



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 96/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „[...] (Einzug Beiträge [...])“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den stellvertretenden Vorsitzenden Regierungsdirektor Zeise, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Ernst auf die mündliche Verhandlung vom 6. September 2017 hin am 18. September 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird jeweils für notwendig erklärt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb am [...] die [...] (Einzug Beiträge [...])“ im offenen Verfahren im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union europaweit aus ([...]). Streitgegenständlich ist die zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittene Frage, ob das Angebot der Beigeladenen (Bg) von der Ag ordnungsgemäß unter dem Gesichtspunkt der Eignung, insbesondere im Hinblick auf die von ihr vorgelegten Referenzen gemäß § 122 Abs. 1 GWB geprüft wurde, sowie ob die Bg wegen irreführender Angaben in Bezug auf ihre Leistungsfähigkeit auszuschließen ist.

1. In der Auftragsbekanntmachung, dort unter Ziff. unter III 1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ fordert die Ag

*„zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit (...) geeignete Referenzen. Hierzu hat der Bieter die Anlage 13 – Formblatt „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ auszufüllen und (...) mit dem Angebot einzureichen.“*

Unter Ziff. II. der „Vergabeunterlagen“ Nr. 1.7 wird zunächst der Gesetzeswortlaut des § 122 GWB wiedergegeben, in Nr. 1.7.3 wird zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit die Vorgabe der Bekanntmachung wiederholt. In Ziff. 2.2.1 der Leistungsbeschreibung („Grundsätzliche Anforderungen“) wird ebenfalls auf das Formblatt Anlage 13 verwiesen, versehen mit dem Hinweis, dass mindestens zwei Referenzen der letzten drei Jahre erforderlich seien.

In Anlage 13 – Formblatt „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ heißt es in Bezug auf die einzureichenden Referenzen:

*„Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit fordert der Auftraggeber min. zwei geeignete Referenzen der letzten drei Jahre. Für die Darstellung der Referenzen ist zwingend folgende Gliederung zu verwenden, wobei*

*alle Abschnitte zu befüllen sind; falls Angaben fehlen oder unvollständig sind, kann die Referenz nicht als vergleichbar gewertet werden.“*

In der Folge werden (u.a.) Angaben zur Bezeichnung des Referenzauftrags, einer u.U. erfolgten Eignungsleihe, Angaben zum Referenzgeber und dessen Kontaktdaten, zum Erbringungszeitraum, zum Projektumfang (in Personentagen) sowie eine Projektbeschreibung verlangt. Mindestanforderungen nach Art oder Umfang der Leistungen enthält Formblatt 13 nicht.

In der Leistungsbeschreibung, dort Ziff 1.1, wird der Vertragsgegenstand als die Unterstützung bei der ordnungsgemäßen Arbeitgeber-Kontenbetreuung und der Gesamtversicherungsbeitrags-Einzug bei ca. 20.000 Arbeitgeber-Konten und ca. 400 Zahlstellenkonten sowie die Betreuung und Pflege dieser Konten definiert. Zu den Tätigkeiten gehören u.a. die Anlage der Beitragskonten, die Buchungen und die Überwachung der Konten. Der Vertrag soll mit einer Laufzeit von drei Jahren mit Verlängerungsoption um ein Jahr abgeschlossen werden. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen, für dessen Ermittlung der Preis zu 60% sowie qualitative Merkmale zu 40% als Zuschlagskriterien festgelegt sind (Ziff. 2.1 der Vergabeunterlagen).

Die Angebotsfrist lief bis zum 26. Juli 2017. Die Antragstellerin (ASt) und die Bg gaben am 24./25. Juli 2017 ihr jeweiliges Angebot ab.

Am 3. August 2017 informierte die Ag die ASt gemäß § 134 GWB über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Begründet wurde dies damit, dass die Bg die volle Punktzahl erreicht habe, während die ASt Platz 2 bei insgesamt drei Bietern erreicht habe.

Mit Schreiben vom 3. August 2017 rügte die ASt ausdrücklich die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Konkret machte sie die fehlende Eignung der Bg im Hinblick auf deren Leistungsfähigkeit geltend. Die Bg habe lediglich zwei Krankenkassen unter Vertrag, deren Mitgliederzahl zusammen nur ein Viertel des bevorstehenden Auftrags für die Ag betrage. Angesichts ihrer bisherigen Referenzaufträge sei die Bg folglich ungeeignet zur Durchführung des Auftrags.

