



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 109/17

## 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 12. Oktober 2017 am 24. Oktober 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 50 kg 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 50 kg 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. Bei Punktgleichheit sollte die Auswahl anhand der höchsten Gesamtliefermenge in den letzten drei Jahren erfolgen, wobei zunächst die Liefermenge Cannabis maßgeblich ist.

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“).

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 (im Folgenden: GMP-/GACP-Standards); ausreichend sei diesbezüglich die Vorlage von Eigenerklärungen (s. Antworten der Ag auf die Bewerberfragen Nr. 86b, 104b)). Die Bewerbungsunterlagen wurden gleichzeitig dementsprechend überarbeitet und den Bewerbern, die sich auf der Vergabeplattform der Ag registriert hatten, zur Verfügung gestellt. Hinsichtlich der Cannabis-Referenz brauchen die GMP-/GACP-Standards nicht eingehalten worden zu sein (s. Antwort der Ag auf die Bewerberfrage Nr. 124d)). In den überarbeiteten Bewerbungsunterlagen wurde jetzt auch 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 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 (s. u.a. Antworten der Ag auf die Bewerberfragen Nr. 97, 107, 109, 136a)); auch der Cannabis-Referenzgeber und der Arzneipflanzen-Referenzgeber müssen hiernach beide bei der späteren Auftragsdurchführung eingesetzt werden (s. Antworten der Ag auf die Bewerberfragen Nr. 97, 118). Außerdem teilte die Ag in ihren Antworten mit, dass zum Beleg der Eignung Verpflichtungserklärungen und Eigenerklärungen des „Eignungsverleihers“ vorzulegen seien (s. Antwort der Ag auf die Bewerberfrage Nr. 124b)cc)).

Einzelne weitere Bewerberfragen beantwortete die Ag wie folgt:

„Unser Partner ist Experte in der Kultivierung von Cannabis für medizinische Zwecke, sein Unternehmen spezialisiert sich jedoch auf Aufbau, Beratung, Schulungen und Operativem Management der Kultivierungsanlagen aufgrund der enormen Nachfrage. Im Gegenzug hält seine Beratungsfirma Anteile (%) der Unternehmen die er aufstellt, zu denen einige der größten Produzenten in Nord Amerika gehören.“

Antwort der Ag:

„Es werden Referenzen über früher ausgeführte Aufträge des Bewerbers zu Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Cannabis für medizinische Zwecke gefordert. Referenzen von Unternehmen, die der Bewerber berät oder an denen er Anteile hält, erfüllen nicht diese Anforderungen.“ (s. Antwort der Ag Nr. 112b)).

Auf mehrere Fragen, ob sich die Referenzen mehrerer „Eignungsverleiher“ ergänzen könnten, antwortete die Ag, dass es nicht ausreiche, wenn der Nachunternehmer nur Teilleistungen erbringe; wenn ein Nachunternehmer nicht über Referenzen in allen „drei Stufen“ (Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Arzneimittelpflanzen) verfüge, würden seine Referenzen nicht berücksichtigt (s. Antworten der Ag Nr. 130c), 143a), b)).

Auf die Frage:

„Ist das Verständnis der Regelung in der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen richtig, dass nicht notwendigerweise ein Anbau von Arzneimittelpflanzen durch den Bewerber stattgefunden haben muss, sondern auch die Verarbeitung von Arzneimittelpflanzen ausreicht?“

antwortete die Ag:

„Das Verständnis ist nicht korrekt.

Nach Punkt 3.2 Mindestbedingungen zur Bejahung der Eignung, kann als Referenz nur ein Auftrag zu Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Arzneipflanzen berücksichtigt werden.“ (s. Antwort der Ag Nr. 150).

Laut der Leistungsbeschreibung und dem ausgeschriebenen Vertrag schuldet der Auftragnehmer u.a. den „Anbau der Cannabispflanzen“, die „Ernte der Cannabisblüten“ und die „Kontrolle der Qualität der Cannabisblüten“, wobei der Anbau in geschlossenen Räumen erfolgen muss; außerdem müssen Anbau und Ernte des Cannabis insbesondere in Übereinstimmung mit den Standards GMP und GACP erfolgen (s. Ziffer 2.1, 2.2, 3.2 der Leistungsbeschreibung, § 1 Abs. 1, § 11 Abs. 1 des Vertrags; Stand: 24. August 2017).

Die Antragstellerin (ASt) und über 100 weitere Bewerber reichten fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein. Zur Arzneipflanzen-Referenz führte die ASt hierin aus, dass ihr Bewerbungsgemeinschaftsmitglied A aus der [...] „umfassende Erfahrung“ im Bereich des Anbaus, der Verarbeitung und der Lieferung von Arzneimittelpflanzen im Einklang mit den GACP- und GMP-Regeln habe und diese Leistungen im Fall der Zuschlagserteilung an die ASt erbringe (s. Teilnahmeantrag der ASt, Ziffern 1 und 4, S. 5, 8f.).

