

2. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69d VK - 52/2015



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

weitere Beteiligte:

[REDACTED]

- Beigeladene-

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen:

Vergabe PPP-Projekt, Polizeipräsidium [REDACTED]

[REDACTED]

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 2016 am 23. Februar 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht das Vergabeverfahren unter Ausschluss des finalen Angebotes der Beigeladenen vom 16. März 2015 fortzuführen. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen vom 16. März 2015 zu erteilen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 70.000,00 € festgesetzt, die je zur Hälfte von dem Antragsgegner und der Beigeladenen gesamtschuldnerisch zu tragen ist. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Kosten befreit. Die von der Beigeladenen somit allein zu tragenden Kosten werden auf 35.000,00 € festgesetzt.
3. Der Antragsgegner sowie die Beigeladene haben der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten je zur Hälfte gesamtschuldnerisch zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 24. Oktober 2011 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2011 / S 207-337049 den Neubau des Polizeipräsidiums [REDACTED] im Rahmen einer so genannten öffentlich-privaten Partnerschaft (ÖPP) im Verhandlungsverfahren mit vorangegangenen Teilnahmewettbewerb aus. Das Gebäude soll auf einen vom Antragsgegner vorgegebenen und vom Auftragnehmer zu erwerbenden Projekt Grundstück Modellbau der Public Privat Partnership errichtet und betrieben werden. Der Beschaffungsvorgang umfasst insbesondere die schlüsselfertige Erstellung einschließlich Entwurfs- und Planungsleistungen gemäß einer funktionalen Leistungsbeschreibung mit Raumprogramm und Raumtypenbuch und Rücküberlassung des Gebäudes von ca. 25.000 m² Hauptnutzfläche für ca. 700 Arbeitsplätze an den Auftraggeber ohne Rückkauf des Grundstückes. Außerdem soll der Auftragnehmer den Betrieb bzw. die Bewirtschaftung des Gebäudes übernehmen und das Gebäude auf die Dauer von 30 Jahren an den Antragsgegner vermieten.

Die Leistungen des Privaten Partners umfassen insofern im Wesentlichen den Ankauf des Grundstückes, die Planung, die Errichtung, die Finanzierung und die Bewirtschaftung des Polizeipräsidiums [REDACTED] inklusive der Außenanlagen und Stellplätze.

Abschnitt III der Bekanntmachung enthält die rechtlichen, wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Angaben. Unter Ziffer III.1) der Bekanntmachung sind die Bedingungen für den Auftrag formuliert. Darin heißt es:

„ 1. Geforderte Kautionen und Sicherheiten:

Finanzierungsbestätigung des finanzierenden Kreditinstitutes, Vertragserfüllungsbürgschaft bzw. [...]. Bei Einsatz einer Projektgesellschaft ist eine Mindestkapitalausstattung gefordert. Näheres: siehe Vergabeunterlagen.

1. [...]

2. Rechtsform der Bietergemeinschaft, an die der Auftrag vergeben wird:

Erforderliche Rechtsform bei Auftragserteilung:- Gesamtschuldnerisch haftende Arbeitsgemeinschaft mit bevollmächtigten Vertreter - auch zulässig: Auftragsausführung durch eine von dem Bieter zu gründende (und von ihm zu haltende) Projektgesellschaft mit ausreichender Kapitalausstattung oder mit adäquater Sicherheitsleistung und einer Arbeitsgemeinschaften vergleichbaren oder sonst angemessenen Haftung der Konsortialpartner bzw. Gesellschafter zu Gunsten des Auftraggebers. Die Bewerbergemeinschaft hat zu erklären, dass sie im Auftragsfalle eine Erklärung abgegeben wird, in der

- *die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall erklärt ist,*
- *alle Mitglieder aufgeführt sind und der für die Durchführung des Vertrages bevollmächtigte Vertreter bezeichnet wird, der die einzelnen Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber rechtsverbindlich vertritt,*
- *erklärt wird, dass alle Mitglieder als Gesamtschuldner haften.*

Mehrfachbewerbungen, das heißt parallele Beteiligungen als Einzelbewerber und gleichzeitig als Gesellschafter einer Bietergemeinschaft sind unzulässig.“

Auf die Ausschreibung hin bewarb sich die Antragstellerin in der Form einer Bewerbergemeinschaft, die Beigeladene als Einzelbewerberin. Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene wurden nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbes zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. In den Angebotsunterlagen sowohl zur Abgabe des ersten Angebotes als auch des letztverbindlichen („Best And Final Offer“ - BAFO) befinden sich im Primärvertrag / Teil II, A. 010 - Rahmenvertrag, Teil A in der Präambel und in § 1 auszugswise folgende Formulierungen:

„[...] Der Bieter hat die Projektgesellschaft [...] gegründet.“

„[...] Der Bieter [oder die vom Bieter gegründete Projektgesellschaft [...]]“

In Teil II des Primärvertrages / II.B. 010 PPP -Projektvereinbarung enthält § 10 des 2. Teiles des Vertrages: „Sonderbestimmungen bei Einsatz einer Projektgesellschaft“ folgendes:

„§ 10 Vertragsdurchführung durch Projektgesellschaft

Zur Durchführung der Maßnahmen

- *der Planung,*
- *des Baues sowie*
- *der Vermietung und*

- *Finanzierung*

für den Bewirtschaftungsgegenstand hat der Bieter die Projektgesellschaft _____ (Vermieter) errichtet. Zur Durchführung der Maßnahmen

- *der Vermietung der Betriebsvorrichtungen und Immobilien sowie*
- *der Bewirtschaftung des Bewirtschaftungsgegenstandes im Sinne des § 2.1 des Bewirtschaftungsvertrages (II. E. 020)*

hat der Bieter die Projektgesellschaft _____ (Bewirtschafteter) errichtet (Ordner 28 und Ordner 96).“

Weiterhin findet sich in den Angebotsunterlagen sowohl für das erste als auch für das letztverbindliche Angebot im zweiten Teil des Primärvertrages/ II. B. 010 PPP- Projektvereinbarung in § 11.2, dass das Stammkapital der Projektgesellschaft für die gesamte Laufzeit des Vertrages mindestens _____ € beträgt und vom Bieter im Wege der Bar-einzahlungen in voller Höhe eingezahlt worden ist. Dieselbe Formulierung findet sich auch in § 13.2 des vorgenannten Vertragsteiles (Ordner 28 und Ordner 96 der Vergabeakte). § 15 sieht u.a. vor, dass jede beabsichtigte Änderung der Gesellschafterstruktur der Projektgesellschaft(en) nach § 11 bzw. § 13 dieser Vereinbarung unverzüglich schriftlich gegenüber den Kontaktpersonen des Mieters nach § 9 des Rahmenvertrages anzuzeigen ist. Die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Gesellschafterstruktur ist unter IV. B.021. festgehalten. Änderungen der Gesellschafterstruktur sind fortzuschreiben und dem Mieter in der jeweils aktuellen Fassung vorzulegen. Gesellschaftsanteile an der Projektgesellschaft dürfen ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Mieters weder ganz noch teilweise an Dritte übertragen werden. Verpflichteter ist nach den Vertragsunterlagen entweder der Bieter oder die vom Bieter gegründete Projektgesellschaft.

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben jeweils letztverbindliche Angebote ab. Das letztverbindliche Angebot der Beigeladenen hinsichtlich der beabsichtigten Projektgesellschaft zur Auftragsausführung gestaltet sich wie folgt (Ordner 147 der Vergabeakte):

Die zur Auftragsdurchführung zu gründende Projektgesellschaft soll in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG betrieben werden (= Vermieter und Bewirtschafter), deren Gesellschaftszweck die Planung, der Bau und Betrieb sowie die Finanzierung des Neubaus des Polizeipräsidiums _____ sowie die anschließende Vermietung des Gebäudes ist. Komplementär der GmbH & Co.KG ist die im Handelsregister des Amtsgerichtes München eingetragene _____. Diese besteht von Anfang an zu je 50 % aus der _____ (im Folgenden _____ und der _____ (im Folgenden _____, die beide nicht zum Firmenverbund der Beigeladenen als Bieterin gehören. Jeweils einen Geschäftsführer der _____ stellen _____ sowie die Beigeladene. Das Stammkapital der _____ beträgt _____ €. Kommanditisten sind wiederum die _____ und _____, die jeweils 47,5 % der Kommanditanteile halten. Die restlichen Kommanditanteile von 5% werden von der Beigeladenen gehalten.

