



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 135/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Schroers auf die mündlichen Verhandlungen vom 13. Januar 2016 sowie vom 17. Februar 2016 am 22. Februar 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin die Wertung unter Einbezug des Angebots der Antragstellerin erneut durchzuführen.

2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag), die sich mit [...] befasst, machte am 26. Oktober 2015 im Submissions-Anzeiger und auf der eigenen Homepage eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags [...] als Ort der Leistungserbringung nach VOL/A bekannt. Der Auftragnehmer soll der Ag 40 Leiharbeitnehmer in der Zeit vom 7. Januar 2016 bis 16. Dezember 2016 sowie vom 4. Januar 2017 bis zum 15. Dezember 2017 zur Verfügung stellen, optional darüber hinaus vom 8. Januar 2018 bis zum 14. Dezember 2018 und vom 7. Januar 2019 bis zum 13. Dezember 2019. Die von den Leiharbeitnehmern zu erbringenden Arbeiten umfassen Montagen und Demontagen aller Art (einschließlich Beton- und Asbestarbeiten), Stahlbau und Schlosserarbeiten. Die Arbeiten sind vorwiegend im Kontroll- oder Überwachungsbereich der Ag zu erbringen. „Kontrollbereiche“ sind Bereiche, in denen [...]. „Überwachungsbereiche“ sind nicht zum Kontrollbereich gehörende betriebliche Bereiche, in denen [...].

Unter lit. „h) *Unterlagenanforderung*“ der Bekanntmachung befand sich ein Link, über den die Unterlagen direkt aufgerufen werden konnten; unter lit. „l) *Nachweise*“ hieß es: „*entsprechend der Vergabeunterlagen.*“ Die unter dem Link aus der Bekanntmachung bereit gestellten Vergabeunterlagen enthalten u.a. folgende Anforderung:

„Folgende Nachweise/Eigenerklärungen bzgl. der bietenden Firma sind mit Angebotsabgabe zu erbringen:

(...)

Eigenerklärung: 3 Referenzen über vergleichbare Leistungen (Mann-Stärke, Laufzeit, Einsatzgebiet, Tätigkeiten etc.) aus den letzten 5 Jahren

(...)

Folgende Eigenerklärung bzgl. der betreffenden Leiharbeitnehmer/-in (LA) sind mit Angebotsabgabe zu erbringen:

(...)

40 Leiharbeitnehmer Zuverlässigkeitsprüfung nach § 12b AtG

40 Leiharbeitnehmer Zulassung nach § 15 StrSchV

40 Leiharbeitnehmer Strahlenschutzüberwachtes Personal

(...)

25 Leiharbeitnehmer Asbesttauglichkeit

(...)

Die Anzahl und die Qualifikation der angebotenen Leiharbeitnehmer, sowie die Erfüllung der Anforderungen sind aussagefähig im Angebot darzustellen.“

Ebenfalls Teil der Vergabeunterlagen war eine „Checkliste der Anforderungen für 40 Leiharbeitnehmer [...]“, in welcher die Bieter die vorgegebenen Qualifikationen bzw. Überprüfungen der angebotenen Leiharbeitnehmer ankreuzen und mit Unterschrift bestätigen sollten. Unter Ziffer „3. Überlassungspflicht“ der Leistungsbeschreibung heißt es:

„Alle AK müssen mit Angebotsabgabe namentlich benannt werden.“

Ziffer 5. der Leistungsbeschreibung lautet:

„5. Gewährleistung

Der Bieter leistet im Auftragsfalle Gewähr für die zur Verrichtung der vorgesehenen Tätigkeit notwendige Qualifikation und Eignung der Leiharbeitnehmer.

Die Gewährleistung erstreckt sich auch auf das Vorliegen ordnungsgemäßer Arbeitspapiere. Der Verleiher hat die Arbeitspapiere, insbesondere Zeugnisse, auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Auf Verlangen der [...] wird der Bieter die vorgenannten Unterlagen vorlegen oder in Kopie übergeben.

Der Bieter wird im Auftragsfalle ferner gewährleisten und der [...] sukzessive nachweisen, dass die Leiharbeitnehmer einen bis zum Vertragsende gültigen Strahlenschutzpass sowie ein behördlich zugelassenes Dosimeter besitzen und sich den erforderlichen Sicherheitsüberprüfungen und Strahlenschutzuntersuchungen unterzogen haben.“

Nach Ziffer „6. Austausch des Leiharbeitnehmers“ der Leistungsbeschreibung ist eine vorzeitige Abberufung des Leiharbeitnehmers durch den Verleiher nur in Ausnahmefällen und mit vorheriger Zustimmung der Ag möglich.

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Antragstellerin (ASt) gab am 13. November 2015 fristgerecht ein Angebot ab. Sie fügte ihrem Angebot zwei nicht kongruente „*Listen der geplanten Mitarbeiter [...]*“ bei. In der einen, vom Geschäftsführer der ASt unterzeichneten Liste, wurden insgesamt 110 Personen, in der anderen, vom Niederlassungsleiter unterzeichneten Liste, wurden 129 Personen namentlich aufgeführt. Die Checkliste der Anforderungen für 40 Leiharbeitnehmer fügte die ASt ebenfalls ausgefüllt und unterschrieben bei. Im Textteil ihres Angebots führt die ASt aus:

„Wir verfügen im gesamten [...]„Pool“ über ca. 200 Mitarbeiter, von denen ca. 70 Mitarbeiter für Einsätze im kerntechnischen Bereich geeignet sind. Aus der beigefügten Namensliste (Mitarbeiter + aktuelle Bewerber) werden wir entsprechend den gestellten Anforderungen die für den Einsatz prädestinierten Mitarbeiter bestmöglich auswählen, die dann zum Einsatzbeginn auch über die geforderten Parameter verfügen: (...).“

Bei Auswertung der Angebote wurde bei der ASt im Auswertungsbogen zur Eignung festgehalten, dass die „*Eigenerklärung aussagefähige Darstellung der zum Einsatz kommenden Leiharbeitnehmer*“ „*nicht vorhanden*“ sei; bei den Referenzen wurde festgehalten: „*entsprechen nicht der Anforderung*“. In der hausinternen „*Mitteilung*“ der Ag vom 19. November 2015 werden die tabellarischen Ergebnisse näher begründet. Danach seien, so der wesentliche Inhalt der Mitteilung, die geforderten drei Referenzen aus den letzten fünf Jahren, wo maximal 4 AK angegeben worden seien, nicht annähernd vergleichbar mit der hier geforderten Mannstärke von 40 AK. Die Forderung aus der Checkliste, wonach alle AK mit Angebotsabgabe namentlich zu benennen sowie die Erfüllung der Anforderungen aussagefähig darzustellen seien, sei von der ASt nicht erfüllt worden. Aus dem Textteil des Angebots der ASt ergäbe sich ein Widerspruch zwischen den reinen Namenslisten von einmal 110, einmal 129 Personen sowie der Aussage, insgesamt stünden 70 Mitarbeiter für Einsätze im kerntechnischen Bereich zur Verfügung. Es sei auch fraglich, welche Liste gültig sei; bedenklich sei es, dass die ASt aktuelle Bewerber in die Liste aufgenommen habe.

Mit Schreiben vom 23. November 2015 forderte die Ag die ASt daraufhin unter Fristsetzung bis zum 27. November 2015 auf, ihre Unterlagen zu vervollständigen. Das angebotene Personal habe nicht ausreichend bewertet werden können, da zwei Listen, einmal mit 110, einmal mit 129 geplanten Mitarbeitern eingereicht worden seien, was zu Irritationen geführt habe. Es habe nicht festgestellt werden können, welcher geplante Mitarbeiter die für seinen Arbeitsplatz geforderten Anforderungen und Qualifikationen mit

sich brächte. Die Ag bat die ASt in dem Schreiben, in einer Eigenerklärung ihr Personal für den Auftrag zu präzisieren und die geplanten Mitarbeiter namentlich mit den geforderten Qualifikationen und Anforderungen zu definieren. Als Hilfe werde im Anhang ein Personalformular zur Verfügung gestellt. Das beigefügte Formular enthält 40 Spalten, in denen Name, Geburtsdatum sowie sämtliche Qualifikationen, u.a. die Prüfung der Zuverlässigkeit nach § 12 b AtG und Asbesttauglichkeit, tabellarisch und der Person zugeordnet eingetragen werden konnten; eine weitere, inhaltlich identische Tabelle mit fünf Spalten für fünf Personen bezieht sich auf geplantes Ersatzpersonal.

