

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

Beschluss

1 Verg 5/06

25.01.2007

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

....

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 1. Vergabesenat, durch die Richter ...

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde (Vgk FB 3/06) vom 12. Juli 2006 abgeändert:

Es wird festgestellt, dass der am 10. Januar 2006 zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag nichtig ist.

Des weiteren wird festgestellt, dass eine rechtmäßige Vergabe des mit dem Vertrag vom 10. Januar 2006 erteilten Auftrages nur nach Durchführung eines Vergabeverfahrens nach Maßgabe des Vierten Teils des GWB und der VgV erfolgen kann.

Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens beider Instanzen einschließlich der der Antragstellerin entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt. Die Beigeladene hat ihre notwendigen Auslagen selbst zu tragen.

Der Beschwerdewert wird auf € 25.000,- festgesetzt.

Gründe:

Gegenstand der sofortigen Beschwerde ist der Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde- (Vgk FB 3/06) vom 12. Juli 2006 über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, mit dem sich diese gegen die Vergabe von Dienstleistungen ohne Durchführung eines den Regeln des Vierten Teils des GWB und der VgV entsprechenden Vergabeverfahrens wendet. Im Einzelnen liegt dem folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Antragstellerin ist Anbieterin von Organisationsdienstleistungen im Bereich "Konferenzen und Kongresse".

Die Antragsgegnerin betreibt die Planung und Durchführung von Kongressen und Konferenzen im ... (im Folgenden: C...) und auf dem Messegelände; gemäß § 2 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages hat sie bei ihrer Tätigkeit "die öffentlichen Interessen nach der Maßgabe des Senats zu berücksichtigen". Die Antragsgegnerin ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der ... (im Folgenden: H...). Die Geschäftsanteile der H... ihrerseits werden vollständig von der F... (im Folgenden: F...) gehalten. Gemäß § 6 Abs. 1 a) des Gesellschaftsvertrages der Antragsgegnerin werden 10 der 14 Aufsichtsratsmitglieder von der F... bestimmt.

Zwischen der Antragsgegnerin und der H... besteht seit dem Jahre 1990 ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Im Jahre 2003 hat die H... einen Verlust von ca. € 4 Millionen übernommen; im Jahr 2004 hat die Antragsgegnerin einen Gewinn von ca. € 4 Millionen an die H... abgeführt. Ab dem Jahr 2005 rechnet die Antragsgegnerin mit erheblichen Verlusten bis hin zu 2stelligen Millionenbeträgen insbesondere aufgrund umfangreicher Baumaßnahmen; entsprechend dieser Einschätzung ist im Jahr 2005 ein Verlust von ca. € 9 Millionen eingetreten.

Die Antragsgegnerin erbringt Dienstleistungen für die Veranstalter von Kongressen, Tagungen, Seminaren und ähnlichen Veranstaltungen, indem sie die Teilnehmerregistrierung, die Hotelreservierung sowie die Vortragsannahme und -verwaltung übernimmt. Diese Dienstleistungen lässt die Antragsgegnerin zwischenzeitlich von der Beigeladenen erbringen. Dem ist zunächst ein freihändiges Vergabeverfahren vorausgegangen, an dem 3 Anbieter, unter anderem die Beigeladene, beteiligt worden sind. Dieses Verfahren endete im Dezember 2003 mit einer Auftragsvergabe an die Beigeladene; dieser erste Vertrag war kündbar mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres, erstmals zum 30. Juni 2006. Im Herbst 2005 erhielt die Antragstellerin Hinweise darauf, dass zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ein Auftragsverhältnis bestand. Auf Nachfrage der Antragstellerin teilte die Antragsgegnerin Anfang November 2005 mit, dass die Beigeladene nach einer juristisch einwandfreien Ausschreibung das Recht bekommen habe, für das C... die oben beschriebenen Aufgaben zu übernehmen; des weiteren ging die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben auf die Möglichkeit einer Zusammenarbeit mit der Antragstellerin ein. Am 10. Januar 2006 schlossen die Antragsgegnerin und die Beigeladene einen neuen Vertrag über die genannten Leistungen mit zahlreichen Modifikationen insbesondere bezüglich der Vergütung und der Sonderabsprachen. Ein Vergabeverfahren fand zuvor nicht statt. Der Vertrag vom 10. Januar 2006 ist mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres kündbar, frühestens zum 31. Dezember 2007.

