



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 106/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Entwicklungsrahmenvertrag Konnektor“, Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Hagenbucher auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2016 am 9. Januar 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb Anfang September 2016 die Vergabe „Entwicklungsrahmenvertrag Konnektor“ im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb in zwei Losen europaweit aus (EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]). Die Bewerbungsfrist endete gemäß Ziffer IV.2.2) der Bekanntmachung am 5. Oktober 2016. Die Ausschreibung steht im Zusammenhang mit der Einführung der elektronischen Gesundheitskarte; jedes der beiden Lose hat dabei einen Entwicklungsrahmenvertrag zum Gegenstand. Unter Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung wird der Auftragsgegenstand wie folgt beschrieben:

„Im Zuge der Einführung der elektronischen Gesundheitskarte (eGK) nach § 291a SGB V (...) wird eine hierfür erforderliche interoperable und kompatible Informations-, Kommunikations- und Sicherheitsinfrastruktur (Telematikstruktur i.S.v. § 291a Abs. 7 S. 1 SGB V) als bundesweite „Gesundheitstelematik“ im deutschen Gesundheitswesen etabliert. Hierfür umfasst der Ausschreibungsgegenstand die Entwicklung eines modularen Konnektors zur Anbindung von Leistungserbringenumgebungen an das Netz der Telematikinfrastruktur sowie dessen Zertifizierung durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) und die Zulassung durch den Auftraggeber gemäß § 291b Abs. 1a SGB V mit der Fachanwendung Versichertenstammdatenmanagement (VSDM), dem Basisdienst qualifizierte elektronische Signatur (QES) und der Fachanwendung sichere Kommunikation der Leistungserbringer (KOM-LE).“

Nach Ziffer II.1.6) i.V.m. Ziffer VI.3) der Bekanntmachung sowie Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen existiert für beide Lose zusammengenommen eine Budgetobergrenze von 13 Mio. Euro (zzgl. Umsatzsteuer) mit der Folge, dass das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag (dann auf Los 1) nur erhalten kann, wenn es die Budgetobergrenze nicht überschreitet, und das zweitwirtschaftlichste Angebot den Zuschlag auf Los 2 nur erhalten kann, wenn erst- und zweitplatziertes Angebot zusammengenommen die Budgetobergrenze nicht überschreiten.

Unter Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung wurde von der Ag zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit unter anderem Folgendes gefordert:

„Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

(1) ...

...

(5) Darstellung (Vordruck) von mindestens einer erfolgreichen Referenz über die in den letzten 5 Jahren (Stichtag: Ablauf der Bewerbungsfrist) erbrachten Leistungen mit (a) einer erfolgreichen Zertifizierung des Leistungsgegenstandes durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (oder vergleichbar) oder (b) einer erfolgreichen Sicherheitsevaluation des Leistungsgegenstandes nach Common Criteria (Evaluation Assurance Level Stufe 3 oder höher, oder vergleichbar).

Bewerber/Bewerbergemeinschaften, die nicht über diese unter Nr. 1 bis 5 geforderten Referenzen verfügen oder deren eingereichte Referenzen nicht die jeweils genannten Anforderungen vollständig erfüllen, sind nicht zur Auftragsdurchführung geeignet und werden nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert.

...“

Gemäß der in den Vergabeunterlagen enthaltenen Wertungsmatrix gehen neben den erzielten Leistungspunkten und dem Projektpreis, für den die vorerwähnte Budgetobergrenze gelten soll, auch der Preis für den zu entwickelnden und zu vertreibenden Konnektor ein; auch hierzu muss der Bieter eine Preisangabe mit seinem Angebot abgegeben. Dementsprechend verpflichtet sich der Bieter im Zuschlagsfall gemäß Ziffer 2.6.1 des ausgeschriebenen Entwicklungsvertrags, den entwickelten Konnektor aus der Serienfertigung für den im Angebot angegebenen Stückpreis (als Höchstpreis) anzubieten; in Absatz 2 heißt es dazu:

„(2) Der Auftragnehmer verpflichtet sich unwiderruflich, für die Dauer dieser Serienfertigung, höchstens aber für [...] Jahre, die unter Verwendung von Ergebnissen dieses Rahmenvertrages entwickelten Konnektoren einem Dritten zum Zwecke der Verwendung im deutschen Gesundheitswesen zu dem in Anlage 4.1 genannten Stückpreis anzubieten, zu verkaufen und zu übereignen. Diese Preise werden als Höchstpreise vereinbart. Sämtliche Lizenzgebühren sind im Preis enthalten.“

Gemäß Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen besteht neben der oben genannten Budgetobergrenze hinsichtlich des Projektpreises zudem eine Obergrenze hinsichtlich des Konnektorpreises; beträgt dieser mehr als [...],- Euro (zzgl. Umsatzsteuer), beabsichtigt die Ag,

das Vergabeverfahren wegen Unwirtschaftlichkeit aufzuheben. Für den Fall, dass eine Zuschlagserteilung nicht bis zum 28. Februar 2017 möglich ist, soll das Beschaffungsinteresse der Ag ebenfalls entfallen (wegen ansonsten fehlenden zeitlichen Vorlaufs für eine Migration bis zum 1. Juli 2018) und das Vergabeverfahren aus schwerwiegenden Gründen aufgehoben werden.

Mit Schreiben vom 22. September 2016 rügte die Antragstellerin (ASt) die Ausschreibungsbedingungen in einer Reihe von Punkten. Mit Schreiben vom 28. September 2016 half die Ag den Rügen der ASt nur teilweise ab.

Die ASt reichte unter dem 5. Oktober 2016 einen Teilnahmeantrag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren ein. Die ASt ist zudem Mitglied [...], die bereits 2013 [...] einen (nicht modularen) Konnektor (sog. Basiskonnektor) entwickelt hat. Dieser befand sich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer noch im Zertifizierungsverfahren des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI); ein Zertifikat lag bis dahin nicht vor. In einer von der ASt vorgelegten E-Mail des BSI vom 11. November 2016 teilte dieses mit, dass

„die Evaluierungsphase ... mit der heutigen Abnahme des Evaluationsberichtes ... vom 11.11.2016 abgeschlossen [ist]. Somit sind die technischen Voraussetzungen für die Erteilung eines Zertifikats gegeben. Die abschließenden Zertifizierungsarbeiten sind aufgenommen worden.

...

Das Prüfergebnis lautet:

...

- Bestätigtes Vertrauenswürdigkeitspaket: Common Criteria Part 3 erweitert, ...

...“

In ihrem Teilnahmeantrag benannte die ASt den vorgenannten Basiskonnektor als Referenz für die Anforderung (5) unter Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung.

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 12. Oktober 2016 übermittelt.

Mit Schreiben vom 25. November 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass die ASt nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden könne, da sie mit ihrem Teilnahmeantrag die notwendige

Eignung nicht vollständig nachgewiesen habe. Denn die im Teilnahmeantrag dargestellten Referenzen würden die bekanntgemachten Mindestanforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit nicht erfüllen; dies beträfe die unter Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung und dort unter (1) sowie (5) aufgeführten Anforderungen.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen eine Reihe von Ausschreibungsbedingungen sowie, nach Ausschluss ihres Teilnahmeantrags, auch gegen diesen Ausschluss.

Die von der ASt mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Referenzen würden entgegen der Auffassung der Ag alle von der Ag aufgestellten Mindestanforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit nachweisen.

Insbesondere seien die Anforderungen unter (5) der Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung nachgewiesen. Die von der ASt eingereichte Referenz zu Anforderung (5) – der Konnektor [...] – erfülle die fragliche Anforderung vollumfänglich. Die Zertifizierung sei am 11. November 2016 durch das BSI erfolgt. Die Zertifizierung habe nicht bereits zum Zeitpunkt des Teilnahmeantrags bzw. mit Ablauf der Bewerbungsfrist vorliegen müssen. Denn wenn von „in den letzten 5 Jahren erbrachten Leistungen“ die Rede sei, beziehe sich die 5-Jahres-Frist auf die von dem Bieter bzw. des Unternehmens der Eignungsleihe erbrachten Leistungen, nicht aber Leistungen Dritter wie hier des BSI. Daher ergebe sich entgegen der Auffassung der Ag nicht, dass der mit der Bewerbungsfrist endende 5-Jahreszeitraum auch die Zertifizierung erfasse. Es müsse lediglich bei der Bewertung der Referenzen feststehen, dass eine Zertifizierung erfolgt sei. Die Vorlage einer Zertifizierungsurkunde sei im Übrigen nicht verlangt gewesen. Vielmehr sei in den Vordrucken für die Beschreibung der mit dem Teilnahmeantrag einzureichenden Referenzen weder nach einem Abschluss des Projektes noch nach förmlichen Abschlussakten oder bestimmten Dokumenten gefragt worden; es sei nur eine Beschreibung der Referenz gefordert gewesen, die die ASt auch abgegeben habe. Im Übrigen wisse die Ag unstreitig von der Zertifizierung und verfüge über die fraglichen Dokumente. Die Ag handele im Übrigen treuwidrig, wenn sie sich auf ein Fristversäumnis bei der Zertifizierung berufe. Denn die Ag habe den Zeitablauf bei der Zertifizierung bestimmt. Insbesondere habe die Ag, nachdem die ASt den Basiskonnektor nebst aller Dokumente zu den Tests und zur Zertifizierung am 26. September 2016 vollständig eingereicht hatte, den Prozess durch neue Sicherheitsanforderungen aufgehalten. Es sei von der Ag offensichtlich beabsichtigt, dass die ASt den Basiskonnektor nicht als Referenz würde benennen können, da es Ziel der Ag sei, mit

der vorliegenden Ausschreibung einen zusätzlichen Konnektoranbieter zu generieren und dementsprechend die ASt als bereits vorhandenen Anbieter auszuschließen. Die Ag argumentiere zudem widersprüchlich, wenn sie einerseits bei den Referenzen zu (1) und (5) verneine, dass es sich um erfolgreiche Referenzen handele, und andererseits das bei ihr vorhandene Wissen ausblende, dass der Basiskonnektor längst fertig entwickelt gewesen sei und zwischenzeitlich auch der erfolgreiche Testbetrieb aufgenommen worden sei. Zu Unrecht berufe sie sich daher formal auf den Stichtag der Abgabe des Teilnahmeantrags und den Abschluss des Zertifizierungsverfahrens. Fehlerhaft sei es auch, dass die Ag die Leistungen im Rahmen des Basiskonnektors nicht der ASt bzw. einem von ihr benannten Unternehmen (hier der [...]) zugeordnet habe. Denn um eine „erbrachte Leistung“ im Sinne der Anforderung (5) handele es sich auch dann, wenn der Bieter oder das Unternehmen der Eignungslieferer Nachunternehmer mit der Durchführung beauftragt habe.

Im Hinblick auf die Ausschreibungsbedingungen moniert die ASt im Übrigen, dass sich der Bieter auf einen Verkaufspreis für den zu entwickelnden Konnektor festlegen müsse; hierzu fehle, da es sich um ein Zuschlagskriterium bzw. eine Ausführungsbedingung handele, an der erforderlichen Verbindung zum Auftragsgegenstand. Die Preisbindung habe zudem die Wirkung, die Unternehmenspolitik der Bieter und darüber hinaus den Wettbewerb auf dem Konnektorenmarkt zu steuern; insbesondere müssten Verkäufer von Konkurrenzprodukten ihre Preise unabhängig von ihren Produktionskosten auf das Niveau der Ausschreibungsgewinner senken, um am Markt bestehen zu können. Die Preisbindung stelle daher eine unzulässige Bedingung mit Verbindung zum Leistungsgegenstand und im Übrigen eine mit § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV unvereinbare, den Wettbewerb beeinträchtigende Anwendung dar. Insbesondere sei die fragliche Preisbindung kartellrechtlich nicht zulässig; es handele sich um eine Wettbewerbsbeschränkung, die gegen § 1 GWB verstoße und weder freigestellt noch freistellungsfähig sei. Wie die Ag auf den Betrag von [...],- Euro als Preisobergrenze komme, sei nicht ersichtlich, sondern vermutlich willkürlich, um eine unzulässige Preissenkung auf dem Konnektorenmarkt zu erreichen. Auch der auf der Preisobergrenze von [...],- Euro gestützte Aufhebungsgrund, den die Ag in die Bewerbungsbedingungen aufgenommen habe, sei unzulässig. Des Weiteren werde gegen Beihilferecht verstoßen, da die Übernahme der Kosten für die Entwicklung des Konnektors eine staatliche Beihilfe darstelle; sie begünstige die erfolgreichen Bieter und führe zu einer Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Konnektorenmarkt und einer Beeinträchtigung des Handels auf dem Binnenmarkt. Zudem seien die von der Ag zur Verfügung gestellten Informationen zu möglichen Absatzmengen nicht

ausreichend für eine ordnungsgemäße Kalkulation der Bieter und würden den Anforderungen des § 21 Abs. 1 VgV nicht genügen.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Zuschlag im Beschaffungsverfahren Entwicklungsrahmenvertrag Konnektor (Auftragsbekanntmachung [...]) zu erteilen;
2. der Ag aufzugeben, bei fortbestehender Absicht, die Entwicklung eines zugelassenen und verkaufsfähigen modularen Konnektors zum Vertrieb an Leistungserbringer zu beauftragen, das Verfahren unter Beachtung der Rechtsansicht der Bundesvergabekammer zumindest ab der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung zu wiederholen;
3. die Ablehnung des Teilnahmeantrags der ASt vom 5. Oktober 2016 durch Schreiben der Ag vom 25. November 2016 aufzuheben,
4. hilfsweise zum Antrag zu 2. der Ag aufzugeben, bei fortbestehender Absicht, die Entwicklung eines zugelassenen und verkaufsfähigen modularen Konnektors zum Vertrieb an Leistungserbringer zu beauftragen, der ASt unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer des Bundes zu ermöglichen, für ihren Teilnahmeantrag bei den Referenzen Nr. 1 und Nr. 5 weitere Unterlagen und Erläuterungen einzureichen und den ergänzten Teilnahmeantrag zu diesen Referenzen neu zu bescheiden,
5. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sowie auszusprechen, dass die Beauftragung der anwaltlichen Vertretung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.
6. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären;
3. der ASt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Ausschreibungsbedingungen bereits deshalb unzulässig, weil es der ASt an der Antragsbefugnis fehle. Die angegriffenen Bestimmungen seien sämtlich vergaberechtlich zulässig, diskriminierungsfrei bestimmt und transparent allen Bietern bekanntgegeben worden.

es fehle daher an einer Rechtsverletzung im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Soweit die ASt Verstöße gegen Kartellrecht geltend mache, betreffe dies ein Verhalten der Ag außerhalb des Vergabeverfahrens, so dass die vermeintlichen Verstöße nicht im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geprüft werden könnten. Im Übrigen könnten aufgrund des Beschleunigungsgrundsatzes allenfalls einfach gelagerte Verstöße festgestellt werden. Des Weiteren sei die ASt aber auch deshalb nicht antragsbefugt, weil ihr Teilnahmeantrag mangels Erfüllung der Eignungsanforderungen abzulehnen gewesen sei und der ASt mangels Zuschlagschancen kein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB drohe.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Insbesondere sei der Ausschluss des Teilnahmeantrags der ASt zu Recht erfolgt. Die zu den Anforderungen (1) und (5) unter Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung von der ASt mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Referenzen würden die fraglichen Anforderungen nicht erfüllen. Was namentlich die Anforderung (5) betreffe, sei zunächst festzuhalten, dass entgegen der Schilderung der ASt bisher keine Zertifizierung des Basiskonnektors erfolgt sei, insbesondere auch nicht am 11. November 2016. Unter diesem Datum habe das BSI lediglich mitgeteilt, dass die Evaluierungsphase mit der Abnahme des Evaluationsberichts abgeschlossen sei; eine Zertifizierung stelle dies nicht dar. Maßgeblich für die Überprüfung der Anforderungen nach Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung sei zudem der Zeitpunkt des Ablaufs der Bewerbungsfrist. Die Eignung sei anhand der im Teilnahmewettbewerb fristgerecht vorgelegten Nachweise und Angaben zu prüfen.

Auch die Ausschreibungsbedingungen seien nicht zu beanstanden. Insbesondere sei die Bestimmung eines Höchstverkaufspreises für die Konnektoren als Zuschlagskriterium und als Ausführungsbedingung vergaberechtlich zulässig. Das Institut einer Kostenobergrenze sei in der vergaberechtlichen Rechtsprechung – auch als Ausschlusskriterium – anerkannt. Auch die geforderte Verbindung zum Auftragsgegenstand sei jeweils gegeben, denn diese liege auch dann vor, wenn auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung Bezug genommen werde. Vorliegend sei mit dem ausgeschriebenen Entwicklungsrahmenvertrag eine Verkaufsverpflichtung hinsichtlich der zu entwickelnden Konnektoren verbunden (Ziffer 2.6.1 des Vertrags), um den Marktzutritt sicherzustellen, so dass die Höchstpreisregelung auch in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehe. Sie diene dazu zu verhindern, dass es zu einer doppelten Vergütung der Entwicklung des Konnektors (neben der unmittelbaren Entwicklungsvergütung) zum Nachteil der Leistungserbringer und der Sozialversicherungsträger komme. Die allgemeine Unternehmenspolitik der Bieter werde durch die Höchstpreisregelung nicht betroffen. Auch sei es zulässig, dass die Ag sich die Aufhebung des Vergabeverfahrens

vorbehalte, falls der Höchstpreis überschritten werde, da solche Angebote unwirtschaftlich und daher auch auszuschließen seien. In kartellrechtlicher Hinsicht handele es sich um eine zulässige Vereinbarung eines Höchstpreises und nicht um eine verbotene Preisbindung. Die Ausschreibung begegne wegen der Übernahme von Entwicklungskosten im Übrigen auch nicht beihilferechtlichen Bedenken; es handele sich nicht um beihilferelevante Begünstigungen des erfolgreichen Bieters, die zudem nicht dem Staat zuzurechnen seien. Soweit die ASt für die Angebotserarbeitung weitergehende Informationen zu Absatzerwartungen verlange, sei die Ag weder verpflichtet noch faktisch in der Lage, konkrete Zahlen verbindlich zu bestimmen. Grundsätzlich seien mit Rahmenvereinbarungen höhere Kalkulationsrisiken verbunden; diese seien im konkreten Fall auch zumutbar. Mangels Vergleichszahlen aus vorangegangenen Jahren und mangels vergleichbarer Ausschreibungen über ähnliche Leistungen könne die Ag weitere Informationen nicht bereitstellen. Aufgrund der künftigen gesetzlichen Verpflichtung der Leistungserbringer zum Online-Abgleich sei jedoch davon auszugehen, dass der weit überwiegende Teil der Leistungserbringer einen Konnektor installieren werde.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 7. November 2016 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB zunächst bis zum 6. Dezember 2016 einschließlich und mit Verfügung des Vorsitzenden vom 6. Dezember 2016 schließlich bis zum 9. Januar 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag, der den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet (§§ 103 Abs. 1 und 4, 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Insbesondere handelt es sich bei der Ag um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB, da sie insbesondere aufgrund der bundesgesetzlichen Regelung des [...] vom Bund finanziert wird. Die Vergabekammer des Bundes ist auch gemäß §§ 156 Abs. 1, 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig.

Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Teilnahmeantrags dokumentiert. Des Weiteren behauptet die ASt schlüssig die Verletzung in eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften. Sie hat ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht. Dabei genügt jede Verschlechterung der Chancen, den Zuschlag auf das Angebot zu erhalten. Dies ist insbesondere in Bezug auf den von der ASt angegriffenen Ausschluss ihres Teilnahmeantrags der Fall.

Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB, soweit eine solche bestand, ist die ASt nachgekommen; die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die ASt ist zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden (siehe unten a)). Aufgrund des Ausschlusses vom Vergabeverfahren ist in Bezug auf die im Weiteren von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße eine Verletzung der ASt in ihren Rechten ausgeschlossen (siehe unten b)).

- a) Dass die Ag die ASt wegen fehlender nachgewiesener Eignung vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, ist vorliegend vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Öffentliche Aufträge dürfen gemäß § 122 Abs. 1 GWB nur an geeignete Unternehmen vergeben werden. Ob Unternehmen geeignet sind, bestimmt sich nach den vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien, wie sie in der Auftragsbekanntmachung bekanntgegeben worden sind (§ 122 Abs. 2, Abs. 4 Satz 2 GWB). Unternehmen, die nach den aufgestellten Eignungskriterien nicht geeignet sind, müssen vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden bzw. dürfen im Falle

eines Verhandlungsverfahrens wie vorliegend nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden (§ 42 Abs. 1, 2 Satz 1 VgV). Ein solcher Fall liegt bei der ASt vor.

In der Auftragsbekanntmachung unter Ziffer III.1.3) (dort (5)) hat die Ag unter anderem im Rahmen des Eignungskriteriums der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit als Mindestanforderung gefordert, dass mindestens eine „erfolgreiche Referenz über die in den letzten 5 Jahren (Stichtag: Ablauf der Bewerbungsfrist) erbrachten Leistungen mit (a) einer erfolgreichen Zertifizierung des Leistungsgegenstandes durch das [BSI] (oder vergleichbar) oder (b) einer erfolgreichen Sicherheitsevaluation des Leistungsgegenstandes nach Common Criteria (...)“ vorlegt bzw. dargestellt wird. Diese Mindestanforderung hat die ASt nicht erfüllt. Denn in ihrem Teilnahmeantrag hat sie sich zur Erfüllung dieser Anforderung allein auf die Entwicklung des sog. Basiskonnektors bezogen, der jedoch nicht rechtzeitig die fragliche Zertifizierung oder Sicherheitsevaluation erhalten hat.

Wie in der Auftragsbekanntmachung gefordert, müssen die fraglichen Referenzleistungen in den letzten fünf Jahren, gerechnet ab dem Tag des Ablaufs der Bewerbungsfrist, erbracht worden sein. Dieses ist auch – entgegen der Auffassung der ASt – der maßgebliche Zeitraum, in dem die Zertifizierung oder anderweitige Sicherheitsevaluation nach Common Criteria erfolgt sein, d.h. abgeschlossen sein musste. Zwar ist es richtig, dass diese Leistungen von den entsprechenden Zertifizierungsstellen bzw. Evaluationsstellen und damit von Dritten erbracht werden und das jeweilige Unternehmen nur begrenzt Einfluss auf den Zeitablauf nehmen kann. Die Bekanntmachung ist jedoch insoweit eindeutig, dass als Referenzleistung eine Leistung erforderlich ist, die sowohl im Zeitraum der letzten fünf Jahre ausgehend vom Ablauf der Bewerbungsfrist erbracht worden sein muss als auch – zugleich – erfolgreich zertifiziert bzw. entsprechend evaluiert worden sein muss („erbrachte Leistungen mit einer erfolgreichen Zertifizierung ...“). Dass die Zertifizierung bzw. Evaluation mit Ablauf der Bewerbungsfrist für die Referenzleistung vorliegen muss, ergibt sich im Übrigen auch aus dem Umstand, dass die Darstellung der Referenz mit dem Teilnahmeantrag abzugeben war und die Darstellung damit notwendigerweise auch schon die „erfolgreiche“, d.h. erfolgte Zertifizierung bzw. Evaluation umfassen musste. Im Übrigen würde das von der ASt beanspruchte Verständnis, dass die Eignungsvoraussetzungen auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist noch erfüllt werden können, auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Denn wie bereits dargelegt, ist die

Anforderung selbst transparent, eindeutig und unmissverständlich dahingehend formuliert, dass bestimmte Prozesse (Zertifizierung oder Evaluation nach Common Criteria) bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist abgeschlossen sein müssen. Hiermit nicht vereinbar wäre eine Erweiterung der Eignungsvoraussetzungen dergestalt, dass auch eine nachträgliche Erfüllung dieser Voraussetzungen zugunsten der ASt zu berücksichtigen wäre.

Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Ausführungen ist festzustellen: Für die von der ASt hier vorgelegte Referenz ist eine Zertifizierung oder entsprechende Evaluation nicht bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist erfolgt. Wie insbesondere die an die ASt gerichtete E-Mail des BSI vom 11. November 2016 zeigt, war eine Evaluation, die unter Umständen den Anforderungen der Auftragsbekanntmachung in der Alternative (b) (Common Criteria) entsprechen könnte, erst zu diesem Zeitpunkt und damit deutlich nach Ablauf der Bewerbungsfrist am 5. Oktober 2016 abgeschlossen; eine Zertifizierung des BSI (Alternative (a)) ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in diesem Nachprüfungsverfahren nicht erfolgt. Somit verfügt die Referenzleistung nicht über die geforderte rechtzeitige Zertifizierung bzw. Sicherheitsevaluation und ist daher nicht in der Lage, die von der Ag aufgestellte Mindestanforderung (5) an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit zu erfüllen.

Dem steht auch nicht die Überlegung entgegen, dass – wie die ASt meint – die Ag aus eigener Kenntnis [...] habe wissen müssen, dass der Basiskonnektor fertig entwickelt sei und einer Zertifizierung nichts mehr im Wege stünde. Wie bereits oben gesehen, sind die in der Bekanntmachung bekanntgegebenen Eignungsanforderungen mit den entsprechenden zeitlichen Restriktionen verbunden; maßgeblich ist hierbei der objektive Empfängerhorizont, d.h. wie sich die Anforderungen für einen verständigen, fachkundigen potentiellen Bieter darstellen. Andere Auslegungen der Anforderungen in Bezug auf bestimmte Bieter, wie hier der ASt, würden eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen. Auch vor diesem Hintergrund kann der Auftragsbekanntmachung nicht ansatzweise entnommen werden, dass die Ag auch Bewerber als geeignet ansehen wollte, die die bekanntgemachten Kriterien zwar nicht in formeller Hinsicht erfüllen, die gleichwohl aber aus ihrer Sicht – was hier von der Ag im Übrigen aber auch nicht zugestanden wird – die materiellen Voraussetzungen für eine erfolgreiche BSI-Zertifizierung erfüllen. Dies wäre ein evidenten Verstoß gegen den bereits erwähnten Gleichbehandlungsgrundsatz, der es im vorliegenden Fall gebietet,

die Eignung einzig und allein an jenen Anforderungen zu messen, die gegenüber allen Bewerbern gleichermaßen bekanntgemacht wurden. Soweit die ASt der Ag eine missbräuchliche Festlegung der Eignungsanforderungen in zeitlicher Hinsicht zu Lasten der ASt mit dem Ziel, die ASt vom Vergabeverfahren auszuschließen, vorwirft, kann dem nicht zugestimmt werden, da es der ASt freigestanden hätte, andere Referenzleistungen zu benennen, für die die geforderte Zertifizierung bzw. Sicherheitsevaluation bereits vorliegt; dazu hätte sie sich gegebenenfalls auch des Instruments der Eignungsleihe (§ 47 VgV) bedienen können.

- b) Soweit die ASt weitere mögliche Vergaberechtsverstöße geltend macht, die sich sämtlich auf die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens bzw. konkret auf die Angebotserstellung und -wertung beziehen, kann vorliegend offenbleiben, ob diese Verstöße tatsächlich objektiv vorliegen. Denn da die ASt wegen fehlender Eignung aus dem Vergabeverfahren zu Recht ausgeschlossen wurde, kann sie von diesen vermeintlichen Verstößen nicht mehr in ihren Rechten verletzt sein, so dass der Nachprüfungsantrag auch insofern keinen Erfolg haben kann.

III.

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

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich über das in einem Vergabeverfahren Übliche hinausgehende Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt 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.

Behrens

Ohlerich