



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 38/18

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Gerlach auf die mündliche Verhandlung vom 2. Mai 2018 am 7. Mai 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens zu einem Drittel, die Antragsgegnerin zu Zweidritteln. Die zur zweckentsprechenden

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin jeweils vollständig.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin war nicht notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich im Wesentlichen gegen den beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene (Bg), weil deren Angebot unauskömmlich sei bzw. die Ag ihren Pflichten nach § 60 VgV nicht hinreichend nachgekommen sei.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom [...] einen Auftrag zur [...] im offenen Verfahren im Supplement des EU-Amtsblattes als Dienstleistungsauftrag aus ([...]). Durch den zukünftigen Auftragnehmer sind danach die von Apotheken eingereichten ärztlichen Verordnungen und deren korrekte Abwicklung durch die Apotheken zu prüfen und die Abrechnung mit den Apotheken vorzunehmen.

Die Auftragsunterlagen wurden gemäß Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung elektronisch abrufbar zur Verfügung gestellt.

In Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung war für den Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit angegeben: *„Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“*. In der Anlage A2 der Vergabeunterlagen (*„Erklärungen der Bewerber zur Eignung“*) forderte die Ag zum Nachweis der fachlich-technischen Leistungsfähigkeit sodann *„mindestens drei mit dem Auftragsgegenstand in Art und/oder Umfang vergleichbare Referenz Tätigkeiten. ...“*

Im „Beiblatt zum Preisblatt“ (Angebotswertung)“ (vgl. Bl. 114-118 der Vergabeakte) gab die Ag als Zuschlagskriterien vor: Preis (Gewichtung 50%) und Qualität der Leistung (Gewichtung 50%). Die Ag wies darauf hin, dass die gewichteten Punkte zur Berechnung der

Gesamtwertung addiert würden und der Zuschlag auf das Angebot mit der höchsten Gesamtwertung erfolgen werde. Für das Zuschlagskriterium Preis sowie für die qualitativen Zuschlagskriterien waren jeweils maximal 150 Punkte erreichbar.

Die Punktevergabe für die Angebotspreise erfolgte im Verhältnis der jeweiligen Preise der Angebote zueinander. Das günstigste Angebot sollte 150 Punkte erhalten, Angebotspreise, die mehr als doppelt so hoch sind, wie der günstigste angebotene Preis sollten 0 Punkte erhalten.

Die Zuschlagskriterien wurden folgendermaßen konkretisiert:

*„1. Preis (Gewichtung 50%)*

*Es gilt der Gesamtpreis (Anlage B2)*

*2. Qualitative Zuschlagskriterien (Gewichtung 50%)*

*Jeder Einzelpunkt wird durch den Fachbereich bewertet.*

*Höchste Punktzahl 10 – erfüllt die Erwartungen komplett*

*Niedrigste Punktzahl 0 – erfüllt die Erwartungen überhaupt nicht“.*

Anlage B2 enthielt das Preisblatt, in dem unter A die Vergütung je Datensatz/Beleg und unter B Vergütungspauschalen für die Datenbereitstellung anzubieten waren. Die übrigen Punkte C bis F enthielten zu bepreisende Optionen.

ASt und Bg gaben fristgemäß Angebote ab. Das Angebot der Bg war sowohl bezogen auf die Laufzeitbetrachtung als auch die Jahresbetrachtung der ausgeschriebenen Leistungen erheblich günstiger als das Angebot der ASt.

Die Ag dokumentierte die Auswertung der Angebote in mehreren tabellarischen Übersichten. Auf Blatt 241 der Vergabeakte dokumentierte die Ag eine tabellarische Übersicht, in der die Wertungspreise einerseits als „Jahresbetrachtung“ und andererseits als „Laufzeitbetrachtung“ gegenübergestellt wurden. Für das Angebot der ASt enthielt diese Tabelle für beide Kategorien 0 Punkte. Der Preis der ASt war nach der Tabelle nach jeder Kategorie mehr als doppelt so hoch wie derjenige der Bg.

Für die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien dokumentierte die Ag auf Blatt 242 der Vergabeakte eine tabellarische Übersicht, in der die für die einzelnen Angebote vergebenen Punkte festgehalten waren. Für die Angebote der ASt und der Bg war dort jeweils die identische Punktzahl von insgesamt 102 von insgesamt 150 höchstmöglichen Punkten eingetragen. Die zu den einzelnen qualitativen Unterkriterien vergebenen Punkte waren in der der Vergabekammer vorgelegten Vergabeakte nicht näher schriftlich begründet.

Mit Schreiben vom 26. März 2018 informierte die Ag die ASt darüber, sie beabsichtige der Bg den Zuschlag zu erteilen. Das Angebot der ASt sei in qualitativer Hinsicht gleich bewertet worden, habe aber in preislicher Hinsicht ein deutlich schlechteres Ergebnis erzielt.

Mit Schreiben vom 27. März 2018 bat die ASt um Übersendung einer detaillierten Angebotsbewertung.

Mit Schreiben vom 28. März 2018 teilte die Ag der ASt mit, bei der qualitativen Bewertung habe die ASt – wie auch ein anderer Bewerber – 68% der möglichen Punkte und somit 150 Punkte erreicht. Bei der preislichen Bewertung habe die ASt den zweiten Rang erreicht. Der Preis der ASt sei doppelt so hoch gewesen wie der des Bestbieters. Nach allem habe die ASt nur den zweiten Platz erreicht und habe somit nicht bezuschlagt werden können.

Mit Schreiben vom 29. März 2018 übermittelte die ASt der Ag ein Rügeschreiben, in dem die ASt die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung an die Bg rügte. Zur Begründung berief sich die ASt auf einen von ihr behaupteten Verstoß gegen § 60 Abs. 1 VgV. Die Ag habe eine Aufklärungspflicht im Hinblick auf das deutlich niedrigere Angebot der Bg, der die Ag bislang ersichtlich nicht nachgekommen sei.

Die Ag forderte mit E-Mail vom 3. April 2018 die Bg zur Aufklärung nach § 60 Abs. 1 VgV bis zum 4. April 2018, 9:30 Uhr, auf.

Mit E-Mail vom 4. April 2018, 9:43 Uhr, antwortete die Bg der Ag auf deren Fragen vom 4. April 2018 und übersandte eine Erläuterung der Kalkulation, in der sie auf die Fragen der Ag jeweils einging.

Mit Schreiben vom 4. April 2018 teilte die Ag der ASt mit, ihrer Rüge werde nicht abgeholfen, da nicht gegen § 60 Abs. 1 VgV verstoßen worden sei. Die Ag habe eine entsprechende Prüfung vorgenommen. Sämtliche Kostenpositionen und eingepreiste Margen seien detailliert, nachvollziehbar und umfangreich dargestellt, belegt und hergeleitet worden, die Wirtschaftlichkeit der Preiskalkulation der Bg sei plausibel begründet worden. Danach sei festzustellen gewesen, dass die Bg kein Unterkostenangebot abgegeben habe. Auch sonst seien keine Anhaltspunkte für eine unseriöse Kalkulation oder Marktverdrängungsabsicht ersichtlich. Auch sei die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch die Bg nicht gefährdet. Die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Bg nach § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV lägen überdies nicht vor.

Mit Schreiben vom 4. April 2018 wandte sich nun die ASt erneut an die Ag und teilte mit, die Ag habe bislang nicht mitgeteilt, ob sie eine Aufklärung des Preises nach § 60 Abs. 1 VgV vorgenommen habe, und forderte die Ag zu einer Antwort bis zum 5. April 2018 auf.