Nachdem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27. Januar 2006 eine Zusammenarbeit mit der Antragstellerin unter Hinweis auf die Vertragsbindung gegenüber der Beigeladenen abgelehnt hatte, forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13. März 2006 auf, das sog. Professional Congress Organizing unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze unverzüglich neu auszuschreiben. Da die Antragsgegnerin dies verweigerte, leitete die Antragstellerin Anfang Mai 2006 ein Nachprüfungsverfahren ein.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 5. Mai 2006 hat die Antragstellerin die Feststellung begehrt, dass sie in ihren Rechten verletzt sei (a), dass der Verzicht auf eine Ausschreibung des Auftrags "Hotelreservierung, Teilnehmerregistrierung, Vortragsannahme und -verwaltung sowie Organisation von Rahmenprogrammen" seitens der Antragsgegnerin rechtswidrig sei (b), dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ohne Vergabeverfahren abgeschlossene Vertrag nichtig sei (c) und dass eine rechtmäßige Vergabe des Auftrags nur nach Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen könne (d). Des Weiteren hat die Antragstellerin Einsichtsgewährung in die von der Vergabekammer beigezogenen Akten beantragt.

Ergänzend wird hinsichtlich des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten auf den Beschluss der Vergabekammer vom 12. Juli 2006 Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat die Nachprüfungsanträge als unzulässig zurückgewiesen und dies insbesondere damit begründet, dass die Antragsgegnerin nicht dem Vergaberecht unterliege, da sie nicht als öffentliche Auftraggeberin (§ 98 GWB) angesehen werden könne, denn die von ihr ausgeübte Tätigkeit sei keineswegs von nicht gewerblicher Art. Auf die Gründe des Beschlusses der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

Gegen den am 13. Juli 2006 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit einem bei Gericht am 27. Juli 2008 eingegangene Schriftsatz sofortige Beschwerde erhoben. Sie verfolgt ihr Nachprüfungsbegehren - unter Einbeziehung des ihr bei Beginn des Nachprüfungsverfahrens nicht bekannten zweiten Vertragsschlusses - weiter, wobei sie die bei der Vergabekammer gestellten Feststellungsanträge zu a) und b) und den Akteneinsichtsantrag in der mündlichen Verhandlung fallen gelassen hat. Die Antragsgegnerin macht insbesondere geltend, dass die Tätigkeit der Antragsgegnerin nicht gewerblicher Art sei und sie daher als öffentliche Auftraggeberin anzusehen sei.

Die Antragstellerin beantragt

festzustellen,

....

c) dass die zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ohne Vergabeverfahren abgeschlossenen Verträge vom 3. Dezember 2003 und 10. Januar 2006 nichtig sind;

d) dass eine rechtmäßige Vergabe der unter c) genannten Aufträge nur nach Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen kann.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beigeladene schließt sich dem Antrag der Antragsgegnerin an.

Die Antragsgegnerin steht weiterhin auf dem Standpunkt, dass sie gewerblich tätig sei; einer Nichtigkeit der Verträge stehe im Übrigen entgegen, dass die Verträge bereits abgeschlossen worden seien und eine Nichtigkeit analog § 13 S. 6 Vergabeverordnung nicht in Betracht käme.

Auf die von den Beteiligten gewechselten Schriftsätze wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde ist begründet, soweit sie den Vertrag vom 10. Januar 2006 betrifft, hinsichtlich des Vertrages vom 3. Dezember 2003 war die sofortige Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

1. Das Nachprüfungsverfahren ist gemäß § 102 GWB eröffnet. Die Antragsgegnerin ist als "öffentliche Auftraggeberin" anzusehen. Dafür ist nach den europäischen Vorgaben vorzusetzen, dass eine Einrichtung nur dann als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist, wenn sie zu dem besonderen Zweck" gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, Rechtspersönlichkeit besitzt und eng mit dem Staat, Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts verbunden ist (Art. 1 lit. b Unterabs. 2 der sog. Vergaberichtlinien: Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinierungsrichtlinien 93/37, 93/36 und 92/50 EWG; seit dem 1.2.2006 Art. 1 Abs. 9, 2. Unterabsatz der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge; Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge). Die in dieser Vorschrift genannten drei Tatbestandsmerkmale müssen gleichzeitig vorliegen (so die st. Rspr. des EuGH, z. B. in der Rs. Mannesmann/Strohal, EuZW 1998, 121, Rn. 21). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, da die Antragsgegnerin eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe (a) nichtgewerblicher Art (b) erfüllt und die Antragsgegnerin von der F... als Stelle im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB finanziert oder beherrscht wird (c).

