



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 39/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „*Fulfillmentdienstleistung zum Vertrieb von Münzen und Münzprodukten der Offiziellen Verkaufsstelle für Sammlermünzen der BRD*“; EU-Bekanntmachung Nr. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak auf die mündliche Verhandlung vom 2. Mai 2018 am 14. Mai 2018 beschlossen:

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

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb mit Bekanntmachung vom [...] im Amtsblatt der Europäischen Union (EU-Bekanntmachung Nr. [...]) einen Teilnahmewettbewerb zur Vergabe eines Geschäftsbesorgungsvertrages über Fulfillment-Leistungen für die Verkaufsstelle für Sammlermünzen (VfS) aus.

Die Bundesrepublik Deutschland gibt jährlich mehrere Euro-Sammlermünzen (u. a. als 5-, 10-, 20-, 50- und 100-Euro Münzen) heraus, die nur in Deutschland gesetzliches Zahlungsmittel sind. Dabei werden Sammlermünzen geringeren Nominalwerts in der einfacheren Prägequalität "*Stempelglanz*" auch von der Deutschen Bundesbank zum Nominalwert vertrieben. Sammlermünzen in der höheren Prägequalität "*Spiegelglanz*" etwa mit Silber- und Goldlegierung sind bei der VfS zu einem über dem Nennwert liegenden Verkaufspreis erhältlich. Der Bund übt diese Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen und zur Förderung kulturpolitischer und staatlich repräsentativer Zwecke aus. Bei der Aufgabenwahrnehmung wird die VfS durch einen externen Dienstleister unterstützt, der die zum Vertrieb erforderlichen Tätigkeiten (u. a. Marketing, Werttransporte, Kundenkommunikation, Wareneinstellung, Weiterentwicklung des Geschäftsbereichs durchführt (Vergabedokumentation, Bl. 3 der Vergabeakte). Nach Auslaufen des bestehenden Dienstleistungsvertrags soll zum 1. Januar 2019 ein neuer Geschäftsbesorgungsvertrag (GBV) mit einem Dienstleister geschlossen werden, der durch das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren ausgewählt werden soll. Der so ausgewählte Dienstleister soll dabei durch einen weiteren Dienstleister für Marketing-Aktivitäten unterstützt werden, dessen Auftrag separat unter Federführung des Bundesinnenministeriums ausgeschrieben und vergeben werden soll.

Die Ag hat vor der Auftragsbekanntmachung eine Marktrecherche durchgeführt und als Ergebnis festgestellt, dass ein eigenständiger Markt für die Erbringung von „*Fulfillmentdienstleistungen*“ besteht, in dem ein Bündel an Dienstleistungen als Gesamtleistung angeboten wird, welches dem Beschaffungsbedarf entspricht und nicht

einfach in gesondert zu beschaffende Dienstleistungen aufgeteilt werden kann (Vergabedokumentation, Bl. 12-14 der Vergabeakte). Dementsprechend wurde als Beschaffungsgegenstand des GBV im verfahrensgegenständlichen Los 1 „*Fulfillment*“ ein Bündel von Einzeldienstleistungen in acht Leistungspaketen zusammengefasst (Leistungsbeschreibung, S. 8 bis 13, Vergabedokumentation, Bl. 14-17 der Vergabeakte):

- Aufbau und Betrieb eines IT-Gesamtsystems zur Unterstützung der Vertragsdurchführung (Leistungspaket I),
- Geschäftsübernahme vom bisherigen Dienstleister und Einrichtung des Geschäftsbetriebs (Leistungspaket II),
- Vertrieb der Münzen – einschließlich Warenanlieferung und Lagerung, Bearbeitung von Bestellungen, Rechnungsstellung, Zahlungsabwicklung, Konfektionierung und Vorbereitung zum Versand, Kundenbetreuung, Retourenabwicklung (Leistungspaket III),
- Unterstützung bei der Weiterentwicklung des Geschäftsbereiches (Leistungspaket IV),
- Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung von Marketingmaßnahmen (Leistungspaket V),
- Buchhaltung, Verwaltung von Geschäftsdaten (Leistungspaket VI),
- Operative Steuerung weiterer Dienstleister (Leistungspaket VII),
- Unterstützung bei Vertragsbeendigung und Übergabe an neuen Dienstleister (Leistungspaket VIII).

Zur Konkretisierung des Leistungspakets IV „*Weiterentwicklung des Geschäftsbereiches*“ heißt es in der Leistungsbeschreibung:

„Das bestehende Geschäft soll über die Vertragslaufzeit hinweg optimiert und modernisiert werden. Der AG sieht hierbei als wesentliche Partner den im Rahmen dieses Verfahrens zu ermittelnden Dienstleister sowie den Marketing-Dienstleister, der separat beauftragt wird. Die Weiterentwicklung umfasst zum Teil Leistungen, die im Rahmen dieser Vergabe bereits weitgehend konkretisiert werden können. So muss der AN eine funktionale und technologische Weiterentwicklung des Online-Shops und Webauftritts gewährleisten, und in Abstimmung mit dem AG entsprechende Leistungen erbringen.

Darüber hinaus ist zu erwarten, dass während der Vertragslaufzeit neue (elektronische) Vertriebs- und Kommunikationskanäle entstehen. An diesen möchte der AG ggf. partizipieren. Bislang nicht genutzte oder neu entstehende Vertriebs- und Kommunikationskanäle sollen vom AN nutzbar gemacht werden können. Der AG erwartet darüber hinaus weiteren Input vom AN und eine eigenständige Abstimmung mit dem Marketing-Dienstleister.“
(Leistungsbeschreibung, S. 12).

Auf Seite 44 bis 46 der Leistungsbeschreibung wird hierzu weiter ausgeführt:

„Der AN unterstützt den AG bei der Weiterentwicklung des Geschäftsbereichs. Der AG erwartet, dass der AN frühzeitig über Neuerungen und aktuelle Trends im Bereich Online-Shop, Webpräsenz sowie hinsichtlich Vertriebs- und Kommunikationskanälen informiert wird und seine Kenntnisse mit dem Marketing-DL analysiert, um dem AG, wenn sinnvoll, eine frühzeitige Partizipation zu ermöglichen. Darüber hinaus wird der Ist-Zustand über die Vertragslaufzeit hinweg bewertet und ggf. angepasst (Optimierungsaspekt). Das Letztentscheidungsrecht liegt beim AG.“ (Leistungsbeschreibung, S. 44).

Sodann werden weitere Einzelheiten zum Gegenstand der Weiterentwicklung, dem Vorgehen hierbei, den Qualifikationsprofilen der personellen Ressourcen, deren Bereitstellung die Ag vom Auftragnehmer beansprucht, sowie zur fortlaufenden Optimierung aufgeführt.