Mit einem am 5. April 2018 unterzeichneten Vermerk zur Preisprüfung des Angebots der Bg „wegen ungewöhnlich niedriger Angebote nach § 60 Abs. 1 VgV“ (vgl. Bl. 243-247 der Vergabeakte) stellte die Ag zunächst die Wertungspreise von ASt und Bg gegenüber und stellte hierzu fest, dass der Abstand größer als 20% sei und daher eine Preisaufklärung bei der Bg erfolgt sei. Sodann dokumentiert der Vermerk eine tabellarische Gegenüberstellung der von der Ag der Bg übermittelten Fragen, der Antworten der Bg sowie jeweils eine Bewertung der Antworten durch die Ag. Im Ergebnis hielt die Ag als Fazit ihrer Prüfung fest, es könne nach Beurteilung der offengelegten Preiskalkulation von einem auskömmlichen Angebot ausgegangen werden sowie von einer qualitativ hochwertigen und zuverlässigen Leistungserbringung durch die Bg. Weder sei eine Marktverdrängungsabsicht noch ein Unterkostenangebot ersichtlich. Die kalkulationsrelevanten Positionen seien nachvollziehbar und detailliert offengelegt worden. Seitens der Ag lägen keine Gründe für einen Bieterausschluss vor.

Die Ag antwortete der ASt sodann mit E-Mail vom 5. April 2018 und wies ausdrücklich darauf hin, sie habe aufgrund der großen Differenz der Preise eine Preisprüfung für das Angebot der Bg durchgeführt und verwies hierzu auf ihr Schreiben vom 4. April 2018.

2. Mit anwaltlichem Schreiben vom 5. April 2018, bei der Vergabekammer per Fax am selben Tag eingegangen und der Ag am selben Tag per Fax übermittelt, beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
  - a) Zur Begründung führt die ASt in ihrem Antrag sowie ergänzend mit Schreiben vom 20., 25., 26. und 27. April 2018 aus. Sie beruft sich im Wesentlichen auf einen von ihr vorgetragenen Verstoß gegen § 60 VgV.
    - Die ASt ist der Meinung, das Angebot der Bg sei nach § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV zwingend abzulehnen, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass das Angebot der Bg mit § 128 Abs. 1 GWB vereinbar sei. Dies sei bei einem Preisunterschied wie im vorliegenden Fall nicht möglich. Überdies habe die Bg in der Vergangenheit höhere Preise kalkuliert.
    - Jedenfalls liege ein Ermessensfehler nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV vor, da nicht erkennbar sei, dass die Ag eine hinreichende materielle Preisaufklärung und eine fehlerfreie Prognoseentscheidung vorgenommen habe, was näher ausgeführt wird:
      - o Insbesondere hält die ASt einen Verstoß gegen § 60 Abs. 1 VgV für gegeben, weil die Ag das ihr zustehende Ermessen zur Aufklärung fehlerhaft ausgeübt habe. Die Ag habe den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht umfassend aufgeklärt. Aus den Schreiben der Ag, die diese an die ASt auf deren Rüge übermittelt habe, sei nicht erkennbar gewesen, dass die Ag die erhebliche Diskrepanz zwischen dem Angebot der ASt und dem der Bg berücksichtigt habe.
      - o Jedenfalls habe die Ag gegen § 60 Abs. 1 VgV verstoßen, weil sie ihrer materiellen Prüfpflicht nicht entsprochen habe. Insbesondere sei nicht ersichtlich, dass die Ag die Vereinbarkeit mit § 128 Abs. 2 GWB geprüft habe. Schließlich ergebe sich die unzureichende Prüfung aus dem zeitlichen Ablauf der Preisaufklärung vom 3. April 2018, die die Bg bereits am 4. April 2018 beantwortet habe. Dieser nur knappe Zeitraum habe keinen Raum für eine umfassende und dem § 60 VgV gerecht werdende Preisaufklärung ermöglicht. Ein weiteres Indiz für die nicht hinreichende Aufklärung durch die Ag ergebe sich aus dem Umstand, dass die Ag gegenüber der ASt in der E-Mail vom 5. April 2018 den Eindruck erweckt habe, die Preisaufklärung bereits frühzeitig nach Eingang der Angebote selbständig eingeleitet zu haben. Dies treffe aber ausweislich des dokumentierten Schriftwechsels zwischen Ag und Bg vom 3./4. April 2018 nicht zu. Außerdem habe die Bg die von der Ag geforderte Preisaufklärung nicht

- fristgemäß bis zum 4. April 2018, 9:30 Uhr geliefert, sondern ihre E-Mail vom 4. April 2018 erst um 9:43 Uhr und damit außerhalb der gesetzten Frist übermittelt.
- Die Folgerung der Ag, die Bg habe kein Unterkostenangebot abgegeben, sei bei dem hier gegebenen Unterschied nicht nachvollziehbar. Eine Marge der Bg, wie sie von der Ag angenommen werde, sei bei einem derart niedrigen Preis wie ihn die Bg angeboten habe, undenkbar. Dies zeige auch die Kalkulation des Angebots der ASt.
  - Schließlich sei nicht erkennbar, dass die bei der Bg verwendete Technik wesentlich von der der ASt abweiche, auch handele es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um eine stark standardisierte Leistung. Dies begründe die Annahme, dass es zwischen der ASt und der Bg nur marginale Leistungsabweichungen gebe und auch aus diesem Grunde eine Auskömmlichkeit des Angebots der Bg nicht nachvollziehbar sei.
- Die ASt meint ferner, die Bg habe ihr Angebot in Marktverdrängungsabsicht zu Lasten der ASt abgegeben. Dies folge aus dem Umstand, dass die Bg offensichtlich ein nicht auskömmliches Angebot abgegeben habe.
  - Soweit die Ag im Nachprüfungsverfahren vorbringe, die ASt sei ungeeignet, weil sie keine Referenzen vorgelegt habe, die mit der ausgeschriebenen Leistung im Hinblick auf das zugrunde liegende Volumen vergleichbar seien, rügt die ASt einen Verstoß gegen die Maßgaben von § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, da die Eignungskriterien nicht in der Auftragsbekanntmachung bekannt gemacht seien, sondern dort nur auf die Vergabeunterlagen verwiesen worden sei. Überdies seien die Referenzen vergleichbar. Es reiche aus, wenn die referenzierten Leistungen dem Auftragsgegenstand nahe kommen oder ähneln, was der Fall sei.
  - Auf die Akteneinsicht in die Vergabeakte (maßgeblich zu Blatt 242) rügt die ASt in ihren Schreiben vom 20. und 25. April 2018 einen Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Satz 3 VgV, § 97 GWB, da die qualitative Bewertung nicht nachvollziehbar sei. Der in der Vergabeakte befindlichen Bewertungsmatrix seien nur die für die qualitativen Kriterien vergebenen Punkte, nicht aber eine Begründung für die jeweils vergebenen Punkte zu entnehmen.

- Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten sei für die ASt notwendig, weil der Nachprüfungsantrag eine komplexe vergaberechtliche Materie betreffe.
- Die ASt habe zudem einen Anspruch auf die Einsicht in die Vergabeakten, insbesondere die Dokumentation des Vergabeverfahrens im Rahmen des § 165 GWB. Daher müssten der ASt auch der zeitliche Ablauf der Preisaufklärung, Angaben der Bg zur Preisaufklärung mit Ausnahme der Preiskalkulation sowie Informationen der Bg zur Preisbildung offengelegt werden.

Die ASt beantragt,

das Angebot der Bg in dem Vergabeverfahren [...] gemäß § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen.

Hilfsweise

die Vergabestelle anzuweisen, erneut die Entscheidung über den Ausschluss der Bg unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer des Bundes vorzunehmen.

