

**Leitsatz**

Die Entscheidung eines Auftraggebers, im Zusammenhang mit der Beförderung von Wahlsendungen die erforderlichen Teilleistungen „Beförderung und Zustellung von Wahlbenachrichtigungen, Briefwahlunterlagen und Wahlbriefen“ nicht in Lose aufzuteilen, sondern als einheitliche Leistung im Wettbewerb zu unterstellen, ist im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der Durchführung von Wahlen und zur Vermeidung möglicher Wahlanfechtungsgründe nicht ermessensfehlerhaft. Kann die Gesamtleistung zurzeit nur durch einen Bewerber/Bieter erbracht werden, weil nur dieser die für die Rücksendung der Wahlbriefe erforderliche bundesweite Einlieferungsmöglichkeit bereitzustellen in der Lage ist, verstößt dies auch des drei nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte: DAMM & MANN Anwaltssozietät  
RA Dr. Thomas Brach  
Ballindamm 1, 20095 Hamburg

gegen

**- Antragsgegner und Vergabestelle -**

Verfahrensbevollmächtigte: blauertz rechtsanwälte  
RA' in Ursula Blauertz  
Eschersheimer Landstraße 61-63, 60322 Frankfurt/Main

Wegen

Rahmenvereinbarung Postdienste bei Wahlen und Abstimmungen (Nichtoffenes  
Verfahren nach VOL/A/2)

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, den hauptamtlichen Beisitzer Pöhlker und die ehrenamtliche Beisitzerin RA' in Trutzel auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 2009 am 19. Februar 2009 beschlossen:

1. Der Antrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf 3200,00 Euro festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war notwendig.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner hat unter Hinweis auf die Dienstleistungskategorie Nr. 27 und die CPV - Nr. 64112000-4 im Wege eines Nichtoffenen Verfahrens den Versand von Wahlsendungen bei Landtagswahlen, Volksabstimmungen, Volksentscheiden, Bundestags- und Europawahlen im Bundesland Hessen mit einem voraussichtlichen Volumen in Höhe von 2.256.000 Euro für einen Zeitraum von 60 Monaten europaweit bekannt gemacht.

Die Abwicklung der beabsichtigten Leistung ist in Ziffer II.2 der Bekanntmachung in 3 Module aufgegliedert:

*Modul 1: Beförderung und Zustellung der Benachrichtigungen von ca. 4,4 Mio. Wahl- bzw. Stimmberechtigten über die Eintragung in das Wählerverzeichnis (Walbenachrichtigungen).*

*Modul 2: Beförderung und Zustellung der Briefwahlunterlagen von 426 hessischen Kommunen (Ort der Dienstleistung) ein Wahl- und Stimmberechtigte im In- und Ausland.*

*Das Volumen ist abhängig von der Nachfrage, es lag bei der Landtagswahl 2008 bei ca. 197.000 Sendungen.*

*Modul 3: Bereitstellung bundesweiter Einlieferungsmöglichkeiten für Wahlbriefe, sowie Beförderung und Zustellung der von Wahl- und Stimmberechtigten abgegebenen Wahlbriefe bei Landtagswahlen, Volksabstimmungen und Volksentscheiden an die 426 hessischen Kommunen. Das Volumen ist abhängig von dem Briefwahlaufkommen und der Wahl des Versandweges durch die Briefträger; es lag bei der Landtagswahl 2008 bei circa 163.000 Sendungen.*

*Wahlsendungen fallen bei denen vor Ablauf der jeweiligen Wahlperiode stattfindenden Parlamentswahlen regelmäßig an sowie bei Volksabstimmungen und Volksentscheiden, die nicht regelmäßig, sondern nur in Folge nicht vorhersehbarer entsprechender Initiativen durchzuführen sind; dies gilt auch für vorgezogene Neuwahlen auf Bundes- und Landesebene. Die Leistungen werden daher anlassbezogen abgerufen. Besonderheiten ergeben sich dadurch, dass wahlspezifisch nur Bedarf für einzelne der drei Module bestehen kann und dass die genannten Parlamentswahlen und Abstimmungen sowohl untereinander als auch mit Wahlen und Abstimmungen auf kommunaler Ebene gebündelt werden können. Zudem müssen für die Zustellung der Wahlbenachrichtigungen gesetzliche Fristen beachtet werden.*

*Gegenstand des Vertrages sind ebenfalls die im Zusammenhang mit den anfallenden Postdienstleistungen stehenden Tätigkeiten für den Rücklauf von nicht zustellbaren Sendungen sowie Pflichten, die sich aus den hohen Anforderungen des Wahlrechts hinsichtlich Sorgfalt, Zuverlässigkeit und Termintreue an die Behandlung von Wahlsendungen ergeben. Während eines laufenden Wahl- oder Abstimmungsverfahrens muss werktäglich zudem eine zentrale Anlauf- und Koordinierungsinstanz für den Landeswahlleiter in Hessen, für die Kreiswahlleiter und die Kommunen erreichbar sein, die Störungen zeitnah aufklären und abstellen kann.*

Eine Aufteilung in Lose hat der Antragsgegner nach Ziffer II.1.8 der Bekanntmachung ausgeschlossen.

Zum Nachweis der Technischen Leistungsfähigkeit wird in Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung u. a. gefordert:

- Eine Liste der wesentlichen in den letzten Jahren erbrachten Leistungen (Referenzen) mit folgenden Angaben: Art der Leistung (vergleichbar mit den Leistungen, die Gegenstand dieses Vergabeverfahren sind) und Mängel (vergleichbar mit den Mängeln, die Gegenstand dieses Vergabeverfahren sind),
- ein Zertifikat nach DIN ISO 9001 bzw. gleichwertige Zertifizierung und
- die Darstellung der landesweiten Zustellungskompetenz (Sicherstellung der Abwicklung ihm zur Verfügung stehenden Zeitrahmen), unter Ziffer VI.3 konkretisiert im Sinne der Darstellung der flächendeckenden, bundesweiten Einlieferungsmöglichkeiten gemäß den Qualitätsmerkmalen des Universaldienstes im Bereich der Briefdienstleistungen nach § 2 Nr. 1 und 2 der Post-Universaldienstleistungsverordnung.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 08.12.2008 gegenüber dem Antragsgegner im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung – soweit streitrelevant – gerügt, dass

- der Auftrag ihm Nichtoffenen Verfahren anstelle des Offenen Verfahrens vergeben werden solle,
- ein Grund für eine ausnahmsweise zulässige Laufzeit des Vertrages von mehr als vier Jahren nicht gegeben sei,
- eine losweise Vergabe der Module nicht vorgesehen sei und dies zu einer Präferenzierung xxx führe, da nur diese die gemäß Modul 3 vorausgesetzte bundesweiter Einlieferungsmöglichkeit für Wahlbriefe erfüllen könne und aus diesem Grunde keine Ausschreibung bekannt gemacht worden sei, sondern die Voraussetzungen dafür geschaffen worden seien, dass nur die xxx den Auftrag erhalten könne,
- eine Zertifizierung nach DIN ISO 90001 oder ein vergleichbares Zertifikat vorzulegen, ohne dass dafür eine Notwendigkeit ersichtlich sei und dies einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darstelle,
- es im Hinblick auf Ziffer III.2.3 unklar und intransparent sei, was mit „bundesweiter Zustellkompetenz“ gemeint und was die Referenzgröße für die Wesentlichkeit der nachzuweisenden erbrachten Leistungen (Referenzen) sei.