a) In Rechtsprechung und Schrifttum ist es jedenfalls nach der Entscheidung des EuGH zur Mailänder Messe ("Ente fieria") unstreitig, dass die Abhaltung von Messen grundsätzlich allgemeinen Interessen zu dienen bestimmt ist, denn "indem der Ausrichter solcher Veranstaltungen Hersteller und Händler an einen Ort zusammenbringt, handelt er nicht nur im besonderen Interesse dieser Personengruppen, denen damit ein Ort zur Förderung des Absatzes ihrer Erzeugnisse und Waren zur Verfügung gestellt wird, sondern er verschafft auch den Verbrauchern, die die Veranstaltungen besuchen, Informationen, die es ihnen ermöglichen, ihre Wahl unter optimalen Bedingungen zu treffen. Der daraus resultierende Impuls für den Handel kann als im Allgemeininteresse liegend angesehen werden" (EuGH, NZBau 2001, 403ff). Dieser Wertung wird auch seitens der Antragsgegnerin nicht entgegen getreten.

b) Die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben der Antragsgegnerin sind auch nicht gewerblicher Art und erfüllen damit die in § 98 Nr. 2 GWB selbständig genannte weitere Voraussetzung für die Geltung des Vergaberechtsregimes. Mit den oben genannten Vergaberichtlinien, die mit § 98 Nr. 2 GWB in deutsches Recht umgesetzt wurden, soll die Gefahr einer Diskriminierung bei der Auftragsvergabe vermieden und verhindert werden, dass sich eine von der öffentlichen Hand kontrollierte Stelle dabei von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (EuGH NZBau 2003, 287 - Adolf Truley; ebenso EuGH NZBau 2003, 396 - Korhonen -).

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ergibt sich die Gewerblichkeit einer Aufgabe nicht schon daraus, dass sie auch von Privatunternehmen im Wettbewerb erfüllt werden kann. Das Bestehen von Wettbewerb allein schließt es nicht aus, dass sich eine von der öffentlichen Hand kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lässt und z. B. wirtschaftliche Einbußen in Kauf nimmt (EuGHE 1998 I, 6821, Rdn. 43 - Gemeinde Arnheim/BFI -). Ist jedoch die Einrichtung unter normalen Marktbedingungen tätig, verfolgt Gewinnerzielungsabsicht und trägt die mit seiner Tätigkeit verbundenen Verluste, dann "ist es wenig wahrscheinlich, dass sie Aufgaben erfüllen soll, die nichtgewerblicher Art sind" (EuGH NZBau 2003, 396, Rdn. 51 - Korhonen -). Entscheidend sind demgemäß die Voraussetzungen, unter denen die Antragsgegnerin ihre Tätigkeit ausübt. Dabei sind insbesondere die Intensität des Wettbewerbs, dem sich die Antragsgegnerin zu stellen hat, die Gewinnerzielungsabsicht, die Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen (EuGH NZBau 2003, 287 - Adolf Truley -; NZBau 2003, 396 - Korhonen-; NZBau 2004, 223 - SIEPSA-; KG Berlin NZBau 2006, 725 - Berliner Messegesellschaft -).

Die Ausrichtung von Messen, Ausstellungen und vergleichbaren Vorhaben ist, wie der EuGH (Ente Fiera) entschieden hat, eine wirtschaftliche Tätigkeit, die darin besteht, Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten; die Veranstalter betätigen sich dabei in einem wettbewerblich geprägten Umfeld, Dies gilt auch für die deutschen Messegesellschaften, bei denen ein tatsächlich bestehender Wettbewerb in Bezug auf die relevanten Dienstleistungen nicht von der Hand zu weisen ist; Standortwechsel bei Messen oder Zersplitterung von Messen sprechen dafür (vgl. hierzu Byok NVwZ 2006, 281 m.w.N.; so auch KG Berlin a.a.O.).

Bei der Antragsgegnerin als privater Kapitalgesellschaft ist auch von einer Gewinnerzielungsabsicht auszugehen. Eine "non profit"-Orientierung kann nicht allein aus dem Umstand geschlossen werden, dass die Antragsgegnerin gemäß § 2 Ziffer 4 ihres Gesellschaftsvertrages die öffentlichen Interessen nach der Maßgabe des Senats zu berücksichtigen hat. Im Übrigen ist die Antragsgegnerin nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vortrag an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien orientiert.

