



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 82/17

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Rönnau im schriftlichen Verfahren am 18. August 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu tragen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

## Gründe

### I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen die Beurteilung ihrer Referenzen als nicht vergleichbar. Ferner macht sie geltend, dass die Ag die ausgeschriebenen Leistungen fälschlich als Dienstleistungen ansieht, wohingegen es sich rechtlich um eine im Ergebnis zwangsläufig teurere Arbeitnehmerüberlassung handle.

1. Die Ag schrieb am [...]. Die Veranstaltungsdienstleistungen beziehen sich auf [...]. In diesen Bereichen werden laut der Vergabebekanntmachung (Ziff. II.1.4) pro Jahr durchschnittlich rund [...] Veranstaltungen mit ca. [...] Besuchern durchgeführt. Der Ausschreibung geht der derzeit noch laufende Dienstleistungsvertrag zwischen der Ag und der Bg vom [...] voraus.

Gem. Ziff. II.2.4 der Vergabebekanntmachung wird

*„die Anforderung des Personals...pro Festival, Veranstaltungsreihe, Abendveranstaltung festgelegt und beauftragt, während die Planung, Beratung und Koordination fortlaufend sicher zu stellen sind.*

*Die Dienstleistungen umfassen im Wesentlichen die Leistungen zur Vorbereitung und Durchführung von diversen Veranstaltungen und Ausstellungen [...]*

- Vorbereitung, Planung und Koordinierung der Betreuung von Veranstaltungen,
- Einsatzleitung
- Einlasskontrolle,
- Platzanweisung mit Aufsichts- und Betreuungsfunktionen
- Besucherinformationen und Auskunftsdienste,
- Garderobendienste,
- Empfangs- und Counterdienste,
- Ausstellungsaufsichten,
- Ausgabe von Simultanübersetzungsgeräten,
- Abendkasse,
- Verkauf von Programmheften und/oder anderen Produkten, wie beispielsweise Merchandising sowie
- allgemeine Servicedienstleistungen an Informationscountern sowie
- Betreuung der Vorverkaufs- und Abendkasse.“

Ziff. VI.3 der Vergabebekanntmachung formuliert folgende zusätzliche Angaben:

*„Die Feststellung der Eignung erfolgt anhand der in den Teilnahmebedingungen dieser Bekanntmachung unter Ziff. III. 1. 1) bis III. 1.3) geforderten Unterlagen und/oder Angaben, die zum Nachweis der ... technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit mit dem Angebot einzureichen sind. Die eingereichten Nachweise oder Angaben müssen die Prognose erlauben, dass das Unternehmen in der Lage ist, die unter Ziff. II.2.4) der EU-Bekanntmachung dargestellten Ziele und die mit dem Gegenstand der Aufgaben verbundenen Leistungsanforderungen uneingeschränkt erfüllen zu können. Die Prognoseentscheidung wird sich insbesondere daran orientieren, ob die zu ... Ziff. III.1.3) eingereichten Unterlagen und Angaben die Erwartung rechtfertigen, dass die nachgefragten Leistungen fachkundig und zuverlässig bewältigt werden können.*

*Die Auftraggeberin behält sich vor, zusätzliche und/oder ergänzende Nachweise zu fordern, um die Eignung des Bieters und die hierzu gemachten Angaben überprüfen zu können. ...“*

Der mit den Vergabeunterlagen durch die Ag an die Bieter übermittelte Entwurf für einen „Dienstleistungsvertrag Veranstaltungsdienste“ konkretisiert den Inhalt der gegenseitigen Rechte und Pflichten von Auftragnehmer und Ag, insbesondere in § 3 die Einzelheiten der „Beauftragung“ zu den einzelnen Veranstaltungen der Ag und in den §§ 4 und 5 umfangreich „Rechte und Pflichten des AN“ (Anm.: AN=Auftragnehmer) bzw. der Ag. Auf den Vertragsentwurf wird im Einzelnen Bezug genommen (vgl. Anlage 5 des Nachprüfungsantrags).

In der mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe den Bietern zur Verfügung gestellten Leistungsbeschreibung werden im Einzelnen allgemeine Anforderungen (u.a. Aufgaben der Auftragnehmer bei Veranstaltungen/Ausstellungen der Geschäftsbereiche der Ag im Allgemeinen, Beauftragung/Abrechnung, Garderobenversicherung, Ansprechpartner, Austausch von Personen, Dienstkleidung, Schulungen des Personals des Auftragnehmers) sowie spezifische Anforderungen der drei Geschäftsbereiche für Veranstaltungen/Ausstellungen (u.a. organisatorische Anforderungen sowie Anforderungen an Einsatzleitung, Einlass-/Aufsichts-/Garderobenpersonal, Einsatzzeiten) definiert. Hierzu wird auf die Leistungsbeschreibung als Anlage 3 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 3. April 2017 Bezug genommen (s. Anlage10a der Stn. der Ag vom 26. Juli 2017).