Nach dem letztverbindlichen Angebot der Beigeladenen vom 16. März 2015 schließt die [REDACTED] mit dem Antragsgegner folgende Verträge: den Rahmenvertrag, die Projektvereinbarung, die Bauverpflichtungsvereinbarung, den Mietvertrag, den Bewirtschaftungsvertrag, den Kauf- und Wartungsvertrag und den Leitstellenvertrag.

Ein von der Beigeladenen im Teilnahmeantrag benannter Nachunternehmer, der eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der Beigeladenen ist, und dessen Leistungserklärung sich auf die Bauausführung / den Neubau erstreckt (Ordner 18 der Vergabeunterlagen, Rubrik GB Süd-Bauausführung) schließt mit der [REDACTED] einen Generalübernehmervertrag hinsichtlich der als Nachunternehmer zu erbringenden Bauleistungen und wird insoweit sämtliche Leistungspflichten der Projektgesellschaft eins zu eins übernehmen und ausführen (Back-to-back- Struktur). Die Beigeladene selbst schließt mit der [REDACTED] einen Nachunternehmervertrag hinsichtlich der Bewirtschaftung, ebenfalls nach dem sog. Back -to back- Prinzip (Ordner 147 der Vergabeunterlagen, finales Angebot der Beigeladenen, IV.B.020.1 „Projektstruktur“, IV.B.030.1.1 „Term Sheet“). Die Beigeladene benannte bereits im Rahmen der Präqualifikation die einzusetzenden Nachunternehmer und gab die entsprechenden Leistungserklärungen ab (Ordner 1 und 18 der Vergabeunterlagen).

Ausweislich des vom Antragsgegner mit Schriftsatz vom 29. Januar 2016 in Kopie vorgelegten Gesellschaftsvertrages (15. Oktober 2015), der die von der Beigeladenen in ihrem letztverbindlichen Angebot vorgesehene Gesellschaftsstruktur der [REDACTED] enthält, bezeichnet die Höhe der zu leistenden Pflichteinlagen zugleich den festen Kapitalanteil an der Gesellschaft. Im Übrigen ist der Komplementär am Vermögen der Gesellschaft nicht beteiligt und leistet keine Einlage. Des Weiteren haben die Kommanditisten bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages die im letztverbindlichen Angebot der Beigeladenen aufgeführten Pflichteinlagen geleistet, die zugleich auch als Hafteinlage in das Handelsregister eingetragen werden sollen. Danach hat die Beigeladene als Bieterin eine Pflichteinlage in Höhe von [REDACTED] € geleistet, [REDACTED] und [REDACTED] jeweils in Höhe von [REDACTED] €.

Zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ist allein der Komplementär (bestehend aus [REDACTED] und [REDACTED] berechtigt und verpflichtet. Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sofern der Gesellschaftsvertrag oder zwingende gesetzliche Vorschriften nichts Abweichendes regeln. Dies gilt auch für die Erteilung der Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften. Geschäfte, die zu einer Beendigung einzelner oder aller Verträge des PPP-Projektes führen oder die nach den mit dem Land Hessen geschlossenen Verträgen des PPP- Projektes der Zustimmung des Landes Hessens bedürfen, bedürfen der Zustimmung aller Gesellschafter.

Sofern diese Geschäfte nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit Leistungen des Gesellschafters [REDACTED] oder mit ihm verbundener Unternehmen in seiner Funktion als Nachunternehmer der Gesellschaft stehen, sind sie von der Zustimmung aller Gesellschafter ausgeschlossen. Je ein Euro Kapitalanteil gewähren eine Stimme. Am Gewinn und Verlust nehmen nur die Gesellschafter [REDACTED] und [REDACTED] im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zueinander teil, das heißt der Gewinn und Verlust der Gesellschaft stehen grundsätzlich nur diesen Gesellschaftern je zur Hälfte zu.

Ausweislich des Verhandlungsprotokolls zu dem Verhandlungsblock 1.3 vom 9. Oktober 2014 beehrte die Antragstellerin bezüglich eines Gesellschafterwechsels (§ 15.2, PPP- Projektvereinbarung II.B.010) eine Regelung dahingehend, dass nach Vertragsabschluss die Aufnahme neuer Gesellschafter zum Zwecke der Finanzierung ohne Zustimmung des Landes Hessen (Mieter) zulässig sein müsse.

Der Antragsgegner lehnte dies ab, und wies darauf hin, dass von der Zustimmung nur Änderungen in Person und Zahl der Anleger(sei es als direkte Gesellschafter oder als Anteilseigner eines Gesellschafter) ausgenommen sind, wenn diese keinen Einfluss auf die Steuerung des Projektes nehmen können (Ordner 10 A der Vergabeakte, ohne Seitenangabe und Registerbezeichnung).

Mit Schreiben vom 31. Juli 2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass nach abgeschlossener Prüfung der Angebote ein Mitbewerber als Bestbieter für die Zuschlagserteilung vorgesehen sei, ohne den beabsichtigten Zuschlagsbieter zu benennen. Mit Informationsschreiben nach § 101a GWB vom 20. November 2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, er beabsichtige, den PPP-Vertrag am 1. Dezember 2015 mit der vom Bieter [REDACTED] und seinem Finanzierungspartner [REDACTED] [REDACTED] eingerichteten Projektgesellschaft [REDACTED] abzuschließen.

Mit Telefax Schreiben vom 23. November 2015 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner die beabsichtigte Vergabe als vergaberechtswidrig und forderte den Antragsgegner auf, der Rüge bis zum 25. November 2015, 14.00 Uhr, abzuhelpfen. Die Projektgesellschaft, die den Auftrag ausführen soll, sei nicht von der [REDACTED] gegründet worden, sondern von der [REDACTED] und [REDACTED], die auch gleichzeitig diese Gesellschaft halten würden. Diese gesellschaftsrechtliche Konstruktion entspreche nicht den Vorgaben der Auftragsbekanntmachung. Das Angebot der [REDACTED] sei zwingend auszuschließen.

Mit Schreiben vom 25. November 2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, er werde der Rüge nicht abhelfen. Der Bieter [REDACTED] werde sicherstellen, dass er alleiniger Gesellschafter der Projektgesellschaft [REDACTED] sein werde, wenn diese mit dem Land Hessen den PPP-Vertrag abschließen werde. Die notwendigen Schritte hierzu seien bereits veranlasst. Die Vergabestelle verwies im Übrigen auf die Möglichkeit gemäß § 15.2 der PPP-Projektvereinbarung Änderungen auf Ebene der Gesellschafter in der Vertragslaufzeit vorzunehmen. Mit der Sicherung der alleinigen Gesellschafterstellung des Bieters sei die Kritik der Antragstellerin ausgeräumt und der Zuschlag für den 7. Dezember 2015 beabsichtigt.

Aufgrund dieses Schreibens rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. November 2015 erneut die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Projektgesellschaft [REDACTED]. Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom gleichen Tage mit, dass er ihr neuerliches Rügeschreiben bis zum 30. November 2015, 12.00 Uhr, beantworten werde. Nach Rügeerhebung veränderte die Beigeladene die mit dem letztverbindlichen Angebot angebotenen Projektstruktur der [REDACTED] dahingehend, dass Komplementär nunmehr die [REDACTED] ist, während die Beigeladene die Rolle der Kommanditistin einnehmen sollte. Persönlich haftender Gesellschafter ist die [REDACTED]. Zwischen der Beigeladenen und der Goldbeck GmbH besteht ein Gewinnabführungsvertrag. Die [REDACTED] wiederum ist alleinige Gesellschafterin der Beigeladenen.

