



1. Vergabekammer des Bundes
VK1-45/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Bewachung des [...]“ - Bearbeitungs-Nr.: [...], EU-Bekanntmachungs-Nr. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Freitag aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 2022 am 3. Juni 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zur Vergabe „Bewachung des [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr. [...], abgesandt am [...] Oktober 2021, durch. Ausgeschrieben ist die Bewachungsdienstleistung für einen Zeitraum von 8 Monaten ab 30.04. bis 31.12.2022. Der Vertrag kann bis zu vier Mal um jeweils ein halbes Jahr einseitig durch den Auftraggeber verlängert werden.

In der EU-Bekanntmachung waren in den Teilnahmebedingungen unter Ziffer III.2.1) Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers Ziffer 1) bis 10) verschiedene „Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen“ aufgeführt:

- „8) Formlose Eigenerklärung, dass § 28 Waffengesetz beachtet wird, [...]
- 10) Eigenerklärung über das eingesetzte Personal“.

In Ziffer III.2.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit hieß es:

- „[...] 2) Exakt 3 Referenzen;
- 3) Formlose Eigenerklärung über die Höhe des Gesamtumsatzes/Umsatzes mit vergleichbaren Leistungen der letzten 3 Geschäftsjahre [...]“.

Zur Technischen Leistungsfähigkeit, Ziffer III.2.3), waren keine Unterlagen vorzulegen. In den Vergabeunterlagen war eine Checkliste für den Teilnahmewettbewerb enthalten. Dort hieß es:

- „(Das Fehlen von im Folgenden gelisteten Belegen in der geforderten Form führt zum Ausschluss am weiteren Verfahren):

Mit dem Teilnahmeantrag sind folgende Belege vorzulegen:

- Eigenerklärung, dass ausschließlich Personal eingesetzt wird,
 - das körperlich, geistig und sprachlich zur Erfüllung der vertraglichen Bewachungsleistungen geeignet ist (das Personal kann sich in Wort und Schrift in deutscher Sprache verständigen),
 - [...]
 - das über eine fundierte Waffen- und Schießausbildung entsprechend den vertraglichen Vorgaben verfügt.
- Eigenerklärung, dass der Teilnehmer im Auftragsfall
 - auf Verlangen des Auftraggebers die vorstehenden Einzelnachweise vor Leistungsbeginn bzw. vor dem ersten Einsatz des betreffenden Mitarbeiters vorlegen wird,
 - als Aufsichtführende Wachperson nur solche Mitarbeiter einsetzen wird, die im Hinblick auf die dabei erforderlichen besonderen Aufgaben hinreichend ausgebildet und geschult sind,
 - als Wachbegleithundeführer nur solche Mitarbeiter eingesetzt werden, die im Hinblick auf die erforderlichen besonderen Aufgaben hinreichend ausgebildet und geschult sind.
- [...]
- Exakt drei Referenzen (gemäß Anlage „Referenzbescheinigung“) der wesentlichen in den letzten fünf Jahren erbrachten vergleichbaren Dienstleistungen unter Angabe folgender Mindestangaben:
 - [...]
- Formlose Eigenerklärung über die Höhe des Gesamtumsatzes / Umsatzes mit vergleichbaren Leistungen der letzten 3 Jahre
- [...]

In dem in den Vergabeunterlagen enthaltenen Bewachungsvertrag ist geregelt, dass der Auftraggeber zusätzlich zu den in der VOL/B geregelten Tatbeständen vom Vertrag zurücktreten oder den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen kann, wenn er nicht in der vorgeschriebene Weise ausgebildetes und überprüftes Wachpersonal (§ 16 Abs. 2 Ziffer 3.2 der Vertrages) oder wiederholt nicht in der geforderten Weise ausgebildetes und überprüftes Personal einsetzt (§ 16 Abs. 2 Ziffer 3.3 der Vertrages) oder wiederholt ungeeignete oder nicht nach Anlage 5 ausgebildete und überprüfte Diensthunde einsetzt (§ 16 Abs. 2 Ziffer 3.8 der Vertrages).

Nachdem die Antragstellerin – die aktuelle Vorauftragnehmerin – den Teilnahmewettbewerb erfolgreich durchlaufen hat, gab sie nach Aufforderung zur Angebotsabgabe zum 10. Januar 2022 ein Angebot ab. Auch die Beigeladene gab einen Teilnahmeantrag ab. Die von ihr abgegebenen Referenzen lauteten nicht auf sie selbst, sondern auf ein Konzernunternehmen. Die vorgelegten Referenzen wurden in englischer Sprache aufgelistet

und enthielten eidesstattliche Erklärungen zu den Referenzen, beigelegt waren zudem (viersprachige) „Referenzzertifikate“. Die Antragsgegnerin ließ sich eine deutsche Übersetzung nachreichen. Sie forderte die Beigeladene zur Angebotsabgabe auf. Diese gab ein Angebot ab.

Mit Schreiben vom 16. März 2022 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nach der qualitativen Prüfung ausgeschlossen werden müsse. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 22. März 2022 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig in Bezug auf den Ausschluss ihres Angebots und die Feststellung der Eignung der Beigeladenen.

Die Antragsgegnerin half der Rüge der Antragstellerin mit E-Mail vom 30. März 2022 teilweise ab und nahm den Ausschluss zurück. Die von der Antragstellerin beanstandete Eignung und Leistungsfähigkeit der Beigeladenen sah die Antragsgegnerin hingegen als gegeben an. Mit erneutem Schreiben gemäß § 134 GWB vom 7. April 2022 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot im qualitativen Teil der Wertung unterlegen sei. Der Zuschlag solle an die Beigeladene erteilt werden. Die Antragstellerin rügte am 8. April 2022 weiteres Mal.