Die Ag bewertete den Teilnahmeantrag der ASt wegen ihrer Cannabis-Referenz mit 40 Punkten, teilte dieser aber am 7. Juli 2017 mit, dass zehn oder mehr als zehn Teilnahmeanträge vorlägen, die eine höhere Liefermenge Cannabis erreicht hätten; die Arzneipflanzen-Referenzen der ASt könnten nicht gewertet werden, weil die ASt hiernach zwar Arzneipflanzen angebaut, aber nicht verarbeitet und geliefert hätte.

Auf die Rüge der ASt vom 11. Juli 2017, dass ihre Arzneipflanzen-Referenzen wertbar seien, teilte die Ag ihr am 9. August 2017 mit, dass sie dieser Rüge insoweit abhelfe, als dass sie die Referenz nicht ohne Aufklärungsverlangen hätte ablehnen dürfen. Mit gleichem Schreiben bat die Ag die ASt um Aufklärung, ob die A den Anbau der Arzneipflanzen selbst ausgeführt und nicht nur Dritte mit dem Anbau beauftragt habe. Ähnliche Aufklärungsverlangen richtete die Ag an fünf weitere Bewerber. Die ASt bestätigte innerhalb der gesetzten Frist ihre Angaben aus dem Teilnahmeantrag und führte zur Arbeitsweise der A Folgendes aus: Die A habe im eigenen Labor oder auf einem Versuchsfeld in der [...] pflanzenzüchterische und verfahrenstechnische Entwicklungsarbeiten durchgeführt, anhand derer verbessertes Arzneipflanzenmaterial sowie optimierte Anbau- und Verarbeitungsverfahren für diese pflanzlichen Drogen erarbeitet würden. Das so entwickelte Pflanzenmaterial und Know-How sei Eigentum der A und werde bei der Arzneidrogeproduktion exklusiv und ausschließlich unter Federführung der A genutzt; ihre weisungsgebundenen Partner würden von der A regelmäßig kontrolliert, um sicherzustellen, dass die Vorgaben der A (detaillierte Beschreibungen zu Aussaat, Düngung, Bewässerung, Pflanzenschutz, Unkrautmanagement, Erntezeitpunkt, Ernte- und Postharvestverfahren) eingehalten werden. Bei den im Teilnahmeantrag diesbezüglich genannten Referenzaufträgen sei die A hierzu mehrfach jährlich vor Ort.

Im Rahmen ihrer Aufklärung kam die Ag bei allen sechs diesbezüglich befragten Bewerbern (einschließlich der ASt) zu dem Ergebnis, dass diese die Arzneipflanzen nicht selbst angebaut hätten, sondern der Anbau durch andere Unternehmen durchgeführt worden sei, die in den jeweiligen Teilnahmeanträgen nicht als Nachunternehmer benannt worden seien. In der abschließenden Bewertung der Teilnahmeanträge kam die Ag zu dem Ergebnis, dass fünf Unternehmen 60 Punkte erhalten und acht weitere (aufgrund ihrer Cannabis-Referenz) 40 Punkte (s. Reiter Nr. 16 der Vergabeakte, Bl. 3200 f.).

Am 23. August 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass diese nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werde, weil ihr Teilnahmeantrag weiterhin nur mit 40 Punkten zu bewerten sei

und andere Bewerber mit derselben Punktzahl eine höhere Cannabis-Liefermenge nachgewiesen hätten. Zur Nichtberücksichtigung der Arzneipflanzen-Referenzen der ASt führte die Ag hierin des Weiteren aus, dass sie den Ausführungen der ASt im Rahmen der Aufklärung entnommen habe, dass die A den Anbau von Arzneipflanzen nicht auf eigenem Boden, nicht mit eigenem Personal, nicht mit Leiharbeitnehmern o.ä. und nicht mit eigenen Gerätschaften durchgeführt habe, dass die Anbaugelände weiter entfernt seien und dass Mitarbeiter der A nicht regelmäßig vor Ort seien, um den Anbau sowie die weiteren Arbeiten regelmäßig zu kontrollieren. Daraus folge, dass die A lediglich einen Dritten beauftragt habe, die Pflanzen anzubauen.

