet, eine bestimmte Ausführung der Leistung hinzunehmen. Der Antragsgegner verweist diesbezüglich auf den Beschluss des BGH vom 20.03.2014 - X ZB 18/13. Diese Entscheidung sei auf den vorliegenden Fall auch anwendbar, da entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht zwischen zivilrechtlichen und öffentlichen Aufgabenerfüllungen zu unterscheiden sei. Vielmehr würden immer zwei Ebenen bestehen, und zwar einmal die hoheitliche Ebene und im Anschluss daran die ausführende Ebene. Im Vergaberecht wäre damit ein zivilrechtlicher Vertrag gemeint. Auch wenn man die Inhalte der Aufträge vergleiche, in der BGH Entscheidung sei es die Fahrbahndeckenerneuerung auf einer Bundesautobahn gewesen und hier der Schülerspezialverkehr, dann sei das vergleichbar.

Darüber hinaus sei er dem haushaltsrechtlichen Grundsatz einer sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung verpflichtet. Dem widerspreche eine Ausführung des Auftrags, die mehrere Fahrzeuge einsetzt mit der Folge einer deutlichen Erhöhung der Anzahl der Besetzkilometer und damit der Kosten.

Ein Zuschlag auf das Angebot des Antragstellers in den Losen 1, 3 und 5 führe zudem bei der An- und Abfahrt zum bzw. vom Schulgelände zu einer Verdoppelung des Fahrzeugaufkommens auf dem Schulgelände und damit zu schulorganisatorischen Abwicklungsschwierigkeiten. Da die Verhältnisse dort ohnehin beengt seien und es schon früher zu Gefährdungen von Schüler/innen gekommen sei, habe der Antragsgegner sogar Verhaltensregeln für Fahrten auf dem Schulhof vorgegeben.

Der Antragsgegner vertritt schließlich die Meinung, dass eine Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsteller nicht notwendig gewesen sei. Mit Blick auf die Größe der Hilfsorganisation mit bundesweit xxxxxx hauptamtlichen Kräf-



ten und die Erfahrung mit der Durchführung von Vergabeverfahren im Bereich Rettungsdienste und Fahrdienste verfüge der Antragsteller über eine ausgewiesene vergaberechtliche Expertise. Zudem seien die zum Ausschluss des Antragstellers führenden Gründe nicht derart komplex, dass anwaltliche Hilfe notwendig war.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB a. F. bis zum 30.09.2016 verlängert. Am 09.09.2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. In der mündlichen Verhandlung führte der Antragsgegner aus, dass die Leistungen zurzeit für ein Schuljahr interimswise vergeben wurden, man aber beabsichtige, nach Abschluss dieses Nachprüfungsverfahrens, die Leistungen in einem offenen Verfahren europaweit auszuschreiben. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

1. Gemäß § 186 Abs. 2 GWB n.F. werden Vergabeverfahren, die vor dem 18. April 2016 begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren nach dem Recht zu Ende geführt, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Bekanntmachung erfolgte am 16.04.2016, so dass die Vorschriften des GWB in der alten Fassung (GWB a. F.) im vorliegenden Fall Anwendung finden.

2. Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB a. F. und § 2 Abs. 2 ZustVO NpV NRW. Der Schwellenwert in Höhe von 209.000 € wird überschritten, da der potentielle Auftragswert für die Lose 1, 3 und 5 bereits bei ca. xxx Mio. € liegt.

3. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

3.1 Bereits mit Beschluss vom 18.2.2003, X ZB 43/02 hat der BGH entschieden, dass ein Nachprüfungsverfahren auch die Überprüfung einer Aufhebungsentscheidung zum Gegenstand haben kann und § 114 Abs. 1 GWB insoweit nicht entgegensteht. Diese Rechtsauffassung hat der BGH in der Entscheidung vom 20.3.2014, X ZB 18/13 wiederholt.

3.2 Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber und als solcher zur Beachtung der Vorgaben aus dem GWB verpflichtet.