Mit Schreiben vom 27. November 2015 schickte die ASt die ausgefüllte Liste zurück, wobei sie diese auf insgesamt 97 Personen, von denen neun in einer Sonderliste „*Weitere Kandidaten nach dem 13. November 2015*“ aufgeführt waren, erweitert hatte.

Mit Schreiben vom 30. November 2015 bat die Ag zur Vervollständigung des Angebots der ASt unter Fristsetzung bis zum 2. Dezember 2015 um eine Konkretisierung der Referenzen, da den mit dem Angebot eingereichten Referenzen nicht habe entnommen werden können, dass es sich bei den auszuführenden Tätigkeiten um Arbeitnehmerüberlassungen gehandelt habe. Mit Schreiben ohne Datum nebst Anlagen (Band 2 der Vergabeakte) leitete die ASt der Ag eine Reihe von Referenzen zu diversen Personaleinsätzen im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der letzten fünf Jahre zu.

Am 3. Dezember 2015 fand ein offenbar telefonisch am 1. Dezember 2015 gegen 12.00 Uhr von der Ag angekündigter (so laut Schriftsatz der ASt vom 21. Dezember 2015, die Vergabeakte verhält sich hierzu nicht) Besuchstermin der Ag vor Ort bei der ASt zur Durchführung eines Aufklärungsgesprächs statt, das mit Berichtsprotokoll vom 7. Dezember 2015 in der Vergabeakte dokumentiert ist. Ein ebensolcher Termin wurde am selben Tag bei der Beigeladenen (Bg) durchgeführt. Folgende Punkte wurden im Gespräch seitens der Ag thematisiert und die Ergebnisse wie folgt protokolliert:

- Mit dem aus dem streitgegenständlichen Auftrag resultierenden Jahresumsatz habe die ASt bereits die Hälfte ihres Jahresumsatzes der Jahre 2013 und 2014 der ASt erreicht, was deutlich mache, dass in den letzten Jahren kein vergleichbarer Auftrag in dieser Größenordnung vorgelegen habe. Die ASt ließ sich dahin ein, in der Vergangenheit bereits Aufträge mit vergleichbarer

Mannstärke absolviert zu haben, jedoch nicht länger als über einen Zeitraum von mehreren Wochen.

- Die Ag begehrte, von der von der ASt auf Nachforderung am 27. November 2015 eingereichte Personalliste mit insgesamt 97 Personen bzw. die durch die ASt mit Ankreuzen für 58 Personen bestätigten atomrechtlichen Zuverlässigkeitsüberprüfungen einsehen zu können. Die ASt konnte laut Protokoll nur bezüglich 16 Personen die Zuverlässigkeitsbescheinigung vorlegen (Anforderung der Ausschreibung: 40 Personen mit Zuverlässigkeitsattest nach § 12 b AtomG); bezüglich der anderen Personen habe die ASt angegeben, dass es sich bei einer Vielzahl von Personen um Bewerber handle, die der ASt zugesagt hätten, eine solche Bescheinigung zu haben, die aber nicht wüssten, wo sich diese Dokumente befänden.
- Die Ag forderte ebenfalls die Einsichtnahme in die Dokumente bezüglich der Strahlenschutzüberprüfung der Mitarbeiter, die laut Ausschreibung für alle 40 Mitarbeiter gegeben sein musste. Hier konnte die Ag im Ergebnis nur für fünf Mitarbeiter gültige Dokumente vorlegen; für weitere zwölf Personen waren abgelaufene Strahlenschutzdokumente vorhanden. In ihrem Angebot hatte die ASt insgesamt 60 Personen als strahlenschutzüberwacht gekennzeichnet.
- Bezüglich der Asbesttauglichkeit konnte kein Dokument vorgelegt werden (Anforderung der Ausschreibung: 25 Personen müssen asbesttauglich sein).

Als Fazit des Besuchs wurde festgehalten, dass entgegen der im Angebot der ASt gemachten Eigenerklärungen eine Vielzahl von Dokumenten nicht hatten vorgelegt werden können oder zum Teil ungültig gewesen seien. Eine Eignung der ASt könne daher nicht bestätigt werden.

Am 4. Dezember 2015 schickte die ASt der Ag eine E-Mail. Da die von der Ag im Besichtigungstermin am 3. Dezember 2015 eingesehenen Dokumente nicht optimal hätten vorgelegt werden können, hätte sich die ASt entschlossen, alle für das Projekt in Frage kommenden Mitarbeiter umgehend vorrangig zu den Untersuchungen Strahlenschutz und Asbesttauglichkeit zu schicken. Hierfür seien mit den zuständigen Arbeitsmedizinern bereits zeitnahe Termine vor Weihnachten vereinbart worden. Bezüglich der atomrechtlichen Zuverlässigkeitsprüfung sei die erforderliche Anzahl von Mitarbeitern gegeben, so dass insoweit kein Handlungsbedarf bestehe. Auf diesem Wege

werde die ASt allen Eventualitäten vorbeugen, damit die ASt im Falle ihrer Beauftragung zum Start der Demontagearbeiten am 7. Januar 2016 ihre in der Ausschreibung genannten Vorgaben erfülle.

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2015 teilte die Ag der ASt mit, dass die Annahme ihres Angebots nach Ablauf der § 101 a GWB-Frist beabsichtigt sei. Mit Bezug auf die E-Mail der ASt vom 4. Dezember 2015 werde die Ag den Zuschlag jedoch nur erteilen, wenn die ASt entsprechend ihren Zusagen bis zum 18. Dezember 2015 für die von ihr benannten Mitarbeiter sowohl die Asbesttauglichkeitsprüfung als auch die Strahlenschutzuntersuchung vorlegen würde. Sollte dies nicht fristgerecht geschehen, so werde die Ag die Zuschlagsentscheidung mangels nachgewiesener Leistungsfähigkeit rückgängig machen. Parallel informierte die Ag die Bg nach § 101 a GWB dahin, dass der Zuschlag auf das Angebot der ASt erfolgen solle, da diese ein preislich niedrigeres Hautangebot vorgelegt habe.

Am 17. Dezember 2015 reichte die ASt einen Ordner mit Unterlagen von 46 Personen, pro Person durch einen Trennstreifen separiert, bei der Ag ein. Diese Liste wertete die Ag im Einzelnen aus und stellte im Prüfbericht vom 22. Dezember 2015 in Bezug auf eine Reihe von namentlich aufgelisteten Personen fest, dass Defizite bei diversen Strahlenschutz-, Zuverlässigkeits- und Asbesttauglichkeitsuntersuchungen bestanden, so insbesondere kurzfristiger Ablauf von Untersuchungen unmittelbar nach Beginn des Auftrags, fehlende Prüffähigkeit mangels Angabe des Namens oder Herkunft des Formulars nicht erkennbar. Es sei, so die Ag, im Ergebnis festzustellen, dass die ASt entgegen ihrer Ankündigung vom 4. Dezember 2015 nicht bei allen potentiellen Mitarbeitern eine neue Strahlenschutzuntersuchung vorgenommen habe; ferner fänden sich auf der aktuellen Personalliste vom 17. Dezember 2015 Personen, die nicht mit Schreiben vom 27. November 2015 oder mit Schreiben vom 13. November 2015 benannt worden seien. Bei einigen Mitarbeitern habe keine gültige Strahlenschutz- bzw. Zuverlässigkeitsuntersuchung festgestellt werden können, bei anderen liefe die Gültigkeitsdauer der Zertifikate kurz nach Beginn der Maßnahme ab.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 informierte die Ag die ASt nach § 101 a GWB, dass ihr Angebot mangels Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht angenommen werden solle. Die von der ASt vorgelegten Unterlagen, welche die Ag am 7. Dezember 2015 angefordert hatte, seien von der ASt zwar termingerecht, jedoch nicht in vollständig

prüffähiger Form eingereicht worden. Es sei beabsichtigt, am 29. Dezember 2015 der Beigeladenen (Bg) den Zuschlag zu erteilen.

Die ASt rügte diesen Vorgang unter Fristsetzung bis zum 21. Dezember 2015, 12.00 Uhr. Aufgrund des jeweils eingelegten Trennblatts mit dem Namen des Mitarbeiters sei jede Unterlage dem Namen zuordenbar und der Einwand der Ag, die Nachweise seien nicht vollständig prüfbar, damit widerlegt.