In § 6 Abs. 1 GBV heißt es: es: *„Der AN hat die Interessen des AG gewissenhaft wahrzunehmen und in jedem Stadium der Abwicklung dieses Vertrages eng mit dem AG zusammenzuarbeiten, seine Leistungen mit dem AG abzustimmen, den AG fortlaufend zu informieren und alle auftretenden oder vorhersehbaren Probleme in enger Zusammenarbeit mit dem AG und den anderen 'Projektbeteiligten (Marketingdienstleister, Werttransporteure, Zustelldienstleister) aufzuzeigen, zu prüfen und zu klären. Der AN ist Sachwalter des AG. Daher darf der AN bei der Leistungsausführung keine den Interessen des AG zuwiderlaufenden Eigen- und/oder Drittinteressen vertreten. Der AN sichert insoweit zu, dass er im Hinblick auf die Ausführung der vertragsgegenständlichen Leistungen keinen Loyalitäts-/Interessenkonflikten ausgesetzt ist und er keine Weisungen Dritter entgegennehmen/beachten wird. Es gilt die Eigenerklärung zu Interessen- und Loyalitätskonflikten einschließlich des Maßnahmenkonzepts (Anlage 4 zum Vertrag). Der AN wird sich während der Laufzeit des Vertrages ohne vorherige Zustimmung des AG weder direkt noch indirekt um weitere Aufträge im Bereich des Handels mit Sammlermünzen bewerben oder diese durchführen.“*

In der *„Eigenerklärung zum Umgang mit Interessen- und Loyalitätskonflikten“* (nachfolgend: *„Eigenerklärung“*), die als Anlage 10 der Teilnahmeunterlagen ausgefüllt mit dem Teilnahmeantrag einzureichen war (und im Falle einer Beauftragung als Anlage 4 Bestandteil des GBV würde) wird im Rahmen der Vorbemerkung ausgeführt:

„Da es sich bei den Sammlermünzen der VfS um ein offizielles Zahlungsmittel der Bundesrepublik Deutschland handelt und der Auftragnehmer gegenüber den Kunden auch beratend bei münzspezifischen Fragestellungen tätig werden soll, ist für die Auftragsausführung ein hohes Maß an Seriosität und Neutralität unabdingbare Voraussetzung. Dies gilt nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass der Auftragnehmer in Kooperation mit dem separat beauftragten Marketing-Dienstleister die Weiterentwicklung des Geschäftsbereichs unterstützen und gestalten soll und insoweit in der Sphäre des Auftraggebers tätig wird. Das Unternehmen sowie alle Mitglieder einer etwaigen Bewerbergemeinschaft und Unterauftragnehmer müssen daher im Falle der Beauftragung die Fulfillmentdienstleistung frei von insbesondere wirtschaftlichen und geschäftlichen Eigeninteressen erbringen. Die Pflicht zur objektiven und neutralen Auftragsausführung ist Gegenstand der Leistungsbeschreibung und des Vertrages.

Voraussetzung für die Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ist daher, dass der Bewerber oder die Bewerbergemeinschaft keine Interessen verfolgt, die mit der Pflicht zur objektiven und neutralen Leistungserbringung im Widerspruch stehen und die die Ausführung des Auftrags nachteilig beeinflussen, können (vgl. § 46 Abs. 2 VgV).

Eine solche, die Eignung verneinende Interessenkollision ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn das Unternehmen sowie im Falle einer Bewerbergemeinschaft ein Mitglied der Bewerbergemeinschaft oder ein Nachunternehmer/Eignungsverleiher gewerblich mit Medaillen und Münzen handelt und hierbei nicht nur sonstige spezifische Produkte zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS (z.B. besondere Produktverpackungen, Bücher/ sonstige Behältnisse zum Einlegen der VfS-Münzen o.ä.) anbietet, sondern auch Produkte (insb. Medaillen) ähnlich zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS gestaltet bzw. anbietet und bewirbt. In diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein entsprechendes Unternehmen den Fokus auf den eigenen Geschäftsbetrieb richtet und der Auftrag (Vertrieb der VfS-Münzen) daher nicht neutral, loyal und frei von wirtschaftlichen und geschäftlichen Eigeninteressen zum Nachteil des Bundes ausgeführt wird. Das gleiche gilt für Unternehmen, deren Gesellschaftsanteile ganz oder teilweise von Dritten gehalten werden, für die eine die Eignung verneinende Interessenkollision vorliegen.“ (Hervorhebung im Original).

Die Anlage 10 enthält auch eine als Fragenkatalog gestaltete Eigenerklärung, in der unter anderem fünf Fragen insbesondere dazu gestellt werden, ob mit Münzen und/oder Medaillen gehandelt werde und gegebenenfalls darzulegen ist, welche Maßnahmen zur Vermeidung eines Interessenkonflikts beabsichtigt seien (zur Beantwortung dieser Fragen sowie der Darlegung von Maßnahmen durch die Antragstellerin (ASt), siehe unten).

In der europaweiten EU-Bekanntmachung des Teilnahmeverfahrens wird unter Ziffer III.1.3) „*Technische und berufliche Leistungsfähigkeit*“ eine Auflistung der „*Eignungskriterien*“ vorgenommen und ausgeführt:

„9. Eigenerklärung zum Umgang mit Interessen- und Loyalitätskonflikten durch Offenlegung geschäftlicher Tätigkeiten, welche eine neutrale und loyale Ausführung des Auftrags beeinträchtigen können (vgl. Anlage 10), unter Angabe

- ob gewerblich mit Medaillen und/oder Münzen gehandelt wird und Beschreibung des Handelsgeschäfts,

- ob Medaillen und/oder sonstige Produkte angeboten werden, die ähnlich zu den VfS-Münzen gestaltet sind bzw. ob solche Produkte beworben werden und Beschreibung der Medaillen und/oder sonstiger Produkte,

- ob offizielle Sammlermünzen der VfS zum Kauf angeboten und daher regelmäßig Bestellungen bei der VfS aufgegeben werden,

- ob und wenn ja Beschreibung welche sonstige spezifische Produkte zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS (z.B. sog. besondere Produktverpackungen, Bücher/ sonstige Behältnisse zum Einlegen der VfS-Münzen) angeboten werden,

- Beschreibung der geplanten Maßnahmen zur Vermeidung von Interessen- und Loyalitätskonflikten im Fall der Beauftragung.“

Die ASt ist ein privater Münz- und Medaillenhändler [...]. Sie betreibt Direktvertrieb von Münzen und Medaillen sowohl in Deutschland als auch im Ausland. Zu den vertriebenen Münzen gehören auch die von der VfS herausgegebenen Sammlermünzen. Gleichzeitig gibt die ASt u. a. eigenständig Medaillensammlungen in Spiegelglanz-Qualität heraus, die thematisch aber auch optisch den Sammlermünzen des Bundes ähneln. Die Gewinnmargen beim Vertrieb von Medaillen sind deutlich höher als beim Vertrieb von Sammlermünzen der VfS. Die ASt erwirtschaftet nach eigenen Angaben [...] Prozent ihres Umsatzes mit Medaillen.

Vor Abgabe ihres Teilnahmeantrags stellte die ASt die folgende Bewerberfrage:

„Wir gehen davon aus, dass die im Einleitungstext zu Anlage 10 angenommene Nichteignung von Unternehmen, welche Produkte (insbesondere Medaillen) ähnlich den offiziellen Sammlermünzen der VfS gestalten, anbieten oder bewerben, widerleglich ist. Demnach öffnen die Teilnahmeunterlagen nach unserem Verständnis auch Bewerbern, welche Medaillen gestalten bzw. anbieten und bewerben, die ähnlich zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS sind, die Möglichkeit, ihre Eignung dadurch herzustellen bzw. darzulegen, dass sie unter

Ziffer 6 von Anlage 10 ein Maßnahmenkonzept beschreiben, dass auch in ihrem Fall die befürchteten Interessen-/ Loyalitätskonflikte vermeidet.