2. Die Antragstellerin beantragte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. April 2022 bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 12. April 2022 an die Antragsgegnerin übermittelt.
 - a) Nach Auffassung der Antragstellerin ist der Nachprüfungsantrag begründet, weil das Angebot der Beigeladenen auszuschließen sei. Diese sei nicht in der Lage eine ordnungsgemäße Auftragserfüllung sicherzustellen. Die Beigeladene sei allein im Bereich der Bewachung von Flughäfen tätig. Sie habe nicht die erforderlichen Referenzen vorgelegt. Unter Ziffer III.2.2) der EU-Bekanntmachung seien in Ziffer 2) „exakt drei Referenzen“ gefordert worden, in Ziffer 3) eine formlose Eigenerklärung über die Höhe des gesamten Umsatzes/Umsatz mit vergleichbaren Leistungen der letzten drei Geschäftsjahre. Die vorzulegenden Referenzen müssten daher vergleichbare Dienstleistungen betreffen. Ferner stünden die Eignungskriterien nicht zur Disposition

des Auftraggebers. Referenzen für irgendeine Dienstleistung seien nicht ausreichend, um die Leistungsfähigkeit darzulegen. Bloße Minimaleignungskriterien, die von einer Vergleichbarkeit der Dienstleistungen absehen oder alle Bewachungsleistungen als gleichwertig ansehen würden, seien unzulässig.

Bei Referenzen von anderen Unternehmen müsse die Eignungsleihe überprüft werden. Die Eignungsleihe setze voraus, dass die Personen, von denen sich die Eignung ableite, tatsächlich bei der Ausführung eingesetzt würden. Eine Überprüfung sei offenbar nicht vorgenommen worden. Ein Bieter dürfe sich im Übrigen nicht nachträglich auf die Eignungsleihe berufen, wenn er Referenzen als eigene eingereicht habe. Dies stelle eine unzulässige Änderung des Angebots dar.

Es sei ferner fraglich, ob die Beigeladene als Unternehmen rechtzeitig eine Waffentrageerlaubnis für das Bewachungsobjekt nach § 28 WaffenG erhalte. Die Beigeladene sei dazu verpflichtet gewesen, im Wege einer eigenen Rüge auf die nicht einzuhaltenden Zeiten für die notwendigen Genehmigungen hinzuweisen und realistische Fristen zu fordern. Auch die erforderliche Ü2 sowie Sabo-Ü2 werde sie nicht nachweisen können. Anmeldung und Freigabe durch das Bewacherregister dauerten mehrere Wochen. Die Lieferzeit für die speziellen Schutzwesten und Schutzhelme betrage zwölf Wochen. Es sei nicht zu erwarten, dass sie diese vorhalte. Nicht plausibel sei auch, dass die Beigeladene die Anforderungen nach der „Prüfungsordnung für Diensthunde im Wachdienst [...]“ an den Einsatz von Diensthunden zum Auftragsbeginn nachweisen könne. Nach ihrer Einschätzung spekuliere die Beigeladene allein darauf, Personal bei der Antragstellerin abzuwerben. Entsprechende Versuche habe es bereits gegeben. Da die Antragstellerin aber eine deutlich bessere Bezahlung anbiete, werde dies nicht erfolgreich sei. Die Antragstellerin könne ihre Mitarbeiter auch an anderen Standorten einsetzen, so dass keine Mitarbeiter abgegeben würden. Ein Betriebsübergang scheidet ohne die erforderliche waffenrechtliche Zulassung des Unternehmens nach § 28 Abs. 1 WaffenG schon aus Rechtsgründen aus.

Es obliege der Antragsgegnerin, aufzuklären, wie die Beigeladene den Auftrag auftragsgerecht erfüllen beziehungsweise die entsprechenden Mitarbeiter (mit Waffenkundennachweis / mit Diensthunden) beschaffen wolle. Die Antragsgegnerin gehe offenbar davon aus, dass sie sich – wie bei sonstigen Leistungen, die am Markt ohne weiteres beschafft werden könnten – auf die bloße Zusage des Bieters verlassen könne, dieser sei im Zeitpunkt der Auftragserteilung leistungsfähig. Da die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber selbst die notwendigen Prüfungen abnehme, seien ihr die

Ausbildungszeiten bekannt. Bei zivilem Wachpersonal müssten vor dem Einsatz die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten an der Schule für Diensthundewesen der Bundeswehr erworben und durch eine Prüfung nachgewiesen werden. Auch der Diensthund müsse vor seinem Einsatz im Wachdienst grundsätzlich mit seinem Diensthundeführer dort ausgebildet werden. Vertragliche Regelungen zu Schadensersatzforderungen oder Vertragsstrafen seien kein Äquivalent für eine korrekte Eignungsprüfung.

Aufgrund der erheblichen Abweichung der Bewertung im qualitativen Teil ihres Angebots zu der Bewertung der Beigeladenen trägt die Antragstellerin hierzu nicht vertieft vor, weist aber auf einige Punkte hin, in der eine angebliche Unklarheit in ihrem Angebot hätte aufgeklärt werden müssen.

Die Antragstellerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten

1. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist,
2. die festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen, insbesondere
 - a) der Antragsgegnerin aufzugeben, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen,
 - b) den Zuschlag der Antragstellerin zu erteilen,
 - c) hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, eine Neubewertung des Angebots der Antragstellerin hinsichtlich der Qualitätskriterien vorzunehmen,
 - d) hilfsweise das Verfahren in den Stand vor Bekanntmachung der Ausschreibung zurückzusetzen und der Antragsgegnerin aufzugeben, im Fall weiterbestehender Vergabeabsicht Eignungskriterien aufzustellen, die die Anforderungen an eine vergleichbare Dienstleistung abbilden, insbesondere eine Erfahrung in der Bewachung mit Waffen und Diensthunden fordern.
3. Einsicht in die Vergabeakte der Antragsgegnerin zu gewähren,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

b) Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Den Antrag auf Nachprüfung als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Beigeladene sei geeignet, die Leistung zu erbringen. Die Anforderungen des Teilnahmewettbewerbs seien von ihr vollumfänglich erfüllt. Es seien drei Referenzen vorgelegt worden. Es handele sich um vergleichbare Dienstleistungen. Alle Angaben seien bestätigt. Die Antragsgegnerin habe (zunächst) keine mögliche Eignungsleihe geprüft. Alle Eigenerklärungen und Nachweise seien (teilweise auf Nachforderung) vorgelegt worden. Die Antragsgegnerin sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beigeladene grundsätzlich geeignet sei und somit als Auftragnehmer in Betracht komme. Die Bewertungskommission habe keine Anhaltspunkte dafür gehabt, dass die Ausführungen des Bieters im Konzept sowie zu den einzelnen Kriterien nicht auftragsgerecht oder un schlüssig seien. Es lägen auch keine Anhaltspunkte vor, dass die Eignung nicht mehr vorliege. Ob die vertraglich geschuldete Leistung auf der Grundlage des Angebots auch tatsächlich erbracht werde, lasse sich erst zum Vertragsbeginn bzw. mit Beginn der Bewachungsleistung prüfen und feststellen. Bis dahin müsse der Auftraggeber auf eine vertragsgemäße Leistungserfüllung vertrauen. Im Rahmen der Eignungsprüfung prüfe der Auftraggeber, ob ein Bieter geeignet sei das Leistungsversprechen überhaupt abzugeben. Es sei unzulässig zu verlangen, dass der Bieter das benötigte Personal zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits arbeitsvertraglich gebunden habe. Alle Bieter würden gleichermaßen entsprechend der Ausführungen ihres Angebots bewertet und im Falle der Zuschlagserteilung mit Vertragsbeginn daran gemessen.

Im Hinblick auf das Angebot der Antragstellerin sei festzustellen, dass es in der Qualität mit 275 Punkten weit abgeschlagen hinter dem mit 700 Punkten und damit der Maximalpunktzahl in der Qualität bewerteten Angebot der Beigeladenen liege. Wegen des geringen Preisabstands müsste das Angebot der Antragstellerin selbst 700 Punkte erzielen. Dies sei aber ausgeschlossen.

- c) Mit Beschluss vom 14. April 2022 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Sie hat Akteneinsicht beantragt.

Die von der Antragstellerin vorgetragenen Erwägungen seien nicht geeignet, die Eignung der Beigeladenen oder die Rechtmäßigkeit der Vergabe an sich in Frage zu stellen. Die eingereichten Referenzleistungen seien solche, bei denen bewaffnetes Wachpersonal eingesetzt worden sei. Die Beigeladene berufe sich auch nicht nachträglich auf die Eignungsleihe. Die Referenzen seien zu keinem Zeitpunkt im Verfahren als eigene Referenzen der Beigeladenen ausgegeben worden. Die Vorlage

einer Verpflichtungserklärung weder in der Bekanntmachung, noch in der dem Teilnahmeantrag beigelegten Checkliste gefordert worden. § 16 Abs. 2 VSVgV fordere, dass den Vergabeunterlagen im Teilnahmewettbewerb eine Checkliste beigelegt werden müsse, die alle zu erbringenden Nachweise aufzähle. Da die Checkliste die Vorlage einer Verpflichtungserklärung nicht vorsehen, sei schon fraglich, ob überhaupt eine Pflicht zur unaufgeforderten Vorlage bestanden habe. Jedenfalls hätte bei ordnungsgemäßer Ermessensausübung die fehlende Erklärung eingeholt werden müssen. Die Antragsgegnerin habe in ihrem Nachforderungsschreiben ausdrücklich keine Verpflichtungserklärung verlangt. Es seien auch keine Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit durch den Auftraggeber verlangt worden.

Es sei nicht ersichtlich, unter welchen Gesichtspunkten sich eine weitergehende Pflicht der Antragsgegnerin zu einer weiteren Aufklärung ergeben könnte. Sie führt weiter aus, wie sie im Falle der Auftragserteilung organisatorisch und logistisch vorgehen werde. Die Durchführung des Auftrags, insbesondere der rechtzeitige Leistungsbeginn, sei gesichert. Substanzielle Aspekte, die der Eignung entgegenstehen, seien nicht vorgebracht worden. So könne die Beantragung einer Erlaubnis zum Erwerb, Besitz und Führen von Schusswaffen und Munition durch Bewachungsunternehmen und ihr Bewachungspersonal nach § 28 Abs. 1 bzw. Abs. 3 WaffenG nach allgemeiner Auffassung erst dann erfolgen, wenn es hinreichend wahrscheinlich sei, dass es zu einem Bewachungsauftrag mit Waffen kommen werde und sich dieser bereits hinreichend konkretisiert habe. Die Erteilung des Waffenscheins erfolge nur für konkrete Aufträge als Einzelerlaubnis. Dies werde auch von der hier zuständigen Behörde so gehandhabt. Danach sei die reine Ankündigung einer Zuschlagserteilung nicht ausreichend, um eine entsprechende Genehmigung zu erteilen.

Im Hinblick auf den Vortrag, die anfänglich aufgestellten Eignungsanforderungen seien unangemessen niedrig, sei die Antragstellerin gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert. Dieser Aspekt sei aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums hier Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit aufgestellt. Auch wenn die Anforderungen an die Eignung nicht hoch seien, seien sie dennoch aufgestellt. Eine Reduzierung der Anforderungen habe nicht stattgefunden.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin und der Beigeladenen nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielt.

Mit Schreiben vom 3. Mai 2022 hat die Vergabekammer Aufklärungsschreiben an die Antragsgegnerin und die Beigeladene versandt, mit denen sie um Stellungnahme zu der Frage bat, ob und wie im Rahmen der Eignungsprüfung eine mögliche Eignungslleihe berücksichtigt wurde. Die Antragsgegnerin teilte mit, dass sie im Rahmen der Eignungsprüfung keine Eignungslleihe geprüft habe. Die Beigeladene legte der Vergabekammer am 6. Mai 2022 eine Verpflichtungserklärung des Eignungsverleihers vom 12. Oktober 2021 vor. Diese hat die Vergabekammer an die Antragsgegnerin weitergeleitet.

In der mündlichen Verhandlung am 10. Mai 2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die Antragsgegnerin teilte mit, dass der Vertragsbeginn mittlerweile auf 1. Juli 2022 verschoben worden sei.

Mit Datum vom 12. Mai 2022 hat die Antragsgegnerin die vorgelegten Referenzen der Beigeladenen einer erneuten Prüfung unterzogen. Dabei stellte sie fest, dass die Beigeladene „unter Berücksichtigung der Unterstützung der Konzerngruppe, insbesondere der [...] (siehe unterschriebene Verpflichtungserklärung), geeignet ist, die geforderten Aufgaben wahrzunehmen. Die Leistungsfähigkeit konnte demzufolge gemäß § 26 Abs. 3 und § 27 Abs. 4 VSVgV nachgewiesen werden.“ Die Antragsgegnerin hat diesen Vorgang zur Vergabeakte nachgereicht. Die Vergabekammer hat Antragstellerin und Beigeladener insoweit ergänzende Akteneinsicht gewährt.

Die Beteiligten haben jeweils mit Schreiben vom 24. Mai 2022 auf den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung nach Mitteilung der Ergebnisse der Eignungsprüfung der Beigeladenen durch die Antragsgegnerin vom 12. Mai 2022 verzichtet. Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die Voraussetzungen für einen Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung nicht vorlägen, wenn der öffentliche Auftraggeber nach Schluss der mündlichen Verhandlung weitere Unterlagen bebringe. Maßgeblich sei hier allein der Sach- und Streitstand aus der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 2022.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 16. Mai 2022 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 8. Juni 2022 einschließlich verlängert.

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

II.

Die Vergabekammer entscheidet vorliegend gemäß § 166 Abs. 1 Satz 1 GWB auf Grundlage der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 2022 sowie den schriftlichen Stellungnahmen der Beteiligten zu der ergänzenden Akteneinsicht in die erneute Eignungsprüfung vom 12. Mai 2022. Allen Beteiligten wurde vor der Beschlussfassung rechtliches Gehör eingeräumt. Die Beteiligten haben mit Erklärungen vom 24. Mai 2022 gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB jeweils auf den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung verzichtet.

Die Vergabekammer berücksichtigt das Ergebnis der erneuten Prüfung der Eignung der Beigeladenen unter Berücksichtigung der Eignungsleihe unter dem Gesichtspunkt der Verfahrenseffizienz und des Beschleunigungsgebots gemäß § 167 Abs. 1 GWB. Die erneute Prüfung geht auf das Aufklärungsersuchen der Vergabekammer vom 3. Mai 2022 zurück. Die Prüfung war nach Auskunft der Vertreterinnen der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 10. Mai 2022 noch nicht abgeschlossen. Insofern hält es die Vergabekammer für geboten, das Ergebnis der Prüfung im laufenden Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen. Der von der Antragstellerin zitierte Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 3. Juni 2018 (VK 2 - 44/18) steht dem nicht entgegen. Auch dort hatte die Vergabekammer eine teilweise Berücksichtigung der Stellungnahmen der Beteiligten auf die verspätet vorgelegten Vermerke der dortigen Antragsgegnerin akzeptiert, hingegen nicht die verspätet vorgelegten Vermerke und weitere nicht nachgelassene Schriftsätze der Beteiligten. Die Vergabekammer verwies in ihrer Entscheidung darauf, dass der Beschleunigungsgrundsatz von allen Verfahrensbeteiligten eine auf raschen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens bedachte Mitwirkung an der Aufklärung im Hinblick auf etwaige Nachbesserungen verlange, die ein Auftraggeber im Rahmen des ihm im Hinblick auf das Vergabeverfahren grundsätzlich zustehenden Verfahrensermessens vornimmt. Aus den im dortigen Verfahren begründeten Umständen sah die Vergabekammer keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Dies ist angesichts des hier vergaberechtlich eingegrenzten Sachverhalts (Prüfung der Eignungsleihe), der bereits vor der mündlichen Verhandlung bekannt war, vorliegend anders. Die erkennende Vergabekammer hält insoweit eine Berücksichtigung der erneuten Eignungsprüfung

aus den Gesichtspunkten der Verfahrenseffizienz und des Beschleunigungsgebots heraus für statthaft.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch Teilnahme am Verhandlungsverfahren und Abgabe eines Angebots dokumentiert. Sie hat Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt haben können.

Sie ist ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB im Hinblick auf die als vergabefehlerhaft monierte Eignungsprüfung des Angebots der Beigeladenen sowie der qualitativen Wertung nachgekommen.

Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB wurde eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, von der Eignung der Beigeladenen gemäß § 22 Abs. 3 VSVgV im vorgelagerten Teilnahmewettbewerb auszugehen und diese zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, begründet vorliegend keinen Vertrauenstatbestand zugunsten der Beigeladenen. Die Antragstellerin kann in dem von ihr angestrebten Nachprüfungsverfahren die fehlende Eignung der Beigeladenen geltend machen (dazu unter lit.a). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin keine gesonderten Anforderungen an die Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den Nachweis vergleichbarer Dienstleistungen, die eine Bewachung mit Waffen und Diensthunden abbilden, aufgestellt hat (unter lit. b). Die Antragsgegnerin ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene ihre Eignung im Hinblick auf die geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen hat (unter lit. c). Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, die Beigeladene sei personell und technisch nicht leistungsfähig, kann dem nicht gefolgt werden (dazu unter lit. d). Die qualitative Bewertung des Angebots der Antragstellerin ist nicht mehr zu prüfen (lit. e).

- a) Die Entscheidung der Antragsgegnerin, von der Eignung der Beigeladenen gemäß § 22 Abs. 3 VSVgV im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb auszugehen und diese zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, begründet vorliegend keinen Vertrauenstatbestand zugunsten der Beigeladenen. Die Antragstellerin kann in dem von ihr angestregten Nachprüfungsverfahren die – nach ihrer Ansicht – fehlende Eignung geltend machen.

Im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb prüft der öffentliche Auftraggeber gemäß § 22 Abs. 5 Satz 1 und § 29 Abs. 1 VSVgV die Eignung der am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Dadurch wird mit der positiven Eignungsprüfung – anders als im offenen Verfahren – grundsätzlich ein Vertrauenstatbestand für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründet. Sie müssen nicht damit rechnen, dass der ihnen durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand dadurch nachträglich nutzlos werden könnte, dass der Auftraggeber ihre Eignung auf gleichbleibender tatsächlicher Grundlage später nochmals abweichend beurteilt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 - X ZB 15/13). Dieser Vertrauenstatbestand ist ein in § 242 BGB wurzelnder Grundsatz, der im Interesse einer fairen Risikoabgrenzung zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieterunternehmen einer späteren Verneinung der Eignung bei gleichem Sachverhalt entgegensteht. Mitbieter im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb haben danach einen Vergaberechtsverstoß, der in der fehlerhaften Bejahung der Eignung eines Unternehmens am Ende des Teilnahmewettbewerbs liegt, ab der Begründung des Vertrauenstatbestands hinzunehmen (so OLG Düsseldorf, aaO.). Voraussetzung für einen solchen Vertrauenstatbestand ist jedoch, dass der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Bieter abschließend bejaht hat, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Hieran fehlt es, wenn der Bieter bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs nicht alle zur abschließenden Prüfung seiner Eignung erforderlichen Unterlagen eingereicht hat. Fehlt dem öffentlichen Auftraggeber im Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulassung zum Verhandlungsverfahren die Grundlage für eine abschließende Prüfung der Eignung eines Bieters, kann dieser Bieter kein Vertrauen in die Beurteilung seiner Eignung haben (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2022, VII-Verg 25/21).

Vorliegend hat die Beigeladene unstreitig keine Referenzen für ihr eigenes Unternehmen eingereicht, sondern Referenzen für ein verbundenes (Konzern-)Unternehmen. Ein Bewerber oder Bieter, der selbst nicht über die erforderliche Eignung verfügt, kann sich zwar im Rahmen der sogenannten Eignungsleihe auf die Eignung eines anderen Unternehmens – ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen – berufen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2019, VII-Verg 36/18). Es besteht für Bewerber oder Bieter aber eine Nachweispflicht dafür, dass ihnen die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, wenn sie sich für einen bestimmten Auftrag auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen berufen (in der VSVgV: §§ 26 Abs. 3 und 27 Abs. 4). Zu den „anderen“ Unternehmen im Sinne der Eignungsleihe zählen auch Unternehmen innerhalb eines Konzernverbunds, auf deren Eignung sich der Bewerber oder Bieter stützen will (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2019, VII-Verg 36/18). Die bloße Konzernverbundenheit selbst genügt indes noch nicht für den Nachweis, dass der Bewerber tatsächlich auf die Kapazitäten oder Fähigkeiten eines verbundenen Unternehmens zurückgreifen kann. Auch in diesen Fällen muss vom Bewerber nachgewiesen werden, dass ihm die Kapazitäten des Unternehmens zur Verfügung stehen (vgl. OLG Düsseldorf, aaO.).

Einen solchen Nachweis hat die Beigeladene vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens durch die Antragstellerin nicht geführt. Zwar war in den Vergabeunterlagen keine Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers gefordert. Auch hat die Antragsgegnerin im Rahmen der Nachforderung einer Übersetzung der eingereichten Referenzen nicht zusätzlich eine Verpflichtungserklärung eingefordert. Dennoch ist hier bis zur Vornahme einer vergaberechtlich abschließenden Prüfung der Eignung durch die Antragsgegnerin ein Vertrauenstatbestand zu Gunsten der Beigeladenen nicht entstanden. Es ist davon auszugehen, dass die Beigeladene als Teilnehmerin eines EU-weiten Vergabeverfahrens annehmen musste, die Prüfung ihrer Eignung sei (möglicherweise) noch nicht abgeschlossen. So hat sie auf das Aufklärungsschreiben der Vergabekammer eine – bereits vorhandene – Verpflichtungserklärung des Konzernunternehmens vom 12. Oktober 2021 vorgelegt. Die Eignungsprüfung der Beigeladenen ist daher im Nachprüfungsverfahren durch die Antragstellerin angreifbar und durch die Vergabekammer überprüfbar.

- b) Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin keine gesonderten Anforderungen an die Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den Nachweis vergleichbarer

Dienstleistungen, die eine Bewachung mit Waffen und Diensthunden abbilden, aufgestellt hat.

Anhaltspunkte dafür, dass die Eignungsanforderungen – wie die Antragstellerin meint – unangemessen niedrig sind, liegen nicht vor. Es ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin ihren Beurteilungsspielraum bei der Aufstellung von Eignungskriterien überschritten hätte. Eignungskriterien, die nicht mit dem Auftragsgegenstand in einem sachlichen Zusammenhang stehen und durch ihn gerechtfertigt sind, sind gemäß § 21 Abs. 1 VSVgV, § 122 Abs. 4 GWB unzulässig. Sie können nicht den Zweck erfüllen, eine belastbare Prognoseentscheidung zu tragen. Ein Katalog möglicher Eignungsnachweise ergibt sich aus §§ 26 und 27 VSVgV. Vorliegend hat die Antragsgegnerin keine Angaben zur technischen Leistungsfähigkeit in Form von Referenzen gemäß § 27 Abs. 1 Ziffer 2 a) VSVgV gefordert. Angaben zu bereits erbrachten Dienstleistungen hat sie aber zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gefordert. Gemäß § 26 Abs. 1 VSVgV können Auftraggeber je nach Art oder Umfang der zu erbringenden Dienstleistungen angemessene Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter verlangen, insbesondere Bankerklärungen, Haftpflichtversicherungen, Bilanzen oder Bilanzauszüge oder Erklärungen zum Gesamtumsatz und den Umsatz für den durch den Auftragsgegenstand vorausgesetzten Tätigkeitsbereich. Die Antragsgegnerin hat hier, neben den in § 26 Abs. 1 VSVgV beispielhaft aufgeführten Nachweisen in der EU-Bekanntmachung die Vorlage von „exakt 3 Referenzen“ gefordert, also der Zahl nach drei Referenzen. Wie sie den Begriff der Referenzen verstanden haben will, hat die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung indes nicht weiter definiert, so dass es nach allgemeinem vergaberechtlichen Verständnis nahe liegt, dass hiermit der Nachweis über früher ausgeführte Leistungen (vgl. z.B. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, § 6a EU Nr. 3 lit. a VOB/A) gemeint ist. Dieses Verständnis haben offensichtlich auch die Antragstellerin und die Beigeladene gehabt, indem sie in ihren Angeboten entsprechende Aufträge in Bezug genommen haben. Die Antragsgegnerin hat in der Bekanntmachung allerdings keine weiteren Angaben dazu gemacht, ob die vorzulegenden Referenzen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen sollen, so dass insoweit auch keine weiteren Anforderungen gestellt werden können. Die Forderung nach der Vorlage von drei Referenzen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers hält sich in den Grenzen des zur Auftrags Erfüllung in wirtschaftlicher Hinsicht Notwendigen. Zusätzlich hat die Antragsgegnerin zum Nachweis der Eignung der Bewerber zahlreiche Angaben

