



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 77/17

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 3. August 2017 am 9. 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).

Die zehn Bewerber, die nach dem Teilnahmewettbewerb 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, ebenso Ziffer 3.2. der „Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen“).

Bis auf wenige Unterlagen, zu denen nicht die vorzulegenden Referenzen gehörten, sollte der Teilnahmeantrag „komplett in deutscher Sprache“ und zwar sowohl in Schriftform als auch kopiert auf CD-ROM eingereicht werden (s. Ziffer 2 i.V.m. Ziffer 3.3 der „Aufforderung zur

Abgabe von Teilnahmeanträgen“, ebenso die Antwort der Ag auf die Bewerberfrage Nr. 78, Bl. 250 f. der Vergabeakte).

Während des Teilnahmewettbewerbs gingen zahlreiche Fragen ein, die u.a. die vorzulegenden Referenzen und die in diesem Zusammenhang ggf. vorzulegenden weiteren Unterlagen betrafen. Auf mehrere Fragen hin ergänzte die Ag mit EU-Bekanntmachung vom 19. Mai 2017 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. Hierin wurde jetzt auf die Anwendbarkeit des § 47 VgV hingewiesen, wenn ein Bewerber die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen will, und der Wortlaut des § 47 VgV zitiert (vgl. Ziffer 3.1, 3.2, 4 und 5 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 ASt fragte, ob die Ag den Tatbestand der Eignungsleihe i.S.d. VgV meine (Frage 107, Bl. 274 der Vergabeakte). Die Ag verwies in ihren entsprechenden Antworten auf die Regelungen über die Eignungsleihe (§ 47 VgV), zitierte diese Vorschrift und wies mehrfach darauf hin, dass der „Eignungsverleiher“ die auszuführende Leistung auch tatsächlich erbringen müsse, um den Voraussetzungen des § 47 VgV zu genügen (Fragen Nr. 97, 107, 109, 130, 142). Außerdem teilte die Ag in ihren Antworten mit, dass Verpflichtungserklärungen und Eigenerklärungen des „Eignungsverleihers“ vorzulegen seien (s. Fragen Nr. 54, 124, 130).

Laut der Leistungsbeschreibung und dem ausgeschriebenen Vertrag müssen beim späteren Anbau des Cannabis und der Ernte der Cannabisblüten insbesondere die Regelungen der Standards GMP und GACP beachtet werden (s. Ziffer 2.2 der Leistungsbeschreibung, § 11 Abs. 1 des Vertrags).

Die Antragstellerin (ASt) und über 100 weitere Bewerber reichten fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein. Im Zusammenhang mit ihrer „Cannabis-Referenz“ legte die ASt die

englische Fassung eines Dokuments („Memorandum of Understanding“) zwischen ihr und ihrem „Service Provider“ sowie eine deutsche Übersetzung dieses Schreibens vor. Das „Memorandum of Understanding“ lautete u.a. wie folgt:

1. In the event that [ASt] shall award the Bid as principal contractor responsible and liable for the Bid as a whole, the [ASt] desires to contract the Service Provider for (...) the “Services”, (...).
2. The Services shall be provided to [ASt] by the Service Provider, subject to and conditional upon further comprehensive and detailed service agreement negotiated and executed between the Parties (covering, inter alia, the scope of the agreed Services, legal and commercial terms, etc.).
3. (...) it is agreed by the Parties that the sole effective and binding version of this MOU between the Parties shall be the version (...) in English.
(...)“

Die deutsche Übersetzung war überschrieben mit „Verpflichtender Dienstleistungsvertrag“ und lautete in den Ziffern 1 bis 3 wie folgt:

1. Für den Fall, dass [die ASt] das Angebot als Hauptvertragspartner, der (...) im Rahmen der Ausschreibung als Ganzes verantwortlich ist, den Zuschlag erhält, verpflichtet sich [die ASt], den Dienstleister für die Bereitstellung von (...) Serviceleistungen (...).
2. Die Dienststellen werden [der ASt] durch den Dienstleistungserbringer vorbehaltlich und unter der Voraussetzung eines weiteren umfassenden und detaillierten Dienstleistungsvertrags zur Verfügung gestellt, der zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt und ausgeführt wird (der unter anderem den Umfang der vereinbarten Dienstleistungen beschreibt, rechtliche und handelsrechtliche Bedingungen enthält usw.).
3. (...) Es wird (...) von den Vertragsparteien vereinbart, dass die einzige wirksame und verbindliche Fassung dieser Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien diejenige in englischer Sprache (...) ist.
(...)“

Die Vereinbarung zwischen der ASt und ihrem „Service Provider“ enthält zudem eine Gerichtsstandsvereinbarung sowie den Hinweis, dass die Vereinbarung dem [...] Recht unterliege.