Wir bitten höflich um kurzfristige Bestätigung unserer Auffassung, damit wir uns für die Erarbeitung unseres Teilnahmeantrages darauf einstellen können.

Andernfalls bitten wir ausdrücklich um einen Hinweis, dass Unternehmen, die Medaillen gestalten bzw. anbieten und bewerben, die ähnlich zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS sind, von Anfang an vom Teilnahmewettbewerb ausgeschlossen sein sollen".

Die Ag beantwortete die Frage wie folgt: „Ja. Ihre Auffassung trifft im Grundsatz zu.“ Und veröffentlichte Frage und Antwort als Bewerberinformation (dort lfd. Nr. 4 vom 17. Januar 2018).

Die ASt reichte fristgerecht am 26. Januar 2018 einen Teilnahmeantrag ein und fügte jeweils eine ausgefüllte Eigenerklärung (Anlage 10) für die ASt als auch eine Eigenerklärung für die [...] GmbH für den Versandhandel („X“) „als Nachunternehmer und Eignungsverleiher“ der ASt bei.

X ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der ASt, mit der auch ein Gewinnabführungsvertrag besteht. Als Geschäftsführer der X fungiert u. a. [...], der gleichzeitig auch geschäftsführender Gesellschafter der Komplementärin der ASt ist. Gegenstand der Geschäftstätigkeit der X ist „die Erbringung von Dienstleistungen (Fulfillment und Kundenservice), insbesondere für den Versandhandel einschließlich aller damit zusammenhängenden Tätigkeiten“ (vgl. Auszüge aus dem Handelsregister und der Bisnode-Firmendatenbank für die genannten Unternehmen).

In ihrer Eigenerklärung (Anlage 10) bejahte die ASt alle fünf Fragen und bestätigte im Einzelnen, dass es im Fall der Beauftragung zu einem möglichen Interessenkonflikt kommen könne (zu Frage 1), dass sie gewerblich mit Münzen und/oder Medaillen handele (zu Frage 2), dass sie Medaillen und/oder sonstige Produkte anbiete, die ähnlich zu den VfS-Münzen gestaltet sind (zu Frage 3), dass sie offizielle Sammlermünzen der VfS zum Kauf anbiete und regelmäßig Bestellungen bei der VfS aufgabe (zu Frage 4) und dass sie spezifische Produkte (Zubehör) zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS anbiete. Zur Erläuterung legte die ASt Anlagen mit weiteren Ausführungen bei.

In der Anlage 10.1 „Eigenerklärung mögliche Interessenkonflikte [...]“ heißt es:

„[...] handelt mit Gedenkmünzen und Medaillen und vertreibt diese an Sammler und verfolgt im Prinzip ein ähnliches Geschäftsmodell wie die VfS. Insoweit könnte man auf den ersten Blick meinen, es könne zu einem Interessen- bzw. Loyalitätskonflikt kommen, wenn [...] unter dem ausgeschriebenen Auftrag Leistungen erbringt, die in ähnlicher Weise auch im Eigengeschäft der [...] anfallen. Die Besorgnis möglicher Interessen- bzw. Loyalitätskonflikte ist bei Würdigung der von [...] eingerichteten Geschäftsprozesse, die im Einzelnen auch im Maßnahmenkonzept zu Ziffer 6 dargestellt sind, sachlich jedoch unbegründet.“

In der Anlage 10.6 „[...] Maßnahmenkatalog“ heißt es:

„I. Ausschluss möglicher Zielkonflikte

Die Wahrnehmung der Interessen der VfS würde [...] in einer eigenständigen Organisationseinheit separieren. Der betreffende Bereichsleiter wäre ausschließlich für die VfS zuständig und hätte keinerlei anderweitige Funktionen, Aufgaben und Verantwortlichkeiten in den übrigen Geschäftsbereichen von [...]. Er wäre gleichzeitig Ansprechpartner des Auftraggebers und wäre für die operative Umsetzung sowie die Einhaltung aller vereinbarten Service Levels verantwortlich, ohne dabei anderweitigen Zielvorgaben von [...] bzw. von anderen Auftraggebern verpflichtet zu sein. Die geplante personelle, organisatorische und technische Separierung trennt die Aufgaben für die VfS komplett von den übrigen operativen und technischen Aufgaben von [...].

II. Ausschluss möglicher Kapazitätskonflikte

[...] verfügt über ausreichende und erweiterbare Kapazitäten, um alle in der Leistungsbeschreibung geforderten Inhalte und Stückzahlen auszuführen. Derzeit betreibt und betreut [...] verschiedene Mandanten und Web-Shops. Im Fall der Auftragserteilung wird sowohl ein eigener IT-Mandant inkl. Webshop als auch ein eigener Bereich „VfS“ bei [...] installiert und mit einem eigenen Bereichsleiter von den anderen Aufgaben getrennt eingerichtet (s. o.). Die Inhalte des Webshops werden gemäß den Instruktionen des Marketing-Dienstleisters des Auftraggebers betrieben.“

In der gesonderten Eigenerklärung der X (Anlage 10) wurden die erste Frage, ob es zu einem Interessen- bzw. Loyalitätskonflikt kommen kann mit „ja“ beantwortet und hierzu eine Anlage „Mögliche Interessenkonflikte X“ und sowie eine Anlage „Eigenerklärung Maßnahmenkatalog X“ beigefügt. Die übrigen Fragen wurden mit „nein“ beantwortet.

In der Anlage 10.6 „Maßnahmenkatalog X“ heißt es:

„Bei X wird ebenfalls ein eigener Bereich gebildet, der gleichfalls an den Bereichsleiter „VfS“ bei [...] berichten wird.

In der Kundenbetreuung wird ein eigenes Team eingerichtet, welches exklusiv für die VfS-Kundenanliegen tätig sein wird — in Zeiten von Spitzenbelastungen steht als Überlauf die reguläre X Kundenbetreuung zur Verfügung.

In der Logistik werden auch die Lagerhaltung und Kommissionierung/Konfektionierung physisch getrennt von anderen logistischen Aktivitäten durchgeführt.

Durch die genannten Maßnahmen ist sichergestellt, dass sich mögliche Interessenskonflikte bzw. falsche Zuordnungen und Verwechslungen zwischen Kunden und Aufträgen nicht realisieren.“

Mit Schreiben vom 27. Februar 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Teilnahmeantrag aufgrund einer Interessenkollision, die die Eignung verneine, gemäß § 46 Abs. 2 Vergabeverordnung (VgV) nicht berücksichtigt werden könne. Nach der Eigenerklärung (Anlage 10) handele die ASt gewerblich mit Münzen und Medaillen und biete „auch Produkte (insbes. Medaillen) ähnlich zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS an.“ (S. 1 des Schreibens).