Die den Bietern übermittelten Vertragsbedingungen (Anlage 6 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 3. April 2017) sehen in Ziff. 7 folgende Regelung vor:

*„7. Arbeitnehmerüberlassung*

*Der Auftragnehmer erbringt seine Leistung selbst, wobei er sich seines Personals als Erfüllungsgehilfen bedient. Der [...] werden in keinem Fall Arbeitnehmer des Auftragnehmers zur Leistung überlassen. Die Auswahl des zu beschäftigenden Personals und das Direktionsrecht liegen ausschließlich beim Auftragnehmer.“*

ASt und Bg gaben jeweils fristgemäß Angebote ab; beide verfügen über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung der Bundesagentur für Arbeit.

Die Angebotsunterlagen der ASt, datiert auf den 15. Mai 2017, enthielten ein Begleitschreiben mit Datum des 15. Mai 2017, das überschrieben war mit „Hinweise zum vorliegenden Dienstleistungsvertrag (Hinweis AÜG-Reform)“. Die ASt wies darin die Ag darauf hin, dass der von der Ag formulierte Entwurf für den ausgeschriebenen Dienstleistungsvertrag, maßgeblich in den §§ 3 und 4, „*zahlreiche Formulierungen*“ enthalte, „*die eine unerwünschte Nähe zur Arbeitnehmerüberlassung*“ darstelle. Die ASt regte daher an, diese Passagen des Vertragsentwurfs „*durch alternative Formulierungen zu ersetzen, die eine eindeutigere Zuordnung zum Werkvertrag zulassen*“. Die ASt könne die hierfür nötigen und juristisch geprüften Alternativpassagen zur Verfügung stellen.

Die Frist zur Angebotsabgabe war laut Ziff. IV.2.7. der Vergabebekanntmachung auf den 17. Mai 2017 (14 Uhr) festgelegt. Das Angebot der ASt ging am 17. Mai 2017 um 12:34 Uhr bei der Ag ein. Die sämtlich in verschlossenen Umschlägen eingegangenen Angebote wurden nach Ablauf dieser Frist, am 17. Mai 2017 ab 14:05 Uhr, durch die Ag geöffnet. Die Umschläge der eingegangenen Angebote waren allesamt unversehrt.

Zum 22. Juni 2017 wurde die ASt von der Ag zu einem Präsentationstermin eingeladen, den sie auch wahrnahm. Bei dieser Gelegenheit wiederholte die ASt ihre Hinweise zur Anpassung des Vertragsentwurfs bzw. zum Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2017 teilte die Ag der ASt mit, sie beabsichtige, den Zuschlag ab dem 7. Juli 2017 der Bg zu erteilen. Die ASt sei anhand der in den Vergabeunterlagen dargelegten Wertungskriterien geprüft und gewertet worden. Die ASt habe danach das teuerste Angebot abgegeben.

Mit Schreiben vom 4. Juli 2017 rügte die ASt gegenüber der Ag die Zuschlagsabsicht an die Bg. Sie ist der Ansicht, die Ag habe mit dieser Entscheidung gegen § 128 Abs. 1, 97 Abs. 2 GWB sowie § 60 VgV verstoßen. Die Ausschreibung der Ag bzw. der von ihr formulierte Vertragsentwurf beträfen einen Sachverhalt, der in der Sache auf eine Arbeitnehmerüberlassung nach dem

AÜG hinauslaufe. Aus dem von der Ag mit Schreiben vom 26. Juni 2017 mitgeteilten Wertungsergebnis ergebe sich der Schluss, dass zwischen dem als teuerstes eingeordneten Angebot der ASt und dem der Bg eine erhebliche Differenz bestehe. Daraus lasse sich ableiten, was die ASt auch in ihrem Nachprüfungsantrag näher begründet, dass die Bg die für eine Arbeitnehmerüberlassung notwendigerweise höheren Kosten offenbar nicht eingepreist habe.

Die Ag antwortete mit Schreiben vom 5. Juli 2017, der Rügevortrag werde geprüft und bis zum 12. Juli 2017 beantwortet. Der Zuschlag werde frühestens ab dem 14. Juli 2017 erfolgen.

Mit Schreiben der ASt vom 7. Juli 2017 wiederholte die ASt ihren Vortrag aus dem Rügeschreiben vom 4. Juli 2017 und wies ergänzend darauf hin, dass die Bg gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung auszuschließen sei. Dies folge daraus, dass die Bg auf Vertragsverhältnisse für den Einsatz ihres Personals zurückgreife, die mit den Vorgaben der Leistungsbeschreibung und dem Entwurf des Dienstleistungsvertrages nicht vereinbar seien.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2017 forderte die Ag die ASt auf, bis zum 12. Juli 2017 u.a. Bestätigungen bzw. Nachweise vorzulegen, um die unter Ziff. III.1.3 der Vergabebekanntmachung geforderten Eignungsanforderungen nachzuweisen. Der Ag sei es im Hinblick auf die mit dem Angebot vorgelegten Nachweise durchgeführten telefonischen Nachfragen bei den Referenzgebern nicht gelungen festzustellen, dass die ASt die in der Vergabebekanntmachung definierten Anforderungen erfüllen könne. Es sei vielmehr der Eindruck entstanden, dass die ASt bei den von ihr benannten Referenzgebern lediglich mit der Überlassung von Leiharbeitnehmern tätig gewesen sei.