Insbesondere liegt mit dem Antragsgegner ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB a. F. vor. Zwar handelt es sich bei ihm um einen eingetragenen Verein im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Jedoch sind öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB a. F. auch andere juristische Personen des [...] privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 [...] fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben [...].

Mit dem Antragsgegner liegt eine juristische Person des Privatrechts und mit dem Land NRW eine Gebietskörperschaft im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB a. F. vor. Der



Antragsgegner erfüllt als Schulträger im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art und wurde auch zu diesem besonderen Zweck gegründet. Schließlich finanziert überwiegend das Land NRW den Antragsgegner durch Landeszuschüsse und die Bezirksregierung Detmold übt die Aufsicht über den Antragsgegner gemäß § 104 Abs. 1 SchulG NRW aus.

Darüber hinaus muss sich der Antragsgegner den Dienstleistungsauftrag über die Schülerbeförderungen auch gemäß dem europarechtlichen Effizienzgebot ("effet utile") als öffentlichen Auftrag zurechnen lassen.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.7.2015, Verg 11/15 ist zur wirksamen Durchsetzung des EU-Primärrechts danach erforderlich, Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einen öffentlichen Wettbewerb zu stellen. Entschließt sich der Auftraggeber, die Aufgabenerfüllung auf einen Dritten zu übertragen, so verlagert sich auch die Schnittstelle zum Vergaberecht auf den Dritten. Die Erstattung der Kosten, die für die Schülerbeförderung -zu der insbesondere auch der Schülerspezialverkehr zählt- notwendig entstehen, erfolgt durch das Land NRW. Die Schülerbeförderung selbst -hier in Form des Schülerspezialverkehrs- erfolgt zwar durch den Antragsgegner, ist aber somit grundsätzlich eine Aufgabe, die in den Verantwortungsbereich des Landes fällt.

3.3 Der Antragsteller ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB a.F., da er sich mit drei Angeboten an der Ausschreibung beteiligt hat.

Der Antragsbefugnis steht auch nicht entgegen, dass der Antragsgegner einen Eignungsnachweis des Antragstellers, und zwar den Nachweis über eine Betriebshaftpflichtversicherung, für nicht ausreichend hält. Im Rahmen der Antragsbefugnis werden keine hohen Anforderungen gestellt. Der Schaden beim Antragsteller muss als möglich erscheinen; ob dieser tatsächlich vorliegt, wird letztlich bei der Begründetheit entschieden, vgl. idS OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.6.2010, Verg 10/10.

3.4 Nachdem der Antragsgegner den Antragsteller nach Maßgabe des § 101a Abs. 1 GWB a. F. mit Schreiben vom 23.06.2016 informiert hatte, erfolgte die Rüge des Antragstellers gegenüber dem Antragsgegner mit Schreiben vom 28.06.2016 und damit unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB a. F.

Der Antragsteller ist mit seinen Beanstandungen nicht präkludiert. Der Antragsteller ging bei Angebotsabgabe offensichtlich davon aus, dass der Einsatz von mehreren Fahrzeugen je Fahrlinie der Leistungsbeschreibung entspricht. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller die vermeintlich fehlende Eindeutigkeit positiv erkannte, sind nicht ersichtlich.

Zudem wurde dem Antragsgegner in dem Informationsschreiben vom 23.6.2016 zunächst nicht vorgehalten, dass sein Nachweis über die Betriebshaftpflichtversicherung zu beanstanden sei. Vielmehr teilte der Antragsgegner dort mit, dass die Eignung des Antragstellers vorliege. Die Vorabinformation war somit nicht ordnungsgemäß. Erst mit Schreiben vom 15.7.2016 wurde dem Antragsteller gegenüber dieser Ausschlussgrund bekannt gegeben, was zu einer Rüge am 20.7.2016 führte.



4. Der Nachprüfungsantrag ist aber zurückzuweisen, weil der Antragsteller keinen Anspruch auf Rückgängigmachung und Fortführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens hat. Er hat lediglich die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung von einer Vergabekammer feststellen zu lassen, um die Möglichkeit eines Regressanspruches zu haben.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Vorliegend hat der Antragsteller beantragt, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass der im Streit stehende öffentliche Auftrag im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens vergeben wird.