Mit Schriftsatz vom 27. November 2015 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie ist der Auffassung, das Angebot der Beigeladenen sei zwingend auszuschließen, weil dieses Angebot den Vorgaben der Auftragsbekanntmachung in mehrerlei Hinsicht nicht entspreche. Bei der Beigeladenen handele es sich um einen Einzelbieter, der nach der Auftragsbekanntmachung keine Projektgesellschaft gründen könne.

Dies sei lediglich Bietergemeinschaften vorbehalten. Hinzu komme, dass die zur Auftragsausführung vorgesehenen Projektgesellschaft nicht ausschließlich von dem Bieter gegründet worden sei und nicht von ihm gehalten werde. An der in der Ausschreibung geforderten gesamtschuldnerischen Haftung von Bieter und Projektgesellschaft fehle es ebenfalls. Die Beigeladene als Bieterin gebe insoweit das Projekt aus der Hand und begeben sich in die Rolle eines Nachunternehmers einer Projektgesellschaft, die von [REDACTED] und [REDACTED] gesteuert und kontrolliert werde. Der Antragsgegner betone selbst, dass die Beigeladene nicht sämtliche Pflichten der Projektgesellschaft gegenüber dem Antragsgegner übernehme. Das gelte vielmehr nur für „Primärleistungen“ wie Bau und Betrieb. Wesentliche Pflichtenkomplexe des Vertragswerkes, die sich beispielsweise aus dem Mietvertrag, den Grundstückskaufvertrag, den Instandhaltungsvertrag, dem Kauf- und Wartungsvertrag über Sonderausstattung sowie dem Leitstellenvertrag ergäben, sollen gerade nicht durch die Beigeladene übernommen werden. Das Verwertungsrisiko als wesentliches Element der Risikoverteilung eines PPP-Projektes trage die Beigeladene ebenso wenig wie die Risiken aus dem Mietvertrag und dem Grundstückskaufvertrag, sondern [REDACTED] und [REDACTED]. Der Antragstellerin selbst wurde es, anders als der Beigeladenen, nicht ermöglicht, ihren potentiellen Finanzierungspartnern vergleichbaren Einfluss auf das Projekt einzuräumen. Dies schlage sich in den Finanzierungsbedingungen nieder, die ungünstiger seien, als wenn den Finanzierungspartnern dieser Einfluss auf das Projekt hätte eingeräumt werden können. Gerade der praktisch vollständige Austausch der Gesellschafter der Projektgesellschaft der Beigeladenen verschaffe dieser erhebliche Vorteile, nämlich hinsichtlich der Darstellung des geforderten Eigenkapitals nebst Beschaffung des erforderlichen Fremdkapitals.

Weiterhin sei die Projektgesellschaft der Beigeladenen entgegen den Vorgaben der Vergabeunterlagen im Zeitpunkt der Abgabe des finalen Angebotes nicht gegründet gewesen. Die Gründung und Eintragung der Projektgesellschaft sei erst wesentlich später im Laufe des September/Oktober 2015 erfolgt. Auch ein Gesellschaftsvertrag dieser Projektgesellschaft existierte zur Abgabe des 2. Angebotes der Beigeladenen nicht. Aus dem Schreiben des Antragsgegners vom 25. November 2015 ergebe sich, dass die Beigeladene ihr Angebot nachträglich geändert habe. Des Weiteren sei der beabsichtigte Abschluss nur des PPP-Vertrages eine nachträgliche Änderung des Beschaffungsgegenstandes. Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters [REDACTED] zu erteilen.
2. Den Antragsgegner zu verpflichten, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Der Einsatz einer Projektgesellschaft sei auch für Einzelbieter zulässig. Dies ergebe sich auch aus der EU-Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen. Der konkrete Vorlagezeitpunkt für den Gesellschaftsvertrag der Projektgesellschaft sei in den Angebotsunterlagen mit (V) gekennzeichnet gewesen, was in den Angebotsunterlagen als „Auf Aufforderung / Verlangen, spätestens jedoch bis Vertragsschluss“ definiert sei. Die Vergabeunterlagen sähen auch nicht vor, dass die Projektgesellschaft ausschließlich vom Bieter „persönlich“ gehalten werden dürfe. Aus den Vergabeunterlagen sei ersichtlich, dass die Auftragsausführung durch eine Projektgesellschaft als von Beginn an zulässigem Regelfall in den Vergabeunterlagen vorgesehen gewesen sei. § 15.2 der Projektvereinbarung gestatte es, im Kreis der Gesellschafter Änderungen herbeizuführen.

Der nach den Vergabeunterlagen zu benennende Finanzierungspartner erbringe eine Finanzierungsleistung, die für sich genommen keine dem Vergaberecht unterfallende Beschaffungsleistung darstelle. Der Antragsgegner habe der Rüge der Antragstellerin abgeholfen, so dass insoweit keine subjektive Rechtsverletzung durch die Antragstellerin dargelegt sei. Der Begriff des „Haltens der Projektgesellschaft“ im Sinne der Bekanntmachung könne unterschiedlich verstanden werden. Er sei somit jedenfalls auslegungsfähig und auslegungsbedürftig. Bieteridentität sei auch im vorliegenden Fall gegeben, denn allein die Änderung auf der Gesellschafterebene der Projektgesellschaft könne die Identität des Bieters nicht infrage stellen. Die Beigeladene würde selbst Vertragspartei der PPP-Verträge und zeichne diese mit. Des Weiteren werde die Beigeladene nach ihrem Angebot Nachunternehmerin der Projektgesellschaft in Form einer Generalübernehmerin. In dieser Beteiligtenstellung werde die Beigeladene sämtliche Leistungspflichten der Projektgesellschaft eins zu eins übernehmen und ausführen (Back- to- back-Struktur).

Die Beigeladene werde sämtliche Leistungspflichten der Projektgesellschaft ausführen, das heißt die Planungs- und Bauleistungen, die Bewirtschaftungsleistungen einschließlich

Instandhaltung, die Leistungspflichten aus den Verträgen über die Sonderausstattung und über die Leitstelle.

Soweit hierin nicht die Vermietungsleistung, die Finanzierung und der Grundstücksan-
kauf angesprochen seien, so unterlägen diese Leistungspflichten für sich genommen
schon nicht dem Vergaberecht. Darüber hinaus werde die Beigeladene die in der Pro-
jektvereinbarung geforderten Patronatserklärungen abgeben sowie Bürgschaften stel-
len.

Mit Beschluss vom 16. Dezember 2015 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsver-
fahren hinzugezogen und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie umfassend
Gebrauch machte. Die Beigeladene beantragte Akteneinsicht, die ihr hinsichtlich des 29-
seitigen Vergabevermerkes (in geschwärzter Fassung) gewährt wurde. Mit E-Mail vom
12. Februar 2016 erhielt die Beigeladene Gelegenheit zu der von der Vergabekammer
beabsichtigten Kostentragung der Beigeladenen im Falle des Unterliegens bis zum
18. Februar 2016 Stellung zu nehmen. Die Kammer teilte mit, sie beabsichtige, von ihrer
bisherigen Spruchpraxis abzuweichen, wonach der Beigeladenen entsprechend § 154
Abs. 3 VwGO Kosten nur dann auferlegt werden könnten, wenn diese Sachanträge ge-
stellt habe. Mit Schriftsatz vom 18. Februar 2016 nahm die Beigeladene zum Verlauf der
mündlichen Verhandlung Stellung und stellte folgende Verfahrensanträge:

- I. Gegen die beabsichtigte Verfügung der Vergabekammer vom 12. Febru-
ar 2016 wird eine Gegenvorstellung erhoben.
- II. Die beabsichtigte Verfügung der Vergabekammer vom 12. Februar 2016
wird in dieser Sache nicht umgesetzt.
- III. Hilfsweise: Die mündliche Verhandlung wird wieder eröffnet.
- IV. Höchsthilfsweise: Die Schriftsätze der Beigeladenen werden aus der Verga-
beakte entfernt.
- V. Die Beigeladene lehnt die Vorsitzende der Vergabekammer, Frau
Regierungsdiaktorin Roth, wegen der Besorgnis der Befangenheit ab.

