



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 93/18

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: ABI. EU 2018/S 138-314690, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Gerlach auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2018 am 19. Oktober 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) 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) führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Vertrags über Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken in dreizehn Losen durch (EU-Bekanntmachung: ABI. EU 2018/S 138-314690). Dieser Beschaffungsgegenstand wurde von der Ag bereits 2017 als Verhandlungsverfahren mit vorangeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben, dieses Vergabeverfahren wurde jedoch aufgrund eines Beschlusses des OLG Düsseldorf (vom 28. März 2018, Az. VII-Verg 40/17) aufgehoben, da die Bewerbungsfrist zu kurz gewesen war. In einem weiteren Beschwerdeverfahren hatte sich das OLG Düsseldorf mit zahlreichen dem aufgehobenen Vergabeverfahren zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen befasst und diese für vergaberechtskonform erachtet (Beschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17).

Das Vergabeverfahren wird elektronisch durchgeführt, die Vergabeunterlagen sind über einen link auf die e-Vergabeplattform der Ag abrufbar, der in Ziffer I.3 der EU-Bekanntmachung angegeben wurde. Die nationale Bekanntmachung und die Vergabeunterlagen waren ab dem Tag der Absendung an das Amt für Veröffentlichung der EU einsehbar, die Bekanntmachung im EU-Amtsblatt erfolgte zwei Tage später am 20. Juli 2018. Dasselbe gilt für die beiden Berichtigungsbekanntmachungen der Ag. Auch diese wurden EU-weit erst am 29. und 30. August 2018 veröffentlicht, jeweils zwei Tage nach der entsprechenden nationalen Bekanntmachung auf der e-Vergabeplattform der Ag. Mit der Berichtigungsbekanntmachung vom 29. August 2018 wurde die Angebotsabgabefrist vom 22. Oktober 2018, 13 Uhr, auf den 5. November 2018, 12 Uhr, verlängert.

Die bekannt gemachten Eignungsanforderungen lauten auszugsweise wie folgt:

„III.1.3 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

(...)

Mit dem Angebot vorzulegen:

- (...)
 - Angaben über in der Zeit zwischen dem 1.1.2015 und dem Ablauf der Angebotsfrist ausgeführte Aufträge zu Anbau, Verarbeitung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken mit einem THC-Gehalt der getrockneten Cannabisblüten > 1% („Cannabis-Referenz“). (...).
 - Angaben über in der Zeit zwischen dem 1.1.2015 und dem Ablauf der Angebotsfrist ausgeführte Aufträge zu Anbau von Arzneipflanzen (...) („Anbau-Referenz“). (...).
 - Angaben über in der Zeit zwischen dem 1.1.2015 und dem Ablauf der Angebotsfrist ausgeführte Aufträge zu Verarbeitung und Lieferung von Arzneipflanzen (...) („Verarbeitungs-Referenz“). (...).
- (...)
- Möglicherweise geforderte Mindeststandards:
- Mindestbedingung zur Bejahung der Eignung: Mindestens eine Cannabis-Referenz im vorgenannten Sinne oder anstelle einer Cannabis-Referenz: mindestens eine Anbau-Referenz und mindestens eine Verarbeitungs-Referenz im vorgenannten Sinne.
 - (...).“

Gemäß Ziffer III.2.2 der EU-Bekanntmachung sind für die Auftragsausführung die Erlaubnisse gemäß § 3 BtMG und § 13 AMG erforderlich.

Auf die Bieterfrage, dass unklar sei, welche Unterlagen zum Nachweis der Eignung vorgelegt werden sollen, da nur einige als Mindeststandard gekennzeichnet seien, antwortete die Ag, dass zwischen den Angaben, die der Bieter mit dem Angebot oder auf gesondertes Verlangen machen müsse, und etwaig gesetzten Mindestbedingungen zu unterschieden sei und dass sich die Auflistung der zur Eignungsprüfung vorzulegenden Erklärungen und Angaben u.a. aus Ziffer III.1 bis 3 der EU-Bekanntmachung ergebe (Bieterfrage 9).

Die ausgeschriebenen Lose unterscheiden sich hinsichtlich des beschafften Cannabis-Typs. Lose 1 bis 8 umfassen den Typ I, die Lose 9 bis 11 den Typ II und die Lose 12 und 13 den Typ III (s. Ziffer 2.2 der Leistungsbeschreibung). Angebote können für alle Lose abgegeben werden, die Zuschlagserteilung ist jedoch auf fünf Lose beschränkt. In Ziffer 5 der Bewerbungsbedingungen („BWB“, Stand: 27. August 2018) ist hierzu Folgendes vorgesehen:

„Würde ein Bieter ohne die Loslimitierung den Zuschlag für mehr als 5 Lose erhalten, so werden zunächst folgende Lose vergeben: Los 1, 2, 3, 9, 12, 4, 5, 6, 10, 13, 7, 8, 11. Würde ein weiterer Bieter ohne die Loslimitierung den Zuschlag für mehr als 5 Lose erhalten, so werden die verbleibenden Lose in der gleichen Reihenfolge vergeben.“

Die Vergabeunterlagen wurden mehrfach überarbeitet. Die aktuelle (dritte) Fassung der BWB enthält auf S. 17 f. unter Ziffer 13 eine Übersicht über die von der Ag im Laufe des Vergabeverfahrens vorgenommenen Änderungen. Außerdem ist in den BWB u.a. Folgendes vorgesehen (Bl. 291 ff. der Vergabeakte):

- „6.1. Einhaltung der Mindestbedingungen

Der Zuschlag wird nur auf ein Angebot erteilt, aus dem sich ergibt, dass und wie konkret die in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen, insbesondere gemäß Ziffer 2 und 3 der Leistungsbeschreibung erfüllt werden.“

- Die Angebote sollen anhand des Preises (Maximalpunktzahl 40) sowie „weiterer Kriterien“ (bis zu 60 Punkte) bewertet werden. Die „weiteren Kriterien“ werden unter Ziffer 6.2.2.1 bis 6.2.2.6 der BWB genannt und lauten:

„6.2.2.1 Qualität der technischen Ausstattung der Anlage gemäß Ziffer 3.2 der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf das Ziel:

Ausfallsicherheit der technischen Ausstattung (...)

6.2.2.2 Qualität der technischen und baulichen Ausstattung der Anlage gemäß Ziffer 3.2 der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf das Ziel:

Schaffung einer guten Anbau- und Herstellungspraxis im Sinne des GACP-Standards und des GMP-Standards (Produktionsabläufe, Produktionsumgebung) zur Sicherung der Qualität der Cannabisblüten (...).

6.2.2.3 Qualität des Konzepts zu Anbau, Verarbeitung und Übergabe des Cannabis (...)

Qualität im Hinblick auf die Ziele (gleichgewichtet):

- Vermeidung von Missernten
- Vermeidung von Krankheitsbefall und Schädlingsbefall
- Notfallmaßnahmen bei Krankheitsbefall oder Schädlingsbefall
- Vermeidung von Qualitätsverlusten bei Lagerung

6.2.2.4 Qualität des Konzepts zu den Produktionszyklen (...)

Qualität des Produktionsprozesses (Zusammenwirken von eingesetztem Pflanzenmaterial, Wachstumszyklen, Lagerungszyklen und Kapazitätsplanung) im Hinblick auf das Ziel, regelmäßig, termingerecht und ohne Qualitätsverlust Cannabis liefern zu können.

6.2.2.5 Konzept zur Auswahl und Schulung des Personals im Hinblick auf arzneimittel- und betäubungsmittelrechtliche Anforderungen (...)

Das Konzept soll Angaben zu Auswahlkriterien und -verfahren beim Personal, zum Inhalt der Schulungen, zur Häufigkeit der Schulungen und zur Art des Lernkonzeptes enthalten.

Qualität des Konzepts zur Auswahl und Schulung des Personals im Hinblick auf das Ziel: Fehler des Personals in arzneimittel- und betäubungsmittelrechtlicher Hinsicht zu vermeiden.

(...).

6.2.2.6 Sicherheitskonzept zur Vermeidung der unerlaubten Verwendung von Cannabis (...)

Das Sicherheitskonzept umfasst: Maßnahmen zur Sicherung des Gebäudes, Überwachungsmaßnahmen, Notfallpläne.

Ziel des Konzepts ist es, die unerlaubte Verwendung von Cannabis durch das Personal und Dritte zu verhindern.“

- Zur Bepunktung der o.g. „weiteren Kriterien“ ist am Ende von Ziffer 6.2 der BWB (S. 11) vorgesehen:

„In jedem Kriterium kann der Bieter bis zu 5 Wertungspunkte erzielen. Es wird wie folgt gewertet:

5 Punkte: Die Qualität des Konzepts (...) ist der Zielerreichung in besonderer, außergewöhnlicher Weise dienlich, weist keine Schwächen auf und hebt sich im Vergleich zu allen anderen Angeboten erheblich ab.

4 Punkte: Die Qualität des Konzepts (...) ist der Zielerreichung in sehr guter Weise dienlich und weist keine Schwächen auf.

3 Punkte: Die Qualität des Konzepts (...) ist der Zielerreichung in guter Weise dienlich und weist im Hinblick auf die Zielerreichung keine nennenswerten Schwächen auf.

2 Punkte: Die Qualität des Konzepts (...) ist der Zielerreichung in befriedigender Weise dienlich, weist aber im Hinblick auf die Zielerreichung Schwächen auf.

1 Punkt: Die Qualität des Konzepts (...) ist für die Zielerreichung gerade noch ausreichend, weist aber im Hinblick auf die Zielerreichung größere Schwächen auf.“

- Ziffer 8 der BWB enthält u.a. folgende Vorgaben zum „Angebotsinhalt“:

„Das Angebot ist – mit Ausnahme nachfolgend genannter Unterlagen – komplett in deutscher Sprache einzureichen, ggf. durch Beifügung einer Übersetzung. Folgende Unterlagen können in deutscher oder englischer Sprache eingereicht werden:

- (...)
- Technische Datenblätter, Konformitätserklärungen, Analysenzertifikate und Angaben zu Standard Operating Procedures („SOPs“), die bei der Leistungserbringung umgesetzt werden sollen.
- (...)

Das Angebot muss folgende Teile umfassen:

(...)

8.6 Konzept zur Terminplanung

Es ist ein Konzept zur Terminplanung in der Startphase bis zur ersten Ernte mit den jeweiligen Meilensteinen vorzulegen, das Informationen zur Zeitplanung im Hinblick auf folgende Aspekte enthält:

- Abschluss der Planungsphase;
- ggf. Betriebsgründung und entsprechende Genehmigungen;
- Baumaßnahmen, einschließlich der erforderlichen Genehmigungen;
- Einstellung Personal;
- Beantragung der arzneimittelrechtlichen und betäubungsmittelrechtlichen Erlaubnisse und Genehmigungen;
- Geplante Pilotphasen;
- Start des regulären Vertragsanbaus von Cannabis;
- Voraussichtliche erste Ernte;
- Tag des Lieferbeginns.

Aus dem Angebot muss sich der Tag des Lieferbeginns gemäß § 2 Absatz 2 des Vertrages für das jeweilige Los ergeben, und es muss sich ergeben, dass dieser Liefertermin eingehalten werden kann (siehe Ziffer 6.1).

8.7 Angabe zu dem eingesetzten Pflanzenmaterial

Die Herkunft und Charakteristika des eingesetzten Saat- bzw. Pflanzguts sind umfassend zu beschreiben. Aus der Angabe muss sich plausibel ergeben, dass auch langfristig eine gleichmäßige und reproduzierbare Qualität des eingesetzten Saat- bzw. Pflanzguts geliefert werden kann (siehe Ziffer 6.1). Soweit für Cannabisblüten aus dem angebotenen Saat- und Pflanzgut bereits Analysezertifikate vorliegen, sind dem Angebot drei vollständige Analysezertifikate je angebotenem Typ beizufügen.

Einfuhr- und Exportgenehmigungen bzw. -Lizenzen müssen bei Abgabe der Angebote und bei Zuschlagerteilung noch nicht vorliegen.

8.8 Angabe zu dem eingesetzten Verpackungsmaterial

Die eingesetzten Verpackungsmaterialien sind anzugeben (Gebindeform, z.B. Beutel oder Dosen o.ä., sowie das Verpackungsmaterial). Aus den Angaben muss hervorgehen, dass das Material die entsprechenden arzneimittelrechtlichen bzw. lebensmittelrechtlichen Anforderungen für den Verwendungszweck erfüllt und den vertraglich geschuldeten Schutz der Cannabisblüten gewährleistet.