In der Regel hat ein Unternehmer keinen präventiven Anspruch darauf, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Bestimmungen des Vergaberechts einhält. Er kann nur bereits begangene Vergaberechtsverstöße in einem Nachprüfungsverfahren durch eine Vergabekammer korrigieren lassen. Der Antrag auf Einhaltung der Vergaberegeln für die noch nicht abgeschlossene Ausschreibung über den Schülerspezialverkehr muss somit zurück gewiesen werden. Allerdings hat der Antragsteller einen Anspruch darauf, dass festgestellt wird, dass er durch die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners hier in seinen Rechten verletzt wurde.

Im Einzelnen:

4.1 Der Ausschluss der Angebote des Antragstellers war weder gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A (Abweichung von den Fahrlinien) noch nach § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A (Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherung) gerechtfertigt.

4.1.1 Der von dem Antragsgegner wegen des Einsatzes mehrerer Fahrzeuge je Fahrlinie auf § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A gestützte Ausschluss des Antragstellers ist vergaberechtswidrig.

Ausgeschlossen werden Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sind, § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A.

a) Welcher Erklärungsgehalt Angebotsunterlagen zukommt, ist anhand der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133 und 157 ff. BGB) zu ermitteln. Die Verdingungsunterlagen sind zwar selbst keine Angebote iSd §§ 145 ff. BGB, sie bilden die von den Bietern einzureichenden Angebote aber gleichsam spiegelbildlich ab. Deshalb und in Anbetracht der Ausschlussanktion müssen die Bieter diesen Unterlagen klar entnehmen können, welche Erklärungen (.....) von ihnen im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe verlangt werden. Bedürfen die Vergabeunterlagen der Auslegung, ist dafür der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises, maßgeblich, so BGH, Urteil vom 10.6.2008, X ZR 78/07; BGH, Urteil vom 3.4.2012, X ZR 130/10. Das Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung erlegt dem Auftraggeber aus Gründen der Gleichbehandlung im Wettbewerb und der Transparenz besondere Pflichten an die Deutlichkeit der Leistungsbeschreibung auf. Er muss die Leistungsbeschreibung so deutlich formulieren, dass kein vernünftiger Zweifel am Auslegungsergebnis besteht, dass sich also jedem Unternehmen geradezu aufdrängen



muss, wie die Leistungsbeschreibung zu verstehen ist (siehe *Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht*, 2016, Heft 4, S. 443 ff.).

Genügt der öffentliche Auftraggeber diesen Anforderungen nicht, so geht dies zu seinen Lasten.

b) Vor diesem Hintergrund war die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Fahrlinien nicht eindeutig genug. Dass die Bieter nur ein Fahrzeug pro Fahrlinie einsetzen sollen bzw. dürfen, ergibt sich weder aus der Bekanntmachung noch aus den Vergabeunterlagen. Weder nach der Leistungsbeschreibung noch nach dem beigefügten Mustervertrag war der Einsatz von mehreren Fahrzeugen auf einer Fahrlinie ausdrücklich ausgeschlossen. Auch eine konkrete Zahl der Fahrzeuge, die eingesetzt werden dürfen, ist nicht vorgegeben.

Der Ausschluss eines Bieters kann dann nicht darauf gestützt werden, dass dieser ein Angebot einreicht, dass aus objektiver Empfängersicht den Vorgaben des Auftraggebers genügt, mag dieser auch etwas anderes beabsichtigt haben. Der Auftraggeber muss sich vielmehr daran festhalten lassen, was der Bieter vernünftigerweise im Hinblick auf die Vorgaben in der Bekanntmachung bzw. der Leistungsbeschreibung verstehen durfte. Auch ein weiterer Bieter hat die Leistungsbeschreibung wie der Antragsteller ausgelegt und ein entsprechendes Angebot vorgelegt. Daraus lässt sich ebenfalls schlussfolgern, dass die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der "Fahrlinien" doch nicht so eindeutig war.

