



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 61/18

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Projekträgerschaft [...]“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die stellvertretende Vorsitzende Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Blöcker aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Juli 2018 am 30. Juli 2018 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Bekanntmachung im Amtsblatt der EU zurückzusetzen.

2. Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Gesamtschuldner. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsteller war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe „Projektträgerschaft [...] durch. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Projektträgervertrags und dient der Umsetzung der entsprechenden Förderrichtlinie. Der Projektträger wird den Auftraggeber in allen Phasen der Projektförderung durch Übernahme von Aufgaben der administrativen Fördermittelbearbeitung unterstützen. Vorgesehen ist u.a. die Beratung und Information der Förderinteressenten, Bearbeitung der Förderanträge, Erstellung der Förderbescheide in Abstimmung mit der Ag und die weitere Begleitung der geförderten Verfahren, z.B. durch Prüfung der Verwendungsnachweise (vgl. Ziffer II.2.4 der EU-Bekanntmachung).

In Abschnitt I.3) „Kommunikation“ der Bekanntmachung wurde auf die Internetadresse <https://www.evergabe-online.de/tenderdetails.html> [...] verwiesen, auf der die Auftragsunterlagen abrufbar waren. In Ziffer III.1) „Teilnahmebedingungen“ hieß es unter III.1.2) „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sowie III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“:

„Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“.

In Ziffer III.2) „Bedingungen für den Auftrag“ unter Ziffer III.2.2) „Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ wurde u.a. auf eine Neutralitätserklärung verwiesen:

„– Neutralitätserklärung: Aufgrund der Leistungspflichten des AN ist eine Beteiligung an Projekten im Rahmen der in der Leistungsbeschreibung benannten Programme/Maßnahmen grundsätzlich unzulässig, es sei denn, eine Interessenkollision ist im Einzelfall ausgeschlossen. Der AN hat eine Eigenerklärung abzugeben, die darstellt, ob und auf welche Weise der Leistungserbringer mit Rechtssubjekten gesellschaftsrechtlich verflochten ist, die sich möglicherweise an

künftigen Förderverfahren, die gemäß der vorliegenden Ausschreibung in den Zuständigkeitsbereich des künftigen Auftragnehmers fallen, beteiligen werden.“

Der abzuschließende Projektträgervertrag enthält in § 10 eine Regelung zu Neutralität und Interessenkollisionen. Danach sollen bei der Betreuung von Vorhaben Interessenkollisionen jedweder Art, insbesondere nach §§ 20 und 21 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vermieden werden. In den Vergabeunterlagen heißt es im Dokument „Eignungsanforderungen/-kriterien“ unter Besondere Bedingungen – BesB – Ziffer 2 „Erklärungen zu Interessenkonflikten/zur Neutralität“:

„Aufgrund der Leistungspflichten des AN ist eine Beteiligung des AN und/oder seiner mit ihm gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen an den in der Leistungsbeschreibung bzw. im Förderprogramm bezeichneten Förderprojekten bzw. die Beratung/Beantragung von Förderprojekten grundsätzlich unzulässig.

Der Bieter hat eine Eigenerklärung abzugeben,

a) ob und auf welche Weise er ggf. mit Rechtssubjekten gesellschaftsrechtlich verflochten ist, die sich möglicherweise an künftigen Förderverfahren im zugrundeliegenden Förderprogramm beteiligen werden,

b) ob er beabsichtigt, selbst Antragsteller oder als Berater für Antragsteller zukünftiger Fördervorhaben im zugrundeliegenden Förderprogramm zu sein.

[...]

Soweit im Rahmen einer Einzelfallprüfung ein Interessenkonflikt nicht ausgeschlossen werden kann, wird der Bieter von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen. [...]

In dem dazugehörigen Formblatt BesB 2 „Erklärung zur Neutralität“ hatten die Bieter entsprechende Erklärungen anzukreuzen und gegebenenfalls darzustellen, mit welchen Maßnahmen eine mögliche Interessenkollision ausgeschlossen werde.