Nach erneuter Überprüfung des Angebots der Bg in Bezug auf die Referenzen durch Befragung der Referenzgeber lehnte die Ag die Abhilfe der Rüge mit Schreiben vom 10. August 2017 der ASt gegenüber ab.

2. Mit einem auf den 10. August 2017 datierten Schreiben, eingegangen bei der Kammer am 14. August 2017, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.

- a) Die ASt trägt vor, dass die Ag vergaberechtswidrig die Eignung der Bg bejaht habe.

Sie ist in Bezug auf die Zulässigkeit ihres Antrags zunächst der Ansicht, dass ihre Antragsbefugnis schon aus dem drohenden Zuschlag an die Bg resultiere, da sie der geeignetere Bieter sei. Der Schaden liege - bei Nichterteilung des Zuschlags zu ihren Gunsten - in dem daraus resultierenden Verlust der aus dem Auftrag hervorgehenden Einnahmen. Die von ihr erhobene Rüge sei auch hinreichend substantiiert, da sie die Eignung der Bg in Gänze verneint habe, so dass es unmaßgeblich sei, dass sie erst im Nachprüfungsantrag den Ausschluss auch nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 und 9 lit. c) GWB angesprochen habe.

In der Sache fehle der Bg die Eignung zur Durchführung des streitgegenständlichen Auftrags, § 122 Abs. 1 GWB, da sie nicht über die notwendige Fachkenntnis und Leistungsfähigkeit verfüge und deshalb zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen sei. Maßstab sei eine Prognoseentscheidung, die auf den Erfahrungen der Bg in der Vergangenheit beruhe. Die Ungeeignetheit der Bg ergebe sich daraus, dass sie keine ausreichenden Referenzen vorzuweisen habe. Sie führe aktuell lediglich Aufträge für zwei Betriebskrankenkassen aus, die [...] und die [...]. Die [...] führe bei einem Mitgliederbestand von ca. 30.000 ca. 6.300 Arbeitgeberkonten. Zusammen mit dem Mitgliederbestand der [...] bzw. der dort anfallenden Kontenbetreuung repräsentiere dies nur ca. ein Viertel des hiesigen Auftragsvolumens. Im Gegensatz dazu habe die ASt mit der [...] mit 20.000, der [...] mit 30.000 und der [...] mit 7.000 Arbeitgeberkonten weitaus geeignetere Referenzen vorgelegt.

Die von der Bg benannte dritte Referenz bezüglich des „[...] Beitragseinzug von dem Dienstleistungsunternehmen [...]“ bei der [...] sei aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit der Leistungen zum Beleg der Eignung der Bg untauglich. Die

Durchführung dieses Auftrags habe keiner besonderen Expertise seitens des Fachpersonals der Bg bedurft, da der Aufgabenbereich sich auf die Abarbeitung einer Liste zum Nachweis von Beitragseingängen beschränkt habe und sich damit als eine einfache (Hilfs-) Tätigkeit darstelle.

Ferner verfüge die Bg nicht über die notwendigen personellen Kapazitäten zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags. Da sie in den Jahren 2015 und 2016 lediglich vier und im Jahr 2017 nur sechs Mitarbeiter beschäftigt habe, könne der ausgeschriebene Auftrag nicht mit der erforderlichen Qualität bearbeitet werden. Die Bg habe mit drei Mitarbeitern kalkuliert, so dass sich die Frage stelle, wie sie im Fall der Beauftragung mit den hiesigen Leistungen die anderen Kunden betreuen wolle. Die ASt bestreite, dass die Bg in der Lage sei, kurzfristig Fachpersonal einzustellen, was in der Lage sein werde, ohne große Einarbeitung die verantwortungsvolle Tätigkeit zur Zufriedenheit der Ag auszuüben. Ein Scheitern des Auftrags aufgrund einer falschen Risikobewertung der Ag hätte fatale Folgen. Die Leistungserbringung stelle die Funktionalität des Sozialversicherungssystems sicher und eigne sich daher nicht für eine Art Testlauf im Sinne einer falsch verstandenen Gleichberechtigung zugunsten kleinerer Bieter oder Newcomer. So stelle etwa die ASt aktuell für eine vergleichbare [...] den Beitragseinzug von über 40 Mio. € pro Monat sicher.