Der Antragsgegner hat mit Schriftsatz vom 12.12.2008 gegenüber der Antragstellerin dazu Stellung genommen:

Soweit die Verfahrensart gerügt werde, weist sie darauf hin, dass die streitgegenständliche Leistung der Kategorie des Anhangs I B der VOL/A (Abschnitt 2) unterfalle und insoweit lediglich § 3 Nr. 3 VOL/A (Abschnitt 2) gelte. Aufgrund der Formstrenge des Wahlrechts und der daraus resultierenden Notwendigkeit der außergewöhnlichen Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des potentiellen Auftragnehmers sei die Wahl eines Verfahrens nach § 3 Nr. 3 VOL/A (Abschnitt 2) gerechtfertigt.

Die vorgesehene Laufzeit sei durch das hohe Maß an Kontinuität in der Organisation bedingt und schließe wechselnde Vertragspartner von Wahl zu Wahl aus; außerdem sei § 3a VOL/A (Abschnitt 2) nicht anwendbar.

Soweit beanstandet werde, dass keine Losbildung erfolgt sei, habe die Antragstellerin bereits nicht dargetan, dass sie ein mittelständisches Unternehmen sein. Weiter führt der Antragsgegner dazu aus:

*Die Verknüpfung der drei Module dient vorrangig dem Ziel, den 426 hessischen Kommunen hinsichtlich der wahlrechtlich benötigten Postdienstleistungen einen „Alles-aus-einer-Hand-Dienst“ bereitzustellen, um so ein standardisiertes und damit einfaches und sicheres Verfahren zu ermöglichen: Sowohl bei der Zustellung der Wahlbenachrichtigungen als auch der Briefwahlunterlagen geht es um die Umsetzung vergleichbarer wahlrechtlicher Aufträge; dafür wird bestmöglich ein fachkundiges, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen benötigt, das flächendeckend über entsprechende Erfahrungen und Ressourcen verfügt, die auch kurzfristig und zu ungünstigen Zeiten - wie etwa aktuell in der Vorweihnachts- und Ferienzeit - mobilisiert und eingesetzt werden können. Bei den in Rede stehenden Aufgaben handele es sich aufgrund der wahlrechtlichen Vorgaben um Fixgeschäfte, die zu einem bestimmten Termin in einem bestimmten Sinne zuverlässig abgewickelt werden müssen. Gelingt dies nicht, liegen Wahlfehler vor, die bei einer Ergebnisrelevanz zur Ungültigkeit und damit einer Wiederholung der Wahl führen können. Diesem Risiko kann mit zivilrechtlichen Instrumenten für die Bewältigung von Leistungsstörungen nicht zweckentsprechend begegnet werden.*

*Eine einheitliche Auftragsvergabe bewirkt bei dem Auftragnehmer nach den bisherigen Erfahrungen betriebsintern die Mobilisierung hoher Standards, die bei einer nur*

*partiellen Beauftragung nicht zu erreichen wären, und für die Qualität der wahlrechtlichen Aufgabenerledigung unabdingbar ist.*

*Schließlich erlaubt die Zusammenfassung der Module eine beträchtlich vereinfachte Rechnungsstellung, die die Kommunen von jeglicher Vorleistung an den Partner befreit. Damit geht einher, dass die gesamten Postdienstleistungen nicht in das Wahl gesetzliche Verfahren der Kostenerstattung (vgl. § 50 BWG, § 47 LWG) einbezogen werden müssen.*  
Im Hinblick auf die Behauptung der Intransparenz der „bundesweiten Zustellkompetenz“ hat die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin erläutert und ausgeführt:

*Die „bundesweite Zustellkompetenz“ bezieht sich auf die Teile der Leistung, bei welcher diese Kompetenz zur Erfüllung der Leistung auch erforderlich ist. Dies betrifft das Modul 2, da hier die Briefwahlunterlagen von den 426 hessischen Gemeindebehörden bundesweit zu den Wahlberechtigten zugestellt werden müssen und auch deren Rücklauf von den Wahlberechtigten zu den Gemeindebehörden (Modul 3). Dabei muss auch sichergestellt sein, dass die Leistung in dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen erbracht werden kann, d.h. von den für die jeweilige Wahl gesetzlich bestimmten frühesten Zeitpunkt für die Ausgabe von Wahlscheinen bis zu den Wahlbriefen, die bis zum Wahltag an die Gemeindebehörden zugestellt werden können.*

Im Hinblick auf die Behauptung der Intransparenz der Referenzen hat die Antragsgegnerin erklärt, dass dadurch nachgewiesen werden sollte, dass der Bewerber vergleichbare Leistungen, also bei Leistungen, die Gegenstand der Module 1 bzw. 2 seien und sowohl qualitativ als auch quantitativ dem zu vergebenden Auftrag ähnlich seien, bereits erfolgreich erbracht habe und damit eine Gewähr dafür geboten werde, auch den zu vergebenden Auftrag zufrieden stellend zu erledigen.

Mit Schriftsatz vom 05.01.2009 hat die Antragstellerin die Teilnahme am Verfahren beantragt.

Die mit dem Teilnahmeantrag durch die Antragstellerin vorgelegten 3 Referenzen betreffen Postdienstleistungen von 1.000.000, 100.000 und 150.000 Stück Briefmengen pro Jahr sowie ca. 52,5 Millionen Stück Briefmengen pro Jahr für die xxx. Der Jahresumsatz wird für das Jahr 2007 mit 47,2 Millionen Euro angegeben.

Die Antragstellerin hat darauf hingewiesen, dass sie weder über ein Zertifikat nach DIN ISO 9001 noch über ein vergleichbares Zertifikat verfüge. Auch sei ihr eine Bereitstellung bundesweiter Einlieferungsmöglichkeiten - wie im gemäß Modul 3 gefordert - nicht möglich.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin in ihrem Teilnahmeantrag erklärt, dass in Hessen die ausgeschriebene Postdienstleistung durch die eigene regionale Niederlassung in Frankfurt/Main ausgeführt werden solle. Derzeit ständen in der Niederlassung 362 Arbeitnehmer beziehungsweise Arbeitnehmerinnen unter Vertrag, von denen 220 im Zustelldienst tätig seien. Insgesamt verfüge die xxx insgesamt bundesweit über rund 4000 Beschäftigte. Zur Abdeckung eventueller Sendungsspitzen, bei Krankheit- oder Urlaubszeiten, könne kurzfristig auf zusätzliches Personal zurückgegriffen werden. Das Zustellgebiet umfasse im Wesentlichen Ballungszentren in Hessen und werde kontinuierlich erweitert. Briefsendungen, die für Briefempfänger außerhalb dieses regionalen Zustellung Gebietes bestimmt seien, würden der xxx als Nachunternehmerin zur Zustellung übergeben.

Mit Schriftsatz vom 09.01.2009 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie - die Antragstellerin - die gemäß Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung verlangte Darstellung der flächendeckenden, bundesweiten Einlieferungsmöglichkeiten nicht vorgelegt, sondern im Gegenteil erklärt habe, dass ihr die Bereitstellung bundesweiter Einlieferungsmöglichkeiten nicht möglich sei, so dass der Teilnahmeantrag deshalb zwingend auszuschließen sei. Im Übrigen hätten sich Anhaltspunkte ergeben, die Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin für die hier zu vergebenden Postdienstleistungen begründeten. Eine nähere Befassung damit sei allerdings obsolet, da der Teilnahmeantrag bereits wegen Nichterfüllung der zuvor beschriebenen Mindestanforderung auszuschließen gewesen sei.

Mit Schriftsatz vom 14.01.2009 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Hessen gestellt.