Hilfsweise

1. die Vergabestelle anzuweisen, das Angebot der Bg in dem Vergabeverfahren [...] gemäß § 60 VgV hinsichtlich der Preisbildung aufzuklären,
2. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die ASt notwendig gewesen ist,
3. Akteneinsicht durch Übersendung von Kopien per Telefax oder E-Mail zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. die unter Ziff. 3 des Nachprüfungsantrags beantragte Akteneinsicht zu versagen;
3. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Ag aufzuerlegen;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag entgegnet mit anwaltlichen Schreiben vom 12., 25. und 27. April 2018.

- Sie hält einen Schaden der ASt für ausgeschlossen.
  - o Die ASt sei nach nochmaliger Betrachtung ihres Angebots nach § 57 Abs. 1, 1. Hs. VgV auszuschließen, weil sie nicht die geforderten mit dem Auftragsgegenstand vergleichbaren mindestens drei Referenzen vorgelegt habe. Entweder seien die referenzierten Aufträge vom Volumen her nicht vergleichbar oder von der Art der beschriebenen Dienstleistung. Entsprechendes gelte für die Referenzen des von der ASt benannten Subunternehmers.
  - o Jedenfalls habe die ASt keine Chance auf den Zuschlag, weil sie aufgrund ihres hohen Preises selbst bei fiktiver Höchstbewertung ihres Angebotes in qualitativer Hinsicht die Wertungspunkte der Bg nicht werde erreichen können.
- Jedenfalls hält die Ag den von der ASt gerügten Verstoß gegen § 60 VgV für unbegründet.
  - o Ein Ausschluss nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV komme nicht in Betracht. Dies sei schon keine bieterschützende Vorschrift im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB, da sie rein haushaltsrechtlich motiviert sei, die ASt könne sich somit nicht darauf berufen, allenfalls auf § 60 Abs. 1, 2 VgV. Jedenfalls aber sei das Angebot der Bg nicht unauskömmlich. Dies habe die Bg im Zuge der Prüfung der Antworten der Bg auf das Aufklärungsersuchen der Ag in ihrem Prüfvermerk vom 5. April 2018 ausdrücklich und nach näherer Auswertung der gegebenen Antworten festgestellt. Insbesondere spreche die von der Bg kalkulierte Marge, zu der diese ausgeführt habe, gegen ein Unterkostenangebot; ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung sei nicht ersichtlich. Überdies sei dem Prüfvermerk der Ag eine positive Leistungserfüllungsprognose für die Bg zu entnehmen.
  - o Da die Ag kein unauskömmliches Angebot festgestellt habe, lägen auch die Voraussetzungen für einen zwingenden Ausschluss der Bg nach § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV nicht vor. Insbesondere würden von der Bg ausweislich der Preisaufklärung die Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB eingehalten.
- Es fehle zudem offenkundig an einer Marktverdrängungsabsicht durch die Bg, da diese ein auskömmliches Angebot abgegeben habe.
- Ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht nach § 60 Abs. 1 VgV scheidet aus, die Sachengrundlage der Entscheidung der ASt sei in diesem Rahmen korrekt ermittelt

worden, die Ag sei ihrer Pflicht mit ihrem Aufklärungsersuchen an die Bg formell und auch in inhaltlicher Hinsicht hinreichend. Darauf habe sie gegenüber der ASt im Rügeverfahren auch mehrfach hingewiesen. Die Bg habe mit ihrer E-Mail vom 4. April 2018 auch fristgerecht geantwortet. Die Aufklärung sei auch nicht deshalb unzureichend, weil sie, wie von der ASt behauptet, mit einer zu knappen Zeitvorgabe erfolgt sei bzw. die Ag sich nicht ausreichend Zeit gelassen habe. Die Ag sei im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz zu einer zügigen Aufklärung bzw. Prüfung gehalten gewesen. Inhaltlich sei der Vorgang nicht zu beanstanden. Insbesondere verfüge die Ag über hinreichend Erfahrungswerte, die ausgeschriebene Leistung inhaltlich zu prüfen, weil die Ag diese Leistungen bislang selbst ausführe.

- Schließlich widerspricht die Ag dem Antrag der ASt auf Akteneinsicht.

3. Die mit Beschluss vom 9. April 2018 zum Verfahren hinzugezogene Bg stellt keine konkreten Anträge.

Sie trägt mit anwaltlichen Schreiben vom 16. und 25. April 2018 vor und begründet die Auskömmlichkeit ihres Angebots, indem sie auf eine Reihe von Umständen hinweist, mit denen sie ihre Kalkulation plausibilisiert. So sei die Bg auf Aufträge wie den streitgegenständlichen seit Jahren spezialisiert und arbeite mit anderen gesetzlichen Krankenkassen zusammen, woraus sich Synergieeffekte ergäben, insbesondere verfüge sie bereits über die notwendigen betriebsinternen Abläufe sowie technische und räumliche Kapazitäten sowie eine ausreichende Personalstruktur. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot liege nicht vor, die Bg habe so kalkuliert, dass auch eine Rendite erwirtschaftet werde. Soweit die ASt vorbringe, sie werde nur eine geringe Rendite erwirtschaften, woraus diese den Schluss ziehe, das Angebot der Bg könne bei deren niedrigerem Preis keine auskömmliche Rendite erwirtschaften, sei dies Spekulation, die Bg kalkuliere eben anders. Es fehle vor diesem Hintergrund auch an einer Marktverdrängungsabsicht durch die Bg.

Mit im Wesentlichen dem Vorbringen der Ag entsprechenden Erwägungen hält die Bg den Nachprüfungsantrag für unbegründet, weil der ASt kein Anspruch auf Ausschluss der Bg nach § 60 Abs. 3 VgV bzw. kein Anspruch auf Neudurchführung bzw. Durchführung der Preisaufklärung nach § 60 Abs. 1, 2 VgV zustehe. Darüber hinaus trägt die Bg umfassend zur Ablehnung des Akteneinsichtsanspruchs der ASt vor.

4. Die Ag wurde mit Übermittlung des Nachprüfungsantrags aufgefordert, die Vergabeakte bis zum 12. April 2018 vorzulegen. Die Ag hat die Vergabeakte fristgemäß in dem bei den Akten befindlichen Umfang vorgelegt. Die vorgelegte Vergabeakte enthielt u.a. das Angebot der Bg, nicht aber das der ASt.

Mit Schreiben vom 16. und 18. April 2018 hat die Vergabekammer die Ag zu der der ASt zu gewährenden Einsicht in die Vergabeakte in dem von der Kammer beabsichtigten Umfang angehört, worauf im Einzelnen Bezug genommen wird.

Der ASt wurde nach Anhörung der Ag Einsicht in die Vergabeakte erteilt, soweit keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 2. Mai 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärt, sie habe im Vorfeld des Vergabeverfahrens eine Markterkundung durchgeführt, indem sie drei Unternehmen telefonisch kontaktiert habe. Bei zwei der befragten Unternehmen habe die dort ermittelte preisliche Einschätzung im ähnlichen Bereich gelegen, ein Unternehmen habe einen etwa doppelt so hohen Preis veranschlagt.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
  - a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Anwendungsbereich der VgV – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 lit a) und b) GWB, die Vergabekammer des Bundes somit nach § 156 Abs. 1 GWB zuständig.

- b) Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Denn sie hat als zweitplatzierte Bieterin eine realistische Chance auf den Zuschlag, der ihr nach den von ihr behaupteten Vergaberechtsverstößen zu entgehen droht.