nach Ziffer III.2.1) der EU-Bekanntmachung zur persönlichen Lage des Wirtschaftsteilnehmers verlangt, die für die Ausführung der Dienstleistung aus ihrer Sicht von Bedeutung sind. So hat sie Eigenerklärungen gemäß § 22 Abs. 2 VSVgV u.a. zur Beachtung von § 28 WaffenG sowie über das eingesetzte Personal gefordert. Die Anforderung von Eigenerklärungen ist in § 22 Abs. 2 VSVgV ausdrücklich zugelassen. Ferner hat die Antragsgegnerin für die Angebotswertung in der Verhandlungsphase ein umfassendes Konzept von den Bewerbern eingefordert, dass sie in qualitativer Hinsicht bewerten wird. In diesem Konzept haben die Bewerber u.a. auch zur Frage der Personalgewinnung und zum Einsatz der Diensthunde auszuführen. Die von der Antragsgegnerin aufgestellten Eignungsanforderungen sind in ihrer Gesamtschau geeignet, eine belastbare Prognose über die Leistungsfähigkeit der Bewerber zu ermöglichen. Im Zusammenspiel mit der Konzeptbewertung erscheinen sie aus Sicht der Vergabekammer grundsätzlich ausreichend, um leistungsfähige Bewerbungen zu erhalten. Anders als in der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des OLG Frankfurt (Beschluss vom 23. Dezember 2021, 11 Verg 6/21), in der es um die Ausschreibung eines Videokonferenzsystems, in dem der erfolgreiche Bieter keine auch nur ansatzweise vergleichbaren Erfahrungen aufwies, haben sich vorliegend aufgrund der Eignungsanforderungen im Teilnahmewettbewerb ausschließlich Unternehmen beworben, die in der Bewachungs- und Sicherheitsbranche tätig sind.

Ob zusätzlich zu der Vorlage von „exakt 3 Referenzen“ konkludent eine Anforderung von mit dem Auftragsgegenstand vergleichbaren Referenzen anzunehmen ist, kann vorliegend offen bleiben. Die Antragstellerin leitet dies aus der Anforderung in Ziffer III.2.2) unter Ziffer 3) geforderten „Eigenerklärung über die Höhe des Gesamtumsatzes/Umsatzes mit vergleichbaren Leistungen der letzten 3 Geschäftsjahre“ her. Es sei nicht ausreichend für den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, lediglich Referenzen für irgendeine Dienstleistung z.B. den Betrieb eines Kaufhauses vorzulegen. Die Beigeladene hat allerdings drei Referenzen aus dem Bereich Sicherheitsdienstleistungen (Bewachung mit Waffen) vorgelegt. Diese Referenzen haben jedenfalls den von der Antragstellerin geforderten Bezug zur ausgeschriebenen Dienstleistung, weil sie – wenn auch nicht identisch – jedenfalls vergleichbare Leistungen darstellen, denn es handelt sich jeweils um Bewachungsdienstleistungen mit Waffen. Hätte die Antragsgegnerin hier strengere Maßstäbe an die Vergleichbarkeit anlegen wollen, hätte sie in der Bekanntmachung entsprechende Mindestanforderungen in Bezug auf die Vergleichbarkeit aufstellen

können und müssen. (zur weiteren Prüfung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Eignungsleihe siehe nachfolgend unter lit. c).

- c) Die Antragsgegnerin ist mit der am 12. Mai 2022 erneut vorgenommenen Überprüfung der Eignung im Hinblick auf die geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene diese nachgewiesen hat.

- (1) Die Beigeladene ist nicht gemäß § 22 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 26 Abs. 1 VSVgV von der Wertung auszuschließen, weil sie keine eigenen Referenzen vorgelegt hat. Sie durfte sich zum Nachweis ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die einzureichenden drei Referenzen der sogenannten Eignungsleihe gemäß § 26 Abs. 3 VSVgV bedienen. Das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers in Bezug auf die Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, kann nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände eingeschränkt werden (siehe Art. 63 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU; Art. 41 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie Verteidigung und Sicherheit 2009/81/EG ohne weitere Einschränkungen). Die Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin sehen hier keinen Ausschluss der Eignungsleihe vor. Schweigen die Vergabeunterlagen zur Eignungsleihe, so ist diese grundsätzlich zulässig (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2022, VII-Verg 25/21 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 7. April 2016, C-324/14). Die Beigeladene durfte sich daher gemäß § 26 Abs. 3 VSVgV auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmer berufen.

Die auf das Aufklärungsschreiben der Vergabekammer vom 3. Mai 2022 von der Beigeladenen am 6. Mai 2022 vorgelegte Verpflichtungserklärung des Eignungsverleihers vom 12. Oktober 2021 durfte seitens der Antragsgegnerin der erneuten Eignungsprüfung zugrunde gelegt werden. Die nachgereichte Verpflichtungserklärung stellt – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – keine unzulässige nachträgliche Änderung des Angebots der Beigeladenen dar. Die Beigeladene hat die Referenzen nicht als eigene Referenzen vorgelegt. Sie hat die Referenzen vielmehr mit ihrem Teilnahmeantrag deutlich erkennbar unter dem Briefkopf des [...] Konzernunternehmens aufgeführt. Die Antragsgegnerin hat dies auch erkennen können. Sie hat sich mit dem Referenzschreiben explizit

auseinandergesetzt und eine Übersetzung des Schreibens bei der Beigeladenen angefordert. Die Beigeladene hat sich damit anders als im Sachverhalt der Entscheidung des OLG Düsseldorf (vgl. Beschluss vom 17. April 2019, VII-Verg 36/18) nicht erst nachträglich auf eine mögliche Eignungsleihe berufen, sondern bereits in ihrem Teilnahmeantrag offen und erkennbar auf die „fremden“ Referenzen des Konzernunternehmens berufen.

- (2) Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht deshalb von der Wertung auszuschließen, weil die Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers nicht – wie grundsätzlich erforderlich – zum Zeitpunkt des Teilnahmeantrags vorgelegen hat. Zwar werden Bewerber oder Bieter, die den Nachweis für die an die Eignung gestellten Mindestanforderungen nicht erbringen, gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 VSVgV nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Eignungsnachweise sind jedoch nur dann wirksam gefordert und führen zu einem Ausschluss beziehungsweise zu einer Nichtaufforderung im Teilnahmewettbewerb, wenn die Vergabebekanntmachung entsprechende Vorgaben enthält. Vorliegend hat die Antragsgegnerin nicht gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 VSVgV in der Vergabebekanntmachung gefordert, dass der Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, durch eine Erklärung, dass dem Bewerber die Kapazitäten des Eignungsleihgebers zur Verfügung stehen, gemäß § 26 Abs. 3 VSVgV zu führen ist. Die Vergabebekanntmachung erhält auch keine Angaben zu eventuellen Vorlagepflichten gemäß § 27 Abs. 4 VSVgV. Dies führt aber nicht dazu, dass die gesetzliche Regelung des § 22 Abs. 3 Satz 1 VSVgV eine wirksame Aufforderung zur Abgabe der Erklärungen zur Eignungsleihe zu einem späteren Zeitpunkt – hier nach Angebotsabgabe – ausschließt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2022, VII-Verg 25/21). Die fehlende Aufforderung zur Vorlage im Teilnahmewettbewerb führt daher nicht zu einem Ausschluss der Beigeladenen mangels nachgewiesener Verpflichtungserklärung bereits im Bewerbungsverfahren.
- (3) Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren mit der am 12. Mai 2022 nach der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 2022 vorgenommenen Prüfung der Verpflichtungserklärung des Eignungsverleihers in den Stand der Eignungsprüfung zurückversetzt und ihre bisherige Entscheidung überprüft. Diese ergänzte Prüfung der Antragsgegnerin ist der Entscheidung der Vergabekammer zugrunde zu legen.

Die ergänzte Prüfung der Verpflichtungserklärung des Eignungsverleihers bewegt sich im Rahmen des der Antragsgegnerin zustehenden Beurteilungsspielraums. Sie hat die „geliehenen“ Referenzen des Eignungsleihgebers unter dem Aspekt „vergleichbare Sicherheitsdienstleistungen“ geprüft und kommt in dem zur Vergabeakte gereichten Schreiben zu dem Ergebnis, dass die Referenzen als den Anforderungen entsprechend anerkannt werden können. Die Beigeladene sei unter Berücksichtigung der Unterstützung der Konzerngruppe geeignet, die geforderten Aufgaben wahrzunehmen. Die Feststellung der Antragsgegnerin ist nicht zu beanstanden, sie bewegt sich im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums im Hinblick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beigeladenen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bezieht sich der Prüfungsumfang hinsichtlich der vorgelegten Referenzen nicht auf die Frage, ob das Personal, von dem sich die Eignung ableitet, tatsächlich bei der Ausführung eingesetzt wird. Die geforderte Eignung war nach Ziffer III.2.2) der EU-Bekanntmachung allein bezogen auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit mit der Vorlage von „exakt 3 Referenzen“ nachzuweisen. Nicht hingegen hat die Antragsgegnerin Referenzen zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit gefordert. Auf den Einsatz entsprechenden Fachpersonals aus den Referenzaufträgen des Eignungsleihgebers kommt es daher an dieser Stelle nicht an.

- d) Die Eignungswertung der Antragsgegnerin weist in Bezug auf die von der Antragstellerin geltend gemachten weiteren Umstände (Personal, Material, Dienststunden) keine Fehler auf. Sie wird nicht in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

- (1) Die Feststellung der Antragsgegnerin, dass die Beigeladene aufgrund der abgegebenen Eigenerklärungen über die erforderlichen personellen Ressourcen verfügt, um den Auftrag in der geforderten Qualität und innerhalb der Ausführungsfrist ausführen zu können, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Die vom Auftraggeber zu prüfenden Eignungskriterien sowie die zum Nachweis erforderlichen Unterlagen ergeben sich gemäß §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 VSVgV, 122 Abs. 4 Satz 2 GWB vorliegend aus der EU-Bekanntmachung des betreffenden Auftrags. Vorzulegen waren nach der EU-Bekanntmachung u.a. eine formlose

Eigenerklärung, dass § 28 WaffenG beachtet wird sowie eine Eigenerklärung über das eingesetzte Personal. In ihrer Checkliste zum Teilnahmeantrag hat die Antragsgegnerin diese und weitere Eigenerklärungen (zum Teil mit weiteren Angaben versehen) aufgelistet. Die Antragsgegnerin hat die Einhaltung dieser Vorgaben überprüft. Sie hat den ihrer Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig berücksichtigt und ist in nicht zu beanstandender Weise zu der Einschätzung gelangt, dass die Beigeladene den Auftrag mit dem zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns zur Verfügung stehenden Personal fristgerecht und unter Wahrung der vorgesehenen Anforderungen des Auftrags (Waffenberechtigung, Sicherheitsüberprüfung, Einsatz von Dienststunden) ausführen wird.

Grundsätzlich muss der Auftragnehmer, sofern sich der öffentliche Auftraggeber nicht in der Bekanntmachung einen anderen Zeitpunkt vorbehält, schon im Interesse eines offenen Wettbewerbs erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung über die eignungsrelevanten Mittel verfügen und das benötigte Personal einstellen. Dies gilt insbesondere für Personal, das erst auf der Grundlage des erteilten Auftrags für den Bieter erforderlich ist und arbeitsvertraglich gebunden werden muss. Im Regelfall ist es einem Bieter auf die bloße Erwartung eines Zuschlags nicht zumutbar, bereits Personal einzustellen, das erst auf der Grundlage des erteilten Auftrags für den Bieter erforderlich ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2018, VII-Verg 28/18). Ausnahmen können allerdings bei besonderen, insbesondere technisch aufwändigen Dienstleistungen gelten, für die auf dem Arbeitsmarkt nur eine begrenzte Anzahl an geeigneten Mitarbeitern zur Verfügung steht. Kann von einer jederzeitigen Verfügbarkeit nicht ohne weiteres ausgegangen werden, bedarf es der konkreten Darlegung, aus welchen Gründen dem Bieter das zur Auftragserfüllung erforderliche Personal bei Vertragsbeginn tatsächlich zur Verfügung stehen wird. Dass der Bieter das benötigte Personal bereits bei Angebotsabgabe arbeitsvertraglich gebunden haben muss, kann aus Gründen der Verhältnismäßigkeit jedoch auch in diesen Fällen grundsätzlich nicht gefordert werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18 zu den Anforderungen bei Berufstauchern, die Unterwasserschweißarbeiten vornehmen).

Die Beigeladene hat alle im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs geforderten Eigenerklärungen hinsichtlich des einzusetzenden Personals eingereicht. Soweit sich die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die genannte Rechtsprechung des

OLG Düsseldorf darauf beruft, es bedürfe hier aufgrund der Umstände der Ausschreibung einer gesonderten Erklärung des Bieters, wie er die Leistung tatsächlich anbieten könne, einschließlich einer Verpflichtungserklärung der speziellen Fachkräfte, ist dem nicht zu folgen. Im Unterschied zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrundeliegenden Fallkonstellation der am Arbeitsmarkt schwer verfügbaren Berufstaucher mit Zusatzqualifikation, ist die Situation im Bewachungsgewerbe eine andere. Zwar ist der Antragstellerin zuzugeben, dass die Anforderungen an das Personal in der vorliegenden Ausschreibung über eine „normale“ zivil-gewerbliche Bewachung [...] hinausgehen. Dennoch ist davon auszugehen, dass ein Bieter, der nicht Bestandsauftragnehmer ist, mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf die entsprechenden Genehmigungen und Prüfungen durch die zuständigen Behörden zur leistungsgerechten Ausführung zum Vertragsbeginn beibringen kann. So hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auf den Vorhalt der Antragstellerin, dass in zeitlicher Hinsicht eine Beibringung kaum möglich sei, ausgeführt, dass im Falle einer Übernahme eines Auftrags durch einen neuen Auftragnehmer verschiedene zuständige Behörden zu einer beschleunigten Bearbeitung bereit seien. Es seien flächendeckend Ausnahmegenehmigungen nach § 34 WaffnG möglich. Dies gelte auch hinsichtlich notwendiger Sicherheitsüberprüfungen. Ein flexibler Umgang der entsprechenden Behörden sei hier durchaus üblich. Damit werde auch in wettbewerblicher Hinsicht ein Wechsel eines Auftragnehmers möglich gemacht. Sie habe keinen Zweifel, dass angesichts der Verschiebung des Auftragsbeginns auf nunmehr 1. Juli 2022 die entsprechenden Genehmigungen, jedenfalls in vorläufiger Ausfertigung, erbracht werden könnten. Dies gilt auch für die gemäß § 28 WaffnG nötige Erlaubnis zum Erwerb, Besitz und Führen von Schusswaffen und Munition des Bewachungsunternehmers und seines Bewachungspersonals. Die Erlaubnis für den Bewachungsunternehmer wird danach erteilt, wenn er gegenüber der Behörde glaubhaft macht, dass Bewachungsaufträge wahrgenommen werden oder werden sollen. Die Beigeladene hat dazu vorgetragen, dass nach Auskunft der zuständigen Behörde die Erlaubnis erst bei Vorliegen der Zuschlagserteilung nicht aber bei einer reinen Ankündigung der Zuschlagserteilung beantragt werden kann. Sie befinde sich angesichts der besonderen Situation des Nachprüfungsverfahrens im Kontakt mit der Behörde, um bei Zuschlagserteilung eine schnelle Genehmigung zu erwirken. Unmittelbar nach Zuschlagserteilung werde mit den Vorbereitungen zur Auftragsdurchführung beginnen. Die Vergabekammer kann angesichts der

plausiblen Ausführungen der Beigeladenen keinen Wertungsfehler der Antragsgegnerin hinsichtlich der Waffenerlaubnis erkennen.

Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin in der Phase des Verhandlungsverfahrens von allen Bietern für die qualitative Wertung der Bewachungsdienstleistung Konzepte eingefordert hat. Aufgrund der umfangreichen Ausführungen im Konzept der Beigeladenen zur Gewinnung von Personal unter Zugrundelegung sowohl der Möglichkeit des Betriebsübergangs mit Übernahme des Personals als auch der Option externe Fachkräfte für den Auftrag zu gewinnen, ist hier kein anderer Schluss in Bezug auf die von der Antragsgegnerin vorgenommene Prognose der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen zu ziehen. Die Beigeladene hat nach Auffassung der Vergabekammer in ihrem Konzept überzeugend dargelegt, wie sie den Auftrag u.a. in personeller Hinsicht zu erfüllen gedenkt. Die Entscheidung der Antragsgegnerin über die Leistungsfähigkeit der Beigeladenen in personeller Hinsicht ist als sachgerecht anzusehen.

- (2) Gleiches gilt für die Annahme der Antragsgegnerin, die Beigeladene sei auch im Hinblick auf die sonstigen Anforderungen der Ausschreibung an Ausrüstung (Waffen, Schutzwesten, Schutzhelme) und Verfügbarkeit/Einsatzbarkeit von Diensthunden leistungsfähig. Die Beigeladene hat sowohl in ihrem Konzept als auch in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass sie über die geforderte Ausrüstung bereits jetzt verfüge beziehungsweise zum Auftragsbeginn verfügen werde, weil entsprechende Ausrüstungsgegenstände beim Lieferanten bereits vorgehalten würden und abrufbar seien. Auch hinsichtlich der Verfügbarkeit von Diensthunden und des entsprechenden Personals hat die Beigeladene in ihrem Konzept inhaltlich ausgeführt. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass die Prüftermine nach der „Prüfungsordnung für Diensthunde im Wachdienst [...]“ von den in ihrem eigenen Geschäftsbereich angesiedelten Prüfkommisionen bei einem Auftragnehmerwechsel flexibel gehandhabt würden. So sei es möglich, neben den regulär anberaumten Prüfterminen gesonderte Prüftermine vorzunehmen. Es bestünden auch insoweit keine Zweifel daran, dass die Beigeladene hinsichtlich des Einsatzes von Diensthunden in die Lage versetzt werde, entsprechend vertragskonform zu leisten. Die Bewertung und Einschätzung durch die Wertungskommission der Antragsgegnerin ist plausibel und damit als sachgerecht anzusehen.

- e) Die qualitative Bewertung des Angebots der Antragstellerin ist an dieser Stelle nicht zu weiter zu prüfen. Die Antragstellerin hat – da ihr Konzept an verschiedenen Stellen der Wertung nicht die Höchstpunktzahl erhalten hat – davon abgesehen, die qualitative Wertung weiter anzugreifen (siehe Schriftsatz vom 4. Mai 2022, Seite 7 f.).

III.

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

Da sich die Beigeladene zuletzt schriftsätzlich mit eigenem Sachvortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat, entspricht es gemäß § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB der Billigkeit, eine Kostenerstattung zu Lasten der Antragstellerin auszusprechen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13 und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren grundlegende Rechtsfragen zur Prüfung der Eignung aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Da auch die Antragstellerin anwaltlich vertreten war, war die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Beigeladene darüber hinaus zur Herstellung der „Waffengleichheit“ erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

IV.

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigefügt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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

Brauer