Letztlich ist die ASt der Ansicht, dass die Bg aufgrund der Einreichung unzureichender Referenzen auch wegen Täuschung gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB ausgeschlossen werden müsse. Zugleich liege durch die fahrlässige oder vorsätzliche Übermittlung irreführender Informationen möglicherweise auch der Ausschlussstatbestand des §124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB vor.

Die ASt selbst habe sämtlichen Anforderungen der Ag in Bezug auf die Referenzdarstellungen Genüge getan und sei daher – entgegen der Ausführungen der Bg – nicht auszuschließen.

Die ASt beantragt,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 160 ff. GWB
2. feststellen zu lassen, dass sie in ihren Rechten verletzt wurde,

3. geeignete Maßnahmen treffen zu lassen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
4. Hilfsweise: Für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsantrags durch Zuschlagserteilung oder durch Aufhebung oder in sonstiger Weise: feststellen zu lassen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,
5. Einsicht in die Vergabeakten gem. § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
6. der Ag die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 10. August 2017 zurückzuweisen,
2. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag trägt vor, sowohl bei der ersten Wertung der Angebote als auch nach Eingang der Rüge der ASt eine detaillierte Prüfung des Angebots der Bg durchgeführt zu haben. Auch die nochmalige Überprüfungen der von ihr vorgelegten Referenzen bei den Referenzgebern habe sie nicht veranlasst, die Bg mangels Leistungsfähigkeit auszuschließen. Denn die vorgelegten Referenzen erfüllten die an sie gestellten Anforderungen.

Bei der Beurteilung der Angebote stünde ihr im Ausgangspunkt ein Ermessensspielraum zu, der nur auf einzelne Punkte hin eingeschränkt überprüfbar sei. Dabei entziehe sich die Eignung als subjektives Kriterium der Überprüfbarkeit durch die Nachprüfungsinstanzen, da die Prognose innerhalb der Einschätzungsprärogative der Ag stehe. Die Ag habe dabei eine Entscheidung getroffen, die auf gesicherten Erkenntnissen beruhe. Insbesondere werde die Bg ihre Leistungen hinsichtlich aller 20.000 Arbeitgeberkonten ordnungsgemäß erfüllen können. Dabei seien sowohl die Kalkulationsgrundlagen, als auch die sachlichen und personellen Mittel, derer sich die Bg

hierfür bedient, schlüssig dargelegt worden, so dass an der Geeignetheit der Bg kein Zweifel bestünde.

Dies gelte auch für die berufliche und technische Leistungsfähigkeit. Die Ag habe sich im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entschieden, gerade keine zu hohen Anforderungen an die Eignung zu stellen, um auch jungen und/oder kleineren Unternehmen eine Chance zu geben, einen größeren Auftrag zu erhalten. Dies könne die insoweit beweisbelastete ASt nicht als sachfremd angreifen.

Ferner meint die Ag, dass die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zu bejahen sei. Die Ag verfüge [...] nicht über vertiefte vergaberechtliche Kenntnisse, wie etwa Wertungen des BGH zur Eignungsprüfung und die subjektiven Rechtsansprüche konkurrierender Bieter oder eine juristische Beurteilungsmöglichkeit der von der ASt herangezogenen obergerichtlichen Rechtsprechung. Bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Hinzuziehung sei auch zu beachten, dass es sich bei dem vorliegenden Nachprüfungsverfahren um das erste der Ag handele, so dass sie auch über keinerlei Kenntnisse des Vergabeprozessrechts verfüge.

