



1. Vergabekammer des Bundes

VK 1 - 150/11

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Briefdienstleistungen „...“, Vergabenummer: ..., hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Brinkmann auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 2011 am 9. Dezember 2011 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

### Gründe:

#### I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt gegenwärtig ein offenes Verfahren zur Vergabe des Auftrages „Briefdienstleistung ...“ durch. Gegenstand des ausgeschriebenen Vertrags ist die Abholung, Frankierung, Beförderung und Zustellung von Briefsendungen sowie die Postfachleerung im Bereich des ... der Ag in ... (§ 1 Abs. 1 des ausgeschriebenen Vertrags) (...).

- a) Die Antragstellerin (ASt) ist seit 2010 Vertragspartnerin der Ag für die Erbringung von Briefdienstleistungen im Bereich des .... Dieser Vertrag läuft Ende 2011 aus.

Der Auftragsgegenstand dieses bisherigen, 2009 ausgeschriebenen Vertrages ist mit dem des nunmehr ausgeschriebenen Vertrags weitgehend identisch. Hinsichtlich der zu erfüllenden Eignungsanforderungen wurde in der entsprechenden Bekanntmachung auf die Verdingungsunterlagen verwiesen. Zu den von den Bietern vorzulegenden Referenzen enthielt die damalige Leistungsbeschreibung Folgendes:

- Ziffer 7.1.2 „Referenzen des Unternehmens (3 Referenzen)“:

„Benennen Sie drei mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbare Referenzen möglichst aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung. Die einzelnen Referenzen müssen eine Laufzeit von jeweils mindestens 12 Zeitmonaten haben. (...) Verwenden Sie hierzu das beigefügte Muster (s. Anlage 3). (...).

Die Referenzen werden überprüft und nach der Bewertungsmatrix (s. E.2) bewertet. (...).“

Die Leistungsbeschreibung enthielt ferner u.a. Angaben zum durchschnittlichen täglichen Briefausgangsvolumen, in der Bekanntmachung wurde insoweit nur auf die Verdingungsunterlagen verwiesen. Weitere Vorgaben zu den vorzulegenden Referenzen, insbesondere an deren Vergleichbarkeit mit dem ausgeschriebenen Auftrag, gab es in der damaligen Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen nicht.

b) Im Juni 2011 machte die Ag die Vergabe des verfahrensgegenständlichen Auftrages europaweit bekannt. In der Bekanntmachung sowie in den mit der Angebotsaufforderung übersandten Vergabeunterlagen führte die Ag zur Eignung der Bieter u.a. Folgendes aus:

- Das monatliche Briefausgangsvolumen im Jahr 2010 betrug laut Ziffer II.2.1 der Bekanntmachung hinsichtlich der fünf von der Ag nachgefragten Sendungsarten insgesamt ca. 60.000 Stück (pro Werktag also ca. 2.700 Stück).

Ziffer 4 i.V.m. Anlage 1 der Leistungsbeschreibung enthält ebenfalls einzelne Angaben über das monatlich zu erwartende Sendungsvolumen, unterteilt nach Sendungsarten im Bereich des ....

- Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung („Technische Leistungsfähigkeit“):

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

- Logistikkonzept
- Qualitätssicherungskonzept
- 3 mit dem Auftragsgegenstand vergleichbare Unternehmensreferenzen (auf Leistungsgegenstand, Auftragsvolumen, Leistungsstellen etc. bezogen) mit je mind. 12 Zeitmonaten Laufzeit [bereits erbrachter Leistung].  
(siehe hierzu Ziffern 8.3 – 8.5 der Leistungsbeschreibung).“

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

„Benennen Sie drei mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbare Referenzen möglichst aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung und verwenden Sie hierzu ausschließlich das beigefügte Muster (siehe Anlage 3 zur Leistungsbeschreibung). **Vergleichbar** bedeutet, bezogen auf den kompletten Leistungsgegenstand, Sendungsvolumen, Leistungsstellen etc.