Den Vergabeunterlagen war eine tabellarische Übersicht „Zuschlagskriterien“ mit Gewichtungspunkten beigelegt. Im Abschnitt 2 „Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals“ war im Zuschlagskriterium 2.1 folgendes gefordert:

2.1	Fachtechnische Kenntnisse und Erfahrungen in der materiellen Prüfung und Bearbeitung von Förderanträgen auf den Fachgebieten  [...]  <b>und</b>  • [...]	Nachweis von Erfahrungen/Fachkenntnissen anhand von Referenzprojekten je Person.  Zu den Referenzprojekten sind folgende Angaben zu machen (Formblatt 4.1):	Es ist mindestens ein Punkt zu erreichen.  Es müssen insgesamt mindestens <u>zehn</u> Personen benannt werden.	Eine Person kann auch bei mehreren Kriterien benannt werden, wenn entsprechende Kenntnisse und Erfahrungen vorliegen.
-----	--	---	--	---

		<p>Angaben zum Projekt:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- kurze Beschreibung des Projektauftrags</li><li>- Auftraggeber (AG)</li></ul> <p>Angaben zur Person:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Funktion /Stellung im Projekt</li><li>- Tätigkeiten im Projekt (aussagekräftige Beschreibung der Tätigkeit des/r Beteiligten im Projekt aus der das Erfahrungsspektrum und die Erfahrungstiefe, bezogen auf die Anforderungen des Kriteriums im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen, erkennbar sind)</li><li>- Dauer der Projektbegleitung</li></ul>	<p>Jedes Fachgebiet ist mit mindestens <u>drei</u> Referenzen abzudecken.</p> <p>Referenzprojekte müssen jeweils eine Dauer der Projektbegleitung von mindestens <u>sechs Monaten</u> aufweisen.</p>	
--	--	---	--	--

In der letzten Spalte wurde zur Wertung im Zuschlagskriterium Ziffer 2. insgesamt ausgeführt:

Die Referenzen werden pro Kriterium in der Gesamtschau der Erfahrungen des Projektteams gewertet. Es erfolgt keine Einzelwertung pro Person.

Das eingesetzte Projektteam ist für die Erbringung der Leistung aufgrund des Erfahrungsspektrums und der Erfahrungstiefe für die Ausführung der Leistung insgesamt

4 Punkte: sehr gut  
3 Punkte: gut  
2 Punkte: befriedigend  
1 Punkt: ausreichend  
0 Punkte: nicht ausreichend (=Ausschluss)

qualifiziert.

Der Antragsteller (ASt) gab am 18. April 2018 ein Angebot ab. Im Formblatt BesB 2 „Erklärung zur Neutralität“ kreuzte der ASt in beiden Alternativen jeweils „nein“ (d.h. kein Interessenkonflikt) an. Im Angebot wurden neben dem eingereichten Konzept den 15 benannten Personen in den ausgefüllten Formblättern F4.1 (Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals ZK 2.1) verschiedene Referenzprojekte zugeordnet und Näheres dazu ausgeführt.

Mit Schreiben vom 25. Mai 2018 wurde der ASt von der Ag u.a. aufgefordert, Angaben im Formblatt F4.1 (zum Zuschlagskriterium 2.1) zu zwölf Mitarbeitern der ASt näher zu erläutern. Am 30. Mai 2018 übermittelte der ASt hierzu u.a. eine tabellarische Übersicht und erläuterte diese.

Mit Schreiben vom 11. Juni 2018 informierte die Ag den ASt darüber, dass sein Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werde. Als Gründe führte die Ag den

mangelnden Nachweis von geforderten fachtechnischen Kenntnissen und Erfahrungen des eingesetzten Personals (nur sieben statt zehn Personen erfüllten die Anforderungen nach 2.1 der Zuschlagskriterien) auf. Ferner könne ein Interessenkonflikt nicht ausgeschlossen werden. Die ASt hätte in ihrer Neutralitätserklärung angeben müssen, dass das Institut [...] des ASt am 20. März 2018 im Rahmen eines Förderantrags der Stadt X ein indikatives Angebot abgegeben habe und damit potentieller Unterauftragnehmer sei. Der Zuschlag solle daher auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) erteilt werden.