- c) Die Bg wurde mit Beschluss vom 15. August 2017 zum Verfahren hinzugezogen. Sie beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 10. August 2017, eingegangen bei der Vergabekammer des Bundes am 14. August 2017, als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen;
  2. die Anträge der ASt aus dem Antragschriftsatz vom 10. August 2017 in vollem Umfang zurückzuweisen;
  3. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen;
  4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Bg für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag der ASt sei bereits unzulässig. Die ASt habe ihre Antragsbefugnis nicht substantiiert genug dargelegt und auch nicht nachgewiesen, dass sie in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt sei. Sie wiederhole nur den Gesetzeswortlaut des § 160 Abs. 2 GWB, ohne auf die etwaigen Vergabefehler einzugehen. Ferner habe sie nicht schlüssig dargelegt, dass ihr aufgrund der Zuschlagserteilung an die Bg ein Schaden drohe. Denn die ASt habe ihrerseits keine Chance auf Erhalt des Zuschlags, da ihr Angebot nach den Vorgaben der Ag auszuschließen sei. Grund dafür sei, dass die ASt offenbar die Anforderungen der Ag an die Darstellung der Referenzen nicht erfüllt habe, da sie nach ihren eigenen Ausführungen in den Referenzbögen die Anzahl von Arbeitgeberkonten, nicht jedoch den „Projektumfang in Personentagen gesamt“, angegeben habe. Ein Mangel in den Referenzangaben führe jedoch nach Ziff. 1.7 der Vergabeunterlagen zum Ausschluss vom Vergabeverfahren, da durch die unzureichenden Angaben die Eignungsprüfung nicht – wie erforderlich – das Erfüllen der gemäß § 122 GWB festgelegten Eignungskriterien festgestellt werden könne.

Ferner sei der Nachprüfungsantrag wegen der unzureichenden Rüge der ASt zurückzuweisen, denn die Behauptung hinsichtlich der fehlenden Eignung der Bg sei pauschal „ins Blaue hinein“ und ohne sachlichen Vortrag erfolgt. Es sei kein konkreter vergaberechtlicher Verstoß geltend gemacht worden, so dass sie mit dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert sei.

Der Nachprüfungsantrag sei auch in der Sache unbegründet. Der von der ASt geltend gemachte Verstoß gegen § 122 Abs. 1 GWB liege materiell nicht vor. Die Bewertung der Referenzen durch die Ag sei rechtmäßig erfolgt, da die Bg ihre Eignung mit den vorgelegten Unterlagen ausreichend nachgewiesen habe. Auch die erneute Überprüfung der Referenzen durch die Ag nach Rügeerhebung seitens der ASt habe hinsichtlich der Eignung der Bg keinen Unterschied zur Erstbewertung ergeben. Durch Einreichung der dritten Referenz habe die Bg ihre Geeignetheit zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags zudem auch dem Umfang nach belegt. Sie habe die Leitung und Unterstützung des Insourcings im Bereich des Beitragseinzugs von 60.000 Arbeitgeberkonten in einem Zeitraum von vier Monaten des Dienstleistungsunternehmens [...] begleitet. Die Tätigkeit habe unter anderem Beratungs-, Schulungs- und Unterstützungsleistungen gefordert, die nur durch ausreichend ausgebildete und qualifizierte Fachkräfte zu bewältigen gewesen seien und somit keine „einfachen Tätigkeiten“ – wie es die ASt darstelle – umfassten hätten.



Die Dienstleistungen seien „zur vollsten Zufriedenheit“ der [...] getätigt worden, was der Vorstandsvorsitzende bestätigte (Anlage B2). Hinsichtlich der Qualifikation und Arbeitserfahrung der Mitarbeiter der Bg bestünden keine Bedenken, da diese über zehn Jahre Berufserfahrung im Sozialversicherungsbereich verfügten. Die Anzahl an Fachpersonal sei zur Durchführung des Auftrags ausreichend; die von der ASt verbreiteten Zahlen seien falsch. Außerdem bestünde die Möglichkeit, zusätzliche Arbeitskräfte einzustellen, falls etwaige Engpässe drohten. Nach dem aktuellen Stand seien drei Vollzeitbeschäftigte für die Bearbeitung der 20.000 Arbeitgeberkonten eingeplant worden. Dies sei ausreichend, um die Leistungen erbringen zu können.

Die Verdächtigungen der ASt hinsichtlich etwaiger Verstöße der Bg nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 lit. c) GWB seien unsubstantiierte Anschuldigungen, die jeglicher Tatsachengrundlage entbehrten.