Die Ag sagte der ASt mit Schreiben vom 21. Dezember 2015, Faxübermittlung um 8.31 Uhr, zu, die Rüge bis zum 22. Dezember 2015, 12.00 Uhr, zu beantworten. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2015, Eingang 17.32 Uhr bei der ASt, lehnte die Ag es ab, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2015, Eingang bei der Vergabekammer des Bundes am 22. Dezember 2015, 12.15 Uhr, stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag.
 - a) Die ASt trägt vor, dass die Bekanntmachung Eignungsanforderungen nicht benannt habe, sondern dass sich diese erst aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben hätten, was die Eignungsprüfung der Ag einschränke. Auch habe die öffentliche Ausschreibung vom 23. Oktober 2015 allein auf Eigenerklärungen abgestellt. § 7 VOL/A-EG finde vorliegend Anwendung, denn es läge eine Dienstleistung nach Anlage 1 Teil A, Kategorie 1 der VOL/A vor. Nachgeforderte Unterlagen könnten die Richtigkeit der Eigenerklärungen nicht in Frage stellen. Tatsächlich stünden bei der ASt 40 Leiharbeitnehmer mit Strahlenschutznachweisen und 25 Leiharbeitnehmer mit Asbesttauglichkeit zur Verfügung, so dass die Eigenerklärungen der ASt zutreffend gewesen seien. Dem am 17. Dezember 2015 von der ASt an die Ag übergebenen Ordner sei eine Aufstellung von 45 zur Überlassung in Frage kommenden Arbeitnehmern vorangeheftet gewesen. Aus einer Spalte ergäbe sich, dass 34 Mitarbeiter über die Asbesttauglichkeitsbescheinigung verfügten und dass für alle 45 Mitarbeiter eine Strahlenschutzbescheinigung vorläge. Die Strahlenschutzbescheinigung werde branchenüblich eingeholt, sobald dem Arbeitnehmer eine Arbeitsaufgabe zugeordnet werde, bei der eine Strahlenschutzbescheinigung, die jeweils für ein Jahr ausgestellt werde, erforderlich sei. Insoweit sei eine ärztliche Untersuchung notwendig.

Was die Referenzen anbelange, so sei die Ag selbst offenbar im Vergabeverfahren davon ausgegangen, dass diese ausreichend seien; erst mit Schriftsatz vom 4. Januar 2016 werde darauf abgestellt, diese seien unzureichend. Soweit die Unterlagen, welche die ASt am 17. Dezember 2015 für die angebotenen 45 Leiharbeitnehmer der Ag überreicht habe, kleinere Defizite aufwiesen (z.B. fehlerhafter Eintrag des Ablaufdatums der Zuverlässigkeitsüberprüfung auf dem Deckblatt bei einzelnen Mitarbeitern; Herkunft eines Formulars zur Zuverlässigkeitsüberprüfung sei nicht erkennbar; versehentliches Nichtaufführen von Arbeitnehmern in der vorangestellten Übersicht; baldiger Ablauf der Strahlenschutzbescheinigung; Abweichen von Vornamen zwischen Deckblatt und Unterlagen etc.), so legt die ASt im Schriftsatz vom 8. Januar 2016 im Einzelnen dar, aus welchen Gründen diese Defizite unschädlich seien (z.B. Kenntnisse der Ag aus ihrer eigenen Datenbank; Folgebescheinigung bei alsbald ablaufender Strahlenschutzbescheinigung kann als wahrscheinlich unterstellt werden). Die Ag werde die Eignungsprüfung ggfs. unter Ausschluss der Bg, die möglicherweise ebenfalls nicht alle Qualifikationsanforderungen erfülle und auf die die Ag möglicherweise eine Anpassung der Vorgaben vorgenommen habe, wiederholen müssen; es sei bezüglich der Bg zu prüfen, was die Angebotsauswertung der Bg zur Eignung am 18. November 2015 ergeben habe.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. die Ag zu verpflichten, die Eignungsprüfung in Bezug auf die ASt zur Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erneut und unter Berücksichtigung der nachgeforderten und nachgereichten Unterlagen sowie der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. der ASt Akteneinsicht zu gewähren,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für erforderlich zu erklären,
5. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Ag aufzuerlegen,

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die den Leiharbeitnehmern zu übertragenden Aufgaben sowie der Einsatzort verlangten, dass das Personal vorab einer dem Schutz der Allgemeinheit dienenden Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 12 b AtG i.V.m. §§ 1 ff. AtZÜV unterzogen werde; ferner müsse es sich zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeiter um strahlenschutzüberwachtes Personal handeln, das auch die Asbesttauglichkeit im Rahmen einer arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchung nachgewiesen habe. Andernfalls dürfe der Arbeitnehmer nach den gesetzlichen Vorschriften die Arbeiten nicht aufnehmen. Die ASt habe entgegen der den Vergabeunterlagen beigefügten Checkliste und trotz mehrfacher Aufforderung nicht Anzahl und Qualifikation der Arbeitnehmer im Angebot dargestellt. Aus keiner der beiden Listen mit 110 bzw. 129 Mitarbeitern sei ersichtlich gewesen, ob sie den genannten Anforderungen an die atomrechtliche Zuverlässigkeit etc. genügten. Auf entsprechende Aufforderung der Ag vom 23. November 2015 seien sodann nur noch 97 Personen benannt worden; ausweislich der Liste der ASt hätten von 58 die Zuverlässigkeitsüberprüfung sowie die Strahlenschutzbescheinigung, 45 die Asbesttauglichkeitsuntersuchung. Die Auditierung am 3. Dezember 2015 habe dann aber ergeben, dass statt der von der ASt benannten 58 Mitarbeiter mit Zuverlässigkeitsüberprüfung nur der Nachweis für 16 Personen vorgelegt werden konnte, beim Strahlenschutz lediglich fünf von 51 benannten, bei der Asbesttauglichkeit habe entgegen der 51 benannten Mitarbeiter für keinen einzigen eine gültige arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchung nachgewiesen werden können. Ausweislich ihrer E-Mail vom 4. Dezember 2015 habe auch die ASt die Auditierung als unzureichend empfunden und zugesagt, alle in Frage kommenden Mitarbeiter in der 51. Kalenderwoche ärztlich hinsichtlich Strahlenschutz- und Asbesttauglichkeit untersuchen zu lassen. Im Ergebnis habe die ASt bis einschließlich 18. Dezember 2015 die Erfüllung der Anforderungen nicht nachweisen können. Auch habe die ASt unzureichende Referenzen vorgelegt, da keine der benannten Referenzen eine vergleichbare Leistung zum Gegenstand gehabt habe und auch keine Aufträge in vergleichbarer Mann-Stärke aufwiesen.

Die Ag meint, die ASt sei nicht antragsbefugt. Da die ASt nicht über die erforderlichen Nachweise nach § 12b AtG in Verbindung mit §§ 1 ff AtZÜV, § 4 Abs. 1 Satz 2 ArbMedVV verfüge, dürfe sie die streitgegenständliche Leistungen ohnehin und völlig unabhängig vom Vergaberecht nach den genannten Vorschriften nicht erbringen, so

dass ihr kein Schaden drohe. Was den Vortrag der ASt anbelange, die Nennung der Eignungsanforderungen sei fehlerhaft nicht in der Bekanntmachung erfolgt, so sei dieser Punkt präkludiert, da die ASt ihn trotz anwaltlicher Beratung nicht gerügt habe.

Der Nachprüfungsantrag sei in der Sache unbegründet. Entgegen der Annahme der ASt sei die Ag nicht verpflichtet gewesen, die Eignungsnachweise bekannt zu machen. Eine dem § 7 EG Abs. 5 Satz 1 VOL/A vergleichbare Vorschrift gebe es im Rahmen des vorliegend einschlägigen ersten Teils der VOL/A nicht; Arbeitnehmerüberlassung sei eine nichtprioritäre Dienstleistung gem. Anlage 1 Teil B zur VOL/A (Kategorie 22). Die Leistungsfähigkeitsprognose umfasse auch die Prüfung, ob der Bieter in der Lage sei, besondere Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zu prüfen. Die ASt sei trotz mehrfacher Aufforderung nicht in der Lage gewesen, nachzuweisen, dass sie zum Vertragsbeginn am 7. Januar 2015 die für den Einsatz erforderlichen Arbeitnehmer bereitstellen könne, und dies trotz der Mitteilung der Ag vom 7. Dezember 2015, wonach die Ag den Zuschlag vorbehaltlich der Nachweise erteilt habe. So sei bei Mitarbeitern, deren Qualifikationsnachweise demnächst abliefen, gerade kein Vermerk für die nächste Untersuchung vorhanden gewesen; die Herkunft von Formularen sei teilweise nicht erkennbar gewesen; teilweise – bezüglich 13 Personen - seien die von der ASt benannten Mitarbeiter gar nicht bei der ASt beschäftigt.