Mit ihrer „Arzneipflanzen-Referenz“ legte die ASt ein Schreiben an das betreffende Unternehmen vor, in dem diesem bestätigt wurde, im Rahmen des „QS-GAP-Systems“ für Gemüseanbau zertifiziert zu sein. Die zertifizierten Kulturen betrafen [...]. Außerdem war dieser Referenz ein Schreiben beigefügt, wonach sich „die Parteien (...) einig“ seien, „dass der Dienstleister für den Fall des Zuschlags verpflichtet wird, den Auftrag gemäß den Vorgaben der Unterlagen zur Ausschreibung und der [Ag] mit durchzuführen“; „über die Einzelzeiten wie Vergütungssummen oder Ähnliches werden die Parteien nach dem erteilten Zuschlag erneut verhandeln“.

Nach der Wertung der Teilnahmeanträge teilte die Ag der ASt am 7. Juli 2017 mit, dass diese nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werde, weil sie „die Mindestbedingung gemäß der Bekanntmachung bzw. Ziffer 3.2 der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen“ nicht erfülle. Ausweislich der Vergabeakte forderte die Ag die [...] Bewerber, deren Referenzen insgesamt mit der Höchstpunktzahl von 60 bewertet wurden, zur Angebotsabgabe auf sowie [...] Bewerber, [...] 40 Punkte erhalten hatte, aber im Vergleich zu anderen Bewerbern mit derselben Punktzahl größere Mengen des maßgeblichen Referenzprodukts geliefert [...]. Weitere Bewerber hatten zumindest eine wertungsfähige „Arzneipflanzen-Referenz“ abgegeben.

Die ASt rügte am 9. Juli 2017, ihre Referenzen seien fehlerhaft gewertet worden und die Eignungsanforderungen der Ag seien nicht nachvollziehbar, inhaltlich zu unbestimmt und ausweislich mehrerer Korrekturen der Ag widersprüchlich.

2. Mit Schreiben vom 10. Juli 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 12. Juli 2017 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, die Ag habe sie zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, denn sie habe die Mindestbedingungen an die Eignung erfüllt.

Die Vergabeunterlagen seien diesbezüglich missverständlich, intransparent und unbestimmt. Außerdem stelle die Ag überhöhte und teilweise unzumutbare Anforderungen an die für diesen in Deutschland erstmalig zu erbringenden Auftragsgegenstand vorzulegenden Referenzen und greife dadurch in die Privatautonomie der ASt im Verhältnis zu ihren Dienstleistern ein. Die ASt bestreitet, dass die GMP-Regularien ein weltweit anerkannter Standard und EU-weit gesetzlich vorgeschrieben zur Qualitätssicherung bei Arzneimitteln und Wirkstoffen seien.

Zu ihrer „Cannabis-Referenz“ trägt die ASt vor, dass nur die Teilnahmeanträge in deutscher Sprache abgegeben werden mussten und alle anderen Unterlagen auf englisch hätten eingereicht werden können (Frage Nr. 78). Geringfügige inhaltliche Abweichungen der deutschen Fassung habe die Ag mithin in Kauf genommen. Jedenfalls aber seien die ASt und ihr Partnerunternehmen eine wirksame Verpflichtung eingegangen, die den

Anforderungen der Ag genüge. Es handele sich nämlich nicht lediglich um eine Absichtserklärung oder ein „gentleman agreement“, anderenfalls wäre das entsprechende Schreiben mit „Letter of Intent“ überschrieben worden, jedoch nicht als „Memorandum of Understanding“. Inhaltlich müsse dieses Schreiben so ausgelegt werden, dass es rechtsverbindlich sei, der Vertragspartner der ASt habe hierin sein ernsthaftes und verbindliches Interesse gezeigt, mit der ASt zusammenzuarbeiten. Wie die ebenfalls in diesem Schreiben getroffene Gerichtsstandsvereinbarung zeige, könne sich ihr Dienstleister von seinen Erklärungen auch nicht ohne Weiteres lösen. Mehr habe auch die Ag nicht verlangt. Zudem müssten die Interessen der ASt und ihres Dienstleisters im jetzigen Stadium des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden; keiner wolle einen Schaden erleiden, falls der Zuschlag doch nicht an die ASt erteilt werde. Da maßgebliche, wesentliche Eckpunkte der Auftragsvergabe selbst (Preis, Laufzeit, erzielte Lose usw.) erst mit dem Zuschlag feststünden, habe ein genauer und detaillierter Vertrag mit dem Dienstleister erst mit dem Zuschlag geschlossen werden können. Schließlich behalte sich die Ag selbst das Recht vor, Nachverhandlungen mit den Vertragspartnern durchzuführen und dürfe deshalb an die Bewerber keine überzogenen Anforderungen hinsichtlich der vorzulegenden Verpflichtungserklärungen stellen. Die Ag habe auch keine Nachteile, wenn sie die von der ASt vorgelegte Erklärung berücksichtige. Denn wenn sich später herausstelle, dass der Dienstleister der ASt die ausgeschriebenen Voraussetzungen nicht erfülle, könne die Ag jederzeit den Auftrag kündigen.

Ihre „Arzneipflanzen-Referenz“ sei nach Auffassung der ASt deshalb anzuerkennen, weil alle angebauten und verarbeiteten Pflanzen als Arzneipflanzen anerkannt seien, auch wenn diese an Lebensmittelhändler geliefert wurden. Das Partnerunternehmen der ASt halte auch die geforderten GMP-Vorgaben ein, denn das vorgelegte QS-Zertifikat sei jedenfalls dem mit dem I. Teil des GMP-Standards identisch.

Des Weiteren trägt die ASt vor, dass die Ag bis heute keinen Schätzwert bekannt gemacht habe.

Nach erfolgter Akteneinsicht führt die ASt ergänzend aus, dass die Feststellung der Ag nicht zutrefte, dass eine dem Teilnahmeantrag der ASt wie gefordert beigefügte CD-ROM leer gewesen sei. Des Weiteren widerspräche die Wertungsbegründung der Ag in der Vergabeakte ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren. Denn laut Vergabeakte sei der Teilnahmeantrag der ASt deshalb nicht gewertet worden, weil hinsichtlich ihrer Cannabis-

Referenz „keine Eigenerklärung vorhanden“ und diese zu „vage“ gewesen sei, jedoch nicht deshalb, weil es sich bei der beigefügten Erklärung um eine reine Absichtserklärung ohne verbindlichen Charakter handele. Dies verstoße gegen das Transparenzgebot.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung eines Angebots der ASt zu erteilen.
2. Die Ag wird verpflichtet, der ASt den Zugang zur Verhandlungsphase der Ausschreibung einstweilen zu gewähren.
3. Es wird Akteneinsicht in die Vergabeakten gewährt.
4. Die Kosten des Verfahrens werden der Ag auferlegt.

Nachdem die ASt während des Nachprüfungsverfahrens einen Rechtsanwalt beauftragt hatte, beantragte sie über diesen zusätzlich:

Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom 10. Juli 2017 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden der ASt auferlegt.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil der ASt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehle. Denn obwohl noch lange keine Zuschlagsentscheidung drohe, habe die ASt bereits einen Tag nach ihrer Rüge den Nachprüfungsantrag gestellt, so dass es der Ag nicht möglich gewesen sei, sich mit der Rüge auseinanderzusetzen. Zudem habe die ASt nicht gerügt, dass die „Arzneipflanzen-Referenz“ den GACP-/GMP-Standard erfüllen müsse.

Jedenfalls aber sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Die „Cannabis-Referenz“ der ASt könne nicht berücksichtigt werden, weil nicht der Nachweis i.S.d. § 47 Abs. 1 S. 1 VgV erbracht worden sei, dass der ASt im Falle der Zuschlagserteilung die Mittel des „Eignungsverleihers“ tatsächlich zur Verfügung stünden. Laut der von der ASt vorgelegten deutschen Übersetzung der betreffenden Vereinbarung stünden diese Mittel unter dem Vorbehalt, dass noch ein „weiterer umfassender und detaillierter Dienstleistungsvertrag“ zwischen der ASt und ihrer „Eignungsverleiherin“ ausgehandelt werde. Die englische Fassung dieser Vereinbarung sei inhaltlich weitgehend identisch, zeige jedoch bereits in ihrem Titel „Memorandum of Understanding“, dass es sich um eine bloße Absichtserklärung handle. Den von der ASt vorgelegten Erklärungen fehle mithin die notwendige Rechtsverbindlichkeit i.S.d. § 47 VgV, von der sich der Dritte nicht ohne Weiteres lösen könne. Es sei auch nicht unzumutbar oder unverhältnismäßig, bereits im Teilnahmewettbewerb eine verbindliche Verpflichtungserklärung zu verlangen. Denn wenn sich ein Unternehmen zum Beleg seiner Eignung auf die Fähigkeiten und Kapazitäten anderer Unternehmen stützen wolle, müsse wie bei eigenen Eignungsnachweisen bereits im Teilnahmewettbewerb sichergestellt sein, dass die betreffenden Fähigkeiten und Kapazitäten tatsächlich verfügbar sind.