3. Der ASt ist nach Anhörung der Ag Einsicht in die Vergabeakte gewährt worden. Die mündliche Verhandlung fand am 6. September 2017 statt. Der Sachverhalt wurde mit den Verfahrensbeteiligten umfassend erörtert. Die ASt nahm an der mündlichen Verhandlung nicht teil. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache aber unbegründet.
  - a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben. Der erforderliche Schwellenwert für die europaweite Vergabe mit einem geschätzten Auftragswert von über 209.000,00 EUR ist überschritten. Die Ag ist als Krankenkasse auch öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB. (vgl. EuGH, Urt. vom 11. Juni 2009, C-300/07). Die Vergabekammer des Bundes ist gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 6 GWB zur Entscheidung berufen.
  - b) Die ASt ist auch gem. § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch die Abgabe ihres Angebots, die von ihr erhobene Rüge und den hiesigen

Nachprüfungsantrag hinreichend belegt. Im Übrigen genügt die schlüssige Behauptung, dass sie in ihren Bieterrechten verletzt wird und ihr ein Schaden zu entstehen droht. Da sie die Eignung der Bg als nicht nachgewiesen ansieht, droht – aus ihrer Sicht – die Bezuschlagung eines nicht leistungsfähigen Bieters, wenn die Bg nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird. Als nach der Wertung der Ag Zweitplatzierte würde die ASt nach Ausschluss der Bg unmittelbar den Zuschlag erhalten, so dass die Verletzung in eigenen Rechten wie auch ein Schaden zu ihren Lasten möglich erscheint.

- c) Die ASt hat ihren Angebotsausschluss rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB mit Schreiben vom 3. August 2017 und damit am selben Tag des Erhalts des Informationsschreibens nach § 134 GWB gerügt. Die Rüge war ausdrücklich als solche bezeichnet und auch hinreichend substantiiert. Zu beachten ist dabei, dass keine zu hohen Anforderungen an die Rüge gestellt werden dürfen; es genügt die Bewertung eines bestimmten Sachverhalts als Vergaberechtsverstoß und die Aufforderung zur Abhilfe durch die Ag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07. Dezember 2011, VII-Verg 81/11 –, Rn. 25, juris). Der Rügewille wurde ausdrücklich durch die Verwendung des Wortes „gerügt“ im Zusammenhang mit der Behauptung von Zweifeln hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Bg bei den Eignungskriterien „technische/ berufliche Leistungsfähigkeit“ gegenüber der Ag kundgetan und zudem mit der Rechtsgrundlage des § 122 GWB in Verbindung gebracht. Eine Präklusion des Vorwurfs in Bezug auf die explizit erst im Nachprüfungsantrag genannte Norm des § 124 Abs. 1 Nr. 8 und 9 GWB ist nicht festzustellen. Für einen Bieter ist die schlüssige Darlegung der Tatsachenlage (unzureichende Referenzen) und die rechtliche Schlussfolgerung in der Laiensphäre (fehlende Eignung) ausreichend. Eine darüber hinausgehende (abschließende) Aufzählung der potentiell in Betracht kommenden Ausschlussgründe unter Nennung der einschlägigen Normen (hier des § 124 GWB) ist einem – zumal anwaltlich nicht vertretenen – Bieter nicht abzuverlangen. Zur Vermeidung der Präklusion genügen die im Rügeschreiben nachvollziehbar dargestellten Fakten ohne weitergehenden Normenbezug.
- d) Mit Schreiben vom 10. August 2017 teilte die Ag der ASt mit, ihrer Rüge nicht abhelfen zu wollen; die Stellung des Nachprüfungsantrags am 14. August 2017 war daher auch mit Blick auf die 15-Tages- Frist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB fristwährend.

2. Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache unbegründet. Weder liegen Zweifel hinsichtlich der Beurteilung der Eignung der Bg im Hinblick auf die Referenzen (dazu sub a) noch in Bezug auf das für die Auftragsdurchführung erforderliche Personal vor (dazu sub b)). Ebenso wenig sind Ausschlussgründe im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 8, 9 lit. a) und c) GWB ersichtlich (dazu sub c)). Die Bg ist im Ergebnis somit nicht nach §§ 42 bzw. 57 Abs. 1 VgV von der weiteren Wertung auszuschließen.

a) Die Eignungsprognose der Ag in Bezug auf die berufliche und technische Leistungsfähigkeit der Bg ist – gemessen an den bekannt gemachten Anforderungen – nicht zu beanstanden. Die Referenzen der Bg erfüllen die i.S.d. § 122 Abs. 2 GWB aufgestellten Kriterien (§ 42 VgV).