Weiter heißt es auf Seite 2f. des Schreibens: *„Aufgrund des Eigengeschäfts der [ASt] kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass Ihr Unternehmen den Fokus auf den eigenen Geschäftsbetrieb richtet und der Auftrag daher nicht neutral, loyal und frei von wirtschaftlichen und geschäftlichen Eigeninteressen zum Nachteil des Bundes geführt wird. [...]*

Hier ist [...] nicht auszuschließen, dass die für dem Bund auszuschließenden Leistungen in qualitativer Hinsicht leiden oder im schlimmsten Fall keine neutrale, an den Interessen des Auftraggebers orientierte Auftragsausführung gewährleistet ist und der eigene Geschäftsbereich zum Nachteil des Bundes gefördert wird. Insbesondere ist in Bezug auf die Unterstützungsleistungen bei der Weiterentwicklung des Geschäftsbereichs aufgrund des ausgeübten Eigengeschäfts der [ASt] zu befürchten, dass keine neutralen und objektiven Beiträge seitens der [ASt] geleistet werden können. [...]

Eine andere Beurteilung ist auch unter Berücksichtigung des von Ihnen eingereichten Maßnahmenkonzepts nicht möglich. In Bezug auf mögliche Zielkonflikte beschränkt sich das Maßnahmenkonzept darauf, die Wahrnehmung der Interessen der VfS in einer eigenständigen Organisationseinheit zu separieren. Eindeutig erkennbare wirtschaftliche Interessen eines

Unternehmens können jedoch nicht durch die interne Trennung in verschiedene Organisationseinheiten beseitigt werden, da Mitarbeiter eines Unternehmens nach allgemeiner Lebenserfahrung generell auf die Interessen ihres Arbeitgebers Rücksicht nehmen [...]. Insofern ist das unter Ziffer 6 dargelegte Maßnahmenkonzept in Bezug auf Leistungsteile, die unmittelbar durch [...] ausgeführt werden, bereits vom Ansatz her nicht geeignet, die oben beschriebenen Zielkonflikte zu verhindern.“

Mit Schreiben vom 9. März 2018 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Ausschlussentscheidung als rechtswidrig. Eine die Eignung verneinende Interessenkollision gemäß § 46 Abs. 2 VgV liege nicht vor. Die Ag gehe bereits von einem fehlerhaften rechtlichen Beurteilungsmaßstab aus und es liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor. Nachvollziehbare objektive Umstände, die gegenläufige Interessen der ASt bei der Auftragsdurchführung betreffen, seien nicht ersichtlich. Interessenkonflikte seien weder im Hauptgegenstand der Fulfillmentdienstleistungen des ausgeschriebenen Dienstleistungsvertrags zu besorgen, in dem es im Wesentlichen um eine bloße „Kapazitätsleihe“ gehe, noch für den Bereich der Weiterentwicklung des Geschäftsbereiches nachvollziehbar begründet. Die Besorgnis der Ag fuße auf der Annahme, dass der ASt bei der Abstimmung mit dem Marketing-Dienstleister über Maßnahmen zur Weiterentwicklung des Geschäftsbereiches der Ag „mauern“ könne. Es sei allerdings unzulässig, der ASt einen solchen Vertragsbruch zu unterstellen, zumal diese Referenzen vorgelegt habe. Die Ausschlussentscheidung leide überdies an einer Ermessensüberschreitung, weil diese „dem Grade nach unverhältnismäßig“ sei. Der ASt sollten geschätzt 95 Prozent der ausgeschriebenen Leistungen des Hauptgegenstandes vorenthalten werden, nur weil die ASt in geschätzt „5% der ausgeschriebenen Leistungen möglicherweise auftragsschädlichen Interessenskonflikten [unterliege]“.

Weiterhin habe die Ag den von der ASt vorgelegten Maßnahmenkatalog zur Vermeidung möglicher Interessenkonflikte verkannt. Schließlich bestehe die Besorgnis einer Diskriminierung gegenüber dem gegenwärtigen Dienstleister, der ein sehr ähnliches Handelsgeschäft wie die ASt betreibe und der sich nach Kenntnis der ASt ebenfalls am verfahrensgegenständlichen Teilnahmewettbewerb beteilige.

Mit Schreiben vom 12. März 2018 wies die Ag das Rügeschreiben wegen fehlender Vollmachtsurkunde unter Berufung auf § 174 BGB zurück.

Mit Schreiben vom 13. März 2018 übersandte die Verfahrensbevollmächtigte der ASt eine Vollmachtsurkunde und rügte die Anwendung von § 174 BGB als eigenständigen Vergaberechtsverstoß.

Mit Schreiben vom 23. März 2018 wies die Ag über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Rügen insgesamt zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 6. April 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 9. April 2018 an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass die Ag bei ihrer auf § 46 Abs. 2 VgV gestützten Ausschlussentscheidung von einem fehlerhaften rechtlichen Maßstab ausgegangen sei. Dieser sei anhand objektiver Umstände nicht nachvollziehbar, wodurch das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 GWB verletzt werde. Mit dieser Rüge sei die ASt nicht präkludiert, weil sie sich nicht schon gegen die Festlegung eines Kriteriums zur beruflichen Leistungsfähigkeit wende, sondern gegen die konkrete Ausschlussentscheidung, die eine Abwägung der Umstände im Einzelfall erfordere. Im Übrigen habe die Ag den in Anlage 10 der Teilnahmeunterlagen (Eigenerklärung) niedergelegten Beurteilungsmaßstab durch die Beantwortung der von der ASt gestellten Bewerberfrage später wieder zurückgenommen bzw. relativiert.

Weiterhin liege kein Interessenkonflikt vor, weil die Ag das Geschäftsmodell der ASt verkannt und unzureichend gewürdigt habe, dass die von der ASt übernommenen Handelsleistungen objektiv auch den Emittenten von offiziellen Gedenk- und Sammlermünzen zugutekomme und mit dem Geschäftsmodell der Ag komplementär sei. Es bestehe tatsächlich kein sachlicher Zusammenhang zwischen der festgestellten Interessendivergenz zu den ausgeschriebenen Leistungen. Die Ag versuche vielmehr die ausgeschriebenen Leistungen nachträglich in einer Weise zu interpretieren, in der der Auftragnehmer die Qualität eines Sachwalters der Ag auszufüllen habe. Diese Qualifikation sei aus der Leistungsbeschreibung nicht erkennbar und auch nicht beschrieben worden. Wirtschaftlich betrachtet handele es sich bei den ausgeschriebenen Fulfillmentdienstleistungen um solche des operativen Geschäfts, die lediglich eine bloße Kapazitätsleihe der Ag am Betrieb des Auftragnehmers beinhalten. Eine Sachwalterfunktion sei damit nicht verbunden. Dies gelte auch für den Bereich des untergeordneten Leistungspakets IV („*Weiterentwicklung des Geschäftsbereichs*“), denn

die Entscheidungsbefugnis verbleibe ausschließlich bei der Ag. Dabei verkenne die Ag auch, dass das von der ASt unterbreitete Maßnahmenkonzept zur Vermeidung möglicher Interessenkonflikte geeignet sei.