Der Rüge der Ag vom 1. September 2017 half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 6. September 2017 beantragte die [...] „für“ die Bewerbergemeinschaft der ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Hierbei wies die [...] darauf hin, dass sie die Rechte dieser Bewerbergemeinschaft geltend mache und von dieser mit der Wahrnehmung ihrer Interessen betraut worden sei, und legte Vollmachten der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft vor, wonach die [...] „bevollmächtigte Vertreterin“ u.a. für die Einlegung von Rechtsbehelfen sei. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 7. September 2017 an die Ag übermittelt.
  - a) Die ASt meint, dass die Ag ihre Arzneipflanzen-Referenzen mit 20 Punkten hätte bewerten müssen, da ihr Bewerbergemeinschaftsmitglied A den Anbau des referenzierten Materials selbst durchgeführt habe, indem die A die Durchführung des Anbaus der referenzierten Arzneipflanzen und die anschließende Weiterverarbeitung des gewonnenen Pflanzenmaterials vollständig kontrolliert habe. Da die Ag nur die in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen genannten Eignungskriterien anwenden dürfe, komme es beim Verständnis des Begriffs „Anbau“ auf die in Ziffer 3.1 der BWB für die Arzneipflanzen-Referenz genannten GACP- und GMP-Standards an. Hierin werde der „Anbau von Arzneipflanzen“ weder beschrieben noch definiert, sondern geregelt, dass der Anbau und die Wildsammlung von Arzneipflanzen nach bestimmten qualitativen Standards organisiert und durchgeführt werde. Den „Anbau“ der Arzneipflanzen führe dementsprechend derjenige durch, der die in diesen Regelwerken niedergelegten Vorgaben bei der Kultivierung oder Sammlung von Arzneipflanzen sicherstelle und damit die Gewinnung des Ausgangsmaterials für Arzneimittel in der notwendigen Qualität und Reinheit steuere und

gewährleiste. Dies sei gerade die Qualifikation, die für die ausgeschriebene Leistung erforderlich sei. Im Fall der ASt erfolge der Anbau der referenzierten Arzneipflanzen unter Anwendung des Qualitätssicherungssystems der A, das umfassende Vorgaben zu Aussaat, Düngung (Menge, Zeitpunkt), Bewässerung, Pflanzenschutz, Unkrautmanagement, Erntezeitpunkt, Ernte- und Postharvestverfahren beinhalte; Umsetzung und Einhaltung dieser Vorgaben würden engmaschig durch die A überprüft.

Angesichts dieser präzisen Vorgaben der A handele es sich bei der rein praktischen Tätigkeit von Dritten (hier der [...] (im Folgenden: B) und der [...] (im Folgenden: C) nur um bloße Hilfstätigkeiten. Solche Dritte wie Baumaschinen- und Geräteverleiher sowie reine Zulieferer oder Baustofflieferanten oder Leiharbeitnehmer seien keine Nachunternehmer. Die Ag dürfe daher ihre Eignungsprüfung auf solche Unternehmen nicht erstrecken.

Demgegenüber komme es für den „Anbau“ von Arzneipflanzen anders als von der Ag in ihrem Schreiben vom 23. August 2017 vertreten nicht darauf an, dass dieser auf eigenem Boden, in nahe gelegenen Anbaugebieten, mit eigenem Personal, Leiharbeitern und Gerätschaften und ohne Verträge mit Dritten erfolge. Zur Überprüfung, ob die Ag alle Bewerber insoweit gleich behandelt habe, beantragt die ASt Akteneinsicht in die Arzneipflanzen-Referenzen derjenigen Bewerber, die die Ag mit 20 Punkten bewertet habe; sie wolle auf diese Weise überprüfen, ob deren Referenzen die o.g. Anforderungen der Ag erfüllten (Anbau auf eigenem Boden, in nahe gelegenen Anbaugebieten, mit eigenem Personal und ohne Verträge mit Dritten).

Abgesehen davon erfolge der Anbau der referenzierten Arzneipflanzen in [...] in der Person von Herrn [...] unter der unmittelbaren Kontrolle der A und sei jedenfalls aus diesem Grund als Tätigkeit der A selbst zu werten. Herr [...] sei zu 33% Gesellschafter der A sowie deren „Director [...]“ für sämtliche „field operations, including research, development as well as production projects in [...]“ und überwache in [...] die Einhaltung und Umsetzung der Kultivierungsvorgaben im Rahmen der Arzneipflanzen-Anbauprojekte der A. In seiner weiteren Funktion als einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer der B, der die Anbauflächen z.T. gehörten oder die diese gepachtet habe, sei Herr [...] weisungsbefugt gegenüber allen mit der Kultivierung der Arzneipflanzen befassten Mitarbeitern der B. Zudem werde Herr [...] regelmäßig mittels Selbstinspektionen seiner Kollegen durch die A überprüft und nehme regelmäßig am Sitz der A in der [...] an gegenseitigen Abstimmungen teil. Wie bei großen Konzernen üblich, werde Herr [...] damit beim handwerklichen Anbau

der Arzneipflanzen in [...] gleichzeitig für die B und für die A tätig; über ihn habe die A faktisch Durchgriff auf die B.

„Höchstvorsorglich“ legt die ASt mit ihrem Schriftsatz vom 26. September 2017 eine Verpflichtungserklärung der B vor, dass diese den Anbau, die Verarbeitung und die Lieferung von Arzneimittelpflanzen im Falle der Auftragserteilung an die ASt tatsächlich erbringen werde. Die ASt meint, dass ihre Arzneipflanzen-Referenz jedenfalls aus diesem Grund mit 20 Punkten zu bewerten sei. Da die Vorlage solcher Erklärungen nicht mit dem Teilhabeantrag gefordert gewesen sei, dürfe sie diese auch noch im Nachprüfungsverfahren vorlegen.