Mit Schreiben vom 21. Juni 2018 rügte der ASt gegenüber der Ag die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig. Mit weiterem Schreiben vom 22. Juni 2018 rügte der ASt, dass die Eignungsanforderungen, einschließlich der geforderten Neutralitätserklärung, nicht im Amtsblatt der EU bekannt gemacht, sondern in der EU-Bekanntmachung nur auf die Vergabeunterlagen verwiesen worden sei. Die gestellten Eignungsanforderungen seien damit als nicht gestellt anzusehen. Mit Schreiben vom 21. Juni 2018 teilte die Ag mit, den Rügen nicht abzuwehren und gab dem ASt erneut Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit weiterem Schreiben vom 25. Juni 2018 legte der ASt gegenüber der Ag dar, weshalb aus seiner Sicht kein Interessenkonflikt vorliege.

2. Mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 25. Juni 2018 beantragte der ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Der zulässige Nachprüfungsantrag ist nach Auffassung des ASt begründet.

Fehlerhaft sei bereits, dass die geforderten Eignungserklärungen einschließlich Neutralitätserklärung nicht im Amtsblatt der EU bekannt gemacht worden seien, § 122 Abs. 4 GWB.

Die Ag habe den ASt ferner zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Keiner der geltend gemachten Ausschlussgründe liege vor. So sei kein Ausschlussgrund wegen des möglichen Bestehens eines Interessenkonflikts gegeben. Der ASt habe auch im Formblatt „Erklärung zur Neutralität“ keine falschen Angaben gemacht. Lege man den Wortlaut der Neutralitätserklärungen aus, so seien ausschließlich Beteiligungen gesellschaftsrechtlich verflochtener Rechtssubjekte sowie eigene Antragstellungen (sowie eine entsprechende Beratungstätigkeit) durch den Bieter anzugeben. Eine Beteiligung liege hier nicht vor, denn das Institut [...] des ASt sei kein eigenständiges Rechtssubjekt und auch nur Unterauftragnehmer des eigentlichen Fördermittelempfängers. Jedenfalls aber sei das Formblatt unklar und als mehrdeutig zu qualifizieren. Der Begriff „Beteiligung

an den Förderprojekten“ sei nicht definiert, so dass auch nicht klar sei, ob ein Unterauftrag überhaupt eine „Beteiligung“ im Sinne der Vergabeunterlagen sei. Zudem habe es die Ag unterlassen, den ASt vor dem Ausschluss anzuhören und diesem die Möglichkeit zu geben, darzulegen, dass kein Interessenkonflikt bestehe. Ein solcher bestehe auch nicht. Nach den Vergabeunterlagen könne ein Ausschluss erst erfolgen, wenn eine Einzelfallprüfung vorgenommen worden sei. Es sei ein Ermessensausfall im Hinblick auf die Ausschlussentscheidung anzunehmen.

Ferner erfülle das Angebot des ASt die Mindestanforderungen, die hinsichtlich der Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals in Ziffer 2.1 der Zuschlagskriterien gesetzt worden seien. Außerdem könne der Ausschluss eines Angebots nicht auf Vorgaben gestützt werden, die nicht eindeutig seien.

Der ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren zu erteilen,
2. der Ag für den Fall fortbestehender Vergabeabsicht aufzugeben, das Verfahren in den Stand der Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebote neu zu werten,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des ASt,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des ASt für notwendig zu erklären,

Weiter beantragt der ASt die Gewährung von Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB. Der ASt meint, die Akteneinsicht müsse insbesondere auch die vollständige Wertung der Zuschlagskriterien durch die Ag umfassen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag des ASt zurückzuweisen.
2. dem ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen.