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

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

Außerdem enthalten die Vergabeunterlagen (Anlage 3) ein Formblatt „Muster „Referenzen““, in das die Bieter drei Referenzaufträge eintragen und u.a. jeweils Angaben zum „täglichen Sendungsvolumen des AG“ machen sollten. Wie sich aus diesem Formblatt ergibt, war dies „dem Angebot beizufügen“. Die Matrix, anhand der die Ag u.a. die vom Bieter vorzulegenden Referenzen bewerten wollte, wurde den Bietern ebenfalls mit den Vergabeunterlagen übersandt (Anlage E.2). Hiernach waren für die Referenzen

mindestens 2 Punkte zu erreichen, die nur dann vergeben wurden, wenn alle drei Referenzen mit dem Auftragsgegenstand vergleichbar waren und eine Laufzeit von 12 Monaten aufwiesen. Wenn diese Mindestpunktzahl nicht erreicht wird, soll das Angebot bei der weiteren Wertung nicht berücksichtigt werden (Ziffer I.12 der Bewerbungsbedingungen, S. 19).

Einziges Wertungskriterium ist der niedrigste Preis (Ziffer IV.2.1 der Bekanntmachung).

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

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

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

Mehrere Bieter, darunter die ASt, gaben fristgerecht ein Angebot ab. Den Angebotsunterlagen der ASt lag u.a. das von ihr ausgefüllte Formblatt „Muster „Referenzen““ bei. Das tägliche Sendungsvolumen der dritten von den ASt benannten Referenz lag erheblich unter dem der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung (es handelte sich um deutlich weniger als 70% des Volumens).

Bei der Wertung des Angebots der ASt kam die Ag zu dem Ergebnis, dass deren Referenz Nr. 3 aufgrund des geringen täglichen Sendungsvolumens nicht mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sei. Da die ASt abgesehen hiervon den Zuschlag erhalten würde, zog sie als „Ersatzreferenz“ die bisherige Leistung heran, die die ASt in einem anderen Auftrag mit der Ag erbringt. Da die Leistungen der ASt hier jedoch nicht mindestens „zufriedenstellend“ seien, beurteilte die Ag die ASt im Ergebnis als ungeeignet (s. Vermerk der Ag vom 7. Oktober 2011).

Mit Schreiben gemäß § 101a GWB vom 28. Oktober 2011 teilte die Ag der ASt mit, dass diese nicht über die notwendige Eignung (Leistungsfähigkeit) verfüge. Sie habe nicht die erforderlichen Mindestpunktzahlen erreicht, ausschlaggebend seien die eingereichten Referenzen gewesen. Der Zuschlag solle der Beigeladenen (Bg) erteilt werden.

Den Rügen der ASt vom 31. Oktober und 4. November 2011 half die Ag nicht ab (s. Schreiben der Ag vom 3. November 2011).

2. Am 4. November 2011 hat die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Die Vergabekammer hat die Übermittlung des Nachprüfungsantrages an die Ag am selben Tag veranlasst.

a) Die ASt meint, die Ag habe ihre Referenzen fehlerhaft bewertet und die ASt hieraufhin zu Unrecht mangels Eignung ausgeschlossen.

Die drei von der ASt vorgelegten Referenzen seien hinsichtlich des Auftragsgegenstands vergleichbar; auch die Referenz Nr. 3 der ASt hätte daher von der Ag gewertet werden müssen. Den Begriff der Vergleichbarkeit habe die Ag nicht definiert und wie schon in der Vorgängerausschreibung keine Einschränkungen, sondern aufgrund des identischen Leistungsgegenstands wie 2009 deutlich gemacht, dass für sie eine Vergleichbarkeit auch dann bestehe, wenn eine Referenz ein tägliches Sendungsvolumen von lediglich etwa 200 bis 300 Sendungen umfasse. Die Vergleichbarkeit einer Referenz könne auch nicht schematisch an der täglichen Sendungsmenge festgemacht werden, relevant seien u.a. auch die logistischen Fähigkeiten der ASt und die Art und Weise der vorzunehmenden Zustellung. Diese kämen gerade in der Referenz Nr. 3 der ASt zum Ausdruck, bei der die Zustellung bundesweit nach dem Standard E+1 (Zustellung grds. am Tag nach der Abholung) zu erfolgen habe, ohne dass die ASt vorher wisse, wohin die Sendungen adressiert seien. Die ASt führt aus, dass sie sich bereits 2009 bei der Ag um einen identischen Auftrag beworben und bis auf die Referenz Nr. 3 dieselben Referenzen angegeben habe wie in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Damals habe sie hieraufhin den Zuschlag erhalten. Die von ihr jetzt benannte Referenz Nr. 3 habe sogar noch eine höhere tägliche Sendungsmenge als der in der früheren Ausschreibung benannte Referenzauftrag. Es sei daher für die ASt unverständlich, dass die nahezu identischen Referenzen nunmehr nicht mehr ausreichend seien, die Ag habe den Begriff der Vergleichbarkeit bisher immer weit ausgelegt. Die ASt habe schutzwürdig darauf vertraut, dass es wegen der von ihr vorgelegten Referenzen keine Probleme geben würde. Wie sie in der mündlichen Verhandlung ergänzt, hätte die ASt ohne Weiteres bessere Referenzen vorlegen können, wenn sie gewusst hätte, dass es der Ag gerade auf das tägliche Sendungsvolumen ankommt. Nachdem sie bisher seit zehn Jahren mit der Ag ohne Probleme zusammenarbeite und bisher weder abgemahnt noch gekündigt worden sei, widerspreche es Treu und Glauben, dass die Ag bei der Eignungsprüfung

zugunsten der ASt nicht auch das gute partnerschaftliche Verhältnis zwischen beiden Parteien berücksichtigt habe.

Darüber hinaus hätte die Ag angebliche Schlechtleistungen der ASt mithilfe einer „Ersatzreferenz“ nicht berücksichtigen dürfen. Es sei bereits rechtswidrig, überhaupt eine solche Ersatzreferenz heranzuziehen, die die ASt nicht benannt habe. Gemäß § 19 Abs. 2 VOL/A-EG hätte die Ag vielmehr der ASt die Gelegenheit geben müssen, selbst eine Auswahlentscheidung hinsichtlich der Referenzbenennung vorzunehmen und ihr Angebot entsprechend zu vervollständigen. Die angeblich negativen Erfahrungen der Ag mit der ASt in dem ersatzweise herangezogenen Auftrag seien darüber hinaus nicht so erheblich, dass sie einen Rückschluss auf eine Unzuverlässigkeit der ASt in der zukünftigen Vertragsabwicklung zuließen. Denn die von der Ag angesprochene Schlechtleistung beruhe auf einer einzelnen und inzwischen veralteten Erhebung im Oktober 2010. Wie die ASt näher ausführt, erbringe sie monatlich tatsächlich gute bis sehr gute Zustelleistungen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

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

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Sie meint, ihre Eignungsprüfung sei nicht fehlerhaft gewesen. Bereits in der Bekanntmachung habe die Ag den Bietern erläutert, auf welche Kriterien sich die Vergleichbarkeit der vorzulegenden Referenzen beziehen müsse; außerdem lasse sich der Bekanntmachung das monatliche Auftragsvolumen von ca. 60.000 Poststücken entnehmen. Entsprechend dieser den Bietern bekannten Vorgaben sei die Referenz Nr. 3 der ASt aufgrund des geringen täglichen Sendungsvolumens nicht vergleichbar gewesen. Da es sich bei der ASt um die bisherige Auftragnehmerin handele und diese es offensichtlich versäumt habe, die Ag selbst als Referenzgeberin zu benennen, habe die Ag auf der Basis des § 19 Abs. 2 VOL/A-EG hieraufhin entschieden, eine weitere Referenz nachzufordern. Um unnötigen Formalismus zu vermeiden und die ASt im Vergabeverfahren halten zu können, habe sie hierbei auf eine entsprechende Nachforderung bei der ASt verzichtet und direkt beim zuständigen Internen Service bezüglich der Zufriedenheit mit der ASt nachgefragt. Der Referenzgeber habe mitgeteilt, dass ein „zufriedenstellend“ nicht zuerkannt werden könne.

Auf die Vorgehensweise der Ag im vorangegangenen Vergabeverfahren könne sich die ASt nicht berufen. Im seinerzeitigen Vergabeverfahren hätten die Verdingungsunterlagen keine Angaben zum unbestimmten Begriff der Vergleichbarkeit der Referenzen enthalten. Damals hätte daher ein großzügigerer Maßstab angelegt werden müssen. Was einmal als geeignet anzusehen gewesen sei, kann und müsse auch nicht zwangsläufig immer wieder als geeignet bewertet werden; vielmehr sei jedes Vergabeverfahren ein separater Beschaffungsvorgang. Bei evtl. Unklarheiten hätte die ASt eine Bieterfrage stellen können, was sie aber nicht getan habe.

Die Ag betont, dass sie der ASt in diesem Vergabeverfahren nicht die Eignung aufgrund einer vorangegangenen Schlechtleistung aberkennen wolle. Hieran, insbesondere an die Dokumentation, seien sehr hohe Anforderungen zu stellen. Ein solcher Sachverhalt liege hier nicht vor, vorliegend gehe es allein um die Erfüllung der formalen Eignungskriterien durch die ASt, die lauteten, dass drei vergleichbare Referenzen zu benennen seien, die alle zumindest mit „zufriedenstellend“ bewertet wurden.

c) Durch Beschluss vom 15. November 2011 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Diese hat sich weder schriftsätzlich noch durch Teilnahme an der mündlichen Verhandlung am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 2. Dezember 2011 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet, da die ASt zu Recht mangels Eignung ausgeschlossen wurde.

1. Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen keine Bedenken. Durch die Abgabe eines Angebots hat die ASt ihr erforderliches Interesse am ausgeschriebenen Auftrag i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB belegt und darüber hinaus dargelegt, dass ihr durch die angeblich vergabefehlerhafte Eignungsprüfung der Ag ein Schaden entstanden ist, denn hierdurch wurden ihre Aussichten auf den Zuschlag als ansonsten erstplatzierte Bieterin verschlechtert (zu den Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB vgl. nur BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Die Rüge der ASt auf die Mitteilung des Ausschlusses ihres Angebots vom 28. Oktober 2011 erfolgte bereits wenige Tage später (am 31. Oktober und am 4. November 2011) und damit unverzüglich i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB von 15 Kalendertagen ist ebenfalls gewahrt, weil die ASt ihren Nachprüfungsantrag auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 3. November 2011 bereits einen Tag später bei der Vergabekammer einreichte.
2. Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet, weil die ASt zu Recht mangels Eignung von der Wertung ausgeschlossen wurde, da sie nicht drei vergleichbare Referenzen vorgelegt und somit nicht die erforderliche Mindestanzahl von 2 Punkten erhalten hat.



- a) Nach der den Bietern bekannten Wertungsmatrix E.2 war die im Rahmen der Eignungsprüfung erforderliche Mindestpunktzahl von 2 Punkten nur zu erreichen, wenn ein Bieter drei vergleichbare Referenzen mit einer Laufzeit von mindestens 12 Kalendermonaten. Wie sich bereits aus dem Begriff „vergleichbar“ ergibt, kommt es hierbei nicht darauf an, dass ein Bieter in Bezug auf Leistungsumfang und Leistungsgegenstand bereits identische Leistungen erbracht hat. Vergleichbar ist eine Leistung vielmehr bereits dann, wenn sie nach den Vergleichbarkeitskriterien des öffentlichen Auftraggebers der ausgeschriebenen Leistung nahe kommt. Erforderlich, aber auch ausreichend ist daher die Vorlage solcher Referenzen, die den hinreichend sicheren Schluss zulassen, dass anhand der vom Auftraggeber vorgegebenen Eignungskriterien auf die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags geschlossen werden kann (OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 24. Oktober 2006, 11 Verg 8/06 und 9/06; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2005, VII-Verg 50/05). Die ASt führt hierzu aus, dass die Referenz Nr. 3 dennoch vergleichbar wäre, weil hieraus ihre Fähigkeiten erkennbar seien, Briefsendungen bundesweit zuzustellen, deren potentielle Adressaten vorher nicht feststellbar sind. Insoweit ist der ASt zuzugeben, dass es bei der Frage, ob ein Bieter in der Lage sein wird, den vorliegend ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß zu erfüllen, nicht allein auf das von einem potentiellen Auftragnehmer zu bewältigende Sendungsvolumen ankommen dürfte. Die Ag hat aber zugleich deutlich gemacht, dass es ihr neben der grundsätzlichen Fähigkeit, Briefsendungen ordnungsgemäß zuzustellen, auch entscheidend darauf ankommt, ob ein Bieter dazu in der Lage ist, ein mit dem Auftrag vergleichbares Sendungsvolumen logistisch zu bewältigen. Dementsprechend hat die Ag als einen von mehreren ausdrücklich relevanten Aspekten das täglich zu bewältigende Sendungsvolumen als Maßstab für die Bewertung der Vergleichbarkeit der Leistung angegeben, um feststellen zu können, ob ein Bieter durch in der Vergangenheit erbrachte Leistungen auch für die Ausführung des streitgegenständlichen Auftrags geeignet ist. Eine positive Leistungsprognose im vorgenannten Sinne hat die Ag hier bei der ASt zu Recht verneint, da die vorgelegte Referenz Nr. 3 einen Auftrag mit einem erheblich niedrigeren täglichen Sendungsvolumen betrifft als der ausgeschriebene Auftrag. Denn wenn das von der Ag erwartete Sendungsvolumen in einem so erheblichen Maße von dem Sendungsvolumen abweicht, das der dritten Referenz zugrunde liegt (deutlich mehr als 70%), sind die

Sendungsvolumina offensichtlich nicht vergleichbar. Die ASt hat daher hier zu Recht nicht die erforderliche Mindestpunktzahl erreicht.

Es bestehen – entgegen der Auffassung der ASt – auch keine vergaberechtlichen Bedenken in Bezug auf die hinreichend deutliche Bekanntgabe dieses Kriteriums. Denn sowohl in Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung als auch in Ziffer 8.3 der Leistungsbeschreibung wurde dieser Aspekt im Zusammenhang mit der Definition der Vergleichbarkeit der Referenzen genannt, auf die Bieterfrage Nr. 67 hin wurde auf Ziffer 8.3 der Leistungsbeschreibung noch einmal verwiesen und auch aus dem von den Bietern für ihre Referenzen auszufüllenden Formblatt ging hervor, dass das „tägliche Sendungsvolumen“ einzutragen und damit für die Frage der Vergleichbarkeit der Referenzen relevant sein würde. Die Höhe des Sendungsvolumens war den Bietern ebenfalls in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen konkret mitgeteilt worden. Dass die Ag auf das Sendungsvolumen bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters (zumindest auch) maßgeblich abstellt, ist auch sachgerecht i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 1 VOL/A-EG, eben weil die Ag gerade wie auch ein Vergleich zu den übrigen von der ASt vorgelegten Referenzen zeigt, täglich im verhältnismäßig großem Umfang mit ihren Kunden per Brief kommuniziert und sie zur Erfüllung der ihr übertragenen ... Aufgaben darauf angewiesen ist, dass ihre Briefsendungen trotz ihrer großen Anzahl zuverlässig und in kürzester Zeit zugestellt werden.

Auch vor dem Hintergrund, dass sämtliche Eignungsanforderungen bereits in der Bekanntmachung anzugeben (§ 7 Abs. 5 VOL/A-EG) sowie die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit in der Bekanntmachung zu nennen sind (vgl. Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG), sind hier keine vergaberechtlichen Bedenken angezeigt. Die Vorgaben des § 7 Abs. 5 VOL/A-EG sind unzweifelhaft eingehalten; die vom Bieter vorzulegenden Nachweise (drei vergleichbare Referenzen) wurden in Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung ausdrücklich genannt. Auch die Anforderungen des Art. 44 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG wurden vorliegend eingehalten. Nach dieser Vorschrift sind Mindestanforderungen, die ein öffentlicher Auftraggeber an die Leistungsfähigkeit der Bieter stellt, bereits in der Bekanntmachung anzugeben. Dies ist jedoch geschehen. Denn die Ag hat in der Bekanntmachung unter Ziffer III.2.3) explizit „3 mit dem Auftragsgegenstand vergleichbare Unternehmensreferenzen (auf Leistungsgegenstand, Auftragsvolumen, Leistungsstellen etc. bezogen) mit je mind. 12 Zeitmonaten Laufzeit“ gefordert. Unschädlich ist dabei, dass die Ag diese Mindestanforderung im

Bekanntmachungsformular unter Ziffer III.2.3 in dem Feld „Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen.“ eingetragen hat und nicht das ebenfalls unter dieser Ziffer bereitstehende Feld „Möglicherweise geforderte Mindeststandards“ genutzt hat. Denn bereits aus der konkretisierten und qualifizierten Forderung von drei vergleichbaren Referenzen wird deutlich, dass die Ag zum einen mindestens drei Referenzen erwartet und diese zum anderen vergleichbar sein müssen. Dadurch, dass in der veröffentlichten Fassung der Bekanntmachung das Feld „Möglicherweise geforderte Mindeststandards“ (mangels Eintragung) gar nicht enthalten ist, wird die eindeutige Forderung auch nicht etwa durch widersprechende Angaben wieder in Frage gestellt (vgl. insoweit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. März 2008, VII-Verg 56/07).

In vergaberechtlicher Hinsicht durfte somit das Sendungsvolumens als Maßstab zur Beurteilung der Frage herangezogen werden, ob ein Bieter in der Vergangenheit vergleichbare Leistungen erbracht hat und somit auch für die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags geeignet ist. Da die ASt für ihre Referenzen nicht die vorgegebene Mindestpunktzahl von 2 erreicht hat, durfte ihr Angebot gemäß Ziffer I.12 der Bewerbungsbedingungen bei der weiteren Wertung nicht berücksichtigt werden.

- b) Die Eignungsprüfung der Ag war auch nicht deshalb vergabefehlerhaft, weil die ASt aufgrund der von ihr in der Vorgängerausschreibung vorgelegten Referenzen schutzwürdig hätte darauf vertrauen dürfen, dass solche Referenzen auch bei der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ausreichen würden, um ihre Eignung positiv zu bewerten. Zunächst ist bereits fraglich, ob und inwieweit es einen solchen Grundsatz „einmal geeignet – immer geeignet“ vergaberechtskonform überhaupt geben dürfte. Unabhängig hiervon durfte die ASt nicht auf die frühere Vorgehensweise der Ag vertrauen. Denn selbst wenn der Leistungsgegenstand der Vorgängerausschreibung zumindest weitgehend identisch sein sollte, waren die Vorgaben, die die Ag an die Eignung der Bieter, insbesondere gerade an die von diesen vorzulegenden Referenzen gemacht hat damals anders als jetzt. Denn 2009 hat die Ag in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen nicht näher ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen die vorgelegten Referenzen mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar wären, vor allem nicht, dass es ihr bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters auf das jeweilige Sendungsvolumen ankommt. Wie oben aufgezeigt, ist dies in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ausdrücklich anders. D.h. gerade was die

Vergleichbarkeit der Referenzen und die Relevanz des Auftragsvolumens angeht, ist somit gar kein Vertrauen der ASt gerechtfertigt, die Ag werde wieder so verfahren wie sie es in der früheren Ausschreibung getan hat.

Abgesehen hiervon wäre ein solches Vertrauen der ASt auch nicht schutzwürdig und dürfte bei der Beurteilung ihrer Eignung nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden. Denn wenn die Ag zugunsten der ASt von ihren den Bietern zuvor mitgeteilten Wertungsmaßstäben abgewichen wäre, anhand derer die Eignung zu beurteilen ist, hätte sie gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen und ihre Eignungsprüfung wäre aus diesem Grund vergaberechtswidrig gewesen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2005, VII-Verg 55/05; und vom 26. Januar 2005, VII-Verg 45/04).

Wenn es der ASt daher – wie sie selbst ausführt – tatsächlich ohne Weiteres möglich gewesen sein sollte, hinsichtlich des Sendungsvolumens „bessere“ Referenzen vorzulegen, hätte sie das tun müssen. So aber durfte die Ag nur das werten, was die ASt ihr vorgelegt hat, u.a. also die Referenz Nr. 3 (mit dem, s.o., zu Recht nicht ausreichenden Wertungsergebnis).

- c) Die Ag durfte von der ASt auch keine „bessere“ Referenz, also solche mit einem höheren Briefsendungsvolumen, nachfordern oder die mangelhafte dritte Referenz durch eine von ihr selbst herangezogene Referenz ersetzen. Denn in beiden Fällen hätte sie ihrer Eignungsprüfung andere Maßstäbe, nämlich nachgeforderte Unterlagen, zugrunde gelegt als sie den Bietern vorher mitgeteilt hat: In Ziffer 8.3 der Leistungsbeschreibung hatte die Ag vorgegeben, dass die Bieter nur drei Referenzen vorlegen dürften, weitere würde sie bei der Eignungsprüfung nicht berücksichtigen. An diese in den Vergabeunterlagen festgelegte Vorgehensweise ist die Ag bei der anschließenden Eignungsprüfung gebunden (vgl. hierzu bereits oben unter b)).

Als Rechtsgrundlage für die Heranziehung einer „neuen“ dritten Referenz – sei es als eine vom Bieter beigebrachte oder als eine von der Ag eigenmächtig herangezogene – kommt auch nicht § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A-EG in Betracht. Abgesehen davon, dass es § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A-EG einem öffentlichen Auftraggeber lediglich ermöglicht, vom Bieter z.B. Referenzen nachzufordern (jedoch nicht selbst anderweitig Referenzen zu besorgen), ist vorliegend der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A-EG gar nicht eröffnet.

Denn diese Vorschrift ist nur dann anwendbar, wenn geforderte Erklärungen oder Nachweise bis zum Ablauf der Angebotsfrist „nicht vorgelegt“ wurden, also physisch nicht vorhanden oder unvollständig sind (so zur vergleichbaren Vorgängerregelung des § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A-2006: BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06) oder sonst nicht den formalen Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers entsprechen, so dass die vorgelegte Unterlage (z.B. mangels Lesbarkeit, vorgeschriebener Beglaubigung oder Unterzeichnung) gar nicht geprüft werden kann (vgl. zu den genannten Beispielfällen OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 16. Januar 2006, VII-Verg 92/05 (vorgelegte Unterlagen waren unleserlich), vom 22. Dezember 2010, VII-Verg 56/10 (nicht beglaubigt), und vom 9. Mai 2011, VII-Verg 40/11 (fehlerhafte Signatur)). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Denn vorliegend hat die ASt ihrem Angebot wie gefordert drei Referenzen beigefügt, so dass die Ag die Eignungsprüfung vollständig vornehmen konnte und dies auch getan hat. Die Angaben der ASt führten nach dieser inhaltlichen Prüfung der Ag dazu, dass die Eignung der ASt mangels Vergleichbarkeit der dritten Referenz zu verneinen war. Wollte man es in einem solchen Fall dem betreffenden Bieter ermöglichen, „bessere“ Referenzen nachzureichen, käme dies einer inhaltlichen Nachbesserung seiner mit dem Angebot eingereichten Unterlagen gleich. Dies ist wie oben aufgezeigt vom Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A-EG nicht gedeckt, der ausschließlich die formale Vollständigkeit der geforderten Belege betrifft. Demgegenüber ist die inhaltliche Bewertung der vorgelegten Unterlagen – soweit es wie hier um Eignungsnachweise geht – eine Frage der materiellen Eignungsprüfung (vgl. zur früheren Rechtslage 3. VK Bund, Beschlüsse vom 19. März 2007, VK 3-16/07; und vom 3. Dezember 2007, VK 3-136/07). Auch § 7 Abs. 13 VOL/A-EG spricht nur von einer „Vervollständigung“ oder „Erläuterung“ der vorgelegten Eignungsnachweise, jedoch nicht davon, nachträglich eine inhaltliche Verbesserung der Belege zuzulassen (vgl. zur identischen früheren Rechtslage OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, VII-Verg 8/07). Diese eng am Wortlaut der § 19 Abs. 2 S. 1, § 7 Abs. 13 VOL/A-EG orientierte Auslegung ist auch sachgerecht. Zum einen diene die Neufassung der VOL/A durch Schaffung der Nachforderungsmöglichkeit dazu, „überspitzte Förmelei“ bei der formalen Angebotswertung zu beseitigen und „bloßes Vergessen“ einer Unterlage bei der Abgabe eines Angebotes nicht mehr ohne Weiteres durch einen Angebotsausschluss zu sanktionieren. Wenn ein Bieter die Vorlage einer geforderten Unterlage nicht vergisst, sondern diese in inhaltlicher Hinsicht nicht den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genügt, ist daher der Schutzzweck der Neuregelung und damit auch ihr Anwendungsbereich bereits aus diesem Grund nicht eröffnet. Außerdem würde es zu erheblichen unzumutbaren Verzögerungen im

Vergabeverfahren führen, wenn ein Bieter, der wie hier die Eignungsprüfung in materieller Hinsicht (mit negativem Ergebnis) bereits durchlaufen hat, den Anspruch erheben könnte, dass der öffentliche Auftraggeber sein Ermessen ordnungsgemäß ausübt, indem er den Bieter auffordert, die schlecht bewerteten Unterlagen durch bessere zu ersetzen, mit der Folge, dass die ggf. nachgebesserten Unterlagen ein weiteres Mal vom öffentlichen Auftraggeber in materieller Hinsicht bewertet werden müssten. Dieser Fall ist daher auch nicht mit einer Situation vergleichbar, in der ein Bieter von vornherein nicht sämtliche geforderten Unterlagen vorlegt, so dass der öffentliche Auftraggeber die fehlenden Unterlagen gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A-EG nachfordern könnte. In einer solchen Sachverhaltskonstellation hat der öffentliche Auftraggeber mangels Vorhandensein der geforderten Unterlagen bisher gar keine materielle Prüfung des Angebots vornehmen können (nur eine rein formale Prüfung auf Vollständigkeit der vorgelegten Unterlagen), demgegenüber hat im streitgegenständlichen Vergabeverfahren über diese reine Vollständigkeitsprüfung hinaus bereits eine inhaltliche Bewertung der vorgelegten Unterlagen stattgefunden.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Zwar kann gemäß § 128 Abs. 4 S. 2 GWB aus Gründen der Billigkeit einem Beigeladenen eine Erstattung seiner außergerichtlichen Kosten durch den unterliegenden Beteiligten zugesprochen werden. Solche Billigkeitserwägungen können jedoch die Anordnung der Kostenerstattung zugunsten der Bg u.a. nur dann rechtfertigen, wenn diese sich zusätzlich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, indem sie erfolgreich Anträge gestellt und diese begründet hat oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 9. Dezember 2009, VII-Verg 37/09, und vom 19. September 2011, VII-Verg 34/11). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Da die Bg weder Sachanträge gestellt noch in sonstiger Weise sich an dem Nachprüfungsverfahren beteiligt und somit kein Kostenrisiko auf sich genommen hat, trägt sie ihre Aufwendungen selbst.

#### 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 angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Die hauptamtliche Beisitzerin Dr. Kerstin Dittmann ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschrift gehindert.

Behrens

Behrens