8.9 Angaben zu den baulichen Anlagen zu Anbau, Verarbeitung und Übergabe von Cannabis

Der Bieter hat konkret anzugeben, wo er das Cannabis anbauen und die weiteren Leistungen, die gemäß Leistungsbeschreibung innerhalb der baulichen Anlage auszuführen sind (vgl. Ziffer 3.2 der Leistungsbeschreibung), erbringen will.

Er hat die bauliche Anlage, in der er die Leistungen erbringen will, darzustellen, so dass das Gesamtkonzept und der übergeordnete Funktionszusammenhang deutlich werden.

Der Bieter hat die technische und bauliche Ausstattung in der Anlage zu beschreiben und die verschiedenen Produktionsbereiche, die Produktionsabläufe und die Produktionsumgebung darzustellen und die GACP- bzw. GMP-Zonen eindeutig zu definieren.

Weiter muss dargelegt werden, dass und wie die betäubungsmittelrechtlichen Mindestanforderungen erfüllt werden.

Dazu gehört die Beifügung eines Lageplans (als Dachaufsicht) M 1:500 (DIN-A-2 Hochformat, genordet).

Aus dem Konzept muss sich ergeben, dass die bauliche Anlage zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung geeignet ist (siehe Ziffer 6.1).

8.10 Weitere Angaben und Konzepte des Bieters zu den nachfolgenden Punkten

Es sind - jeweils getrennt - Angaben zu den nachfolgenden Punkten einzureichen. Aus diesen Konzepten muss sich einerseits ergeben, dass die Leistung vertragskonform erbracht wird (Ziffer 6.1), sowie andererseits, welche Qualität die Konzepte im Hinblick auf die Zuschlagskriterien gemäß Ziffer (6.2) haben.

8.10.1 Qualität der technischen Ausstattung (Ziffer 6.2.2.1)

Der Bieter hat alle technischen Einrichtungen, mit deren Hilfe er die geschuldeten Leistungen erbringen will, zu beschreiben.

Er muss bzgl. aller wesentlichen technischen Einrichtungen den eingesetzten Gerätetyp und die Gerätespezifikation konkret benennen. Hierzu kann er den Hersteller und die Gerätetypenbezeichnung des Herstellers angeben. (...) Wenn der Hersteller und die Gerätetypenbezeichnung nicht angegeben werden, muss der Bieter die Einzelheiten der technischen Gerätespezifikation so konkret in abstrakter Form angeben/beschreiben, dass das Schutzniveau des jeweiligen Produkts erkennbar ist.

Der Bieter hat weitere Angaben zu der Qualität der technischen Ausstattung im Hinblick auf die Kriterien gemäß Ziffer 6.2.2.1 zu machen.

8.10.2 Qualität der technischen und baulichen Ausstattung der Anlage

Der Bieter hat Angaben zu der Qualität der technischen und baulichen Ausstattung der Anlage (Produktionsabläufe, Produktionsumgebung) im Hinblick auf die Kriterien gemäß Ziffer 6.2.2.2 zu machen.

Es steht dem Bieter frei, zur Darstellung der Qualität ganz oder teilweise auf seine Angaben zu der baulichen Anlage gemäß Ziffer 8.9 zu verweisen.

8.10.3 Konzept zu Anbau, Verarbeitung und Übergabe des Cannabis (Ziffer 6.2.2.3)

Der Bieter hat ein Konzept zu den Anbaubedingungen und Pflanzenbehandlungsmaßnahmen vorzulegen. Er hat Angaben zu den Maßnahmen zu machen, durch die die Ziele gemäß Ziffer 6.2.2.3 erreicht werden sollen.

8.10.4 Konzept zu den Produktionszyklen (Ziffer 6.2.2.4)

Der Bieter hat ein Konzept zu den Produktionszyklen zu erstellen und Angaben zu der Menge Cannabisblüten, die in einem Anbauzyklus produziert werden können, und dazu zu machen, wie oft innerhalb eines Jahres geerntet werden kann.

Er hat Angaben zu dem Zusammenwirken von eingesetztem Pflanzenmaterial, Wachstumszyklen, Lagerungszyklen und Kapazitätsplanung im Hinblick auf das Zuschlagkriterium gemäß Ziffer 6.2.2.4 zu machen.

8.10.5 Konzept zur Auswahl und Schulung des Personals (Ziffer 6.2.2.5)

Der Bieter hat ein Konzept zu den Maßnahmen gemäß Ziffer 6.2.2.5 zu machen.

8.10.6 Sicherheitskonzept zur Vermeidung der unerlaubten Verwendung von Cannabis (Ziffer 6.2.2.6)

Es ist ein umfassendes Sicherheitskonzept vorzulegen, wie sichergestellt wird, dass die gesetzlichen Vorgaben zur Sicherung des Verkehrs mit Betäubungsmitteln, insbesondere die Vorgaben in Ziffer 2 und 3 der Richtlinie über Maßnahmen zur Sicherung von Betäubungsmittelvorräten bei Erlaubnisinhabern nach § 3 Betäubungsmittelgesetz, 4114(01/07), eingehalten werden und durch welche Maßnahmen gemäß Ziffer 6.2.2.6 die unerlaubte Verwendung von Cannabis durch das Personal und Dritte verhindert werden soll.

Es steht dem Bieter frei, zur Darstellung der Qualität ganz oder teilweise auf seine Angaben zu der baulichen Anlage gemäß Ziffer 8.9 zu verweisen.“

- Laut Ziffer 9 der BWB sind die Angebote elektronisch und für jedes Los getrennt abzugeben. Zu entsprechenden Bieterfragen stellte die Ag klar, dass sich ein Bieter in jedem Los auf dieselbe Referenz berufen könne und dass es unschädlich sei, wenn Erklärungen und

Konzepte, die ein Bieter für mehrere Lose gleichlautend abgeben wolle, für mehrere Lose gemeinsam erstellt werden, wenn diese entweder wortgleich sind oder sonst eine eindeutige Zuordnung zu den verschiedenen Losen möglich ist (Bieterfragen 51 und 58).

Die von den Bietern vorzulegenden Konzepte werden im Zuschlagsfall Vertragsbestandteil (s. § 1 Abs. 3c) des ausgeschriebenen Vertrags).

Auf Bieterfragen antwortete die Ag u.a. wie folgt:

- Auf eine Frage zu den Standard Operating Procedures („SOPs“) antwortete die Ag zunächst, dass diese nicht zwingend vorzulegen seien, sondern es dem Bieter überlassen bleibe, mit welchen Erklärungen und Angaben er die Qualität seiner Konzepte darstelle. „Falls der Bieter dazu SOPs heranzieht, werden diese im Rahmen der Wertung anhand der Zuschlagskriterien gemäß Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen ggf. berücksichtigt.“ (Bieterfrage 11). Bieterfrage 44 enthält hierzu folgenden Hinweis: „(...) Falls der Bieter zur Darstellung seines Konzepts und zu seiner Vorgehensweise auf SOPs verweist, sind diese Teil seines Konzepts zur Leistungserbringung und ihr Inhalt wird bei der Wertung des Konzepts ebenso berücksichtigt wie andere Teile des Konzepts.“
- Ein weiterer Bieter wies in seiner Frage darauf hin, dass in den Konzepten einerseits die Planung und Konzeption für die bauliche, technische und personelle Ausstattung für die „anzubietende“ Produktionsstätte abgebildet werden müssten und diese Konzepte unmittelbar verpflichtender Vertragsbestandteil würden. Allerdings hänge die Planung und Konzeption einer Produktionsstätte „ganz entscheidend“ davon ab, auf welche jährlichen Produktionsmengen und wie viel verschiedene Cannabis-Typen die jeweilige Produktionsstätte ausgelegt sein solle, obwohl der Bieter losbezogen planen müsse und im Zeitpunkt der Konzepterstellung und Angebotsabgabe noch gar nicht wisse, mit welchen Produktionskapazitäten er rechnen könne (Bieterfrage 56). Die Ag antwortete hierauf, dass es die Entscheidung des Bieters sei, für welche Lose er ein Angebot abgebe und wie er die bauliche Anlage ausstatte und dimensioniere. Zwar möge es hinsichtlich der Investitionskosten „wünschenswert“ sein, die genaue Anbaumenge vor der Konzeption der Anlage zu kennen, es sei jedoch auch möglich, eine Anlage so zu konzipieren, dass in ihr flexibel zwischen z.B. 200 kg und 1000 kg Cannabisblüten angebaut und verarbeitet werden könnten. Ferner sei es möglich, für die Leistungserbringung in Bezug auf mehrere Lose dieselbe bauliche Anlage und Produktionsstätte anzubieten. Dann müsse „die Anlage und

Produktionsstätte (...) so konzipiert und ausgestattet werden, dass in ihr die Leistungen sowohl dann ordnungsgemäß erbracht werden können, wenn der Bieter nur den Zuschlag für ein Los erhält, als auch dann, wenn er für mehrere der angebotenen Lose oder für alle angebotenen Lose (bis zur Höchstzahl von 5 Losen) den Zuschlag erhält. In der Anlage müssen dann z.B. zwischen 200 kg und ggf. bis zu 1000 kg Cannabisblüten pro Lieferjahr ordnungsgemäß angebaut und verarbeitet werden können. (...) Wenn ein Bieter – entgegen seinem Angebot – bei einem Zuschlag auf mehrere Lose nicht in der Lage ist, die Leistungen so zu erbringen wie er sie für das Einzellos angeboten hat, müssen die Angebote ggf. ausgeschlossen werden (...) Eine weitergehende losübergreifende Betrachtung erfolgt nicht.“

Den Rügen der Antragstellerin (ASt) vom 13. August, sowie vom 6. und 14. September sowie vom 1. Oktober 2018 half die Ag nicht ab.

In der Leistungsbeschreibung („LB“) verwies die Ag auf zahlreiche nationale und internationale, insbesondere arznei- und betäubungsmittelrechtliche Vorschriften und dass die Leistung „ordnungsgemäß und entsprechend allen (...) gesetzlichen Vorgaben erfolgen“ müsse (s. nur Ziffer 2.3.1, 2.3.2, 2.4, 2.5, 2.7, 3.1, 3.2, 3.3 und 3.4 der LB, Bl. 49 ff. der Vergabeakte). Am 17. September 2018 stellte die Ag den Bietern „Ergänzende Hinweise zu der Leistungsbeschreibung“ zur Verfügung, in denen sie die dort genannten Rechtsvorschriften und Leitfäden näher konkretisierte und als Anlage außerdem sie sog. „Sicherungsrichtlinie“ beifügte (Bl. 424 ff. der Vergabeakte).

2. Mit Schreiben vom 14. September 2018 beantragte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Ag. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 17. September 2018 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig, weil sie alle Vergaberechtsverstöße innerhalb der 10-Tage-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt habe und hiervon nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis gehabt hätte.

Darüber hinaus trägt die ASt vor, dass die Vergabeunterlagen aus mehreren Gründen vergaberechtswidrig seien:

- Die Ag habe gegen den Transparenzgrundsatz sowie gegen § 40 VgV verstoßen, weil die nationalen Bekanntmachungen jeweils vor der EU-Bekanntmachung erfolgt seien. Dass die Angebotsfrist verlängert worden sei, sei diesbezüglich unerheblich, weil die Bieter, die die nationale Bekanntmachung zur Kenntnis nähmen, nach wie vor einen Zeit- und Wissensvorsprung von bis zu zwei Tagen hätten. Da es sich hier um einen schwerwiegenden Transparenzverstoß handele, komme es auch nicht darauf an, ob der ASt hieraus ein Schaden entstanden sei. Abgesehen davon sei der ASt auch als nicht-ausländischem Unternehmen ein Schaden entstanden, da sie sich allein auf die EU-Bekanntmachung konzentriert habe. Des Weiteren enthielten die nationalen Bekanntmachungen entgegen § 40 Abs. 3 S. 3 VgV nicht das Datum, wann die Bekanntmachung an das EU-Amtsblatt übermittelt worden sei

- Ein weiterer Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz liege vorliegend darin, dass die Ag die Vergabeunterlagen mehrfach überarbeitet habe, ohne die Änderungen z.B. mithilfe von optisch hervorgehobenen Markierungen (sog. Markup-Version) oder so kenntlich zu machen wie im Fall von Berichtigungen von EU-Bekanntmachungen vorgegangen werden müsse („anstatt: ..., muss es heißen ...“). In diesem Fall wären die Änderungen für die Bieter leichter erkennbar gewesen, was der Vergleichbarkeit der Angebote gedient hätte.