Die formellen Anforderungen an die Veröffentlichung der geforderten Unterlagen und Erklärungen seien erfüllt, denn die Anforderung einer Neutralitätserklärung habe sich im Abschnitt III.2.2) der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen gefunden. Wie die Ag in der mündlichen Verhandlung näher ausführt, sei das Nichtbestehen einer Interessenkollision i.S.d. § 46 Abs. 2 VgV kein Eignungskriterium, sondern eine Befugnisnorm, einen Bieter gegebenenfalls ausschließen zu können. § 46 Abs. 3 VgV,

der hinsichtlich der von einem Bieter zu fordernden Eignungsbelege abschließend sei, nenne auch gar keine Nachweise, anhand der die Ag die Neutralität eines Bieters hätte prüfen können. Aus diesem Grund habe sie die Vorlage der Neutralitätserklärung erst unter der Überschrift „Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“, Ziffer III.2.2 der EU-Bekanntmachung, erwähnt.

Das Angebot des ASt sei wegen eines möglichen Interessenkonflikts auszuschließen. Die Ag habe nicht nur wegen der Höhe der Fördermittel, sondern auch der Einwirkungsbefugnisse des Projektträgers bei der Bearbeitung und Bewilligung der Förderanträge im Hinblick auf die vorgesehene Beleihung nach § 44 Bundeshaushaltsordnung (BHO) besondere Anforderungen an den Auftragnehmer gestellt. Insbesondere müsse ausgeschlossen werden, dass ein Auftragnehmer zugleich in irgendeiner Weise mit etwaigen Antragstellern verbunden sei, so dass einer Seite aus dieser Konstellation Vorteile entstehen könnten. Deshalb enthalte § 10 des Vertrages besondere rechtliche Regelungen im Hinblick auf die Vermeidung von Interessenkonflikten. Aus diesem Grund sei die „Erklärung zur Neutralität“ auszufüllen und mit dem Angebot abzugeben gewesen. Das Institut [...] des ASt habe am 20. März 2018 ein indikatives Angebot im Rahmen des Förderantrags eines Dritten in demselben Förderprogramm abgegeben. Der ASt habe in seinem Angebot vom 18. April 2018 hingegen eine unmissverständliche und eindeutige Erklärung über eine Nichtbeteiligung an künftigen Förderverfahren in diesem Förderprogramm abgegeben. Darüber hinaus habe er zugesichert, bei eintretenden Änderungen zu den Angaben unverzüglich die Ag zu informieren. Dass die Erklärung nicht nur die Verflechtung mit rechtlich selbständigen Dritten, sondern auch eine eigene Beteiligung des potentiellen Auftragnehmers umfasse, ergebe sich aus der einleitenden Formulierung der Neutralitätserklärung. Die Ag sei aufgrund der nicht korrekten Angaben im Formblatt zu dem Schluss gekommen, dass bei dem ASt Interessen vorlägen, die mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags im Widerspruch stehen und sie nachteilig beeinflussen könnten. Die im Nachprüfungsantrag vorgetragenen Erläuterungen zur innerorganisatorischen Struktur des ASt könnten die Vermutung einer Interessenkollision nicht entkräften, da sie an der ursprünglich unzutreffenden Erklärung, nämlich den geplanten Einsatz von Mitarbeitern des Instituts [...] des ASt, nichts ändern würden.

Zur Wertung des Angebots des ASt im Zuschlagskriterium Ziffer 2.1 trägt die Ag vor, die Anforderungen seien eindeutig und unmissverständlich gewesen. Der Ausschluss sei zu Recht erfolgt.

c) Mit Beschluss vom 29. Juni 2018 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt,

1. ihr Akteneinsicht gemäß § 163 Abs. 1 GWB zu gewähren,
2. den Nachprüfungsantrag des ASt zurückzuweisen,
3. dem ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg notwendig war.

Die Bg betrachtet die Mindestanforderungen der Ag in Ziffer 2.1 der Zuschlagskriterien als klar formuliert. Die Bg geht von einem weiteren zwingenden Ausschlussgrund zu Lasten des ASt aus, der sich aus dem Abweichen von Vorgaben der Verdingungsunterlagen (Benennung von Mitarbeitern, die tatsächlich gar nicht zum Einsatz kämen) ergebe. Ferner sei der ASt nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen. Das Angebot des ASt habe nicht sämtliche geforderten Unterlagen enthalten und sei im Zuschlagskriterium 2.1 offenbar unklar gewesen. Die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote betreffen, sei gemäß § 56 Abs. 3 Satz 1 VgV ausgeschlossen.

Die Vergabekammer hat dem ASt und der Bg Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit diese entscheidungsrelevant waren und keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 19. Juli 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 zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Der ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Er hat sein Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Durch den Ausschluss seines Angebots droht ihm durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß auch ein Schaden.

b) Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist der ASt mit seinen Rügeschreiben vom 21. und 22. Juni 2018 sowie 25. Juni 2018 nachgekommen. Zwar hat der ASt die fehlerhafte Bekanntmachung von Eignungskriterien, einschließlich der geforderten Neutralitätserklärung erstmalig in seiner Rüge vom 22. Juni 2018 geltend gemacht. Der ASt ist hiermit aber nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert. Dieser Verstoß war vorliegend nicht erkennbar. Erkennbar ist ein Vergabeverstoß, wenn sich die zugrunde liegenden Tatsachen aus der Bekanntmachung ergeben und sie ein durchschnittlich fachkundiger, die übliche Sorgfalt anwendender Bieter bei Durchsicht als Vergaberechtsverstoß erkennen konnte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). Ob für die ordnungsgemäße Bekanntmachung von Eignungskriterien der Verweis auf die Vergabeunterlagen ausreicht, war zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zwar sehr umstritten. Aktuelle Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18), nach der ein solcher Verweis grundsätzlich nicht ausreicht, war zum Zeitpunkt der Rügen allerdings noch nicht veröffentlicht. Diese konnte der ASt noch nicht kennen.

Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat der ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Das Vergabeverfahren ist im Hinblick auf die von der Ag geforderte Neutralitätserklärung der Bieter wegen nicht vergaberechtskonformer Bekanntmachung in das Stadium vor Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU zurückzusetzen (dazu unter a). Offen bleiben kann angesichts dieses Ergebnisses, ob die Vergabeunterlagen im Zuschlagskriterium 2.1 mit der für einen durchschnittlich verständigen Bieter notwendigen Klarheit und Verständlichkeit formuliert waren (dazu unter b).

a) Neutralitätsverpflichtung der Bieter

aa) Die von der Ag in der Vergabebekanntmachung unter Ziffer III.2.2) „Bedingungen für den Auftrag“ publizierte Neutralitätsverpflichtung der Bieter zum Ausschluss von Interessenkollisionen hätte vergaberechtskonform als Eignungskriterium unter Ziffer III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ veröffentlicht werden müssen.

(1) Eignungskriterien sind gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Diese Bekanntmachungsanforderung resultiert, einschließlich des Erfordernisses einer eindeutigen und abschließenden Beschreibung der Eignungskriterien, aus dem

Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB (vgl. Hausmann/von Hoff in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage § 122 Rn. 42). Sie setzt Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU um. Ob die Verpflichtung zur Bekanntmachung der Eignungskriterien sich vorliegend auch auf die Feststellung einer Interessenkollision durch den öffentlichen Auftraggeber nach § 46 Abs. 2 VgV erstreckt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 21. März 2018, VIII ZR 104/17). Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen, wobei Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut der Vorschrift ist. Die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption ist durch das Gericht bezogen auf den konkreten Fall möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen (so BGH, aaO.).