Nach der Akteneinsicht verweist die ASt darauf, dass ausweislich der Aufklärungsverlangen der Ag die weit überwiegende Mehrheit und damit die auslegungsrelevante objektive Sicht der mit den Vergabeunterlagen angesprochenen Verkehrskreise den Begriff des GACP-konformen Anbaus von Arzneipflanzen so verstanden habe wie sie; nur bei fünf Bewerbern hätten deren Arzneipflanzen-Referenz voll mit 20 Punkte bewertet werden können. Auch die Ag habe ihre Anforderungen ursprünglich so verstanden wie die ASt, nachdem sie der ASt am 7. Juli 2017 zunächst noch bestätigt hätte, dass die A Arzneipflanzen angebaut habe.

Die ASt beantragt über ihren 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 des 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,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil die Arzneipflanzen-Referenzen der ASt nicht zu werten seien, weil nicht nachgewiesen sei, dass die entsprechenden Leistungen durch die A ausgeführt worden seien. Bei der von der Ag verlangten Referenz zu Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Arzneipflanzen sei es nicht um die GACP-Kontrolle und das Überlassen von Know How über den Pflanzenanbau gegangen, sondern um den körperlichen Anbau der Arzneipflanzen und den Nachweis der entsprechenden praktischen („handwerklichen“) Fähigkeiten, auch wenn dies nicht weiter konkretisiert worden sei. Denn ausgeschrieben sei nicht nur die Kontrolle, ob beim Anbau von Cannabis die vorgeschriebenen Standards eingehalten wurden, sondern u.a. der Anbau selbst. Da in der betreffenden Branche der Vertragsanbau durch Landwirte oder sonstige Unternehmen verbreitet sei, umschreibe der Begriff „Anbau“ hinreichend genau, dass der Bewerber bzw. Referenzgeber die Tätigkeiten wie Aussaat auf dem Felde, Pflege während der Wachstumsphase und Ernte ausgeführt haben müsse. Ähnliches gelte bei Bauaufträgen: Ein Planungsbüro könne Bauleistungen zwar planen, aber nicht selbst Bauleistungen erbringen.

Die Referenzen der ASt erfüllten die ausgeschriebenen Anforderungen nicht, da die A entgegen der Erklärungen der ASt in ihrem Teilnahmeantrag die Pflanzen nicht angebaut oder verarbeitet habe. Da die Ag diesbezüglich wegen der Geschäftstätigkeit der A in der [...] (kein landwirtschaftlicher Betrieb), der dort vorhandenen Flächen, der Zahl der Mitarbeiter (drei) sowie der nicht vorhandenen GMP-Erlaubnis für die Verarbeitung in der [...] Zweifel aufkamen, habe sie die ASt um Aufklärung gebeten, ob sie den Anbau der Arzneipflanzen selbst ausgeführt habe oder ob Dritte mit dem Anbau beauftragt gewesen seien. Laut der Antwort der ASt erfolgten die „handwerklichen“ Tätigkeiten Aussaat, Pflege

und Ernte der Arzneipflanzen in [...] durch die C und in [...] durch die B oder durch andere von dieser beauftragte Unternehmen. Hieran ändere sich nichts, auch wenn Herr [...] Geschäftsführer der B und Direktor bei der A sei. Denn Herr [...] sei kein Angestellter der A, sondern deren Gesellschafter, und die B sei eine selbständige Gesellschaft. Als deren Geschäftsführer könne Herr [...] zwar der B verbindliche Weisungen erteilen, aber nicht die A. Des Weiteren erfolgten der Anbau und die Kontrolle des Anbaus in [...] nicht allein durch Herrn [...], sondern durch weitere Mitarbeiter, gegenüber denen die A ebenfalls nicht weisungs- und kontrollbefugt sei. Auch innerhalb von Konzernen müssten für die einzelnen Konzernunternehmen Verpflichtungserklärungen vorgelegt werden.

Da die ASt mit ihrem Teilnahmeantrag nicht erklärt habe, dass sie auf die Kapazitäten und beruflichen Erfahrungen der B und der C zurückgreifen wolle und keine Nachweise zur Einbeziehung dieser Gesellschaften vorgelegt habe, könnten die von ihr genannten Referenzen nicht berücksichtigt werden. Die im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Verpflichtungserklärung der B sei eine unzulässige inhaltliche Nachbesserung ihres Teilnahmeantrags.

Ferner meint die Ag, dass die ASt dem Aufklärungsverlangen der Ag nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei, indem sie nicht vorgetragen habe, in welcher vertraglichen Beziehung die A zu den Unternehmen, die die Leistung in [...] ausführten, stehe. Der Teilnahmeantrag der ASt sei daher auch aus diesem Grund auszuschließen.

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

In der mündlichen Verhandlung am 12. Oktober 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 10. Oktober 2017 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 25. Oktober 2017 einschließlich verlängert.

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

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet, weil die Ag die Arzneipflanzen-Referenzen der ASt zu Recht nicht berücksichtigt hat. Da der Teilnahmeantrag der ASt daher nur mit 40 Punkten zu bewerten ist, ist sie aufgrund der von ihr angegebenen Cannabis-Liefermengen nicht in den Kreis der zehn zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bewerber aufzunehmen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Zwar wurde der Nachprüfungsantrag nur von einem Mitglied der Bewerbergemeinschaft der ASt, der [...], eingereicht, aber ausdrücklich „für“ die ASt und zur Geltendmachung deren Rechte sowie unter Vorlage entsprechender Vertretungsvollmachten, so dass die ASt bei der Antragstellung ordnungsgemäß von der [...] vertreten wurde.

Weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen nicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, weil die ASt keine Referenz für den Anbau von Arzneipflanzen vorgelegt hat, so dass ihr Teilnahmeantrag zu Recht keine weiteren 20 Punkte erhalten hat. Ihre Erklärung, dass ihr Bewerbergemeinschaftsmitglied A den Anbau von Arzneipflanzen in [...] und [...] auf die Einhaltung der von ihr entwickelten und verbindlich vorgegebenen Standards kontrolliert, reicht hierfür nicht aus (dazu unter a)). Da sich die ASt mangels eigener Anbauerfahrungen insoweit auf Dritte beruft, hätte sie dies im Teilnahmeantrag darlegen und entsprechende Verpflichtungserklärungen vorlegen müssen, weil es sich hierbei nicht um reine Hilfstätigkeiten handelt (dazu unter b)); die von der ASt im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Verpflichtungserklärungen der B dürfen diesbezüglich nicht berücksichtigt werden, weil dies eine unzulässige Änderung („Nachbesserung“) ihres Teilnahmeantrags wäre (dazu unter c)). Bei der Eignungsprüfung war die Ag schließlich auch nicht an etwaige frühere Feststellungen gebunden, sondern durfte aufgrund der Aufklärung bei der ASt die Eignungsprüfung erneut vornehmen (dazu unter d)). Vor diesem Hintergrund braucht nicht entschieden zu werden, ob die ASt ebenfalls deshalb aus dem Teilnahmewettbewerb auszuschließen ist, weil sie nach Auffassung der Ag dem Aufklärungsverlangen nicht ordnungsgemäß nachgekommen sein soll.

a) Die „Arzneipflanzen-Referenz“ der ASt konnte nicht gewertet werden. Die Ag hat von den Bewerbern vergaberechtskonform verlangt, dass diese u.a. Erfahrungen im Anbau mit Arzneipflanzen nachweisen (dazu unter aa)). Die von der ASt vorgelegten Erklärungen erfüllen diese Anforderungen nicht (dazu unter bb), auch die „Doppelfunktion“ von Herrn [...] führt nicht dazu, dass der Anbau von Arzneipflanzen in [...] der A als eigene Tätigkeit zuzurechnen wäre (dazu unter cc)).

aa) Die Ag hat von den Bietern die Vorlage von Referenzen verlangt, die u.a. den „Anbau“ von Arzneipflanzen belegen. Aus der Verwendung des Begriffs „Anbau“ sowie dem diesem Substantiv zugrundeliegenden Verb (Tätigkeitswort) „anbauen“ ist diese Anforderung aus maßgeblicher Sicht eines objektiven, branchenkundigen Bewerbers (§§ 133, 145 BGB analog) so zu verstehen, dass die Arzneipflanzen ausgesät, kultiviert und verarbeitet worden sind, also gärtnerisch (wie es die Ag formuliert: „handwerklich“) bearbeitet – also „angebaut“ – wurden. Derselbe Begriff wird im ausschreibungsrelevanten GACP-Standard verwendet.

Schließlich folgt dasselbe Begriffsverständnis aus der Leistungsbeschreibung des verfahrensgegenständlichen Auftrags. Hierin werden derselbe Begriff („Anbau“) verwendet und diesbezüglich u.a. die Vorgabe aufgestellt, dass dieser in geschlossenen Räumen zu erfolgen hat (Ziffer 2.1, 2.2, 3.2 der Leistungsbeschreibung), davon getrennt wird der Begriff der „Kontrolle der Qualität der Cannabisblüten“ verwendet (Ziffer 2.1 der Leistungsbeschreibung). Diese Vorgaben sind nur dann sinnvoll zu verstehen, wenn der Auftragnehmer insoweit die rein gärtnerischen Arbeiten „auf dem Feld“ schuldet und nicht nur z.B. die Weiterverarbeitung von an ihn gelieferten Pflanzen oder die Beratung oder Kontrolle derjenigen, die die Pflanzen anbauen. Auftragsgegenstand ist mithin, die Erfüllung des Bedarfs der Ag an medizinischem Cannabis „aus einer Hand“; der Auftragnehmer soll nicht nur Cannabis weiterverarbeiten und liefern, sondern auch anbauen und hierzu nicht Roh- oder weiterverarbeitetes Material von Dritten beziehen. Wie auch der GACP-Standard zeigt, braucht die einschlägige Branche zum Verständnis des Begriffs „Anbau“ keine weiteren Begriffserläuterungen.