Die Antragsbefugnis ist auch gegeben, soweit die ASt eine Verletzung des § 60 VgV behauptet, weil der Angebotspreis der Bg unangemessen niedrig erscheine und die Ag ihre Aufklärung und Prüfung bei der Bg nur unzureichend durchgeführt habe. Die Vorschrift ist bieterschützend im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB (vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, Az.: X ZB 10/16; ferner im Anschluss an diese BGH-Entscheidung auch jüngst: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2017, Az.: Verg 17/17 in ausdrücklicher Abkehr von der bislang anders lautenden älteren Rechtsprechungs- und Vergabepraxis).

Die ASt hat in ihrer Rüge vom 29. März 2018 konkrete Umstände vorgetragen, die aus ihrer Perspektive die Unangemessenheit des Preises der Bg und eine entsprechend gebotene Aufklärung durch die Ag indizieren (Fehlen einer Preisaufklärung bei gegebenem, von der Ag selbst konkretisiertem Preisabstand zwischen ASt und Bg), was für die Antragsbefugnis ausreichend ist (vgl. BGH, a.a.O., sub C.I.2).

- c) Verstöße gegen die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB durch die ASt sind nicht ersichtlich.

aa) Die Rüge des Verstoßes gegen § 60 VgV mit Schreiben vom 29. März 2018 erfolgte seitens der ASt auf die Mitteilung der Ag vom 26. März 2018 und damit rechtzeitig innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Soweit die ASt erstmals im Nachprüfungsverfahren die fehlende Dokumentation der qualitativen Bewertung ihres Angebotes bemängelt hat, war eine Rüge entbehrlich, weil ihr dieser von ihr behauptete Vergaberechtsverstoß erst durch die erteilte Akteneinsicht erkennbar war. Gleiches gilt hinsichtlich des von der Ag im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgetragenen möglichen Ausschlusses des Angebotes der ASt mangels geeigneter Referenzen.

bb) Die ASt hat auch die Frist für die Einreichung eines Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, eingehalten. Letztere erging seitens der Ag an die ASt am 4. April 2018. Der Nachprüfungsantrag vom 5. April 2018 ist danach in jedem Fall rechtzeitig bei der Vergabekammer eingegangen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Der von der ASt gerügte Verstoß gegen § 60 VgV liegt nicht vor (a). Auf die des Weiteren im Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Punkte, einen möglichen Ausschluss der ASt mangels geeigneter Referenzen (b) sowie eine unzureichende Dokumentation der qualitativen Wertung des Angebots der ASt (c), kommt es danach nicht mehr an.

a) Die Ag hat nicht gegen die Maßgaben des § 60 VgV verstoßen.

Nach § 60 Abs. 1 VgV verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen. § 60 Abs. 2 VgV schreibt vor, dass der öffentliche Auftraggeber die Zusammensetzung des Angebots prüft und die im Zuge der Aufklärung von ihm angeforderten bzw. darauf vom Bieter übermittelten Unterlagen berücksichtigt. § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV regelt schließlich, dass der Auftraggeber den Zuschlag auf das Angebot ablehnen darf, wenn er nach der Prüfung gemäß § 60 Abs. 1 und 2 VgV die geringe Höhe des angebotenen Preises nicht zufriedenstellend aufklären kann. Dies impliziert ein intendiertes Ermessen, ein Angebot in der Regel ausschließen zu müssen, wenn die geringe Höhe des Preises für den Auftraggeber nicht schlüssig aufklärbar ist. § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV enthält eine gebundene Rechtsfolge und bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber das Angebot ablehnt, wenn er festgestellt hat, dass der Preis des Angebotes ungewöhnlich niedrig ist, weil – unter anderem – Verpflichtungen nach § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV nicht eingehalten worden sind. § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV bezieht sich auf die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB.

aa) Die Vorschrift des § 60 VgV ist – uneingeschränkt – bieterschützend im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB; Unternehmen wie die ASt haben daher einen Anspruch

darauf, dass die Bestimmungen dieser Vorschrift eingehalten werden (grundlegend: BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Soweit die Ag in ihrer Stellungnahme vom 25. April 2018 sowie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, lediglich § 60 Abs. 1 und 2 seien bieterschützend, Abs. 3 dagegen rein haushaltsrechtlich motiviert, weshalb die Ast sich auf diesen Absatz nicht berufen könne, geht diese Ansicht fehl. § 60 VgV ist ersichtlich im vollen Umfang eine Bestimmung im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB. Das dem Auftraggeber nach § 60 Abs. 3 Satz 1 GWB eröffnete intendierte und nach den Maßgaben des Satzes 2 „auf Null“ reduzierte Ermessen basiert auf den Ergebnissen der Aufklärung nach § 60 Abs. 1, 2 VgV, die somit für eine pflichtgemäße, fehlerfreie Entscheidungsfindung nach § 60 Abs. 3 VgV zu berücksichtigen sind. Nähme man § 60 Abs. 3 VgV aus dem Schutzbereich des § 97 Abs. 6 GWB aus, liefe der für § 60 Abs. 1, 2 VgV eröffnete Vergaberechtsschutz ersichtlich leer. Dementsprechend bezieht der BGH in der zitierten Entscheidung vom 31. Januar 2017 – und diesem folgend das OLG Düsseldorf in seinem zitierten Beschluss vom 2. August 2017 – die Vorschrift konsequent und ohne Einschränkungen in den Schutzbereich von § 97 Abs. 6 GWB ein: *„Auf die Beachtung der Vorgaben in § 60 Abs. 3 VgV ... können sich grundsätzlich aber auch die anderen Teilnehmer am Vergabeverfahren berufen. Soll ein nach den Vorgaben der Vergabeverordnung ... an sich wegen seines zu niedrigen Preisen auszuschließendes Angebot den Zuschlag erhalten, geht es in der Sache um eine Auftragserteilung unter Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) konkretisierende Regelungen.“* (BGH, a.a.O., sub II.1.c)). Dem ist nichts hinzuzufügen.

bb) Die Ag hat nicht gegen ihre Verpflichtung zur Aufklärung und Prüfung nach § 60 Abs. 1, 2 VgV verstoßen.

(1) Die Ag hat die Bg ausweislich der vorgelegten Vergabeakte mit E-Mail vom 3. April 2018 zur Aufklärung aufgefordert und entsprechende Fragen übermittelt sowie zur Vorlage der Urkalkulation aufgefordert.

Die die Aufklärungspflicht jedenfalls indizierende Aufgreifschwelle eines Preisabstandes von mindestens 20% (vgl. BGH, a.a.O., OLG Düsseldorf, a.a.O.; VK

Bund, Beschluss vom 14. Januar 2018, Az.: VK2-148/17) war nach den in der vorgelegten Vergabeakte enthaltenen Auswertungen bei den Preisen der ASt und der Bg ersichtlich überschritten.

Die Ag ist ihrer Aufklärungspflicht nach § 60 Abs. 1 VgV zwar erst auf die Rüge der ASt vom 29. März 2018 hin nachgekommen. Die Ag wäre dagegen gehalten gewesen, eine Aufklärung bereits von sich aus einzuleiten, da ihr nach der Auswertung der Angebotspreise in der vorgelegten Vergabeakte und ihrem eigenen Vorbringen in ihrem Schreiben vom 28. März 2018 (vgl. Blätter 241, 243 der Vergabeakte) somit schon vorab der Preisabstand ins Auge fallen musste. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Ag bei ihrer preislichen Auswertung auf Blatt 241 der Vergabeakte, in der jeweils die Bruttopreise („inkl. MwSt.“) miteinander zu vergleichen waren, für den Posten B „Vergütung für Datenbereitstellung“ bei der Bg nur den Nettopreis berücksichtigt hat. Denn bereits auf dieser Basis ergab sich die von der Ag konstatierte erhebliche Abweichung der Preise von ASt und Bg.