Trotz der vorgenannten Gesichtspunkte ist die Tätigkeit der Antragsgegnerin als nicht gewerblich einzuordnen, weil die Antragsgegnerin aufgrund der bestehenden Gewinnabführungs- und Verlustausgleichsvereinbarung das wirtschaftliche Risiko für ihre Tätigkeit nicht trägt und diesem wettbewerbsuntypischen Aspekt entscheidendes Gewicht zukommt.

Die Antragsgegnerin ist aufgrund des bestehenden Beherrschungsvertrages einem Insolvenzrisiko nicht ausgesetzt, da die ... verpflichtet ist, bei der Antragsgegnerin entstehende Verluste zu übernehmen. Ob und in welchem Umfang die H... in der Vergangenheit bereits Verluste übernehmen musste, ist unerheblich, da dem - wettbewerbstypischen - Ziel der Gewinnerzielung allein aufgrund der Verpflichtung der H... zur Übernahme von entstehenden Verlusten letztlich nur programmatische Bedeutung zukommt. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass bei der Verfehlung dieses Ziels die Konsequenz einer Insolvenz droht. Dies zeigt sich sehr deutlich bei den im Zusammenhang mit den Baumaßnahmen zur Erweiterung der Ausstellungsflächen über Jahre eingeplanten und im Jahre 2005 auch bereits "realisierten" erheblichen Verlusten in Höhe von ca. € 9 Millionen. Nach Auffassung des Senats kann die Antragsgegnerin nicht damit gehört werden, dass lediglich ein Verlustausgleich im Konzern erfolge, der Ergebnisabführungsvertrag aber nicht zum Ausgleich etwaiger Verluste durch die F... als "Muttergesellschaft" der H... führe. Denn die von der F... errichtete Holdingstruktur legt den Schluss nahe, dass insolvenzverhindernde Mechanismen zur Umgehung finanzieller Verluste auch im Verhältnis der F... zur H... vorgesehen sind. Es mag zwar sein, dass eine Verpflichtung der F... als einziger Gesellschafterin der H... zur Abwendung der Insolvenz nicht im Gesellschaftsvertrag

vorgesehen ist, gleichwohl wird die F... die H... aufgrund übergeordneter wirtschaftlicher Interessen an deren Erhalt nicht einfach in die Insolvenz gehen lassen. Das Interesse der F... an einem Erhalt des Messestandorts ... zeigt sich auch sehr deutlich an dem Umstand, dass die Kreditaufnahme der Antragsgegnerin für ihre baulichen Erweiterungsmaßnahmen in den Jahren 2005 und 2006 durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft der F... in Höhe von € 20 Millionen abgesichert worden ist.

Die vergaberechtliche Konsequenz des Nichtvorliegens eines echten Insolvenzrisikos ist, die Tätigkeit der Antragsgegnerin als nicht gewerblich einzustufen, denn es besteht die Möglichkeit, dass die Antragsgegnerin sich in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages von anderen als rein wirtschaftlichen Erwägungen leiten lässt. Es besteht auch keine Veranlassung, den EuGH im Wege der Vorabentscheidung mit der Frage der Nichtgewerblichkeit zu befassen. Der EuGH hat die Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe gewerblicher oder nicht gewerblicher Art ist, in mehreren Entscheidungen herausgearbeitet (siehe EuGH NZBau 2003, 287 - Adolf Truley -; NZBau 2003, 396 - Korhonen-; NZBau 2004, 223 - SIEPSA -) und gibt es regelmäßig den nationalen Gerichten auf, unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, unter anderem der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu beurteilen, ob eine derartige Aufgabe vorliegt. Der Senat kann deshalb das nationale Recht dahin anwenden, dass allein der Umstand, dass die Antragsgegnerin ihre Dienstleistungen zwar, wie ausgeführt, marktmäßig anbietet und in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig wird, in Anbetracht des Nichtvorliegens eines echten Insolvenzrisikos nicht zur Verneinung der Nichtgewerblichkeit ausreicht (so im Ergebnis auch KG Berlin a.a.O.; Byok a.a.O.).

c) Die Antragsgegnerin wird von der F... als Stelle im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB beherrscht. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kommt es auf die öffentliche Auftraggeberschaft der H... nicht an, denn die Antragsgegnerin wird durch die F... selbst beherrscht. Es liegt nämlich eine Beherrschung in Form einer Aufsicht über die Leitung vor (§ 98 Nr. 2 S. 1 Var. 1 GWB), da 10 der 14 Aufsichtsratsmitglieder der Antragsgegnerin unmittelbar von der F... bestimmt werden (§ 6 Abs. 1 a des Gesellschaftsvertrages).