Mit Schreiben vom 12. Juli 2017 übermittelte die ASt der Ag u.a. drei Referenzschreiben, in denen die entsprechenden Referenzgeber die von der ASt ausgeführten Leistungen näher beschrieben. Auf dieses Schreiben der ASt vom 12. Juli 2017 samt der Anlagen, von der ASt als Anlage 12 zum Nachprüfungsantrag zur Akte gereicht, wird im Einzelnen Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 teilte die Ag der ASt mit, ihre Angebots sei nach § 57 Abs. 1 VgV mangels Eignung von der Wertung auszuschließen. Dies ergebe sich nach Prüfung der von der ASt mit ihrem Schreiben vom 12. Juli 2017 übersandten Referenzen. Diese seien mit der ausgeschriebenen Leistung nicht vergleichbar, was im Einzelnen näher begründet wird. Hierzu wird auf das Schreiben vom 14. Juli 2017, vorgelegt als Anlage 13 des Nachprüfungsantrags, Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 18. Juli 2017 rügte die ASt gegenüber der Ag den im Schreiben vom 14. Juli 2017 mitgeteilten Angebotsausschluss mangels Eignung nach § 57 Abs. 1 VgV. Der Ausschluss

verstoße gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB und das Diskriminierungsverbot nach § 97 Abs. 2 GWB.

Die Ag wies die Rüge der ASt mit Schreiben vom gleichen Tage vollumfänglich zurück.

2. Mit Schreiben vom 20. Juli 2017 hat die ASt einen Nachprüfungsantrag eingereicht.

a) Im Nachprüfungsantrag wiederholt und vertieft die ASt im Wesentlichen ihr Rügevorbringen. Maßgeblich im Schreiben vom 9. August 2017 trägt sie vor, die ausgeschriebene Leistung sei rechtlich ausschließlich als Arbeitnehmerüberlassung zulässig, was im Einzelnen im Hinblick auf verschiedene Maßgaben der Leistungsbeschreibung bzw. des Vertragsentwurfs begründet wird. Im Vergleich zum Dienstleistungsvertrag sei die Arbeitnehmerüberlassung per se 15 % teurer. Nur das Angebot der ASt erfülle diese Anforderungen, da die ASt ihr Angebot vor diesem Hintergrund formuliert und kalkuliert habe. Das Angebot der Bg sei dagegen nur auf die Erbringung eines Dienst- bzw. Werkvertrages ausgerichtet und entsprechend preisgünstiger kalkuliert, was rechtlich unzulässig sei.

Die Referenzen der ASt seien entgegen der Auffassung der Ag vergleichbar. Die Eignung der ASt sei gegeben.

Die ASt beantragt,

1. gegen die Ag das Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 GWB einzuleiten,
2. der Ag die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Bg zu untersagen,
3. die Ag zu verpflichten, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
4. festzustellen, dass der Angebotsausschluss zu Lasten der ASt vergaberechtswidrig ist,
5. festzustellen, dass Angebote von der Wertung auszuschließen sind, die auf der Grundlage von Werkverträgen beruhen,
6. der ASt Einsicht in die Vergabeakten der Ag zu gewähren,
7. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen sowie
8. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag vom 20. Juli 2017 gemäß § 160 Abs. 1 GWB als unzulässig zurückzuweisen; hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Ag aufzuerlegen.

Sie nimmt dabei auf die bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer hinterlegten Schutzschriften vom 10. und 14. Juli 2017 Bezug.

- Sie hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig. Einerseits fehle der ASt die Antragsbefugnis gegen den verfügten Ausschluss mangels Eignung. Ihr sei von Anfang an bewusst gewesen, dass die von ihr vorgelegten Referenzen im Schwerpunkt auf Arbeitnehmerüberlassungen beruhten, was mit dem ausgeschriebenen Auftrag nicht vergleichbar sei. Auch habe sie nicht dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung von Vergaberechtsvorschriften ein Schaden drohe. Des Weiteren sei sie mit ihrem Vortrag zum Komplex der Arbeitnehmerüberlassung nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert. Denn die ASt habe zu keinem Zeitpunkt zu erkennen gegeben, dass sie sich als Anbietern für Personaldienstleistungen im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) diskriminiert fühle. Letztlich ergebe sich aus dem Vertragsentwurf und dem Angebot der ASt, dass die Ag gerade keine Arbeitnehmerüberlassung beauftragen wolle. Der im Angebot der ASt vom 15. Mai 2017 enthaltene Hinweis zur Novelle des AÜG sei zwar keine Rüge, lasse aber erkennen, dass die ASt den aus ihrer Sicht gegebenen Vergabefehler bereits vor Angebotsabgabe erkannt, aber nicht gerügt habe.
- Jedenfalls hält die Ag den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Die ASt sei letztlich mangels Eignung nach § 57 Abs. 1 VgV von der Wertung auszuschließen. Dies habe die Prüfung der auf die Aufforderung der Ag durch die ASt mit Schreiben vom 12. Juli 2017 nachgereichten Referenzen ergeben. Die Möglichkeit der Nachforderung von Unterlagen sei in der Vergabebekanntmachung angekündigt worden. Anlass für eine nochmalige und vertiefte Eignungsprüfung seien die Ausführungen der ASt im Präsentationstermin vom 22. Juni 2017 gewesen, bei der der Eindruck entstanden sei, dass die ASt im Wesentlichen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassungen tätig sei, was von der Ag aber nicht nachgefragt worden sei. Die näheren Nachfragen bei den von der ASt auf Anforderung nachbenannten Referenzgebern hätten im Einzelnen ergeben, dass die ASt keine mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Referenzen habe beibringen können und daher im Ergebnis keine positive Eignungsprognose mehr möglich gewesen sei.