Allerdings begründet das spätere Tätigwerden der Ag keinen Rechtsverstoß. Es entspricht dem Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit, dass der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit zur Überprüfung seines eigenen Verhaltens erhält und ggfs. Defizite korrigieren kann. Dies ist hier der Fall. Die Ag hat ihrer Aufklärungspflicht nach § 60 Abs. 1 VgV mit ihrer E-Mail vom 3. April 2018 letztlich genügt; sie hat darin sachgerechte Fragen zur näheren Aufklärung an die Bg gestellt.

- (2) Die Ag ist auch ihrer Prüfpflicht nach § 60 Abs. 2 VgV hinreichend nachgekommen.

Hierfür kommt es maßgeblich darauf an, dass sich die vom Auftraggeber im Rahmen seiner Aufklärung gestellten Fragen nachvollziehbar auf die Prüfung der Preise bzw. Kosten des aufzuklärenden Angebots beziehen wie sie insbesondere in § 60 Abs. 2 Satz 2 VgV näher konkretisiert werden. Die Durchführung der Prüfung durch den Ag erfordert eine nachvollziehbar dokumentierte und sachgemäße Analyse der Kalkulation des aufzuklärenden Angebots (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., sub II.2).

Diesem Maßstab wird die von der Ag durchgeführte Prüfung gerecht, wobei anzumerken ist, dass die der Bg gesetzte Frist von einem Tag, ca. 16 Uhr, zum nächsten Tag, 9:30 Uhr, definitiv unangemessen kurz war und damit gegen den allgemeinen vergabeverfahrensrechtlichen Grundsatz verstoßen hat, wonach die im Vergabeverfahren gesetzten Fristen angemessen sein müssen, z.B. § 20 VgV.

(a) Die Ag hat ihre Prüfung in ihrem Prüfvermerk vom 5. April 2018 dokumentiert.

Die Ag hat zu diesem Zweck einen Prüfvermerk „Vermerk zur Preisprüfung des Angebots des Bieters [...] wegen ungewöhnlich niedriger Angebote nach § 60 Abs. 1 VgV“, unterzeichnet am 5. April 2018, erstellt, der in der vorgelegten Vergabeakte auf den Blättern 243-247 dokumentiert ist. Die Blätter 244-246 enthalten die erwähnte Auswertung der Ag in tabellarisch aufbereiteter Form (die erste Spalte „Kalkulationspunkt“ enthält die von der Ag gestellten Fragen an die Bg; die zweite Spalte „[...] (Inhalt Aufklärungsantwort)“ enthält eine zusammengefasste Wiedergabe der Antworten der Bg zu den jeweiligen Kalkulationspunkten; die dritte Spalte „Bewertung der Antwort/[...]“ enthält die jeweilige Auswertung/Bewertung durch die Ag). In diese Teile der Vergabeakte wurde der ASt im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB die Einsicht versagt, da darin Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg enthalten sind.

(b) Soweit die ASt bemängelt hat, dass die Ag mit ihrer E-Mail vom 3. April um 15:54 Uhr an die Bg die gebotene Angebotsaufklärung nur eine zu kurze Frist bis zum 4. April 2018, 9:30 Uhr, gesetzt und die Bg hierauf leicht verspätet mit E-Mail vom 4. April 2018, 9:43 Uhr, geantwortet hat, begründet die zu kurze Frist – wie oben festgestellt – grundsätzlich einen Fehler zu Lasten der Bg.

Die Ag kann sich zur Rechtfertigung ihrer in der Tat äußerst knappen Frist nicht auf einen – in ihrer Stellungnahme vom 25. April 2018 nicht nachvollziehbar behaupteten – „Beschleunigungsgrundsatz im Vergabeverfahren“

berufen. Dies zeigt sich bereits am Rechtsgedanken des § 20 VgV (angemessene Fristsetzung im Vergabeverfahren) sowie am das Vergabeverfahren grundsätzlich überformenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in § 97 Abs. 1 GWB. Die kurze Frist war hier wohl eher dem Umstand geschuldet, dass die Ag nicht schon von sich aus und eigeninitiativ eine Preisprüfung durchgeführt hat, sondern diese erst auf die Rüge der ASt hin nachgeholt hat, dann aber der ASt suggeriert hat, die Preisprüfung habe unabhängig von der Rüge bereits stattgefunden.

Die zu kurze Frist hat jedoch die Bg belastet, so dass sie das Recht gehabt hätte, eine Verlängerung zu beanspruchen. Jedenfalls ist vor diesem Hintergrund der Umstand, dass die Antwort der Bg an die Ag (am 4. April um 9:43 Uhr) lediglich um dreizehn Minuten über die von der Ag gesetzte Antwortfrist hinaus (4. April 2018, 9:30 Uhr) später erfolgte, unbeachtlich und hätte die Ag nicht berechtigt, von einer Verweigerung der Aufklärung auszugehen. Spiegelbildlich kann auch die ASt nicht einfordern, dass die Aufklärung als verspätet und damit unbeachtlich zurückzuweisen gewesen wäre.

Der Zeitablauf gibt hier außerdem keinen Anhaltspunkt dafür, dass die von der Ag gestellten Fragen oder auch die von der Bg übermittelten Antworten dem Zweck der Aufklärung nach § 60 Abs. 1, 2 VgV nicht mehr gerecht werden konnten. Die vorhandene Dokumentation lässt den tragfähigen Schluss auf eine substantielle und schlüssige Aufklärung durch Ag zu. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Ag – worauf sie hingewiesen hat – die ausgeschriebene Leistung bislang selbst ausführt und daher in der Lage war, die Aufklärung und Prüfung kurzfristig aus eigener Expertise zu gewährleisten. Die Bg war ausweislich der von ihr übermittelten Antworten jedenfalls faktisch in der Lage, die ihr gestellten Fragen mit Substanz zu beantworten.

- (c) Die Darlegungen im besagten Prüfvermerk der Ag enthalten eine nachvollziehbare, sachgemäße Bewertung der Angaben der Bg. Auf konkrete Einzelheiten hier einzugehen, ist wegen der darin enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg nicht möglich, vgl. § 165 Abs. 2 GWB.

Die Ag greift in ihrem Prüfvermerk ihre der Bg gestellten Fragen auf. Daraus ist ersichtlich, dass die Ag das von ihr mit ihrem Fragenkatalog selbst aufgestellte Prüfprogramm auch abgearbeitet hat.

Auch die Antworten der Bg in ihrer Antwort vom 4. April 2018 auf das Aufklärungsersuchen der Ag sind nachvollziehbar; die Bg geht in ihrer Antwort auf die Fragen der Ag in einer rund vierseitigen Darlegung nachvollziehbar ein (vgl. Blätter 251-254 der Vergabeakte). Die Bg hat hierzu in ihrer Stellungnahme vom 25. April 2018 (Seiten 3/4), die Ag bereits in ihrem Schreiben an die ASt vom 4. April 2018 die aufklärungs- und kalkulationsrelevanten Aspekte nachvollziehbar plausibilisiert, soweit dies möglich war, ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenzulegen.

Soweit überdies die Ag in ihrem Fragenkatalog vom 4. April 2018 auch die Vorlage einer Urkalkulation verlangt hat, hat die mündliche Verhandlung ergeben, dass diese zwar nicht in einem förmlichen Dokument von der Bg überreicht worden, wohl aber aus dem Zusammenhang ihrer Darlegungen ersichtlich ist, in der die Bg auf die Kalkulation ihrer Kosten näher eingeht (vgl. Blätter 252, 253 der Vergabeakte). Das ist ausweislich der Antwort der Bg vom 4. April 2018 schlüssig, zumal eine Urkalkulation im eigentlichen Sinne vorrangig bei Bauaufträgen relevant sein dürfte, bei denen sich in der Praxis häufig Nachtragsfragen stellen, für deren Berechnung die Urkalkulation herangezogen wird.