Im Ergebnis war die Bildung von Unterfahrlinien durch die Leistungsbeschreibung nicht definitiv ausgeschlossen, so dass der Ausschluss der Angebote des Antragstellers mit dieser Begründung vergaberechtswidrig war.

4.1.2 Der Ausschluss des Antragstellers gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A mangels Nachweises der in der Bekanntmachung geforderten Betriebshaftpflichtversicherung war ebenfalls nicht gerechtfertigt.

Von den Unternehmen dürfen zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (Eignung) nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind, § 7 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A, wobei diese in der Bekanntmachung genannt sein müssen, § 7 EG Abs. 5 S. 1 VOL/A. Ausgeschlossen werden Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten, § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A.

a) Der Antragsgegner forderte in der Bekanntmachung eine Bestätigung über den Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme je Schadensfall für Personen- und Sachschäden von mindestens 1 Mio. €. Der Antragsteller reichte mit seinem Angebot eine Versicherungsbestätigung ein, die eine Versicherungssumme in Höhe von xxxxxx. € pro Schadensfall ausweist, wobei dieser Betrag 3-fach maximiert wird. Damit würde pro Einzelschadensfall eine Versicherungssumme in Höhe von xxxMio. € gezahlt (xxxxxxx x 3) und aufgrund der Excedenten Haftpflichtversicherung steht ein Betrag von xxxMio. € pro Schadensfall zur Verfügung, der 2-fach maximiert ist. Insgesamt würde somit Versicherungsschutz bis zu xxxxxo. € bestehen.



b) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist die Versicherung des Antragstellers nicht auf drei Fälle je Versicherungsjahr begrenzt. Zudem ergibt sich aus der Bekanntmachung lediglich eine Mindestdeckungssumme pro Schadensfall, und zwar 1 Mio. € für Personen- und Sachschäden. Ausweislich der Betriebshaftpflichtversicherung des Antragstellers würde pro Schadensfall sogar eine Summe von xx Mio. € zur Verfügung stehen.

Soweit der Antragsgegner meint, dass eine Betriebshaftpflichtversicherung ohne eine Maximierung, also einem jährlichen Höchstentschädigungsbetrag, gefordert war, muss er sich entgegen halten lassen, dass dies aus der Bekanntmachung nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hervorgeht. Ausweislich der Bekanntmachung ist das nicht ausdrücklich gefordert worden. Etwaige Zweifel hinsichtlich der Vergabeunterlagen gehen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers, siehe BGH, Urteil vom 3.4.2012, X ZR 130/10.

Darüber hinaus ist es aber in der Versicherungsbranche auch nicht üblich, unbegrenzte Höchstentschädigungssummen zu garantieren. Eine solche Forderung seitens einer Vergabestelle würde somit als "unmögliche Leistung" einzustufen sein, was vergaberechtlich unzulässig ist, siehe dazu grundlegend BGH, Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06.

Im Ergebnis war der Ausschluss der Angebote des Antragstellers zu den Losen 1, 3 und 5 zumindest in Bezug auf die vorstehenden Beanstandungen vergaberechtlich nicht gerechtfertigt.

4.2 Die Aufhebung einer öffentlichen Ausschreibung steht aber in der alleinigen Verantwortung des öffentlichen Auftraggebers. Dieser kann - auch unabhängig von etwaigen Aufhebungsgründen - seine Ausschreibung aufheben oder auch teilaufheben und zurückversetzen.

Gemäß § 20 EG Abs. 1 VOL/A kann das Vergabeverfahren ganz oder bei der Vergabe von Losen auch teilweise aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Bewerbungsbedingungen entspricht.

Wie bereits ausgeführt, hätten zumindest die Angebote des Antragstellers bezuschlagt werden können.