Dass mehrere Bewerber die Anforderungen der Ag an den „Anbau“ von Arzneipflanzen anders verstanden haben und daher ähnlich wie die ASt meinten, die Aufsicht über die anbauenden Personen wegen der einzuhaltenden GACP-/GMP-Standards reiche aus,

steht der hier vorgenommenen Auslegung nicht entgegen. Zwar mag das übereinstimmende Verständnis mehrerer der angesprochenen Erklärungsempfänger ein Indiz für die objektiv vorzunehmende Auslegung eines Begriffs sein. Wegen der eindeutigen Vorgabe in der Leistungsbeschreibung und im ausgeschriebenen Vertrag, welche Leistungen der Auftragnehmer künftig zu erbringen hat (sei es selbst oder jedenfalls durch seinen „Eignungsverleiher“), nämlich u.a. den „Anbau“ von Cannabis und nicht nur die Aufsicht über dann ja noch gesondert von der Ag zu beauftragende Dritte, erscheint ein hiervon abweichendes Verständnis des im Rahmen der Referenzanforderungen identisch verwendeten Begriffs vorliegend indes so fernliegend, dass keine solche Indizwirkung vorliegt. Ein auslegungsrelevantes Indiz liefern die (einschließlich der ASt) sechs von der Ag um Aufklärung gebetenen Teilnehmer auch deshalb nicht, weil immerhin fünf Teilnehmer die Anforderungen der Ag so verstanden haben wie hier dargelegt: Diese haben in ihrem Teilnahmeantrag Ausführungen zum Anbau der referenzierten Arzneipflanzen gemacht und diese konsequent entweder durch eigene Anbautätigkeiten oder ggf. mithilfe entsprechender Eigen- und Verpflichtungserklärungen Dritter belegt und deshalb 20 Punkte für ihre Arzneipflanzen-Referenz erhalten. Weitere Aufklärungen bei den übrigen Bewerbern fanden durch die Ag nicht statt, allerdings enthält die Vergabeakte ebenfalls keine Feststellungen, warum bei den weiteren ca. 100 Teilnehmern die Cannabis- oder die Arzneipflanzen-Referenzen (sofern überhaupt vorgelegt) nicht bewertet wurden, so dass allein aus der Anzahl der Bewerber mit oder ohne entsprechende weitere Aufklärungsmaßnahmen keine validen Aussagen zum Verständnis der Mehrheit der Bewerber möglich ist. Des Weiteren hat die Ag dieses Begriffsverständnis auch in ihren Antworten auf die Bewerberfragen, die bei der Auslegung der Vergabeunterlagen ebenfalls zu berücksichtigen sind, deutlich zum Ausdruck gebracht, so dass bei sorgfältiger Lektüre dieser Antworten aus objektiver Empfängersicht kein anderes Verständnis gewonnen werden durfte. Insbesondere ihren Antworten Nr. 112b), 130c), 143a) und 150 kann mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden, dass es der Ag auch auf die anbauende Tätigkeit selbst und nicht eine den Anbau lediglich überwachende Tätigkeit ankommt.

Die Anforderung der Ag, dass der Bewerber über Erfahrungen (u.a.) im „handwerklich-gärtnerischen“ Anbau von Arzneipflanzen verfügt, ist auch vergaberechtskonform, nämlich auftragsbezogen und angemessen (§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB). Der erforderliche Auftragsbezug liegt hier deshalb vor, weil (u.a.) ein so verstandener Anbau von

Arzneipflanzen (hier: Cannabis) nach Zuschlagserteilung vom Auftragnehmer vorzunehmen ist, so dass dessen entsprechende Vorerfahrungen die vertragskonforme Ausführung des gesamten Auftrags gewährleisten. Allein die (für eine möglichst gute Bewertung des Teilnahmeantrags ebenfalls erforderlichen) Erfahrungen eines Bewerbers im Cannabis-Anbau decken die ausgeschriebenen Anforderungen der Ag nicht vollständig ab. Vielmehr ergänzen sich die Cannabis-Erfahrungen eines Bewerbers und die für Arzneipflanzen bei der Auftragsdurchführung insoweit, als dass (nur) derjenige Auftragnehmer, der ebenfalls über Arzneipflanzen-Erfahrungen verfügt, zusätzlich bereits Erfahrungen in der Beachtung der auftragsrelevanten GACP-/GMP-Standards mitbringt – Erfahrungen in diesen Standards waren mit der Cannabis-Referenz nicht nachzuweisen. Angemessen ist diese Eignungsanforderung deshalb, weil der Bewerber (so wie der künftige Auftragnehmer) den Anbau von Arzneipflanzen nicht selbst vorgenommen zu haben braucht. Vielmehr hat die Ag mehrfach ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich ein Bewerber – so wie in § 47 VgV vorgesehen – seine Eignung ggf. von einem anderen Unternehmen „leihen“ kann, wenn hierbei die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden.

- bb) Laut den Erklärungen der ASt im Rahmen der Aufklärung der Ag war diese nicht selbst auf dem Feld beim Anbau von Arzneipflanzen tätig, sondern hat lediglich Regelungen zu Aussaat, Düngung, Pflege, Ernte etc. festgelegt und deren Einhaltung kontrolliert. Damit weist die ASt zwar Kenntnisse in bestimmten Anbau-Standards bei Arzneipflanzen nach, aber nur im Rahmen einer rein aufsichtlichen Tätigkeit, ohne die beaufsichtigte Tätigkeit selbst auszuüben. Die Erbringung solcher Teilleistungen im Rahmen des Anbaus von Arzneipflanzen reicht laut den Antworten der Ag auf die Bewerberfragen jedoch zum Beleg der geforderten Erfahrungen nicht aus. Vielmehr hat die Ag auf entsprechende Fragen hin mehrfach klargestellt, dass es nicht ausreicht, wenn im Rahmen der drei Stufen „Anbau, Weiterverarbeitung und Lieferung“ vom referenzierten Unternehmen nur Teilleistungen (wie z.B. die Weiterverarbeitung der Pflanzen) erbracht wurden (Antworten Nr. 130c, 143a, 150); ausdrücklich hat die Ag in diesem Zusammenhang auch die reine Beratung, Schulung oder Durchführung des operativen Managements der Kultivierungsanlagen ausgeschlossen (s. Antwort Nr. 112b), was am ehesten der Tätigkeit der A nahekommt.

- cc) Die Tatsache, dass Herr [...] in einer „Doppelfunktion“ als Director [...] der A und Geschäftsführer der B tätig ist, führt nicht dazu, dass der Anbau von Arzneipflanzen in [...] der A als eigene Tätigkeit zuzurechnen ist oder die B Weisungen der A zu befolgen hätte. Wie die ASt selbst im Rahmen der Aufklärung dargelegt hat, erfolgt der – hier von der Ag gemeinte – „handwerkliche“ Anbau von Arzneipflanzen in [...] durch die B. Nicht nur Herr [...] und die A sind jedoch juristisch personenverschieden, sondern auch bei der B handelt es sich um eine gesellschaftsrechtlich eigenständige juristische Person. D.h. selbst wenn (und soweit) die A Herrn [...] im Rahmen seiner Tätigkeit bei der A Anweisungen erteilen darf, und Herr [...] seinerseits die B zu einem bestimmten Handeln anweist, führt dies nicht dazu, dass die A (und damit ein Mitglied der Bewerbergemeinschaft) ihrerseits einen unmittelbaren Durchgriff auf die B und deren Anbautätigkeiten von Arzneipflanzen hätte. Denn die Weisungen der A gegenüber Herrn [...] reichen nur so weit wie seine etwaigen Pflichten als Mitarbeiter und Mitgesellschafter der A, seine Tätigkeit und sein Handeln als Geschäftsführer der B ist hiervon rechtlich unberührt und unterliegt ausschließlich den eigenständigen Gesellschaftsinteressen der B.
- b) Da die ASt nicht selbst über die geforderten Erfahrungen mit dem „handwerklichen“ Anbau von Arzneipflanzen verfügt, hätte sie sich insoweit in ihrem Teilnahmeantrag auf die tatsächlich eingeschalteten Dritten (B und C) berufen und entsprechende Eigen- und Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen vorlegen müssen, damit die Ag anstelle der Erfahrungen der ASt selbst deren Referenzen hätte prüfen (und ggf. zugunsten der ASt hätte bewerten) können. Anders als die ASt meint, sind die Tätigkeit der B [...] und der C für die ASt im vorliegenden Fall keine reinen Hilfsleistungen, die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs keine Rolle spielen. Denn anders als z.B. die bloße Zulieferung von Baustoffen oder anderen Materialien an ein Bauunternehmen im Rahmen eines Bauauftrags ist der Anbau von Cannabis-Pflanzen (neben deren Weiterverarbeitung und Lieferung) hier eine der drei Hauptleistungen des ausgeschriebenen Vertrags, so dass die Ag diesbezüglich vergaberechtskonform entsprechende Erfahrungen eines Bewerbers verlangt hat (s.o. unter a)aa)). Wenn der Bewerber diese Erfahrungen (wie die ASt) nicht selbst vorweisen kann, kann er diese jedenfalls im Wege der Eignungsleihe über einen Dritten erfüllen. Konsequenz hierbei ist jedoch, dass die Ag die Eignung des „Eignungsverleihers“ überprüfen darf (s. § 47 Abs. 2 S. 1 VgV), wenn anderenfalls ihr berechtigtes Interesse an der Auftragsdurchführung durch ein erfahrenes Unternehmen nicht gewahrt wäre (vgl. § 122 Abs. 1 GWB).

- c) Die ASt hat zwar im Nachprüfungsverfahren eine Verpflichtungserklärung der B nachgereicht. Diese kann jedoch nicht so zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, dass die ASt nunmehr über eine wertungsfähige Arzneipflanzen-Referenz (mithilfe ihrer „Eignungsverleiherin“ B) verfügt. Denn die ASt hat sich bereits in ihrem Teilnahmeantrag darauf festgelegt, dass ihr Berggemeinschaftsmitglied A bereits Arzneipflanzen angebaut hat und dementsprechend auch im Fall der Zuschlagserteilung die entsprechenden Leistungen erbringt. Hieran ist sie mit Ablauf der Teilnahmefrist gebunden und kann sich nicht mehr stattdessen auf die Eignungsleihe eines Dritten berufen. Dies wäre eine Änderung ihres Teilnahmeantrags, die vergaberechtlich unzulässig ist. Erlaubt wäre allenfalls das Nachreichen einer fehlenden Verpflichtungserklärung gewesen (wenn die Ag die ASt gemäß § 56 Abs. 2 S. 1 VgV dazu aufgefordert hätte), jedoch nicht das „Nachbessern“ (Austauschen) der bereits vorhandenen Erklärung, über eigene Erfahrungen im Anbau von Arzneipflanzen zu verfügen, durch die gegenteilige Erklärung, sich diesbezüglich auf einen Dritten zu berufen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 17. Dezember 2012, VII-Verg 47/12, und vom 12. September 2012, VII-Verg 108/11).
- d) Den hier getroffenen Schlussfolgerungen steht nicht entgegen, dass die Ag in ihrem Schreiben an die ASt vom 7. Juli 2017 mitgeteilt hatte, dass diese laut ihren Referenzen Arzneipflanzen angebaut (aber nicht verarbeitet oder geliefert) hätte. Denn anders als die ASt meint, hat sich die Ag nicht verbindlich darauf festgelegt, die Eignung der ASt hinsichtlich des „Anbaus“ zu bejahen. Denn zwar ist ein öffentlicher Auftraggeber in Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (wie hier) unter bestimmten Voraussetzungen an seine einmal getroffene Eignungsbeurteilung gebunden (§ 41 Abs. 2 S. 1 VgV). Dies gilt indes nur dann, wenn sich seine Informationsbasis nicht geändert hat und er seine Eignungsprüfung überhaupt schon positiv abgeschlossen hatte (vgl. OLG München, Beschluss vom 5. Oktober 2012, Verg 15/12). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Denn erstens ist die Ag aufgrund der vorgenommenen Aufklärung bei der ASt zu anderen tatsächlichen Erkenntnissen gelangt, die für die Eignungsprüfung relevant sind. Zweitens hatte die Ag die Eignung der ASt hinsichtlich der Arzneipflanzen-Referenz noch gar nicht positiv festgestellt, sondern auch am 7. Juli 2017 im Ergebnis ebenso verneint wie nach der Aufklärung am 23. August 2017. Die Ag stützt ihre Eignungsprüfung hinsichtlich der ASt mittlerweile lediglich auf ein anderes Argument als bisher (kein Anbau anstatt der fehlenden Weiterverarbeitung und Lieferung von Arzneipflanzen).



3. Der Antrag der ASt auf weitergehende Akteneinsicht in die Teilnahmeanträge (insbesondere die Arzneipflanzen-Referenzen) derjenigen Bewerber, die die Ag mit 20 Punkten bewertet hat, ist abzulehnen. Denn auf die Frage, die die ASt im Wege dieser Akteneinsicht klären will, nämlich ob diese Bewerber die Arzneipflanzen auf eigenem Boden, in nahe gelegenen Anbaugebieten, mit eigenem Personal und ohne Verträge mit Dritten über den Anbau durchgeführt haben, kommt es vorliegend nicht an. Die Ag hat nämlich die Erfahrung dieser Bewerber im Arzneipflanzen-Anbau deshalb zu Recht in ihrer Wertung anerkannt, weil diese ausweislich ihrer Teilnahmeanträge entweder selbst die nach der hier vertretenden Auffassung maßgeblich „handwerkliche“ Anbautätigkeit vorgenommen haben oder sich insoweit bereits in ihrem Teilnahmeantrag auf Dritte berufen und für diese die geforderten Eigen- und Verpflichtungserklärungen vorgelegt haben. Hieraus folgt des Weiteren, dass die ASt im Rahmen der Eignungsprüfung nicht anders behandelt wurde als die übrigen Bewerber.

### 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 Auslegung der Bewerbungsbedingungen und der Teilnahmeanträge 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