Die „Arzneipflanzen-Referenz“ der ASt könne ebenfalls nicht gewertet werden, weil diese nur Lieferungen an Lebensmittelmärkte und -händler umfasse und nicht dem geforderten GACP-/GMP-Standard entspreche. Auf weitere Aufklärungen hierzu habe die Ag verzichtet, weil die ASt auch bei Wertung dieser Referenz allenfalls 20 Punkte erhalten hätte, so dass die ASt keine Chance gehabt hätte, als einer der zehn Teilnehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden.

Nach der Stellungnahme der ASt zum Inhalt der Vergabeakte stellt die Ag klar, dass sich die negative Bewertung des Teilnahmeantrags der ASt bislang allein auf deren Referenzen stütze, jedoch nicht auf den Inhalt der dem Teilnahmeantrag beizufügenden CD-ROM.

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

In der mündlichen Verhandlung am 3. August 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Während des Nachprüfungsverfahrens stellte eines der Unternehmen, das von der Ag zur Angebotsabgabe aufgefordert worden war, einen Antrag auf Beiladung. Die Vergabekammer lehnte diesen Antrag mit Beschluss vom 3. August 2017 ab, weil die Chance dieses Unternehmens, weiterhin am Verhandlungsverfahren der Ag beteiligt zu werden, aufgrund dessen im Teilnahmewettbewerb erreichter Punktzahl durch die Entscheidung im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht beeinflusst wird.

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 Ag die „Cannabis-Referenz“ der ASt zur Recht nicht berücksichtigt hat. Da sie für ihre „Arzneipflanzen-Referenz“ allenfalls 20 Punkte erhalten hätte und aufgrund dieser Punktzahl nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden wäre, kommt es auf die Wertbarkeit dieser Referenz für die Entscheidung nicht an.

1. Das Nachprüfungsverfahren ist zulässig, insbesondere ist die ASt antragsbefugt, ihre Rüge ist rechtzeitig erfolgt und ihr fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis.
 - a) Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Durch die Abgabe eines Teilhmeantrags hat sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Des Weiteren macht sie, indem sie vorträgt, ihre Referenzen seien fehlerhaft bewertet worden und sie hätte zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssen, eine Rechtsverletzung i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB und einen drohenden Schaden geltend.
 - b) Die Rüge der ASt vom 9. Juli 2017 erfolgte bereits zwei Tage nachdem ihr mitgeteilt worden war, dass sie die Eignungsanforderungen nicht erfülle, und damit rechtzeitig innerhalb von zehn Kalendertagen i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Anders als die Ag meint, brauchte die ASt die Eignungsanforderungen der ASt nicht früher zu rügen, weil sie bis zur gegenteiligen Mitteilung der Ag vom 7. Juli 2017 davon ausging, die ausgeschriebenen Anforderungen zu erfüllen. Bisher hatte die ASt diese Vorgaben also nicht als rechtswidrig erachtet, so dass noch keine Rügeobliegenheit bestand.

- c) Der ASt fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis, auch wenn sie ihren Nachprüfungsantrag bereits kurz nach ihrer Rüge eingereicht hat, ohne dass sich die Ag näher mit dieser Rüge befassen konnte. Selbst wenn kein Zuschlag unmittelbar bevorsteht, sieht das Gesetz keine Wartefrist zwischen Rüge und Nachprüfungsantrag vor. Etwaige unbillige Ergebnisse in solchen Fällen, in denen das Nachprüfungsverfahren vermieden worden wäre, wenn der Antragsteller eine abhelfende Rügeantwort zunächst abgewartet hätte, können ggf. im Rahmen der Kostenentscheidung abgefangen werden.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die „Cannabis-Referenz“ der ASt ist zu Recht nicht berücksichtigt worden (dazu unter a)), so dass es auf die Wertbarkeit ihrer „Arzneipflanzen-Referenz“ nicht mehr ankommt (dazu unter b)). Auch die weiteren von der ASt geltend gemachten Beanstandungen (Widersprüchlichkeit der Wertungsbegründung der Ag, fehlerhafte Wertung der CD-ROM der ASt, nicht bekannt gemachter Schätzwert des Auftrags) können aus demselben Grund nicht zum Erfolg ihres Nachprüfungsantrags führen (dazu unter c)).
- a) Die „Cannabis-Referenz“ der ASt konnte nicht gewertet werden. Die Ag hat von den Bewerbern vergaberechtskonform verlangt, dass diese u.a. eine Verpflichtungserklärung i.S.d. § 47 VgV vorlegen (dazu unter aa)). Die von der ASt vorgelegte Erklärung erfüllt diese gesetzlichen Anforderungen nicht (dazu unter bb)).
- aa) Die von der Ag aufgestellten Eignungsanforderungen sind vergaberechtskonform, nämlich auftragsbezogen und angemessen (s. § 122 Abs. 4 S. 1 GWB).

Auftragsgegenstand sind vorliegend Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis nach den GACP-/GMP-Standards (s. Ziffer 2.2 der Leistungsbeschreibung, § 11 Abs. 1 des Vertrags). Da das Cannabis „zu medizinischen Zwecken“ genutzt werden, also Arzneipflanze oder Wirkstoff i.S.d. Arzneimittelrechts sein soll, ist die Einhaltung dieser Standards gesetzlich vorgeschrieben (§ 3 Abs. 2, § 13 Abs. 3 AMWHV i.V.m. dem EG GMP-Leitfaden i.S.d. § 2 Nr. 3 AMWHV). Es ist daher nicht nur auftragsbezogen, sondern auch angemessen, dass die Ag bereits im Teilnahmewettbewerb entsprechende Nachweise des späteren Auftragnehmers verlangt, die eine vertragskonforme Auftragsdurchführung gewährleisten. Gegen die Angemessenheit der gestellten Anforderungen spricht auch

nicht, dass diese Nachweise in den meisten Fällen nur durch Einbindung ausländischer Unternehmen erbracht werden können, weil ein solcher Auftrag in Deutschland erstmals vergeben wird und daher von potentiellen Anbietern in Deutschland noch keine entsprechenden Erfahrungen nachgewiesen werden können. Auch solche Unternehmen, die noch nicht über die geforderten Erfahrungen verfügen, sind in diesem Vergabeverfahren nämlich nicht chancenlos. Vielmehr können sich diese Unternehmen – wie in § 47 VgV vorgesehen – ihre Eignung ggf. von einem anderen Unternehmen „leihen“, wenn sie hierbei die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben einhalten.

Unangemessen sind die Eignungsanforderungen der Ag auch nicht deshalb, weil die Ag von den Bewerbern bereits im Teilnahmewettbewerb verlangt, dass diese rechtsverbindliche Verpflichtungserklärungen ihrer „Eignungsverleiher“ vorlegen, obwohl die Einzelheiten des ausgeschriebenen Vertrags erst noch im anschließenden Verhandlungsverfahren ausgehandelt werden. Der ASt ist diesbezüglich zuzugeben, dass weder der Bewerber noch dessen „Eignungsverleiher“ einen Schaden erleiden dürfen, wenn der Bewerber doch nicht den Zuschlag erhält. Dass der „Eignungsverleiher“ auch für den Fall zu seinen Verpflichtungen steht, dass der „Eignungsleiher“ gar nicht bezuschlagt wird, verlangt jedoch weder § 47 VgV noch die Ag, die den Wortlaut dieser Norm in den Bewerbungsbedingungen wörtlich zitiert hat. Es versteht sich von selbst, dass eine Verpflichtungserklärung stets zu der eigenen vertraglichen Verpflichtung des Bewerbers/Bieters gegenüber dem Auftraggeber akzessorisch ist: Wenn der betreffende Bewerber/Bieter nicht den Zuschlag erhält, ist er selbst nicht gegenüber dem Auftraggeber zur Auftragsausführung verpflichtet, so dass auf die Kapazitäten oder Fähigkeiten des „hinter“ ihm stehenden Eignungsverleihers schon aus diesem Grund nicht zurückgegriffen zu werden braucht. Unter dieser Bedingung (dass der konkrete Bewerber den Zuschlag erhält) steht daher jede Verpflichtungserklärung. Davon abgesehen muss die Verpflichtungserklärung für den Fall einer Zuschlagserteilung aber verbindlich sein, um den berechtigten Interessen des Auftraggebers gerecht zu werden. Da der „Eignungsverleiher“ Fähigkeitslücken des Bewerbers ausgleichen soll, können dessen Fähigkeiten oder Kapazitäten nur dann zugunsten des Bewerbers berücksichtigt werden, wenn ihm diese wie seine eigenen auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Anderenfalls könnte der öffentliche Auftraggeber die Eignung eines solchen Bewerbers nicht hinreichend prüfen und ggf. bejahen. Ein Auftraggeber muss diese Eignungslücken eines