- Die Leistungsbeschreibung sei aus mehreren Gründen zu unbestimmt (§ 121 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV):
 - Da die Bieter bei der Erstellung der geforderten Konzepte aufgrund der rudimentären Leistungsbeschreibung einen erheblichen Spielraum hätten, bestehe die Gefahr, dass die Angebote nicht vergleichbar seien.
 - Außerdem gingen nicht einmal sämtliche vorzulegenden Konzepte in die Bewertung der Angebote ein, obwohl alle Konzepte Vertragsbestandteil würden. Da aufgrund der funktionalen Leistungsbeschreibung qualitativ sehr unterschiedliche Leistungsangebote zu erwarten seien, sei die Ag jedoch verpflichtet, alle Konzepte mithilfe von Bewertungspunkten zu bewerten, um den Leistungsunterschieden der Bieter gerecht zu werden.
 - Abgesehen davon sei es für die Bieter unzumutbar, so zahlreiche Konzepte mit umfangreichen Angaben zu Terminplanung, eingesetztem Pflanzenmaterial, Verpackungsmaterial sowie zur baulichen Anlage zu Anbau, Verarbeitung und Übergabe der Pflanzen einzureichen.

Der diesbezügliche Verweis der Ag darauf, dass das OLG Düsseldorf zum vorangegangenen Verhandlungsverfahren die Wertung der Konzepte für rechtmäßig erachtet habe, sei auf das jetzige offene Verfahren nicht übertragbar. Denn anders als in einem Verhandlungsverfahren, dem die spätere Konkretisierung der Leistungsanforderungen immanent sei, müssten in einem offenen Verfahren alle Anforderungen von vornherein so konkret vom Auftraggeber beschrieben und aufgestellt worden sein, dass vergleichbare Angebote erwartet werden könnten.

- Darüber hinaus seien deshalb keine vergleichbaren Angebote zu erwarten, weil die Leistungsbeschreibung auf Leitfäden, Gesetze und z.B. die Sicherungsrichtlinie verweise, ohne genauer zu sagen, welcher Teil dieser auslegungsfähigen Regelungen entsprechend auf Cannabis anzuwenden sei. Abgesehen davon seien die Vorschriften nicht wie die übrigen Vergabeunterlagen unmittelbar und direkt i.S.d. § 41 Abs. 1 VgV auf der elektronischen Vergabeplattform der Ag abrufbar, sondern hätten erst im Internet gesucht werden müssen. Die Ag habe zwar in den inzwischen nachgereichten „Ergänzenden Hinweise zur Leistungsbeschreibung“ die einschlägigen Vorschriften näher benannt und die Sicherungsrichtlinie den Bietern zugesandt, allerdings ohne eine entsprechende Rechtspflicht anzuerkennen und die Inhalte sowie den Anwendungsbereich dieser Rechtsnormen klarzustellen. Jedenfalls die Vergabestelle der Ag als die für die Anwendung und Durchführung dieser Vorschriften zuständige Behörde hätte den Bietern die bestehenden Interpretationsspielräume nehmen müssen.
- Die Leistungsbeschreibung sei zudem deshalb lückenhaft, weil unklar bleibe, in welchem Umfang die Bieter beauftragt würden. Aufgrund der Zuschlagslimitierung auf fünf von 13 Losen hätten bestenfalls zwei Bieter die Chance auf je fünf Lose, der dritte Bieter dann nur noch auf drei Lose. Die Liefermenge und der entsprechende Platzbedarf für die Pflanzen wirke sich jedoch u.a. auf die Angaben eines Bieters in seinem Konzept zur baulichen Anlage und auf die Angebotskalkulationen aus. Zudem verlange die Ag in ihrer Antwort auf die Bieterfrage 56, dass Bieter, die auf mehrere Lose böten, in ihren Angebotskonzepten eine Anlage vorsehen müssten, die sowohl für 200 kg als auch für 1000 kg Cannabisblüten ausreiche. Ein Bieter, der sein Angebot so konzipiere, aber für weniger Lose den Zuschlag erhalte, sei aufgrund seines Angebots verpflichtet, eine größer dimensionierte Anlage zu errichten, ohne den Preis anpassen zu können. Von der Frage, auf welche der bebotenen Lose und Cannabis-Typen ein Bieter den Zuschlag tatsächlich erhalte, hänge zudem ab, welches Personal er einsetze und wie er die Anlage konkret baue. Wenn er

unterschiedliche Cannabis-Typen anbauen müsse, müsse er darauf achten, dass die unterschiedlichen Blütentypen innerhalb der Räumlichkeiten oder durch das Personal nicht miteinander vermischt werden.

- Im Rahmen der zum Beleg der Eignung vorzulegenden Nachweise sei unklar und intransparent, ob nur die als Mindeststandard gekennzeichneten Angaben und Nachweise zur Bejahung der Eignung erforderlich seien oder auch die, die keine Mindestanforderungen seien. Im ersten Fall bräuchte ein Bieter nur Angaben z.B. zu einer einzigen Cannabis-Referenz zu machen, im letztgenannten Fall müsse er jedoch Angaben zu allen drei Referenzarten vorlegen.
- Falls die Ag tatsächlich Angaben zu allen drei Referenzarten verlange, sei dies unverhältnismäßig, widerspreche den Anforderungen des § 122 Abs. 4 S. 1 GWB und schränke unzulässig den Wettbewerb ein.
- Die für die Bepunktung der Konzepte vorgesehene Methode sei uneinheitlich und inkonsequent. Denn nur bei der Vergabe der Höchstpunktzahl von 5 finde eine vergleichende Bewertung der Angebote statt. Es sei nicht nachvollziehbar, warum 5 Punkte nur ein einziger Bieter erhalten könne, wohingegen alle anderen Punktwerte mehrfach vergeben werden könnten. Zwar sei die inhaltlich im Wesentlichen identische Wertungsmethode bereits Gegenstand des Beschwerdeverfahrens des OLG Düsseldorf (Az. VII-Verg 54/17) zur Vorgängerausschreibung der Ag gewesen. Das OLG Düsseldorf habe sich jedoch mit der nunmehr gerügten Inkonsistenz dieser Methodik nicht befasst.
- Es sei unklar, ob und wie die Ag die Standard Operating Procedures (SOPs) bewerten wolle. In ihrer Antwort auf die Bieterfrage 11 habe die Ag zunächst gesagt, dass sie diese nur „ggf.“ berücksichtige. Inzwischen habe die Ag zwar auf die Bieterfrage 44 hin klargestellt, dass sie SOPs auf jeden Fall berücksichtige, wenn ein Bieter diese erwähne. Unklar bleibe jedoch, ob dies für jegliche SOPs gelte oder ob nur solche zu einer besseren Konzeptbewertung führten, die sich spezifisch auf den Cannabis-Anbau bezögen. Außerdem verstoße die Vorgehensweise der Ag gegen das Gleichbehandlungsverbot, weil sie Bieter benachteilige, die noch keine solchen SOPs hätten sowie ausländische Bieter und Newcomer [...]. In der mündlichen Verhandlung führt die ASt auf Frage der Vergabekammer hierzu aus, dass ihre [...] Muttergesellschaft

zwar bereits SOPs habe, sie aber wegen der unklaren Vorgaben der Ag nicht wisse, ob sie diese mit ihrem Angebot einreichen könne, weil sich die ausgeschriebenen (z.B. bau- oder brandschutzrechtlichen) Anforderungen [...] unterschieden.

- Ferner verstoße die Ag gegen § 127 Abs. 1 GWB, da sie im Rahmen der Zuschlagslimitierung die in Ziffer 5 der BWB genannte Reihenfolge der zu vergebenden Lose auch dann anwenden wolle, wenn der betreffende Bieter im jeweiligen Los nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Wenn es allein darauf ankomme, dass ein Bieter für mehr als fünf Lose den Zuschlag erhalte, unabhängig davon, ob er auch im betreffenden Los auch das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, fehlten objektive und nichtdiskriminierende Kriterien zur Zuschlagsvergabe i.S.d. § 30 Abs. 2 S. 2 VgV.
- Das Angebotsformblatt für die einzelnen Lose lasse Manipulationen durch die Bieter zu und es sei nicht klar zu erkennen, welche Felder auszufüllen seien bzw. welche unverändert bleiben müssten. Um zu verhindern, dass ein Bieter aus Versehen Angaben in bearbeitbaren Feldern mache, die wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen zum Ausschluss seines Angebots führten, sei ein Auftraggeber verpflichtet, eindeutige Vorgaben zu machen. So sei auf Seite 1 dieses Formblatts zunächst vorgegeben, dass nur die fett umrandeten Felder vom Bieter auszufüllen seien. Fett umrandet sei jedoch auch das Feld „Angaben zur Abholung“, obwohl die von der Ag voreingestellten Eintragungen wohl nicht vom Bieter abgeändert werden dürften. Auf Seite 2 des Angebotsformblatts sei nur ein einzelnes Feld zur Beschreibung des Leistungsgegenstands vorausgefüllt und dieses sowie das Feld für die entsprechenden Preisangaben fett umrandet. Die nachfolgenden Kästchen zum Leistungsgegenstand und Preis seien jedoch ebenso fett umrandet, ohne dass ersichtlich sei, was hier eingetragen werden solle. Ferner sei auf Seite 3 das Kästchen zur Anzahl der Nebenangebote fett umrandet, obwohl Nebenangebote gemäß Ziffer II.2.10 der EU-Bekanntmachung nicht zugelassen seien; selbst bloße Anmerkungen, die ein Bieter in diesem Feld mache, würden also zum Angebotsausschluss führen. Ebenso könne der Bieter im Feld „USt.“ einen eigenen Prozentsatz für Umsatzsteuer angeben.
- Schließlich sei es unverhältnismäßig i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 2 GWB, für jedes Los ein separates Angebot abgeben zu müssen. Diese Anforderung entspreche zudem nicht dem Sinn und Zweck der sog. e-Vergabe (§ 53 VgV), weil der Aufwand in diesem Fall größer sei als bei der postalischen Einreichung eines einzigen, aber umfassenden

Angebots mit entsprechendem Preisblatt. Dass die Ag laut ihrer Antwort auf die Bieterfrage 58 inzwischen zulasse, für alle Lose einheitlich Dokumente anzufertigen, verdeutliche, dass es genüge, nur ein Anlagenkonvolut für alle Lose zu erstellen und dem Angebot beizufügen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Bezüglich des Vergabeverfahrens „Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis für medizinische Zwecke – Referenznummer der Bekanntmachung: 2281-1788“ – ABI. EU 2018/S 138-314690 – wird ein Vergabenachprüfungsverfahren eingeleitet.
2. Der Ag wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.
3. Die Vergabeakte wird beigezogen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB gewährt.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.
5. Der Ag werden die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten auferlegt.

Soweit die ASt während des Nachprüfungsverfahrens die Vorgaben der Ag zur Beschriftung der Verpackungen gerügt hatte (am 14. September 2018), erklärte sie nach entsprechender Abhilfe der Ag ausdrücklich, dass diese Rüge nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei.

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 notwendig zu erklären.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei teilweise bereits unzulässig. Denn die jetzige Konzeption der Leistungsbeschreibung, der Losaufteilung und Loslimitierung, des Vertrags, der Zuschlagskriterien samt Bewertungsmethodik sowie die Anforderung zur Erstellung von Konzepten entsprechen mit wenigen Ausnahmen vollständig den Unterlagen, die auch in

der vorangegangenen „Cannabis-Ausschreibung“ verwendet und vom OLG Düsseldorf am 28. März 2018 (Az. VII-Verg 54/17) als vergaberechtskonform eingestuft worden seien. Dies sei auch der ASt bekannt, [...]. Dennoch habe die ASt ihre erste Rüge erst 23 Tage nach Veröffentlichung im Amtsblatt der EU erhoben. Dass die überarbeiteten Vergabeunterlagen nicht in Form einer Markup-Version dargestellt seien, habe die ASt überhaupt nicht gerügt; zudem sei die ASt insoweit nicht antragsbefugt, da sie die Änderungen offenkundig vollständig nachvollzogen habe, so dass ihre Zuschlagschancen nicht beeinträchtigt seien. Des Weiteren schütze § 40 VgV, wonach die nationale nicht vor der EU-Bekanntmachung erfolgen dürfe, nicht die ASt, sondern nur ausländische Unternehmen.