- Darüber hinaus lägen die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße im Hinblick auf das AÜG nicht vor. Der ausgeschriebene Dienstleistungsvertrag beinhalte keine Arbeitnehmerüberlassung; dies ergebe sich aus dem ausdrücklichen Willen der Ag, wie er u.a. in Ziff. 7 der Vertragsbedingungen zum Ausdruck komme. Das Direktionsrecht liege allein bei dem Auftragnehmer, was im Einzelnen aus den Bestimmungen des Vertrages abzuleiten sei. Soweit die Ag danach einem Auftragnehmer Anweisungen für die Ausführung des bestellten Werkes bzw. der beauftragten Dienstleistungen erteile, gehe es um gegenständlich begrenzte organisatorische Anforderungen, nicht aber um die Übernahme des umfassenden Direktionsrechts über den Einsatz des Personals der ASt.
- Letztlich habe die ASt im Nachprüfungsverfahren eingeräumt, mit ihrem Angebot von den Vergabeunterlagen abgewichen zu sein, da sie ihr Angebot entgegen den Vorgaben im Vertragsentwurf als Arbeitnehmerüberlassung angeboten habe.
- Soweit die ASt darüber hinaus Verstöße gegen § 60 Abs. 1 und Abs. 2 VgV bzw. § 128 GWB sowie § 97 Abs. 2 GWB gerügt habe und gefordert habe, die Bg nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen, seien diese Rügen präkludiert, jedenfalls aber unbegründet, da keine Arbeitnehmerüberlassung vorläge.

3. Mit Beschluss vom 21. Juli 2017 wurde die Bg, die für den Zuschlag vorgesehen ist, zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg hat mit anwaltlichen Schriftsätzen vom 4. und 14. August 2017 Stellung genommen und das Vorbringen des Nachprüfungsantrags der ASt zurückgewiesen. Die Bg meint, es liege bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsvertrag keine Arbeitnehmerüberlassung vor, was im Einzelnen ausgeführt wird.

4. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Daraufhin hat die Vergabekammer mit Verfügung vom 31. Juli 2017 den Termin zur mündlichen Verhandlung aufgehoben und eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren angekündigt.

Mit Schreiben vom 10. August 2017 hat die Vergabekammer der ASt rechtliche Hinweise im Hinblick auf die Rügeobliegenheit der ASt insbesondere zum Rügekomplex „Arbeitnehmerüberlas-



sung“ gegeben, zu denen die Kammer der ASt und den anderen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit der Stellungnahme bis zum 14. August 2017, 14 Uhr, gegeben hat. Nach dem rechtlichen Hinweis ist keine rechtzeitige Rüge zum Thema Arbeitnehmerüberlassung erfolgt, da die ASt bereits vor Angebotsabgabe der Meinung war, tatsächlich handle es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung, vor Ablauf der Angebotsfrist aber keine Rüge bei der Ag zuzuging.

Die ASt hat ihre Stellungnahme am 14. August 2017 um 14:57 Uhr an die Vergabekammer per Telefax übermittelt und darin die Ansicht vertreten, nach den Grundsätzen der Billigkeit sei davon auszugehen, dass der Ag die Rüge der ASt mit dem Hinweisschreiben vom 15. Mai 2017, welches dem Angebot beigelegt gewesen sei, rechtzeitig zugegangen sei. Die Vorschrift des § 55 VgV habe die Kenntnisaufnahme durch die Ag rechtlich verhindert, obwohl dies praktisch möglich gewesen sei. Eine andere Handhabung der Rügeobliegenheit behindere den EU-rechtlich gebotenen effektiven Vergaberechtsschutz unverhältnismäßig, weshalb eine Entscheidung, die Rüge der ASt als nicht mehr rechtzeitig einzustufen, dem EuGH vorzulegen sei. Im Übrigen habe keine Rügeobliegenheit der ASt für den bemängelten Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsrecht bestanden. Das folge hier aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, da für die ASt klar gewesen sei, dass die Vergabestelle der Rüge ohnehin nicht folgen würde; eine Rüge wäre daher schlichte Förmerei gewesen. Dem Vorbringen der Ag sei insofern zu entnehmen, dass sie unter keinen Umständen zu entsprechenden Änderungen bereit gewesen sei. Letztlich sei aber für die ASt bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein entsprechender Vergaberechtsverstoß gar nicht erkennbar gewesen, da sie nicht davon ausgegangen sei, dass die Ag überhaupt Angebote berücksichtigen würde, die das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung gar nicht einbezogen hätten. Dieser Umstand sei erst absehbar gewesen, als die Ag entsprechende Angebote gewertet habe.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist in Bezug auf die Thematik der Arbeitnehmerüberlassung unzulässig. Da es daher bei den abgegebenen Angeboten und deren Wertung verbleibt, kommt es auf die Frage, ob die Ag die Referenzen der ASt zu Recht als nicht vergleichbar angesehen hat, nicht mehr an.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Auftrag im Anwendungsbereich der VgV – sind erfüllt, insbesondere handelt es sich bei der Ag um einen funktionalen Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 2 GWB.
2. Die ASt als Bieterin ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Sie macht die Verletzung bieterschützender Vorschriften geltend, nämlich zu Unrecht als ungeeignet angesehen zu werden; ferner meint sie, die von der Ag gemachten Vorgaben seien rechtlich zwangsläufig als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren und nicht, wie die Ag meint, als reiner Dienstleistungsauftrag, was Auswirkungen auf die Kalkulation der Bieter habe. Ihr Vorbringen als richtig unterstellt, ist ein Schaden der ASt denkbar; zwar ist ihr Angebot das teuerste von allen abgegebenen Angeboten, was die ASt aber gerade auf die fehlerhafte rechtliche Einordnung der ausgeschriebenen Leistungen – keine Arbeitnehmerüberlassung – und deren Auswirkung auf die Angebotskalkulation durch die Ag und durch die Bg zurückführt.
3. Allerdings hat sie die ihr obliegende Rüge in Bezug auf die Thematik der Arbeitnehmerüberlassung nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB rechtzeitig erhoben. Die Erfüllung der Rügeobliegenheit ist für jeden geltend gemachten Vergabefehler gesondert zu prüfen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – VII-Verg 28/14). § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bestimmt, dass ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Dies muss erst recht gelten, wenn ein vermeintlicher Fehler nicht nur erkennbar ist, sondern wenn der Bieter diesen weitergehend sogar positiv erkennt. Hier hat die ASt den zum Gegenstand der Nachprüfung gemachten Vergabefehler auf der Basis der Vergabeunterlagen bereits positiv erkannt, was die Rügeobliegenheit binnen der Angebotsfrist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ausgelöst hat.
  - a) Vorliegend belegt das Blatt „Hinweise zum vorliegenden Dienstleistungsvertrag (Hinweis AÜG-Reform)“, welches die ASt zusammen mit ihrem Angebot der Ag übermittelt hat, dass der von der ASt nunmehr geltend gemachten Fehler für sie nicht nur erkennbar war, sondern dass sie ihn sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht erkannt hat. Das wird dadurch belegt, dass die ASt in ihrem Hinweisschreiben vom 15. Mai 2017 darauf hinweist, der Vertragsentwurf enthalte „zahlreiche Formulierungen“, „die eine unerwünschte Nähe zur Arbeitnehmerüberlassung darstellen“, was dort näher ausgeführt

wird. Dies betreffe insbesondere §§ 3 und 4 des Vertragsentwurfes. Es folgt eine rechtliche Einordnung zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Dienstleistungs-/Werkverträgen, verbunden mit dem Hinweis, dass ein Verstoß gegen die Maßgaben des AÜG bußgeldbewehrt und somit verboten ist bzw. zu einem Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher, also der Ag, und dem Leiharbeitnehmer führe, ferner mit der Aufforderung an die Ag, die entsprechenden Passagen der §§ 3 und 4 des Vertragsentwurfes anzupassen, „um eine eindeutigere Zuordnung zum Werkvertrag“ zu ermöglichen.

Aus dem Hinweisschreiben geht mithin hervor, dass die ASt die den Verstoß begründenden Tatsachen und dessen rechtliche Beurteilung erkannt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2011, Az.: VII-Verg 16/11, Rdnr. 43 – zit. nach juris). In dem Hinweisschreiben verhält sich die ASt nicht nur zu den tatsächlichen Umständen des von ihr aufgegriffenen und bemängelten Sachverhaltes (Unklarheiten und Abgrenzungsbedarf des Vertragsentwurfs zum AÜG), sondern auch zu den rechtlichen Zusammenhängen (Anpassungsbedarf des Vertragsentwurfs, insbesondere der §§ 3 und 4, ansonsten Verstoß gegen die Maßgaben des AÜG und damit Begründung eines von der Ag unerwünschten Arbeitsverhältnisses zu den nach dem Blickwinkel der ASt dann überlassenen Leiharbeitnehmern). Überdies waren diese Umstände der ASt als mit Arbeitnehmerüberlassungen befasstem Dienstleister ohne größere Sorgfaltsanstrengung nach Erhalt der Vergabeunterlagen erkennbar.

Für einen verständigen Empfänger dieses Schreibens in der Position der Ag als Vergabestelle ist dem Schreiben zu entnehmen, dass die ASt substantielle Teile des Vertragsentwurfs für nicht hinreichend rechtssicher abgegrenzt zum AÜG hält. Daraus ist zu entnehmen, dass die ASt – entsprechend ihrem späteren Vorbringen im Rüge- und Nachprüfungsverfahren – davon ausgeht, der Vertragsentwurf sei ohne die von ihr angeregten Anpassungen als Arbeitnehmerüberlassung einzuordnen und dementsprechend fehlerhaft, weil eine Durchführung einer in der Sache als Arbeitnehmerüberlassung einzuordnenden Vereinbarung als Dienstleistungsvertrag verboten sei und zudem – wie die ASt durchaus erkennt – zu einem von der Ag nicht erwünschten Arbeitsverhältnis zwischen der Ag und den ihr zu überlassenden Leiharbeitnehmern führen müsse. Dementsprechend solle der Vertrag angepasst werden, um eine eindeutige Zuordnung zum Dienst-/Werkvertragsrecht zu ermöglichen. Daraus ist zu entnehmen, dass die Ag zur Abhilfe bzw. Klarstellung aufgefordert wird, um zu vermeiden, dass sonst eine Arbeitnehmerüberlassungsvereinbarung zustande kommt bzw. Angebote abgegeben werden, die sich

sonst fälschlich an den anderweitig formulierten, nicht AÜG-konformen Vorgaben der Vergabeunterlagen orientieren und somit nicht vergleichbar wären.

Mit diesem Hinweisschreiben hat die ASt nicht nur ihr Erkennen eines vermeintlichen Fehlers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht dokumentiert, sondern darüber hinaus auch tatsächlich eine Rüge ausgesprochen. Das Schreiben erfüllt die inhaltlichen Anforderungen, die an eine Rüge zu stellen sind. Die Vergabestelle muss danach erkennen können, um welchen Verstoß es sich handelt und dass die Beseitigung des gerügten Vergabefehlers geltend gemacht wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07. Dezember 2011, Az.: VII-Verg 81/11, Rdnr. 25 – zit. nach juris; ferner: Wiese, in: Kurlartz/Kuß/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 160 Rdnr.171 m.w.N.). Dies hat die ASt hier ausdrücklich eingefordert.

Die von der ASt in ihrem Hinweisschreiben vom 15. Mai 2017 somit bemängelte fehlerhafte Abfassung der Vergabeunterlagen (Fassung des Vertragsentwurfs als Dienstleistungsvertrag statt nach Ansicht der ASt ohne die von ihr propagierte Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung), die ohne Klarstellung der Ag zu nicht vergleichbaren Angeboten hätten führen können, war der Ag somit auch nicht erst mit Abschluss der Wertung bzw. Mitteilung des Wertungsergebnisses erkennbar. Vielmehr mußte es der ASt mit ihrer Rüge in ihrem Hinweisschreiben darum gehen, auf eine Klärung der für die Ausschreibungskonformität ihres Angebotes zentralen Frage hinzuwirken. Nach ihrem eigenen Bekunden hat sie – ihrer rechtlichen Einschätzung im Zeitpunkt der Angebotsabgabe folgend – eine Arbeitnehmerüberlassungsleistung angeboten, obgleich die ASt selbst erkannt hatte, dass sich aus den Vergabeunterlagen – wie aus Ziff. 7 der Vertragsbedingungen ausdrücklich ersichtlich – ein abweichender Bedarfswunsch der Ag ergab. Entgegen der Ansicht der ASt in ihrem Schriftsatz vom 14. August 2017 war somit nicht erst die Wertung des Angebots der Bg der die Rügeobliegenheit erstmals auslösende, sondern allenfalls ein Folgefehler aus den nach Auffassung der ASt fehlerhaften Vorgaben. Die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung der Ag im Hinblick auf die Bg stellt sich dementsprechend – aus Sicht der ASt – lediglich als ein Folgefehler dar.

- b) Diese Rüge ist der Ag aber nicht vor Ablauf der in der Vergabebekanntmachung bestimmten Frist zur Angebotsabgabe bis zum 17. Mai 2017, 14.00 Uhr, und damit nicht rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB zugegangen. Dabei finden auf den

Zugang der Rüge die Vorschriften bzw. Grundsätze über den Zugang von Willenserklärungen entsprechende Anwendung. Voraussetzung für den Zugang einer Rüge beim Adressaten, also hier der Ag, ist somit, dass die Rüge bis zum Ablauf der Angebotsfrist so in den Machtbereich des Auftraggebers gelangt, dass der Auftraggeber unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen (grundlegend: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, Az.: VII-Verg 81/11, Rdnr. 29 – zit. nach juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2011, Az.: VII-Verg 81/11, sub II.1.b), Rdnr. 17 – zit. nach juris).

Hier wurde die Rüge zusammen mit dem Angebot im verschlossenen Umschlag bei der Ag eingereicht. Es ist aber aus Gründen der Sicherstellung des Geheimwettbewerbs und zwecks Vermeidung von kollusivem Zusammenwirken von Vergabestellen und Bietern ein zentraler Grundsatz im vergaberechtlichen Wettbewerb, dass keines der eingegangenen Angebote vor Ablauf der Angebotsfrist geöffnet und inhaltlich zur Kenntnis genommen werden darf. Dies normiert § 55 Abs. 1 VgV ausdrücklich. Die Angebote müssen daher seitens der Bieter in einem verschlossenen Umschlag eingereicht werden, § 53 Abs. 5 VgV. Eine Angebotsöffnung vor Ablauf der Angebotsfrist wäre ein schwerer Fehler des Auftraggebers. Darf der Inhalt des verschlossenen Umschlags aus rechtlichen Gründen aber erst nach Ablauf der Angebotsfrist zur Kenntnis genommen werden, so ist auch die Möglichkeit der Kenntnisnahme und damit der Zugang im Sinne von § 130 Abs. 1 BGB erst mit Ablauf der Angebotsfrist gegeben (grundlegend: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, Az.: VII-Verg 81/11, Rdnr.29 - zit. nach juris, noch zu § 17 Abs. 1 S. 1 EG VOL/A, der dem § 55 VgV inhaltlich in vollem Umfang entsprach; bestätigend: Wiese, in: Kulartz/Kuß/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 160 Rdnr.153).

Das fristgemäß eingegangene Angebot der ASt wurde vorliegend auch tatsächlich erst nach Ablauf der Angebotsfrist geöffnet. Das Protokoll über die Angebotsöffnung weist aus, dass die Ag um 14:05 Uhr mit der Öffnung des ersten Angebots begonnen hat. Es waren laut Protokoll auch alle Angebote ordnungsgemäß verschlossen, die Umschläge waren unverseht, so dass auch auszuschließen ist, dass auf Seiten der Ag rein faktisch eine Kenntnisnahmemöglichkeit der Rüge bestanden haben könnte – abgesehen davon, dass dies nach § 55 VgV vergaberechtlich ohnehin unzulässig gewesen wäre. Nach dem bisherigen Vortrag der Beteiligten im Nachprüfungsverfahren ist auch unstrittig, dass die ASt mit entsprechen-

dem Vortrag zu ihrem Beanstandungskomplex zur Arbeitnehmerüberlassung vor Abgabe ihres Angebots nicht auf die Ag zugegangen ist. Ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, auf die die Ag in Ziff. VI.4.3. der Vergabebekanntmachung auch ausdrücklich hingewiesen hatte, ist die ASt damit im Hinblick auf den Beanstandungskomplex „Arbeitnehmerüberlassung“ nicht nachgekommen.

c) Eine Rüge der ASt war, entgegen der Auffassung der ASt, auch nicht als „bloße Förmel“ entbehrlich. Die Rüge gerade vor Ablauf der Angebotsfrist soll dem Auftraggeber die Möglichkeit geben, bei Fehlern in den Vergabeunterlagen, die er erst mithilfe der Rüge erkennt, gegenzusteuern, und zwar bevor alle Bieter ihre Angebote erstellt und eingereicht haben. Die dargelegten Grundsätze zur Funktion der Rügeobliegenheit zeigen auch, dass auf dieses Erfordernis grundsätzlich nicht als Zulässigkeitskriterium im Nachprüfungsverfahren verzichtet werden kann (vgl. zur Bedeutung der Rügeobliegenheit als Zulässigkeitsvoraussetzung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juni 2015 - VII-Verg 4/15 und vom 21. Oktober 2015 – VII-Verg 28/14). Eine aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ableitbare Ausnahme wäre allenfalls *„dann anzunehmen, wenn die Vergabestelle von vornherein eindeutig zu erkennen gegeben hätte, dass sie unumstößlich an ihrer Entscheidung festhalten wird, sie also unter keinen Umständen, auch nicht auf Rüge eines der Bieter hin, gewillt ist, einen vorliegenden Verfahrensverstoß abzustellen“* (OLG Koblenz, Beschluss vom 18. September 2003, Az.: 1 Verg 4/03, Rdnr. 59 m.w.N. – zit. nach juris; in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Februar 2005, Az.: V-Verg 74/04, Rdnr. 48 – zit. nach juris).

Anhaltspunkte für eine derartige Ausnahme liegen hier nicht vor. Dass die Ag zeitlich gesehen erst im Nachgang des Rüge-/Hinweisschreibens auf die Hinweise der ASt ablehnend reagiert hat, ist kein Grund, die Rüge der entsprechenden Umstände nachträglich als entbehrlich anzusehen. Denn aus dem Vorgang ergibt sich gerade nicht, dass die Ag von vornherein – hier also schon vor Abgabe des Angebots und des Hinweisschreibens – zu erkennen gegeben hat, *„von einer vergaberechtswidrigen Entscheidung unter keinen Umständen abrücken zu wollen“* (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Februar 2005, Az.: V-Verg 74/04, Rdnr. 48 – zit. nach juris). Eine Thematisierung der AÜG-Problematik erfolgte durch die ASt erst nach Angebotsöffnung und Kenntnisnahme des Rüge-/Hinweisschreibens, maßgeblich erst im Präsentationstermin am 22. Juni 2017. Auch aus dem Umstand, dass die Ag in Ziff. 7 des Vertragsentwurfs und somit schon aus den Vergabeunterlagen erkennbar eine Arbeitnehmerüberlassung explizit ausgeschlossen hat, folgt nichts anderes. Wie die ASt insofern völlig richtig ausführt, hätte eine schlichte

„Umetikettierung“ aus einer der Sache nach gegebenen Arbeitnehmerüberlassungsvereinbarung sicherlich keinen Vertrag über die Erbringung selbständiger Dienstleistungen gemacht. Dementsprechend war dieser Umstand für sie gerade Ansatzpunkt für eine zwingend notwendige Rüge, um die Ausschreibungskonformität des eigenen abweichenden Angebots im Sinne einer Arbeitnehmerüberlassungsleistung klarzustellen. Das spätere Festhalten der Ag an dem von ihr auf diese Weise definierten Beschaffungsbedarf bzw. an der Einordnung ihres Vertragsentwurfs als Vertrag zur Erbringung einer selbständigen Dienstleistung, macht die Rüge der ASt somit nicht entbehrlich.

- d) Soweit die ASt in ihrer Stellungnahme vom 14. August 2017 vorträgt, § 55 VgV verhindere eine Kenntnisnahme trotz praktischer Möglichkeit rechtlich, so dass der unionsrechtlich verwurzelte effektive Vergaberechtsschutz nicht mehr gewährleistet sei, weshalb die Rechtzeitigkeit der Rüge aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bzw. der Billigkeit anzuerkennen sei, greifen diese Bedenken nicht durch.

Es ist nicht im Ansatz ersichtlich, dass § 55 VgV die Durchsetzung eines effektiven Vergaberechtsschutzes allgemein oder auch nur im vorliegenden Fall verhindert. Die Vorschrift des § 55 VgV entspricht den Maßgaben der EU-Vergaberechtsrichtlinie 2014/24 (s. dort Art. 22 Abs. 3) und gewährleistet somit die Durchführung eines fairen, chancengleichen und willkürfreien Vergabewettbewerbs im Sinne des § 97 Abs. 1, 2 GWB, indem vor Ablauf der für alle Beteiligten des Vergabeverfahrens festgesetzten Angebotsfrist der Verschluss der Angebote zwingend vorgeschrieben ist. Der somit aus zwingenden Rechtsgründen resultierende Umstand, dass die Rüge der ASt in ihrem im verschlossenen Angebotsumschlag eingereichten Hinweisschreiben zwar kurz vor Ablauf der Angebotsfrist physisch bei der Ag eingegangen war (17. Mai 2017, 12:34 Uhr), aber erst nach Öffnung des Angebots zur Kenntnis genommen werden konnte, kann daher auch nicht, anders als die ASt meint, aus Billigkeitsgründen umgangen werden. Es war der ASt vielmehr zuzumuten und ist folglich auch nicht unverhältnismäßig, die ihr obliegende und konform mit der EU-Rechtsmittelrichtlinie 2007/66 in § 160 Abs. 3 S. 1 GWB bestimmte (vgl. ebd. Art. 1 Abs. 4, Art. 2c) Rüge vorab oder zumindest separat und nicht verschlossen, also neben dem verschlossenen Angebot bei der Ag einzureichen. Es ist gerade Sinn und Zweck der Rüge, den Auftraggeber frühzeitig über etwaige Fehler zu informieren, um ihm eine schnelle Prüfung und ggf. Abhilfe zu ermöglichen. Eine auf die Grundlagen des Vergabeverfahrens bezogene Rüge, die sich im verschlossenen Angebotsumschlag befindet,

kann, anders als ein vom verschlossenen Angebot separiertes und unverschlossen überreichtes Rügeschreiben somit erst nach Öffnung der Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist zur Kenntnis genommen werden. Es kommt danach also nicht darauf an, dass, wie die ASt in ihrer Stellungnahme vom 14. August 2017 vorbringt, das Hinweisschreiben der ASt vom 15. Mai 2017 zwar im verschlossenen Angebotsumschlag enthalten war, dort aber als separates Schreiben verfasst und nicht im Leistungsangebot selbst „versteckt“ worden sei..

Vor dem genannten Hintergrund kommt auch die von der ASt– ohnehin nur cursorisch – angeregte Vorlage an den EuGH nicht in Betracht.

4. Die Entscheidung der Ag über die Vergleichbarkeit der von der ASt vorgelegten Referenzen und damit über die Eignung hat die ASt zwar rechtzeitig gerügt. Da die ASt aber in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung keinen zulässigen Nachprüfungsantrag gestellt hat, bleibt es bei den abgegebenen Angeboten und bei deren Wertung. Der Preis ist zwar nicht das einzige Wertungskriterium. Dennoch hat die ASt das teuerste aller vier Angebote abgegeben und soll den Zuschlag insgesamt aus Wirtschaftlichkeitsgründen nicht erhalten. Da andere Wertungsfehler als die fehlerhafte Eignungsprüfung nicht geltend gemacht wurden, verbleibt es bei dem Wertungsergebnis, ohne dass es noch auf die Vergleichbarkeit der Referenzen ankäme.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, Satz 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Es entspricht der Billigkeit, der ASt auch die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat einen spezifischen Interessengegensatz zur Bg hergestellt, indem sie von einer fehlerhaften Kalkulation ihres Angebots ausgegangen ist. Die ASt hat auch ein Kostenrisiko auf sich genommen hat, denn sie hat umfassend schriftsätzlich vorgetragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war angesichts der rechtlichen Komplexität des Nachprüfungsantrags notwendig.



#### 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, einzu-legen.

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 unterzeichnet 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

Dr. Brauser-Jung