Die Auswertung der Ag in ihrem Prüfvermerk zu den einzelnen Kalkulationspunkten enthält schließlich eine nachvollziehbare und willkürfreie Analyse der Antworten der Bg. Insbesondere analysiert die Ag dort auch die kalkulatorischen Darlegungen der Bg (vgl. insbesondere Blätter 245, 246 der Vergabeakte). Das Fazit der Ag, wonach nach der offengelegten Preiskalkulation von einem auskömmlichen Angebot auszugehen ist und die Gewähr für eine zuverlässige Leistungserbringung besteht (vgl. Bl. 247 der Vergabeakte), ist auf dieser Grundlage frei von Prognosefehlern und somit nachvollziehbar. Auch sind danach keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass Verstöße gegen § 128 Abs. 1 GWB gegeben sind. Die Bg hat im Gegenteil

alle diesbezüglichen geforderten Erklärungen, maßgeblich die Eigenerklärung Mindestlohn und Tariftreue gem. der Anlage A4, korrekt abgegeben (siehe Bl. 328/329 der Vergabeakte). Es wäre eine unzulässige Unterstellung, davon auszugehen, die Bg würde die grundlegenden gesetzlichen Pflichten bei Ausführung des Auftrags, die in § 128 Abs. 1 GWB in Bezug genommen werden, nicht beachten.

Im Übrigen wurde in der mündlichen Verhandlung diskutiert, welche Kalkulationspositionen hinter den im Preisblatt einzutragenden Preispositionen stehen und folglich in diese einzukalkulieren sind. Die Abrechnung erfolgt im Wesentlichen anhand eines Preises pro abzurechnendem Belegvorgang. Zu kalkulieren durch den Bieter ist danach, wie viel Personal er meint zu brauchen, um die avisierte Menge an Verordnungen im gesetzlichen Zeitrahmen abarbeiten zu können. Hier ist – losgelöst vom vorliegenden Fall – durchaus vorstellbar, dass ein Bieter aufgrund seiner Erfahrung davon ausgeht, weniger Personal zu benötigen, als ein anderer Bieter. Des Weiteren steht hinter der Kalkulation des Preises pro Abrechnungsvorgang die Frage nach der erforderlichen Archivierung bzw. Lagerkapazität, und zwar sowohl elektronisch/digital (Serverkapazität) als auch physisch, denn die Verordnungen und die Abrechnungsvorgänge sind auch physisch für einen bestimmten Zeitraum zu archivieren (vgl. Kapitel 12 der Leistungsbeschreibung). Hier ist plausibel, dass die Unternehmen über andere Voraussetzungen verfügen, z.B. Eigentum an Lagerkapazitäten einerseits, Anmietungsbedarf andererseits. Preisunterschiede zwischen den Bietern sind auf Basis dieser Überlegungen nicht abwegig. Die Einlassung der ASt, alle Bieter würden mehr oder weniger identisch kalkulieren müssen, ist nicht überzeugend.

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso die Ag den Aspekt, dass sie ca. ein Jahr vor Durchführung des Vergabeverfahrens eine Markterkundung durchgeführt hat, nicht bereits schriftsätzlich ins Verfahren eingebracht, sondern erst in der mündlichen Verhandlung als Argument angeführt hat. Die Tatsache der Durchführung einer Markterkundung und maßgeblich deren Ergebnisse wären wichtige Informationen für die ASt gewesen. Der Eröffnungsvermerk der Ag vom 26. Januar 2018 in der der Kammer vorgelegten

Vergabeakte dokumentiert unter Ziff. 3b aber nur den Umstand einer Markterkundung aus dem Zeitraum März bis Juni 2017, nicht aber deren Ergebnisse (Bl. 3/4 der Vergabeakte). Auch wenn sich zu den Ergebnissen der Markterkundung nichts in der vorgelegten Vergabeakte findet, die Aussage somit nicht belegt ist, so hat die Ag mündlich vorgetragen, dass die Schätzung eines Marktteilnehmers doppelt so hoch lag wie die Schätzung von zwei anderen Marktteilnehmern. Lässt man diese Aussage trotz unterbliebener Dokumentation zugunsten der Ag gelten, so zeigt dies, dass Preisunterschiede auch in größerem Rahmen nicht ungewöhnlich sind.

- cc) Da festzustellen ist, dass die Ag die Höhe des Angebotes der Bg nachvollziehbar und sachgemäß und damit für die Ag schlüssig bzw. zufriedenstellend aufgeklärt hat und danach kein unauskömmliches Angebot festzustellen war, die Ag mithin auf der Grundlage eines zutreffend ermittelten Sachverhalts entschieden hat, liegen die Voraussetzungen nach § 60 Abs. 3 VgV, unter denen das Angebot der Bg abzulehnen gewesen wäre, insgesamt nicht vor. Ebenso wenig hat die Ag ihr Ermessen, das Angebot der Bg nicht auszuschließen, fehlerhaft ausgeübt. Es liegen, wie die Ag in der mündlichen Verhandlung offen gelegt hat, nur zwei Angebote vor. Die Bg hat ihre Kalkulation nachvollziehbar offen gelegt. Bei diesem Sachverhalt ist es auch durchaus denkbar, dass nicht das Angebot der Bg ungewöhnlich niedrig ist, sondern das Angebot der ASt ungewöhnlich teuer (vgl. zu dieser Überlegung: Dicks, in Kulartz u.a. (Hrsg.), Kommentar zur VgV, 2017, § 60 Rdnr. 8). Damit war die Entscheidung der Ag, das Angebot der Bg zu werten, nicht fehlerhaft.
- b) Soweit die Ag im Nachprüfungsverfahren vorgetragen hat, sie habe nach nochmaliger Prüfung der Angebotsunterlagen der ASt festgestellt, die ASt sei nach § 57 Abs. 1 VgV auszuschließen, weil die von ihr bzw. ihrem Nachunternehmer beigebrachten Referenzen nicht mit dem Ausschreibungsgegenstand in punkto Umfang vergleichbar seien, ist festzuhalten, dass dieser Vorwurf anhand der vorgelegten Vergabeakte nicht abschließend aufgeklärt werden kann, weil die Ag das Angebot der ASt weder mit der Vergabeakte noch später im Nachprüfungsverfahren vorgelegt hat. Die Ag macht an dieser Stelle im Nachprüfungsverfahren einen für die ASt, die Marktteilnehmerin für die streitgegenständliche Leistung ist, schwerwiegenden Aspekt zum Thema. Wird einem Bieter die Eignung abgesprochen, so hat

dies grundlegende Bedeutung auch für andere vergleichbare Vergabeverfahren. Eine solche Maßnahme hat auch eine andere Qualität als z.B. der Nichterhalt eines Auftrags, weil sein Angebot preislich über dem zu bezuschlagenden Konkurrenzangebot liegt. Es erscheint als leichtfertig, dass die Ag den Eignungsaspekt im Nachprüfungsverfahren als Zusatzargument bemüht, dabei aber nicht einmal das Angebot der ASt mit der Vergabeakte vorgelegt hat.

In der Sache lässt allerdings bereits das Vorbringen der Ag selbst und unabhängig vom Angebot der ASt Zweifel an der Schlüssigkeit des Vortrags aufkommen. Unabhängig von der Frage, ob die hier einschlägigen Eignungskriterien zu den Referenzanforderungen möglicherweise nicht in einer § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB entsprechenden Weise bekannt gemacht worden sein könnten, erscheint es auf Basis der insoweit zur Nachprüfung allein zur Verfügung stehenden Informationen, des Vortrags der Ag und der ASt sowie der in der Vergabeakte enthaltenen Vergabeunterlagen, zumindest als sehr zweifelhaft, ob die Anforderungen an die Referenzen hier tatsächlich nicht erfüllt worden sind.