Zur vorzeitigen nationalen Veröffentlichung der Bekanntmachung trägt die Ag vor, ihre Vergabeplattform sei derzeit so programmiert, dass zwangsläufig mit dem Versand der EU-Bekanntmachung die Bekanntgabe auf dieser Plattform erfolge. Auf die beiden Berichtigungsbekanntmachungen sei § 41 VgV jedoch ohnehin nicht anwendbar. Zudem habe sich der vermeintliche Vergabeverstoß hinsichtlich der Bekanntmachung vom 18. Juli 2018 erledigt, weil die Angebotsfrist inzwischen bis zum 5. November 2018 verlängert worden sei, so dass der vermeintliche Nachteil der ASt ausgeglichen worden sei. Außerdem habe die ASt die EU-Bekanntmachung zur Kenntnis genommen und sei durch einen etwaigen Verstoß daher nicht in ihren Rechten verletzt.

Die Änderungen an den Vergabeunterlagen seien transparent erfolgt, auch wenn die Ag den Bietern keine Markup-Version zur Verfügung gestellt habe. Es stehe im Ermessen eines Auftraggebers, wie er die Bieter über vorgenommene Änderungen an den Vergabeunterlagen informiere. Die Ag habe sich dazu entscheiden, die Bewerbungsbedingungen mit dem aktuellen Stand bekannt zu machen und unter Ziffer 13 eine Übersicht zu den Änderungen zu geben. Da die Bewerbungsbedingungen nur 18 Seiten umfassten, sei es den Bietern zuzumuten, die Dokumente zu vergleichen.

Die Vorlage von Konzepten habe die Ag bereits in der Vorgängerausschreibung verlangt. Sowohl die Vergabekammer als auch das OLG Düsseldorf hätten die betreffenden Anforderungen bereits für rechtmäßig erachtet. Dies sei auf das jetzige offene Verfahren übertragbar, denn auch in dem vorherigen Verhandlungsverfahren habe keine Möglichkeit bestanden, über diese Anforderung zu verhandeln. Zudem habe auch die frühere Leistungsbeschreibung ebenfalls bereits zu Recht auf arznei- und lebensmittelrechtliche Vorschriften verwiesen. Die Leistungsbeschreibung sei teilfunktional so ausgestaltet, dass

die geschuldete Leistung unter Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften erbracht werden müsse. Anders als die ASt meine, würden arznei- und betäubungsmittelrechtliche Bestimmungen für die Lieferung von Cannabis auch nicht nur entsprechend oder analog gelten, sondern ebenso unmittelbar für Cannabis wie für andere Arzneipflanzen. Auch § 31 VgV verlange nicht, dass bei jeder Leistungsbeschaffung alle gesetzlichen Vorschriften stets im Wortlaut in die Leistungsbeschreibung aufgenommen und veröffentlicht werden müssten, sondern lasse Bezugnahmen zu. Abgesehen davon habe die Ag inzwischen die „Ergänzenden Hinweise zur Leistungsbeschreibung“ gegeben und die Sicherheitsrichtlinie auf der Vergabeplattform eingestellt, obwohl sie hierzu nicht verpflichtet sei. Die Konzepte würden so bei der Wertung der Angebote berücksichtigt, dass die Ag anhand einiger Konzepte prüfe, ob die Vorgaben der Leistungsbeschreibung eingehalten werden würden, die übrigen Konzepte flössen in die Qualitätswertung ein. Dies ergebe sich aus Ziffer 6.1 und 8.10 der BWB.

Der Leistungsumfang, mit dem ein Unternehmen beauftragt werden könne, sei nicht unklar, sondern so bereits im früheren Verhandlungsverfahren formuliert gewesen. Im Übrigen liege es in der Natur der losweisen Vergabe, dass ein Bieter nicht wisse, ob er den Zuschlag nur für ein oder mehrere Lose erhalten werde. Es bleibe dem Bieter überlassen, wie er im Hinblick auf den möglichen Zuschlag auf fünf Lose oder auch im Hinblick auf eine etwaige Nachnutzungs- und Erweiterungsmöglichkeit die bauliche Anlage dimensioniere. Ebenso sei es die Entscheidung des Bieters, ob er ein Angebot auf mehrere Lose in einer oder verschiedenen baulichen Anlagen abgebe. Aufgrund ihrer Marktkenntnis wisse die Ag, dass es zudem rechtlich und technisch möglich sei, die bauliche Anlage zu konzeptionieren und zu planen, ohne die genaue Anbaumenge zu kennen. In ihren Antworten auf die Bieterfrage 56 habe die Ag lediglich klargestellt, dass ein Angebot nicht zuschlagsfähig sei, wenn die darin vorgesehenen technischen und baulichen Kapazitäten nicht ausreichten, um die Leistung in mehreren angebotenen Losen zu erbringen.

Hinsichtlich der Eignungsanforderungen unterschieden die Vergabeunterlagen hinreichend eindeutig zwischen den Angaben, zu denen der Bieter Auskunft erteilen solle, und den inhaltlichen Mindestbedingungen zur Bejahung der Eignung. Die Anforderung, Angaben zu machen, ob Cannabis-, Anbau und/oder Verarbeitungs-Referenzen vorlägen, verstoße auch nicht gegen § 122 Abs. 4 S. 1 GWB, weil die Ag angesichts des Beschaffungsgegenstands ein Interesse habe zu erfahren, ob und wie der Bieter diese Leistungen in der Vergangenheit ausgeführt habe.

Über die Formulierung zur Vergabe von 5 Bewertungspunkten habe das OLG Düsseldorf bereits zugunsten der Ag entschieden.

Hinsichtlich der Bewertung der SOPs habe die ASt die Antwort der Ag auf die Bieterfrage 11 missverstanden. Diese Antwort habe die Ag inzwischen zur Frage 44 konkretisiert. SOPs seien textliche Beschreibungen von standardisiert eingeführten Abläufen u.a. im Bereich der Arzneimittelherstellung. Da es vorliegend um die Darstellung und Bewertung des Konzepts für die ausgeschriebene Leistungserbringung gehe, werde die Ag keine SOPs positiv bewerten, die sich nicht auf die konkret zu erbringenden Leistungen in Deutschland bezögen und die bei der Leistungserbringung nicht umgesetzt werden sollten oder könnten. Die ASt werde hierdurch nicht benachteiligt. So sei sie nicht gehindert, mit ihrem Angebot SOPs einzureichen oder zu erstellen, andererseits würden Bieter, die ihrem Angebot SOPs beifügten, nicht sachwidrig bevorzugt. Wenn der Aufwand für einzelne Bieter für die Angebotserstellung geringer sei, weil diese bereits über SOPs verfügten, sei dies als Ausdruck des Wettbewerbs hinzunehmen.

Die Frage der Loslimitierung und der Reihenfolge der zu vergebenden Lose stelle sich erst und nur bei den Losen, bei denen der betreffende Bieter das wirtschaftlichste Angebot eingereicht habe. Habe der Bieter z.B. bei Los 3 nicht das wirtschaftlichste Angebot vorgelegt, laute die Reihenfolge Los 1, 2, 9, 12 usw. Dies ergebe sich eindeutig aus Ziffer 5 der BWB: „Würde ein Bieter ohne die Loslimitierung den Zuschlag für mehr als 5 Lose erhalten, ...“.

Das Angebotsformblatt werde in einer Vielzahl von Vergabeverfahren so verwendet und sei vergaberechtskonform. Aus den Bewerbungsbedingungen ergebe sich hinreichend eindeutig, welche Angaben und Erklärungen der Bieter mit seinem Angebot abgeben und welche er in dem Angebotsformblatt mindestens vornehmen müsse. Außerdem obliege es dem Bieter, die Vergabeunterlagen nicht unzulässig abzuändern.

Wenn Leistungen losweise vergeben werden, müsse der Bieter für jedes Los ein vollständiges Angebot einreichen. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass die Ag einen Verweis auf andere Unterlagen oder Lose nicht erlaube. Der mit der getrennten Angebotseinreichung verbundene Aufwand sei auch nicht unangemessen, weil dieser sich im Wesentlichen darauf beschränke, etwaige identische Angebotsteile für jedes Los als

eigene Datei hochladen zu müssen. Zudem liege es im Ermessen der Ag, in welcher Form sie die Einreichung der Angebote wünsche.

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

In der mündlichen Verhandlung am 10. Oktober 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 überwiegend zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig, denn die Rügen der ASt sind rechtzeitig erfolgt (dazu unter a)) und sie ist weitgehend antragsbefugt (dazu unter b)).

a) Die ASt ist nicht mit ihren Rügen nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert, denn sämtliche Rügen sind von ihr vor Ablauf der Angebotsfrist erhoben worden. Es gibt keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die gerügten Vergaberechtsverstöße der ASt bereits früher bekannt gewesen sind, so dass sie diese gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB innerhalb von zehn Kalendertagen nach Kenntniserlangung hätte rügen müssen. Denn zwar hatte sich bereits eine Schwestergesellschaft der ASt, [...], an der aufgehobenen Vorgängerausschreibung sowie an einem Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren hierzu beteiligt. Das damals streitgegenständliche Vergabeverfahren ist jedoch (aufgrund der Rüge eines anderen Unternehmens) aufgehoben und von der Ag überarbeitet worden. Selbst wenn die Vergabeunterlagen gerade in den auch schon damals gerügten Aspekten weitgehend gleich geblieben sind, kann man jedoch nicht zu Lasten der ASt unterstellen, dass ihr diese Deckungsgleichheit in tatsächlicher und vergaberechtlicher Hinsicht bereits unmittelbar mit oder kurzfristig nach der Neubekanntmachung des Vergabeverfahrens am

20. Juli 2018 positiv bekannt war. Hierzu musste sie zunächst die neuen und die alten Vergabeunterlagen miteinander vergleichen und bewerten. Die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Ag hat diesbezüglich nicht hinreichend belastbar dazu vorgetragen, dass die ASt die entsprechenden tatsächlichen Erkenntnisse und rechtlichen Schlussfolgerungen bereits länger als zehn Kalendertage vor ihren jeweiligen Rügen gehabt und gezogen hat.

Anders als die Ag meint, hat die ASt ebenfalls gerügt, dass die Ag Änderungen an den Vergabeunterlagen nicht besonders, z.B. in Form einer Markup-Version, hervorgehoben hat. Denn bereits mit ihrer ersten Rüge am 13. August 2018 hat die ASt u.a. beanstandet, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen unter Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB nicht nachvollziehbar gekennzeichnet wurden und zur Abhilfe vorgeschlagen, künftige Änderungen farblich hervorzuheben. Da die Ag diesem Vorschlag, den die ASt als die rechtmäßige Vorgehensweise angesehen hat, bisher nicht nachgekommen ist, brauchte die ASt ihre hiermit zusammenhängende Rüge auch nach den späteren Änderungen der Ag nicht noch einmal zu wiederholen.

- b) Die Antragsbefugnis der ASt liegt ebenfalls weitgehend vor. Auch wenn die ASt bisher kein Angebot abgegeben hat (die Angebotsfrist endet erst am 5. November 2018), hat sie ihr Auftragsinteresse i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB hinreichend durch ihre vorprozessualen Rügen und ihren anschließenden Nachprüfungsantrag belegt (Dicks in: Ziekow/Völlink, „Vergaberecht“, 3. Aufl., zu § 160 GWB, Rz. 12 ff. m.z.N.). Durch ihren Vortrag, das Vergabeverfahren sei u.a. deshalb fehlerhaft, weil keine vergleichbaren Angebote zu erwarten seien, oder weil sie aus anderen Gründen gegenüber anderen Bietern im Nachteil sei, macht sie außerdem eine Verletzung in eigenen Rechten geltend und hat hinreichend dargelegt, dass ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt sein könnten, so dass ihr ein Schaden zu entstehen droht.

Dies gilt jedoch nicht, soweit die ASt vorträgt, die Ag habe in der nationalen Bekanntmachung entgegen § 40 Abs. 3 S. 3 VgV nicht den Tag der Übermittlung an das Amt für Veröffentlichungen der EU angegeben. Hierbei handelt es sich um eine reine Ordnungsvorschrift, die nicht bieterschützend ist – auch die ASt hat nichts dazu vorgetragen, dass sie dieser konkrete Rechtsverstoß in ihren Zuschlagsaussichten beeinträchtigen würde. Hinsichtlich ihrer übrigen Beanstandungen hat die ASt demgegenüber zumindest auf einen ihr hieraus bereits bei der Angebotserstellung

resultierenden unzumutbaren Mehraufwand verwiesen, so dass jedenfalls die Zulässigkeit ihres Antrags insoweit zu bejahen ist.

2. Soweit er nicht bereits unzulässig ist, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. So ist die Leistungsbeschreibung der ASt nicht zu unbestimmt (dazu unter a)), die Anforderungen an die Vorlage und Wertung von Konzepten sind vergaberechtskonform (dazu unter b)) und die Eignungsanforderungen sind hinreichend eindeutig (dazu unter c)). Des Weiteren sind die Vorgaben der Ag an die Bewertung mit 5 Punkten und zur Wertung von SOPs nicht zu beanstanden (dazu unter d) und e)) und auch die Vorgehensweise zur Umsetzung der Zuschlagslimitierung ist vergaberechtskonform (dazu unter f)). Durch die Veröffentlichung der nationalen vor der EU-Bekanntmachung ist die ASt nicht in ihren Rechten verletzt (dazu unter g)). Ferner sind die Änderungen an den Vergabeunterlagen hinreichend transparent erfolgt (dazu unter h)) und auch die Formulierungen im Angebotsformblatt sind nicht intransparent (dazu unter i)). Schließlich verstößt die Ag nicht gegen Vergaberecht, weil sie von den Bietern verlangt, auf jedes Los ein separates Angebot abzugeben (dazu unter j)).

a) Die Leistungsbeschreibung ist nicht zu unbestimmt i.S.d. § 121 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 1, 2 VgV, obwohl sie den Bietern zahlreiche Spielräume lässt (dazu unter aa)), ohne weitere Erläuterungen auf Rechtsnormen und Richtlinien verweist (dazu unter bb)) und keine näheren Angaben zum zu erwartenden Auftragsumfang enthält (dazu unter cc)); vor allem ist die von der ASt befürchtete Vergleichbarkeit der Angebote durch die Vorgehensweise der Ag nicht beeinträchtigt.

aa) Dass die Leistungsbeschreibung und die übrigen Vorgaben der Ag an die Angebotsinhalte den Bietern zahlreiche Spielräume lässt, ist nicht vergaberechtswidrig.

Vorliegend handelt es sich um eine sog. teilfunktionale Leistungsbeschreibung, d.h. die Ag gibt den Bietern in weiten Teilen der Leistungsbeschreibung keine konkreten Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, sondern beschreibt lediglich eine Aufgabe bzw. ein Ziel, überlässt es aber weitestgehend den Bietern selbst, auf welchem Wege sie diese Aufgabe lösen bzw. dieses Ziel erreichen wollen. Dies beruht darauf, dass der Beschaffungsgegenstand (Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken) in Deutschland – abgesehen von der in der Verhandlungsphase aufgehobenen Vorgängerausschreibung der Ag vor ca. einem Jahr – bisher noch nicht öffentlich

ausgeschrieben oder sonst von einem öffentlichen Auftraggeber im Vertragswege beschafft worden ist. D.h. die Ag kann nicht bereits auf einschlägige Erfahrungen oder eine bewährte Praxis zurückgreifen, wie die ausgeschriebene Leistung bestmöglich erbracht werden kann (vgl. so zur Vorgängerausschreibung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17). Bei dieser Form der Ausschreibung macht sich ein öffentlicher Auftraggeber den Wissensvorsprung, über den die Bieter aufgrund ihrer zum Eignungsbeleg geforderten Erfahrungen verfügen müssen, sowie deren Kreativität zunutze, um so optimale Lösungen für die Deckung seines Beschaffungsbedarfs entwickeln zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008, VII ZR 194/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2013, VII-Verg 7/13). Hier bedient sich die Ag der Konzepte der Bieter darüber, wie diese die ausgeschriebenen Aufgaben bzw. Ziele im Einzelnen lösen bzw. erreichen wollen. Diese Konzepte werden im Zuschlagsfall Vertragsbestandteil. Eine solche funktionale Beschreibung des Leistungsgegenstands ist zulässig, vor allem ist die Leistungsbeschreibung hinreichend bestimmt, wenn der Auftraggeber die zu lösende Aufgabe so genau wie möglich fasst, dass sie ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermittelt und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lässt, die ihm die Erteilung des Zuschlags ermöglichen (vgl. § 31 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. VgV).

Diesen Voraussetzungen wird die streitgegenständliche Ausschreibung gerecht. Denn die Ag hat im ausgeschriebenen Vertrag, der Leistungsbeschreibung und den Anforderungen an die Konzeptinhalte in den BWB u.a. das zu erbringende Leistungsziel, die Rahmenbedingungen und die wesentlichen Einzelheiten der Leistung sowie die Zuschlagskriterien selbst festgelegt (vgl. hierzu vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13 m.w.N.). Weitere Festlegungen hinsichtlich des Leistungsgegenstands und der von den Bietern anzubietenden Leistungen brauchte die Ag wegen § 31 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. VgV nicht zu treffen. Soweit sich die ASt in diesem Zusammenhang daher darauf beruft, dass die Ag den Bietern keine konkreten Vorgaben dazu gemacht hat, wie sie z.B. konzeptionell den Schutz der Cannabisblüten gewährleisten sollen (vgl. Ziffer 8.8 der BWB), übersieht sie, dass es gerade im Wesen einer (teil-)funktionalen Ausschreibung liegt, dass der Auftraggeber im konzeptionellen Bereich, wie die ausgeschriebene Aufgabe zu lösen ist, auf Bieterseite vorhandenes Know-how abschöpfen will und dies grundsätzlich auch tun darf (vgl. oben). Dass die von den Bietern vorgeschlagenen Lösungswege unterschiedlich sind, ist mithin einer (teil-)funktionalen Ausschreibung immanent, aber

keine Frage der Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 22/13 m.w.N.).

Aufgrund der teilfunktionalen Leistungsbeschreibung und der hieraus resultierenden Unterschiedlichkeit der eingereichten Angebotskonzepte besteht auch nicht die Gefahr, dass durch die Ausschreibungskonzeption der Ag unterschiedliche Lösungsansätze der Bieter in unzulässiger Weise nivelliert würden. Denn nach dem oben Gesagten reicht es bei solchen Leistungsbeschreibungen aus, wenn der Auftraggeber die zu lösende Aufgabe – wie hier – hinreichend genau formuliert. Daraus folgt gleichermaßen, dass alle Angebote, die die in den Vergabeunterlagen genannten (teil-)funktionalen Anforderungen erfüllen, allein schon deshalb hinreichend miteinander vergleichbar sind und bewertet werden können (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13 m.w.N.). Bei teilfunktionalen Ausschreibungen der vorliegenden Art kann es allenfalls problematisch sein, wenn die qualitativen Unterschiede der von den Bietern angebotenen Lösungen (hier: ihre Konzepte) keinerlei Würdigung auf der Ebene der Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote erhalten. Hierin kann ein Verstoß gegen § 127 Abs. 4 S. 1 GWB liegen, soweit durch die Wahl der Zuschlagskriterien ein wirksamer Wettbewerb nicht gewährleistet wird. Dies ist hier indes nicht der Fall. Denn die Ag stellt eine hinreichende Vergleichbarkeit der Angebote sicher, indem sie die (unterschiedlichen) Konzepte der Bieter einer vergleichenden Betrachtung unterzieht und qualitativ – konkret mit einem Anteil von 60% – bewertet. Dass nicht sämtliche von den Bietern vorzulegenden Konzepte in die Qualitätsbewertung einfließen, ist nicht erforderlich und vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt (siehe hierzu unten 2b)bb)). Entscheidend ist allein die Gewährleistung einer wettbewerbsgerechten Vergleichbarkeit der Angebote, die hier vorliegt.

- bb) In vergaberechtlicher Weise zu unbestimmt ist diese Leistungsbeschreibung oder die weiteren Vergabeunterlagen auch nicht deshalb, weil die Ag ursprünglich auf zahlreiche (insbesondere arznei- und betäubungsmittelrechtliche) Vorschriften verwiesen hatte, ohne diese den Bietern im Einzelnen zu benennen oder zur Verfügung zu stellen. Der betreffenden Beanstandung der ASt hat die Ag im Nachhinein dadurch abgeholfen, dass sie diese Regelungen am 17. September 2018 den Bietern zwar nachträglich, aber noch deutlich vor Ablauf der Angebotsfrist in den „Ergänzenden Hinweisen zu der Leistungsbeschreibung“ mitgeteilt hat. Die ASt hat nichts dazu

vorgetragen, dass dies unvollständig oder für die rechtzeitige Fertigstellung ihres Angebots zu spät erfolgte (die Angebotsfrist läuft derzeit noch bis zum 5. November 2018).

Zwar erfolgten diese ergänzenden Hinweise laut Ag „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“. Dies ändert jedoch erstens nichts an der Tatsache, dass die Bieter diese Informationen inzwischen haben. Zweitens war die Ag vorliegend tatsächlich nicht verpflichtet, den Bietern die für das Vergabeverfahren und die anschließende Vertragsausführung einschlägigen Rechtsnormen mitzuteilen. Es obliegt vielmehr jedem Bieter selbst, sich mit seiner unternehmerischen Tätigkeit im Allgemeinen und mit seinem konkreten Leistungsangebot im Besonderen im Rahmen der (gerade für sein Unternehmen und seine Tätigkeit am Markt) geltenden Gesetze zu bewegen; ggf. muss er sich selbst entsprechend rechtskundig machen. Dies gilt jedenfalls in einem Vergabeverfahren wie hier, wo der ausgeschriebene Vertrag ausweislich seiner Eignungs- und Vertragsanforderungen ohnehin auf einen branchenkundigen und beruflich bereits erfahrenen Bieterkreis zugeschnitten ist (dies folgt aus den geforderten Referenzen sowie den zur Angebotsausführung erforderlichen Erlaubnissen gemäß § 3 BtMG und § 13 AMG, die neben einer Ausbildung als Apotheker, Pharmazeut oder ähnlichem eine mindestens zweijährige praktische Tätigkeit auf dem Gebiet der Qualitätsprüfung von Arzneimitteln voraussetzen (s. § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 2, § 6 Abs. 1 Nr. 1 BtMG bzw. § 13 Abs. 1 Nr. 1, § 14 Abs. 1 Nr. 1 AMG, jeweils i.V.m. § 15 Abs. 1, 2 AMG) und wird darüber hinaus durch zahlreiche Bieterfragen bestätigt, in denen dezidiert Fragen zu konkreten Rechtsvorschriften gestellt wurden (s. z.B. Bieterfragen 37, 39, 63, 65)). Dass für ein Vergabeverfahren oder den anschließenden Vertrag einschlägige Rechtsvorschriften auslegungsfähig sind und unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, kann zudem ohnehin kein öffentlicher Auftraggeber beeinflussen. Dies gilt auch für die Vergabestelle der Ag, auch wenn diese – so die ASt in der mündlichen Verhandlung – die für die Durchsetzung und Anwendung der arznei- und betäubungsmittelrechtlichen Vorschriften zuständige Behörde ist. Denn selbst wenn die Ag den Bietern etwaige Auslegungshilfen geben würde, wären diese nicht – wie es die ASt für ihre Zwecke wünscht – verbindlich. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit z.B. betäubungsmittelrechtlich-relevanter Handlungen der ASt richtet sich nämlich letztendlich nicht nach der Rechtsauffassung der Ag; über die ordnungsgemäße Rechtsauslegung und -anwendung im Einzelfall hat nicht die Ag, sondern die

zuständigen Gerichte (oder je nach Fragestellung: die Vergabe-Nachprüfungsinstanzen) letztverbindlich zu entscheiden. Auch die Ag ist mithin für die am streitgegenständlichen Auftrag interessierten Unternehmen keine „Rechtsauskunftsstelle“ (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2014, VII-Verg 2/14). Vermeintliche Rechtsunklarheiten müssen die Bieter also selbst, notfalls durch Einholen von Rechtsrat, in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko klären (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2014, a.a.O.).

Anders als die ASt meint, folgen weitergehende Pflichten der Ag auch nicht aus § 41 VgV, weil hiernach nur die „Vergabeunterlagen“ vollständig und direkt über eine vom Auftraggeber angegebene elektronische Adresse abrufbar sein müssen. Zu den Vergabeunterlagen zählen indes gemäß § 29 Abs. 1 VgV u.a. nur die Angebotsaufforderung, die Bewerbungsbedingungen und die Vertragsunterlagen, also für das konkrete Vergabeverfahren vom Auftraggeber individuell angefertigte Unterlagen, nicht jedoch die einschlägigen allgemeingültigen Rechtsnormen.

- cc) Die Leistungsbeschreibung ist auch nicht deshalb lückenhaft oder zu unbestimmt, weil ein Bieter bei Angebotsabgabe noch nicht weiß, in welchem Umfang er beauftragt werden wird. Anders als die ASt es darstellt, liegt dies nicht an der Zuschlagslimitierung auf fünf Lose. Vielmehr verhält es sich bei jeder losweisen Vergabe so, dass ein Bieter, der Angebote für mehrere Lose abgibt, noch nicht weiß, ob überhaupt und wenn ja in wie vielen Losen sein Angebot das wirtschaftlichste ist und bezuschlagt werden wird. Aufgrund der hier vorgesehenen Zuschlagslimitierung steht jedenfalls fest, dass ein Bieter höchstens fünf Lose erhält, auch wenn er für weitere Lose Angebote abgegeben haben sollte. Die Ursache dafür, dass der Ausgang eines Vergabeverfahrens für einen Bieter ungewiss ist, liegt insoweit jedoch nicht in etwaigen Vergabefehlern des Auftraggebers, sondern ist letztlich dem Wettbewerb geschuldet. Trotz dieser Unsicherheit obliegt es mithin dem Bieter selbst, ob er sein Angebot in der Erwartung kalkuliert und konzipiert, dass er möglichst viele oder bestenfalls sogar alle der von ihm bebotenen Lose erhält und daher z.B. etwaige Kosteneinsparungen aufgrund der erwarteten Mengenvorteile bereits mit in seine Angebotskonzeption einbezieht. Andere Bieter konzipieren und kalkulieren ihre Angebote auf die einzelnen Lose möglicherweise vorsichtiger, damit sich ein Vertragsschluss auch dann für sie wirtschaftlich lohnt, wenn nur ein oder wenige Lose an den betreffenden Bieter gehen. Wie bereits gesagt beruht diese individuell unterschiedliche Herangehensweise an die

Angebotserstellung jedoch auch der Kalkulationsfreiheit und der eigenen unternehmerischen Entscheidung jedes Bieters, und nicht darauf, dass der Auftraggeber keinen bestimmten Leistungsumfang in der Leistungsbeschreibung vorgegeben oder versprochen hat.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass auch wenn aufgrund der unterschiedlichen ggf. anzubauenden Cannabis-Typen die Kalkulation und Konzeption des Angebots zusätzlich erschwert sein dürfte, es zulässigerweise dem Bieter selbst überlassen bleibt, die Risiken seiner Angebotstaktik abzuschätzen und einzukalkulieren. Insbesondere haben die Bieter auch die Möglichkeit, zwar auf mehrere Lose, aber nur auf einen einzelnen Cannabis-Typ anzubieten (ausgeschrieben sind acht Lose Typ I, drei Lose Typ II und zwei Lose Typ III), um so ggf. das Kalkulationsrisiko für den Fall eines Zuschlags auf mehrere Typen zu eliminieren. Somit liegt der streitgegenständlichen Ausschreibungskonzeption weder eine unbestimmte Leistungsbeschreibung zugrunde noch hat die Ag den Bietern hier in unzumutbarer Weise Kalkulationsrisiken aufgebürdet, die den vergaberechtlich zulässigen Rahmen überschreiten. Denn auch eine schwierige Kalkulation ist nicht ohne Weiteres rechtswidrig. Die nach der aktuellen Vergaberechtsprechung sehr hoch liegenden Grenzen sind hier nicht überschritten. Insoweit wird auf die Entscheidungen zum Drei-Partner-Modell bei Arzneimittel-Rabattverträgen verwiesen (grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. November 2011, VII-Verg 47/11), wo unterschiedliche Zuschlagskonstellationen vorliegen können, die vom Bieter im Vorhinein nur schwer zu kalkulieren sind, dennoch aber die Grenze des kalkulatorisch Zumutbaren nicht überschreiten.

Rechtswidrig sind die diesbezüglichen Vorgaben der Ag auch nicht deshalb, weil sie von einem Bieter, der Angebote für mehrere Lose abgibt, verlangt, seine Angebotskonzepte ggf. auf ein größeres Auftragsvolumen auszurichten. Denn alles, was die Ag in ihren Antworten auf die Bieterfrage 56 verlangt, ist sachgerecht und auch sonst vergaberechtskonform. Es versteht sich von selbst, dass die Ag von einem Bieter auch Aussagen z.B. über die geplanten Anbau- und Lagerkapazitäten für den Fall benötigt, dass er sich auf mehrere Lose bewirbt und auch für mehrere Lose den Zuschlag erhalten soll. Auf welche und wie viele Lose ein Bieter ein Angebot abgibt kann die Ag nicht vorhersehen und auch nicht beeinflussen, sondern obliegt allein der Entscheidung der Bieter (s.o.). Wenn die von einem Bieter konzeptionierte Anlage nicht

für die Menge an Pflanzen ausreicht, auf die er in mehreren Losen insgesamt bietet, wäre sein Konzept insoweit nicht plausibel und die Ag könnte dem betreffenden Bieter jedenfalls nicht auf mehrere Lose einen Zuschlag erteilen. Dem von der ASt geschilderten Problem, dass ein Bieter aufgrund seines Konzepts ggf. zur Errichtung einer großen Anlage verpflichtet ist, die er aufgrund der wenigen tatsächlich nur erhaltenen Zuschläge gar nicht benötigt, kann der Bieter z.B. durch entsprechende Formulierungen in seinem Konzept entgehen. So könnte er für den Fall der Zuschlagserteilung auf mehrere Lose abgestufte Größenangaben machen, je nach dem auf wie viele Lose er den Zuschlag erhalten soll. Auch in diesem Punkt verkennt die Vergabekammer nicht, dass wegen der Besonderheit des vorliegenden Beschaffungsgegenstands dem Bieter Kalkulationsrisiken verbleiben. Wie bereits gesagt liegt es jedoch allein an ihm, dieses Risiko z.B. dadurch zu minimieren, dass er z.B. nur für einzelne Lose oder Cannabis-Typen Angebote abgibt, damit der Ausgang des Bieterwettbewerbs für ihn plan- und damit sein Angebot kalkulierbarer wird.

b) Die Regelungen der Ag über die vorzulegenden Konzepte sind vergaberechtskonform. Dass die Ag die Vorlage zahlreicher Konzepte verlangt, ist für die Bieter nicht unzumutbar (dazu unter aa)) und auch die für die Wertung der Konzepte vorgesehene Methode ist rechtmäßig (dazu unter bb)).

aa) Dass die Ag von den Bietern zahlreiche Konzepte fordert, ist nicht unzumutbar oder im Hinblick auf den konkreten Auftragsgegenstand nicht sachgerecht. Wie bereits oben unter 2a)aa)) gesagt, dienen die Konzepte in einer (teil-)funktionalen Ausschreibung dazu, das Know-how und die Kreativität der Bieter abzuschöpfen und die bestmögliche Lösung für die ausgeschriebene Aufgabe zu beschaffen. Zwar nutzt die Ag im vorliegenden Fall in einem besonders großen Umfang etwaige Erfahrungs- oder jedenfalls Planungsvorsprünge der (potentiellen) Bieter. Dies ist jedoch damit zu erklären und sachlich zu rechtfertigen, dass der verfahrensgegenständliche Beschaffungsgegenstand so in Deutschland bisher noch nie ausgeschrieben wurde. Hinzu kommt, dass mangels eigener Erfahrungen der Ag eine solche im Ergebnis sehr offene Vorgehensweise für den erstmals so durchgeführten (Bieter-)Wettbewerb gerade von Vorteil ist, weil diese es besonders vielen Unternehmen ermöglicht, sich mit ihren eigenen Ideen und Konzepten an dem Vergabeverfahren zu beteiligen, ohne engen und möglicherweise sogar unverhältnismäßigen Vorgaben der Ag gerecht werden zu müssen. Der ASt ist zwar zuzugeben, dass die Erstellung so zahlreicher

und umfangreicher Konzepte für die Bieter mit einem hohen Aufwand verbunden ist. Dies allein macht die Vorgehensweise der Ag jedoch nicht rechtswidrig, vor allem besteht dieser Aufwand für alle Bieter gleichermaßen, so dass die ASt nicht diskriminiert wird. Dass darüber hinaus eine absolute Unzumutbarkeitsschwelle überschritten wäre, trägt auch die ASt nicht konkret vor. Nicht zuletzt ist die Anforderung zahlreicher Konzepte auch der von der ASt selbst geforderten Überprüfung geschuldet, ob die Angebote hinreichend miteinander verglichen werden können, weil sie den ausgeschriebenen Anforderungen entsprechen (dazu unter 2b)bb)). Dies liegt nach dem Vorbringen der ASt auch in deren Interesse – damit verbunden ist jedoch umgekehrt der Aufwand für die Bieter, diese Konzepte auch erstellen zu müssen.

Abgesehen davon hat auch das OLG Düsseldorf die Vorgehensweise der Ag bereits im Rahmen der Vorgängerausschreibung, in der nahezu dieselben und ähnlich zahl- und umfangreiche Konzepte vorzulegen waren, nicht beanstandet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17). Zwar ging es der damaligen Antragstellerin um die hiermit zusammenhängende Frage, ob die Ag die zahlreichen Konzepte im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens bereits mit dem ersten Angebot fordern durfte. Wenn der mit der Konzepterstellung verbundene Aufwand einem Bieter jedoch laut OLG Düsseldorf schon zu Beginn eines Verhandlungsverfahrens, also (ggf. lange) vor dem „final offer“, zugemutet werden kann, dann gilt dies erst recht für das jetzige offene Verfahren, in dem der Leistungsgegenstand von vornherein feststeht und etwaige konzeptionelle Details nicht erst später „ausverhandelt“ werden. Letztlich dürfte der Aufwand für die Erstellung der Konzepte hier somit geringer sein als im aufgehobenen Verhandlungsverfahren, da die Bieter im offenen Verfahren keine erneute Überarbeitung ihrer Konzepte schulden, sondern diese nur einmal einreichen müssen.

- bb) Das Wertungssystem der Ag, das diese für die Konzepte vorgesehen hat, ist vergaberechtskonform, vor allem muss die Ag nicht alle der geforderten Konzepte anhand qualitativer Leistungspunkte bewerten, um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen.

Nach den Vorgaben der Ag fließen nur einige der von den Bietern vorzulegenden Konzepte in die Bewertung auf der sog. 4. Wertungsstufe ein. Die Ag hat diese

Konzepte in Ziffer 6.2.2.1 bis 6.2.2.6 sowie in Ziffer 8.10.1 bis 8.10.6 der BWB aufgezählt. Dass (nur) diese Konzepte bei der qualitativen Wertung der Angebote berücksichtigt werden, wird zusätzlich dadurch klargestellt, dass im Rahmen der Beschreibung der konkreten Inhalte des jeweiligen Konzepts auf das entsprechende Wertungskriterium verwiesen wird (so verweist z.B. Ziffer 8.10.1 der BWB auf das in Ziffer 6.2.2.1 genannte Zuschlagskriterium oder Ziffer 8.10.4 auf das Kriterium in Ziffer 6.2.2.4 der BWB). Das hierbei anzuwendende Bepunktungssystem hat die Ag in Ziffer 6.2 der BWB (S. 11) näher erläutert. Hinsichtlich der übrigen, also nicht auf der 4. Wertungsstufe zu berücksichtigenden Konzepte ist – anders als die ASt meint – nicht unklar, warum die Ag diese verlangt bzw. für was sie diese verwendet. Hierzu hat die Ag in Ziffer 6.1 und 8.10 der BWB eindeutig gesagt, dass Konzepte nicht nur der Qualitätsbewertung nach Ziffer 6.2 der BWB, sondern auch der Prüfung dienen, „dass die Leistung vertragskonform erbracht wird“ und „die in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen, insbesondere gemäß Ziffer 2 und 3 der Leistungsbeschreibung erfüllt werden“. Dies gilt für die in Ziffer 8.6 bis 8.9 der BWB im Einzelnen näher beschriebenen Konzepte, wie auch durch entsprechende Verweise in den einzelnen Konzeptbeschreibungen auf Ziffer 6.1 der BWB noch einmal klargestellt wird (s. z.B. Ziffer 8.6 oder 8.9 der BWB, jeweils am Ende). Kommt die Ag bei der letztgenannten Prüfung zu dem Ergebnis, dass die ausgeschriebenen Anforderungen nicht erfüllt werden, führt dies also zum Ausschluss des Angebots auf der sog. 1. Wertungsstufe wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV).

Zu einer solchen, je nach Konzept unterschiedlichen Vorgehensweise bei der Angebotswertung ist ein öffentlicher Auftraggeber wie die Ag befugt, vor allem muss die Ag nicht alle Konzepte mithilfe von Bewertungspunkten auf der 4. Wertungsstufe bewerten, um den Leistungsunterschieden der Bieter gerecht zu werden. Denn ein öffentlicher Auftraggeber bestimmt nicht nur im Wesentlichen selbst, was er beschafft und legt dazu die entsprechenden Anforderungen an die zu beschaffende Leistung fest (std. Rspr., vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16 m.w.N.), sondern entscheidet konsequenterweise grundsätzlich auch selbst über die qualitativen Kriterien, anhand denen er das wirtschaftlichste, seinen Anforderungen entsprechende Angebot auswählt, und dementsprechend auch über die Wertungsmethodik, die er hierbei anwendet (vgl. nur BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09). Die

Überprüfung der Vorgehensweise des Auftraggebers durch die Vergabekammern beschränkt sich in diesen Fällen darauf, dass die Vorgehensweise durch nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe sachlich gerechtfertigt ist und vor allem keine anderen Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, a.a.O.).

An der Nachvollziehbarkeit, Objektivität und Auftragsbezogenheit der Wertungsmethodik der Ag besteht kein Zweifel, weil alle geforderten Konzepte der Konkretisierung des späteren Leistungsinhalts (Anbau, Weiterverarbeitung, Lieferung etc. von Cannabis zu medizinischen Zwecken) dienen. Die ASt bezweifelt lediglich, dass die Vorgehensweise der Ag nicht diskriminierungsfrei ist, weil sie den Unterschieden der Angebote nicht hinreichend gerecht wird, wenn nicht alle Konzepte qualitativ bewertet werden. Inhaltliche Unterschiede zwischen Angeboten müssen jedoch nicht notwendig auf der o.g. 4. Wertungsstufe berücksichtigt werden. Der Vergleichbarkeitsbeurteilung der Angebote dienen vielmehr ebenso die Ausschlussgründe auf der sog. 1. Wertungsstufe des § 57 VgV. So will vorliegend auch die Ag verfahren, indem sie einige der vorzulegenden Konzepte dahingehend überprüft, ob sie die ausgeschriebenen Vorgaben erfüllen (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV). Solche Plausibilitätsprüfungen sind auch in der Vergaberechtsprechung inzwischen anerkannt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. September 2018, VII-Verg 17/18; vom 14. Januar 2009, VII-Verg 59/08; vom 8. September 2011, VII-Verg 80/11; 1. VK Bund, Beschluss vom 2. Mai 2018, VK 1-35/18). Das OLG Düsseldorf macht in einer jüngeren Entscheidung hierzu die Einschränkung, dass die geforderten konzeptionellen Angaben verhältnismäßig, insbesondere den Bietern zumutbar, sein müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. September 2018, a.a.O.). Letzteres ist hier indes wie bereits oben festgestellt der Fall (s.o. unter 2b)aa)).

Hinzu kommt des Weiteren, dass sich die qualitativ zu bewertenden Konzepte einerseits und die lediglich in Bezug auf Plausibilität sowie Erfüllung der Leistungsanforderungen vorzulegenden Konzepte andererseits in wesentlichen Punkten unterscheiden. Während nämlich bei den als Grundlage der Qualitätsbewertung einzureichenden Konzepten der Bieter gehalten ist, eine qualitativ möglichst hochwertige Lösung zu entwickeln und anzubieten, hat er bei den übrigen Konzepten lediglich darauf zu achten, dass die in den Bewerbungsbedingungen und der Leistungsbeschreibung geforderten Grundanforderungen gewahrt sind

(Darstellung der Terminplanung anhand bestimmter Meilensteine, Angabe eines für den Anbau geeigneten Pflanzenmaterials, ordnungsgemäße Verpackung, Beschreibung einer für den Anbau geeigneten baulichen Anlage). Damit erhalten die Bieter hinreichend klare Vorgaben in Bezug auf die Anforderungen an die jeweiligen Konzepte, die sie bei der Angebotserstellung berücksichtigen können.

c) Die Eignungsanforderungen der Ag sind hinreichend eindeutig.

Die Ag hat in Ziffer III.1.3 der EU-Bekanntmachung mehrere Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter aufgestellt. Einige hiervon wurden als „Mindeststandards“ bezeichnet. Entgegen der Auffassung der ASt sind diese Vorgaben eindeutig und unmissverständlich und verstoßen damit nicht gegen das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Dafür, wie die Regelungen zu verstehen sind, ist – wie bei allen Teilen der Vergabeunterlagen – der objektive Empfängerhorizont, d.h. das Verständnis eines durchschnittlichen, verständigen und mit den ausgeschriebenen Leistungen vertrauten Bieters, maßgeblich (vgl. nur BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07 m.w.N.). Hiernach folgt bereits aus der Formulierung „Mindest-“Standards, dass die Eignungsanforderungen der Ag mindestens, aber auch schon dann erfüllt sind, wenn die dort genannten Voraussetzungen (hier: an die durch bestimmte Referenzen zu belegende Erfahrung des Bieters) erfüllt sind. Für dieses Auslegungsergebnis spricht im konkreten Fall außerdem, dass die Ag – über den im EU-Bekanntmachungsformular für solche Mindeststandards bereits vorformulierten Text hinaus – die anschließend aufgezählten Anforderungen zusätzlich als „Mindestbedingung zur Bejahung der Eignung“ bezeichnet hat. Mit anderen Worten will die Ag die Eignung bereits dann, also endgültig, bejahen, wenn die hier genannten Bedingungen vorliegen. Konkret heißt das, dass die Eignung eines Bieters (jedenfalls im Hinblick auf die geforderten Referenzen) schon dann vorliegt, wenn er über (mindestens) eine den Anforderungen entsprechende „Cannabis-Referenz“ (mit dem unter Ziffer III.1.3 der EU-Bekanntmachung näher umschriebenen Inhalt) oder anstelle dessen über (mindestens) eine den Anforderungen entsprechende „Anbau-Referenz“ und (mindestens) eine den Anforderungen entsprechende „Verarbeitungs-Referenz“ (jeweils i.S.d. Ziffer III.1.3 der EU-Bekanntmachung) verfügt. An diesen Prüfungsmaßstab hat sich die Ag durch die Vorgabe entsprechender Mindeststandards gebunden.

Dasselbe gilt konsequent für die formelle Eignungsprüfung der Ag. D.h. auch im formellen Sinne ist ein Bieter erst, aber bereits dann geeignet, wenn er eine (den in Ziffer III.1.3 der

EU-Bekanntmachung genannten Anforderungen z.B. an eine bestimmte Mindestliefermenge entsprechende) „Cannabis-Referenz“ oder anstelle dieser eine „Anbau-Referenz“ und eine „Verarbeitungs-Referenz“ vorlegt.

Dass die Anforderungen an die Eignung insgesamt nicht bereits dann erfüllt sind, wenn der Bieter ausschließlich die unter der Rubrik „Möglicherweise geforderte Mindeststandards“ geforderten Nachweise vorlegt, nicht aber auch alle anderen geforderten Eignungsnachweise (Nachweis über die Eintragung in ein Berufs- oder Handelsregister etc.), versteht sich von selbst und bedarf keiner eingehenderen Ausführungen. Denn Mindestanforderungen an die Eignung können immer nur jene Eignungsanforderungen betreffen, die unter der entsprechenden Rubrik der Bekanntmachung auch konkret spezifiziert sind.

Da Angaben zu allen drei Referenzarten zur Bejahung der Eignung eines Bieters nicht zwingend erforderlich sind, braucht hier nicht entschieden zu werden, ob dies ggf. vergaberechtsrechtswidrig wäre.

- d) Die Bewertungsmethode zur Bewertung der Qualität der von den Bietern vorzulegenden Konzepte ist vergaberechtskonform. Zwar findet laut den Erläuterungen zur Punktevergabe in Ziffer 6.2 der BWB (S. 11) nur bei der Bewertung mit der Höchstpunktzahl 5 ein Vergleich mit den übrigen Konzepten statt, so dass nach der Formulierung der Ag („im Vergleich zu allen anderen Angeboten“) nur ein einziger Bieter für sein Konzept in dem jeweiligen Zuschlagskriterium 5 Punkte erhalten kann und alle anderen Konzepte entsprechend niedriger zu bepunkten sind. Die Ag hat dies so vorgegeben und es ist auch sonst – selbst unter Berücksichtigung des Vortrags der ASt – nicht ersichtlich, warum dies vergaberechtswidrig sein sollte. Wie bereits oben gesagt, bestimmt ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich selbst die Qualitätskriterien und die anzuwendende Wertungsmethodik. Die Vorgehensweise muss allerdings durch nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe sachlich gerechtfertigt sein und darf keine anderen Wirtschaftsteilnehmer diskriminieren (vgl. oben unter 2b)bb)). Allein dadurch, dass nur ein Bieter je Zuschlagskriterium die Höchstpunktzahl erhalten kann, die anderen Punkte jedoch mehrfach vergeben werden können (und darauf beschränkt sich das Vorbringen der ASt), sind diese Grenzen nicht überschritten. Vor allem ist diese Vorgehensweise nicht inkonsequent oder unvollständig. Vielmehr entspricht es dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach es zwar mehrere befriedigende oder gute Leistungen, aber nur

eine einzige („die“) beste Leistung geben kann. Zutreffend weist die ASt zwar darauf hin, dass der Wertungsaufwand der Ag mutmaßlich geringer wäre, wenn sie auch bei der Vergabe der Höchstpunktzahl keine Reihung der Konzepte vornehmen müsste (mit der Folge, dass es mehrere „sehr gute“, aber kein einzelnes „bestes“ Konzept geben würde). Dies betrifft jedoch allein die Ag und berührt nicht die Rechtsschutzinteressen der ASt oder anderer Bieter. Nicht zuletzt hat auch das OLG Düsseldorf dasselbe Wertungssystem der Ag – zwar zur aufgehobenen Vorgängerausschreibung, aber mit identischem Inhalt – für vergaberechtskonform erachtet (Beschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17).

- e) Die von der Ag angekündigte Bewertung von sog. Standard Operating Procedures („SOPs“) ist nicht zu beanstanden.

SOPs sind von einem Unternehmen selbst entwickelte standardisierte Vorgehensweisen und Arbeitsanweisungen und werden insbesondere in der pharmazeutischen Industrie entwickelt (Quelle: wikipedia). Die zunächst möglicherweise missverständliche Aussage, dass SOPs bei der Angebotswertung „ggf.“ berücksichtigt werden (s. Bieterfrage 11), hat die Ag inzwischen so klargestellt, dass diese zwar nicht zwingend anzugeben seien, jedoch so wie andere Teile des Konzepts bei der Wertung berücksichtigt werden, falls ein Bieter diese in seinem Angebot erwähne (s. Bieterfrage 44).

Dies ist jetzt eindeutig und nicht zu beanstanden, weil ein Auftraggeber bei der Angebotswertung selbstverständlich alles würdigen muss, was ihm vom betreffenden Bieter vorgelegt wird. Weitere Aussagen dazu, ob und mit welcher qualitativen Bewertung SOPs in die Bewertung einfließen (wie die ASt sie wünscht), kann die Ag jedoch im Vorhinein gar nicht machen, weil sie die Angebote noch gar nicht kennt. Dass sich allein das Vorhandensein von SOPs positiv auf die Angebotswertung auswirkt, wäre ohnehin vergaberechtswidrig, da nur auf diesen konkreten, von der Ag so ausgeschriebenen Auftrag bezogene Konzeptinhalte wertungsrelevant sein können (vgl. § 127 Abs. 3 S. 1 GWB). Zudem würde es der Ausschreibungskonzeption der Ag widersprechen, den Bietern solche konkrete Vorgaben an ihren Angebotsinhalt zu machen. Denn die Ag hat sich vorliegend gerade für eine teil-funktionalen Leistungsbeschreibung entschieden, so dass die Bieter eigene Lösungen zur Befriedigung des Beschaffungsbedarfs der Ag entwickeln sollen (s.o. unter 2a)aa)). Alles, worauf es der Ag vorliegend ankommt, ist, dass ihr Bedarf bestmöglich befriedigt wird. Da dies nach ihrer Marktkennntnis jedenfalls nicht zwingend voraussetzt, dass ein Bieter bereits auf vorhandene SOPs zurückgreifen kann, hat sie die Angabe

solcher SOPs ausdrücklich nicht verlangt. Ein Bieter kann also unabhängig davon, ob er bereits über SOPs verfügt, eigene Konzepte oder neue „maßgeschneiderte“ SOPs zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags entwickeln. Diese Vorgehensweise hat gleichzeitig den wettbewerblichen Vorteil, dass eine erfolgreiche Ausschreibungsteilnahme einem großen Bieterkreis offen steht, auch Newcomer, die noch nicht über SOPs oder ähnliche Standardpraktiken verfügen, haben die Möglichkeit, mit ihrem Konzept ein gutes Bewertungsergebnis zu erzielen. Die von der ASt befürchtete Gefahr, dass Newcomer schlechter behandelt werden als erfahrene Bieter, besteht vorliegend daher gerade nicht.

- f) Die Vorgaben der Ag zur praktischen Umsetzung der vorgesehenen Zuschlagslimitierung sind eindeutig und widersprechen vor allem nicht § 127 Abs. 1 GWB.

Denn aus Ziffer 5 der BWB ergibt sich widerspruchsfrei, dass die dort festgelegte Reihenfolge nur dann gilt, „wenn ein Bieter ohne die Loslimitierung den Zuschlag für mehr als 5 Lose erhalten“ würde. Dies wiederum ist nur dann der Fall, wenn er in dem jeweiligen Los das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Umgekehrt formuliert erhält dieser Bieter in allen anderen Fällen, wenn er also in dem zu betrachtenden Los nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, hierfür keinen Zuschlag. Die von der Ag vorgegebene Reihenfolge der an diesen Bieter zu vergebenden Lose kommt in diesem Fall also gar nicht zum Tragen. Damit ist gleichermaßen § 127 Abs. 1 GWB genüge getan, wonach ein Angebot nicht bezuschlagt werden darf, wenn es nicht das wirtschaftlichste ist.

Die von der Ag festgelegte Reihenfolge, in der die Lose im Rahmen der Zuschlagslimitierung vergeben werden sollen, entspricht ebenfalls den Anforderungen des § 30 Abs. 2 S. 2 VgV, wonach die anzuwendenden Kriterien objektiv und nichtdiskriminierend sein müssen. Denn bei dieser Auflistung handelt es sich nicht um auf einen bestimmten Bieter bezogene oder sonst einzelne Bieter bevorzugende Auswahlkriterien. Mehr hat dazu auch die ASt nicht vorgetragen.

- g) Dass die nationalen Bekanntmachungen vor den EU-Bekanntmachungen erfolgten, verstößt zwar gegen § 40 Abs. 3 S. 1 VgV. Nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung, dass alle Bieter mit Sitz im Land des jeweiligen Auftraggebers keine Vorteile gegenüber ausländischen Bietern haben, gilt dies nicht nur für die Ursprungsbekanntmachung, sondern auch für alle späteren Berichtigungen, die aufgrund ihrer Wichtigkeit für die Verfahrensteilnahme ebenfalls eine neue EU-weite Bekanntmachung erfordern (wie hier

z.B. die Änderung der Angebotsfrist oder der Eignungsanforderungen). Denn auch eine Änderungsbekanntmachung ändert die Bedingungen einer Ausschreibung und hat damit keinen von der Ursprungsbekanntmachung abweichenden Informationswert, der es rechtfertigen würde, die Zwei-Tages-Frist hierauf nicht anzuwenden.

Ob es sich bei der Regelung des § 40 Abs. 3 S. 1 VgV um eine bieterschützende Vorschrift oder um eine reine Ordnungsvorschrift – deren Verletzung im Nachprüfungsverfahren nicht zu prüfen wäre – handelt, kann hier dahingestellt bleiben. Die ASt ist durch diesen Vergabeverstoß nämlich nicht in ihren Rechten verletzt, denn die Angebotsfrist wurde bereits am 29. August 2018 vom 22. Oktober 2018 auf den 5. November 2018, 12 Uhr, verlängert. Damit bleibt es zwar dabei, dass die Bieter, die (anders als angeblich die ASt) bereits die nationale Bekanntmachung gesehen haben, immer noch zwei Tage mehr Zeit haben, ihr Angebot zu erstellen, als Bieter, die nur auf die EU-Bekanntmachung achten. Allein diese Ungleichbehandlung führt indes nicht zu einer Beeinträchtigung der Rechte der ASt (konkret: ihrer Zuschlagsaussichten). Denn abgesehen davon, dass dieser Fehler absolut unheilbar wäre (jedenfalls solange die Vergabeunterlagen nicht so grundlegend überarbeitet werden, dass sich alle Bieter neu einarbeiten müssten, bliebe der „Vorsprung“ von zwei Tagen immer bestehen), gibt es keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass ein Angebot allein dadurch automatisch besser wird (also besser zu bewerten wäre und daher höhere Zuschlagschancen hat), je länger die entsprechende Bearbeitungszeit ist. Auch das Gesetz sieht nur eine angesichts der Komplexität der ausgeschriebenen Leistung und der Zeit für die Ausarbeitung der Angebote „angemessene“ Frist vor (§ 20 Abs. 1 VgV). Vorliegend überschreitet die endgültige Angebotsfrist die in § 15 Abs. 2 VgV genannte Mindestfrist von 35 Tagen erheblich. Dass diese Frist, jedenfalls nach ihrer Verlängerung um weitere zwei Wochen, zu kurz (also nicht „angemessen“) sein soll, behauptet auch die ASt nicht.

Die von der ASt in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 19. Juli 2018 (Az. VK 2-58/18) steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Vor allem kann dieser Entscheidung nicht entnommen werden, dass es bei einem Verstoß gegen § 40 Abs. 3 S. 1 VgV auf die Feststellung eines Schadens i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB oder einer Rechtsverletzung i.S.d. § 168 Abs. 1 S. 1 GWB nicht ankommt. Denn im von der 2. Vergabekammer zu entscheidenden Sachverhalt lag ein solcher Schaden bzw. eine solche Rechtsverletzung des Antragstellers vor, weil sein Angebot wegen Nichterfüllens der unter Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV verspätet veröffentlichten

Vergabeunterlagen ausgeschlossen worden war. Hier geht es hingegen um einen Verstoß gegen § 40 Abs. 3 S. 1 GWB, der bei der Entscheidung der 2. Vergabekammer zwar auch vorlag, aber nicht tragend für die Bejahung eines möglichen Schadens im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB war. Die Annahme eines möglichen Schadens stützte die 2. Vergabekammer vielmehr auf den Umstand, dass die Vergabeunterlagen für einen Zeitraum von drei Wochen, der der Hälfte der Angebotsfrist entsprach, dem Antragsteller des dortigen Verfahrens nicht zur Verfügung standen. Dass hier ein Schaden in Gestalt eines Nachteils bei der Angebotserstellung nicht ausgeschlossen werden kann, liegt auf der Hand. Auf das hier streitgegenständliche Verfahren können diese Überlegungen allerdings nicht übertragen werden.

- h) Jedenfalls seitdem die Ag den Bietern in den Bewerbungsbedingungen vom 27. August 2018 in Ziffer 13 (S. 17 f.) aufgelistet hat, inwieweit die Vergabeunterlagen überarbeitet wurden, sind die jeweils aktuellen Fassungen dieser Unterlagen für die Bieter hinreichend transparent, weil die Änderungen so für jeden Bieter eindeutig und ohne großen Rechercheaufwand erkennbar sind. Die ASt hat nichts konkret dazu vorgetragen, warum dies auch trotz der o.g. Liste mittlerweile nicht der Fall sein sollte.

Eine „Markup-Version“, wie die ASt sie vorschlägt, oder Formulierungen wie im Falle der Berichtigung einer EU-Bekanntmachung wären möglicherweise ebenso tauglich gewesen, um die gebotene Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Ein Bieter hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber in einer bestimmten Weise verfährt, wenn er sich – wie hier – auch anders vergaberechtskonform verhält.

- i) Die Vorgaben der Ag im Angebotsformblatt sind hinreichend eindeutig. Ähnliche Formblätter werden üblicherweise auch in anderen Ausschreibungen verwendet. Selbstverständlich dürfen Formblätter keine unklaren Formulierungen enthalten, so dass die Bieter nicht wissen, was sie eintragen müssen. Dies ist aus Sicht der ASt jedoch vorliegend nicht das Problem. Vielmehr befürchtet die ASt ausgeschlossen zu werden, wenn sie versehentlich falsche Angaben in bearbeitbaren Feldern macht. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht jedoch verpflichtet, die Angebotsunterlagen so zu gestalten, dass die Angebote ohne Weiteres wertbar sind und z.B. technische Vorkehrungen zu treffen, dass es den Bietern von vornherein gar nicht möglich ist, ausschussrelevante Eintragungen vorzunehmen. Denn der Grad dessen, was ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Verfahrenstransparenz leisten muss, richtet sich vor allem auch nach dem jeweiligen

Bieterkreis. Dies sind verständige, branchenkundige Unternehmen. Mithin obliegt es vielmehr jedem Bieter selbst, für die Ausschreibungskonformität seines Angebots zu sorgen. Dass die ASt hier möglicherweise schlechter dasteht als andere Bieter oder dass es ihr aufgrund der Gestaltung des Angebotsformblatts von vornherein unmöglich wäre, ein wertbares Angebot abzugeben, ist im jetzigen Verfahrensstadium (die Angebotsfrist läuft noch) nicht erkennbar. Zudem trägt die ASt selbst hierzu nichts Substantiiertes vor.

- j) Es ist nicht vergaberechtswidrig, dass die Ag von den Bietern verlangt, je Angebot ein separates Angebot abzugeben.

Die Form, in der Angebote zu übermitteln sind, legt grds. der Auftraggeber selbst fest. Rechtswidrig dürften seine Vorgaben allenfalls dann sein, wenn er einzelne Bieter diskriminiert oder unzumutbare Anforderungen aufstellt, die eine ordnungsgemäße und rechtzeitige Angebotsabgabe unverhältnismäßig erschweren. Was die Ag vorliegend von den Bietern verlangt, ist zwar mit einem gewissen Aufwand verbunden, der geringer wäre, wenn Angebote auf mehrere Lose zusammengefasst werden könnten. Dieser Aufwand ist jedoch, soweit derzeit erkennbar, für alle Bieter gleich. Zum jetzigen Zeitpunkt, zu dem die Angebotsfrist noch nicht abgelaufen ist, kann auch nicht unterstellt werden, dass ein Bieter, der auf mehrere Lose bieten will, allein wegen der Menge der hochzuladenden Unterlagen in der Angebotsabgabe im o.g. Sinne unzumutbar beeinträchtigt wird. Immerhin hat die Ag inzwischen auf entsprechende Bieterfragen hin erlaubt, dass wortgleiche Erklärungen und Konzepte für mehrere Lose gemeinsam erstellt werden dürfen. Auch die ASt trägt für ihre eigenen Angebotsabgabe keine konkret bevorstehenden Hindernisse oder Schwierigkeiten vor, sondern befürchtet lediglich pauschal technische Probleme.

Dass die Vorgehensweise den Grundsätzen der sog. e-Vergabe widerspricht (so die ASt), ist nicht erkennbar. Abgesehen davon, dass die Reichweite solcher angeblicher Rechtsgrundsätze nicht klar ist, ist die von der Ag vorgesehene Verfahrensweise nicht zwangsläufig schwieriger oder aufwändiger als bei einem „Papier-Angebot“. Denn auch im letztgenannten Fall ist ein Auftraggeber nicht daran gehindert, separate Angebotsfassungen je Los zu fordern. Sofern die ASt diesbezüglich möglicherweise darauf anspielt, dass die Ag in der ursprünglichen Fassung der Bewerbungsbedingungen noch etwas anderes geplant hatte (Angebote in Schriftform), ist festzustellen, dass die erste Fassung der BWB nichts dazu enthielt, ob auch nicht damals schon je Los ein gesondertes Angebot hätte vorgelegt werden müssen (vgl. Ziffer 1.4 und 9 der BWB vom 17. Juli 2018,

Bl. 7 ff. der Vergabeakte). Doch selbst wenn die Ag die Anforderungen an die Form der Angebotsabgabe auf mehrere Lose während des Vergabeverfahrens verschärft haben sollte, hat ein Bieter keinen Anspruch darauf, dass ein öffentlicher Auftraggeber seine einmal angekündigte Vorgehensweise bis zum Ablauf der Angebotsfrist so beibehält (sofern er sich – wie hier – vergaberechtskonform verhält).

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. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zur Vorgehensweise bei einer Ausschreibung, die so erstmals in Deutschland durchgeführt wird, deren Umfang und Komplexität anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben (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