Sie bezieht sich auf den Inhalt ihres Rügeschreibens vom 08.12.2008 und führt ergänzend aus:

*Durch die Verknüpfung des Moduls 3, das zudem nur ca. 163.000 Sendungen betrifft, mit den Modulen 1 und 2, die auch von anderen Dienstleistern - einschließlich der*

*Antragstellerin - gewährleistet werden können, wird der gesamte Auftrag zu Gunsten der xxx monopolisiert. Nach § 97 Abs. 3 GWB sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Aufteilung in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Das ist hier ohne sachlichen Grund nicht geschehen. Die Dienstleistungen, die in verschiedenen Modulen erbracht werden sollen, sind - wie bei anderen Ausschreibungen von Postdienstleistungen auch - einer Verteilung auf mehrere Lose ohne weiteres zugänglich. Mit dem im Schreiben der Antragsgegnerin vom 12.12.2008 zum Ausdruck gebrachten Ziel, den 426 hessischen Kommunen einen „Alles- aus- einer- Hand- Dienst“ bereitzustellen, um so ein standardisiertes und damit einfacheres und sicheres Verfahren zu ermöglichen, lässt sich vor diesem Hintergrund eine Nichteinteilung des Auftrags in Lose nicht begründen.*

Wäre eine Aufteilung in Lose erfolgt, hätte sie - die Antragstellerin - gleiche Chancen auf einen Zuschlag für die Module 1 und 2 wie die xxx. Da die xxx auch nicht bereit sei, die Einlieferungsleistungen für sie - die Antragstellerin - zu erbringen, werde ihr durch die diskriminierende Verknüpfung des Moduls 3 mit den Modulen 1 und 2 die Auftragserrlangung verwehrt. Gemäß § 5 Nr. 1 VOL/A (Abschnitt 2) habe die Antragsgegnerin, wenn dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig sei, die Leistung nach Menge und Art in Lose zu zerlegen. Von einer Losaufteilung würde nur dann abgesehen werden können, wenn überwiegende Gründe für eine Gesamtvergabe sprächen. Im vorliegenden Fall sei eine Losaufteilung aber zweckmäßig. Die Leistungsanforderungen der Module 1 und 2 seien gänzlich unabhängig von denen des Moduls 3. Die Argumentation des Antragsgegners laufe ausschließlich darauf hinaus, dass es für sie komfortabler sei, wenn ein einziger Dienstleister alle Leistungen erbringe. Diese Argumentation gehe aber fehl, weil das Gesetz grundsätzlich die Auftragserteilung in Losen vorschreibe. Außerdem offenbare der Antragsgegner mit seiner Argumentation, dass von vornherein nur die xxx für die Auftragserteilung in Betracht komme. Gemäß § 97 Abs. 2 GWB sei es aber unzulässig, eine Ausschreibung so zu gestalten, dass von vornherein nur ein Dienstleister als Auftragnehmer den Zuschlag erhalten könne.

Die Antragstellerin ist - entgegen der Ansicht des Antragsgegners - der Ansicht, vor Stellung des Nachprüfungsverfahrens habe es keiner erneuten Rüge bedurft. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen Fehler des Vergabeverfahrens, die bereits vor Einreichung des Antrages gerügt worden seien. Insbesondere sei er darauf gestützt,



dass die Antragsgegnerin dadurch gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 97 Abs. 2 GWB verstoßen habe, dass sie den Auftrag nicht in mehrere Lose aufgeteilt und diesen zu Gunsten der xxx monopolisiert habe. Da außer Frage stünde, dass der Antragsgegner einer solchen Rüge nicht abgeholfen hätte, wäre eine erneute Rüge reine Förmerei gewesen.

Die **Antragstellerin** beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren aufzuheben,
2. hilfsweise: die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Antragstellerin unverzüglich wieder am Vergabeverfahren zu beteiligen;
3. hilfshilfsweise: die Antragsgegnerin zu verpflichten, unverzüglich über eine weitere Beteiligung der Antragstellerin am Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu entscheiden und
4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der **Antragsgegner** beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die notwendige Beiziehung der Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners aufzuerlegen.

Er ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei bereits wegen fehlender unverzüglicher Rüge unzulässig. Darüber hinaus sei der Teilnahmeantrag wegen des fehlenden Nachweises und der fehlenden Möglichkeit der Erbringung einer flächendeckenden bundesweiten Einlieferungsmöglichkeit zwingend auszuschließen. Unbeschadet dessen sei ein Ausschluss erforderlich, weil das Zustellgebiet der Antragstellerin für das Land xxx nur einen geringen Teil des Gebietes umfasse und sich nach eigenen Angaben auf „wesentliche Ballungsgebiete“ beschränke; außerdem stünden lediglich 362 Arbeitnehmer zur Verfügung und davon nur 220 im Zustelldienst, so dass ein wesentlicher Teil der Leistungserbringung des Moduls 1 durch Nachunternehmer erbracht werden müsste. Dies bedeute ein für die Wahlorganisation nicht kalkulierbares Risiko. Da das Geschäftskonzept auf der Abholung der Ausgangspost beim Kunden basiere und dies für das Modul 2 (Versand der Briefwahlunterlagen) bedeuten würde,

dass die Wahlpost bei den 426 hessischen Gemeinden werktäglich abgeholt werden solle bzw. müsse, bestünden Zweifel, ob dies mit der angegebenen Beschäftigungszahlen möglich sei.

Auch hinsichtlich der bundesweiten Zustellkompetenz seien Zweifel angezeigt. Ausweislich der eingereichten Unterlagen habe die durchschnittliche Gesamtzahl der fest angestellten Mitarbeiter bundesweit ca. 2400 betragen, darunter ca. 1057 Mitarbeiter in der Zustellung, insgesamt verfüge das Unternehmen nur über 4000 Beschäftigte. Auch nach diesen Zahlen sei damit zu rechnen, dass der wesentliche Teil der Leistungen nicht von der Antragstellerin selbst erbracht werde, sondern durch Nachunternehmer. Insoweit erscheine die erforderliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben. Des weiteren könne nach den Ausführungen der Antragstellerin zur Abdeckung eventueller Sendungsspitzen zwar kurzfristig auf zusätzliches Personal zugegriffen werden, es sei aber unter Berücksichtigung der für Hessen sehr geringen Zahl an Zustellern nicht konkretisiert worden, woher das zulässige Personal kommen solle und ob auch in diesem Falle die qualitativen Standards für die Versendung von Wahlsendungen eingehalten werden können. Schließlich seien die von der Antragstellerin angegebenen Referenzleistungen auch nicht mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar. Die Angabe der transportierten und zugestellten Briefsendungen sei nicht vergleichbar mit dem Transport und der Zustellung von 4,4 Millionen Wahlbenachrichtigungen innerhalb einer sehr engen Zeitspanne. Insoweit lasse sich auch im Hinblick auf die angegebene jährliche Zustellung von 47,2 Millionen Sendungen pro Jahr sich der Nachweis der hier erforderlichen Zustellkompetenz nicht beurteilen. Die Beförderung von Wahlsendungen seien nicht als Referenz angegeben worden.

Soweit die Antragstellerin eine falsche Vergabeart angreife, sei bereits kein Schaden erkennbar. Die Vergabeart sei nicht ursächlich für den Ausschluss des Teilnahmeantrags. Entsprechendes gelte auch für die beanstandete Vertragslaufzeit, auch insoweit sei eine vermeintliche Zuschlagschance nicht beeinträchtigt.

Der Vorwurf der Nichtaufteilung der Leistung in Lose gehe „ins Leere“: Dadurch werde weder der Gleichbehandlungsgrundsatz noch das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen verletzt. Letzteres sei bereits deshalb der Fall, weil die Antragstellerin kein mittelständisches Unternehmen sei. Im Übrigen habe der

Auftraggeber bei der Frage, ob er eine Los- oder Gesamtvergabe ausschreibe, zu erwägen, ob einer Teillosgabe wirtschaftliche oder technische Belange entgegenstehen. Vorliegend diene die Verknüpfung der Module dem Ziel, den 426 hessischen Kommunen hinsichtlich der wahlrechtlich benötigten Postdienstleistungen einen „Alles- aus- einer- Hand- Dienst“ bereitzustellen, um so ein standardisiertes und damit einfaches und insbesondere sicheres Verfahren zu ermöglichen. Dies sei nicht etwa aus Gründen des Komforts geschehen, sondern deshalb, um ein einfaches und sicheres Verfahren zu ermöglichen. Es gehe darum, eine belastbare und dabei möglichst einfache Organisation, die flächendeckend auch ohne großen Vorlauf aktiviert und von allen Beteiligten fehlerfrei gehandhabt werden könne, zu schaffen. Auch gehe es um die Steuerung von 426 Wahlämtern, die für die Postdienstleistungen einen Werkzeugkasten benötigten, mit dem die Wahlbenachrichtigungen und die Briefwahl optimal erledigt werden könnten. Sowohl bei der Zustellung der Wahlbenachrichtigungen als auch bei der der Briefwahlunterlagen gehe es um die Umsetzung wahlrechtlich Aufträge, dafür werde bestmöglich ein fachkundiges, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen benötigt, welches flächendeckend über entsprechende Erfahrungen und Ressourcen verfüge, die auch kurzfristig und zu ungünstigen Zeiten mobilisiert und eingesetzt werden könnten. Die Zustellung von Wahlbenachrichtigungen müsse innerhalb von 4 Werktagen nach Einlieferung, also innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums erfolgt sein. Insoweit sei der Versand von Wahlsendungen auch nicht mit normalen Briefsendungen zu vergleichen. Bei den Aufgaben handele es sich aufgrund der wahlrechtlichen Vorgaben um Fixgeschäfte, die zu einem bestimmten Termin in einem bestimmten Sinne zuverlässig abgewickelt werden müssen. Gelingt dies nicht, seien Wahlfehler die Folge. Dies führe zur Gefährdung der Gültigkeit einer Wahl oder Abstimmung und damit einer Gefährdung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Wahlgrundsatzes nach Art. 38 ff Grundgesetz als demokratische Grundfeste. Die Sicherstellung der Einhaltung der verfassungsmäßig eingeräumten Wahlrechtsgrundsätze begrenzte insoweit insbesondere auch den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Die Forderung nach einem Zertifikat gemäß DIN ISO 9001 entsprechend Artikel 49 EG - Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG sei berechtigt. Es handele sich dabei um eine Norm, die modellhaft das gesamte Qualitätsmanagementsystem beschreibe und die Anforderungen zur Erhöhung der Kundenzufriedenheit festlege. Soweit die Antragstellerin nicht über eine solche Zertifizierung verfüge, hätte sie eine vergleichbare Zertifizierung vorlegen können.

Am 12.02.2009 fand eine mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt. Die Beteiligten hatten Gelegenheit, zum Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Ausführungen zu machen.

## II

Der Haupt- sowie die Hilfsanträge der Antragstellerin sind zulässig, aber unbegründet.

1. Die Anträge sind zulässig

1.1 Weder gegen die örtliche noch gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen unter Berücksichtigung des streitgegenständlichen Auftragswerts in Höhe von 2.256.000 Euro gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff. GWB i. V. m. § 2 Nr. 3 VgV Bedenken.

1.2 Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt.

1.2.1 Sie hat eine Verletzung von Rechten i. S. d. § 97 GWB geltend gemacht. Sie behauptete insbesondere, die fehlende Losaufteilung verstoße gegen § 97 Abs. 3 GWB sowie § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit § 5 Nr. 1 VOL/A (Abschnitt 2). Ist die Antragstellerin ein mittelständisches Unternehmen, kann sie die Beachtung der Losvergabe als subjektives Recht gegenüber dem Auftraggeber beanspruchen; ob die Antragstellerin ein solches mittelständisches Unternehmen ist und ihr dieses Recht zusteht, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit. Somit hat die Antragstellerin in ausreichender Weise die konkrete Möglichkeit einer Verletzung eigener subjektiver Rechte behauptet. Eine solchermaßen behauptete und mögliche Verletzung rechtlicher Vorschriften reicht als Voraussetzung für die Zulassung eines Nachprüfungsantrags aus (BGH - Beschluss vom 26. 9. 2006 - X ZB 14/06).

1.2.2 Die Antragstellerin, die durch ihre Bewerbung ihr Interesse am Verfahren dokumentiert hat, ist auch der erforderlichen Darlegung hinsichtlich eines Schadens nachgekommen. Lägen die durch sie behaupteten Vergabefehler vor, so ist nicht auszuschließen, dass sie an dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen

ist. Zwar könnte eine Berücksichtigung der Antragstellerin im laufenden Verfahren im Hinblick auf die Module 1 und 2 im Sinne einer isolierten Auftragserteilung sich als problematisch erweisen, weil der Antragsgegner die Leistung als Ganzes „ausgeschrieben“ und eine Teilung der Leistung in Lose ausgeschlossen hat und von dieser Festlegung nicht nachträglich abrücken und Teillöse bilden darf (VK Sachsen - Beschluss vom 6.11.2001 - 1/SVK/115-01g). Allerdings lässt sich nicht ausschließen, dass insbesondere ein mögliches Losaufteilungserfordernis zur Einleitung eines erneuten Verfahrens führen und die Antragstellerin unter diesen Voraussetzungen einen erneuten Teilnahmeantrag für einzelne Lose stellen könnte. Die erforderliche Darlegung eines Schadens wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Antragsgegner behauptet, die Antragstellerin sei nicht leistungsfähig und deshalb zwingend auszuschließen. Im Rahmen der Antragsbefugnis reichte es nämlich aus, wenn ein Antragsteller die Möglichkeit einer Rechtsverletzung und eines Schadens schlüssig vorträgt. Dagegen kann die Behauptung des Antragsgegners, es liege ein zwingender Ausschlussgrund fuhr, nur zur Unbegründetheit, nicht aber zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags führen.

1.2.3 Entgegen der Ansicht des Antragsgegners steht der Antragsbefugnis auch keine Präklusion aufgrund einer Verletzung der Rügepflicht gemäß § 107 Abs. 3 GWB entgegen.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 08.12.2008 Inhalte der Vergabebekanntmachung gerügt.

Soweit die Antragstellerin in diesem Schreiben allerdings lediglich darauf hingewiesen hat, dass bestimmte Inhalte der Bekanntmachung nicht transparent seien, fehlt es mit der Folge der insoweit eingetretenen Präklusion allerdings an einer ordnungsgemäßen Rüge. Dies betrifft insbesondere den seitens des Antragsgegners geforderten Nachweis einer bundesweiten Zustellkompetenz. Notwendiger Inhalt einer Rüge im Sinne des §§ 107 Abs. 3 GWB ist ein ausdrückliches oder nach dem objektiven Empfängerhorizont entnehmbares Abhilfeverlangen. Die Rügende muss zum Ausdruck bringen, welchen Sachverhalt sie mit der Verschaffung der Möglichkeit der Selbstkorrektur durch den Auftraggeber vor Anrufung der Vergabekammer für vergaberechtswidrig hält. Fragen oder Hinweise zu vermeintlich oder tatsächlich missverständlichen Formulierungen sind dagegen nicht als ernst gemeinte oder verbindliche Rügen zu qualifizieren (OLG

Frankfurt am Main - Beschluss vom 02.03.2007 - 11 Verg 15/06). Der Hinweis darauf, dass unklar sei, was mit der bundesweiten Zustellkompetenz gemeint sei, lässt weder unmittelbar noch mittelbar den Schluss darauf zu, dass die Antragstellerin die Forderung selbst als vergabewidrig ansieht, sondern sie vielmehr lediglich eine Aufklärung der Unklarheit erwartet. Dieser Erwartung ist der Antragsgegner mit ihrem Schriftsatz vom 12.12.2008 nachgekommen und hat die aus ihrer Sicht bestehende Erforderlichkeit der bundesweiten Zustellkompetenz unter ausdrücklichen Hinweis auf den zu berücksichtigenden Zeitrahmen für die Module 2 und 3 dargestellt. Dem Schriftsatz war nicht zu entnehmen, dass eine Korrektur dieser Anforderung erfolgen sollte. Hätte die Antragstellerin dies erreichen wollen bzw. wäre sie mit der Beantwortung ihrer Frage nicht einverstanden gewesen, hätte es danach einer ausdrücklichen Rüge bedurft (OLG Frankfurt am Main - Beschluss vom 02.03.2007 - 11 Verg 15/06). Soweit die Antragstellerin somit die Forderung des Antragsgegners, eine bundesweite Zustellkompetenz nachzuweisen, angreift, ist sie damit präkludiert.

Ebenfalls präkludiert ist die Antragstellerin im Hinblick auf die Forderung der Antragsgegnerin zur Vorlage einer Liste mit vergleichbaren erbrachten Leistungen (Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung). Insoweit hat die Antragstellerin nämlich ebenfalls lediglich auf die Intransparenz der „Referenzgröße für die Wesentlichkeit“ verwiesen. Der Antragsgegner hat daraufhin mitgeteilt und klargestellt, dass damit Leistungen gemeint seien, die Gegenstand der Module 1 bis 3 seien und sowohl qualitativ als auch quantitativ dem streitgegenständlichen Auftrag ähnelten. Dies hat die Antragstellerin nachfolgend nicht gerügt. Insoweit ist sie mit ihrem Vorbringen ebenfalls präkludiert.

Im Hinblick auf die weiteren Rügen, welche die Antragstellerin mit Verstößen gegen Vergabevorschriften oder der Forderung gegenüber dem Antragsgegner auf Aufhebung verbindet, bedurfte es nach Kenntnisnahme der Stellungnahme des Antragsgegners vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens grundsätzlich keiner weiteren Rüge. Der Antragsgegner hat zu erkennen gegeben, dass er sein Verhalten und ihre Absichten als Folge der gerügten Verstöße nicht ändern wolle, so dass eine weitere Rüge vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens reine Förmerei gewesen wäre.

Problematisch ist allerdings, dass die Antragstellerin den ihr seitens des Antragsgegners mit Schriftsatz vom 09.01.2009 mitgeteilten Ausschlusses mit der Begründung fehlender bundesweiter Einlieferungsmöglichkeiten nicht gerügt hat und eine entsprechende

Rüge auch nicht in den vorangegangenen Schreiben der Antragstellerin erfolgt war. Während eine Rüge bezogen auf den Inhalt der Bekanntmachung aus Sicht der Antragstellerin noch obsolet scheinen durfte, weil die Notwendigkeit einer bundesweiten Einlieferungsmöglichkeit sich lediglich auf das Modul 3 bezog und das Interesse der Antragstellerin nur darauf gerichtet war, den Auftrag für die Module 1 und 2 zu erhalten, stellt sich die Situation nach dem Ablehnungsschreiben des Antragsgegners als Folge ihres Teilnahmeantrag objektiv anders dar, weil der Antragstellerin nunmehr bekannt - gegeben worden - war, dass ihr aufgrund dieses Mangels eine Zuschlagserteilung versagt werden sollte, weil der Antragsgegner die einheitliche Bezuschlagung aller Module und keine Aufgliederung des Auftrags in Lose beabsichtigte. Zwar hatte die Antragstellerin die unterbliebene Losaufteilung bereits abschließend gerügt. Unter Berücksichtigung des Inhalts des Ablehnungsschreibens vom 09.01.2009, welches nunmehr ausdrücklich auf die fehlende bundesweite Einlieferungsbereitstellung abstellte, stellt sich allerdings die Frage, ob der Antragsgegner ab diesem Zeitpunkt nicht zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Antragstellerin den Ausschluss mangels nachfolgender Rüge insoweit akzeptiert hatte - der Antragsgegner das Verfahren somit fortführen durfte - und - unbeschadet der Frage der Erforderlichkeit einer Losaufteilung - im Hinblick auf diesen Ausschlussgrund nicht als präkludiert angesehen werden muss, auch wenn der Forderung nach einer landesweiten Einlieferungsmöglichkeit im Hinblick auf das beanstandete Unterlassen der Losaufteilung nur eine mittelbare Wirkung zukommt. Für eine solche Präklusion sprechen im Hinblick auf deren Funktion zwar gewichtige Gründe. Eine abschließende Entscheidung dieser Frage kann aber hier dahinstehen, weil der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet ist.

2. Die Anträge sind unbegründet.

Der Antragsgegner hat die Antragstellerin vergabeverfahrensfehlerfrei vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

2.1 Dem berechtigten Ausschluss stehen weder die - unbeschadet der Unterstellung der streitgegenständlichen Leistung unter die Kategorie IA oder IB des Anhangs zur VOL/A - seitens der Antragstellerin gerügten Vergabeart noch die beabsichtigte Laufzeit des Vertrages im Sinne eines zu korrigierenden Vergabeverstößes entgegen. Beide Aspekte sind unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am

Verfahren beteiligt hat, für die Ausschlussentscheidung des Antragsgegners nicht ursächlich. Ebenfalls nicht von Bedeutung ist die seitens der Antragstellerin gerügte Vertragslaufzeit. Der Antragsgegner ist dem zu Recht insoweit entgegengetreten, als die vorgesehene Laufzeit durch das hohe Maß an Kontinuität in der Organisation bedingt sei und wechselnde Vertragspartner von Wahl zu Wahl ausschließe.

2.2 Der Ausschluss der Antragstellerin vom weiteren Verfahren war aber bereits deshalb gerechtfertigt, weil sie die geforderten Referenzen nicht nachgewiesen hat. Sie war zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit gemäß Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung verpflichtet, eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen und Mengen, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar waren, vorzulegen. Die seitens des Antragsgegners geforderte und in seinem Schriftsatz vom 12.12.2008 deutlich herausgestellte Vergleichbarkeit mit den Inhalt der Module 1 - 3 im Sinne der Beförderung von Wahlunterlagen ergibt sich aus den Referenzobjekten der Antragstellerin nicht. Dort sind zwar Postdienstleistungen zwischen 150.000 und 1.000.000 Stück pro Jahr aufgeführt, die aber zumindest im Hinblick auf das Modul 1 (ca. 4,4 Millionen Wahlbenachrichtigten) nicht vergleichbar sind. Auch ergeben sich keine Hinweise auf vergleichbare Leistungen unter Berücksichtigung der besonderen zu beachtenden kurzen Fristen und der werktäglichen Verfügbarkeit und Erreichbarkeit im Sinne der Ziffer II.2 der Bekanntmachung. Ein Nachweis über die Durchführung der Versendung von Wahlunterlagen oder entsprechender mit den Voraussetzungen korrespondierenden Unterlagen lässt sich aus den Referenzen ebenfalls nicht erkennen.

2.3 Auch durfte der Antragsgegner zum Ausschluss berechtigende Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin hegen. Diese hat im Zusammenhang mit dem Teilnahmeantrag erklärt, dass in Hessen die ausgeschriebene Postdienstleistung durch die eigene regionale Niederlassung in Frankfurt/Main ausgeführt werde. Derzeit ständen in der Niederlassung 362 Arbeitnehmer beziehungsweise Arbeitnehmerinnen unter Vertrag, von denen 220 im Zustelldienst tätig seien. Insgesamt verfüge die xxx insgesamt bundesweit über rund 4000 Beschäftigte. Zur Abdeckung eventueller Sendungsspitzen, bei Krankheit- oder Urlaubszeiten, könne kurzfristig auf zusätzliches Personal zurückgegriffen werden. Das Zustellgebiet umfasse wesentliche Ballungszentren in Hessen und werde kontinuierlich erweitert. Briefsendungen, die für Briefempfänger außerhalb dieses regionalen



Zustellungsgebietes bestimmt seien, würden der xxx als Nachunternehmerin zur Zustellung übergeben. Die seitens des Antragsgegners dagegen erhobenen Bedenken sind unter Berücksichtigung des ihm insoweit zustehenden Ermessens nicht zu beanstanden: Er führt aus, dass das Zustellgebiet der Antragstellerin für das Land xxx nur einen geringen Teil des Gebietes umfassen und sich nach eigenen Angaben auf „wesentliche Ballungsgebiete“ beschränke; außerdem stünden lediglich 362 Arbeitnehmer zur Verfügung und davon nur 220 im Zustelldienst, so dass ein wesentlicher Teil der Leistungserbringung des Moduls 1 durch Nachunternehmer erbracht werden müsse. Dies bedeute ein für die Wahlorganisation nicht kalkulierbares Risiko. Da das Geschäftskonzept auf der Abholung der Ausgangspost beim Kunden basiere und dies für Modul 2 (Versand der Briefwahlunterlagen) bedeute, dass die Wahlpost bei den 426 hessischen Gemeinden werktätlich abgeholt werden solle, beständen Zweifel, ob dies mit der angegebenen Beschäftigungszahlen möglich sei. Auch hinsichtlich der bundesweiten Zustellkompetenz seien Zweifel angezeigt. Ausweislich der eingereichten Unterlagen habe die durchschnittliche Gesamtzahl der fest angestellten Mitarbeiter bundesweit ca. 2400 betragen, darunter ca. 1057 Mitarbeiter in der Zustellung, insgesamt verfüge das Unternehmen nur über 4000 Beschäftigte. Auch nach diesen Zahlen sei damit zu rechnen, dass der wesentliche Teil der Leistungen nicht von der Antragstellerin selbst erbracht werde, sondern durch Nachunternehmer. Insoweit erscheine aber die erforderliche Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Besonderheit der auszuführenden Leistung nicht gegeben. Auch wenn die Antragstellerin darauf hinweise, dass zur Abdeckung eventueller Sendungsspitzen zwar kurzfristig auf zusätzliches Personal zugegriffen werden könne, sei aber unter Berücksichtigung der für Hessen sehr geringen Zahl an Zustellern nicht konkretisiert worden, woher das zusätzliche Personal kommen solle und ob auch in diesem Falle die qualitativen Standards für die Versendung von Wahlsendungen eingehalten werden können.

2.4 Schließlich war der Ausschluss der Antragstellerin vom weiteren Verfahren auch im Hinblick auf die nicht vorgelegten Zertifizierungsnachweis gemäß DIN ISO 9001 - oder vergleichbar - berechtigt. Eine solche Forderung durfte der Antragsgegner zu Recht erheben, sei es aufgrund des § 7a Nr. 5 VOL/A (Abschnitt 2) oder - im Falle der Unterstellung der streitgegenständlichen Leistung unter Anhang I B - aufgrund Art. 49 der EG - Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG oder der Anwendung der Basisparagrafen der VOL/A (Abschnitt 2). Es handelt sich - wie der Antragsgegner zu

Recht ausführt - um eine Norm, die ein Qualitätsmanagementsystem beschreibt und die Anforderungen festlegt, welche die Anforderungen zur Erhöhung der Kundenzufriedenheit festlege. Der Nachweis eines Qualitätssicherungssystems in diesem Sinne kann insbesondere auch bei Dienstleistungsaufträgen gefordert werden. Bei der Frage, ob im Hinblick auf die hier streitige Leistung Gründe für ein solches Qualifizierungssystem vorliegen, ist dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Im Zusammenhang mit der Durchführung von Postdienstleistungen und insbesondere im Zusammenhang mit der Beförderung von Wahlunterlagen ist es nicht als sachfremd anzusehen, ein Qualitätsmanagement als Auswahlkriterium zu bestimmen. Eine geeignete Maßnahme zur Gewährleistung der insoweit als erforderlich angesehenen Qualität ist auch die Einrichtung und Aufrechterhaltung eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN ISO 9001 anzusehen. Soweit die Antragstellerin nicht über eine solche Zertifizierung verfügt, war es ihr unbenommen, eine vergleichbare Zertifizierung vorzulegen.

2.5 Der Antragstellerin steht insbesondere aber kein subjektives Recht darauf zu, dass der Antragsgegner die streitgegenständliche Leistung in Lose - sei es im Sinne der Module oder in anderer Weise - aufteilt mit der Folge, dass die Antragstellerin im Hinblick auf die ihr insoweit nicht mögliche Bereitstellung einer bundesweiten Einlieferungsmöglichkeit der Wahlbriefe die ausgeschriebene Leistung als Gesamtleistung nicht erfüllen kann und sie insoweit zu Recht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden ist.

2.5.1 Bedenken gegen das Innehaben eines solchen subjektiven Rechts auf Seiten der Antragstellerin bestehen bereits deshalb, weil die Beanspruchung einer losweise Aufteilung der Leistung im Sinne eines subjektiven Rechts - und als *actus contrarius* die Verletzung desselben - im Sinne des § 97 Abs. 3 GWB bzw. § 97 Abs. 7 GWB i. V. m. § 5 Nr. 1 VOL/A (Abschnitt 2) voraussetzt, dass die Antragstellerin eine mittelständische Bieterin ist (VK Hessen - Beschluss vom 27.2.2003 - 69d VK - 70/2003; OLG Thüringen - Beschluss vom 06.06.2007 - 9 Verg 3/07; Weyand, *ibr-* online- Kommentar § 97 GWB Rz. 268). Legt man die Definition der EU-Kommission im Amtsblatt der EU (L 124/36 vom 20.05.2003 (2003/362/EG) zu Grunde, überschreitet die Antragstellerin sowohl im Hinblick auf die Beschäftigtenanzahl als auch den Umsatz die dort festgelegten Untergrenze. Nichts anderes ergibt sich, wenn man die zur Abgrenzung des Begriffs bestehende Rechtsprechung heranzieht (vgl. insoweit die Übersicht bei Weyand, *ibr-*

online- Kommentar § 97 GWB Rz. 301ff). Bereits insoweit läge eine Verletzung subjektiver Rechte der Antragstellerin nicht vor. Dies bedarf aber im Hinblick auf die nachstehenden Ausführungen keiner tiefergehenden Beurteilung.

2.5.2 Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen wird nämlich das Erfordernis der Berücksichtigung mittelständischer Interessen sowie der Grundsatz der Gleichbehandlung der Teilnahme kleinerer Unternehmen am Wettbewerb durch die Interessen des Auftraggebers an der Durchführung der Leistung als Gesamtleistung begrenzt. Das Gebot der Losaufteilung dient nicht generell der Marktöffnung „um jeden Preis“. Eine Verpflichtung zur Aufgliederung bzw. Zerstückelung eines Vertrages in Lose wird insoweit begrenzt, als dadurch der mit der Leistungserbringung verfolgte Zweck nicht mehr erreicht oder erschwert wird. Stehen wirtschaftliche oder technische Belange einer Losaufteilung einer beabsichtigten Maßnahme entgegen, muss der Auftraggeber diese sowie sein Interesse, dass er nur in Gestalt der Durchführung einer einheitlichen Maßnahme zu erreichen vermag, nicht opfern. Eine Losaufteilung kommt nicht in Betracht, wenn dies dem vom Auftraggeber verfolgten Beschaffungszweck nicht mehr entspricht, was der Auftraggeber im Rahmen einer Interessenabwägung der Nachteile einerseits und dem Schutz kleinerer Unternehmen andererseits mit dem Ziel, zu entscheiden, ob es zweckmäßig ist, von einer Losaufteilung abzusehen und eine Leistung zusammenzufassen, darzulegen hat, wobei ihm insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht. Dieser kann lediglich dahin überprüft werden, ob die vom Auftraggeber dargelegten Gründe die Teilung des Auftrags unzweckmäßig erscheinen lassen und Auftraggeber insoweit im Rahmen seines Beurteilungsspielraums gehandelt hat, also weder ein Ermessensfehlgebrauch noch eine Ermessensüber- oder -unterschreitung und auch keine Berücksichtigung sachfremder Erwägungen festzustellen sind.

Die seitens des Antragsgegners vorgetragenen Argumente lassen im Hinblick auf die daraus resultierende Entscheidung, die Dienstleistung „Versand von Wahlsendungen“ als Einheit zu betrachten und keine Aufgliederung im Sinne der Module 1 bis 3 oder in einer anderen Weise vorzunehmen und die Dienstleistung von nur einem Auftragnehmer erbringen zu lassen, Ermessensfehler nicht erkennen.

Der Antragsgegner hat in seine Erwägungen einbezogen, dass Wahlsendungen einerseits bei vor Ablauf der jeweiligen Wahlperiode stattfindenden Parlamentswahlen

regelmäßig anfallen sowie andererseits unregelmäßig bei Volksabstimmungen und Volksentscheiden, die nur in Folge nicht vorhersehbarer entsprechender Initiativen durchzuführen sind; dies gilt auch für vorgezogene Neuwahlen auf Bundes- und Landesebene. Die Leistungen müssen daher anlassbezogen abgerufen werden können. Weitere Besonderheiten ergeben sich dadurch, dass die genannten Parlamentswahlen und Abstimmungen sowohl untereinander als auch mit Wahlen und Abstimmungen auf kommunaler Ebene gebündelt werden können. Zudem müssen für die Zustellung der Wahlbenachrichtigungen gesetzliche Fristen beachtet werden.

Weiterhin hat der Antragsgegner in seine Erwägungen eingestellt, dass Gegenstand des abzuschließenden Vertrages auch die im Zusammenhang mit den anfallenden Postdienstleistungen stehenden Tätigkeiten für den Rücklauf von nicht zustellbaren Sendungen sowie Pflichten sind, die sich aus den hohen Anforderungen des Wahlrechts hinsichtlich Sorgfalt, Zuverlässigkeit und Termintreue an die Behandlung von Wahlsendungen ergeben. Während eines laufenden Wahl- oder Abstimmungsverfahrens muss zudem werktäglich eine zentrale Anlauf- und Koordinierungsinstanz für den Landeswahlleiter in Hessen, für die Kreiswahlleiter und die Kommunen erreichbar sein, die Störungen zeitnah aufklären und abstellen kann.

Bereits insoweit zeigt sich als Folge der engen Verknüpfung der einzelnen Schritte, dass bei einer Aufgliederung der Leistung in unterschiedliche Lose ein hoher Grad an Fehlern im Zusammenhang mit den Leistungen nicht auszuschließen ist. Fehler im Zusammenhang mit der Durchführung der Versendung und Rücksendung von Wahlunterlagen sind aber geeignet, das Wahlverfahren und die Wahl im Nachhinein zu gefährden, wenn solche Fehler ergebnisrelevant sind und im Rahmen von Wahlanfechtungen dazu führen können, dass Wahlen wiederholt werden müssen. Dies wiederum kann zu nicht unerheblichem Verdruss auf Seiten der Wähler, die ein ihnen zustehendes hohes verfassungsmäßiges Recht wahrgenommen haben und dies durch formale Fehler in der Postdienstleistung beeinträchtigt sehen müssten, führen, sich in allgemeiner Wahlmüdigkeit niederschlagen und die verfassungsmäßigen Wahlrechtsgrundsätze nicht unerheblich beeinträchtigen.

Auch die Erwägungen des Antragsgegners im Hinblick auf wirtschaftliche oder technische Belange im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Los- oder Gesamtvergabe erfolgen soll, sind nicht zu beanstanden. Nach Ansicht des Antragsgegners dient die

Verknüpfung der Module dem Ziel, für die in 426 hessischen Kommunen hinsichtlich der wahlrechtlich benötigten Postdienstleistungen einen „Alles aus- einer Hand- Dienst“ bereitzustellen, um so ein standardisiertes und damit einfaches und sicheres Verfahren zu ermöglichen. Dies ist nach den nachvollziehbaren und nicht durch Ermessensmängel beeinträchtigten Ausführungen des Antragsgegners nicht aus Gründen des Komforts gewählt worden, sondern deshalb, um ein einfaches und sicheres Verfahren zu ermöglichen. Ein solches Verfahren dient der Sicherheit der Durchführung der Wahlen und der Gewährung des verfassungsrechtlichen geschützten Rechtsgutes in Bezug auf die Ermöglichung und Durchführung des Wahlrechts. Es geht insoweit - wie der Antragsgegner zu Recht darstellt - darum, eine belastbare und dabei möglichst einfache Organisation, die flächendeckend auch ohne großen Vorlauf aktiviert und von allen Beteiligten fehlerfrei gehandhabt werden kann, zu schaffen. Einbezogen in die Erwägung des Antragsgegners ist auch die Steuerung von 426 Wahlämtern, die für die Postdienstleistungen einen „Werkzeugkasten“ benötigen, mit dem die Wahlbenachrichtigungen und die Briefwahl optimal erledigt werden könnten. Sowohl bei der Zustellung der Wahlbenachrichtigungen als auch bei der der Briefwahlunterlagen wird ein fachkundiges, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen benötigt, welches flächendeckend über entsprechende Erfahrungen und Ressourcen verfüge, die auch kurzfristig - wie etwa aktuell in Hessen in der Vorweihnachts- und Ferienzeit - und zu ungünstigen Zeiten mobilisiert und eingesetzt werden können. Bei diesen Aufgaben handelt sich aufgrund der wahlrechtlichen Vorgaben in der Tat um eine Art Fixgeschäfte, die zu einem bestimmten Termin in einem bestimmten Sinne zuverlässig abgewickelt werden müssen. Gelingt dies nicht, sind Wahlfehler zu erwarten, die bei einer Ergebnisrelevanz zur Ungültigkeit und damit einer Wiederholung der Wahl führen können. Diesem Risiko kann mit zivilrechtlichen Instrumenten für die Bewältigung von Leistungsstörungen nicht zweckgerecht begegnet werden. Die Zustellung von Wahlbenachrichtigungen müssen innerhalb von 4 Werktagen nach Einlieferung, also innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums erfolgt sein. Insoweit ist der Versand von Wahlsendungen auch nicht mit normalen Briefsendungen vergleichbar, bei deren Durchführung (Versendung) dann eine Trennung im Sinne einer losweisen Aufteilung möglich erscheint, wenn ohnehin gesonderte Arbeitsvorgänge bestehen und insoweit keine zusätzlichen Koordinationsprobleme erkennbar sind. Bei den hier in Streit stehenden Aufgaben handelt es sich aufgrund der wahlrechtlichen Vorgaben aber um einen einheitlichen Vorgang, der zu einem bestimmten Termin in einem bestimmten Sinne zuverlässig abgewickelt werden muss und der mit - trennbaren

- Leistungen wie bei ohnehin durch gesonderte Arbeitsvorgänge bestimmten Postzustellungen, förmlichen Postzustellungen und Paketdiensten (VK Sachsen - Beschluss vom 30. 4. 2008 - 1/SVK/020-08) nicht vergleichbar ist. Gelingt eine solche einheitliche Abwicklung nicht, können daraus Wahlfehler resultieren. Dies führt zur Gefährdung der Gültigkeit einer Wahl oder Abstimmung und damit den verfassungsrechtlich vorgegebenen Wahlgrundsatz nach Art. 38 ff Grundgesetz als demokratische Grundfeste. Die Sicherstellung der Einhaltung der verfassungsmäßig eingeräumten Wahlrechtsgrundsätze begrenzt insoweit insbesondere auch den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Der Antragsgegner hat des Weiteren ermessensfehlerfrei darauf abgestellt, dass eine einheitliche Auftragsvergabe bei dem Auftragnehmer nach den bisherigen Erfahrungen betriebsintern die Mobilisierung hoher Standards bewirke, die bei einer nur partiellen Beauftragung nicht zu erreichen und für die Qualität der wahlrechtlichen Aufgabenerledigung unabdingbar seien. So erlaube die Zusammenfassung der Module - wie der Antragsgegner nachvollziehbar ausführt - eine beträchtlich vereinfachte Rechnungstellung, die die Kommunen von jeglicher Vorleistung an den Partner befreit und hat zu Folge, dass die gesamten Postdienstleistungen nicht in das Wahl gesetzliche Verfahren der Kostenerstattung einbezogen werden müssen. Ermessenfehler lassen sich bei dieser Einschätzung nicht erkennen.

Auch die Notwendigkeit einer „bundesweite Zustellkompetenz“ ist insoweit nicht ohne Relevanz. Sie bezieht sich auf die Teile der Leistung, bei welcher diese Kompetenz zur Erfüllung der Leistung auch erforderlich ist. Dies betrifft das Modul 2, da hier die Briefwahlunterlagen von den 426 hessischen Gemeindebehörden bundesweit zu den Wahlberechtigten zugestellt werden müssen und auch deren Rücklauf von den Wahlberechtigten zu den Gemeindebehörden (Modul 3). Dabei muss - wie der Antragsgegner nach Ansicht der Kammer zu Recht ausführt - auch sichergestellt sein, dass die Leistung in dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen erbracht werden kann, d.h. von den für die jeweilige Wahl gesetzlich bestimmten frühesten Zeitpunkt für die Ausgabe von Wahlscheinen bis zu den Wahlbriefen, die bis zum Wahltag an die Gemeindebehörden zugestellt werden können. Dies zugrunde gelegt, ist - auch unter Berücksichtigung der Beachtung der engen Zeitabläufe - die Ansicht des Antragsgegners, die Einschaltung eines Nachunternehmers für die bundesweite - und im Einzelfall

darüber hinausgehende - Zustellung sei ebenfalls problembehaftet, nicht ermessensfehlerhaft.

Legt man die vorstehende Ausführungen zu Grunde, zeigt sich, dass eine Trennung des einheitlichen Vorgangs unter Berücksichtigung der daraus resultieren könnenden erheblichen negativen Folgen im Verfassungsgefüge weder zweckmäßig noch tolerierbar ist und seitens des Antragsgegners die Einheitlichkeit des Auftrags zu Recht entschieden und in das Vergabeverfahren einbezogen worden ist.

Eine Trennung des Vorganges - sei es im Sinne der Module oder in einer anderen Weise - hätte zudem zur Folge, dass unterschiedliche Anbieter und damit Auftragnehmer ermittelt werden könnten. So bestünde die Möglichkeit, dass ein Auftragnehmer lediglich ein Angebot für das Los 1 - etwa im Sinne des Moduls 1 - abgibt und dies das wirtschaftlich annehmbarste Angebot wäre. Dann stellt sich aber die Frage, ob für die übrigen Lose - insbesondere im Sinne des Moduls 3 - überhaupt noch ein Bieter und Auftragnehmer ermittelt werden kann. Es ist nicht auszuschließen, dass derjenige Auftragnehmer, der bundesweite Einlieferungsmöglichkeiten bereitstellen kann, nicht daran interessiert ist, nur diese - marginale - Leistung zu erbringen und nicht auch die - wirtschaftlich interessantere - Leistung für die übrigen Lose (Module). Ein solches Verfahren könnte dazu führen, dass Bieter sich die „Sahnestückchen“ herauspicken und für die übrigen Leistungen sich kein Bieter beziehungsweise Auftragnehmer findet. Die Lösung dieses Problems kann deshalb nicht darin liegen, den seitens der Antragsgegnerin zu Recht so gesehenen einheitlichen Vorgang aufzusplitten. Vielmehr müssen potentielle Bieter und Auftragnehmer die Voraussetzungen dafür schaffen, dass sie einen solchen einheitlichen Vorgang in der Lage sind zu erfüllen. Dies ist auf Seiten der Antragstellerin allerdings zurzeit nicht der Fall.

Legt man Vorstehendes zu Grunde, ist es auch nicht zu beanstanden, dass - wie die Antragstellerin behauptet - bis zur Erfüllung insbesondere der bundesweiten Einlieferungskompetenz durch Dritte beziehungsweise die Antragstellerin - die gerade im Hinblick auf die Öffnung des Wettbewerbs diese Möglichkeit forcieren kann - nur die xxx diese Forderung zu gewährleisten in der Lage ist. Können nämlich - wie hier - zu Recht geforderte Kriterien oder Teilnahmevoraussetzungen nur von einer kleinen Zahl von Unternehmen oder - wie hierdurch die Antragstellerin behauptet - einem

Unternehmen erfüllt werden, so stellt dies keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar (EuGH - Urteil vom 17.12.2000 - C-513/99).

### III

1. Die Antragstellerin hat als unterlegene Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 128 Abs. 3 GWB).

Die Höhe der Gebühren der Vergabekammer bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB). Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Gebühren und deren Höhe haben die Vergabekammern des Bundes eine Gebührentabelle erstellt. Diese Tabelle legt den durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung des jeweiligen Gegenstandswertes zugrunde. Die Vergabekammer Hessen hält die Tabelle für sachgerecht und legt sie ihrer Gebührenfestsetzung zugrunde.

Aufgrund des streitgegenständlichen geschätzten Auftragswertes ist deshalb eine Gebühr von 3200,00 Euro anzusetzen.

2. Die Antragstellerin hat die zur Zweck entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des Antragsgegners war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles und im Hinblick auf eine sachgerechte Darstellung und Vertretung seiner Rechtspositionen notwendig (§ 124 Abs. 4 GWB / § 80 VwVfG).