Denn nach den Vergabeunterlagen waren Referenzen vorzulegen, die mit dem Auftragsgegenstand „*in Art und/oder Umfang*“ vergleichbar sein mussten. Soweit die Ag sich in ihrer Stellungnahme vom 12. April 2018 (Seite 19) darauf beruft, die Referenzen der ASt und ihres Nachunternehmers seien vom Volumen her nicht vergleichbar, wird bereits übersehen, dass dies nach den Vergabeunterlagen gerade nicht der alleinige Vergleichbarkeitsmaßstab war („*in Art und/oder Umfang*“). Schon vor diesem Hintergrund erscheint das Vorbringen der Ag somit unschlüssig. Ob die Referenzen – wie von der Ag zudem vorgetragen – im Übrigen mit dem Ausschreibungsgegenstand sachlich nicht vergleichbar sind – die ASt hat in ihrer Stellungnahme vom 20. April 2019 (Seite 13) hierzu konkret Gegenteiliges vorgetragen, was von der Ag in der Folge überdies nicht näher bestritten worden ist, – kann wegen der unvollständigen Vergabeakte nicht nachgeprüft werden. Im Ergebnis kann eine abschließende Aufklärung dieses Eignungsaspekts allerdings dahin stehen, da der Nachprüfungsantrag bereits aus den vorstehenden Erwägungen unter a) unbegründet ist.

- c) Soweit die ASt infolge der ihr erteilten Einsicht in die Vergabeakte in ihren Stellungnahmen vom 20. und 25. April 2018 einen Dokumentations- und Transparenzmangel hinsichtlich der qualitativen Wertung ihres Angebots bemängelt hat, weil die entsprechend auf Blatt 242 der Vergabeakte dokumentierte Auswertung lediglich eine Bepunktung der qualitativen Kriterien enthält, allerdings keine nähere Begründung der einzelnen Punktevergabe, ist der von der Ag vorgelegten Vergabeakte tatsächlich keine solche Begründung zu entnehmen. Die Ag hat hierzu erst in ihrer Stellungnahme vom Freitag, den 27. April 2018, wenige Tage vor der mündlichen Verhandlung, durch ihren Verfahrensbevollmächtigten vorbringen lassen, ein entsprechender Begründungsvermerk existiere durchaus, ohne diesen aber von sich aus vorzulegen. So war im Nachprüfungsverfahren nicht abschließend aufklärbar, ob bzw. inwieweit ein Dokumentationsmangel und ggf. ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vorliegen oder nicht. Letztlich kommt es darauf aber nicht an, weil die ASt selbst bei einer fiktiven Bewertung mit der maximal erreichbaren Qualitätspunktzahl immer noch bei null Preispunkten läge und den Gesamt-Punktstand der Bg nicht aufholen könnte. Auch ist der Nachprüfungsantrag bereits aus den vorstehenden Erwägungen unter a) unbegründet.
- d) Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung zudem aufgeklärt, dass die im Angebot der Bg zur Option C („Bezug von Arzneimittelstammdaten“) fehlenden Preisangaben (vgl. Bl. 357 der Vergabeakte) keinen Ausschlussstatbestand im Hinblick auf § 57 VgV darstellen. Aus der Antwort der Ag zur Bieterfrage Nr. 48 im Vergabeverfahren ergibt sich, dass eine zwingende Angabe von Preisen insoweit nicht notwendig, sondern nur „erwünscht“ war und eine Bewertung insofern ohnehin nicht durchgeführt wurde (vgl. Bl. 197 der Vergabeakte).
- e) Im Hinblick auf die von der ASt maßgeblich mit ihrem Schreiben vom 20. April 2018 begehrte Einsicht in die Vergabeakte über den von der Kammer mit Verfügung vom 19. April 2018 gewährten Umfang hinaus, kam eine weitergehende Akteneinsicht wegen § 165 Abs. 2 GWB nicht in Betracht. Die Kammer hat vor diesem Hintergrund von einem Zwischenverfahren über eine weitergehende Einsicht in die Vergabeakte zugunsten der ASt abgesehen, da die Vergabeakte gegenüber der ASt in einem die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg zutreffend wahren den Umfang offen gelegt worden ist.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1, Abs. 3 Sätze 1 und 3, Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

1. Der Ag werden nach § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) zu Zweidritteln auferlegt.

Nach § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB können Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden. Die Feststellungen oben unter II. haben ergeben, dass in zwei von drei Rügepunkten, die im Nachprüfungsverfahren zu verhandeln waren, nämlich hinsichtlich der Fragen, ob die ASt mangels vergleichbarer Referenzen auszuschließen ist und ob hinsichtlich der qualitativen Bewertung des Angebots der ASt ein Dokumentations- bzw. Transparenzverstoß vorliegt, der Nachprüfungsaufwand maßgeblich von der Ag zu vertreten ist. Es ist insofern angemessen, die Ag auch an den insoweit entstandenen Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu Zweidritteln zu beteiligen.

Im Einzelnen:

- a) Hinsichtlich des von der ASt im Nachprüfungsverfahren infolge der Einsicht in die Vergabeakte zu Blatt 242 vorgetragenen Dokumentations-/Transparenzverstoßes bei der qualitativen Bewertung des Angebotes der ASt, worin nur die Bepunktung, aber keine entsprechende Begründung ersichtlich sei, hat die Ag im Schriftsatz vom 27. April 2018 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten vortragen lassen, es gebe durchaus einen Begründungsvermerk, der nachgereicht werden könne, aber nicht wurde. Die Ag ist insofern ihren sich aus § 163 Abs. 2 Satz 4 und § 167 Abs. 2 Satz 1 GWB ergebenden Pflichten ersichtlich nicht hinreichend nachgekommen. Dies kann bei der Entscheidung über die Kostenlast nicht unberücksichtigt bleiben.

Wäre dieser Vermerk von vornherein in der der Kammer vorgelegten Vergabeakte enthalten gewesen, wäre der ASt insoweit Akteneinsicht gewährt worden, soweit die entsprechenden Erwägungen sie betroffen hätten. Die ASt hätte dann jedenfalls keinen Anlass gehabt, von einem Dokumentations- bzw. Transparenzverstoß

auszugehen und diesen im Nachprüfungsverfahren zu bemängeln. Den diesbezüglichen Aufwand im Nachprüfungsverfahren hat somit die Ag allein zu vertreten. Dies gilt umso mehr, als der Ag bereits im Vorfeld der mündlichen Verhandlung erkennbar war, dass der ASt auf ihren Akteneinsichtsantrag auch der Vorgang um die qualitative Bewertung auf Blatt 242 der Vergabeakte offenzulegen war. Die Kammer hatte der Ag als die Vergabeakte führende Stelle über ihren Verfahrensbevollmächtigten hierzu mit Schreiben vom 16. April 2018 zunächst die beabsichtigte Akteneinsicht an die ASt vorab zur Anhörung übermittelt und nochmals einen entsprechenden rechtlichen Hinweis mit Verfügung vom 18. April 2018 übersandt, auf den die Ag mit Schreiben vom 19. April 2018 auch geantwortet und der Offenlegung des Blattes 242 schließlich nicht widersprochen hat. Vor diesem Hintergrund war es für die Ag klar erkennbar, dass der in der Stellungnahme der Ag vom 27. April 2018 angeführte Begründungsvermerk zu Blatt 242 der Vergabeakte vorzulegen gewesen wäre, um weiteren Nachprüfungsaufwand insofern zu vermeiden. Es ist vor diesem Hintergrund angemessen, die Ag insoweit zu einem Drittel an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu beteiligen.