4.2.1 Grundsätzlich kann aber ein Auftraggeber jederzeit seine Ausschreibung aufheben. Ausgehend von der Entscheidung des BGH, Beschluss vom 20.3.2014, X ZB 18/13, besteht im Bereich der Privatautonomie kein Kontrahierungszwang. Eine Vergabestelle kann somit grundsätzlich nicht gezwungen werden, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, und zwar unabhängig davon, ob ein Aufhebungsgrund nach § 20 EG VOL/A vorliegt oder nicht. Liegt eine rechtswidrige Aufhebung vor oder stammt der Aufhebungsgrund aus der Risikophäre des Auftraggebers, begründet dies Schadensersatzansprüche des Bieters, die sich in der Regel auf die Erstattung des negativen Interesses beschränken. Ein Anspruch auf Fortführung des Vergabeverfahrens (bzw. auf Erstattung des positiven Interesses) gibt es grundsätzlich nicht.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers differenziert der BGH in seiner Entscheidung auch nicht zwischen einer zivilrechtlichen und einer hoheitlichen Ebene.



Es ist im Vergaberecht ohne Belang, ob die Aufgabenerfüllung auf einer rein hoheitlichen Tätigkeit beruht, wie beispielsweise im Bereich des Rettungswesens, oder der öffentliche Auftraggeber Beschaffungen für den eigenen Bedarf, also zur Aufrechterhaltung der Verwaltungstätigkeit, macht. In beiden Fällen hat ein öffentlicher Auftraggeber die "Spielregeln" einzuhalten, die in den Gesetzen vorgegeben werden. Handelt der Staat rein hoheitlich, ergeben sich diese Vorgaben aus den Verwaltungsverfahrensgesetzen. Als Maßnahmen kommen dann der Erlass von Verwaltungsakten, die Vereinbarung öffentlicher Verträge oder Planfeststellungen in Betracht. Muss der öffentliche Auftraggeber aber Haushaltsmittel ausgeben, um unter Einbindung Dritter die notwendigen Leistungen zu erwerben, um damit wiederum seine Aufgaben erfüllen zu können, ist er an die Regeln des Vergaberechts gebunden und das ist zivilrechtlich ausgeprägt. Aufträge an Dritte sind - unabhängig davon, ob es öffentliche oder zivilrechtliche Verträge sind - nach den Vorgaben des GWB und den Vergabeverordnungen auszuschreiben.

Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.5.2007, 6 B 10/07, stand auch fest, dass für Vergaberechtsstreitigkeiten nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die Zivilgerichte bzw. die Vergabekammern zuständig sind. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts bewege sich der öffentliche Auftraggeber regelmäßig auf dem Boden des Privatrechts. In der Rolle als Nachfrager unterscheide sich die öffentliche Hand nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Die Vergabeentscheidung sei die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung, die die Rechtsnatur des beabsichtigten bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts teile. Die Vergabe öffentlicher Aufträge sei als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen.

Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung lässt sich somit eine Differenzierung - so wie vom Antragsteller vorgetragen - nicht herleiten.

4.2.2 Ausgehend von diesen Vorgaben konnte der Antragsgegner die Vergabe aufheben. Ob der öffentliche Auftraggeber noch weitere Aufhebungsgründe hat oder nicht, ist ohne Belang. Der Antragsgegner hat während des Nachprüfungsverfahrens noch darauf hingewiesen, dass die Angebote des Antragstellers zu den Losen 1 und 3 nicht wirtschaftlich gewesen seien. Allerdings ohne zu substantiieren, ob die Leistungsbeschreibungen, die als Grundlage für die Berechnung der Haushaltsmittel dienen, tatsächlich vergleichbar sind. Aber auch ein solcher Aufhebungsgrund würde in die Risikosphäre des öffentlichen Auftraggebers fallen.

Im Ergebnis müssen die Bieter eine Aufhebungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers hinnehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese vergaberechtlich begründet war oder nicht.

5. Der Antragsteller obsiegt mit dem Hilfsantrag. Denn er wird durch die Aufhebung der Vergabe in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt, weil sein ursprünglicher Nachprüfungsantrag zulässig und begründet war.

5.1 Der Fortsetzungsfeststellungsantrag des Antragstellers war statthaft, weil die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches besteht.



Voraussetzung für das Feststellungsinteresse ist die nicht ganz auszuschließende Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches des Bieters gegen die Vergabestelle für den Fall des konkreten Vergaberechtsverstoßes oder jedes nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Es soll letztlich sichergestellt werden, dass dem Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verloren gehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011, Verg 8/11 m.w.N.). Das Feststellungsinteresse liegt hier in der Möglichkeit, Schadensersatz geltend zu machen. Auch die Abwendung nachteiliger Auslagenerstattungen ist ein berechtigtes Interesse wirtschaftlicher Art, vgl. VK Westfalen, Beschluss vom 29.2.2016, VK 1 -5/16 m.w.N.

5.2 Dem Feststellungsantrag wird auch entsprochen, weil der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet war.

Wie bereits unter Ziffer 4.1 ausgeführt, war der Ausschluss der Angebote des Antragstellers zu den Losen 1, 3 und 5 vergaberechtlich nicht gerechtfertigt.

III.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 128 Abs. 1 GWB a. F.). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 128 Abs. 3 GWB a. F.). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 € und soll den Betrag von 50.000 € nicht überschreiten (§ 128 Abs. 2 GWB a. F.).

1. Bei der Höhe des Auftragswertes zur Bemessung der Gebühren für die Kammer sind Optionen in der Regel zu 50% zu berücksichtigen, so BGH, Beschluss vom 18.3.2014, X ZB 12/13. Demzufolge würde die zweimalige Verlängerungsmöglichkeit hier zur Hälfte anerkannt, so dass sich der Auftragswert für die Lose 1, 3 und 5 auf ca. 1,9 Mio. € beläuft. Die Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer beträgt somit unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxx €.

Der Antragsteller obsiegt mit dem Hilfsantrag, unterliegt aber mit seinem Antrag auf Rückgängigmachung der Aufhebungsentscheidung, so dass es gerechtfertigt ist, ihm die Hälfte der Verfahrensgebühren aufzuerlegen. Die andere Hälfte der Gebühren wird dem Antragsgegner auferlegt, der nicht gebührenbefreit ist.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB iVm § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG sind die Länder und deren juristische Personen des öffentlichen Rechts von den Gebühren befreit. Der Antragsgegner ist jedoch als eingetragener Verein eine juristische Person des Privatrechts. Es handelt sich auch nicht um ein Sondervermögen iSv § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG, da die Ersatzschulen nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind, vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.9.2009, Verg 20/09.

2. Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er gemäß § 128 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Vergaberechtlich



gesehen war die Ausschreibung durch die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens beendet. Da aber auch eine Aufhebungsentscheidung Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein kann, sind auch insoweit die außergerichtlichen Aufwendungen nach dem jeweiligen Obsiegen bzw. Unterliegen zu verteilen.

Der Antragsteller hat das von ihm primär verfolgte prozessuale Ziel, die Aufhebung rückgängig zu machen, zwar nicht erreicht. Aber die Entscheidung des Antragsgegners, die Angebote zu Los 1, 3 und 5 auszuschließen, war vergaberechtswidrig. Der Antragsteller obsiegt auch mit seinem Feststellungsantrag, weil der Vergaberechtsverstoß der Risikohäre des Antragsgegners zuzurechnen war. Insofern erscheint es interessengerecht, dem Antragsgegner die Kosten des Antragstellers für dessen zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch den Antragsteller war zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen auch notwendig, obwohl es sich um eine große Hilfsorganisation handelt. Denn es ging nicht nur um Fragen im Zusammenhang mit den Vorgaben aus den Vergabegesetzen, sondern hier kam es auch auf prozessuale Fragestellungen im Zusammenhang mit der Aufhebung eines Vergabeverfahrens an. Das wiederum stellt eine Besonderheit dar, die nicht ohne weiteres mit den Erfahrungen bei Durchführung von Vergabeverfahren gleichgesetzt werden kann.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der 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.