2. Trotz der Bejahung der öffentlichen Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin kann die Vergabekammer nicht mehr in zulässiger Weise angerufen werden, wenn zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem ausgewählten Auftragnehmer ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, an dessen Abschluss auch die Antragstellerin ein Interesse zu haben behauptet. Denn ab dem Zeitpunkt eines wirksamen Vertragsschlusses können Vergaberechtsverstöße nicht mehr beseitigt werden (BGHZ 146, 202). Diese Folge tritt unabhängig davon ein, ob die Einigung unter Beachtung der Vorgaben des § 97 Abs. 1 GWB oder sonst wie zustande gekommen ist, weshalb nach einem wirksamen Vertragsschluss ein Nachprüfungsantrag auch dann unzulässig ist, wenn der Mängel eines geregelten Vergabeverfahrens gerügt wird (BGH, NZBau 2005, 290). So liegt es hier: Sowohl der Vertrag vom 3. Dezember 2003 als auch der Vertrag vom 10. Januar 2006 waren bereits geschlossen, bevor der Antragstellerin den Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer am 5. Mai 2006 stellte. Allerdings tritt die Konsequenz der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages nur dann ein, wenn der Vertrag nicht unwirksam ist. Dies ist hinsichtlich der beiden hier vorliegenden Verträge unterschiedlich zu beurteilen.

a) Der Vertrag vom 3. Dezember 2003 ist nicht unwirksam. Insbesondere ist der Vertrag nicht gemäß § 13 Satz 6 VgV nichtig. Denn da die Antragstellerin bei dem ersten Vertrag weder als Bieterin noch als Interessentin aufgetreten ist, kann ihr gegenüber schon keine Informationspflichtverletzung erfolgt sein. Auch eine Nichtigkeit gemäß § 134 BGB scheidet aus, denn Vergaberechtsverstöße führen nach zutreffender Ansicht nicht zur Nichtigkeit, es sei denn, diese Sanktion ist wie in § 13 Satz 6 VgV ausdrücklich angeordnet (so schon tendenziell BGH, NZBau 2001, 154; OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 113). Der Vertrag ist

auch nicht nach § 138 BGB nichtig. Eine Nichtigkeit nach dieser Vorschrift setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts gehandelt und überdies kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammengewirkt hat (vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 216). Eine solche Fallkonstellation ist hier schon deshalb nicht ersichtlich, weil die Antragsgegnerin schon aufgrund des Urteils des EuGH zur Mailänder Messe davon ausgehen durfte, sie sei keine öffentliche Auftraggeberin. Mangels Unwirksamkeit des Vertrages vom 3. Dezember 2003 ist die insoweit erhobene Beschwerde unbegründet.

