

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 14.01.2026
Aktenzeichen: Verg 14/25
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2026:0114.Verg14.25.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2026 – Verg 14/25 –, juris

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 14.04.2025 (VK2-19/25) aufgehoben. Es wird angeordnet, das am ... EU-weit bekanntgemachte Vergabeverfahren „KI gestütztes Medienmonitoring“ (...) aufzuheben. Im Übrigen wird das Rechtsmittel zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen sowie des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin, wobei die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.
3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf (bis) 1.000.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin möchte einen Dienstleistungsauftrag für ein von künstlicher Intelligenz gestütztes digitales Medien-Monitoring vergeben. Dies soll in einem nach den Regeln der SektVO durchgeführten Vergabeverfahren geschehen. Dazu rief sie mit EU-weiter Bekanntmachung vom ... (...) zur Teilnahme an einem Wettbewerb auf. Der intendierte Vertrag sollte eine Laufzeit von 4 Jahren haben und maximal zweimal um jeweils zwei weitere Jahre verlängert werden können. Der geschätzte Auftragswert lag bei ... €.
- 2 Die Antragstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach polnischem Recht (Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, abgekürzt sp. z o. o.) mit Hauptsitz in Q. und einer im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung in M.. Ihr Geschäftsführer veranlasste eine Bewerbung unter der Bezeichnung „C.“ und nahm dabei auf die Handelsregistereintragung der sp. z o. o. Bezug, die er beifügte. Die Antragsgegnerin protokollierte bei der Öffnung insgesamt elf Teilnahmeanträge. Sie verzeichnete dabei den Antrag der „C.“ als einen von der Antragstellerin gestellten Teilnahmeantrag. Nach Öffnung und Bewertung der Teilnahmeanträge rangierte derjenige der „C.“ an siebter Stelle.
- 3 Die Antragsgegnerin teilte dem Geschäftsführer U. im Januar 2025 mit, sein Unternehmen werde nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert. Dies begründete sie gesondert mit der durchgeführten Bewertung, nach der sein Unternehmen nicht zu den fünf bestplat-

zierten gehöre. Der Geschäftsführer rügte die Bewertung. Diese Rügen wies die Antragsgegnerin zurück.

- 4 Mit anwaltlichem Schreiben vom 06.03.2025 rügte die „C.“ die Anwendung der Sektorenverordnung, eine unzureichende Bekanntmachung der Eignungskriterien, eine fehlerhafte Begrenzung der Teilnehmeranzahl sowie einzelne Aspekte der Bewertung. Auch diese Rügen wies die Antragsgegnerin zurück.
- 5 Darauf beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung. Mit ihrem Nachprüfungsantrag verfolgte sie die zuletzt erhobenen Rügen weiter. Die Antragsgegnerin hielt die Rügen überwiegend für verspätet, im Übrigen für unbegründet.
- 6 Durch Beschluss vom 14.04.2025 verwarf die 2. Vergabekammer des Bundes den Nachprüfungsantrag als unzulässig. Die Anwendung der Sektorenverordnung sei unbedenklich. Die Antragstellerin sei jedoch nicht antragsbefugt, weil sie sich nicht an dem Vergabeverfahren beteiligt habe. Sie sei nicht mit der C. identisch. Zwar sei mit beiden Unternehmensformen eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung bezeichnet. Schon angesichts des sehr unterschiedlich ausgestalteten Stammkapitals von nur rund 1.200 € der polnischen Gesellschaft und von mindestens 25.000 € bei der deutschen GmbH sei jedoch von erheblicher Bedeutung, in was für einer Rechtsform ein teilnahmewilliges Unternehmen auftrete.
- 7 Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Sie sieht sich als antragsbefugt. Die Anwendung der Sektorenverordnung führe zu mehreren Vergabeverstößen. Das Verhandlungsverfahren und auch die Zahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmen habe nicht frei gewählt werden dürfen.
- 8 Sie beantragt sinngemäß, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und
- 9 1. der Antragsgegnerin bei fortbestehender Vergabeabsicht aufzugeben, ihre Bewertung der Teilnahmeanträge zu wiederholen und die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebotes im anschließenden Verhandlungsverfahren aufzufordern,
- 10 2. hilfsweise, der Antragsgegnerin bei fortbestehender Vergabeabsicht aufzugeben, das laufende Vergabeverfahren aufzuheben und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats neu bekannt zu machen,
- 11 3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und dem Senat aufzuerlegen einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin, wobei die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für notwendig erklärt wird,
- 12 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 13 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 14 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Vertiefung ihres Vorbringens vor der Vergabekammer.

II.

- 15 Die zulässige sofortige Beschwerde ist im Wesentlichen begründet. Das von der Antragsgegnerin gewählte Vergabeverfahren nach der SektVO muss aufgehoben werden, weil sie keine Sektorenauftraggeberin ist.
- 1.**
- 16 Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
- a.**
- 17 Der Weg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet. Selbst wenn die Antragsgegnerin als Gesellschaft privaten Rechts im Ergebnis weder der SektVO noch der VgV unterliegen sollte, so hat sie sich doch vorliegend als Sektorenauftraggeberin geriert und damit der vergaberechtlichen Nachprüfung unterworfen. Eine öffentlich-rechtliche Überprüfung ist eröffnet, wenn der maßgebliche Anspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis hergeleitet wird (vgl. etwa BSG, Beschluss vom 19.06.2023 - B 6 SF 1/23 R, BeckRS 2023, 14595 Rn. 9 für Abrechnungsstreitigkeiten der vom öffentlichen Gesundheitsdienst beauftragten Betreiber von Coronavirus-Testzentren; Pietzcker/ Marsch, in: Schoch/ Schneider, Verwaltungsrecht, Stand: Juli 2025, § 42 VwGO Rn. 21 m.w.N. für die Anfechtung von Verwaltungsakten, zu deren Erlass keine Befugnis bestand). Deshalb lässt das mögliche Ergebnis der beantragten Nachprüfung nicht deren Zulässigkeit entfallen.
- b.**
- 18 Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Sie macht die sie schädigende Verletzung eigener Rechte geltend, denn sie ist als Teilnehmerin an dem Vergabeverfahren beteiligt. Sie selbst hat sich zwar gezielt als „GmbH“ bezeichnet und dazu auch einen eigenen Briefkopf kreiert. Diese Bezeichnung war nicht richtig, da sie eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach polnischem Recht ist. Im Ergebnis ist dies aber unschädlich, weil aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers an der Stelle der Antragsgegnerin die Antragstellerin als Teilnehmerin zu identifizieren war. Denn sie verwies bereits in dem Briefkopf ihres Anschreibens vom 20.11.2024 auf die Handelsregistereintragung „L. HRB ...“. Dem dazu beigefügten Handelsregisterauszug vom 23.07.2024 war zu entnehmen, dass dort sie und keine „C.“ eingetragen ist.
- 19 Soweit die Antragstellerin keine Auskünfte über ihre eigene finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erteilte und keine eigene Bankauskunft vorlegte, sondern insofern nur Informationen über ihren Geschäftsführer und dessen Einzelunternehmen gab, berührt dies nicht ihre Teilnehmeridentität.
- c.**
- 20 Der Nachprüfungsantrag ist auch zulässig, soweit die Antragstellerin die Wahl der Verfahrensart als vergaberechtswidrig rügt.
- aa.**
- 21 Die Anwendung der SektVO, wenn deren Anwendungsbereich nicht eröffnet ist, kann grundsätzlich gerügt werden (vgl. nur Bonhage/ Terbrack, in: BeckOK VergabeR, Stand

15.11.2025, § 1 SektVO Rn. 42; Seidel, in: Burgi u.a., Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2025, § 1 SektVO Rn. 14).

bb.

- 22 Die Rüge ist auch nicht präkludiert. Nur ein Verstoß gegen Vergabevorschriften, der aufgrund der Bekanntmachung erkennbar ist, muss bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung gerügt werden. Nach Ablauf dieser Frist sind dahingehende Rügen präkludiert und ist ein Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB unzulässig. Die Erkennbarkeit ist nach dem Urteil des EuGH vom 23.03.2015 (C-538/13) aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters zu beurteilen, der die übliche Sorgfalt anwendet (Schäfer/ Wiese, in: Röwekamp/ Kus/ Portz/ Pries, in: Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 160 GWB Rn. 126; Dicks/ Schnabel, in: Ziekow/ Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 160 GWB Rn. 50).
- 23 Von denjenigen, die sich an dem von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Wettbewerb beteiligen wollten, waren weder vertiefte vergaberechtliche Kenntnisse noch zu erwarten, dass sie die Struktur des Konzerns, dem die Antragsgegnerin angehört, im Einzelnen kannten. Der geltend gemachte Vergabeverstoß erschließt sich erst auf der Basis einer fachkundigen Beurteilung, zu der die Antragstellerin nicht bereits innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB im Stande war.

d.

- 24 Ob der Nachprüfungsantrag nach den vorstehend aufgezeigten Grundsätzen auch mit Rücksicht auf die Angriffe wegen einer unzureichenden Bekanntmachung der Eignungskriterien zulässig und nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert ist, kann im Ergebnis offenbleiben. Es spricht allerdings viel dafür, dass die rechtliche Einordnung, ob die Bekanntmachung den dazu in der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen genüge, von dem durchschnittlich fachkundigen Bieter nicht zu erwarten war.

2.

- 25 Die sofortige Beschwerde ist begründet.
- 26 Die Ausschreibung nach den Regelungen der SektVO ist vergaberechtswidrig. Denn deren Anwendungsbereich ist nicht eröffnet. Sie gilt gemäß ihrem § 1 Abs. 1 für Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 GWB bei Vergabe öffentlicher Aufträge, mit denen eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 GWB ausgeübt oder unterstützt werden soll. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Die Antragsgegnerin ist keine Sektorenauftraggeberin. Dies wäre im Sinne von § 100 Abs. 1 GWB unter anderem eine juristische Person des privaten Rechts, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 GWB ausübt und die weiteren Voraussetzungen nach Abs. 1 Nr. 2 erfüllt. Die Antragsgegnerin ist als Aktiengesellschaft eine juristische Person privaten Rechts, übt aber als Holdinggesellschaft des DB-Konzerns keine Sektorentätigkeit aus.

a.

- 27 Nach der Rechtsprechung des EuGH unterfallen dem Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU, wie schon dem ihrer Vorläuferrichtlinie 2004/17/EG, nicht nur unmittelbar die Sektorentätigkeit als solche, sondern auch mittelbar Tätigkeiten, die der Ausübung der Tätigkeit im Sektor dienen, indem sie es ermöglichen, die Tätigkeit im

Hinblick auf ihre üblichen Ausübungsbedingungen angemessen zu bewerkstelligen (vgl. EuGH, Urteil vom 28.10.2020 - C-521/18 „Pegaso“, juris Rn. 52). Der erkennende Senat hat vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung etwa Postdienstleistungen als der Sektorentätigkeit Trinkwasserversorgung dienend und damit dem Grunde nach ebenfalls als Sektorentätigkeit angesehen (Senat, Beschluss vom 17.08.2022 - VII-Verg 50/21, ZfBR 2022, 822, 824, auch mit Nachweisen zur älteren Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des Senats zur Vorläuferrichtlinie). Bezugspunkt ist aber immer eine eigentliche Sektorentätigkeit, die ausgeübt wird.

- 28 Bei Konzernen ist vergaberechtlich nicht der Konzern selbst Auftraggeber, sondern die handelnde Rechtsperson (vgl. EuGH, Urteil vom 10.11.1998 - C-360/96, juris Rn. 57 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 15.01.1998 - C-44/96, EuZW 1998, 120, 123 Rn. 39 - vgl. dazu; Wolters, in: Eschenbruch/Opitz/Röwekamp, Sektorenverordnung, 2. Aufl. 2019, § 100 GWB Rn. 46; Dietrich, in: Müller-Wrede, SektVO, 1. Aufl. 2018, § 1 SektVO Rn. 24). Deshalb ist zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften zu unterscheiden. Das gilt auch für die E..
- 29 Entscheidend ist bei Holding-Gesellschaften, ob sie selbst eine Sektorentätigkeit „ausüben“. Nur in dem Umfang, in dem sie ihre Tochtergesellschaften bei Sektorentätigkeiten unterstützen, nehmen sie selbst Sektorenhilfstätigkeiten wahr und sind sie selbst Sektorenauftraggeber (Wolters, a.a.O., § 102 GWB Rn. 55.)

b.

- 30 Die Antragsgegnerin übt keine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 Abs. 4 GWB aus. Nach dieser Vorschrift sind Sektorentätigkeiten im Bereich Verkehrsleistungen unter anderem die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Eisenbahn. Die Vorschrift setzt Art. 11 RL 2014/25/EU um und entspricht der Vorgängervorschrift des Art. 5 Abs. 1 Untersabs. 2 der RL 2004/17/EG (vgl. Bremer/Helmstädter, MüKo Wettbewerbsrecht, § 102 GWB Rn. 65). Für die letztgenannte Vorschrift hat der EuGH in seinem Urteil vom 28.02.2019 entschieden, wie die Begriffe zu verstehen sind (C-388/17, juris Rn. 52 f.). Danach ist die „Bereitstellung von Netzen“ die Verwaltung physischer Netze wie Bahntrassen, Bahnanlagen, Tunnel, Brücken und Bahnübergänge. Das „Betreiben von Netzen“ ist die Ausübung eines Nutzungsrechts am Schienennetz zur Erbringung von Verkehrsleistungen. Eisenbahnunternehmen erfüllten diese Kriterien mit der Erbringung von Verkehrsleistungen für die Allgemeinheit unter Ausübung eines Nutzungsrechts am Schienennetz.
- 31 Als Holdinggesellschaft erbringt die Antragsgegnerin aber selbst keine Verkehrsleistungen, was sie in ihrem jüngsten Schriftsatz vom 26.11.2025 ausführlich darstellte und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigte. Dies ist vielmehr Aufgabe ihrer Tochtergesellschaften, die sie als Managementholding lediglich unterstützt. Im Zusammenhang mit ihren Ausführungen, warum sie kein öffentlicher Auftraggeber sei, betonte sie, Investitionen des Bundes in die Schienenwege der Eisenbahnen würden an die E.1 und die E.2 fließen, die Eigentümerinnen der Schienenwege. Die Umsetzung des Gewährleistungsauftrags, den Art. 87a Abs. 4 GG formuliert, erfolge ausschließlich über diese beiden Unternehmen. Die Antragsgegnerin stellte sehr ausführlich dar, weshalb sie gewerblich tätig sei, führte aber kein einziges - positives - Argument an, weshalb sie eine Sektorentätigkeit ausüben könnte. Vielmehr erläutert sie als „Konsequenz der von der Beschwerdeführerin vertretenen Rechtsauffassung“, sie sei nicht Sektorenauftraggeber

im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB, weil sie selbst keine Verkehrsdienstleistungen erbringe.

32 Auch in ihrem jüngsten Schriftsatz vom 26.11.2025 stellte die Antragsgegnerin dezidiert dar, weshalb sie nicht als öffentliche Auftraggeberin angesehen werden könne. Sie meinte, weil die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB nicht gegeben seien, sei sie als Sektorenauftraggeber einzuordnen, ohne dafür ein weiteres Sachargument zu nennen. Aber wer nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fällt, erfüllt damit nicht notwendig die Tatbestandsvoraussetzungen des § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

33 Das geplante Medienmonitoring hat auch keinen auszumachenden Bezug zu einer Sektortätigkeit im Sinne von § 102 Abs. 4 GWB. Es mag der Antragsgegnerin und ihrem Konzern dabei helfen, ihre Medienarbeit zu verbessern, und ihren Führungskräften bei der Erfüllung ihrer spezifischen Aufgaben helfen. Ein Einfluss auf den Betrieb und das Bereitstellen von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Eisenbahn, der diese Sektortätigkeit unterstützen würde, ist damit jedoch nicht ohne weiteres verbunden.

3.

34 Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich des ursprünglichen Hauptantrags der Antragstellerin unbegründet. Ihr Ziel, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden, kann sie nicht erreichen. Dabei war der Senat nicht an die Reihenfolge der von ihr formulierten Anträge gebunden, zumal im Vergabenachprüfungsverfahren ohnehin keine Bindung an die Anträge besteht (vgl. § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB). Wenn die falsche Vergabeart gewählt ist, kann der Senat nicht unter die Voraussetzungen subsumieren, unter denen die Antragstellerin in dieser Vergabeart zur Angebotsabgabe aufzufordern wäre. Deshalb hat die Antragstellerin auch zu Recht ihre Argumentation im Beschwerdeverfahren einzig auf die Frage der Verfahrenswahl konzentriert. Die war in der Tat vergaberechtsfehlerhaft. Damit gibt es keine Grundlage, die Antragstellerin zur Angebotsabgabe aufzufordern.

4.

35 Nach alledem war die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 178 Satz 1 GWB aufzuheben. Die nach §§ 178 Satz 2, 168 Abs. Satz 1 GWB zu treffende Entscheidung in der Sache ist die Anordnung, das von Antragsgegnerin gewählte Vergabeverfahren aufzuheben. Eine solche Anordnung kommt als ultima ratio nur in Betracht, wenn es keine andere Möglichkeit gibt, den Verstoß zu beseitigen (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 15/06, NZBau 2006, 800, 806 Rn. 55; Vavra/ Willner, in: Burgi u.a., Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 178 GWB Rn. 8 m.w.N.). Das ist aber vorliegend der Fall. Der Antragsgegnerin stand die Vergabe nach der SektVO - wie aufgezeigt - nicht offen. Auf dieser Basis konnte sie auch keine Entscheidung treffen, die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe aufzufordern. Sie wird sich nunmehr grundlegend überlegen müssen, ob die Voraussetzungen für eine Vergabe nach der VgV vorliegen oder sie nicht an das Vergaberecht gebunden ist.

36 Dabei vermag der Senat für das weitere Vorgehen keine Maßgaben aufzustellen. Insbesondere kann er nicht durch Mitteilung einer Rechtsauffassung im Sinne von § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB auf die Rechtmäßigkeit eines etwaigen abermaligen Vergabeverfahrens einwirken. Denn ob die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB ist und deshalb bei fortbestehender Beschaffungsabsicht eine Vergabe nach

den Vorschriften der VgV in Erwägung ziehen müsste, kann der Senat im vorliegenden Verfahren nicht beurteilen. Die Antragsgegnerin hat ihre eigene Tätigkeit und Rolle in ihrem Konzern nicht in einer Weise spezifiziert dargelegt, die dem Senat eine solche Beurteilung erlauben würde. Das musste sie auch nicht, denn für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde kommt es darauf nicht an. Denn selbst wenn die Antragsgegnerin keine öffentliche Auftraggeberin und damit im Ergebnis nicht an das Vergaberecht gebunden wäre, so kann sie jedenfalls nicht mit der Behauptung, sie sei Sektorenauftraggeberin, eine Vergabe nach der SektVO durchführen.

- 37 Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen sie freiwillig eine Vergabe durchführen könnte, bei der sie sich an den Vorschriften der SektVO orientiert, die dann aber nicht der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterliegen soll, hat der Senat ebenfalls nicht zu prüfen. Denn eine solche Entscheidung hat die Antragsgegnerin nicht getroffen und publik gemacht, sondern sich selbst aufgrund einer Fehleinschätzung als Sektorenauftraggeberin angesehen und in der Ausschreibung präsentiert. Auf dieser Basis jedenfalls konnte das Vergabeverfahren in dieser Verfahrensart nicht durchgeführt werden.

III.

- 38 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Dabei sind die Gebühren und Auslagen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG erstattungsfähig, weil deren Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig war.
- 39 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 50 Abs 2 GKG. Als die in dieser Norm genannte Bruttoauftragssumme hat der Senat den Schätzwert in der Auftragsbekanntmachung und ergänzend hälftig die Verlängerungsoptionen zugrunde gelegt. Von dem sich ergebenden Gesamtbetrag liegen 5 % in der Wertstufe bis 1.000.000 €.