Schließlich sei nicht erkennbar, dass im Rahmen ihrer gemäß § 46 Abs. 2 VgV zu treffenden Ermessensentscheidung das Gebot der Verhältnismäßigkeit gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 berücksichtigt worden sei. Der Ausschluss sei „*dem Grade nach*“ unverhältnismäßig aufgrund der gegenüber des Hauptgegenstandes der ausgeschriebenen Leistung („*Kapazitätsleihe*“) untergeordneten Bedeutung des Bereichs der Weiterentwicklung des Geschäftsbereiches, der allein möglicherweise auftragsschädlichen Interessenskonflikten unterliege. Der Ausschluss sei im Übrigen auch „*dem Grunde nach*“ unverhältnismäßig, weil der Ausschluss nicht erforderlich sei.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahrens gemäß § 160 ff. GWB einzuleiten, verbunden mit einer unverzüglichen Information der Ag gemäß § 169 GWB in Textform,
2. die Ag zu verpflichten, die zum Vergabeverfahren „*Fulfillmentdienstleistungen zum Vertrieb von Münzen und Münzprodukten der Offiziellen Verkaufsstelle für Sammlermünzen der BRD*“ gegenüber der ASt getroffene Ausschlussentscheidung vom 27. Februar 2018 als vergaberechtswidrig zurückzunehmen und die ASt wieder zum Vergabeverfahren zuzulassen,
3. die Vergabeakten der Ag beizuziehen und der ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen sowie
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Die Ag macht geltend, dass sich der streitgegenständliche Auftrag nachhaltig vom üblichen Beschaffungsbedarf insofern unterscheide, als der Vertrieb von Sammlermünzen von der Ag über eine Vertragslaufzeit von bis zu 15 Jahren übernommen und in dieser Zeit durch den Auftragnehmer Einnahmen für den Bundeshaushalt erwirtschaftet werden sollen. Mit dem ausgeschriebenen GBV sei eine Sachwalterfunktion für den Vertrieb ausgeschrieben worden, die beinhalte, dass der Auftragnehmer Vermögensinteressen des Bundes wahrnehme. Dies ergebe sich nicht nur aus § 6 Abs. 1 GBV, sondern auch aus einer Gesamtbetrachtung und Auslegung der Vergabeunterlagen nach dem objektiven Empfängerhorizont.

Mit der gegen den Beurteilungsmaßstab vorgetragenen Rüge sei die ASt gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert, weil sich dieser bereits aus der Bekanntmachung ergebe. Die Ag habe auch nicht den Beurteilungsmaßstab infolge der Bewerberfrage der ASt zurückgenommen, sondern lediglich bestätigt, dass die Eigenerklärung (Anlage 10) die Möglichkeit eröffne, geeignete Maßnahmen zur Auflösung des Interessenskonflikts vorzuschlagen. Im Übrigen sei der Beurteilungsmaßstab transparent dargelegt.

Dem Leistungspaket IV („*Weiterentwicklung des Geschäftsbereichs*“) komme keine untergeordnete Bedeutung zu. Vielmehr handele sich um einen untrennbaren Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung, für die Innovationspotenzial, fortlaufende Optimierung und kooperative Zusammenarbeit von den Bietern gefordert sei. Eine Beschränkung der Rolle des Auftragnehmers auf eine lediglich unterstützende und operative Funktion werde dem nicht gerecht.

Die ASt habe die Möglichkeit eines Interessenskonflikts aufgrund des offen gelegten Beurteilungsmaßstabes durch den Handel mit Medaillen als Konkurrenzprodukt der Sammlermünzen der VfS in ihrer Eigenerklärung (Anlage 10) bejaht.

Für diesen Interessenkonflikt insbesondere im Hinblick auf die Leistung „*Weiterentwicklung des Geschäftsbetriebs*“, habe die ASt aber keine Maßnahmen zur Beseitigung des Interessenskonflikts im Maßnahmenkatalog dargelegt.

Auch ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liege nicht vor, da § 46 Abs. 2 VgV bei der Rechtsfolge kein Ermessen eröffne. Im Übrigen habe die Ag jedenfalls durch Anforderung und Würdigung des Maßnahmenkatalogs der ASt genügende Verhältnismäßigkeitserwägungen angestellt und beurteilungsfrei festgestellt, dass die dort aufgeführten Maßnahmen ungeeignet waren.

3. Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 2. Mai 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 GWB insofern genügt, als sie sich mit Schreiben vom 9. März 2018 gegen den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags gemäß § 46 Abs. 2 VgV gewandt hat.

Die für eine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB erforderliche Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes muss sich auf die Erkenntnismöglichkeit des konkreten Unternehmens bei Anwendung üblicher Sorgfalt beziehen. Dabei muss sich die Erkennbarkeit sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2011, VII-Verg 16/11).

Nach diesen Maßgaben erfolgte die Rüge nicht verspätet, obwohl auf die von der Ag geforderte Eigenerklärung zu Interessen- und Loyalitätskonflikten bereits in der Bekanntmachung verwiesen wurde (Ziffer III.1.3) und in den Teilnahmeunterlagen (Eigenerklärung, Anlage 10 sowie § 6 Abs. 1 GBV) – unter Verweis auf § 46 Abs. 2 VgV – ausgeführt wurde, dass Voraussetzung für die Teilnahme ist, dass der Bewerber keine Interessen verfolgt, die die Auftragsausführung nachteilig beeinflussen können, wobei die Ag ausdrücklich ausgeführt hat, dass sie eine solche Interessenskollision beim gewerblichen Handel mit ähnlich gestalteten Medaillen annehmen wird.

Denn die ASt hat klargestellt, dass sie sich nicht schon gegen die Festlegung dieses Kriteriums zur beruflichen Leistungsfähigkeit wendet, sondern gegen die auf § 46 Abs. 2 VgV gestützte konkrete Ausschlussentscheidung. Hierbei wehrt sich die ASt gegen die Feststellung der Ag, dass die Geschäftstätigkeit der ASt einen

Interessenskonflikt begründet, der den Ausschluss der ASt vom Vergabeverfahren rechtfertigt und nicht durch die von der ASt angebotenen Abhilfemaßnahmen ausgeräumt werden kann. Eine zwangsläufige Unvereinbarkeit der Geschäftstätigkeit der ASt mit der Teilnahme am Vergabeverfahren ergab sich jedenfalls unstreitig nicht aus den in der Bekanntmachung oder den Teilnahmeunterlagen enthaltenden Regelungen. Dies hat die Ag auf die Bewerberfrage der ASt auch klargestellt. Damit ist festzustellen, dass die den von der ASt geltend gemachten Verstoß begründenden Tatsachen und deren rechtliche Beurteilung noch nicht für die ASt erkennbar waren. Auch die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB wurde vorliegend gewahrt.

- b) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Der Ausschluss des Teilnahmeantrags der ASt würde dazu führen, dass sie jegliche Zuschlagschance im Vergabeverfahren verliert.
2. Der Nachprüfungsantrag ist aber in der Sache unbegründet. Die Ag hat beurteilungsfehlerfrei einen Widerspruch im Sinne des § 46 Abs. 2 VgV zwischen den Interessen der ASt mit der Ausführung des Auftrags festgestellt, die letztere nachteilig beeinflussen könnte (a) und eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Ausschluss der ASt unter Berücksichtigung der vorgelegten Maßnahmenkataloge getroffen (b).
- a) Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ausschlussentscheidung nach § 46 Abs. 2 VgV (aa) liegen vor: Die Ag hat beurteilungsfehlerfrei einen Interessenskonflikt der ASt festgestellt, der die zukünftige Auftragsausführung nachteilig beeinflussen könnte (bb).
 - aa) Die Vorschrift des § 46 Abs. 2 VgV wurde im Rahmen der Vergaberechtsreform 2016 – in Umsetzung der Vorgabe in Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU – neu in die VgV aufgenommen. Bei der systematischen Einordnung scheint sich der Gesetzgeber vornehmlich an der Überschrift des Artikels 58 („*Eignungskriterien*“) und am Eingangssatz des Abs. 4 („*Im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit...*“) orientiert zu haben. In der Regierungsbegründung wurde lediglich für die Vorschriften des § 46 Abs. 1 und Abs. 3 VgV festgestellt, dass es sich um abschließende Regelungen der Anforderungen bzw. der Nachweise der Leistungsfähigkeit im Rahmen der Eignungsprüfung handelt, zu Abs. 2 aber keinerlei Aussage getroffen (vgl. BT-Drs. 18/7318 zur VergRModVO).