b) Hingegen ist der Vertrag vom 10. Januar 2006 nichtig (§ 13 S. 6 VgV). Zwar hat die Antragsgegnerin bei dem Abschluss des neuen Vertrages überhaupt kein Vergabeverfahren durchgeführt, aber auch bei sog. de-facto-Vergaben kommt ein (analoges) Eingreifen des § 13 VgV in Betracht. Ein analoges Eingreifen dieser Vorschrift ist dann gegeben, wenn die Beschaffung der Dienstleistung immerhin zur Beteiligung mehrerer Unternehmen geführt hat. Es muss also neben demjenigen, der den Auftrag erhalten hat, zumindest ein weiterer Interessent in Erscheinung getreten sein (BGH, NZBau 2005, 290; OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 113 und 2005, 535; KG, NZBau 2005, 538; OLG München VergabeR 2005, 620). § 13 VgV gebietet dem Auftraggeber grundsätzlich unabhängig von einem durchgeführten Vergabeverfahren, unterlegene Bieter oder interessierte Mitbewerber davon zu unterrichten, dass einem Mitbewerber der Zuschlag erteilt werden soll. Auch die Wartepflicht ist unabhängig von der beschrittenen Vergabeart einzuhalten. Hiervon ausgehend entstehen für den öffentlichen Auftraggeber dann die Informationspflichten des § 13 VgV, wenn zu einem bestimmten Beschaffungsvorhaben mehrere Angebote bekannter Bieter eingegangen sind oder in Bezug auf eine bestimmte Beschaffung - nicht notwendig durch Einreichen eines Angebots - mehrere Unternehmen dem Auftraggeber gegenüber ein Interesse am Auftrag angezeigt oder sich um eine Auftragserteilung beworben haben. Unbeachtlich ist lediglich das potentielle Interesse eines Unternehmens an einer Auftragserteilung, das dem Auftraggeber gegenüber nicht hervorgetreten ist. Darauf, ob - isoliert betrachtet - der Auftraggeber mit mehreren Bietern oder Bewerbern oder nur mit einem einzigen Bieter tatsächlich verhandelt hat, kommt es nicht an. Ebenso wenig ist entscheidend, ob der Auftraggeber einem am Auftrag interessierten Unternehmen formal eine Bieter- oder Bewerbereigenschaft eingeräumt hat. Hat ein Unternehmen ein Interesse an einer Auftragserteilung bekundet, hat der Auftraggeber den dadurch gegebenen Bieterstatus im weiteren Verfahren in der Regel zu beachten (OLG Düsseldorf NZBau 2005, 535 m.w.N.; OLG München VergabeR 2005, 620). So liegt der Fall hier, da die Antragstellerin vor dem Abschluss des 2. Vertrages ihr Interesse an einer Auftragserteilung hinreichend deutlich bekundet hat, so dass die Antragsgegnerin erkennen musste, dass sie gegenüber der Antragstellerin eine Informationspflicht hatte. Angesichts der Intervention der Antragstellerin bereits seit dem Herbst 2005 (vgl. etwa das Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.11.2005) musste der Antragsgegnerin das Bieterinteresse der Antragstellerin deutlich geworden sein, so dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin über den bevorstehenden neuen Vertragsabschluss hätte informieren müssen. Soweit die Antragsgegnerin geltend macht, der Vertragsabschluss im Januar 2006 habe überhaupt keine neue - ausschreibungspflichtige - Vergabe dargestellt, kann dem nicht gefolgt werden. Ein solcher Fall wäre nämlich nur dann gegeben, wenn die Neufassung in dem alten Vertrag vom 3. Dezember 2006 angelegt gewesen wäre (vgl. Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Auflage 2003, § 99 Rdn. 55ff). Dem ist jedoch nicht so, da der Vertrag vom 10. Januar 2006 wesentliche Änderungen enthält. So haben die Vertragsparteien geänderte Leistungsentgelte vereinbart und jedenfalls teilweise die Leistungsbeschreibungen verändert. Des Weiteren weichen die in dem Vertrag vom 10. Januar 2006 getroffenen "Sonderabsprachen" ganz erheblich von denen des 1. Vertrages ab. Schließlich sind die Vertragsparteien seinerzeit selbst von einem "neuen" Vertrag ausgegangen, da sie in § 13 Nr. 5 des Vertrages vom 10. Januar 2006 vereinbart haben, dass das "bisherige Vertragsverhältnis durch diesen Vertrag ersetzt wird".

3. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages steht auch kein Verstoß gegen § 107 Abs. 3 GWB entgegen. Denn angesichts des Umstandes, dass der Neuvergabe vom 10. Januar

2006 überhaupt kein Vergabeverfahren vorangegangen ist, kommt ein Verstoß gegen diese Norm nicht in Betracht.

4. Der hinsichtlich des Vertrages vom 10. Januar 2006 zulässige Nachprüfungsantrag ist auch begründet, da der Vertrag vom 10. Januar 2006 analog § 13 S. 6 VgV nichtig ist (s.o. 2.b) und die Antragsgegnerin im Falle einer Neuvergabe verpflichtet ist, die Vergabevorschriften des Vierten Teils des GWB und der VgV zu beachten.

5. Der sofortigen Beschwerde war daher hinsichtlich des Vertrages vom 10. Januar 2006 stattzugeben. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2, 101 Abs. 1 analog. Die Antragstellerin hat ihr mit dem Nachprüfungsverfahren verfolgtes wirtschaftliches Ziel erreicht. Sie hatte zwar in der mündlichen Verhandlung die Anträge zu 2.a) und b) und den Akteneinsichtsantrag nicht aufrechterhalten und ist mit ihren Anträgen bezüglich des Vertrages vom 3. Dezember 2003 unterlegen. Insoweit erscheint dem Senat bei wertender Betrachtungsweise aber nur ein verhältnismäßig geringfügiges Unterliegen vorzuliegen.

Der Gegenstandswert für die Beschwerde beträgt nach § 50 Abs. 2 GKG 5% der Bruttoauftragssumme, mithin € 25.000,-