Ebenso wenig hätten die Referenzen der ASt den Vorgaben entsprochen, so dass die ASt wegen unzureichender fachlicher und technischer Leistungsfähigkeit hätte ausgeschlossen werden müssen.

- c) Die mit Beschluss vom 23. Dezember 2015 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie der Bg aufzuerlegen,
 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg für notwendig zu erklären.

Hinsichtlich der angeblich fehlenden Bekanntmachung der Eignungsanforderungen finde nur der 1. Abschnitt der VOL/A Anwendung, nicht der von der ASt genannte § 7 VOL/A-EG. Hier sei die ASt ohnehin nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB präkludiert, denn der vermeintliche Verstoß sei bereits aus der Bekanntmachung ersichtlich gewesen. Eine Rechtsverletzung der ASt scheidet hier auch aus, da der ASt zweimal,

nämlich mit Schreiben vom 23. November 2015 sowie vom 7. Dezember 2015, die Möglichkeit eröffnet worden sei, die Nachweise über die Mitarbeiterqualifikation nachzureichen. Ob diese beiden Aufforderungen rechtens gewesen seien, könne letztlich offen bleiben, da sie der ASt zum Vorteil gereicht hätten. Es erscheine eher so, dass die Vergabevorschriften allein zu Lasten der Bg verletzt worden seien. Im Übrigen handle es sich bei den Nachweisen schon nicht um Eignungsnachweise, sondern um besondere Auftragsanforderungen, § 97 Abs. 4 S. 2 GWB. Es sei geboten, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Erfüllung solcher Anforderungen noch vor Zuschlagserteilung überprüfe, um nicht auf zivilrechtliche Handlungsmöglichkeiten nach Zuschlagserteilung angewiesen zu sein. Dass die Erbringung der Nachweise aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen sei oder dass die Anforderung der Nachweise schon grundsätzlich nicht zulässig gewesen sei, trage die ASt nicht vor; sie stütze sich allein darauf, dass die von ihr überlassenen Unterlagen vollständig und prüfbar gewesen seien.

3. Am 13. Januar 2016 fand die erste mündliche Verhandlung statt. Die ASt erklärte zu Protokoll, dass seit dem 1. Januar 2016 alle von ihr für die Auftragsausführung benannten Personen bei ihr angestellt seien.

- a) Mit Schriftsatz vom 22. Januar 2016, ergänzt durch Schriftsatz vom 10. Februar 2016, trägt die Ag im Nachgang zur ersten mündlichen Verhandlung vor, sie habe in Erfahrung gebracht, dass mindestens zwei der von der ASt benannten Arbeitnehmer noch immer in einem Anstellungsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber stünden. Die Einlassungen der ASt auf diesen Vortrag bestätigten, dass nicht in Bezug auf alle von der ASt genannten Arbeitnehmer ein Anstellungsverhältnis mit der ASt bestehe. Die Aussage der ASt in der mündlichen Verhandlung müsse die Ag daher als unzutreffende Erklärung in Bezug auf die Eignung gemäß § 6 Abs. 5 VOL/A werten. Die Ag sehe sich damit in ihrer Prognoseentscheidung bestätigt, die ASt wegen unzureichender Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ausgeschlossen zu haben.

Mit Schreiben vom 25. Januar 2016 teilte die Vergabekammer allen Verfahrensbeteiligten mit, dass der neue Sachverhalt aus Effizienzgründen und zwecks Vermeidung eines denkbaren zweiten Nachprüfungsverfahrens in derselben Angelegenheit zugelassen werde, wobei allerdings die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 S. 2 GWB verlängert werden musste bis zum

25. Februar 2016. Aufgrund des erst im Nachgang zur mündlichen Verhandlung zutage getretenen Sachverhalts stelle sich nämlich – vorbehaltlich eines Verzichts aller Verfahrensbeteiligter hierauf - die Notwendigkeit eines Wiedereintritts in die mündliche Verhandlung (zur Notwendigkeit eines Wiedereintritts in die mündliche Verhandlung bei dieser Sachlage vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – VII-Verg 25/15). Die Ag teilte mit Schriftsatz vom 29. Januar 2016 mit, nicht auf eine zweite mündliche Verhandlung zu verzichten, die am 17. Februar 2016 durchgeführt wurde.

- b) In der Sache lässt sich die ASt auf den neuen Vortrag dahin ein, dass neben den 14, bereits seit Längerem bei der Ag beschäftigten Arbeitnehmern sowie 14 weiteren Arbeitnehmern, welche die ASt zum 1. Januar 2016 im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung von der [...] übernommen habe und die damit derzeit im Personalbestand der ASt seien, insgesamt 18 Arbeitnehmer eingeworben worden seien. In Bezug auf alle drei Kategorien von Arbeitnehmern, insbesondere in Bezug auf die Kategorie der eingeworbenen Arbeitnehmer, legt die ASt in tabellarischer Form im Einzelnen dar, wie der derzeitige Verfügbarkeitsstatus ist, z.B. „*verfügbar*“, „*zum Wechsel zur AS bereit*“, „*gekündigt*“. Vereinbarter Arbeitsbeginn ist bei allen in dieser Tabelle genannten Arbeitnehmern entweder der 1. Januar 2016 oder der 7. Januar 2016 (Schriftsatz der ASt vom 1. Februar 2016, S. 5). Ein Großteil der eingeworbenen Arbeitnehmer hat ausweislich der Tabelle an den von der ASt durchgeführten Schulungen zur Vorbereitung auf die Ausführung des streitgegenständlichen Auftrags teilgenommen. Aufgrund der geänderten Zuschlagsabsicht der Ag, nicht der ASt den Zuschlag erteilen zu wollen, habe die ASt die eingeworbenen Mitarbeiter mit einem einheitlichen Schreiben vom 4. Januar 2016 dahin informiert, dass das beabsichtigte Auftragsverhältnis mit Blick auf die aktuelle Auftragslage nicht zustande kommen könne, der Kontakt jedoch aufrecht erhalten werden solle, um in naher Zukunft die Aufnahme zu klären. Die ASt trägt vor, sich zu diesem Schreiben genötigt gesehen zu haben, da eine Beschäftigung der Arbeitnehmer wegen der ausgebliebenen Zuschlagserteilung nicht möglich gewesen sei. In Bezug auf die beiden, von der Ag namentlich benannten Arbeitnehmer, auf die sich die Aussage der Ag aus dem Schriftsatz vom 22. Januar 2016 bezieht, die ASt habe in der mündlichen Verhandlung eine falsche Angabe gemacht, indem sie mit ihrer Protokollerklärung diese beiden Arbeitskräfte als bei ihr angestellt bezeichnet habe, geht die ASt im Einzelnen ein; nach Erhalt des Schriftsatzes der

Ag vom 22. Januar 2016 habe die ASt recherchiert und von den beiden Arbeitnehmern erfahren, dass die Kündigungen, welche die beiden von ihrem bisherigen Arbeitgeber mit Wirkung zum 31. Dezember 2015 erhalten hatten, nach dem 18. Dezember 2015 unerwartet zurückgenommen worden seien. Der bisherige Arbeitgeber dieser beiden Personen sei gesellschaftsrechtlich eng mit der Bg verflochten. Da es für die Zuschlagserteilung letztendlich allein darauf ankommen könne, ob die ASt in der Lage ist, zum nunmehr verschobenen Arbeitsbeginn 40 qualifizierte und geeignete Leiharbeitnehmer zu stellen, werde bei der ASt fortlaufend geprüft, welche Arbeitnehmer hier für die Arbeitnehmerüberlassung in Betracht kämen. Die ASt benennt eine Reihe von geeigneten Personen namentlich.

- c) Die Bg trägt hierzu vor, dass offenbar zu Gunsten der ASt auf die Einhaltung einer Vielzahl vergaberechtlicher Vorschriften verzichtet worden war, so sei ihr die Korrektur sich widersprechender Listen von Arbeitnehmern erlaubt worden sowie die Nachholung ärztlicher Strahlenschutzuntersuchungen, die entgegen der abgegebenen Eigenerklärungen nicht durchgeführt worden seien. Nun erweise sich, dass selbst die Angaben des Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung zum Bestand von Arbeitsverhältnissen unzutreffend gewesen seien sowie unzutreffende Erklärungen über Referenzprojekte, die nicht Arbeitnehmerüberlassung, sondern Dienst- und Werkverträge beträfen, eingereicht worden seien. Die Bg hätte bei dieser Sachlage allen Grund zur Beanstandung.

Bei der Überprüfung der Prognoseentscheidung hinsichtlich der Eignung der ASt habe die Vergabekammer den Beurteilungsspielraum der Ag zu beachten. Die Einschätzung der Ag, der ASt fehle die erforderliche Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit, sei nicht zu beanstanden. Auch die ASt anerkenne, dass die Ausführung der Leistung nur möglich sei, wenn die Arbeitnehmer über die entsprechenden ärztlichen Untersuchungen verfügten. Die ASt, die der Auffassung sei, am 17. Dezember 2015 vollständige und prüffähige Unterlagen eingereicht zu haben, gehe fehl, da es offenbar schon an der namentlichen Zuordenbarkeit von Unterlagen zu den einzelnen Arbeitnehmern fehle; die von der Ag festgelegte Frist für die ASt, bis zum 18. Dezember 2015 die erforderlichen Nachweise beizubringen, sei von der ASt nicht als zu kurz bemessen angesehen worden, sondern akzeptiert worden. Die von der ASt am 17. Dezember 2015 eingereichten Unterlagen seien teilweise unvollständig, teilweise nicht prüfbar gewesen. Der ASt

obliege die Beibringungslast. Es verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten der Bg, wenn man die Ag verpflichten wollte, sich die bereits objektiv nicht den Anforderungen genügenden Unterlagen der ASt auch noch erläutern lassen zu müssen. Nicht zu beanstanden sei die Rüge der Ag, wonach einige der in der Liste benannten Arbeitnehmer gar nicht bei der ASt beschäftigt gewesen seien; nicht ausreichend sei es, wenn erst im Nachprüfungsverfahren aufklärend mitgeteilt werde, dass die fraglichen Arbeitnehmer noch vor Beginn der Arbeiten bei der ASt angestellt würden. Zur Überprüfung durch die Vergabekammer stünde die Entscheidung der Ag vom Dezember 2015, aufgrund der nicht bzw. nicht ausreichenden Beibringung von Nachweisen der ASt den Zuschlag nicht zu erteilen. Indem die Ag zum jetzigen Zeitpunkt vortrage, sich durch die nunmehr bekannt gewordenen Umstände bestätigt zu sehen, mache die Ag ebenfalls deutlich, dass den neuen Umständen kein zusätzlicher, eigenständiger Gehalt zukomme, sondern dass es auf die Eignungsprüfung im Dezember 2015 ankomme. Ab 11. Januar 2016 beigebrachte Belege seien unbeachtlich. Mit ihrem Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen der Bg und dem Arbeitgeber der beiden Arbeitnehmer, deren Kündigung kurzfristig zurückgenommen worden sei, seien unbeachtlich.

4. Der ASt ist Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In den mündlichen Verhandlungen am 13. Januar 2016 sowie am 17. Februar 2016 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Auftrag oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte – sind bei einem Auftragswert von etwa 8 Mio. € gegeben, ebenso geht die Ag selbst zu Recht davon aus, öffentliche Auftraggeberin und damit an das Vergaberecht gebunden zu sein: Gesellschafter der Ag ist ausschließlich die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium der Finanzen [...] so dass die Ag als staatlich beherrschte juristische Person des privaten Rechts unter den

funktionalen Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB fällt. Die Legaldefinition des § 99 Abs. 1 GWB ist somit erfüllt.

Ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB hat die ASt entsprochen, indem sie auf die am 18. Dezember 2015 (wohl vorab telefonisch kommunizierte) erfolgte Mitteilung der Ag, wonach die ASt den Zuschlag entgegen der Information vom 7. Dezember 2015 nun doch nicht erhalten solle, mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 eine Rüge bei der Ag anbrachte. Soweit im Verfahren geltend gemacht wird, die ASt hätte andere, sich aus den Vergabeunterlagen ergebende Punkte – z.B. das Fehlen von Eignungskriterien in der Bekanntmachung – bereits früher rügen müssen, so kann hier nicht von einer Erkennbarkeit aus Bietersicht ausgegangen werden, womit es an dem auslösenden Moment für die Rügeobliegenheit fehlt. Die Ag meint selbst, die Benennung von Eignungskriterien in der Bekanntmachung sei im Anwendungsbereich des 1. Abschnitts der VOL/A obsolet; es fragt sich, wie die ASt, die als Bieter erst einmal nicht direkter Adressat des Vergaberechts ist, diese Rechtsfrage richtig einschätzen hätte sollen. Es kommt vorliegend die zusätzliche Erschwernis für jede Art von Erkennbarkeit im Rechtssinne hinzu, dass aufgrund der Einordnung als Dienstleistung nach Ziffer 22 Anhang I B der VOL/A-EG trotz Überschreiten des Schwellenwerts der 1., normalerweise den Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte vorbehaltene Abschnitt der VOL/A zur Anwendung kommt (s. dazu nochmals unten).

Die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB ist bei der ASt als Teilnehmerin am Wettbewerb unzweifelhaft gegeben.

2. Die Entscheidung der Ag, die ASt als ungeeignet einzustufen, geht in Bezug auf die Qualifikation der zur Leistungserbringung einzusetzenden Arbeitnehmer von einer fehlerhaften rechtlichen Bewertung dessen aus, welche und vor allem wann die Bieter, hier konkret die ASt, Nachweise in Bezug auf die für den Einsatz vorgesehenen Arbeitnehmer beizubringen hatten (vgl. dazu unten sub a)). Was die Referenzen anbelangt, so ist nicht erkennbar, auf welcher Grundlage die Ag, die ausweislich der bedingten Zuschlagserteilung vom 7. Dezember 2015 von der Vergleichbarkeit der Referenzen ausgegangen war, nunmehr zu einer anderen Einschätzung kommt. Im Ergebnis überschreitet die Ag damit ihren Beurteilungsspielraum bei der Eignungsprüfung und hat die Eignung der ASt zu Unrecht verneint (vgl. dazu sub b)). Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist daher die Wertung unter Einbezug des Angebots der ASt zu wiederholen.

a) Fest steht und unstreitig ist auch auf Seiten der ASt, dass der streitgegenständliche Auftrag nur durch solche Arbeitnehmer erledigt werden darf, die die notwendigen Zuverlässigkeits- und medizinischen Untersuchungen mit Erfolg absolviert haben. Es bestand in der mündlichen Verhandlung Konsens zwischen allen Verfahrensbeteiligten, dass die Erfüllung dieser Voraussetzungen in Bezug auf alle Arbeitnehmer durch den Auftraggeber, hier die Ag, vor Arbeitsaufnahme geprüft wird, andernfalls ein Arbeitnehmer das Gelände aus Sicherheitsgründen sowie zu seinem eigenen Schutz gar nicht betreten darf. Die Vorgaben, welche die Ag in Bezug auf die nachzuweisende Eignung der Bieter hier aufgestellt hat, sind aus diesem, durch das Verständnis der Fachfirmen als Erklärungsadressaten geprägten objektiven Empfängerhorizont heraus auszulegen, §§ 133, 157 BGB.

aa) Zwar ist unmittelbar in der Bekanntmachung, anders als der auf die streitgegenständliche Dienstleistung der Arbeitnehmerüberlassung (Ziffer 22 des Anhangs I B zur VOL/A-EG) anzuwendende 1. Abschnitt der VOL/A (§ 1 EG Abs. 3 VOL/A i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV) dies in § 12 Abs. 2 S. 2 lit. I) VOL/A jedenfalls für eignungsrelevante und mit dem Angebot vorzulegende Unterlagen vorsieht, nicht direkt von Eignungsvoraussetzungen oder diesbezüglichen Nachweisen die Rede. Allerdings befindet sich in der Bekanntmachung unter der Rubrik „*Nachweise*“ ein direkter Link zu den Vergabeunterlagen, mit dessen Anklicken man unmittelbar die Vergabeunterlagen aufrufen konnte. Hier war u.a. eine Liste vorhanden, mit der unter der Überschrift „*Nachweise/Eigenerklärungen*“ unmissverständlich diverse Angaben und Nachweise als „*mit Angebotsabgabe zu erbringen*“ aufgelistet wurden. Wenn auch der ASt zuzugeben ist, dass hier keine explizite Ausweisung oder Kennzeichnung als Eignungsanforderungen erfolgt ist, so erscheint aber doch deren Argumentation, mangels direkter Aufführung in der Bekanntmachung läge hier keine wirksame Anforderung vor, die Ag könne sich auf irgendeine Art der Nichtbedienung der Vorgabe also nicht berufen, als sehr formalistisch, denn - wie bereits ausgeführt - allen Beteiligten einschließlich der ASt klar war, dass die Leiharbeitnehmer über bestimmte Voraussetzungen verfügen müssen, um überhaupt auf dem Gelände der Ag tätig werden zu dürfen. Die von der Ag aufgestellte materielle Anforderung ist in der Sache damit auch auf Seiten der ASt gerechtfertigt.

Bei dieser Sachlage und für den zu entscheidenden Sachverhalt ist folglich davon auszugehen, dass der direkte Link ausreichte, um eine wirksame Forderung der hier streitgegenständlichen Erklärungen zu bewirken (vgl. zu einem ähnlichen Fall, in welchem

sich die Eignungsanforderung einer mindestens dreijährigen geschäftlichen Tätigkeit ebenfalls erst aus einer Verlinkung auf ein Formblatt ergab, was als wirksame Anforderung angesehen wurde, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2011 – Verg 60/11).

bb) Inhaltlich und in der Sache kann die Anforderung allerdings nur so weit gehen, wie sich das aus den mit der Bekanntmachung in Bezug genommenen Vergabeunterlagen auch tatsächlich und konkret ergab.

(1) Danach hat die Ag hier zunächst wirksame Eignungsanforderungen u.a. dahin aufgestellt, dass jeder Bieter mit Angebotsabgabe bestimmte Eigenerklärungen in Bezug auf diejenigen Untersuchungen der Leiharbeitnehmer einzureichen hatte, um die es vorliegend geht, also die atomrechtliche Zuverlässigkeitsprüfung sowie die ärztlichen Strahlenschutz- und Asbesttauglichkeitsuntersuchungen. Anzahl und Qualifikation der Leiharbeitnehmer sowie die Erfüllung der Anforderungen war aussagekräftig im Angebot darzustellen, wobei eine durch bloßes Ankreuzen auszufüllende Checkliste beigefügt war.

Diese Vorgaben hat die ASt bereits mit ihrem Angebot vom 13. November 2015 vollständig bedient. Die ASt hatte mit ihrem Angebot zwei nicht vollständig kongruente Listen mit Namen potentieller Leiharbeitnehmer beigefügt, einmal mit 110, einmal mit 129 Namen. Im Textteil ihres Angebots wird sodann darauf hingewiesen, dass bei der ASt insgesamt ca. 200 Mitarbeiter zur Verfügung stünden. Diese Aussage ist zwar für den streitgegenständlichen Auftrag irrelevant, da aus Sicht der Ag in diesem Zusammenhang ja ausschließlich diejenigen Arbeitnehmer interessieren, welche für den Auftrag eingesetzt werden können, nicht aber die Gesamtzahl der bei der ASt beschäftigten Arbeitskräfte. Diese für die Ag relevante Information lieferte die ASt aber ebenfalls, indem sie in ihrem Angebot des Weiteren ausführte, dass von diesen ca. 200 insgesamt vorhandenen Mitarbeitern ca. 70 Mitarbeiter für den Einsatz im kerntechnischen Bereich geeignet seien. Die bei den Vergabeunterlagen befindliche, von der Ag vorgegebene Checkliste hatte die ASt ebenfalls ordnungsgemäß ausgefüllt, womit sie den Anforderungen der Ag an die aussagefähige Darstellung im Angebot entsprochen hatte. Die ASt hat mit diesem Angebotsinhalt den von der Ag gesetzten Vorgaben vollumfänglich genügt.

(2) Denn bei der analog zum Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012 - VII-Verg 105/11; Beschluss vom 07.12.2011 - Verg 77/11 m.w.N.) gebotenen vergaberechtskonformen Auslegung der seitens der Ag aufgestellten Vorgaben war Weiteres an dieser Stelle nicht gefordert.

(a) Zwar bestimmt Ziffer „3. *Überlassungspflicht*“ der Leistungsbeschreibung, die ebenfalls mit dem Link aus der Bekanntmachung aufrufbar war, dass „*alle AK (...) mit Angebotsabgabe namentlich benannt werden*“ müssen. Dies ist aus dem Empfängerhorizont heraus aber nicht etwa dahin zu verstehen, dass bereits mit Angebotsabgabe, bei der ASt also schon am 13. November 2015, alle Arbeitnehmer namentlich in einem abschließenden und verbindlichen Sinne hätten benannt werden müssen. Wollte man die Vorgabe in Ziffer 3. der Leistungsbeschreibung isoliert betrachten und in diesem Sinne verstehen, so stünde sie in Widerspruch zu der anderen, unter (1) behandelten Vorgabe, wonach mit Angebotsabgabe erst einmal nur eine Eigenerklärung des Inhalts einzureichen war, generell und perspektivisch über ausreichend Arbeitnehmer für die fraglichen Tätigkeiten im Atomkraftwerk verfügen zu können; die ebenfalls geforderte aussagekräftige Darstellung hatte über die ausgefüllte Checkliste zu erfolgen, die ebenfalls noch keine namentliche Benennung vorsah.

(b) Ebenfalls ein Widerspruch zu konstatieren wäre im Verhältnis zu Ziffer „5. *Gewährleistung*“ der Leistungsbeschreibung, wonach der Bieter „*im Auftragsfalle Gewähr für die zur Verrichtung der vorgesehenen Tätigkeit notwendige Qualifikation und Eignung der Leiharbeitnehmer*“ zu leisten hat. Hier wird ausdrücklich auf den Auftragsfall, also den Erhalt des Auftrags, abgestellt; erst wenn der Auftrag erteilt ist, muss der Bieter, der dann zum Auftragnehmer geworden ist, die Gewähr dafür bieten, dass er auch tatsächlich zum Auftragsbeginn Personal bereit stellen kann, das zuverlässigkeitsüberprüft und auf gesundheitliche Eignung hin ärztlich untersucht wurde. Damit unvereinbar wäre es aber, vom Bieter zu verlangen, dass er schon bei Angebotsabgabe geeignetes Personal in ausreichender Zahl verfügbar haben muss; dies müsste er aber, wenn er gezwungen wäre, die angedachten Arbeitnehmer schon mit Angebotsabgabe namentlich zu benennen.

Die Vergabeunterlagen bilden aber eine Einheit und sind aus einer Gesamtschau aller Vorgaben heraus zu interpretieren, aus der sich hier ergibt, dass eine Konkretisierung und Personalisierung einschließlich der Untersuchungsnachweise der Leiharbeitnehmer im Zeitraum zwischen Zuschlagserhalt und Beginn der Arbeiten, die hier am 7. Januar 2016 erfolgen sollten, stattfinden konnte.

(c) Bei diesem Verständnis sind die Vorgaben der Ag auch in sich vergaberechtskonform. Es wäre einem Interessenten jedenfalls am streitgegenständlichen Auftrag nämlich nicht zumutbar, bereits über geeignetes Personal verfügen zu müssen, um sich überhaupt am Wettbewerb beteiligen zu können. ASt und Bg haben übereinstimmend in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass es durchaus kostenintensiv ist, die eigenen Arbeitnehmer den erforderlichen Prüfungen und Untersuchungen zuzuführen; die ASt teilte mit, bereits Aufwendungen in der Größenordnung von 12.000.- € für ärztliche Untersuchungen getätigt zu haben. Da es sich bei Aufträgen im kerntechnisch sensiblen Bereich um spezielle Aufträge handelt, für die nur wenige Nachfrager in Betracht kommen, wären bei Nichterhalt des Auftrags Aufwendungen in deutlich spürbarer Größenordnung umsonst getätigt worden; es kann aufgrund des Charakters des Auftrags nicht davon ausgegangen werden, dass ein erfolgloser Bieter die Möglichkeit hat, das von ihm den gesetzlich geforderten Untersuchungen zugeführte und damit qualifizierte Personal bei einem anderen Auftrag zum Einsatz bringen zu können, wo eine identische Spezialqualifikation gefordert ist, die sich damit amortisieren könnte. Vor diesem Hintergrund und ausgehend davon, dass die Ag vergaberechtskonform handeln wollte, können die Vorgaben in ihrer Gesamtschau nur so verstanden werden, dass die Untersuchungen etc. erst nach Zuschlagserhalt veranlasst werden müssen und erst mit Aufnahme der Arbeiten vorliegen müssen, hier also zum 7. Januar 2016. Bei einem anderen Verständnis wären die Vorgaben unzumutbar und damit vergaberechtswidrig (vgl. zur Grenze der Unzumutbarkeit als das Kriterium, welches seit Abschaffung des Verbots ungewöhnlicher Wagnisse im Rahmen der VOL/A-EG gilt, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011 – Verg 54/11).

(d) Einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz zu Lasten der Bg impliziert diese Auslegung der Vorgaben der Ausschreibung nicht. Zwar hat die Bg, ohne dass die Vergabekammer dies überprüft hätte und ohne dass es darauf ankäme, bereits in ihrem ursprünglichen Angebot alle 40 Arbeitskräfte namentlich benannt und die von

der Ag im Besuchstermin am 3. Dezember 2015 geforderten Nachweise auf erstes Anfordern und vollständig vorlegen können. Dies ist der Bg aber deswegen ohne weiteres möglich gewesen, ohne auf die angesprochenen Probleme zu treffen, weil sie als Vorauftragnehmerin den Auftrag bereits in der Vergangenheit bedient hatte. Daher hatte sie im Zeitpunkt der Angebotsabgabe ihre entsprechend qualifizierten 40 Mitarbeiter im Einsatz vor Ort und konnte sie problemlos namentlich benennen sowie die Unterlagen direkt vorlegen. Die Bg hatte sich im vorangegangenen Vergabewettbewerb durchgesetzt, so dass denkbare Vorteile, die ihr aus der Position als Vorauftragnehmerin erwachsen, einen legitimen Wettbewerbsvorteil darstellen. Vorliegend geht es aber um die vergaberechtskonforme Interpretation der von der Ag aufgestellten Vergabeunterlagen. Es würde gerade umgekehrt gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, wenn die Vorgaben ohne rechtfertigenden Grund so aufgestellt würden, dass ausschließlich der Vorauftragnehmer eine realistische Chance auf Beteiligung am Wettbewerb hat. Ein rechtfertigender Grund, bereits bei Angebotsabgabe alle Auftragnehmer namentlich benennen zu müssen und die Nachweise schon vollumfänglich führen zu müssen, ist nicht gegeben und wie dargelegt bei vergaberechtskonformer Interpretation der Vorgaben der Ag auch nicht gefordert.

- (3) Offenbar hatte allerdings die Ag selbst ein anderes Verständnis davon, was sie mit Angebotsabgabe gefordert hatte. Dies belegt die Tatsache, dass sie die ASt am 23. November 2015 zur Vervollständigung ihrer Unterlagen im Sinne einer namentlichen Präzisierung der 40 vorgesehenen Mitarbeiter aufforderte. Am dargestellten Ergebnis vermag dies freilich nichts zu ändern, da die Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont heraus vorzunehmen ist; hat der Auftraggeber das von ihm Gewollte und damit sein Verständnis der Vorgaben nicht ausreichend deutlich gemacht, so führt dies zu einer Divergenz des Gewollten und des objektiv zum Ausdruck Gebrachten.

Selbst wenn man aber der Auffassung der Ag an dieser Stelle folgen wollte, wonach das Angebot der ASt zunächst defizitär gewesen sein soll, so hätte die Ag an dieser Stelle richtig gehandelt, indem sie die aus ihrer Sicht gegebene Widersprüchlichkeit der beiden Listen mit 110 bzw. 129 Arbeitnehmern aufgeklärt hat (vgl. zur Ausklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers im Anwendungsbereich der VOB/A-EG OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 35/15; Kammergericht

Berlin, Beschluss vom 7. August 2015 – Verg 1/15). Spätestens mit Schreiben vom 27. November 2015, mit dem die ASt insgesamt 97 Personen unter Ausfüllen der von der Ag vorgegebenen Liste, in welcher die Erfüllung der einzelnen Voraussetzungen für jeden Arbeitnehmer anzukreuzen war, benannte, hat die ASt den Vorgaben entsprochen. Zu dem Termin am 3. Dezember 2015, mit dem die Ag die Zweifel an der Eignung der ASt maßgeblich begründet, weil die Nachweise nicht vorgelegt werden konnten, ist erneut darauf zu verweisen, dass die ASt zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht verpflichtet war, die Nachweise im Sinne der abgeschlossenen Untersuchungen für alle avisierten Mitarbeiter geführt zu haben. Im Übrigen war der Termin recht kurzfristig, nämlich nach dem Vortrag der ASt am 1. Dezember 2015 gegen 12.00 Uhr telefonisch anberaumt worden (vgl. den verfahrenseinleitenden Schriftsatz der ASt vom 21. Dezember 2015, S. 4). Es ist nicht erkennbar, insbesondere findet sich in der Vergabeakte lediglich ein Protokoll nach dem Termin, jedoch keine Art von Ankündigungsschreiben, im welchem der ASt mitgeteilt worden wäre, was bei dem Termin besprochen werden soll. Daher war offenbar für die ASt nicht erkennbar, dass die Ag die Vorlage von Nachweisen über erfolgte Untersuchungen von Arbeitnehmern im Rahmen dieses Termins verlangen würde. Wie die ASt vorgetragen hat, waren die zuständigen Personen (Geschäftsführer, Sachbearbeiterin für die Nachweise) an dem kurzfristig anberaumten Termin gar nicht zugegen. Schon aus diesem Grund konnte die Ag – unabhängig von der allgemeinen Thematik des Zeitpunkts, wann die Nachweise vorliegen mussten – keine negative Eignungsprognose ableiten.

- (4) Aus den obigen Ausführungen ergibt sich gleichzeitig, dass die Unterlagen, welche die ASt auf Anforderung der Ag am 17. Dezember 2015 eingereicht hat, vollkommen ausreichend waren und ebenfalls keine negative Eignungsprognose rechtfertigen:

Die Ag war nach Ziffer 5. der Leistungsbeschreibung, wonach „*im Auftragsfalle*“ Gewähr für die Qualifikation zu bieten ist, einmal nicht berechtigt, wie geschehen Nachweise bis zum 18. Dezember 2015 zu verlangen. Nach ihren eigenen Vorgaben hat sich die Ag dahin festgelegt, darauf zu vertrauen, dass die am 7. Januar 2016 mit Auftragsbeginn auftretenden Auftragnehmer die erforderlichen Untersuchungen etc. haben. Auch wenn man den bedingten Zuschlag, den die Ag der ASt am 7. Dezember 2015 erteilte, trotz dessen Bedingtheit zugunsten der Ag als „*Auftragsfall*“ im Sinne von Ziffer 5. der Leistungsbeschreibung interpretiert, musste der ASt ausreichend Zeit verbleiben, bis zum 7. Januar 2016 die Voraussetzungen für den Arbeitsantritt ihrer

Arbeitnehmer abschließend zu schaffen. Die ASt hatte ausweislich ihrer E-Mail vom 4. Dezember 2015 beabsichtigt, die amtsärztlichen Untersuchungen ihrer Mitarbeiter „zeitnah vor Weihnachten“ durchführen zu lassen. Zwischen dem 18. Dezember 2015, dem Datum der Übermittlung des Schreibens nach § 101 a GWB an die ASt, und dem 24. Dezember 2015, lagen noch einige Werktage, an denen amtsärztliche Untersuchungen oder Zuverlässigkeitsüberprüfungen hätten durchgeführt werden können, ebenso wie die Erneuerung von alsbald nach Arbeitsbeginn ablaufenden Nachweisen über Strahlenschutz oder Zuverlässigkeit. Gleiches gilt für die insbesondere streitgegenständliche definitive Abklärung der Verfügbarkeit von einzelnen Arbeitnehmern, so insbesondere bei den beiden von der Ag namentlich genannten Arbeitnehmern, die nach den Erkenntnissen der Ag nicht bei der ASt beschäftigt sein sollen. Die ASt hatte am 17. Dezember 2015 jedenfalls 45 und damit mehr Personen benannt als die 40 erforderlichen Leiharbeitskräfte, so dass hier beim möglichen Ausfall zweier Personen immer noch genügend Arbeitskräfte vorhanden gewesen wären. Ebenso hätte die ASt das Recht gehabt, auch noch Anfang Januar 2016 die Voraussetzungen zu schaffen, was nach obigen Ausführungen ebenfalls mit der zeitlichen Deadline 7. Januar 2016 noch ausreichen gewesen wäre.

Der Vollständigkeit halber ist zu sagen, dass es einer Rüge in diesem Gesamtzusammenhang nicht bedurfte, da eine Erkennbarkeit irgendwelcher Fehler aus Sicht ASt nicht gegeben war. Die ASt war im Interesse eines Auftragserhalts bemüht, die individuell gestellten Anforderungen der Ag unabhängig von deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben und ohne diese inhaltlich in Frage zu stellen zu bedienen.

Im Übrigen und ohne dass es nach obigen Darlegungen noch darauf ankäme, ist aus Sicht der Vergabekammer wenig an der von der ASt am 17. Dezember 2015 der Ag übergebenen Mappe mit den Unterlagen ihrer Leiharbeitnehmer zu beanstanden. Soweit die Ag, um dieses Thema beispielhaft zu behandeln, teilweise die Zuordenbarkeit von kopierten Auszügen aus einzelnen Strahlenpässen zu konkreten Personen vermisst, ist dem nicht zu folgen. Zwar ist bei einigen Personen auf der Kopie nicht zu erkennen, auf wen sie sich bezieht, da die erste Seite des Strahlenpasses, die den Namen ausweist, nicht mitkopiert worden war. Die ASt hat ihre Unterlage aber so gestaltet, dass für jede Person eine einzelne Rubrik mit Trennstreifen, jeweils beschriftet mit dem Namen der Person, angelegt wurde; in dieser

Rubrik fanden sich alle Nachweise für die benannte Person, so dass die Zuordenbarkeit ohne Weiteres gegeben war. Es müsste der ASt betrügerische Absicht unterstellt werden, wenn man annehmen wollte, die ASt hätte hier falsche Dokumente eingefügt bei Personen, die in Wahrheit nicht oder noch nicht über entsprechende Untersuchungen verfügten. Ganz abgesehen davon, dass eine solche Unterstellung unzulässig ist und die ASt, die bereits in der Vergangenheit zur vollen Zufriedenheit der Ag Aufträge abgewickelt hat, hierzu keinerlei Anlass gibt, wäre ein solches Unterfangen auch in der Sache kaum von Erfolg gekrönt, da das Vorliegen der Voraussetzungen zur Arbeitsaufnahme im Kernkraftwerk am 7. Januar 2016 bei jedem Arbeitnehmer einzeln geprüft wird.

Die einzige tatsächlich noch bestehende Unklarheit in der Unterlage der ASt dürften tatsächlich noch gewisse Abklärungen in Bezug auf vereinzelte Arbeitnehmer gewesen sein, ob sie am 7. Januar 2016 bei der Ag angestellt sein würden. Wie ausgeführt, hatte die ASt aber ohnehin mehr als 40 Personen benannt und im Übrigen bis zum 6. Januar 2016 Zeit für die Abklärung.

- (5) Klarstellend und abschließend ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass es nicht darauf ankommt, ob die ASt nach dem 18. Dezember 2015 ausreichend qualifiziertes Personal vorweisen konnte oder heute vorweisen kann. Die ASt hat am 18. Dezember 2015 die Information erhalten, nun doch nicht mehr für den Zuschlag vorgesehen zu sein. Es war aus ihrer Sicht bei dieser Sachlage geboten, den eingeworbenen Mitarbeitern - soweit dies arbeitsrechtlich noch möglich war - abzusagen, um nicht in die bereits skizzierte Situation zu kommen, zwar über die teuer qualifizierten Mitarbeiter zu verfügen und diese bezahlen zu müssen – die ja zum größten Teil bereits zwecks Aufnahme der Arbeiten von der ASt geschult worden waren – aber keinen Auftrag, bei dem sie zum Einsatz kommen können. Die Aussage der ASt in der mündlichen Verhandlung vom 13. Januar 2016, wonach ihr alle benannten Personen zum Arbeitsbeginn am 7. Januar 2016 zur Verfügung stehen, ist so gemeint gewesen und von der Vergabekammer auch so verstanden worden, dass ihr die Personen rechtzeitig zum 7. Januar 2016 - einem Datum, das bei der mündlichen Verhandlung bereits in der Vergangenheit lag - zur Verfügung gestanden hätten, wenn es zum Zuschlagserhalt gekommen wäre. In dieser Aussage zu Protokoll liegt keine eignungsrelevante bewusste Irreführung. Es liegt in der Natur der Sache,

dass der Lebenssachverhalt sich angesichts der Unsicherheit bei der ASt über den definitiven Auftragserhalt weiter entwickelt hat.

- b) Was die Referenzen anbelangt, so hatte die Ag die Erfüllung der vorgegebenen Voraussetzungen - und insoweit gelten die obigen Ausführungen zur wirksamen Anforderung infolge des Links in der Bekanntmachung entsprechend - zwar in der Vergabeakte von Anfang an problematisiert. Die Bedenken der Ag kulminierten im Schreiben vom 30. November 2015, in welchem die Ag um eine Konkretisierung der Referenzen gebeten hatte, da den eingereichten Referenzen nicht habe entnommen werden können, dass es sich bei den Referenzprojekten um Arbeitnehmerüberlassungen gehandelt habe. Diese Anforderung hat die ASt ausweislich des in Band 2 der Vergabeakte enthaltenen Schreibens nebst umfangreichen Referenznachweisen bedient, und zwar inhaltlich offenbar zur Zufriedenheit der Ag, die auf dieser Basis am 7. Dezember 2015 den bedingten Zuschlag auf das Angebot der ASt erteilte. Auch im Schreiben nach § 101 a GWB vom 18. Dezember 2015 stützte die Ag ihre Ablehnung ausschließlich auf die hinlänglich diskutierte Mitarbeiterproblematik, von einer fehlenden Vergleichbarkeit der Referenzen oder überhaupt von den Referenzen ist dort nicht die Rede. Folglich ist davon auszugehen, dass die Ag die Referenzen als ausreichend im Sinne ihrer Vorgaben angesehen hat.

Zwar ist analog zum offenen Verfahren im 2. Abschnitt der VOL/A-EG auch bei der öffentlichen Ausschreibung nach dem hier einschlägigen 1. Abschnitt davon auszugehen, dass ein Wiedereintritt in die Eignungsprüfung auch bei unverändertem Sachverhalt zulässig ist. Allerdings muss gerade dann, wenn - wie hier - der betroffene Bieter zwischenzeitlich einen Nachprüfungsantrag gestellt hat, erkennbar werden, warum erneut in die hier bezüglich der Referenzen bereits abgeschlossene Eignungsprüfung eingetreten wird und der Auftraggeber bei gleichgebliebenem Sachverhalt zu einer anderen, ablehnenden Entscheidung über die Eignung kommt (vgl. zu diesen Grundsätzen Bundesgerichtshof, Beschluss vom 7. Januar 2014 – X ZB 15/13, RdNr. 36 ff.).

Dies ist vorliegend nicht nachvollziehbar geworden, da sich einmal die Vergabeakte nicht hierzu verhält. Auch eingedenk der Tatsache, dass eine unterbliebene Dokumentation im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden kann (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 28/14 m.w.N.), erscheint die zuletzt im Vergabeverfahren konkludent getroffene Entscheidung der Ag, die Vergleichbarkeit der Referenzen zu

bejahen, als richtig. Die Vorgaben, welche die Vergleichbarkeit u.a. auch mit Einsatzgebiet und Tätigkeiten konkretisiert haben, stellen nicht ausschließlich auf die Arbeitnehmerüberlassung ab, da es dann angesichts der Tatsache, dass die Arbeitnehmerüberlassung als ein einzelnes Einsatzgebiet zu qualifizieren ist, keinen Sinn machen würde, Tätigkeiten im Plural zu verwenden. Hätte die Ag ausschließlich auf Arbeitnehmerüberlassung abstellen wollen, so hätte sie dies auch so angeben müssen. Im Übrigen hat die ASt auf das Schreiben der Ag vom 30. November 2015 Referenznachweise über Arbeitnehmerüberlassung eingereicht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB. Danach hat die Ag als unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) zu tragen. Gleiches gilt für die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig. Die ASt verfügt nicht über eine eigene Rechtsabteilung und die sich stellenden Rechtsfragen waren nicht einfach zu überschauen. Von der ASt, die als Unternehmen nicht Adressatin des Vergaberechts ist, konnte entsprechende vergaberechtliche Expertise zur Führung des Nachprüfungsverfahrens nicht erwartet werden.

Was die Bg anbelangt, so entspräche es nicht der Billigkeit, sie als mit der Ag unterliegende Partei anzusehen, da die ASt sich nicht in einen expliziten Interessengegensatz zur Bg gestellt hat. Die Tatsache allein, dass die Bg sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, reicht nicht aus, sie zu ihren Lasten an der Kostenentscheidung zu beteiligen.

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 Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer an-

gefochten 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.

Dr. Herlemann

Thiele