Nach Sinn und Zweck der Regelung des Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2 Satz 2 Richtlinie 2014/24/EU und des § 46 Abs. 2 VgV – und unter Berücksichtigung des offen formulierten Wortlauts – bezieht sich diese Vorschrift nicht auf Eignungskriterien, sondern auf einen fakultativen Ausschlussgrund, der auch in § 124 GWB hätte geregelt werden können (so auch Hausmann/von Hoff in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, Rn. 6). Die Regelung des Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2 Satz 2 Richtlinie 2014/24/EU wie auch des § 46 Abs. 2 VgV zielen darauf ab, dem Auftraggeber eine Handlungsoption zu eröffnen, wenn dieser bereits im Vergabeverfahren feststellt, dass ein Bieter oder Bewerber Interessen hat, die mit der Ausführung des Auftrags im Widerspruch stehen und dessen Ausführung nachteilig beeinflussen können.

Dieser offene Regelungszweck entzieht sich gerade aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher Interessenkonflikte einer abschließenden Regelung und geht daher über eine vorherige Festlegung klar definierter (Mindest-)Eignungskriterien, die nur anhand eines abschließend definierten Katalogs anforderbarer Unterlagen (vgl. § 46 Abs. 3 VgV) belegt werden können, hinaus. Es wäre auch mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten und ausschreibungskonformen Erbringung öffentlicher Aufträge nicht zu vereinbaren, wenn der öffentliche Auftraggeber gezwungen wäre, einen Auftrag an einen Bieter zu vergeben und dabei sehenden Auges nachteilige Auswirkungen für die Leistungserbringung zu riskieren. Aus den vorgenannten Überlegungen ergibt sich mithin die Einordnung des § 46 Abs. 2 VgV als fakultativen Ausschlussgrund, wobei die Vorschrift selbst allerdings kein Eignungskriterium im Sinne des § 46 Abs. 3 VgV darstellt. Dennoch handelt es sich um einen Ausschlussstatbestand auf der Eignungsebene, weil durch die Bejahung der Voraussetzungen der Norm dem Bieter oder Bewerber im Ergebnis die berufliche Leistungsfähigkeit abgesprochen wird.

Bei der Feststellung widersprechender Interessen, die geeignet sind die spätere Auftragsausführung nachteilig zu beeinflussen, hat der Auftraggeber aufgrund ihrer prognostischen Natur – wie bei anderen fakultativen Ausschlussgründen – einen nur eingeschränkt auf fehlerhafte Tatsachenwürdigung überprüfbar Beurteilungsspielraum und hinsichtlich der Rechtsfolge Ermessen (vgl. BT-Drs. 18/6281, Regierungsbegründung zum VergModG, S.104).

Nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 VgV genügt tatbestandlich der Nachweis einer abstrakten Gefahr, die allerdings nicht nur rein theoretischer Natur sein darf („*nachteilig beeinflussen könnten*“). Dies entspricht auch dem Regelungszweck, der Norm, die dem Auftraggeber bei einer nachvollziehbar begründeten Gefahr eines Interessenkonflikts die Möglichkeit eröffnen soll, sich nicht auf ein Vertragsverhältnis mit einem Unternehmen einlassen zu müssen, dessen Interessen im Widerspruch zu dem vom Auftraggeber angestrebten Leistungserfolg stehen.

- bb) Gemessen an diesen Anforderungen hat die Ag beurteilungsfehlerfrei einen Interessenskonflikt der ASt festgestellt, der geeignet ist, die Auftragsausführung nachteilig zu beeinflussen.

Zunächst ist es nicht zu beanstanden, dass die Ag in ihrer Ausschlussentscheidung als Anknüpfungspunkt für einen Interessenskonflikt auf den gewerblichen Handel mit Medaillen als Konkurrenzprodukt abstellt, die ähnlich gestaltet sind, wie die Sammlermünzen, die von der VfS herausgegeben werden. Die ASt hat die Möglichkeit eines Interessenskonflikts aufgrund der Geschäftstätigkeit nicht bestritten, sondern in der Eigenerklärung (Anlage 10) dies ausdrücklich in Frage 1 bejaht und in der Anlage 10.1 anerkennt, dass man „*auf den ersten Blick meinen*“ könne, dass es „*zu einem Interessen- bzw. Loyalitätskonflikt kommen [könne], wenn [...] unter dem ausgeschriebenen Auftrag Leistungen erbringt, die in ähnlicher Weise auch im Eigengeschäft der [...] anfallen.*“

Es bestehen auch keine Zweifel daran, dass die ASt den von der Ag gewählten Anknüpfungspunkt zutreffend verstanden hat, denn den Maßstab für diese Anknüpfung hatte sie bereits in der Vorbemerkung zur Eigenerklärung (Anlage 10) ausdrücklich niedergelegt. Dort heißt es, dass „*die Eignung verneinende Interessenkollision [...] jedenfalls dann anzunehmen [ist], wenn das Unternehmen sowie im Falle einer Bergergemeinschaft ein Mitglied der Bergergemeinschaft oder ein Nachunternehmer/Eignungsverleiher gewerblich mit Medaillen und Münzen handelt und hierbei nicht nur sonstige spezifische Produkte zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS [...] anbietet, sondern auch Produkte (insb. Medaillen) ähnlich zu den offiziellen Sammlermünzen der VfS gestaltet bzw. anbietet und bewirbt.*“

Dass die ASt diesen Beurteilungsmaßstab verstanden und akzeptiert hat, ergibt sich aus ihrer Bewerberfrage, in der dieser zutreffend zusammengefasst wird und lediglich erfragt wird, ob der angenommene Interessenskonflikt widerleglich ist oder solche Bewerber von Anfang an ausgeschlossen werden sollen.

Der Vortrag der ASt, dass die Ag den Beurteilungsmaßstab später durch die bestätigende Antwort wieder zurück genommen bzw. relativiert habe, findet weder im Wortlaut der Antwort der Ag noch im Kontext der Frage der ASt eine Stütze.

Der Vorhalt der ASt, dass die Ag das Geschäftsmodell der ASt verkannt und unzureichend gewürdigt habe, ist unbegründet. Dass die von der ASt übernommenen Handelsleistungen zur Gewinnung neuer Kunden und zur Vergrößerung des Marktes auch den Emittenten von offiziellen Gedenk- und Sammlermünzen zugutekomme, ist nicht geeignet, die Feststellung zu entkräften, dass sowohl die ASt als auch die Ag auf demselben oder eng benachbarten Märkten tätig werden.

Denn insoweit erscheint der Vortrag der Ag, den die ASt im Übrigen auch in ihrer Antragschrift (dort Seite 6) bestätigt, nachvollziehbar, dass der Münzenmarkt einerseits und der Medaillenmarkt andererseits enge Bezüge aufweisen und die gleichen Kunden bedient werden. Dies drückt sich insbesondere (so auch die ASt) darin aus, dass Sammler von Münzen häufig auch Medaillen sammeln. Daraus ergibt sich wiederum, dass es bei begrenztem Budget eines Sammlers zu Auswahlentscheidungen (Substitution) zwischen Münzen und Medaillen kommt. Da die ASt aber – ebenfalls unbestritten – beim Verkauf von Medaillen eine höhere Marge erzielen kann, hat sie ein nachvollziehbares Interesse an einer Steigerung des Absatzes von Medaillen gegenüber Münzen. Damit besteht ein Wettbewerbsverhältnis, das geeignet ist einen Interessenskonflikt zu begründen.

Die vorgenannte Marktkonstellation hat die Ag beurteilungsfehlerfrei ihrer Prognose zugrunde gelegt, dass dieser Interessenskonflikt grundsätzlich geeignet ist, die Ausführung des Auftrags nachteilig zu beeinflussen.

Auch hierfür hat die ASt den Beurteilungsmaßstab bereits in der Vorbemerkung zur Eigenerklärung (Anlage 10) niedergelegt:

„In diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein entsprechendes Unternehmen den Fokus auf den eigenen Geschäftsbetrieb richtet und der Auftrag

(Vertrieb der VfS-Münzen) daher nicht neutral, loyal und frei von wirtschaftlichen und geschäftlichen Eigeninteressen zum Nachteil des Bundes ausgeführt wird.“

Auch diesen Maßstab hat die ASt ausweislich ihrer Bewerberfrage zutreffend verstanden.

Vor diesem Hintergrund kann die ASt auch nicht mit ihrer Rüge durchdringen, dass die konkrete Anwendung des Beurteilungsmaßstabs entgegen § 97 Abs. 1 GWB intransparent sei. Festzuhalten ist vielmehr, dass der Beurteilungsmaßstab für die Annahme eines für die Auftragsausführung nachteiligen Interessenkonflikts bereits in den Teilnahmeunterlagen sehr konkret und mit Bezug zur ausgeschriebenen Leistung antizipiert wurde, obwohl dies von § 46 Abs. 2 VgV nicht vorausgesetzt wird.

Es liegt auch kein Beurteilungsfehler darin begründet, dass die Ag in ihrer Ausschlussentscheidung im Schreiben vom 27. Februar 2018 konkret darauf abstellt, dass die qualitative Auftragsausführung im Allgemeinen durch das kollidierende Interesse der ASt, vorrangig ihren eigenen Geschäftsbetrieb zu fördern und „*insbesondere*“ mit Bezug auf die Unterstützungsleistungen bei der Weiterentwicklung des Geschäftsbereiches (Leistungspaket IV) nachteilig beeinflusst werden könnte.

Der dagegen vorgebrachte Einwand der ASt, dass es sich bei den ausgeschriebenen Fulfillmentdienstleistungen lediglich um solche des operativen Geschäfts – eine bloße „*Kapazitätsleihe*“ – handele, bei der die ASt offenbar davon ausgeht, dass eine nachteilige Beeinflussung per se ausgeschlossen wäre, ist nicht überzeugend. Zum einen ist auch bei einer rein operativen Geschäftstätigkeit nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen, dass die damit verbundene Steuerungsmöglichkeit und die Einsicht in die Geschäftsabläufe eines Konkurrenten genutzt werden kann, entweder die Leistungserbringung des Konkurrenten nachteilig zu beeinflussen und/oder die eigenwirtschaftliche Tätigkeit aufgrund des Insiderwissens entsprechend zu fördern.

Zum anderen hat sich die Ag nicht darauf beschränkt, lediglich auf das Wettbewerbsverhältnis von ASt und Ag abzustellen, sondern hat dies insbesondere anhand der Leistungsanforderungen des Leistungspakets IV konkretisiert und ausgeführt, dass sie die Weiterentwicklung der Vertriebs- und

Kommunikationswege als besonders gefährdeten Leistungsbereich einordne. Dabei hat sie auch das konkrete Risiko benannt, dass die ASt die Einführung eines neu entstehenden Kommunikationskanals ablehnt, obwohl dies sinnvoll wäre und gleichzeitig diesen im eigenen Geschäftsbetrieb implementiert, um auf diese Weise den eigenwirtschaftlichen Handel mit Münzen und Medaillen im Wettbewerb gegenüber dem Angebot der ASt attraktiver zu machen.

Soweit die ASt vorträgt, dass dem Leistungsbereich IV eine nur untergeordnete Rolle zukomme, kann dem nicht gefolgt werden. Das Leistungspaket IV ist unstrittig Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung. Den Loszuschnitt und die Einbeziehung dieses Leistungsteils in das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren hat die ASt allerdings nicht gerügt. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Ag, basierend auf ihrem Leistungsbestimmungsrecht, den ausgeschriebenen Leistungen des Leistungspaket IV keine untergeordnete, sondern eine erhebliche Bedeutung zumisst, für die sie Innovationspotenzial, fortlaufende Optimierung und kooperative Zusammenarbeit von den Bietern fordert. Auch der Umfang der in der Leistungsbeschreibung hierzu gemachten Ausführungen liefert insoweit keine belastbaren Anhaltspunkte. Für die Bedeutung dieses Leistungspaketes spricht vielmehr, dass die Ag hier konkrete Anforderungen an die vom Auftragnehmer zur Verfügung zu stellenden personellen Ressourcen aufstellt (siehe insoweit die Leistungsbeschreibung, Seite 45 und 46).

Folglich ist es auch nicht beurteilungsfehlerhaft, dass die Ag gerade in diesem Leistungsbereich eine besondere Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung feststellt. Diese Einschätzung ist vielmehr angesichts der Laufzeit des Auftrags von bis zu 15 Jahren und des über diesen Zeitraum nicht absehbaren Entwicklungspotentials nachvollziehbar. Mit dieser konkreten Begründung geht die Ag auch über die Darlegungslast hinsichtlich einer abstrakten Gefahr i.S.d. § 46 Abs. 2 VgV deutlich hinaus.

Unerheblich ist auch der Einwand der ASt, die von der Ag zur Begründung der Ausschlussentscheidung angeführte „*Sachwalterfunktion*“ des Auftragnehmers ergebe sich tatsächlich nicht aus der Leistungsbeschreibung und sei daher nicht Teil der ausgeschriebenen Leistung. Zunächst ist festzustellen, dass die Vertragsnorm des § 6 Abs. 1 GBV der ASt mit den Teilnahmeunterlagen zur

Kenntnis gebracht wurde, im Schreiben vom 27. Februar 2018 die Ausschlussentscheidung nicht mit diesem juristischen Terminus begründet wurde und dieser Begriff erst nachträglich zur Erläuterung der Ausschlussentscheidung in der Rügezurückweisung der Ag unter Bezugnahme auf § 6 Abs. 1 GBV eingeführt wurde. Ein Beurteilungsfehler ergibt sich hieraus nicht. Im Gegenteil ist festzustellen, dass die von der Ag vorausgesetzte besondere Gewähr für eine neutrale Auftragsausführung, die nach dem erklärten Willen des öffentlichen Auftraggebers frei von Interessenkonflikten erfolgen soll, auch auf konsistente Weise im GBV nieder gelegt wurde.