Gemäß § 122 Abs. 4 GWB ist seit der Vergaberechtsreform 2016 nunmehr ausdrücklich geregelt, dass die Bekanntgabe der Eignungskriterien bereits in der Auftragsbekanntmachung zu erfolgen hat. (Hausmann/ von Hoff in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB Vergaberecht, 4. Auflage, § 122 Rn. 42). Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass der Bieter bei Erstellung des Angebots darauf vertrauen darf, dass seine Eignung ausschließlich an den dort festgelegten Kriterien gemessen wird, damit er bereits im Vorfeld beurteilen kann, ob er überhaupt ein Angebot abgeben soll oder nicht (OLG Frankfurt, Beschluss vom 18. Juli 2017 – 11 Verg 7/17 –, Rn. 24, juris). Dem entspricht auch § 42 Abs. 1 VgV, der eine Eignungsprüfung anhand der in § 122 GWB festgelegten Eignungskriterien und damit auch nach dessen Abs. 4 regelt. Die europarechtlichen Vorgaben sind insoweit noch deutlicher, so lautet Art. 58 Abs. 5 RL 2014/24/EU:

„Die öffentlichen Auftraggeber geben die zu erfüllenden **Eignungskriterien**, die in Form von **Mindestanforderungen** an die Leistungsfähigkeit ausgedrückt werden können, zusammen mit den **geeigneten Nachweisen** in der **Auftragsbekanntmachung** (...) an.“ *[Hervorhebungen durch die Kammer]*. Will der Auftraggeber folglich Nachweise wie vorliegend Referenzen (i.S.d. § 46 Abs. 3 VgV, RL 2014/24/EU Anhang XII, Teil II, lit a) ii)) von den Bietern fordern, hat er dies bereits in der Bekanntmachung festzulegen. Gleiches gilt für etwaige Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit, z.B. hinsichtlich der Menge oder des Umfangs der erbrachten Leistungen. Eine erstmalige Bekanntgabe von derartigen Anforderungen an die Eignung in den Vergabeunterlagen kommt daher nicht in Betracht.

Die Vorgaben der Bekanntmachung stehen einer positiven Eignungsprognose in Bezug auf die Bg vorliegend nicht entgegen. In Ziff. III.1.3) der Auftragsbekanntmachung forderte die Ag zum Nachweis der technischen/ beruflichen Leistungsfähigkeit lediglich „geeignete“ Referenzen. Etwaige Mindestvorgaben an die Anzahl der betreuten Arbeitgeberkonten oder die Art der zu betreuenden Konten, welche bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit zwingend zu beachten gewesen wären (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Januar 2006, VII-Verg 93/05), hat die Ag nicht aufgestellt. Sie hat diesbezüglich vorgetragen, dass sie gerade keine hohen Anforderungen zur Ermöglichung eines Marktzutritts junger bzw. kleinerer Unternehmen habe aufstellen wollen. Dieser wettbewerbsoffene Ansatz steht mit den Grundsätzen des § 97 Abs. 1 und 2 GWB im Einklang und ist von der Kammer nicht zu kritisieren. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob die Ag aufgrund der von der ASt vorgetragenen Sensibilität des Geldeingangsmanagements vergaberechtlich zulässige härtere Anforderungen hätte aufstellen können. Die Ag hat sich dagegen entschieden, so dass eine besondere Sensibilität des Auftrags nicht zum Maßstab der Prüfung der Leistungsfähigkeit gemacht werden darf.

Auch aus dem Wortlaut der Forderung, hier: „geeignete Referenz“, lässt sich nicht ableiten, dass nur identische Leistungen gleichen Umfangs referenziert werden durften. Denn diese Begrifflichkeiten bedeuten nach dem hier maßgeblichen verobjektivierten Empfängerhorizont, m.a.W. aus Sicht eines objektiven Bieters, gerade nicht per se „vergleichbarer Leistungsumfang“ oder jedenfalls „in der Summe der Referenzen gleiche Anzahl an Arbeitgeberkonten“. Maßgebend für eine – hier nicht einmal explizit geforderte – Vergleichbarkeit von Referenzprojekten ist, dass es ausreicht, wenn die erbrachten Leistungen dem Auftragsgegenstand nahekommen oder ähneln und somit einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung ermöglichen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. März 2008, VII-Verg 53/07; OLG München, Beschluss vom 12. November 2011, Verg 23/12). Die erbrachten Leistungen müssen nicht mit dem Ausschreibungsgegenstand identisch sein. Dabei gilt: Je unspezifischer die festgelegten Anforderungen für die Vergleichbarkeit von Referenzen im Hinblick auf den Ausschreibungsgegenstand sind, desto offener ist der Vergabewettbewerb auf der Eignungsstufe angelegt. Daher ist das Eignungskriterium „vergleichbare“ Referenz – und umso mehr die hiesige Vorgabe „geeignet“ – auch grundsätzlich

wettbewerbsoffen auszulegen (vgl. OLG München, 12. November 2012, Verg 23/12 zur Frage der Vergleichbarkeit bei Entsorgungsdienstleistungen). Die im vorliegenden Fall von der Ag geforderte „Geeignetheit“ lässt sich daher allenfalls so auslegen, dass der Leistungsgegenstand der Art nach schon in der Vergangenheit bereits erbracht worden sein muss. Weitergehende Anforderungen, hier insbesondere die von der ASt verlangte Betrachtung der Arbeitgeberkontenanzahl, sind der Bekanntmachung nicht zu entnehmen und dürfen daher auch nicht der Prognose der Ag zugrunde gelegt werden.

Selbst wenn man entgegen der obigen Ausführungen eine Verschärfung der Anforderung an die Eignung auch noch in den Vergabeunterlagen zuließe, könnte man die Eignung der Bg ebenfalls nicht verneinen. Denn auch aus diesen lässt sich kein Mindestumfang der referenzierten Arbeitgeberkonten ableiten. Die in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen in Bezug genommene Anlage 13 (Formblatt „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“) enthält – abgesehen von der insoweit neuen Forderung nach zwei Referenzen – ebenfalls keine Mindestanforderungen in Bezug auf die zu belegende Leistungsfähigkeit. Soweit sich das Formblatt auf „nicht vergleichbare“ Referenzen bezieht, betrifft dies nur die Vorgaben der Ag zur deren Darstellung. Die Bieter sollten zur Herstellung der Vergleichbarkeit u.a. Angaben zur Bezeichnung des Auftrags, zum Referenzgeber, zu Kontaktdaten, zum Erbringungszeitraum, zum Projektumfang (in Personentagen) machen und die entsprechend ausgefüllten Formblätter mit dem Angebot einreichen. Diesen Anforderungen an die zu referenzierenden Leistungen wird das Angebot der Bg – und im Übrigen auch dasjenige der ASt – gerecht.

Letztlich ist auch die Betrachtungsweise der ASt, bei der Eignungsprognose die von ihr erbrachten „geeigneteren Referenzen“ zu berücksichtigen, vergaberechtlich nicht möglich. Diese Berücksichtigung eines „Mehr an Eignung“ ist nur in eng begrenzten Ausnahmefällen möglich (graduelle Bewertung von Eignungsmerkmalen im Teilnahmewettbewerb oder Erfahrung/Qualifikation des Personals als Zuschlagskriterium i.S.d. § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV). Beim hier vorliegenden offenen Verfahren hat der Bieter im Rahmen der Eignungsprüfung nur die grundsätzliche Befähigung zur Leistungserbringung darzulegen, eine Abstufung findet gerade nicht statt.

- b) Auch der Einwand der ASt, dass angesichts des ihr fehlenden Personals der Bg die Eignung abzusprechen sei, greift nicht durch. Denn auch insoweit hat die Ag – analog zu den obigen Ausführungen – keine Mindestanforderung an evtl. zu erbringende Nachweise aufgestellt, so dass hierauf bei der Eignungsprognose nicht abzustellen ist.

Grundsätzlich muss einem Bieter auch nicht schon vor Auftragsbeginn die zur Auftragsdurchführung notwendige Mitarbeiterzahl zwingend zur Verfügung stehen. Dies erscheint in der Regel vor dem Hintergrund unangemessen, dass dem Bieter wirtschaftlich nicht zugemutet werden soll, Vorhaltekosten für einen Mitarbeiterbestand für den theoretischen Fall der Zuschlagserteilung tragen zu müssen (1. VK Bund, Beschluss vom 27. August 2008, VK 1 - 102/08) Denn dadurch könnten dem Bieter betriebswirtschaftliche Folgekosten entstehen, wenn er bei Nichterhalt des Auftrags diese „Vorratsmitarbeiter“ nicht sinnvoll beschäftigen kann. Je nach Angebotsumfang kann das im Nachgang erhebliche finanzielle Folgen haben.

- c) Auch der Vorwurf der Täuschung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB bzw. der Übermittlung irreführender Informationen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit c) GWB seitens der Bg mit der Ausschlussfolge des § 57 Abs. 1 VgV greift nicht.

Die Bg hat aus ihrer Sicht „geeignete“ Referenzen der Ag vorgelegt, so dass die Kammer schon keine Täuschungshandlung oder den Versuch einer Irreführung seitens der Bg zu erkennen vermag. Angesichts der geringen Vorgaben der Ag liegt selbst in der Einreichung von Referenzen, bei denen die Geeignetheit diskussionswürdig erscheint, jedenfalls solange keine Täuschung bzw. Irreführung der Ag vor, wie der Bieter den erbrachten Leistungsinhalt und –umfang wahrheitsgemäß darstellt. Denn es obliegt der Ag, die Darstellungen der Bieter in Bezug auf ihre Referenzen anhand der von ihr aufgestellten Kriterien zu prüfen. Die Ag hat auf die Rüge der ASt hin eine (erneute) Überprüfung der Referenzen der Bg vorgenommen, welche die wahrheitsgemäßen Angaben der Bg bestätigt haben. Wie die Ag in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, sieht sie sich folglich weder getäuscht noch in die Irre geführt, so dass sie keine Veranlassung sieht, gemäß § 124 Abs. 1 GWB gegen die Bg vorzugehen. Diese Entscheidungen der Ag (vgl. zum Ganzen Hausmann/ von Hoff in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB

Vergaberecht, 4. Auflage, § 124 Rn. 59) ist von der Kammer gerade auch mit Blick auf die dritte Referenz der Bg [...] nicht zu kritisieren. Soweit zwischen ASt und Bg die Geeignetheit des von der Bg erbrachten Leistungsinhalts umstritten ist, muss die Kammer darüber nicht abschließend entscheiden. Denn auch insoweit liegt keine Täuschung/Irreführung vor. Der dargestellte Leistungsinhalt der Referenzen im Angebot stimmt mit dem schriftsätzlich vorgetragenen Leistungsinhalt überein, dessen Umfang vom Vorstandsvorsitzenden der [...] bestätigt wurde (Anlage B2). Die Kammer hat keinen Anlass, hieran zu zweifeln.

### III.

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

Der ASt sind als Unterliegende die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) aufzuerlegen. Sie hat ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht auch der Billigkeit, der ASt die der Bg entstanden Aufwendungen aufzuerlegen. Denn die ASt hat sich in einen direkten Interessengegensatz zur Bg gestellt, indem sie deren Eignung als nicht nachgewiesen angesehen und ihren Ausschluss verfolgt hat. Die Bg hat sich auf den Nachprüfungsantrag der ASt eingelassen, zur Sache vorgetragen und Sachanträge gestellt, so dass sie auch ein Kostenrisiko auf sich genommen hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. Grundsätzlich sind zwar von einem öffentlichen Auftraggeber Mindestkenntnisse des Vergaberechts zu erwarten. Bei den aufgeworfenen Rechtsfragen handelt es sich um solche, die vertiefte vergaberechtliche Kenntnisse notwendig machen. Insbesondere spezifische Vergaberechtsfragen im Zusammenhang mit den Eignungsanforderungen des § 122 Abs. 4 GWB sowie diejenigen der erst in der Reform 2016 eingeführten Norm des § 124 Abs. 1 Nr. 8 und 9 GWB setzen vergaberechtliches Wissen voraus, über welches die Ag [...] nicht verfügen muss.

Die gleichen Überlegungen gelten analog für die Bg. Zwar musste diese nicht aus Gründen der „Waffengleichheit“ ihre Verfahrensbevollmächtigte hinzuziehen; denn die ASt war nicht anwaltlich vertreten. Allerdings hat die ASt die Bg direkt angegriffen, indem sie ihre Eignung für den

streitgegenständlichen Auftrag in Abrede gestellt hat. Gegen diesen Angriff konnte sich die Bg in Ermangelung einer eigenen Rechtsabteilung anwaltlicher Hilfe bedienen.

#### IV.

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

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

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

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

Zeise

Dr. Brauser-Jung