- b) Auch hinsichtlich des von der Ag erstmals in ihrer Stellungnahme vom 12. April 2018 geltend gemachten Ausschlusses der ASt wegen der von der Ag behaupteten fehlenden Vergleichbarkeit der Referenzen ist es angemessen, die Ag zu einem weiteren Drittel an den Kosten zu beteiligen.

Die ASt hat durch ihren Vortrag eine entsprechende Erwidern der ASt herausgefordert. Gleichzeitig hat sie aber – wiederum in evidenter Verkennung ihrer Pflichten aus § 163 Abs. 2 Satz 4 und § 167 Abs. 2 Satz 1 GWB – die für eine diesbezügliche Nachprüfung erforderlichen Unterlagen – das Angebot der ASt – der Vergabekammer nicht mit der Vergabeakte vorgelegt und somit die Aufklärung bzw. Nachprüfung des von ihr selbst in ihrer Erwidern auf den Nachprüfungsantrag erstmals aufgegriffenen Punktes erschwert. In Ermangelung der insoweit vollständigen Vergabeakte ließ sich das Vorbringen der Ag zur Frage der Referenzen der ASt daher nur anhand der vorliegenden Informationen, dem Vortrag von Ag und ASt sowie den in der vorgelegten Vergabeakte befindlichen Vergabeunterlagen, nachprüfen.

Auf den Vortrag der Ag in der Stellungnahme vom 12. April 2018 hat die ASt in ihrer Stellungnahme vom 20. April 2018 (Seite 13) einen qualifizierten, substantiierten Gegenvortrag gebracht, dem die Ag nicht nochmals in gebotener Weise konkretisierend entgegengetreten ist, um ihren Vortrag vom 12. April (dort Seite 19/20) zu untermauern bzw. die substantiellen Gegenargumente zu entkräften. Dass sich der Vortrag der Ag nicht durch einen Blick in das Angebot der ASt (auf das es für den von der ASt zur Nachprüfung gestellten Vergaberechtsverstoß gegen § 60 VgV sonst nicht weiter angekommen wäre) von Amts wegen überprüfen ließ, geht allein zu Lasten der Ag. Denn ihr hätte es im Hinblick auf § 163 Abs. 2 Satz 4 GWB obliegen, die Vergabeakte insoweit spätestens mit ihrem Vorbringen zu vervollständigen. Es ist daher angemessen, der Ag vor diesem Hintergrund die Kosten insoweit zu einem weiteren Drittel aufzuerlegen.

Dies wird durch folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Hätte die ASt auf den neuen Vortrag der Ag im Nachprüfungsverfahren den Nachprüfungsantrag sofort zurückgenommen, wären die Kosten der Ag in vollem Umfang aufzuerlegen gewesen, weil sie die ASt durch ungenügende Information in ein Nachprüfungsverfahren gedrängt und dies im Sinne von § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB auch kostenrechtlich zu vertreten gehabt hätte (hierzu Thiele, in: Kulartz u.a. (Hrsg.), Kommentar zum GWB Vergaberecht, 4. Aufl 2016, § 182 Rdnr. 22). Lässt sich eine Antragstellerin dagegen – wie hier – auf jenes neue Vorbringen der Vergabestelle zur Sache ein und erhält den Nachprüfungsantrag dennoch aufrecht, schultert sie dementsprechend ein zusätzliches Kostenrisiko, das zum Zeitpunkt, zu dem sie den Nachprüfungsantrag gestellt hat, noch nicht erkennbar war. Dieses zusätzliche Kostenrisiko kann sich auch zu Lasten eines Antragstellers realisieren, wenn sein ursprüngliches Vorbringen möglicherweise sogar begründet gewesen wäre, aber wegen des neuen vorgreiflichen Vortrags der Vergabestelle obsolet wird. Dieser Aspekt muss kostenrechtliche Berücksichtigung finden, wenn sich im Ergebnis herausstellt, dass das Neuvorbringen der Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren – wie hier aus den soeben dargelegten Gründen – unbegründet ist, auch wenn – wie hier – der Nachprüfungsantrag selbst im Ergebnis aus anderen Gründen zu Lasten des jeweiligen Antragstellers unbegründet ist. Auf diese Weise wird der insoweit allein der Vergabestelle zuzurechnende und auch gebührenrechtlich nach § 182 Abs. 1 Satz 1 GWB relevante Nachprüfungsaufwand angemessen erfasst und verteilt.

Zwar kam es auf den Aspekt der Referenzen der ASt für die Entscheidungsfindung der Kammer nicht mehr an, da sich der Nachprüfungsantrag im Ergebnis aus anderen Gründen als unbegründet herausgestellt hat. Dies ändert allerdings nichts daran, dass der insofern im Nachprüfungsverfahren aufzugreifende Punkt in der mündlichen Verhandlung jedenfalls zu behandeln war und daher einen Nachprüfungswand allein durch den von der Ag zu vertretenden Nachtrag im Nachprüfungsverfahren verursacht hat. Schließlich war die Frage, ob der Nachprüfungsantrag begründet oder unbegründet ist, von der Vergabekammer erst aufgrund der mündlichen Verhandlung entschieden worden (vgl. § 166 Abs. 1 Satz 1 GWB).

- c) Nach allem ist die Beteiligung der Ag an den Kosten zu insgesamt Zweidritteln angemessen.
  - d) Die ASt hat als Unterliegende nach § 182 Abs. 3 Satz GWB die Kosten (Gebühren und Auslagen) im Umfange des verbleibenden restlichen Drittels zu tragen.
2. Die Aufwendungen der Ag für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung trägt die ASt als Unterliegende nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

Hinsichtlich der Aufwendungen der Bg entspricht es nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB der Billigkeit, diese ebenfalls der ASt aufzuerlegen. Die ASt hat durch ihren Nachprüfungsantrag, mit dem sie den Ausschluss der Bg verfolgt hat, einen deutlichen Interessengegensatz zur Bg begründet. Die Bg hat dementsprechend durch umfangreichen Sachvortrag das Verfahren gefördert.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg wird für notwendig erklärt. Das Angebot der Bg wurde durch den Nachprüfungsantrag zentral angegriffen. Die Bg als privates Unternehmen ist nicht verpflichtet, detaillierte Kenntnisse über das Vergaberecht zu haben, erst recht nicht über das Vergabenachprüfungsverfahren. Die ASt war ebenfalls anwaltlich vertreten, so dass zusätzlich der Aspekt der Waffengleichheit greift.

Was die Ag anbelangt, so kann die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten nicht als notwendig anerkannt werden. Die ASt hat mit dem Nachprüfungsantrag ihrerseits ausschließlich die Preisprüfung nach § 60 VgV thematisiert, welche eine reguläre Wertungsstufe darstellt und der sachgerechten Bearbeitung durch den öffentlichen Auftraggeber obliegt. Die Ag als öffentlicher Auftraggeber muss daher insoweit ohnehin sachkundig sein. Eine besondere prozessuale Frage hat sich zwar insoweit gestellt, als es um den Drittschutz von § 60 VgV geht. Die hier grundlegende Entscheidung des BGH datiert aber vom 31. Januar 2017 und liegt nunmehr auch schon über ein Jahr zurück. Es kann von einem öffentlichen Auftraggeber erwartet werden, dass er sich binnen dieses Zeitraums mit der Thematik vertraut gemacht hat, zumal die einzige und relativ unproblematische Konsequenz darin besteht, dass in einer Konstellation wie der vorliegenden die Antragsbefugnis zu bejahen ist. Die Erforderlichkeit, einen Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag zu Lasten der ASt hinzuzuziehen, ist bei dieser Sachlage nicht gerechtfertigt.

#### IV.

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

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

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

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

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung