



1. Vergabekammer des Bundes

VK 1 - 153/11

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe „Briefdienstleistungen ...“, EU-Abl. ..., hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Döppelhan auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 2011 am 14. Dezember 2011 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Die Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens als Gesamtschuldner. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

#### Gründe:

##### I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Juni 2011 die Vergabe „Briefdienstleistungen ... 2012“ im offenen Verfahren europaweit (EU-ABl. ...) aus. Gegenstand des ausgeschriebenen Vertrags ist die Abholung, Frankierung, Beförderung und Zustellung von Briefsendungen sowie die Postfachleerung in den jeweiligen Filialen der Deutschen Post AG im Bereich des ... der Ag. Einziges Wertungskriterium ist gemäß Ziffer IV.2.1) der Bekanntmachung der niedrigste Preis.

Zu Menge bzw. Umfang des Auftrags machte die Ag unter Ziffer II.2.1) der Bekanntmachung Angaben zum durchschnittlichen monatlichen Briefausgangsvolumen bezogen auf fünf verschiedene Sendungsarten im Jahr 2010; dieses betrug für alle genannten Sendungsarten zusammengenommen knapp 97.000 Stück und entspricht einem durchschnittlichen täglichen Sendungsvolumen (bei 22 Arbeitstagen pro Monat) von 4.400 Stück. Ziffer 4 i.V.m. Anlage 1 der Leistungsbeschreibung enthält ebenfalls einzelne Angaben über das monatlich zu erwartende Sendungsvolumen, unterteilt nach Sendungsarten im Bereich des .... Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung sieht zum Aspekt „Technische Leistungsfähigkeit“ Folgendes vor:

*„Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:*

- *Logistikkonzept,*
- *Qualitätssicherungskonzept,*

- 3 mit dem Auftragsgegenstand vergleichbare Unternehmensreferenzen (auf Leistungsgegenstand, Auftragsvolumen, Leistungsstellen etc. bezogen) mit je mind. 12 Zeitmonaten Laufzeit [bereits erbrachter Leistung],
- Musterabdruck [...].“

Ziffer 8.3 („Referenzen des Unternehmens (A/B-Kriterium)“) der Leistungsbeschreibung heißt es:

„Benennen Sie drei mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbare Referenzen möglichst aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung, und verwenden Sie hierzu ausschließlich das beigefügte Muster (siehe Anlage 3 zur Leistungsbeschreibung).

**Vergleichbar** bedeutet bezogen auf den kompletten Leistungsgegenstand, Sendungsvolumen, Leistungsstellen etc.

Die einzelnen Referenzen müssen jeweils eine Laufzeit von mindesten 12 Zeitmonaten in der Vergangenheit haben. Bei Angabe von mehr als drei Referenzen werden nur die Referenzen mit den Nummern 1 bis 3 in die Bewertung einbezogen.

Die Referenzen werden überprüft und nach der Bewertungsmatrix (s. Anlage E.2 zur Leistungsbeschreibung) bewertet. [...] Dabei muss pro Referenz mindestens ein „Zufriedenstellend“ erreicht werden.“

In der genannten Anlage 3 zur Leistungsbeschreibung, dem Vordruck „Muster „Referenzen““, sind entsprechend in tabellarischer Form Angaben der Bieter zu den drei Referenzen vorgesehen, unter anderem eine Angabe zum „täglichen Sendungsvolumen [der Ag]“.

Der Anlage E.2 zur Leistungsbeschreibung, die als Bewertungsmatrix für die Eignungsbewertung der Bieter vorgesehen ist, ist zu entnehmen, dass beim Kriterium „Referenzen des Unternehmens (3 Referenzen)“ mindestens 2 Punkte erreicht werden müssen; diese werden erreicht, wenn „alle drei vorgelegten Referenzen [...] mit dem Auftragsgegenstand vergleichbar [sind]“ und die Laufzeit zwölf Monate beträgt. Am Ende der Anlage E.2 heißt es zudem:

„Von der weiteren Wertung werden die Angebote ausgeschlossen, die nicht in jedem Kriterium die Mindestpunktzahl von 2 Punkten erreicht haben.“

Eine der Bieterfragen (Nr. 67) befasste sich ebenfalls mit den vorzulegenden Referenzen:

*Frage: „Im Übrigen bitten wir um Erläuterung, was unter dem Begriff der „Vergleichbarkeit“ im Hinblick auf die Vorlage von Referenzen zu verstehen ist. Wann sind Referenzen „vergleichbar“?“*

*Antwort der Ag: „Siehe dazu Ziffer 8.3 der Leistungsbeschreibung.“*

Die Antragstellerin (ASt) sowie die Beigeladene (Bg) gaben jeweils fristgerecht ein Angebot ab. Beide Angebote enthielten unter anderem jeweils die ausgefüllte Anlage 3 zur Leistungsbeschreibung mit den Angaben zu drei Referenzen. Die Referenz Nr. 2 der Bg wies ein durchschnittliches tägliches Sendungsvolumen von unter 10% des in Ziffer II.2.1) der Bekanntmachung genannten und auf 22 Arbeitstage heruntergebrochenen Sendungsvolumens auf. Im Rahmen der Wertung kam die Ag zunächst zu dem Ergebnis, dass die Referenz Nr. 2 der Bg nicht vergleichbar im Sinne der Vorgaben der Ausschreibung sei, da das Sendungsvolumen zu gering sei. Dementsprechend teilte sie der Bg mit Schreiben vom 27. Oktober 2011 mit, dass ihr der Zuschlag mangels Eignung nicht erteilt werden könne, und dass der Zuschlag auf das Angebot der ASt erteilt werden solle. Die ASt erhielt von der Ag Nachricht, dass sie den Zuschlag erhalten solle.

Die Bg rügte daraufhin ihren Ausschluss mit Schreiben vom 3. November 2011 und nannte weitere Referenzen. Die Ag entschied daraufhin, eine nachgereichte Referenz zusätzlich zu werten. Die Ag kam dabei zu dem Ergebnis, dass die Referenz im Hinblick auf das Sendungsvolumen und das Gesamturteil der Referenzüberprüfung die Anforderungen erfülle und die Eignung der Bg nunmehr vollumfänglich bejaht werden könne.

Mit Schreiben vom 4. November 2011 informierte die Ag die ASt, dass der Zuschlag nunmehr auf das Angebot der Bg als preisgünstigster Bieterin erteilt werden solle. Mit Schreiben vom 7. November 2011 rügte die ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Ein weiteres Rügeschreiben der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wurde der Ag am 8. November 2011 übermittelt. Mit Schreiben vom 10. November 2011 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Mit Schreiben vom selben Tage rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten erneut.

Mit Schreiben vom 10. November 2011 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 11. November 2011 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass die Ag gegen Vergaberecht verstoßen hat, indem sie der Bg die Möglichkeit gegeben habe, eine Referenz zu „tauschen“, die nicht den Vorgaben entsprochen habe, und ihr damit ermöglicht habe, nach Ablauf der Angebotsfrist ihr Angebot „zu verbessern“. Dies verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 GWB sowie gegen § 18 VOL/A-EG. Danach dürfe der Auftraggeber im offenen Verfahren von Bietern nur Aufklärungen über das Angebot oder deren Eignung verlangen. Die Vorgehensweise der Ag sei auch nicht durch § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG gerechtfertigt, denn die Bg habe bereits drei vollständige Referenzen mit ihrem Angebot vorgelegt und ihr Angebot sei daher formal vollständig gewesen. Die Ag habe insoweit schon nichts nachgefordert, sondern allein der Bg die Möglichkeit gegeben, an ihrem Angebot eine „Verbesserung“ vorzunehmen. In dem vorliegenden Fall, in dem eine Referenz nicht den Vorgaben der Ag im Hinblick auf den Begriff der Vergleichbarkeit entsprochen habe, hätte die Ag die Bg gemäß § 19 Abs. 5 VOL/A-EG zwingend ausschließen müssen. Denn die Ag habe gerade nicht Unterlagen nachgefordert, die nicht vorgelegt worden seien, sondern der Bg die Möglichkeit eingeräumt, ihr Angebot nachzubessern. Dies sei durch § 19 Abs. 2 VOL/A-EG nicht gerechtfertigt.

Nach Art. 48 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG sei es im Übrigen zulässig, dass der öffentliche Auftraggeber erst in der Aufforderung zur Angebotsabgabe mitteile, welche Nachweise vorzulegen seien. Er sei nicht verpflichtet, sämtliche Einzelheiten seiner Nachweisforderungen schon in der Bekanntmachung anzugeben.

Die ASt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist;
2. der Ag wird aufgegeben, in dem Vergabeverfahren „Briefdienstleistungen ... 2012“ gemäß Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ..., vom ... den Zuschlag nicht dem Unternehmen ... zu erteilen, sondern das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der angerufenen Vergabekammer zu wiederholen;
3. der ASt Akteneinsicht in den Vergabevermerk gemäß § 111 Abs. 1 GWB zu gewähren und ihr eine Abschrift des Vergabevermerks zu überlassen;
4. die Ag trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig.

Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag unbegründet, da die ASt mangels eines Verstoßes gegen bieterschützende Vorschriften durch die Ag nicht in ihren Rechten verletzt sei. Insbesondere sei die nachträgliche Anerkennung der Eignung der Bg nicht fehlerhaft gewesen. Die Ag habe alle Bieter gleichbehandelt. Die Ag wolle den Auftrag an den geeigneten Bieter erteilen, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet habe.

Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG könnten Erklärungen und Nachweise, die bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt worden seien, bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden. Die Ag habe weder in der Bekanntmachung noch in ihren Bewerbungsbedingungen oder der Leistungsbeschreibung oder der „Anlage E.0 – Liste verlangte Nachweise“ vorgegeben, dass alle Erklärungen und Nachweise zwingend spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist einzureichen seien. Sie habe sich somit die Option des „Nachfordern-Könnens“ offen gehalten. Es habe daher im Ermessen der Ag gestanden, ob sie von den Bietern nicht vorgelegte Unterlagen nachfordern wolle. Bei der Ausübung des Ermessens habe die Ag die Vergabegrundsätze und hier insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet. Sie habe nämlich intern entschieden, dass sowohl im vorliegenden Vergabeverfahren als auch in den andere ... der Ag betreffende Parallelverfahren stets dann ein Bieter die Möglichkeit zur Benennung einer „Ersatzreferenz“ bekommen solle, wenn dieser Bieter das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet habe, der betreffende Bieter zudem der bisherige Auftragnehmer sei, der betreffende Bieter die Ag als Referenz benannt habe und die Ag als Referenzgeber eine mindestens zufriedenstellende Gesamtbeurteilung habe aussprechen können.

Der Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Leistungen habe speziell im Hinblick auf die Interessen der Bieter die Nachforderungsoption nach § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG beschlossen. Dem Formalismus würde erneut das Wort geredet, wenn nicht auch „mangelhafte“ Erklärungen oder Nachweise von der Nachforderungsoption erfasst würden. Hier müsse das „Dann-erst-recht-Prinzip“ gelten. Es sei kaum vorstellbar, wenn der Bieter, der keine Erklärungen oder Nachweise beigefügt habe, besser gestellt würde als der Bieter, der geforderte Erklärungen oder Nachweise beigefügt habe, diese aber aus irgendwelchen Gründen nicht genau den Vorgaben des Auftraggebers entsprächen. Die Möglichkeit, auch

„mangelhafte“ Erklärungen oder Nachweise durch Nachforderung „heilen“ zu können, stelle im Übrigen keinen außergewöhnlichen Aufwand für die öffentlichen Auftraggeber und die Bieter dar. Betroffen seien nämlich nur die Fälle, in denen der wirtschaftlichste Bieter „mangelhafte“ Erklärungen oder Nachweise eingereicht habe. Vorderstes Ziel des Vergaberechts sei es, dem öffentlichen Auftraggeber zur Deckung seines Bedarfs einen wirtschaftlichen und rationellen Einkauf zu ermöglichen. Es dürfe im Übrigen vor dem Hintergrund, dass die Bg den Auftrag bisher zur Zufriedenheit der Ag ausführe, ohne berechtigten Zweifel davon ausgegangen werden, dass die Bg die nunmehr inhaltsgleichen Leistungen erneut zufriedenstellend erbringen werde.

Mit Beschluss vom 23. November 2011 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet sei. Die Bg habe mit von vornherein ordnungsgemäßen Referenzen ihre Eignung dargetan und das preislich niedrigste Angebot abgegeben. Auf die Nachreichung von Referenzen komme es nicht mehr an, denn die Ag hätte die von ihr verwendete Bewertungsmethode bzw. den von ihr angelegten vollständigen Vergleichsmaßstab in der europaweiten Bekanntmachung publizieren müssen. § 7 Abs. 5 Satz 1 VOL/A-EG schreibe vor, dass bereits in der Bekanntmachung anzugeben sei, welche Nachweise vorzulegen seien. Insbesondere habe die Ag davon abgesehen, eine Angabe zu den „möglicherweise geforderten Mindeststandards (falls zutreffend)“ in dem EU-Standardformular zu machen. Welche Unterlagen als Referenzen vorzulegen gewesen seien, habe die Ag erst in den Vergabeunterlagen ausdefiniert. In der Bekanntmachung sei lediglich auf die Ziffern 8.3 bis 8.5 der Leistungsbeschreibung verwiesen worden; den Bietern sei insbesondere nicht mitgeteilt worden, dass die Ag eine Bewertungsmatrix und ein Mindestpunktzahlensystem anwenden würde. Da die ursprüngliche Feststellung fehlender Bietereignung auf eine „defizitäre“ Ausgestaltung der Nachweisforderung der Ag zurückzuführen sein, komme ein Ausschluss der Bg grundsätzlich nicht in Betracht. Denn die Volumina der Referenzen müssten außer Betracht bleiben; es komme allein darauf an, dass die Bg drei Referenzen vorlegen sollte. Diese habe die Ag innerhalb ihres Beurteilungsspielraums auch bewerten können. Die Bg habe daher schon mit ihrem Angebot drei ausreichende Referenzen vorgelegt und ihre Eignung ausschreibungskonform nachgewiesen. Hilfsweise sei auch die Nachforderung einer weiteren Referenz durch die Ag und ein Nachreichen durch die Bg gemäß § 19 Abs. 2 VOL/A-EG zulässig gewesen. Insoweit schließe sich die Bg den Ausführungen der Ag vollumfänglich an. Insbesondere erfasse die Regelung nicht nur fehlende Erklärungen und Nachweise im engeren Sinne, sondern auch unzureichende Nachweise, die ein Bieter noch durch zureichende Nachweise ergänzen könne. Ein Verstoß gegen das

Gleichbehandlungsgebot nach § 97 Abs. 2 GWB und das Nachverhandlungsverbot nach § 18 VOL/A-EG liege ebenfalls nicht vor. Insbesondere habe das Nachreichen von fehlenden Erklärungen oder Nachweisen nicht die Qualität eines „Verhandelns“.

Die Bg stellt keine Anträge.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 6. Dezember 2011 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV und §§ 104 Abs. 1, 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf den Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers, der dem Bund zuzurechnen ist, oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts bezieht.
- b) Die ASt ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Durch Abgabe ihres Angebots hat die ASt ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Des Weiteren macht sie geltend, durch Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Darüber hinaus hat sie auch dargelegt, dass ihr durch die angegriffene Eignungsprüfung der Ag ein Schaden zu entstehen droht, da danach die nach Ansicht der ASt nicht geeignete Bg den Zuschlag erhalten solle, der ansonsten auf das Angebot der ASt zu erteilen sei.



- c) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße bereits wenige Tage nach der Vorabinformation der Ag vom 4. November 2011 – nämlich am 7. und 8. November 2011 – und damit rechtzeitig gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt.
  - d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 10. November 2011 – nämlich am selben Tag – eingereicht.
2. Der Nachprüfungsantrag hat auch in der Sache Erfolg. Denn das Angebot der Bg ist mangels nachgewiesener Eignung gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 19 Abs. 5 VOL/A-EG auszuschließen, da die Bg nicht wie wirksam gefordert drei vergleichbare Referenzen vorgelegt und somit nicht die erforderliche Mindestpunktzahl für das Eignungskriterium der Referenzen erhalten kann.
- a) Nach der den Bietern bekanntgegebenen Wertungsmatrix in Anlage E.2 zur Leistungsbeschreibung war die im Rahmen der Eignungsprüfung erforderliche Mindestpunktzahl von 2 Punkten nur zu erreichen, wenn ein Bieter drei vergleichbare Referenzen mit einer Laufzeit von mindestens zwölf Kalendermonaten einreicht. Dies ist im Falle der Bg nicht geschehen, da sie zwar drei Referenzen mit ihrem Angebot eingereicht hat, ihre Referenz Nr. 2 aber nicht als vergleichbar anzusehen ist.

Wie sich bereits aus dem Begriff „vergleichbar“ ergibt, kommt es hierbei nicht darauf an, dass ein Bieter in Bezug auf Leistungsumfang und Leistungsgegenstand bereits identische Leistungen erbracht hat. Vergleichbar ist eine Leistung vielmehr bereits dann, wenn sie nach den Vergleichbarkeitskriterien des öffentlichen Auftraggebers der ausgeschriebenen Leistung nahe kommt. Erforderlich, aber auch ausreichend ist daher die Vorlage solcher Referenzen, die den hinreichend sicheren Schluss zulassen, dass anhand der vom Auftraggeber vorgegebenen Eignungskriterien auf die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags geschlossen werden kann (OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 24. Oktober 2006, 11 Verg 8/06 und 9/06; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2005, VII-Verg 50/05). Maßstab ist dafür vorliegend auch das zu bewältigende Sendungsvolumen. Denn die Ag hat deutlich gemacht, dass es ihr für die Vergleichbarkeit der Referenzen auch entscheidend darauf ankommt, ob ein Bieter dazu in der Lage ist, ein mit dem Auftrag vergleichbares Sendungsvolumen logistisch

zu bewältigen. Sowohl in Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung als auch in Ziffer 8.3 der Leistungsbeschreibung wurde der Aspekt des Sendungsvolumens im Zusammenhang mit der Definition der Vergleichbarkeit der Referenzen genannt, auf die Bieterfrage Nr. 67 hin wurde auf Ziffer 8.3 der Leistungsbeschreibung noch einmal verwiesen, und auch aus dem von den Bietern für ihre Referenzen auszufüllenden Formblatt ging hervor, dass das „tägliche Sendungsvolumen“ einzutragen und damit für die Frage der Vergleichbarkeit der Referenzen relevant sein würde. Die Höhe des Sendungsvolumens war den Bietern ebenfalls in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen konkret mitgeteilt worden. Dass die Ag auf das Sendungsvolumen bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters (zumindest auch) maßgeblich abstellt, ist auch sachgerecht im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 VOL/A-EG, weil die Ag täglich in verhältnismäßig großem Umfang mit ihren Kunden per Brief kommuniziert und sie zur Erfüllung der ihr übertragenen ... Aufgaben darauf angewiesen ist, dass ihre Briefsendungen trotz ihrer großen Anzahl zuverlässig und in kürzester Zeit zugestellt werden.

Vor diesem Hintergrund ist die Ag zu Recht im Rahmen der Prüfung der mit dem Angebot vorgelegten Referenzen zu dem Ergebnis gelangt, dass von einer Vergleichbarkeit der von der Bg vorgelegten Referenz Nr. 2 nicht auszugehen. Denn diese betrifft einen Auftrag mit einem erheblich niedrigeren täglichen Sendungsvolumen als der ausgeschriebene Auftrag; die Referenz weist weniger als 10% des in Bekanntmachung und Vergabeunterlagen genannten Sendungsvolumens aus. Wenn das Sendungsvolumen, das der Referenz zugrundeliegt, in einem so erheblichen Maße von dem von der Ag bekanntgegebenen Sendungsvolumen abweicht, sind die Sendungsvolumina offensichtlich nicht vergleichbar. Die Bg hat daher hier zu Recht nicht die erforderliche Mindestpunktzahl von 2 Punkten erhalten.

- b) Die Ag durfte auch nicht – anders als geschehen – eine von der Bg nachgereichte „bessere“ Referenz, also eine solche mit einem höheren Briefsendungsvolumen, im Rahmen der Eignungsprüfung heranziehen. Denn dann würde sie ihrer Eignungsprüfung andere Maßstäbe, nämlich nachgeforderte Unterlagen, zugrundelegen, als sie den Bietern vorher mitgeteilt hat. In Ziffer 8.3 der Leistungsbeschreibung hatte die Ag vorgegeben, dass die Bieter nur drei Referenzen vorlegen dürften, weitere würde sie, die Ag, bei der Eignungsprüfung nicht

berücksichtigen. An diese in den Vergabeunterlagen festgelegte Vorgehensweise ist die Ag bei der anschließenden Eignungsprüfung gebunden.

Als Rechtsgrundlage für die Heranziehung einer weiteren „besseren“ Referenz kommt auch nicht § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG in Betracht, da vorliegend der Anwendungsbereich der Regelung schon nicht eröffnet ist. Denn § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG (gegebenenfalls i.V.m. § 7 Abs. 12 VOL/A-EG) ist nur dann anwendbar, wenn geforderte Erklärungen oder Nachweise bis zum Ablauf der Angebotsfrist „nicht vorgelegt“ wurden, also physisch nicht vorhanden oder unvollständig sind (so zur vergleichbaren Vorgängerregelung des § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A-2006: BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06) oder sonst nicht den formalen Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers entsprechen, so dass die vorgelegte Unterlage (z.B. mangels Lesbarkeit, vorgeschriebener Beglaubigung oder Unterzeichnung) gar nicht geprüft werden kann (vgl. zu den genannten Beispielsfällen: OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 16. Januar 2006, VII-Verg 92/05 (vorgelegte Unterlagen waren unleserlich), vom 22. Dezember 2010, VII-Verg 56/10 (nicht beglaubigt), und vom 9. Mai 2011, VII-Verg 40/11 (fehlerhafte Signatur)). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Denn vorliegend hat die Bg ihrem Angebot wie gefordert drei Referenzen beigefügt, so dass die Ag die Eignungsprüfung vollständig vornehmen konnte und dies auch getan hat. Im Rahmen der inhaltlichen Prüfung der Referenzen aufgrund der Angaben der Bg kam die Ag jedoch zu dem Ergebnis, dass die Vergleichbarkeit der Referenz Nr. 2 nicht gegeben ist. Wollte man es in einem solchen Fall dem betreffenden Bieter ermöglichen, „bessere“ Referenzen nachzureichen, käme dies einer inhaltlichen Nachbesserung seiner mit dem Angebot eingereichten Unterlagen gleich. Dies ist wie oben aufgezeigt vom Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG nicht gedeckt, der ausschließlich die formale Vollständigkeit der geforderten Belege betrifft. Demgegenüber ist die inhaltliche Bewertung der vorgelegten Unterlagen – soweit es wie hier um Eignungsnachweise geht – eine Frage der materiellen Eignungsprüfung (vgl. zur früheren Rechtslage VK Bund, Beschlüsse vom 19. März 2007, VK 3-16/07, und vom 3. Dezember 2007, VK 3-136/07). Auch § 7 Abs. 13 VOL/A-EG spricht nur von einer „Vervollständigung“ oder „Erläuterung“ der vorgelegten Eignungsnachweise, jedoch nicht davon, nachträglich eine inhaltliche Verbesserung der Belege zuzulassen (vgl. zur identischen früheren Rechtslage OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, VII-Verg 8/07). Diese eng am Wortlaut der § 19 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 13 VOL/A-EG orientierte Auslegung ist auch sachgerecht. Zum einen

diente die Neufassung der VOL/A durch Schaffung der Nachforderungsmöglichkeit dazu, „überspitzte Förmerei“ bei der formalen Angebotswertung zu beseitigen und „bloßes Vergessen“ einer Unterlage bei der Abgabe eines Angebotes nicht mehr ohne Weiteres durch einen Angebotsausschluss zu sanktionieren. Wenn ein Bieter die Vorlage einer geforderten Unterlage nicht vergisst, sondern diese in inhaltlicher Hinsicht nicht den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genügt, ist daher der Schutzzweck der Neuregelung und damit auch ihr Anwendungsbereich bereits aus diesem Grund nicht eröffnet. Außerdem würde es zu erheblichen unzumutbaren Verzögerungen im Vergabeverfahren führen, wenn ein Bieter, der die Eignungsprüfung in materieller Hinsicht (mit negativem Ergebnis) bereits durchlaufen hat (so auch zunächst die Bg), den Anspruch erheben könnte, dass der öffentliche Auftraggeber sein Ermessen ordnungsgemäß ausübt, indem er den Bieter auffordert, die schlecht bewerteten Unterlagen durch bessere zu ersetzen, mit der Folge, dass die gegebenenfalls nachgebesserten Unterlagen ein weiteres Mal vom öffentlichen Auftraggeber in materieller Hinsicht bewertet werden müssten. Dieser Fall ist daher auch nicht mit einer Situation vergleichbar, in der ein Bieter von vornherein nicht sämtliche geforderten Unterlagen vorlegt, so dass der öffentliche Auftraggeber die fehlenden Unterlagen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG nachfordern könnte. In einer solchen Sachverhaltskonstellation hat der öffentliche Auftraggeber mangels Vorhandensein der geforderten Unterlagen bisher gar keine materielle Prüfung des Angebots vornehmen können (nur eine rein formale Prüfung auf Vollständigkeit der vorgelegten Unterlagen); demgegenüber hat im streitgegenständlichen Vergabeverfahren über diese reine Vollständigkeitsprüfung hinaus bereits eine inhaltliche Bewertung der vorgelegten Unterlagen stattgefunden.

- c) Dem Ausschluss der Bg mangels Eignung gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 19 Abs. 5 Satz 1 VOL/A-EG stehen auch nicht § 7 Abs. 5 VOL/A-EG und Art. 44 Abs. 2 UAbs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG entgegen.

Die vom Bieter vorzulegenden Nachweise, hier insbesondere „3 mit dem Auftragsgegenstand vergleichbare Unternehmensreferenzen“ wurden entsprechend § 7 Abs. 5 Satz 1 VOL/A-EG in Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung ausdrücklich genannt. Dass in der Bekanntmachung nicht bereits das Bewertungssystem entsprechend der in Anlage E.2 zur Leistungsbeschreibung bekanntgegeben wurde, ist dabei unschädlich. Denn bereits aus der Bekanntmachung geht hervor, dass (mindestens) drei mit dem

Auftragsgegenstand vergleichbare Referenzen vorzulegen sind und dass damit eine geringere Anzahl an vergleichbaren Referenzen nicht ausreicht bzw. nicht vergleichbare Referenzen keinen tauglichen Nachweis darstellen, um eine Eignung der Bieter zu belegen. Die Anlage E.2 zur Leistungsbeschreibung weicht davon nicht ab, sondern transponiert diese Vorgabe in eine Bewertungsmatrix, die für das Erreichen der Mindestpunktzahl (ebenfalls) die Vorlage von drei vergleichbaren Referenzen verlangt.

Auch die Anforderungen des Art. 44 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG wurden vorliegend eingehalten. Danach sind Mindestanforderungen, die ein öffentlicher Auftraggeber an die Leistungsfähigkeit der Bieter stellt, bereits in der Bekanntmachung anzugeben. Dies ist geschehen. Denn die Ag hat in der Bekanntmachung unter Ziffer III.2.3) explizit „3 mit dem Auftragsgegenstand vergleichbare Unternehmensreferenzen (auf Leistungsgegenstand, Auftragsvolumen, Leistungsstellen etc. bezogen) mit je mind. 12 Zeitmonaten Laufzeit [...]“ gefordert. Unschädlich ist dabei, dass die Ag diese Mindestanforderung im Bekanntmachungsformular unter Ziffer III.2.3) in dem Feld „Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen.“ eingetragen hat und nicht das ebenfalls unter dieser Ziffer bereitstehende Feld „Möglicherweise geforderte Mindeststandards“ genutzt hat. Denn bereits aus der konkretisierten und qualifizierten Forderung von drei vergleichbaren Referenzen wird deutlich, dass die Ag zum einen mindestens drei Referenzen erwartet und diese zum anderen vergleichbar sein müssen. Dadurch, dass in der veröffentlichten Fassung der Bekanntmachung das Feld „Möglicherweise geforderte Mindeststandards“ (mangels Eintragung) gar nicht enthalten ist, wird die eindeutige Forderung auch nicht etwa durch widersprechende Angaben wieder in Frage gestellt (vgl. insoweit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. März 2008, VII-Verg 56/07).

3. Da das Angebot der Bg mangels nachgewiesener Eignung auszuschließen ist, darf darauf nicht der Zuschlag erteilt werden. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht seitens der Ag hat diese die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung zu wiederholen und erneut über den Zuschlag zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

Neben der Ag ist auch die Bg als unterliegende Partei im Sinne des § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB anzusehen. Zwischen ihr und der ASt bestand aufgrund des Nachprüfungsantrags, der sich gegen die Bezuschlagung des Angebots der Bg richtete, ein Interessengegensatz; zudem hat sich die Bg am Nachprüfungsverfahren durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag aktiv beteiligt und ist dem Begehren der ASt entgegengetreten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Juli 2005, VII-Verg 19/05; Beschluss vom 9. Dezember 2009, VII-Verg 37/09).

Da § 128 Abs. 4 GWB keine gesamtschuldnerische Haftung der unterliegenden Beteiligten vorsieht, haften die Ag und die Bg insoweit nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. September 2007, VII-Verg 28/07).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen – insbesondere in Bezug auf die Anforderungen von Eignungsnachweisen –, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Ohlerich