Schließlich steht der konkrete Umfang der ausgeschriebenen Leistung nicht zwischen den Beteiligten im Streit. Für die entscheidungsrelevante Anwendung des § 46 Abs. 2 VgV kommt es nicht darauf an, ob der Begriff der „*Sachwalterfunktion*“ den Leistungsgegenstand zutreffend charakterisiert, sondern lediglich ob die Ag beurteilungsfehlerfrei widersprechende Interessen der ASt festgestellt hat, die die Auftragsausführung nachteilig beeinflussen könnten. Dies ist vorliegend der Fall.

- b) Die Ausschlussentscheidung der Ag erfolgte auch ermessensfehlerfrei unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgebots. Insbesondere liegt kein Ermessensausfall vor (aa), ist der Ausschluss weder „*dem Grade nach*“ wegen einer untergeordneten Bedeutung des Leistungspakets IV noch „*dem Grunde nach*“ unverhältnismäßig (bb) und es liegt auch keine ermessensfehlerhafte Würdigung der Maßnahmenkataloge der ASt vor (cc).

- aa) Soweit die ASt geltend macht, die Ag habe Verhältnismäßigkeitserwägungen erst im Nachgang zur Ausschlussentscheidung vorgetragen, kann dem nicht gefolgt werden. Bereits die Konzeption des Teilnahmeverfahrens, die auch im Fall eines Interessenskonflikts dessen Widerlegung durch Vortrag geeigneter Abhilfemaßnahmen gründet auf Verhältnismäßigkeitserwägungen, weil gerade kein genereller Ausschluss im Voraus vorgenommen werden sollte, sondern unter Berücksichtigung des Sachverhalts im Einzelfall. Im Schreiben der Ag vom 27. Februar 2018 hat diese die Ausschlussentscheidung auch im Einzelnen begründet. Sie hat sich dabei auch mit dem eingereichten Maßnahmenkonzept auseinandergesetzt (hierzu im Einzelnen unter cc) und festgestellt, dass dieses

nicht geeignet war, die oben beschriebenen Zielkonflikte zu verhindern. Ein Ermessensausfall liegt daher nicht vor.

- bb) Es liegt auch keine Ermessensüberschreitung „*dem Grade nach*“ nach vor. Die ASt hat hierzu vorgetragen, dass es unverhältnismäßig sei, der ASt „*geschätzt 95 Prozent*“ der ausgeschriebenen Leistungen des Hauptgegenstandes vorzuenthalten, obwohl die ASt nur in geschätzt „*5% der ausgeschriebenen Leistungen möglicherweise auftragsschädlichen Interessenskonflikten [unterliege]*“. Dies ist unerheblich und begründet keinen Ermessensfehler. Denn eine *de-minimis*-Regel, aus der sich ergäbe, dass der Auftraggeber eine nachteilige Beeinflussung eines integralen Leistungsteils hinnehmen müsste bzw. eine Interessenskollision nur bezüglich eines wie auch immer quantifizierbaren Hauptleistungsteils zum Ausschluss führen dürfe, ist § 46 Abs. 2 VgV oder Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2 Satz 2 Richtlinie 2014/24/EU nicht zu entnehmen und widerspräche dem Normzweck. Im Gegenteil hat die Ag nachvollziehbar vorgetragen, dass die Weiterentwicklung des Geschäftsbereiches ein erheblicher Leistungsbestandteil ist.

Soweit die ASt eine Ermessensüberschreitung „*dem Grunde nach*“ geltend macht, weil die Ag als milderer ebenso geeignetes Mittel nicht in Betracht gezogen habe, den Marketingdienstleister zu sensibilisieren, „*darauf zu achten, dass der bezuschlagte Fulfillment-Dienstleister seine Kompetenzen [...] vollständig in den Dienst des Auftraggebers stellt*“ und überdies auf ein „*entsprechendes Controllingkonzept*“ des GBV zurückgreifen könne, ist dies zurückzuweisen. Bei den vorgeschlagenen externen und rein repressiven Kontrollen handelt es sich offensichtlich nicht um Maßnahmen, die ebenso geeignet sind, wie den Ausschluss eines durch einen Interessenskonflikt belastenden Bewerbers und die Auswahl eines von vorneherein unbelasteten Auftragsnehmers.

Es widerspräche auch der klaren Intention des Richtlinien- und Ordnungsgebers, wenn ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet wäre, einen Auftrag an einen Bieter mit widersprechenden Interessen zu vergeben, in der bloßen Hoffnung, die so erst geschaffenen Gefahren doch noch durch nachgeschaltete Kontrollmaßnahmen eindämmen zu können.

- cc) Die Ag hat auch keine ermessensfehlerhafte Würdigung der Maßnahmenkataloge vorgenommen. Die Ag hat sich vielmehr mit den angebotenen Maßnahmen auseinander gesetzt, die die ASt angeboten hat und diese ermessensfehlerfrei und zutreffend als ungeeignet qualifiziert.

Die von der ASt und deren Tochtergesellschaft [...] angebotenen Maßnahmen beschränken sich konkret darauf, innerhalb der ASt eine „*eigenständige Organisationseinheit*“ zu separieren, die von einem neu einzusetzenden „*Bereichsleiter*“ geführt wird, der keinerlei weitere Funktionen, Aufgaben und Verantwortlichkeiten bei der ASt übernehmen soll. Bei X soll „*ein eigener Bereich*“ gebildet werden, der an den Bereichsleiter der ASt berichten soll. Überdies soll für die Ag ein „*eigener Mandant inkl. Webshop*“ eingerichtet werden, der parallel zu den derzeit betreuten acht Mandanten betrieben wird.

Diese Maßnahmen sind objektiv ungeeignet, den festgestellten Interessenskonflikt zu beseitigen, denn Trägerin des Interessenskonflikt ist die Geschäftsführung der ASt, die als handelndes Organ sowohl gesellschaftsrechtlich dem Unternehmensinhaber als auch vertragsrechtlich zur Durchführung des mit dem Auftraggeber abgeschlossenen Auftrags verpflichtet wäre. Im vorliegenden Fall besteht der Interessenskonflikt in der Person des geschäftsführenden Gesellschafters der Komplementärin der ASt, die gleichzeitig auch Geschäftsführer der X ist. Infolge der vorgeschlagenen Maßnahmen würde die Auftragsausführung für die Ag vollständig in die Geschäftstätigkeit der ASt unter der Direktionsbefugnis der Geschäftsführung der ASt integriert. Es ist daher nicht zu beanstanden, sondern vielmehr zutreffend, dass die Ag die Einsetzung eines gegenüber der Geschäftsführung weisungsabhängigen Bereichsleiters als im Ansatz ungeeignet qualifiziert hat, den Interessenskonflikt zu vermeiden.

III.

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

Danach hat die ASt als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich hinsichtlich der Anforderungen des im Rahmen der Vergaberechtsnovelle 2016 eingeführten Ausschlussstatbestandes des § 46 Abs. 2 VgV noch nicht geklärte Rechtsfragen, die eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

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

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

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

Behrens

Brune