Die Vorschrift des § 46 Abs. 2 VgV wurde im Rahmen der Vergaberechtsreform 2016 – in Umsetzung der Vorgabe in Art. 58 Abs. 4 Unterabsatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU – neu in die VgV aufgenommen. In der Regierungsbegründung zum VgV-Entwurf wurde für die Vorschriften des § 46 Abs. 1 und Abs. 3 VgV festgestellt, dass es sich um abschließende Regelungen der Anforderungen bzw. Nachweise an die Leistungsfähigkeit im Rahmen der Eignungsprüfung handelt, zu Abs. 2 hingegen keine weitere Aussage getroffen (vgl. BT-Drs. 18/7318 zur Vergaberechtsmodernisierungsverordnung, S. 183 f.). Der Wortlaut des § 46 Abs. 2 VgV (unter Berücksichtigung der Regelung des Art. 58 Abs. 4 Unterabsatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU) bezieht sich jedoch ausdrücklich auf die berufliche Leistungsfähigkeit. Der Wortlaut spricht auch im Übrigen für seinen Charakter als Eignungskriterium. Denn gemäß § 122 Abs. 2 Satz 1 GWB sind Eignungskriterien solche, die „zur ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags“ festgelegt werden. Diese Formulierung wird in § 46 Abs. 2 VgV wieder aufgegriffen (Interessen, „die mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags“ in Widerspruch stehen etc.). Bei der systematischen

Einordnung hat sich der Gesetzgeber an der Überschrift des Artikels 58 der Richtlinie 2014/24/EU („Eignungskriterien“) und am Eingangssatz des Abs. 4 („Im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit...“) orientiert. Dass – so die Ag – in § 46 Abs. 3 VgV, der insoweit abschließend ist, keine Nachweise zum Beleg dieser Eignungsanforderung genannt sind, steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Dies beruht möglicherweise auf der Vielgestaltigkeit potentieller Interessenkonflikte, die sich einer abschließenden Regelung der tauglichen Belege entziehen (vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 14. Mai 2018, VK 1-39/18). Nichtsdestotrotz haben der (EU- und der nationale) Gesetzgeber einem öffentlichen Auftraggeber die Befugnis eingeräumt, Bewerber oder Bieter mangels beruflicher Leistungsfähigkeit ausschließen zu können, wenn er „festgestellt hat“, dass ein Interessenkonflikt besteht (vgl. Art. 58 Abs. 4 Unterabsatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und § 46 Abs. 2 VgV). Die Regelung des Art. 58 Abs. 4 Unterabsatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU wie auch des § 46 Abs. 2 VgV zielen jedenfalls darauf ab, dem Auftraggeber eine Handlungsoption zu eröffnen, wenn er 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. Es wäre 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. Zweifel an der Neutralität des Auftragnehmers bei der Ausführung des Auftrags und die damit einhergehende Verneinung der beruflichen Leistungsfähigkeit nach § 46 Abs. 2 VgV begründen daher einen (fakultativen, d.h. in das Ermessen der Vergabestelle gestellten) Ausschlussstatbestand auf der Eignungsebene (so im Ergebnis auch 1. VK Bund, Beschluss vom 14. Mai 2018, VK 1-39/18).

Auch die weitere gesetzliche Anforderung an Eignungskriterien ist vorliegend erfüllt, weil die Vorgabe, dass der künftige Projektträger neutral sein muss, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis steht (§ 122 Abs. 4 Satz 1 GWB). Denn der ausgeschriebene Auftrag umfasst u.a. die Beratung von Förderinteressenten und die Vorbereitung und

Durchführung der Entscheidung, ob diesen die beantragten Fördermittel bewilligt werden. In einem solchen Fall ist es nachvollziehbar, dass die Ag vom Projektträger verlangt, dass dieser seine Tätigkeit rein sachbezogen und nicht von eigenen, insbesondere wirtschaftlichen, Interessen geleitet durchführt, weil er oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen am geförderten Projekt beteiligt ist. Dass – wie von der Ag in den Vergabeunterlagen angekündigt – der Projektträger bei Anhaltspunkten für eine etwaige Interessenkollision nicht ohne Weiteres ausgeschlossen wird, sondern zunächst die Gelegenheit erhält, z.B. organisatorische oder qualitätssichernde Gegenmaßnahmen zu ergreifen, ist die für diesen Fall angemessene Vorgehensweise.

