



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 69/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken“ – EU-Bekanntmachung: 2017/S 070-131987, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juli 2017 am 1. August 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

## **Gründe:**

### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken durch (EU-Bekanntmachung: 2017/S 070-131987).

In der Bekanntmachung von 8. April 2017 (abgesandt am 4. April 2017), in Bezug auf die Teilnahmefrist berichtet am 29. April 2017, war als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge der 6. Juni 2017, 12 Uhr vorgesehen (= 62 Kalendertage). Die zehn Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, sollten anhand der vorgelegten Referenzen ausgewählt werden. Vorzulegen waren hierzu

- Referenzen über früher ausgeführte Aufträge des Bewerbers zu Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Cannabis für medizinische Zwecke mit einer Liefermenge von mindestens 50kg je Referenz in den letzten drei Jahren und
- Referenzen über den Anbau, die Verarbeitung und die Lieferung von Arzneipflanzen (ohne Cannabis) mit einer Liefermenge von mindestens 50kg je Referenz in den letzten drei Jahren.

Die Referenzen sollten je nach Liefermenge mit Punkten bewertet werden. Für „Cannabis-Referenzen“ waren bis zu 40 Punkte zu erreichen, für die „Arzneipflanzen-Referenzen“ höchstens 20 Punkte, insgesamt also 60 Punkte. Sofern weniger als zehn Bewerber 60 Punkte erhielten, sollte die Auswahl anhand der höchsten Gesamtliefermenge in den letzten drei Jahren erfolgen (s. hierzu Ziffer II.2.9 der EU-Bekanntmachung vom 8. April 2017).

Mindeststandard für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit eines Bewerbers war die Vorlage mindestens einer solchen „Cannabis-“ oder einer „Arzneipflanzen-Referenz“ (s. hierzu Ziffer III.1.3 der EU-Bekanntmachung vom 8. April 2017).

Während des Teilnahmewettbewerbs gingen zahlreiche Fragen ein, die u.a. die vorzulegenden Referenzen betrafen. Einem Bewerber, der fragte, wie die

Mindestbedingungen erfüllt werden könnten, ohne dass der Anbau jemals in Deutschland erfolgt sei oder das Unternehmen bereits Arzneipflanzen angebaut habe, antwortete die Ag:

„Es wird die Erfahrung in Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Cannabis bzw. Arzneipflanzen verlangt. Damit haben die Bieter Kenntnisse in der GACP/GMP gemäßen Produktion und den entsprechenden arzneimittelrechtlichen Regelungen.“ (Frage Nr. 4, veröffentlicht auf der Web-Seite der E-Vergabe-Plattform am 18. April 2017).

Auf eine Frage, ob der Anbau von EU-zertifiziertem Hanf als „Arzneipflanzen-Referenz“ gewertet werden könne, antwortete die Ag:

„Als Referenz über einen Auftrag zu Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Arzneipflanzen können auch Aufträge herangezogen werden, bei dem die Arzneipflanzen in einem pharmazeutischen Betrieb zu einem Fertigarzneimittel weiterverarbeitet werden. Bei Anbau, Verarbeitung und Lieferung müssen die GMP/GACP Regeln eingehalten werden.

Da bei Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Nutzhanf GMP/GACP Regeln nicht verbindlich sind, müsste deren Einhaltung belegt werden.“ (Frage Nr. 16, veröffentlicht auf der Web-Seite der E-Vergabe-Plattform am 20. April 2017).

Mit EU-Bekanntmachung vom 19. Mai 2017 (abgesandt am 15. Mai 2017) ergänzte die Ag u.a. die Vorgaben an die „Arzneipflanzen-Referenz“ in Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung so, dass der betreffende Referenzauftrag

„unter Einhaltung der Regelungen des „Eudralex: Volume 4 Medical Products for Human and Veterinary Use: Good Manufacturing Practice und des Annex 7: Manufacture of Herbal Medical Product“ und der „Guideline on Good Agricultural and Collection Practice (GACP) for Starting Materials of Herbal Origin (...)“

erbracht worden sein müsse. Die Bewerbungsunterlagen wurden gleichzeitig dementsprechend überarbeitet und den Bewerbern, die sich auf der Vergabepattform der Ag registriert hatten, zur Verfügung gestellt (vgl. Ziffer 3.1, 3.2 und 4. der Unterlagen zur „Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, Stand 18. Mai 2017“).

Mehrere Bewerber fragten hieraufhin die Ag, wie sie diese Eignungsanforderungen erfüllen könnten. Die Ag verwies in ihren entsprechenden Antworten auf die Regelungen über die Eignungsleihe (§ 47 VgV). Außerdem teilte die Ag in ihren Antworten mit, dass Verpflichtungserklärungen und Eigenerklärungen des „Eignungsverleihers“ vorzulegen seien (s. Frage 54). Die Eigenerklärung müsse bestätigen, dass der Auftrag im Einklang mit den GACP- und GMP-Regeln ausgeführt worden sei und, soweit in diesen Regelwerken vorgesehen, entsprechende Nachweise vorlägen (s. Frage 124). Des Weiteren wies die Ag

darauf hin, dass Referenzen anderer Unternehmen nur dann berücksichtigt werden würden, wenn diese die Leistungen Anbau, Ernte, Weiterverarbeitung, Lagerung, Abfüllen und Verpacken nach der Auftragserteilung auch insgesamt ausführten; wenn das zur Eignungsleihe herangezogene Unternehmen gar keine oder nur Teilleistungen hiervon erbringe, würden seine Referenzen nicht berücksichtigt werden (s. Frage Nr. 97, 130, 142).

Laut der Leistungsbeschreibung und dem ausgeschriebenen Vertrag muss der spätere Anbau des Cannabis und die Ernte der Cannabisblüten nach den Standards GMP und GACP erfolgen (s. Ziffer 2.2 der Leistungsbeschreibung, § 11 Abs. 1 des Vertrags).

Auf die Frage eines weiteren Bewerbers, ob die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge nach der Änderung der Eignungsanforderungen verlängert werde, antwortete die Ag, dass eine solche Fristverlängerung nicht geplant sei (Frage Nr. 103, veröffentlicht auf der Web-Seite der E-Vergabe-Plattform am 22. Mai 2017).

Die Antragstellerin (ASt) und über 100 weitere Bewerber reichten fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein. Kurz vor Ablauf der Teilnahmefrist rügte die ASt am 6. Juni 2017, dass die Teilnahmefrist nach der Änderung der Anforderung an die „Arzneipflanzen-Referenzen“ unangemessen kurz gewesen sei. Die Ag half der Rüge nicht ab.

Nachdem die Ag während des Nachprüfungsverfahrens die Teilnahmeanträge gewertet hatte, informierte sie die ASt am 7. Juli 2017, dass diese nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werde; außerdem wies die Ag die ASt darauf hin, dass ihre „Arzneipflanzen-Referenz“ nicht habe berücksichtigt werden können, weil die betreffenden Pflanzen nicht nach den GACP-/GMP-Regeln angebaut und geliefert worden seien. Ausweislich der Vergabeakte hat die Ag die „Cannabis-Referenz“ der ASt wie auch bei mehreren weiteren Bewerbern (soweit aus der Vergabeakte ersichtlich: mehr als [...]) mit der insoweit höchstmöglichen Punktzahl von 40 Punkten bewertet. Die [...] Bewerber, deren Referenzen insgesamt mit der Höchstpunktzahl von 60 bewertet wurden, wurden zur Angebotsabgabe aufgefordert sowie [...] Bewerber, [...] Punkte erhalten [...], aber im Vergleich zu anderen Bewerbern mit derselben Punktzahl größere Mengen des Referenzprodukts geliefert [...]. Weitere Bewerber hatten eine wertungsfähige „Arzneipflanzen-Referenz“ abgegeben.

Am 12. Juli 2017 rügte die ASt, dass sie zu Unrecht nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sei, weil die Ag die Teilnahmefrist hätte verlängern müssen. Die Ag half auch dieser Rüge nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Juni 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Zur Rechtzeitigkeit ihrer Rüge trägt die ASt vor, dass sie erst nach anwaltlicher Beratung erkannt habe, dass es sich vorliegend um eine „wesentliche Änderung an den Vergabeunterlagen“ i.S.d. § 20 Abs. 3 VgV handle, so dass die Teilnahmefrist hätte verlängert werden müssen. Dass die Ag die Einhaltung der GMP-/GACP-Regeln verlange, habe die ASt nicht schon aus der Antwort der Ag auf die Bewerberfrage Nr. 16 vom 20. April 2017 erfahren, denn die betreffende Frage habe sich lediglich auf Nutzhanf bezogen. Diese Antwort der Ag sowie deren Antwort auf die Bewerberfrage Nr. 103, dass die Teilnahmefrist nicht verlängert werde, habe die ASt nicht bereits am 22. Mai 2017 zur Kenntnis genommen, sondern erst „zeitnah“ zu einem späteren Zeitpunkt.

Die ASt meint, die Ag hätte wegen der Änderung der Referenzanforderungen bzgl. des Anbaus etc. von Arzneipflanzen die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge um mindestens neun Tage verlängern müssen. Ein solcher Anspruch auf Fristverlängerung ergebe sich aus § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV, weil es sich bei der Vorgabe, dass der Anbau etc. von Arzneipflanzen nach Maßgabe der GMP- und GACP-Regelungen erfolgt sei, nicht nur um eine Klarstellung (so aber die Ag), sondern um eine wesentliche Änderung an den Vergabeunterlagen handle. Die neuen Anforderungen hätten nämlich dazu geführt, dass die bis dahin schon vorbereiteten Teilnahmeanträge noch einmal geprüft, ggf. noch einmal grundlegend überarbeitet und – so bei der ASt geschehen – bereits zur Erfüllung der ursprünglichen Anforderungen gefundene Nachunternehmer durch neue ersetzt werden mussten. Die Ag habe hier hohe Eignungsanforderungen aufgestellt, weil sie eine Leistung nachfrage, deren Erbringung bislang in Deutschland nicht erlaubt gewesen sei, außerdem würden laut den Antworten der Ag auf entsprechende Bewerberfragen Referenzen nur dann berücksichtigt werden, wenn die betreffenden Partner sämtliche der genannten Leistungen (Anbau, Ernte, Verarbeitung, Lieferung) auch erbracht hätten. Schließlich müssten die für die „Cannabis-“ und die für die „Arzneipflanzen-Referenz“ vorgesehenen Partner für die spätere gemeinsame Vertragsdurchführung miteinander verknüpft werden.

Zum konkret bei ihr angefallenen Aufwand führt die ASt näher aus, dass die Verhandlungen mit geeigneten Partnern wegen der hohen Anforderungen der Ag äußerst komplex und daher häufig nicht per Telefon oder E-Mail möglich gewesen seien, zudem habe auch über die Gestaltungsmöglichkeiten der gemeinsamen Teilnahme am Wettbewerb verhandelt und der potentielle Partner zuvor umfassend über das Vergabeverfahren informiert werden müssen. Sie habe hierfür eigens besondere Beratungsleistungen in Anspruch genommen, durch die sie mithilfe einer Datenbank von weltweit 332 Unternehmen erfahren habe, die eine GMP-Zertifizierung für den Bereich der Arzneipflanzen aufwiesen, wobei die GMP- und GACP-Standards jedoch oft nicht wie gefordert für alle Arbeitsschritte eingehalten wurden. Aus dieser Liste habe die ASt also zunächst noch durch häufig mehrtätige Nachfragen diejenigen ermitteln müssen, die die strengen Kriterien der Ag erfüllten. Bei vielen der kontaktierten Unternehmen waren seit der Änderung der Vergabeunterlagen zudem bereits mehrere Anfragen anderer Bewerber eingegangen, so dass diese ihre Termine für die Kooperationsgespräche erst hätten koordinieren müssen. Angesichts dieses überdurchschnittlich hohen Aufwands hätten die unter Berücksichtigung der beiden Feiertage (Christi Himmelfahrt und Pfingstmontag) zehn Werktage nicht ausgereicht, um geeignete Partner zu finden.

In rechtlicher Hinsicht vertritt die ASt die Auffassung, dass selbst wenn § 20 Abs. 3 VgV nur für die Angebotsfrist gelte, diese Vorschrift analog angewendet werden müsse. Wie die Begründung zum Referentenentwurf des § 20 Abs. 3 VgV zeige, habe der Verordnungsgeber hierbei nur das offene Verfahren im Blick gehabt, ohne an andere Verfahrensarten zu denken, denen ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet sei. Die planwidrige Regelungslücke in § 20 Abs. 3 VgV werde auch durch den 80. und 81. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU bestätigt, wonach gesetzte Fristen keine unzulässigen Hürden für den Marktzugang von Unternehmen bilden dürften und daher ggf. verlängert werden müssten. Jedenfalls aber bestehe eine Pflicht zur Fristverlängerung wegen des allgemeinen Wettbewerbsgrundsatzes und Diskriminierungsverbots gemäß § 97 Abs. 1, 2 GWB, § 20 Abs. 1 VgV, da es sich hier entsprechend dem Rechtsgedanken des § 20 Abs. 3 VgV um eine vergleichbare wesentliche Änderung der Teilnahmebedingungen handele. Die Ag habe durch die Verweigerung einer Fristverlängerung den Wettbewerb verzerrt und den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Denn die Unternehmen, die zufällig von Anfang an entweder selbst oder mit entsprechenden Nachunternehmern über geeignete „Arzneipflanzen-Referenzen“ nach

GACP/GMP-Standard verfügten, hätten gegenüber den übrigen Unternehmen wie der ASt einen Vorteil.

Dass kein anderer Bewerber die zu kurze Teilnahmefrist beanstandet habe, bedeute aus Sicht der ASt nicht, dass diese angemessen gewesen sei. Im Gegenteil bestätige das Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs, wonach von [...] Teilnahmeanträgen nur [...] die höchstmögliche Punktzahl erhalten hätten, dass die Bewerber zu wenig Zeit gehabt hätten, geeignete Partner zu finden. Hinzu komme, dass auch die Ag von vornherein erkannt habe, dass die Vorbereitung der Teilnahmeanträge hier besonders aufwändig sei, und daher insgesamt eine erheblich längere als die Mindestfrist eingeräumt habe.

Nachdem ihr nach der Wertung ihres Teilnahmeantrags mitgeteilt worden war, dass ihre „Arzneipflanzen-Referenz“ nicht habe berücksichtigt werden können, führt die ASt ergänzend aus, dass dieses Wertungsergebnis die unmittelbare Folge davon sei, dass die Ag rechtswidrig die Teilnahmefrist nicht verlängert habe. Wäre diese Abgabefrist verlängert worden, hätte die ASt Referenzen vorlegen können, die höher hätten bepunktet werden müssen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB hinsichtlich des Vergabeverfahrens für Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, EU-Veröffentlichung Nr. 2017/S 070-131987 vom 8. April 2017, einzuleiten;
2. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der ASt zu verhindern;
3. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
5. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß der §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen.

Sie meint, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die ASt den geltend gemachten Vergabeverstoß nicht rechtzeitig gerügt habe. Denn die ASt habe den Sachverhalt bereits seit der Änderungsbekanntmachung vom 15. Mai 2017 gekannt, spätestens jedoch seit der Antwort der Ag auf die Bewerberfrage Nr. 103 vom 22. Mai 2017, wo die Ag deutlich gemacht hat, dass sie die Teilnahmefrist nicht verlängern werde; hieraus hätte die ASt auch die entsprechenden rechtlichen Schlüsse ziehen müssen.

Jedenfalls aber sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil eine Verlängerung der Teilnahmefrist nicht erforderlich gewesen sei.

Zu den rechtlichen Ausführungen der ASt trägt die Ag vor, dass gemäß § 20 Abs. 1 VgV Fristen in Vergabeverfahren angemessen sein müssten und gemäß § 17 Abs. 2 VgV die Mindestfrist für Teilnahmeanträge 30 Tage betragen müsse. § 20 Abs. 3 VgV, auf den sich die ASt berufe, gelte seinem Wortlaut nach nur für die Angebotsfrist und sei insoweit ein Spezialtatbestand, der nicht analog auf Teilnahmeanträge anwendbar sei. Auch aus § 20 Abs. 1 VgV und § 97 Abs. 1, 2 GWB ergebe sich kein Anspruch auf Fristverlängerung, weil die gesetzte Frist hier trotz der späteren Klarstellung der Eignungsanforderungen angemessen gewesen sei. Denn da der GMP- und der GACP-Standard gesetzlich verpflichtend oder jedenfalls marktüblich seien, habe sich bereits aus dem Auftragsgegenstand ergeben, dass diese Standards eingehalten werden müssten. Zudem sei den Bewerbern durch die Antwort der Ag auf die Bewerberfrage Nr. 16 bereits seit dem 20. April 2017, also 46 Kalendertage vor Fristablauf, bekannt gewesen, dass die Ag „Arzneipflanzen-Referenzen“ nur dann werten werde, wenn der GMP-/GACP-Standard eingehalten werde. Abgesehen davon müsse auch bei der späteren Leistungserbringung dieser Standard eingehalten werden, so dass es für einen Bewerber zumindest deshalb nahegelegen habe, dass bereits die vorzulegenden Referenzen diese Anforderung erfüllen müssten. Jedenfalls aber hätten zwischen der Klarstellung der Anforderungen an die „Arzneipflanzen-Referenz“ am 15. Mai 2017 und dem Ablauf der Teilnahmefrist 21 Kalendertage gelegen, so dass die Mindestfrist des § 17 Abs. 2 VgV nur um neun Kalendertage unterschritten worden sei. Es sei einem Bewerber zuzumuten, zwischen dem 15. Mai und dem 6. Juni 2017 zu klären, mit welchem Partnern oder Nachunternehmern er



die Leistung ggf. erbringen wolle. Hierzu seien auch keine umfangreichen weiteren Unterlagen mit dem Teilnahmeantrag einzureichen gewesen, im Wesentlichen hätten Eigenerklärungen ausgereicht. Ferner seien die meisten Bewerbungsbedingungen durch die Änderungsbekanntmachung gar nicht tangiert worden, der Teilnahmeantrag hätte ggf. also nur in einem einzelnen, wenn auch zentralen Aspekt überarbeitet werden müssen. Ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Restfrist von 21 Tagen seit Berichtigung der Bekanntmachung angemessen war, sei, dass außer der ASt nach der Beantwortung der Bewerberfrage Nr. 103 nur ein weiterer der [...] Bewerber die Teilnahmefrist als zu kurz beanstandet habe und mehrere Unternehmen „Arzneipflanzen-Referenzen“ vorgelegt hätten, die mit 20 Punkten bewertet wurden.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 26. Juli 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

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

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet, weil die Teilnahmefrist angemessen war.

1. Das Nachprüfungsverfahren ist zulässig, insbesondere ist die ASt antragsbefugt und hat rechtzeitig gerügt, dass die Ag die Teilnahmefrist hätte verlängern müssen.

a) Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Durch die Abgabe eines Teilnahmeantrags hat sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Des Weiteren macht sie, indem sie sich dagegen wendet, bei einer Verlängerung der Teilnahmefrist hätte sie einen höher zu bewertenden Teilnahmeantrag abgeben können und wäre zu

Vertragsverhandlungen eingeladen worden, eine Rechtsverletzung i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB und einen drohenden Schaden geltend.

b) Die Rüge der ASt vom 6 Juni 2017 ist rechtzeitig erfolgt.

Da die Rüge vor Ablauf der Teilnahmefrist erfolgte, kommt hier nur eine Rügepräklusion gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB in Betracht, d.h. die ASt hätte den beanstandeten Vergaberechtsverstoß schon mehr als zehn Kalendertage früher nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in vergaberechtlicher Hinsicht erkannt haben müssen. Dabei ist für die Rechtskenntnis nicht ausreichend, wenn ein Bewerber oder Bieter lediglich Zweifel an der Vergaberechtskonformität einer Handlung hat; erforderlich ist vielmehr das positive Erkennen eines Vergabeverstößes oder zumindest ein mutwilliges „Sich-Verschließen“ vor dieser Erkenntnis (hierzu BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2012, VII-Verg 100/11). Dies ist hier nicht der Fall. Denn ein objektiver, fachkundiger Bewerber konnte ohne anwaltliche Beratung nicht beurteilen, ob die von der Ag eingeräumte Teilnahmefrist „angemessen“ war (vgl. zu diesem Maßstab des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). Dies ist eine komplexe Frage, die vertiefte vergaberechtliche Kenntnisse erfordert.

c) Die Fristen i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB hat die ASt ebenfalls eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die zur Abgabe der Teilnahmeanträge gewährte Frist war angemessen und brauchte auch nach der Änderung der Anforderungen an die „Arzneipflanzen-Referenz“ nicht verlängert zu werden. Einschlägig für diese Frage ist nicht § 20 Abs. 3 VgV (dazu unter a)), sondern §§ 20 Abs. 1, 17 Abs. 2 VgV, § 97 Abs. 1, 2 GWB (dazu unter b)).

Vorauszuschicken ist zunächst, dass die Anforderungen der Ag an die „Arzneipflanzen-Referenz“ vergaberechtskonform sind, weil die Einhaltung der GACP-/GMP-Standards bei Arzneipflanzen und Wirkstoffen gesetzlich vorgeschrieben (§ 3 Abs. 2, § 13 Abs. 3 AMWHV i.V.m. dem EG GMP-Leitfaden i.S.d. § 2 Nr. 3 AMWHV) und das Verlangen entsprechender Erfahrungen beim späteren Auftragnehmer damit auftragsbezogen und angemessen ist (vgl. § 122 Abs. 4 S. 1 GWB). Dies wird von den Verfahrensbeteiligten nicht in Abrede gestellt, Gegenteiliges ist auch sonst nicht ersichtlich.

- a) Maßgeblich für die Frage, ob eine Teilnahmefrist zu verlängern ist, ist nicht § 20 Abs. 3 VgV. Diese Vorschrift gilt ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach nur für die Angebotsfrist. Auch analog ist diese Norm nicht anwendbar, insbesondere liegt keine planwidrige Regelungslücke vor. Denn wie § 20 Abs. 1 VgV zeigt, hat der Gesetzgeber erkannt, dass es Fristen für den Eingang „der Angebote“ einerseits und „der Teilnahmeanträge“ andererseits gibt. Es ist daher davon auszugehen, dass absichtlich darauf verzichtet wurde, in § 20 Abs. 3 VgV die Teilnahmefristen zu erwähnen, weil diese Norm nur für Angebotsfristen gelten sollte. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem EU-Recht. Denn auch in der EU -Regelung, die mit § 20 VgV umgesetzt wurde, ist – wie in § 20 VgV – nur in Art. 47 Abs. 1 der RL 2014/24/EU von Angeboten und Teilnahmeanträgen die Rede, während Art. 47 Abs. 3 der RL 2014/24/EU nur für Angebotsfristen regelt, unter welchen Voraussetzungen diese verlängert werden können. Auch die Erwägungsgründe dieser EU-Richtlinie sprechen nicht für eine über den eindeutigen Wortlaut hinausgehende Auslegung dieser Vorschriften. Denn zwar wird dort darauf verwiesen, dass die gesetzten Abgabefristen keine „unzulässigen Hürden“ für den Marktzugang von Unternehmen darstellen dürfen, andererseits wird jedoch gleichermaßen betont, dass ebenso die Interessen der öffentlichen Auftraggeber an schnellen und effizienten Vergabeverfahren relevant seien, so dass die Fristen „so kurz wie möglich gehalten werden“ sollten (s. 80., 81. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU).
- b) Ein Anspruch auf Verlängerung der Teilnahmefrist ergibt sich auch nicht aus den allgemein für Teilnahmefristen geltenden Regelungen und hier insbesondere aus § 20 Abs. 1 VgV i.V.m. dem allgemeinen vergaberechtlichen Wettbewerbs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie dem Diskriminierungsverbot (§§ 97 Abs. 1, 2 GWB), wonach Angebots- und Teilnahmefristen jedenfalls angemessen sein müssen. Wie § 17 Abs. 2 VgV zeigt, sind im Vergaberecht für die Abgabe von Teilnahmefristen nur Mindestfristen normiert, grundsätzliche können diese Fristen also verlängert werden. Die ASt hat vorliegend jedoch keinen Anspruch auf eine solche Verlängerung, da die von der Ag gesetzte Frist bereits angemessen war. Abzustellen für die Dauer der gewährten Frist ist allerdings nicht auf die ursprüngliche Bekanntmachung oder die Antworten der Ag auf die Bewerberfragen Nr. 4 und 16, sondern auf die Änderungsbekanntmachung vom 19. Mai 2017 (dazu unter aa)). Die danach verbleibende „Restfrist“ von 21 Kalendertagen war angemessen (dazu unter bb)).

aa) Ursprünglich hatte die Ag den Bewerbern eine Teilnahmefrist von 62 Kalendertagen gewährt (wie in § 17 Abs. 2 VgV vorgesehen gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung am 4. April 2017). Wenn man hingegen auf die Bewerberfragen Nr. 4 und 16 abstellt, die die Ag am 18. bzw. 20. April 2017 dahingehend beantwortete, dass bei der „Arzneipflanzen-Referenz“ die GACP-/GMP-Standards einzuhalten seien, blieben den Bewerbern bis zum Ablauf der Teilnahmefrist 46 bzw. 48 Kalendertage, um ihre Teilnahmeanträge entsprechend anzupassen. Anders als die Ag meint, ist für die Angemessenheit der Teilnahmefrist jedoch weder auf den 4. April (hierzu im Folgenden unter (1)) noch auf den 18./20. April 2017 (hierzu unter (2)) abzustellen.

(1) Auch wenn die Einhaltung des GMP-Standards bei Arzneipflanzen und Wirkstoffen nicht nur in Deutschland (vgl. § 3 Abs. 2, § 13 Abs. 3 AMWHV), sondern auch innerhalb der gesamten EU (gemäß der RL 2003/94/EG) verbindlich vorgeschrieben und der GMP-/GACP-Standard weltweit – laut Ag – anerkannt sein soll, konnten die Bewerber nicht bereits der Bekanntmachung entnehmen, dass die „Arzneipflanzen-Referenz“ diese Standards einhalten mussten, auch wenn in der EU tätige Unternehmen gar nicht über andere Referenzen hätten verfügen dürfen. Allein der Wortlaut der Bekanntmachung gibt dies nicht her und eine entsprechende Auslegung drängte sich aus maßgeblicher Sicht eines objektiven, fachkundigen Bieters (§ 133 BGB) auch nicht auf. Denn gerade bei der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung kamen anders als sonst üblich schon wegen der geforderten „Cannabis-Referenzen“ von vornherein nicht nur Unternehmen aus der EU als potentielle Bewerber, Nachunternehmer oder „Eignungsverleiher“ i.S.d. § 47 VgV in Betracht. Dass diese Standards bei der „Arzneipflanzen-Referenz“ einzuhalten sind, ließ sich ebenfalls nicht aus der Bekanntmachung i.V.m. den Vergabeunterlagen entnehmen, denn allein die Tatsache, dass diese Standards während der Auftragsausführung gelten, bedeutet nicht zwingend, dass ein Bewerber bereits bei Abgabe seines Teilnahmeantrags über entsprechende Erfahrungen verfügen muss. Dass die Ag möglicherweise bereits in der Bekanntmachung etwas anderes verlangen wollte, ist unerheblich. Lücken und Ungenauigkeiten in der Bekanntmachung oder den Bewerbungsbedingungen gehen zu ihren Lasten (vgl. nur BGH, Urteil vom 15. Januar 2013, X ZR 155/10 m.w.N.).

(2) Für die Dauer der den Bewerbern eingeräumten Frist für die Beibringung einer wertungsfähigen „Arzneipflanzen-Referenz“ ist ebenfalls nicht auf den 18. bzw. 20. April 2017 abzustellen, sondern auf die Änderungsbekanntmachung, die am 15. Mai 2017 abgesandt wurde. Wie oben bereits aufgezeigt, ergab sich die GACP-/GMP-Anforderung der Ag nicht bereits aus der Bekanntmachung, sondern erstmals aus den Antworten auf die Bewerberfragen Nr. 4 und 16. Dass die Ag bei der Wertung der Referenzen die Einhaltung der GACP-/GMP-Standards prüfen würde, war also keine bloße Klarstellung (Konkretisierung), sondern eine Änderung (Erhöhung) der ursprünglichen Eignungsanforderungen. Daher kommt es nicht darauf an, wie die ASt diese Antworten der Ag verstanden hat und wann sie diese zur Kenntnis genommen hat oder hätte nehmen müssen. Denn (neue) Eignungsanforderungen sind gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB erst dann wirksam, wenn diese förmlich rechtsverbindlich bekannt gemacht worden sind. Ohne bzw. vor der Bekanntmachung dürfte ein öffentlicher Auftraggeber die betreffenden Eignungserklärungen nicht von den Bewerbern verlangen bzw. dürfte einen Teilnahmeantrag, der diese nicht enthält, nicht ausschließen. Erst ab der Bekanntmachung ist der Bewerber mithin verpflichtet, die dort genannten Eignungsbelege beizubringen. Dementsprechend brauchten sich die Bewerber auch im vorliegenden Fall erst dann verbindlich auf die neue Eignungsanforderung „Arzneipflanzen-Referenz unter Einhaltung der GACP-/GMP-Standards“ einzurichten als diese rechtsverbindlich bekannt gemacht wurde. Da es für die Bemessung der Teilnahmefrist gemäß § 17 Abs. 2 VgV auf die Absendung der Bekanntmachung und nicht z.B. auf deren Kenntnisnahme durch die Bewerber ankommt, ist diesbezüglich der 15. Mai 2017 maßgeblich. Die den Bewerbern für die Beibringung der „Arzneipflanzen-Referenz“ zustehende Frist betrug hier also 21 Kalendertage.

bb) 21 Kalendertage waren zur Beibringung der „Arzneipflanzen-Referenz inklusive GACP-/GMP-Standard“ angemessen.

Zwar ist der ASt zuzugeben, dass das Finden eines geeigneten Referenzpartners hier mit einigem Aufwand verbunden war, vor allem weil dieser nicht nur Teilleistungen wie den Anbau von Arzneipflanzen nach dem GACP-/GMP-Standard erbracht haben darf, sondern alle ausgeschriebenen Tätigkeiten Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung abdecken musste. Die rechtlichen Anforderungen an eine

erfolgreiche Eignungsleihe i.S.d. § 47 VgV konnten mithin nur erfüllt werden, wenn sämtliche der geforderten Erfahrungen, über die ein Bewerber nicht selbst verfügt, vom „Eignungsverleiher“ abgedeckt werden und somit in die Auftragsdurchführung einfließen. Zu berücksichtigen ist bei der Bemessung der angemessenen Teilnahmefrist aber auch, dass die geforderten Standards auch international weit verbreitet und EU-weit sogar gesetzlich verbindlich sind. Die ASt selbst spricht von über 300 Unternehmen weltweit, die die GACP-/GMP-Standards erfüllen. Auch wenn diese Unternehmen nicht ausnahmslos als „Eignungsverleiher“ in Betracht kommen, weil nicht alle die vollständige Leistungskette vom Anbau bis hin zu Verpackung und Lieferung erfüllen, ist davon auszugehen – was auch von der ASt nicht bestritten wird –, dass eine ausreichende Zahl an Unternehmen verbleibt, die die Anforderungen des Teilnahmewettbewerbs erfüllen. Die bei Inanspruchnahme eines „Eignungsverleihers“ beizubringenden Unterlagen waren hier auch nicht umfangreich; ausreichend war eine entsprechende Eigenerklärung, dass diese Standards eingehalten werden, und eine Verpflichtungserklärung i.S.d. § 47 VgV. Zudem waren in den verbleibenden 21 Kalendertagen nach Erhöhung der Eignungsanforderungen auch nicht sämtliche Eignungsanforderungen der Ag neu zu belegen; diejenigen, die durch die Änderungsbekanntmachung nicht beeinflusst wurden, standen bereits seit Anfang April 2017 fest. Darüber hinaus zeigt ein Vergleich zu den Fristen bei offenen Verfahren, dass der Gesetzgeber bei Angeboten eine Bearbeitungsfrist von 35 Tagen grundsätzlich für ausreichend hält (vgl. § 15 Abs. 2 VgV), innerhalb denen anders als bei Teilnahmeanträgen nicht nur die Eignung zu belegen ist, sondern zusätzlich ein bepreistes Angebot abzugeben ist und ggf. zusätzlich Konzepte für die Leistungserbringung zu erstellen sind. Schließlich spricht auch die Tatsache, dass neben der ASt nur ein weiteres Unternehmen die Nichtverlängerung der Teilnahmefrist beanstandet, aber zahlreiche Bewerber eine wertungsfähige „Arzneipflanzen-Referenz“ innerhalb der gesetzten Teilnahmefrist abgeben konnten, dagegen, dass diese Frist unangemessen kurz war. Auszugehen ist mithin davon, dass es für einen potentiellen Bewerber nicht grundsätzlich unangemessen erschwert wurde, die Eignungsanforderung „Arzneipflanzen-Referenz unter Einhaltung der GACP-/GMP-Standards“ rechtzeitig zu erfüllen. Ein öffentlicher Auftraggeber ist zudem nicht verpflichtet, seine ausgeschriebenen Anforderungen so zu stellen, dass individuelle Schwierigkeiten einzelner Bewerber umfassend kompensiert werden und damit nahezu jeder ernsthafte Interessent diese erfüllen kann. Dies widerspräche dem aner kennenswerten Interesse eines öffentlichen Auftraggebers, Vergabeverfahren

möglichst schnell und effizient abzuwickeln (siehe hierzu den 80. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU).

Die ASt kann sich auch nicht darauf berufen, dass den Bewerbern von vornherein eine vergleichsweise lange Teilnahmefrist eingeräumt worden war (62 Kalendertage). Hieraus entsteht kein Anspruch auf weitere verhältnismäßig lange Fristen, ein etwaiges Vertrauen eines Unternehmens, der Auftraggeber würde ihm in dem betreffenden Vergabeverfahren „viel Zeit lassen“, ist nicht schützenswert.

### III.

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

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur ordnungsgemäßen Durchführung von Vergabeverfahren aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

### 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

Dr. Dittmann