Unternehmens auch nicht deshalb hinnehmen, weil der Auftragnehmer – soweit sich die mangelnde Eignung in der Auftragsdurchführung niederschlägt – den Vertrag kündigen kann (so aber die Einlassung der ASt). Nicht nur, dass in diesem Fall die Unternehmen, die nicht auf „Eignungsverleiher“ angewiesen sind, sondern die Eignungsanforderungen in eigener Person erfüllen, vergaberechtswidrig nach anderen Maßstäben bewertet werden würden als solche, die sich zumindest zum Teil auf die Eignung Dritter berufen. So ein Vorgehen wäre zudem ineffizient und würde zu weiteren zeit- und kostenaufwändigen Vergabeverfahren führen, da dann ein neuer (geeigneter) Zuschlagsdestinatär ermittelt werden müsste. Wie § 122 Abs. 1 GWB zeigt, wonach öffentliche Aufträge nur an (tatsächlich) geeignete Unternehmen vergeben werden dürfen, braucht sich ein öffentlicher Auftraggeber diesbezüglich auf keine Risiken und keinen Mehraufwand einzulassen. Dementsprechend müssen die Zusagen, die der öffentliche Auftraggeber benötigt, um die Eignung eines Bewerbers, der sich hierzu auf Dritte beruft, abschließend und mit der hinreichenden Verlässlichkeit prüfen können, zu dem Zeitpunkt vorliegen, in dem die Eignung beurteilt wird. Dies ist bei zweistufigen Vergabeverfahren – wie hier – der Zeitpunkt des Teilnahmewettbewerbs. An einer solchen hinreichend verpflichtenden Zusage des Eignungsverleihers der ASt fehlt es hier (dazu unter bb)).

Anders als die ASt – allerdings ohnehin ohne hinreichend substantiierten Vortrag – geltend macht, waren die Eignungsanforderungen der Ag auch nicht unklar, unbestimmt oder widersprüchlich. Die mit dem Teilnahmeantrag zu erfüllenden Voraussetzungen ergaben sich bereits aus der ursprünglichen Bekanntmachung vom 8. April 2017 und wurden wortgleich in den Bewerbungsunterlagen („Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen“) wiederholt. Soweit die Eignungsanforderungen nachträglich von der Ag überarbeitet wurden, hat die Ag zusätzlich in einer Änderungsbekanntmachung und in den überarbeiteten Teilnahmeunterlagen eindeutig gesagt, dass nur noch diese Fassung der Bewerbungsbedingungen maßgeblich ist. Dennoch verbliebene Widersprüche oder Unklarheiten hat auch die ASt nicht näher dargelegt; im Gegenteil zeigt die Bewerberfrage der ASt, dass diese die geänderten Vorgaben wie gewollt verstanden hatte, indem sie noch einmal nach der Anwendbarkeit der Regelungen über die Eignungslleihe i.S.d. § 47 VgV fragte, was die Ag ausdrücklich bestätigte (Bewerberfrage Nr. 107).

Schließlich sind auch die formellen Anforderungen, die die Ag an die im Falle der Eignungsleihe vorzulegenden Unterlagen stellt, nicht hoch und belasten die Bewerber nicht unzumutbar. Denn wie die Ag in den Bewerberfragen klargestellt hat, brauchen lediglich Eigenerklärungen sowie die in § 47 VgV vorgesehene Verpflichtungserklärung (die ebenfalls als Eigenerklärung des „Eignungsverleihers“ vorgelegt werden kann) beigebracht zu werden.

Dass die aufgestellten Anforderungen vorliegend hinreichend eindeutig und nicht unzumutbar waren, wird auch dadurch indiziert, dass diese von zahlreichen Bewerbern erfüllt wurden. [...] Bewerber haben sämtliche Eignungsanforderungen erfüllt und deshalb 60 Punkte erhalten, mehrere weitere Bewerber haben zumindest eine wertbare „Cannabis-Referenz“ oder eine wertbare „Arzneipflanzen-Referenz“ abgegeben.

- bb) Wie oben unter 2a)aa) gezeigt, hat die Ag von den Bewerbern wirksam verlangt, dass diese eine Verpflichtungserklärung i.S.d. § 47 VgV vorlegen müssen, wenn sie sich zum Beleg ihrer Eignung auf Dritte berufen. Der „Eignungsverleiher“ muss also im Sinne eines Nachweises bestätigen, dass er dem betreffenden Bewerber „die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung“ stellt (vgl. § 47 Abs. 1 S. 1 VgV). Die von der ASt mit ihrer „Cannabis-Referenz“ vorgelegte Vereinbarung erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

Hierbei kommt es – auch wenn viel für die ausschließliche Verbindlichkeit der englischen Sprachfassung spricht (s. Ziffer 3 des Memorandum of Understanding) – nicht darauf an, ob die englische oder deutsche Fassung dieses Dokuments maßgeblich ist. Denn beide Versionen enthalten keine verbindliche Verpflichtung des Eignungsverleihers, der ASt seine Mittel tatsächlich zu überlassen. In Ziffer 1 dieser Erklärung verpflichtet sich allein die ASt („the Customer“ bzw. „der Kunde“) im Zuschlagsfall den Eignungsverleiher ihrerseits zu verpflichten, umgekehrt verpflichtet sich der „Dienstleister“ bzw. „Service Provider“ gegenüber der ASt derzeit noch zu nichts, nicht einmal dazu, das entsprechende Angebot der ASt, ihn mit „Serviceleistungen“ zu beauftragen, überhaupt anzunehmen. Diese Auslegung wird bestätigt in Ziffer 2 der Vereinbarung, wonach die Leistungen, die der „Dienstleister“/„Service Provider“ gegenüber der ASt erbringt, unter dem Vorbehalt und der Voraussetzung eines weiteren umfassenden Vertrags („subject to and conditional

upon further comprehensive and detailed service agreement“) stehen, dessen Abschluss und Inhalt derzeit noch nicht feststeht.

Soweit man der Auslegung dieser Erklärung mit der ASt und ihrem Vertragspartner die englische Fassung zugrunde legt, ergibt sich deren unverbindlicher Rechtscharakter zusätzlich aus der Überschrift „Memorandum of Understanding“. Diese (eher aus dem US-amerikanischen Recht stammende) Formulierung wird im allgemeinen Sprachgebrauch ebenso verwendet wie das (eher englische) Pendant des „Letter of Intent“, nämlich zur Bezeichnung einer vertraglich nicht bindenden Absichtserklärung. Im Ergebnis unterscheidet sich aber auch hier die deutsche Fassung nicht. Denn selbst wenn deren Überschrift verbindlich klingt („verpflichtender Dienstleistungsvertrag“), dann zeigt der anschließende Inhalt der Vereinbarung wie bereits aufgezeigt ebenso, dass es sich hierbei nicht um einen beidseitig verpflichtenden Vertrag handelt, der ASt bestimmte Mittel zur Verfügung zu stellen, sondern dass lediglich der ASt Pflichten auferlegt werden und dass die Verpflichtungen ihres „Dienstleisters“ unter dem Vorbehalt weiterer, noch nicht bekannter Vertragsverhandlungen steht.

Die von der ASt erwähnte Gerichtsstandsvereinbarung ändert an dem Verständnis dieser Vereinbarung nichts. Die Vereinbarung eines bestimmten Rechts und einer bestimmten Gerichtsbarkeit mag hier zwar bereits verbindlich getroffen sein. Eine solche Vereinbarung kann aber immer nur so weit gehen wie der Vertrag, auf den sie sich bezieht. D.h. nur soweit die von der ASt vorgelegte Erklärung bereits verbindlich ist, kann jede Vertragspartei die ihr eingeräumten Rechte wie vorgesehen gerichtlich geltend machen. Jedenfalls nach dem hier maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont eines im Rechtskreis der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe ansässigen Rechtsanwenders dürfte das angerufene Gericht den Vertragsinhalt jedoch nicht erweitern und z.B. den „Eignungsverleiher“ zu mehr gegenüber der ASt verpflichten als bisher schriftlich niedergelegt.

Die Vereinbarungen zwischen der ASt und ihrem „Eignungsverleiher“ sind mithin nicht dergestalt, dass die Mittel ihres Dienstleisters der ASt im Zuschlagsfall verbindlich und ohne Weiteres zur Verfügung stehen. Die ASt vermag somit nicht den im Sinne des § 47 Abs. 1 S. 1 VgV erforderlichen Nachweis zu erbringen, dass ihr „die bei dem Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden“. Wie bereits oben unter 2a)aa) ausgeführt,

braucht sich ein öffentlicher Auftraggeber wie die Ag auf etwaige Risiken, dass ein Bewerber seine „Eignungslücken“ anders als angekündigt nicht mithilfe seines Eignungsverleihers schließen kann, einzulassen. Genau so ein Risiko bestünde jedoch hier, wenn die erforderlichen weiteren Verhandlungen zwischen der ASt und ihrem Dienstleister nicht erfolgreich abgeschlossen werden. Dass auch die ASt die Reichweite des § 47 VgV und die diesbezüglich zu erfüllenden Voraussetzungen kannte, belegt nicht nur ihre Bewerberfrage (Frage Nr. 107), sondern auch die von ihr im Zusammenhang mit ihrer „Arzneipflanzen-Referenz“ vorgelegte Verpflichtungserklärung, in der sich beide Vertragsparteien (ASt und „Eignungsverleiher“) verbindlich zur Auftragsdurchführung gemäß den Vorgaben der Ag verpflichten und nur rein bilateral relevante Aspekte (insbesondere die von der ASt hierfür zu zahlende Vergütung) späteren Verhandlungen vorbehalten werden.

- b) Da die ASt auch bei Wertung ihrer „Arzneipflanzen-Referenz“ lediglich 20 Punkte erhalten würde, würde sie nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, weil es bereits [...] Bewerber gibt, deren Teilnahmeanträge sogar mit 40 oder mehr Punkten bewertet wurden. Ob die Ag diese Referenz zu Unrecht mit Null Punkten bewertet hat, ist somit nicht entscheidungserheblich.

Schon aus diesem Grund brauchte die Ag die von der ASt vorgelegte Zertifizierung auch nicht näher aufzuklären, da dies die Chancen der ASt, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden, nicht verbessert hätte. Es kommt daher für die Entscheidung ebenfalls nicht darauf an, ob nicht schon die ASt mit Einreichung ihres Teilnahmeantrags verpflichtet gewesen wäre, von sich aus die angebliche Gleichwertigkeit des „QS-GAP-Systems“ ihres „Eignungsverleihers“ mit den ausgeschriebenen GACP-/GMP-Standards zu erläutern.

- c) Die weiteren Beanstandungen der ASt führen ebenfalls nicht zum Erfolg ihres Nachprüfungsantrags.

Dass die Ag in der Vergabeakte die schlechte Bewertung der „Cannabis-Referenz“ der ASt nicht auf deren mangelnde Rechtsverbindlichkeit gestützt, sondern anders begründet hat, stellt keinen Vergaberechtsverstoß dar. Maßgeblich für die Frage, wie der Teilnahmeantrag eines Bewerbers zu bewerten ist, ist – innerhalb der Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 163 GWB) – die objektive Rechtslage. Vermeintliche Begründungsfehler oder -mängel kann ein öffentlicher Auftraggeber zudem grundsätzlich

im Nachprüfungsverfahren heilen oder nachholen. Durch etwaige Intransparenzen wäre die ASt auch nicht in ihren Rechten verletzt, da sie vom Inhalt der Vergabeakte erst im laufenden Nachprüfungsverfahren erfahren hat, in dem es ohnehin darum geht, die Sach- und Rechtslage zu klären. Vor den schriftsätzlichen Stellungnahmen der Ag war ihr zur Wertung ihres Teilnahmeantrags nur das Schreiben der Ag vom 7. Juli 2017 bekannt. Da der Inhalt dieser Mitteilung zutreffend war (die ASt erfülle „die Mindestbedingung gemäß der Bekanntmachung bzw. Ziffer 3.2. der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen“ nicht) liegt auch hierin kein Vergaberechtsverstoß.

Laut Vergabevermerk sei die von der ASt ihrem Angebot beigefügte CD-ROM leer gewesen. Dies braucht jedoch nicht näher aufgeklärt zu werden, weil die ASt bereits wegen ihrer Cannabis-Referenz keine Chance hat, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden.

Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern die ASt dadurch in ihren Rechten verletzt ist, dass die Ag keinen Schätzwert des Gesamtauftrags bekannt gemacht hat. Da die ASt diese Beanstandung nicht näher begründet hat, erübrigen sich auch hierzu weitere Feststellungen.

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 zu Inhalt und Wertung von zum Beleg der Eignung vorgelegten Verpflichtungserklärungen 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