- (2) Die zu erfüllenden Eignungskriterien sind gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB zwingend bereits in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Ein allgemeiner Verweis – wie hier – auf die Auftragsunterlagen oder auf deren Abrufbarkeit unter einer bestimmten Internetadresse unter Ziffer I.3) der EU-Bekanntmachung reicht nicht aus (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18).

Im vorliegenden Fall sind die Neutralitätsanforderungen allerdings nicht als Eignungskriterium unter Ziffer III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ veröffentlicht worden. Die unter Ziffer III.2.2) „Bedingungen für den Auftrag“ publizierte Neutralitätsverpflichtung der Bieter zum Ausschluss von Interessenkollisionen war vielmehr als Ausführungsbedingung bezeichnet. Sie betraf vom Wortlaut her nur den „AN“, also den Auftragnehmer, was aus maßgeblicher objektiver Sicht so verstanden werden kann, dass diese Anforderung erst nach Zuschlagserteilung zum Tragen kommt, jedoch nicht bereits im Vergabeverfahren (was bei einer Eignungsanforderung der Fall wäre). Gegen die Auslegung, dass die unter Ziffer III.2.2) genannten Ausführungsbedingungen bereits in der Eignungsprüfung eine Rolle spielen könnten, spricht zudem, dass unter III.1.2) und III.1.3) im Hinblick auf die Eignungsanforderungen auf die „Auftragsunterlagen“ verwiesen wird. Ein objektiver Bieter dürfte dies so verstehen, dass die Eignungskriterien nur dort zu finden sind, jedoch nicht an einer anderen Stelle der EU-Bekanntmachung. Damit kann die Anforderung der Ag an die Neutralität von potentiellen Bietern als Eignungskriterium – und damit auch Ausschlussstatbestand – übersehen werden. Es ist daher nicht hinreichend transparent, wenn sich das Eignungskriterium an

einer versteckten, missverständlich bezeichneten Stelle der Auftragsbekanntmachung befindet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18 unter Hinweis auf OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. Februar 2015, 11 Verg 11/14). Im Hinblick auf die strengen Transparenzanforderungen der Rechtsprechung zur korrekten Bekanntmachung von Eignungskriterien und deren Nachweisen ist daher auch in diesem Fall davon auszugehen, dass die Anforderungen an eine mögliche Interessenkollision klar und erkennbar unter Ziffer III.1.3) der EU-Bekanntmachung zu veröffentlichen waren.

- bb) Fehlen die erforderlichen Angaben in der Auftragsbekanntmachung, sind die Eignungsanforderungen nicht wirksam aufgestellt. Dies stellt einen schwerwiegenden Mangel dar, der in der Regel eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens erfordert. Kann die Vergabestelle auf Eignungsanforderungen nicht verzichten, ist eine neue Auftragsbekanntmachung zu veranlassen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18). Dies dürfte hier angesichts der von der Ag betonten Wichtigkeit der Vermeidung von Interessenkonflikten aufgrund der geplanten Beleihung des Auftragnehmers nach § 44 Abs. 3 BHO der Fall sein.

Da anderenfalls die Transparenz- und Bekanntmachungspflichten des § 122 Abs. 4 GWB umgangen werden würden, sind die Neutralitätsanforderungen der Ag auch nicht als Auftragsausführungsbedingungen wirksam.

Im Fall einer Neubekanntmachung ist von der Ag ferner zu beachten, dass über die bereits bekanntgemachten „Ausführungsbedingungen“ hinaus die Anforderungen an die einzuhaltende Neutralität vollständig abgebildet werden. So ist in Ziffer III.2.2) der EU-Bekanntmachung nur der Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Verflechtungen enthalten, nicht aber der von der Ag ebenfalls zusätzlich verlangte Ausschluss einer eigenen Antragstellereigenschaft des Bieters oder einer Beratung für Antragsteller zukünftiger Förderverfahren. Hier müsste die Ag bei einer Neubekanntmachung zudem deutlicher machen, welche Konstellationen sie ausschließen will. Vorliegend war beispielsweise unklar, ob auch Unterauftragsverhältnisse mit Förderträgern, wie reine Werkverträge, erfasst werden. Jedenfalls dürfte an dieser Stelle der Hinweis auf eine umfassende Einzelfallprüfung, wie von der Ag auch im Formular zur Neutralitätsprüfung aufgeführt, geboten sein.

- b) Zuschlagskriterium 2.1

Offen bleiben kann angesichts der Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Auftragsbekanntmachung, ob die Vergabeunterlagen im Zuschlagskriterium 2.1 aus der Sicht eines verständigen Bieters in der notwendigen Verständlichkeit formuliert waren. Die Vergabekammer weist darauf hin, dass aus ihrer Sicht die an die Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals gesetzten Anforderungen in der tabellarischen Übersicht „Zuschlagskriterien“ in Ziffer 2.1 nicht in dem notwendigen Maß widerspruchsfrei und verständlich sind. So sind die zum Nachweis fachtechnischer Kenntnisse und Erfahrungen der zu benennenden Mitarbeiter in der Prüfung und Bearbeitung von Förderanträgen auf den Gebieten [...] aufgeführten Kriterien in den verschiedenen Spalten der Tabelle nicht klar abgrenzbar. Dies betrifft Begriffe wie Referenzen und Referenzprojekte. Unklar ist auch die gleichzeitige und deutliche (durch Fettdruck und Unterstreichung markierte) Verknüpfung der Fachgebiete „[...]“ mit der Prüfung und Bearbeitung von Förderanträgen (die Ag hat dies ausweislich ihrer Vergabeakte selbst anders, nämlich alternativ statt kumulativ, gewertet). Nicht hinreichend klar ist ferner die in der letzten Spalte getroffene Aussage, dass keine Einzelwertung pro Person erfolge, sondern auf das gesamte Team abgestellt werde, wohingegen laut zweiter Spalte Referenzprojekte „je Person“ nachzuweisen waren.

Hier wäre nach Auffassung der Vergabekammer jedenfalls eine Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Versand der Vergabeunterlagen und Abgabe der Angebote notwendig gewesen.

3. Soweit der ASt weitergehende Akteneinsicht in die gesamte Bewertung seines Angebots begehrt, war dem Antrag nicht stattzugeben. Die Vergabekammer hat lediglich in die streitgegenständlichen Teile der Bewertung des Angebots (Neutralitätserklärung, Wertungskriterium 2.1) Akteneinsicht gewährt. Im Hinblick auf die anzuordnende Zurückversetzung des Verfahrens in ein frühes Stadium mit der Möglichkeit für die Bieter, neue Angebote abzugeben, ist dies schon aus Gründen des Wettbewerbs so geboten.

### III.

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

Da die Bg eigene Sachanträge gestellt und sich auch mit eigenem Vortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, hat sie ein Prozessrechtsverhältnis zum ASt begründet

und somit ein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Sie ist daher als unterliegende Partei anzusehen und an den Kosten des Verfahrens und den Aufwendungen des ASt zu beteiligen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13). Ag und Bg haben die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des ASt zu tragen. Sie haften dabei nach Kopfteilen, also im vorliegenden Fall je zur Hälfte (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO). Eine gesamtschuldnerische Haftung kommt insoweit mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen zur Bekanntmachung von Eignungskriterien und zum Bestehen eines Interessenkonflikts 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.

Dr. Dittmann

Brauer