Mit Beschluss vom 22. Februar 2016 lehnte die 2. Vergabekammer des Landes Hessen
unter Vorsitz des Vorsitzenden der 1. Vergabekammer Herrn Regierungsdirektor Har-
nisch, dem hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und der ehrenamtli-
che Beisitzerin Technische Amtsärztin Denz-Kinzel den Befangenheitsantrag gegen die
Vorsitzende der 2. Vergabekammer ab.

Im Übrigen ist die Beigeladene der Auffassung, die Rüge der Antragstellerin vom
23. November 2015 sei verfristet, da der Antragstellerin bereits mit Schreiben vom
31. Juli 2015 mitgeteilt worden sei, der beabsichtigte Zuschlagsbieter habe im Hauptkri-
terium Kosten einen so erheblichen Vorsprung, dass das Angebot der Antragstellerin im
Ergebnis nur zweitplatziert sei.

Aus der Vergabebekanntmachung sei ersichtlich, dass bei Einsatz einer Projektgesellschaft eine Mindestkapitalausstattung gefordert sei. Jegliche Rüge, die sich auf die Gründung einer Projektgesellschaft beziehe, sei verfristet. Das Recht der Antragstellerin zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sei jedenfalls verwirkt, da die Stellung des Nachprüfungsantrages gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoße.

Darüber hinaus fehle der Antragstellerin die Eignung, da ein Mitglied der Antragstellerin versucht habe, eine Projektstruktur und ein Vertragsmodell mit der Beigeladenen zu realisieren, welches die Antragstellerin jetzt angreife. Im Übrigen sei eine Rügeabhilfe während des Verfahrens erfolgt. Die Beigeladene sei jetzt alleinige Gesellschafterin der [REDACTED]. Aus dem aktuellen Handelsregisterauszug und Gesellschafterlisten sei zu entnehmen, dass bei der [REDACTED] der persönlich haftende Gesellschafter die [REDACTED] sei. Der Kommanditist sei die Beigeladene. Diese sei zudem alleinige Gesellschafterin der Beigeladenen mit der ein Gewinnabführungsvertrag bestehe.

Gegen die Eignung der Beigeladenen habe die Antragstellerin nichts vorgetragen. Die Beigeladene sei zur Auftragsführung nach § 19 EG Abs. 5 VOL/A (gemeint wohl VOB/A) geeignet. Eine im Vergabeverfahren verwandte Bekanntmachung sei dahin auszulegen, wie der Text von einem fachkundigen Unternehmen, welches die Gepflogenheiten des konkreten Auftraggebers nicht kenne, verstanden werde. Vorliegend komme es nur auf den Bekanntmachungstext an, der keine weitergehenden Kriterien an die Form und den Inhalt der Projektgesellschaft stelle. Nach § 7 EG Abs. 5 Satz 1 VOL/A (gemeint wiederum VOB/A) gäben die Auftragnehmer bereits in der Bekanntmachung an, welche Nachweise vorzulegen seien. Es genüge dabei nicht, wenn in der Bekanntmachung ohne jede Konkretisierung auf § 7 EG Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A bzw. die Vergabeunterlagen verwiesen werde. Es sei den an der Auftragsvergabe interessierten Unternehmen bei pauschaler Verweisung auf § 7 EG Abs. 2 und Abs. 3 VOL /A selbst überlassen, diejenigen Mittel zu wählen, die sie für hinreichend aussagekräftig hielten, um als Nachweis ihrer Eignung zu dienen. Im Übrigen liege auch eine vergabekonforme Gründung der Projektgesellschaft vor. Ein Verweis auf § 7 EG Abs. 3VOL/A sei keine ordnungsgemäße Bekanntmachung geforderter Mindestanforderungen an die Eignung. Dies habe wiederum zur Folge, dass auf die dort veröffentlichten Dokumente im Hinblick auf weitere Anforderungen zur Projektgesellschaft nicht Bezug genommen werden können. Nicht nur Bietergemeinschaften könnten ausweislich der Bekanntmachung eine Projektgesellschaft gründen. Die von der Antragstellerin vorgenommene Interpretation sei erkennbar fernliegend.

Der Duden nenne 20 Bedeutungen des Wortes „halten“. Jedoch könnten die gesamten Erörterungen dahinstehen, da die Beigeladene die Alleingesellschafterin der Projektgesellschaft sei und zum Zeitpunkt des Zuschlages auch sein werde. Rechtliche Veränderungen in der Sphäre des Auftragnehmers seien nicht von vorneherein stets mit einem vergaberechtlich relevanten Auftragnehmerwechsel gleichzusetzen.

Die von der Antragstellerin gerügten Punkte betreffen Fragen der Vertragsabwicklung und seien damit keine Rechte gemäß § 97 Abs. 7 GWB. Die inhaltliche Ausgestaltung der Projektgesellschaft unterliege nicht der Vergabenachprüfung. Die Antragstellerin hätte den Bewertungsvorgang angreifen müssen, was aber unterblieben sei.

Aufgrund der konkreten Stimmrechtsregelungen in dem Gesellschaftsvertrag habe die Beigeladene im Projekt [REDACTED] innerhalb des Gesellschafterkreises der Projektgesellschaft eine beherrschende Stellung und könne unabhängig von ihrem Geschäftsanteil alle maßgeblichen künftigen Entscheidungen der Projektgesellschaft im Hinblick auf eine angebotskonforme Umsetzung des Vertragsverhältnisses bestimmen. Durch den ersten Teil des Satzes „Auftragsausführung durch eine von dem Bieter zu gründende (und von ihm zu haltende) Projektgesellschaft mit ausreichender Kapitalausstattung“ bliebe zunächst festzuhalten, dass die Gründung der Gesellschaft durch die Beigeladene mit erfolgen müsse, was erfolgt sei. Sprachlich ließe der Bekanntmachungstext nur den Rückschluss zu, dass nur eine spätere, vollständige Veräußerung der Anteile an der Projektgesellschaft nicht möglich sein solle, mehr aber nicht. Ein Hinzutreten weiterer Gesellschafter sei aber ohne weiteres zulässig. Die Beigeladene unterzeichne auch die Verträge, die die wesentlichen Leistungsanteile (Planung, Bau und Betrieb) betreffen. Darüber hinaus gebe die Beigeladene auch die entsprechenden Patronatserklärungen ab. Im Übrigen sei die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen einer Projektgesellschaft vergabefrei und unterliege nicht einer vergaberechtlichen Bewertung.

Die Antragstellerin hat im Rahmen der Akteneinsicht ebenfalls den Vergabevermerk in geschwärtzter Fassung erhalten. Die mündliche Verhandlung hat am 22. Januar 2016 stattgefunden. Darin erklärte der Vertreter der Beigeladenen, im Hinblick auf die bisherige Spruchpraxis der erkennenden Kammer, nach der die Beigeladene nur dann ein Kostenrisiko trage, wenn sie selbst Anträge stelle, würden keine Anträge gestellt.

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 29. Januar 2016 hat der Antragsgegner zu der mündlichen Verhandlung Stellung genommen. Die Beigeladene hat mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 29. Januar 2016 Stellung genommen. Auch die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 4. Februar 2016 nochmals (zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 29. Januar 2016) Stellung genommen. Die Vergabekammer sieht aufgrund des gesamten nach der mündlichen Verhandlung erfolgten schriftsätzlichen Vortrages - auch der Beigeladenen - keine Veranlassung, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten, da die Beteiligten ausschließlich ihre Rechtsauffassungen darlegen.

Die Vergabekammer hat von dem Antragsgegner zunächst 164 Aktenordner erhalten, diese alle durchgesehen und dabei festgestellt, dass Unterlagen fehlten. Der Antragsgegner hat auf Anforderung der Vergabekammer die Vergabeordner 10 A und 10 B (nicht paginiert und ohne Inhaltsverzeichnis) nachgeliefert. Aufgrund der Vielzahl der Vergabeordner und einer fehlenden durchgehenden Paginierung, ist es Vergabekammer nicht möglich abschließend festzustellen, ob tatsächlich alle vergaberechtlichen Unterlagen vorgelegt worden sind.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 22. Januar 2016 sowie auf die Vergabeakten (166 Aktenordner, paginiert sind nur die Aktenordner 1-10 (Blatt 1- 3967)) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- I. Da das Vergabeverfahren vor dem 14. Dezember 2001 begonnen hat, ergeht die Entscheidung der erkennenden Kammer vorliegend auf der Grundlage des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juli 2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Mai 2009 (GWB a.F.), § 131 Abs. 3, 1. HS. GWB.
- II. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB a.F. ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB a.F.. Der verfahrensgegenständliche Beschaffungsvorgang samt Finanzierungsleistung ist ein öffentlicher Auftrag nach § 99 Abs. 3 Alt. 3 GWB a.F., der auch nicht ausnahmsweise von der (teilweisen) Anwendung des Vierten Teiles des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen befreit ist. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Finanzierungsleistungen (dazu 1.), als auch im Hinblick auf die vorgesehene Anmietung des Polizeipräsidiums (dazu 2.).
 1. Ausgehend von der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union bestimmt sich die Rechtsnatur eines Vertrages, der zugleich Elemente eines Bauauftrages und solche eines Auftrages anderer Art aufweist nach seinem Hauptgegenstand (EuGH, Urteil vom 21. Februar 2008 - Rs. C-412/04 - JurionRS 2008, 14049; Zeiss in: Heiermann/Zeiß, juris PK- Vergaberecht, 4. Auflage 2013 Stand 10. Oktober 2014 § 99 GWB RdNr. 428; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 30. April .2014 - Verg 35/13 - JurionRS 2015, 20363). Maßgebend für einen Bauauftrag ist, ob Bauleistungen den Hauptgegenstand des Vertrages bilden oder ob sie zum Hauptgegenstand lediglich Nebenarbeiten sind. Nicht nur der Wert der Leistungsanteile, die ein Indiz sein können, ist entscheidend, sondern die Frage, welcher Leistungsanteil den Auftrag prägt (Oberlandesgericht Düsseldorf, a. a. O.). Dies ergibt sich auch aus § 99 Abs. 8 Satz 1 GWB a.F.. Im Sinne des funktionalen Auftragsbegriffes ergibt sich aus Art und Umfang der vorliegend ausgeschriebenen Leistung, dass der Schwerpunkt des Auftrages im Bereich der Errichtung und des Betriebs des Polizeipräsidiums liegt, nicht im Bereich der Finanzierungsdienstleistung.
 2. Das zu errichtende Polizeipräsidium wird auch im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB a.F. nach den Erfordernissen des Antragsgegners erstellt und kommt diesem unmittel-

bar wirtschaftlich zugute, denn ein entsprechender Mietvertrag soll ihm die Verfügbarkeit des Gebäudes, das Gegenstand des Auftrages ist, im Hinblick auf die öffentliche Zweckbestimmung sicherstellen. Maßgeblich ist hier nicht die Vertragsform, sondern dass bei materieller Betrachtung die Bauleistungen durch den Dritten nach den Vorgaben des Auftraggebers erbracht wird und der Vorhang in tatsächlicher Hinsicht einen Bauauftrag der öffentlichen Hand gleichkommt. Es liegt daher gerade kein (Miet-)Vertrag vor, der im Hinblick auf § 100 Abs. 2 lit. h) GWB a.F. nicht dem Vergaberecht unterliegt.

- III. Die Antragstellerin ist auch nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, denn durch den beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene kann die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt sein. Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ist insbesondere nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beigeladene nunmehr alleinige Gesellschafterin der [REDACTED] ist. Insoweit steht im Raum, dass eine Rechtsverletzung bereits darin zu sehen wäre, dass die Beigeladene und die Antragsgegnerin unzulässig nachverhandelt haben. Die Antragstellerin hat schlüssig dargetan, dass sie durch das möglicherweise nicht ausschreibungskonforme Angebot der Beigeladenen in ihrem Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren verletzt sein könnte. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vorneherein auszuschließen, dass sie durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet. Ausweislich der Vergabeakte liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle der Wertung. Im Übrigen ist es nicht von vornherein auszuschließen, dass die Antragstellerin unter Zugrundelegung der von der Beigeladenen angebotenen Projektstruktur ein kostengünstigeres Angebot hätte unterbreiten können.
- IV. Die Antragstellerin ist mit ihrem Vortrag auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. präkludiert. Die Antragstellerin hat den beabsichtigten Zuschlag an die Projektgesellschaft [REDACTED] unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. gerügt. Die am 23. November 2015 und 26. November 2015 erhobenen Rügen sind rechtzeitig. Dass die Gründung und die gesellschaftsrechtliche Struktur der Projektgesellschaft der Beigeladenen entsprechend dem letztverbindlichen Angebot nach dem Vortrag der Antragstellerin nicht den Vorgaben der Auftragsbekanntmachung entsprechen soll, konnte die Antragstellerin erst mit Erhalt des Informations- und Absageschreibens gemäß § 101a GWB a.F. vom 20. November 2015 und dem Schreiben vom 25. November 2015 erkennen. Für die Vergabekammer steht nicht zweifelsfrei fest, dass die Antragstellerin aufgrund des Schreibens vom 31. Juli 2015 oder gar bei einem Treffen mit der Beigeladenen auf dem Oktoberfest 2015 in München tatsächlich über die von der Beigeladenen letztverbindlich angebotene Projektstruktur Kenntnis gehabt hat.

- B. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Antragstellerin ist durch die vom Antragsgegner beabsichtigte Bezuschlagung auf das Angebot der Beigeladenen in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt. Auf der Grundlage der bis Dezember 2011 maßgeblichen Rechtslage (dazu I.) liegt im Hinblick auf das letztverbindliche Angebot der Beigeladenen ein zwingender Ausschlussgrund vor (dazu II.). Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf ein zwingend auszuschließendes Angebot wird die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt (dazu III.). Die mit Schriftsatz der Beigeladenen vom 18. Februar 2016 von dieser gestellten Verfahrensanträge zu 1) bis 4) waren abzulehnen (dazu IV.).
- I. Anzuwenden sind vorliegend die Bestimmungen des 2. Abschnittes des Teiles A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Juli 2009 (BAnz. Nr. 155a vom 15. Oktober 2009), geändert durch Bekanntmachung vom 19. Februar 2010 (BAnz. Nr. 36 vom 5. März 2010, BAnz. S. 940) - im Folgenden VOB/A a.F.. Dies ergibt sich aus § 97 Abs. 6 GWB a.F. in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003, zuletzt geändert durch Verordnung vom 7. Juni 2010 (BGBl. I S. 724) - im Folgenden VgV a.F., § 23 Satz 1 VgV.
- II. Das Angebot der Beigeladenen vom 16. März 2015 ist zwingend auszuschließen, § 16 Abs.1 Nr.1 lit. b) in Verbindung mit § 13 Abs.1 Nr.5 Satz 1 VOB/A a.F.. Das Angebot entspricht nicht den Vorgaben nach Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung. Zwar war die Gründung einer Projektgesellschaft auch Einzelbieter möglich (dazu 1.). Die vom Bieter einzusetzende Projektgesellschaft musste auch nicht bereits mit Abgabe des zweiten, letztverbindlichen Angebotes gegründet worden sein (dazu 2.). Maßgeblich für die bekanntmachungskonforme Angebotslegung sind die letztverbindlichen Angebote der Bieter und somit ausschließlich das Angebot der Beigeladenen vom 16. März 2015 (dazu 3.). Dahinstehen kann, ob die Projektgesellschaft [REDACTED] von der Beigeladenen als Bieterin gegründet worden ist. Jedenfalls wird sie nicht von ihr gehalten (dazu 4.). Auch liegt keine einer Arbeitsgemeinschaft vergleichbare oder sonst angemessene Haftung der Konsortialpartner bzw. Gesellschafter zu Gunsten des Antragsgegners (Auftraggebers) vor (dazu 5.).
1. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist es auch Einzelbietern erlaubt, vorliegend die Gründung einer Projektgesellschaft für die Auftragsausführung anzubieten. Zum einen unterscheidet das Vergaberecht insoweit nicht zwischen einem Einzelbieter und einer Bietergemeinschaft. Vielmehr sind Bietergemeinschaften gemäß § 6 Abs.1 Nr. 2 VOB/A a.F. unter der dort genannten Voraussetzung Einzelbieter gleichzusetzen. Zum anderen hat der Antragsgegner mit Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung nur das erfüllt, was der Gesetzgeber unter § 6a Abs. 8 VOB/A a.F. vorgegeben hat. Darüber hinaus ist der Auftraggeber auch an den vorgegebenen Aufbau und die vorgegebenen Überschriften des Bekanntmachungsformulars durch das Amt für Veröffentlichungen gebunden, § 12a Abs. 3 Nr. 1 VOB/A a.F..

Der öffentliche Auftraggeber hat weder auf die vorgegebenen Überschriften noch auf die Gestaltung Einwirkungsmöglichkeiten. Die vorgegebene Überschrift ist durchaus irritierend, jedoch ergibt sich aus der für die Auslegung maßgeblichen Gesamtwürdigung der Vergabeunterlagen eindeutig, dass Einzelbieter ebenfalls zur Auftragsdurchführung eine Projektgesellschaft gründen dürfen.

2. Des Weiteren ergibt sich aus den Vergabeunterlagen auch, dass nicht bereits mit Abgabe des zweiten, letztverbindlichen Angebotes eine Projektgesellschaft gegründet worden sein musste. Vielmehr belegen die Angebotsunterlagen, dass ein Gesellschaftsvertrag der Projektgesellschaft erst zum Vertragsschluss vorgelegt werden muss, frühesten Vorlagezeitpunkt hierfür war das Verlangen bzw. die Aufforderung des Antragsgegners. Darüber hinaus hat der Antragsgegner aufgrund von Bieterfragen, die sich auch vor Abgabe des zweiten Angebotes auf den Abgabezeitpunkt der Gesellschaftsverträge bezogen, letztmalig am 12. Februar 2015 unter Nummer 310 hierauf geantwortet und allen Bietern mitgeteilt, dass die Gesellschaftsverträge für eine Projektgesellschaft spätestens bei Vertragsschluss vorzuliegen haben, sofern die Vergabestelle nicht zwischenzeitlich vorher Kopien bzw. Entwürfe der Gesellschaftsverträge verlangt habe, was sie ausweislich ihrer Antwort vom 12. Februar 2015 bis dahin nicht getan habe (Ordner 5, Blatt 1.992 der Vergabeakte). Selbst die Antragstellerin hat vor Abgabe ihrer Angebote dieselbe Bieterfrage gestellt und von dem Antragsgegner auch die entsprechend inhaltsgleiche Antwort erhalten.
3. Prüfungsmaßstab für die Vergabekammer hinsichtlich einer bekanntmachungskonformen Angebotslegung ist das letztverbindliche Angebot der Bieter. Das letztverbindliche Angebot der Beigeladenen datiert vom 16. März 2015. Zwar sind nach den Vertragsunterlagen (siehe § 15 des Primärvertrages II.B.010) Änderungen der Gesellschaftsstruktur der Projektgesellschaft bzw. Gesellschafterwechsel nach Vertragsschluss möglich. Dies hat der Antragsgegner im Rahmen der Beantwortung von Bieterfragen dahingehend konkretisiert, dass von der Zustimmung nur Änderungen in Person und Zahl der Anleger (sei es als direkte Gesellschafter oder als Anteilseigner eines Gesellschafter) ausgenommen sind, wenn diese keinen Einfluss auf die Steuerung des Projektes nehmen können (Antwort in dem Verhandlungsprotokoll vom 9. Oktober 2015, Ordner 10 A ohne Seitenangabe und Registerbezeichnung). Aber die Möglichkeit, Änderungen der Gesellschaftsstruktur der Projektgesellschaft bzw. Gesellschafterwechsel nach Vertragsschluss vorzunehmen zu können bedeutet nicht, dass Änderungen zwischen dem letztverbindlichen Angebot und dem Zuschlag zulässig sind, denn dies ist ein unzulässiges Nachverhandeln, § 15 Abs. 3 VOB/A a.F.. Auch im Verhandlungsverfahren gebietet es der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter, verbindliche Angebote nicht nur mit einem Bieter vorzunehmen. Dies gilt umso mehr, wenn Verhandlungen - wie vorliegend - dazu dienen sollen, ein Angebot erst zuschlagsfähig zu machen. Der Antragsgegner konnte in der mündlichen Verhandlung keine nachvollziehbare Begründung dafür geben, weshalb nach dem letztverbindlichen Angebot der Beigeladenen Änderungen an der Projektstruktur vorgenommen worden sind.

Die Aussage, man habe die Vergabe „noch rechtmäßiger“ gestalten wollen, spricht für sich. Auch handelt es sich bei den Änderungen der Gesellschaftsstruktur der Projektgesellschaft bzw. eines Gesellschafterwechsels nicht um unwesentliche Änderungen, da diese - wie dargelegt - auch nach Vertragsschluss der Zustimmung des Auftraggebers bedurft hätten. Darüber hinaus setzen die in § 15 des Primärvertrages vorgesehenen Änderungen der Gesellschaftsstruktur der Projektgesellschaft bzw. des Gesellschafterwechsels voraus, dass zunächst eine Projektgesellschaft vom Bieter gegründet worden sein muss und diese von ihm gehalten wird, d.h. Ausgangspunkt für die nach Vertragsschluss zulässigen Änderungen ist immer eine den Vorgaben der Bekanntmachung entsprechende Gesellschaftsstruktur.

4. Die Projektgesellschaft [REDACTED] wird jedoch nicht von der Beigeladenen gehalten. Unter Ziffer III.1.3) der Vergabebekanntmachung hat der Antragsgegner eine konkrete Aussage hinsichtlich der Anforderungen einer Projektgesellschaft zur Auftragsausführung getroffen. Danach muss die Projektgesellschaft zunächst vom Bieter gegründet und von ihm gehalten werden. Diese Vorgaben sind auch nicht einer Auslegung zugänglich. Voraussetzung der Auslegung ist die Auslegungsbedürftigkeit. Hat eine Erklärung nach Wortlaut und Zweck einen eindeutigen Inhalt, so ist für eine Auslegung kein Raum (Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Auflage 2013, § 133 RdNr. 6). So liegt der Fall auch hier. Nicht nur der Wortlaut der Regelung ist eindeutig, sondern das am Wortlaut orientierte Verständnis entspricht auch dem Zweck.
 - a) Die Vergabekammer kann es dahingestellt sein lassen, ob die Beigeladene als Bieterin und Kommanditistin der [REDACTED] diese gegründet hat, d.h., ob hierfür ein Mitbegründen ausreichend ist. Für eine Gründung durch die Beigeladene spricht immerhin, dass bei einem anderen Verständnis nur die Gründung einer Projektgesellschaft mit nur einem Gesellschafter - nämlich dem Bieter - in Betracht käme.
 - b) Jedenfalls hält die Beigeladene als Bieterin die Projektgesellschaft [REDACTED] nicht, was nach der Auftragsbekanntmachung kumulativ gefordert ist.
- (1) Es erscheint ohne weiteres sinnvoll, dass der Antragsgegner es den Bietern nicht ermöglichen will (und kann), das Projekt durch Gründung einer Projektgesellschaft zum Zwecke der Auftragsausführung aus der Hand zu geben. Der öffentliche Auftraggeber will (und muss) sich den vertraglichen Zugriff auf den Bieter und dessen Kompetenz, d.h. seinen Schuldner, im Hinblick auf die Auftragsausführung sichern. Im Rahmen des Vergabeverfahrens wurde ausschließlich die Eignung des Bieters, hier der Beigeladenen geprüft und bejaht. Die von der Beigeladenen gewählte gesellschaftsrechtliche Konstruktion führt dazu, dass diese zur bloßen Nachunternehmerin der Projektgesellschaft wird.

Hieran ändert auch die zwischen der Beigeladenen und der Projektgesellschaft geschlossene Back-to-Back- Vereinbarung nichts, da sich diese zwar auf wesentliche, nicht aber auf alle Bestandteile des hier verfahrensgegenständlichen PPP- Vertrages bezieht.

- (2) Gegen die Annahme, die Beigeladene „halte“ die Projektgesellschaft im Sinne der Auftragsbekanntmachung, sprechen auch die Vertragsunterlagen. Ab welchem Gesellschaftsanteil eines Bieters ein „Halten“ einer Gesellschaft vorliegt, braucht die Vergabekammer vorliegend nicht zu entscheiden, denn jedenfalls reicht die Beteiligung der Beigeladenen an der Projektgesellschaft nicht aus. Die Beigeladene als Bieter ist an der [REDACTED] mit nur 5 % des Kommanditkapitales beteiligt, während die alleinige Komplementärin der Projektgesellschaft ausschließlich aus [REDACTED] und [REDACTED] besteht. Auch aus dem in Kopie vorgelegten Entwurf des Gesellschaftsvertrages ergibt sich nichts anderes: Die Komplementärin ist danach allein geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt. Darüber hinaus macht § 7, insbesondere § 7.2 ff. des Entwurfs des Gesellschaftsvertrages (15. Oktober 2015) deutlich, dass die Projektgesellschaft nicht von der Beigeladenen als Bieterin gesteuert und damit gehalten wird. Danach wird diese von [REDACTED] und [REDACTED] kontrolliert und gesteuert. Die Beigeladene hat auch nicht das nach § 11.2 und § 13.2 der PPP-Projektvereinbarung erforderliche Stammkapital von [REDACTED] € in die Projektgesellschaft [REDACTED] eingezahlt. Vielmehr beträgt ihr Anteil ausweislich des Handelsregisterauszuges und des in Kopie vorgelegten Gesellschaftsvertrages lediglich [REDACTED] €. Die restlichen [REDACTED] € sind jeweils zur Hälfte von den weiteren Kommanditisten [REDACTED] und [REDACTED] geleistet worden. Darüber hinaus spiegelt der Kapitalanteil auch den Stimmenanteil wieder (§ 7.3 des Gesellschaftsvertrages), § 47 Abs. 2 GmbHG. Ausweislich des § 10 des Gesellschaftsvertrages nehmen am Gewinn und Verlust nur die Gesellschafter [REDACTED] und [REDACTED] im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zueinander teil, d.h. der Gewinn und der Verlust der Gesellschaft stehen grundsätzlich nur diesen Gesellschaftern je zur Hälfte zu. Auch dies belegt, dass die Beigeladene die Projektgesellschaft [REDACTED] nicht „hält“.
- (3) Darüber hinaus liegt keine einer Arbeitsgemeinschaft vergleichbare oder sonst angemessene Haftung der Konsortialpartner bzw. Gesellschafter zu Gunsten des Antragsgegners (Auftraggebers) vor, die ebenfalls kumulativ vom Antragsgegner gefordert war. Auch diese Forderung ist nicht auslegungsbedürftig. Dem Auftraggeber bzw. Antragsgegner kommt es darauf an, neben der Projektgesellschaft auch den Bieter, also die Beigeladene, gesamtschuldnerisch auch im Rahmen der Auftragsdurchführung in Anspruch nehmen zu können, was sich auch aus den Vertragsunterlagen ergibt, die eben die Projektgesellschaft, die vom Bieter geründet worden ist und von ihm zu halten ist, als alleinigen Verpflichteten vorsehen.

Diese kumulative Vorgabe in der Bekanntmachung ergibt nur dann Sinn, wenn die Projektgesellschaft so vom Bieter gegründet worden ist und von ihm gehalten wird, dass eine gesamtschuldnerische Haftung rechtlich auch gegeben und möglich ist, denn ansonsten würde diese Forderung des Antragsgegners ins Leere laufen. Dieser Vorgabe wird das letztverbindliche Angebot der Beigeladenen aber nicht gerecht. Zunächst übernimmt die Beigeladene – wie dargelegt – nicht sämtliche Pflichten der Projektgesellschaft gegenüber dem Auftraggeber. Die von der Beigeladenen übernommenen Pflichten betreffen vielmehr nur die Primärleistungen wie Bau und Betrieb. Wesentliche Pflichtenkomplexe des Vertragswerkes, wie der Mietvertrag, Grundstückskaufvertrag, Instandhaltungsvertrag, Kauf und Wartungsvertrag sowie der Leitstellenvertrag sind davon ausgenommen. Gleiches gilt für das Verwertungsrisiko sowie die Risiken aus dem Mietvertrag und dem Grundstückskaufvertrag. Diese Risiken verbleiben bei [REDACTED] und [REDACTED]. Die Beigeladene wird lediglich Nachunternehmer – so auch der Vortrag des Antragsgegners – der Projektgesellschaft [REDACTED]. Dies entspricht nicht der vom Auftraggeber geforderten gesamtschuldnerischen Haftung im Rahmen von Ziffer III.1.3.) der Auftragsbekanntmachung.

Auch die von der Beigeladenen gewählte konkrete gesellschaftsrechtliche Struktur der Projektgesellschaft führt nicht zu der vom Antragsgegner geforderten gesamtschuldnerischen Haftung. Mit der GmbH & Co. KG lassen sich neben den gesellschafts- und steuerrechtlichen Vorteilen der KG, die haftungsrechtlichen Vorteile der GmbH kombinieren. Für alle an der GmbH & Co. KG beteiligten natürlichen Personen lässt sich eine Haftungsbeschränkung erreichen. Die Kommanditisten haften nach den §§ 171 ff. HGB nur beschränkt, nämlich nur in Höhe der geleisteten Einlage, die vorliegend die Kommanditisten, auch die Beigeladene schon geleistet haben. Die GmbH als Komplementär haftet unbeschränkt, jedoch nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Ihre Gesellschafter haften hingegen nicht persönlich. Es entsteht letztendlich eine Personengesellschaft, bei der keine natürliche Person unbeschränkt haftet. Die Beigeladene als Bieterin und Kommanditist haftet lediglich in Höhe von [REDACTED] €. Das Stammkapital des Komplementärs, der nicht Bieter im Vergabeverfahren ist, beträgt [REDACTED] €. Über die von der Beigeladenen angebotene gesellschaftsrechtliche Struktur der Projektgesellschaft ist somit die vom Antragsgegner vorgesehene gesamtschuldnerische Haftung (Bieter neben Projektgesellschaft) nicht gewährleistet. Die vom Antragsgegner geforderte Haftung des Bieters neben der Projektgesellschaft im Rahmen der Auftragsdurchführung lässt sich auch nicht durch entsprechende Sicherheitserklärungen durch die Beigeladene begründen. Für den Antragsgegner mag unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten der beabsichtigte Zweck dadurch erreicht werden, jedoch fehlt es an der auf vergaberechtlicher Seite geforderten rechtlichen Vorgabe. Ebenso führt die bloße Mitunterzeichnung eines Vertrages oder der Umstand, Vertragspartei zu sein, keineswegs zu einer gesamtschuldnerischen Haftung. Vertragspartei kann jedermann sein, ebenso kann jeder einen Vertrag mit zeichnen, ohne aber gleich Verpflichteter zu sein.

Für die hier in Rede stehende gesamtschuldnerische Haftung ist allein entscheidend, wer vertraglich Verpflichteter ist. Die vorliegenden Verträge sehen jedoch als einzig Verpflichteten die Projektgesellschaft vor, nicht die Beigeladene als Bieterin. Dass es dem Antragsgegner auf die Gründung der Projektgesellschaft und deren Halten durch den Bieter und dessen Haftung neben der Projektgesellschaft bei der Auftragsausführung entscheidend ankommt, belegt letztendlich auch seine Antwort in dem Verhandlungsprotokoll vom 9. Oktober 2015 (Ordner 10 A ohne Seitenangabe und Registerbezeichnung) gegenüber der Antragstellerin, wonach von der Zustimmung nur Änderungen in Person und Zahl der Anleger (sei es als direkte Gesellschafter oder als Anteilseigner eines Gesellschafters) ausgenommen sind, wenn diese keinen Einfluss auf die Steuerung des Projektes nehmen können. Der Antragsgegner hat es damit der Antragstellerin versagt, ein Angebot vorzulegen, bei dem die Finanzierungspartner weitreichenden Einfluss auf das Projekt [REDACTED] nehmen können.

- III. Dadurch, dass die Beigeladene kein letztverbindliches Angebot abgab, das den Vorgaben der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen entsprach, ist die Antragstellerin in ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren verletzt, denn deren Angebot entspricht den Vorgaben des Antragsgegners. Der Schaden der Antragstellerin besteht darin, dass ihr aufgrund des gegen Vorschriften des Vergaberechts verstoßenden beabsichtigten Zuschlags an die Beigeladene der von ihr kalkulierte Gewinn zu entgehen droht.
- IV. Die von der Beigeladenen mit Schriftsatz vom 18. Februar 2016 gestellten Verfahrensanträge 1) bis 4) werden abgelehnt. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen bestehen hinsichtlich einer beabsichtigten Kostenentscheidung keine richterlichen Hinweispflichten im Sinne von § 139 ZPO. Gemäß § 139 Abs. 2 ZPO sind Nebenforderungen im Sinne von § 4 Abs. 1 ZPO von der Hinweispflicht ausgenommen. Dies gilt erst recht für die von Amts wegen zu treffenden Kostenentscheidung, wie auch im vorliegenden Fall (BGH, Beschluss vom 9. Juli 2009 - II ZR 261/07 - JurionRS 2008, 22148; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 20. Januar 2016 - 11 Verg 8/15 - JurionRS 2015, 30948). Da mit fehlender Hinweispflicht auch keine Überraschungsentscheidung ergehen kann, besteht auch kein Vertrauensschutz der Beigeladenen dahingehend, dass die Vergabekammer ihre bisherige Rechtsauffassung beibehält. Darüber hinaus hat die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung auch keine „Zusicherung“ hinsichtlich des Fortbestehens ihrer bisherigen Rechtsauffassung gegeben. Im Übrigen ist die Argumentation der Beigeladenen nicht schlüssig. Ein Hinweis der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung zum Zeitpunkt der Sachantragstellung hätte an dem vermeintlich daran orientierten gesamten prozessualen Verhalten der Beigeladenen wohl nichts mehr ändern können (Seite 5 des Schriftsatzes vom 18. Februar 2016), denn die Beigeladene hätte - ihre Argumentation zugrundegelegt - somit gleich nach Zustellung des Beiladungsbeschlusses ihr prozessuales Verhalten hinsichtlich einer möglichen Kostentragung im Falle des Unterliegens ausrichten müssen, was sie aber nicht getan hat.

Eine „Strategieausrichtung“ am Ende der mündlichen Verhandlung zu treffen, dürfte nicht mehr möglich sein, da das tatsächliche Verhalten der Beigeladenen nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Es besteht somit keine Veranlassung erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Auch dem Antrag der Beigeladenen, ihre Schriftsätze aus der Verfahrensakte der Vergabekammer zu entfernen, kommt die Vergabekammer nicht nach. Abgesehen davon, dass die Mitglieder der Vergabekammer weder in der Vergangenheit Straftaten begangen haben noch in der Zukunft beabsichtigen, solche zu begehen, ist die Beigeladene zu dem Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden, was zur Folge hat, dass ihre Beteiligung in jedweder Form Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens und damit auch Bestandteil der Verfahrensakte der Vergabekammer ist.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da der Antragsgegner und die Beigeladene im Verfahren unterlegen sind, tragen sie die Kosten (§ 128 Abs. 3 Satz 2 GWB) als Gesamtschuldner.
1. Die Vergabekammer hat bislang von einer Kostentragung der Beigeladenen dann abgesehen, wenn diese (auch) in der mündlichen Verhandlung keinen Sachantrag gestellt hat. Die Vergabekammer gibt ihre Rechtsauffassung hinsichtlich der analogen Anwendung des § 154 Abs. 3 VwGO auf, denn nach ihrem Dafürhalten besteht für eine Analogie kein Raum. Die Vergabekammer schließt sich der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf an, wonach der Nachprüfungsantrag eines Antragstellers in einem direkten Gegensatz zu den Interessen der Beigeladenen steht, und es einer Antragstellung durch die Beigeladene nicht bedarf, um sie zu den Verfahrenskosten und den Aufwendungen der Antragstellerin heranzuziehen, wenn das Begehren der Beigeladenen, nämlich eine Ablehnung des Nachprüfungsantrages, aufgrund ihres Sachvortrages, klar erkennbar ist (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2007 - VII-Verg 8/07 - JurionRS 2007, 40396; Summa in: Heiermann / Zeiss, juris PK-Vergaberecht, 4. Auflage 2013, Stand: 2. Oktober 2015, § 128 GWB RdNr. 22). Dass allein ein Interessensgegensatz zum Antragsteller für die Kostentragung ausreichend ist, ergibt sich daraus, dass die Vergabekammer nicht an die gestellten Anträge gebunden ist, § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB. Daraus folgt, dass noch nicht einmal der Antragsteller zwingend eine konkrete Maßnahme beantragen muss (siehe § 108 Abs. 2 GWB, der keinen Sachantrag voraussetzt), was dann auch nicht für die Beigeladene gelten kann, deren entgegenstehendes Interesse sich schon allein aus dem Sachvortrag ergibt. Maßgeblich ist also allein das mit dem Nachprüfungsverfahren verfolgte Ziel der Beteiligten, das sich aus dem Sachvortrag ergibt. § 128 Abs. 3 GWB knüpft hinsichtlich der Kostentragung der Beteiligten allein an das Unterliegen im Nachprüfungsverfahren an. Die Regelung ist insoweit abschließend und steht damit in Einklang mit § 108 Abs. 2 GWB und § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB, die keine zwingende Antragstellung voraussetzen.

Eine für eine Analogie unter anderem erforderliche Regelungslücke liegt mithin nicht vor (so aber die herrschende Meinung). Darüber hinaus gestattet eine Analogie auch nicht das Schaffen zusätzlicher verschärfender Voraussetzungen. Hier ist die Beigeladene an den Kosten zu beteiligen, da sie in einem Interessengegensatz zur Antragstellerin steht, der sich aus den eingereichten umfangreichen Schriftsätzen, der gewährten Akteneinsicht, der aktiven Teilnahme an der mündlichen Verhandlung und der Stellung von Verfahrensträgen ergibt. Die Beigeladene hat sich damit aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und ist mit dem von ihr unterstützten Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren unterlegen. Die Beigeladene hat sich im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht in die Rolle der passiven Beigeladenen begeben, sich also nur auf das Beobachten des Verfahrens beschränkt (Summa a. a. O.).

2. Der Antragsgegner ist gemäß § 8 Abs. 2 BGebG von der Kostentragung befreit.
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus der vom Antragsgegner vorgenommenen Wertung der Angebote (Ordner 6, Blatt 2295) ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von 50.000- €. Da das vorliegende Vergabeverfahren für die Vergabekammer einen außergewöhnlich hohen Aufwand verursacht hat (Durchsicht aller vorgelegten Vergabeakten, umfangreiches und äußerst zeitintensives Aktenstudium (156 nicht paginierte Ordner), weit über das übliche Maß hinausgehende Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, außergewöhnlich zeitintensive Beschlussfassung und Beschlusserstellung, gerade auch im Hinblick auf die fehlende Paginierung der Ordner 10 A- 166) und die wirtschaftliche Bedeutung für die Beteiligten außergewöhnlich hoch ist, wird gemäß § 128 Abs. 2 2. Hs GWB die Gebühr auf 70.000 € erhöht.
- III. Gemäß dem Beschluss des OLG Dresden vom 25. Januar 2005 - WVerG 14/ 04 - Juris- ist die gemäß § 128 Abs.1 und 2 GWB ermittelte Gebühr für das Nachprüfungsverfahren der Vergabekammer bei einer nach § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB gesamtschuldnerischen Haftung im Falle einer persönlichen Gebührenfreiheit (vorliegend ist der Antragsgegner nach § 8 BGebG befreit) um den Betrag zu kürzen, der dem internen Haftungsanteil des befreiten Gebührenschuldners entspricht. Die von der Beigeladenen zu zahlende Gebühr wird daher auf 35.000,- € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 2 und 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main, - Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben 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.

Roth
Vorsitzende

Denz- Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer