



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 72/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

-

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Verpflegungsleistungen [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Frerick auf die mündliche Verhandlung vom 24. August 2022 am 31. August 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen, soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB gerügt hat. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag 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 der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte am [...] eine unionsweite Auftragsbekanntmachung für ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Bereitstellung von Verpflegungsrationen, Lagerwirtschaft und Betrieb des Wirtschaftsgebäudes [...] sowie der Trinkwasserversorgung [...]. Die Laufzeit soll am 1. September 2022 beginnen und am 31. August 2026 enden. Unter Ziff. II.2.14 der Auftragsbekanntmachung gab die Ag vor, dass der Vertrag *„durch Ausübung von Optionen seitens des Auftraggebers ... um bis zu 24 Monate verlängert werden kann, maximal jedoch bis zum 31. August 2028.“*

Die Angebotsfrist endete nach Verlängerung gemäß Antwort der Ag auf die Bieterfrage 71 am 24. März 2022 (s. Bl. 320 der Vergabeakte).

Als Zuschlagskriterium des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens nannte die Ag in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots ausschließlich den Preis (s. ebenda, S. 5).

Die Ag ordnete die benötigten Leistungen als eine besondere Dienstleistung im Sinne von § 130 GWB i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU, dort Rubrik „Gaststätten und Beherbergungsgewerbe mit einigen unter Ziffer II.2.2) der Auftragsbekanntmachung aufgeführten CPV-Codes, ein und veröffentlichte die Auftragsbekanntmachung auf dem EU-Standardformular 21 *„Soziale und andere besondere Dienstleistungen“* gemäß § 66 Abs. 4 S. 1 VgV i.V.m. Anlage XVIII der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986. Dieses amtlich vorgegebene Standardformular ist so aufgebaut, dass unter *„Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben“* die Rubrik *„III.1) Teilnahmebedingungen“* vorgesehen ist, unter welcher sodann direkt die Ziffer *„III.1.4) Objektive Teilnahmeregeln und -kriterien“* folgt; die Ziffern III.1.1) – 3) sind in dem vorgegebenen Formular nicht enthalten. Die Ag nahm im *„Abschnitt III. Teilnahmebedingungen“* keine Eintragungen vor. In der amtlicherseits veröffentlichten Auftragsbekanntmachung [...] tauchte der Abschnitt III. in keiner Form auf; an die Angaben zu Abschnitt II. schloss sich unter Auslassung von III. direkt der Abschnitt IV. mit Angaben zum Verfahren an. In der EU-Auftragsbekanntmachung benannte die Ag unter Ziff. I.3 einen Link auf die darüber abrufbaren Vergabeunterlagen: *„Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter: <https://www...>“*.

Die Vergabeunterlagen enthielten die Aufforderung zur Angebotsabgabe, worin die Ag als formale Anforderungen an das Angebot vorgab: *„Die Ihnen mit diesem Schreiben übersandten Vergabeunterlagen sind vollständig zu beachten, insbesondere die beigefügten bzw. zum Herunterladen aus dem Internet angegebenen Formulare zu nutzen. Dabei handelt es sich um folgende Unterlagen:*

...

- *Formblatt Referenzliste...*
- *...*
- *Bietercheckliste*
- *...“*

In der Unterlage des Angebotsschreibens gab die Ag vor, das Angebot umfasse alle in der dem Bieter zugewandten Aufforderung zur Angebotsabgabe genannten *„Vertragsunterlagen in der dort angegebenen Reihenfolge. Dies meint u.a. die uns von der Vergabestelle übermittelten Anlagen sowie die von uns als Anlage zu diesem Angebot beizufügenden Unterlagen.*

Unterschriebener Mustervertrag...

Liste Mindestanforderungen an das Cateringkonzept

Cateringkonzept zur Überprüfung der Mindestanforderungen

...

Referenzliste zu Erfahrungen bei der Erfüllung gleichartiger Leistungen (insbes. des Caterings) unter schwierigen klimatischen, geographischen und sicherheitspolitischen Bedingungen für den Bieter und alle Nachunternehmer

...“

In der bei den Vergabeunterlagen befindlichen *„Bietercheckliste der einzureichenden Unterlagen“* gab die Ag vor, dass die in dieser Liste aufgeführten Unterlagen beim Einreichen des Angebots vorzulegen und vom Bieter durch Ankreuzen des jeweiligen Symbols zu bestätigen seien. Die Liste war vom Bieter zu signieren. In der Bietercheckliste waren u.a. folgende Unterlagen aufgeführt:

Mit dem Angebot vorzulegende vollständig befüllte Unterlagen:		<i>vorhanden</i>
A	...	<input type="checkbox"/>
B	...	<input type="checkbox"/>
C	Liste Mindestanforderungen an das Cateringkonzept	<input type="checkbox"/>
D	Cateringkonzept zur Bewertung der Mindestanforderungen gemäß "Liste der Mindestanforderungen an das Cateringkonzept"	<input type="checkbox"/>
E	...	<input type="checkbox"/>
F	Eigenerklärung zum Nichtvorliegen zwingender und fakultativer Ausschlussgründe gemäß §§ 123, 124 GWB (Formblatt BAAINBw-B-V 034)	<input type="checkbox"/>
G	...	<input type="checkbox"/>
H	Referenzliste zu Erfahrungen bei der Erfüllung gleichartiger Leistungen (insbes. des Caterings) unter schwierigen klimatischen, geographischen und sicherheitspolitischen Bedingungen für den Bieter und alle Nachunternehmer	<input type="checkbox"/>
I	Eigenerklärung zur Geeignetheit des Personaleinsatzes	<input type="checkbox"/>
J	Diese Bietercheckliste mit Ort, Datum, Unterschrift und Firmenstempel	<input type="checkbox"/>
K	Kopie eines aktuellen Handelsregisterauszugs (Bei ausländischen Bietern vergleichbare Bescheinigung (nicht älter als 6 Monate!))	<input type="checkbox"/>
L	Betriebshaftpflichtversicherungsnachweis für Personen-, Sach- und Vermögensschäden mit einer Deckungssumme von mind. 2,5 Mio. €/Jahr je Schadensfall.	<input type="checkbox"/>
M	Bankerklärung zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters sowie aller Nachunternehmer	<input type="checkbox"/>
N	Planung der benötigten Flächen für Unterkünfte und Infrastruktur (s. Leistungsbeschreibung Ziffer 8 Abs. 4)	<input type="checkbox"/>

- Eigenerklärung des Bieters und aller Nachunternehmer zu Erfahrungen mit deutschen und EU Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Lebensmittel- und Hygienerechts □

Die ASt reichte mit ihrem Angebot die ausgefüllte Bietercheckliste ein, in der sie alle zutreffenden Unterlagen als „vorhanden“ ankreuzte und die Liste abschließend unterzeichnete. Die angekreuzten Unterlagen reichte die ASt mit ihrem Angebot ein. Darunter befand sich das ausgefüllte „Formblatt Referenzliste“, worin die ASt mehrere Referenzaufträge benannte, die sie für Einrichtungen der [...] ausführt.

Bestandteil der Vergabeunterlagen war auch die *“Liste der Mindestanforderungen an das Cateringkonzept”*, in der die Ag Folgendes vorgab:

“Inhaltliche Mindestanforderungen an das vorzulegende Catering-Konzept

Der Bieter hat mit seinem Angebot neben den anderen geforderten Unterlagen ein Cateringkonzept für die ausgeschriebene Cateringleistung vorzulegen.

In dem Cateringkonzept ist darzustellen wie er auf Grundlage der vorgegebenen Bedingungen zum Leistungsgegenstand gemäß dem Mustervertrag und Leitungsbeschreibung nebst Anhängen, seine Leistung erbringen wird.

Dabei werden die auf der nachfolgenden Seite dargestellten inhaltlichen Mindestanforderungen an das vorzulegende Cateringkonzept gestellt.“

Die Ag benannte darin Mindestanforderungen zu den folgenden Punkten:

- Erbringung der Verpflegungsleistung/Logistisches Konzept, hier war u.a. gefordert:

“Sollen ausnahmsweise die Produkte zur Leistungserbringung selbst beschafft werden (generelle Versorgung über die Vereinten Nationen):

Qualitätsniveau des zugesagten Mitteleinsatz zur Erbringung der Verpflegungsleistung hinsichtlich der Produkte durch auszugsweise Vorlage eines Produktspezifikationskataloges mit Benennung jeweils eines Lieferanten und Beschreibung eines Produkts und seiner Qualität aus jeder der folgenden Produktgruppen:

-

...

Darstellung der Entscheidungsverantwortlichkeiten für die Leistungserbringung anhand der Aspekte Transparenz (Personalorganigramm)“

Durchgängige Verwendung eines Warenverfolgungssystems (Tracking System)

- Qualitätsmanagement, hier war u.a. gefordert:

„Gewährleistung von Hygiene und Lebensmittelsicherheit (HACCP-Konzept); Mindestanforderung ist hier

- *die Darstellung des Schädlingsmonitorings*
- *die Darstellung der Anlagen- und Gerätehygiene*
- *eine Auflistung der Themenbereiche zur Personalschulungen/Arbeitsunterweisungen*
- *die Beschreibung der Produkthygiene (Speisen- und Lebensmittelhygiene)*
- *die Vorlage eines Reinigungs- und Desinfektionsplans.*

Qualitätssicherung der Dienstleistung; Mindestanforderung ist die Darstellung

- *eines Warenflussdiagramms*
- *des Personaleinsatzes im Produktionsprozess*
- *der Produkthygiene bis zur Portionierung und Ausgabe*
- *von Eigenkontrollmaßnahmen*
- *von Kontrollmaßnahmen gegenüber Lieferanten.“*

- Risikomanagement; hier war Folgendes vorgegeben:

„Operative Umsetzung der "Interimslösung"

Beim Ausfall der Verpflegungsinfrastruktur baut der AN innerhalb von 12 Wochen nach Abruf der Leistung eine Interimslösung auf und betreibt diese gem. den Vorgaben der Ziffer 6 der Leistungsbeschreibung.

Im Rahmen der Angebotsabgabe ist eine detaillierte Darlegung, wie die Durchführung der Rückfalloption „Interimslösung“ unter Angabe der ggf. fälligen Kosten (siehe Spalte „Kostenangabe“ der Tabelle unter Ziffer 6 (2) der Leistungsbeschreibung) geplant ist, beizufügen.“

Die Liste war von der Ag durch Ankreuzen mit „ja“ oder „nein“ auszufüllen, ob die Mindestanforderungen erfüllt waren oder nicht. Abschließend gab die Ag Folgendes vor *“Angebote von Bietern, deren Catering-Konzept diese inhaltlichen Mindestanforderungen nicht erfüllen (d.h. in mindestens einem der vorgenannten Anforderungsprofile wurde mit „Nein“ bewertet), werden wegen Nichteignung ausgeschlossen.“*

Auf Bieterfrage 17

„Dieser Vertrag wird in einer strengen Umgebung unter gefährlichen Bedingungen ausgeführt und erfordert die höchsten Standards der Lebensmittelsicherheit und des Qualitätsmanagements. Kann [...] daher laut Ausschreibung bestätigen, dass „alleiniges Zuschlagskriterium der Preis...“

ist? Können Sie bestätigen, dass den technischen Lösungen der Bieter, HACCP-Plänen, Qualitätsmanagementplänen oder anderen nicht preislichen Anforderungen keine Bewertungsgewichtung gegeben wird?“

antwortete die Ag (vgl. Bl. 303 der Vergabeakte):

„Der Bieter hat mit seinem Angebot neben den anderen geforderten Unterlagen ein Cateringkonzept für die ausgeschriebene Cateringleistung vorzulegen. Das Cateringkonzept muss allein der Liste der Mindestanforderungen angeführten Anforderungen erfüllen. Nachdem dies in jedem einzelnen Punkt erfüllt ist, ist alleiniges Zuschlagskriterium der Preis...“

Auf der für die ASt von der Ag ausgefüllten Liste der Mindestanforderungen vermerkte die Ag, sie halte die vorstehend zitierten Anforderungen an die Erbringung der Verpflegungsleistungen/Logistisches Konzept und das Qualitätsmanagement für nicht erfüllt. Zum *„Ergebnis: Sind alle Mindestanforderungen erfüllt?“* kreuzte die Ag die für die ASt *„nein“* an (vgl. Bl. 2150-2152 der Vergabeakte).

Zu den von der ASt angegebenen Referenzen vermerkte die Ag in der Eignungsprüfung der ASt (Bl. 2078-2081 der Vergabeakte) und im Zuschlagsvorschlag (Bl. 2210 d. Vergabeakte), die Erfahrungen der ASt in der Verpflegungsleistung erfüllten nicht die geforderte Verpflegung *„in extremen Klimazonen“*. Des Weiteren hielt die Ag fest, der Personalansatz der ASt werde als zu gering angesehen. Ferner vermerkte die Ag, die Kapazität der von der ASt vorgesehenen Unterkunft erscheine im Vergleich zu den Mitbewerbern für ihre Mitarbeiter zu gering dimensioniert.

Die Ag vermerkte im Zuschlagsvorschlag, das Angebot der ASt sei auszuschließen.

Im Ergebnis entschied die Ag, der Beigeladenen (Bg), die das preislich günstigste Angebot abgegeben hatte, den Zuschlag zu erteilen. Die ASt lag mit ihrem Angebot von mehreren Angeboten preislich auf dem letzten Rang und hatte den höchsten Angebotspreis aller Bieter.

Mit Schreiben vom 16. Juni 2022 informierte die Ag die ASt nach § 134 GWB, man beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Ferner teilte die Ag der ASt mit, das Angebot der ASt werde ausgeschlossen. Die Ag führte hierfür mehrere Gründe auf: die ASt habe keinen Auszug der geforderten Produkte vorgelegt; ihr Konzept werde aus verpflegungsfachlicher Sicht als nicht durchhaltefähig angesehen, da der Personalansatz nicht ausreichend bemessen sei; ein Warenverfolgungssystem werde nur für Teile der Versorgungsstrecke angewendet; es fehlten Anforderungen zum Hygienekonzept, insbesondere fehle ein Reinigungs- und Desinfektionsplan; es fehlten Zeitangaben für die Etablierung einer Zwischenlösung nach Totalausfall der Infrastruktur; die Unterkunftskapazität sei im Vergleich zu anderen Bietern zu gering dimensioniert; ferner

habe die ASt keine Erfahrung in der Verpflegungsleistung in extremen Klimazonen nachgewiesen. Der Zuschlag auf das Angebot der ASt könne zudem auch deswegen nicht erteilt werden, weil es nicht das wirtschaftlichste sei.

Mit Schreiben vom 23. Juni 2022 wandte sich die Ag an die Bg und bat diese nach § 60 VgV um Erläuterung des Angebotes dahin, „*dass die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung für Sie unter Bedingungen stattfindet, die für Ihre Firma auskömmlich und wirtschaftlich sind. ...*“ (Bl. 696 der Vergabeakte Band II).

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 24. Juni 2022 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebotes sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg.

Mit Schreiben vom 28. Juni 2022 antwortete die Bg auf das Schreiben der Ag vom 23. Juni 2022 und übermittelte der Ag eine Aufschlüsselung der für das ausgeschriebene Projekt prognostizierten Gesamtkosten und Erträge (Bl. 702/703 der Vergabeakte Band II).

Die Ag vermerkte am 28. Juni 2022, sie gehe davon aus, die Kalkulation der Bg sei realistisch, es könne selbst unter Berücksichtigung etwaiger Kostenerhöhungen nicht von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot ausgegangen werden. Die Bg erbringe entsprechende Leistungen bereits vor Ort (Bl. 2196 der Vergabeakte Band III).

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 29. Juni 2022 übermittelte die ASt der Ag den Reinigungs- und Desinfektionsplan der ASt in Form einer Excel-Tabelle, zu dem die ASt ausführte, die Ag habe diesen irrig als fehlend beanstandet; dieser sei Bestandteil des Angebots der ASt gewesen. Dieser nachgereichte Reinigungs- und Desinfektionsplan ist bei dem in der Vergabeakte dokumentierten Angebot der ASt nicht enthalten.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2022 teilte die Ag mit, dass sie der Rüge der ASt nicht abhilft.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 5. Juli 2022, bei der Vergabekammer eingegangen per Telefax und der Ag übermittelt an demselben Tag, beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags führt die ASt wie folgt aus:

Die ASt hält ihren Nachprüfungsantrag für zulässig. Gegen die seitens der Bg und der Ag vorgebrachten Argumente meint die ASt, sie habe der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB genügt. Im Hinblick auf die Rügeobliegenheit nach Nr. 2 dieser Vorschrift habe bis zur Angebots-

abgabe keine Rügeobliegenheit der ASt bestanden, da der von der ASt als vorgreiflich bemängelte vergaberechtliche Verstoß gegen § 122 Abs.4 S. 2 GWB – die Ag habe die von ihr in den Vergabeunterlagen benannten Eignungskriterien, auf deren teilweise Nichterfüllung die Ag den Ausschluss der ASt stütze – bis dato für die ASt nicht erkennbar gewesen, sondern erst als Ergebnis der Angebotsprüfung der Ag tatsächlich erkannt worden sei. Die erforderliche rechtliche Bewertung der den Verstoß begründenden Tatsachen sei von einem durchschnittlichen Bieter bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht zu erwarten gewesen. Hierfür sei die Kenntnis der einschlägigen vergaberechtlichen Judikatur bzw. eine spezifische rechtliche Prüfung und Subsumtion des zu erkennenden Sachverhaltes erforderlich, die ein fachkundiger Bieter nicht habe bzw. leisten könne und die auch die ASt zum relevanten Zeitpunkt der Angebotsabgabe ohne rechtliche Beratung nicht gehabt habe bzw. nicht habe leisten können. Es sei hier zu berücksichtigen, dass aus dem verwendeten Standardformular für soziale und besondere Dienstleistungen nicht ersichtlich gewesen sei, dass Eignungsanforderungen in der Bekanntmachung fehlten, da es dort an den entsprechenden Überschriften gefehlt habe, die in den allgemeinen Standardformularen aber gerade vorhanden seien. Der Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sei erst ersichtlich, wenn berücksichtigt werde, dass diese Vorschrift unabhängig von dem abweichenden Standardformular für soziale und besondere Dienstleistungen gelte, was sich erst unter Berücksichtigung weiterreichender Kenntnisse des Vergaberechts erschließen lasse, die bei einem Bieter nicht vorausgesetzt werden könnten. Schließlich sei die Rechtsfolge des § 122 Abs. 4 GWB in Zusammenschau mit § 122 Abs. 1 GWB nicht ohne weiteres erkennbar. Ein kundiger Bieter könne nicht wissen, dass der Verstoß gegen § 122 Abs. 4 GWB zwingend zu einer Zurücksetzung des Verfahrens wegen § 122 Abs. 1 GWB führe. Ein Bieter könne ebenso annehmen, dass ein nicht bekanntgemachtes Kriterium nicht zu seinen Lasten gelte und erwarten, dass formwidrige Eignungskriterien schlicht unbeachtet blieben. Ein Bieter müsse nicht erkennen, dass der Abschluss von Vergabeverfahren generell unzulässig sei, wenn es an formwirksamen Eignungsanforderungen fehle, weil dies erst Ergebnis einer komplexen rechtlichen Auslegung sei. Schließlich widerspreche sich die Ag selbst. Denn sie meine, § 122 Abs. 4 GWB gelte hier nicht, andererseits aber solle der Verstoß gegen § 122 Abs. 4 GWB für einen kundigen Bieter nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB erkennbar gewesen sein. Damit überdehne die Ag die Präklusionsvorschrift.

Die ASt habe den geltend gemachten Verstoß gegen § 122 Abs.4 S. 2 GWB somit nach erfolgter anwaltlicher Beratung infolge des durch die Ag späterhin mitgeteilten Ausschlusses der ASt erkannt und sodann unverzüglich gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Soweit die Bg meine, die ASt habe die Rüge einer gleichheitswidrigen Angebotswertung offensichtlich ins Blaue hinein abgegeben, treffe dies somit nicht zu. Die ASt habe ihre entsprechenden Rügen auf der Grundlage hinreichend substantiiert vorgetragen und dies anhand ihrer Marktkenntnis dargelegt.

Die ASt sei auch antragsbefugt; sie habe gemäß § 160 Abs. 2 GWB hinreichend dargelegt, dass durch den bemängelten Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB keine wirksame Eignungsprüfung stattgefunden habe und daher weder ein Ausschluss der ASt auf dieser Grundlage erfolgen könne noch der Zuschlag an die Bg. Daraus ergebe sich für die ASt ein Anspruch auf eine zweite Chance, weil die Bekanntmachung der Ausschreibung zu wiederholen sei, weil die Ag das Vergabeverfahren nicht durch einen Zuschlag ordnungsgemäß abschließen könne. Dies reiche für die Antragsbefugnis aus. Daher sei es auch unerheblich, dass der Zuschlag wegen ihres höheren Preises nicht erteilt werden könne. Es sei auch nicht ersichtlich, dass der Beschaffungsbedarf der Ag entfallen sei, weshalb mit einer neuen Auftragsbekanntmachung im Falle einer entsprechenden Zurückversetzung des Vergabeverfahrens zu rechnen sei. Schließlich sei völlig offen, welche Eignungsanforderungen die Ag im Falle einer etwaigen neuen Auftragsbekanntmachung bekannt machen und anwenden wolle, so dass es – entgegen der Ansicht der Vergabekammer in deren Schreiben vom 3. August 2022 – nicht darauf ankommen könne, ob die ASt die im streitgegenständlichen Vergabeverfahren formwidrig aufgestellten Eignungskriterien prognostisch in einem neuen Verfahren erfüllte oder nicht, somit auch nicht auf einen fehlenden Schaden der ASt geschlossen werden könne.

In der Sache meint die ASt, die Ag habe die von ihr in den Vergabeunterlagen aufgestellten Eignungskriterien, auf deren teilweise Nichterfüllung die Ag den Ausschluss der ASt stütze, nicht wirksam in der nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB geforderten Weise bekannt gemacht, weil die Ag diese nicht in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt und darin auch keinen direkten Link aufgenommen habe, der nach den Maßgaben der einschlägigen vergaberechtlichen Rechtsprechung auf die in den Vergabeunterlagen benannten Eignungskriterien verwiesen hätte. Soweit die Ag ihre Vorgehensweise mit den Vorgaben des nach § 66 VgV zu verwendenden Standardformulars zu rechtfertigen versuche, gehe sie fehl. Maßgeblich sei allein die vorrangig anzuwendende Vorgabe des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, die nicht eingehalten worden sei. Die Vorschrift werde durch den für besondere Dienstleistungen geltenden § 130 GWB nicht eingeschränkt und sei daher auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren anzuwenden. Die Ag habe die erforderlichen Angaben zu Eignungskriterien, die im Abschnitt III des von ihr für die Auftragsbekanntmachung verwendeten Formulars zu den dort explizit in Bezug genommenen „*rechtlichen, wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Angaben*“ zu machen gewesen seien, schlicht unterlassen. Soweit die Ag meine, die zu verwendenden EU-Standardformulare kennten einen Abschnitt „*Eignungskriterien*“ nicht, gehe sie daher fehl. Jedenfalls sei es möglich gewesen, einen Direktlink auf die Eignungskriterien in die Auftragsbekanntmachung aufzunehmen.

Daher seien die Eignungskriterien der Ag nicht wirksam bekannt gemacht, so dass § 122 Abs. 4 S. 2 GWB verletzt sei und auch der Ausschluss der ASt nicht auf einen Verstoß gegen diese nicht

wirksam bekannt gemachten Eignungskriterien gestützt werden könne. Dies gelte hinsichtlich aller von der Ag in ihrem Informationsschreiben nach § 134 GWB unter Ziff. 2 aufgelisteten sieben Punkte, die die ASt nach Ansicht der Ag nicht erfüllt habe. Diese beträfen in der Sache allesamt Eignungskriterien. Da sich die Ag darauf berufe, die ASt habe verschiedene von der Ag als Eignungskriterien eingestufte Anforderungen nicht erfüllt, darunter die Mindestanforderungen an das Cateringkonzept oder die Referenzanforderungen, könne sich die Ag somit nicht darauf berufen. Diese seien nicht wirksam definiert worden und daher nicht existent. Sofern die Ag die Bg bezuschlagen wolle, beruhe diese Entscheidung auf einer aus demselben Grund rechtswidrigen Eignungsprüfung. Die Bg werde daher in diskriminierender Weise unter Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB bevorzugt, die ASt entsprechend unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz benachteiligt. Vor diesem Hintergrund sei das Vergabeverfahren wegen eines schwerwiegenden Mangels zurückzusetzen und zu wiederholen.

Soweit die Ag versuche, mit ihren im Vorabinformationsschreiben vorgetragene Erwägungsgründen 2, 3, 5 und 6 den Ausschluss des Angebots der ASt mit einer Abänderung der Vergabeunterlagen zu rechtfertigen, sei dies vergaberechtswidrig. Die Ag habe mit ihren Erwägungen, das Cateringkonzept der ASt erfülle nicht die Vorgaben der Leistungsbeschreibung, in intransparenter Weise eine Prüfung qualitativer Zuschlagskriterien eingeführt, obwohl sie nur den Preis als Zuschlagskriterium vorgegeben habe. Verstoßen habe die Ag insofern gegen § 97 Abs. 1 S. 1, § 127 Abs. 5 GWB. Dies betreffe die Nichtvorlage eines Auszugs der geforderten Produkte (Nr. 1 im Informationsschreiben der Ag), die Behauptung unzureichenden Personaleinsatzes (Nr. 2), die Behauptung eines nicht ausreichenden Warenverfolgungssystems (Nr. 3), die vermeintlich unzureichenden Zeitangaben für die Zwischenlösung bei Totalausfall (Nr. 4) sowie die Behauptung unzureichender Unterkunftskapazitäten (Nr. 6).

Darüber hinaus seien die Annahmen der Ag zu den besagten Erwägungsgründen sachlich falsch und würden durch die vollständigen Angaben im Cateringkonzept der ASt nicht getragen, was im Antragschriftsatz vom 5. Juli 2022 konkretisiert wird:

- So sei der Personalansatz der ASt ausreichend, die ASt habe in der Eigenerklärung des Personaleinsatzes die Möglichkeit einer kurzfristigen Aufstockung zugesichert.
- Zur Verwendung des Warenverfolgungssystems seien die Vorgaben der Ag unklar gewesen, da nicht ersichtlich gewesen sei, für welche Wege bzw. Standorte die Warenverfolgung erforderlich sei. Gefordert worden sei nur die durchgängige Verwendung eines Warenverfolgungssystems. Es sei daher naheliegend gewesen, dies auf die Warenverfolgung [...] zu beziehen. Diese Unklarheit könne nicht zu Lasten der ASt gehen.

- Hinsichtlich der Etablierung einer Zwischenlösung nach Totalausfall der Infrastruktur seien keine konkreten Zeitangaben verlangt worden, ein Zeitfenster ergebe sich vielmehr aus Ziff. 6 Abs. 2 der Leistungsbeschreibung. Daher seien die Angaben der ASt im Konzept vollständig.

- Der Vorwurf der Ag, die angebotene Unterkunftskapazität für die Mitarbeiter der ASt er scheine im Vergleich zu Mitbewerbern zu gering dimensioniert, greife nicht durch, da die Kapazitäten ausreichend bemessen seien für das Personal der ASt. Die ASt sei den Anforderungen der Ag mit ihrem Konzept insofern nachgekommen; danach komme es nicht auf eine vergleichende Betrachtung an.

Die Ag habe ferner §§ 56 Abs. 2 VgV, § 97 Abs. 1 S. 2 GWB verletzt, da sie das Angebot der ASt wegen angeblicher Unvollständigkeit hinsichtlich der Produktliste (Nr. 1 des Informationsschreibens nach § 134 GWB) und des Reinigungs- und Desinfektionsplans (Nr. 4 des Informationsschreibens nach § 134 GWB) ausgeschlossen habe, ohne das ihr nach der Vorschrift zustehende Ermessen auszuüben.

Hinsichtlich des ersten Grundes lasse sich kein konkreter Bezug zu den Vorgaben herstellen. Hinsichtlich des vierten Grundes, des als fehlend bemängelten Reinigungs- und Desinfektionsplans, habe die ASt diesen mit den weiteren finalen Angebotsunterlagen am 24. März 2022 bei der Ag eingereicht. Der Geschäftsführer der ASt hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, er habe beim Hochladen des Angebotes allerdings keinen genauen Überblick erhalten, ob alle erforderlichen Dateien hochgeladen worden seien. Jedenfalls sei der Desinfektionsplan unerheblich, so dass eine Nachforderung nach dem der Ag insofern zustehenden Ermessen verzichtbar sei. Die Ag habe das ihr zustehende Ermessen insofern aber – wie schon ausgeführt – nicht einmal ausgeübt.

Des Weiteren habe die Ag gegen § 127 Abs. 1 GWB verstoßen, indem sie das Angebot der Bg besser bewertet habe, als das der ASt, was seitens der ASt in ihrer Stellungnahme vom 11. August 2022 näher ausgeführt wird. Die ASt habe insofern auch keine Rüge ins Blaue hinein abgegeben, indem sie bemängelt habe, die Platzierung der Bg sei auf eine gleichheitswidrige Bevorzugung aufgrund ihrer gegenwärtigen Auftragslage zurückzuführen. Schließlich sei es markt bekannt, dass die Bg preislich teuer sei. Das Angebot der Bg sei nicht wirtschaftlich kalkuliert. Die Ag habe die Grundsätze des § 60 VgV nicht beachtet.

Die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten hält die ASt für notwendig, da die ASt die sich stellenden spezifischen vergabe- und prozessrechtlichen Fragen nicht selbst habe beantworten können, sondern hierfür anwaltlicher Hilfe bedurfte.

Die ASt beantragt,

1. Der Ag wird untersagt, in dem Vergabeverfahren „Verpflegungsleistungen [...]“ den Zuschlag auf Basis des bisherigen Vergabeverfahrens zu erteilen.
2. Die Ag wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in einem in das Ermessen der Vergabekammer gestellten Zeitpunkt zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Hilfsweise: Die Ag wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Angebot der ASt wieder in die Wertung zu nehmen und die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.

Ferner beantragt die ASt Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie ihrer Aufwendungen aufzuerlegen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig. Der ASt fehle die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, soweit sie vortrage, es sei markt bekannt, dass die Bg preislich zu teuer sei bzw. deren Platzierung müsse auf gleichheitswidrige, mit der gegenwärtigen Auftragslage zusammenhängende Vorteile zurückzuführen sein. Diesen Vortrag hält die Ag für nicht hinreichend substantiiert, sondern eine bloße Vermutung, die er keine objektiven Anknüpfungstatsachen beinhalte. Unabhängig davon könne ein Vorauftragnehmer wie die Bg seine Erfahrungen aus bereits erteilten Aufträgen nutzen, um sein Angebot zu kalkulieren. Dabei handele es sich um legitime Wettbewerbsvorteile.

Die Antragsbefugnis fehle der ASt auch deshalb, weil ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste sei.

Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet. Die ASt könne sich hinsichtlich der nicht in der Auftragsbekanntmachung enthaltenen Eignungskriterien nicht auf Fehler der Auftragsbekanntmachung berufen. Die Ag sei nach § 66 VgV gehalten, das der Bekanntmachung zugrunde gelegte Bekanntmachungsformular 21 aus der Durchführungsverordnung 2015/1986 (Anlage XVIII) zu verwenden. Darin seien die von der ASt als fehlend gerügten Abschnitte III.1.1, III.1.2 und III.1.3 als zwingend zu befüllende Formularfelder gar nicht enthalten. Diese seien vielmehr Formularinhalt des im Regelfall für Vergabeverfahren üblichen Standardformulars 2, das aber für

die hier zu beschaffenden besonderen Dienstleistungen gerade nicht zu verwenden sei. Jedenfalls aber seien die Vergabeunterlagen über den in der Auftragsbekanntmachung enthaltenen Link im Formularfeld I.3 der Auftragsbekanntmachung abrufbar gewesen. Darüber habe jeder Interessent an der Ausschreibung auch allgemein Zugriff auf die Vergabeunterlagen gehabt, in denen auch die Eignungskriterien enthalten gewesen seien. Sofern man mit der ASt insofern einen Vergaberechtsverstoß bejahen wollte, hätte diese den von ihr bemängelten Fehler in der Bekanntmachung allerdings rechtzeitig rügen müssen, was aber bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht geschehen sei, obwohl der behauptete Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB ohne Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erkennbar gewesen sei.

Die Ag habe die Eignungsprüfung aller Bieter auch in der Sache fehlerfrei auf der Grundlage der in der *„Bietercheckliste der einzureichenden Unterlagen“* vorab gegenüber allen Bietern festgelegten materiellen Eignungskriterien durchgeführt. Die Ag habe für das von den Bietern vorzulegende Catering-Konzept insbesondere Mindestanforderungen aufgestellt, auf deren Grundlage die Ag habe prüfen wollen und können, ob von einem Bieter hinreichend erwartet werden könne, dass er die ausgeschriebene Leistung fachlich erbringen könne. An dieses Programm zur Prüfung der materiellen Eignung habe sich die Ag gegenüber allen Bietern gehalten. Anlass für eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens bestehe daher auch vor diesem Hintergrund nicht.

Auf dieser Grundlage sei die ASt vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Zum einen habe die ASt den gemäß des Mindestanforderungsprofils B (Qualitätsmanagement) mit dem Catering-Konzept geforderten Reinigungs- und Desinfektionsplan nicht fristgemäß bis zum 24. März 2022, 13:00 Uhr vorgelegt, sondern erst mit ihrem Schreiben vom 29. Juni 2022. Sofern die ASt dies bestreite, sei dies nicht nachzuvollziehen. Am 24. März 2022 habe es keine technische Störung in der Anwendung des zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellten elektronischen Systems gegeben. Im Übrigen sei die ASt gehalten, einen etwaigen Übertragungsfehler aufzuklären. Hierzu könne sie bei der elektronischen Vergabepattform ggf. den dort gesicherten Hashwert des eingegangenen Angebots mit dem Hashwert ihrer übermittelten Angebotsdatei vergleichen.

Soweit die ASt ausgeschlossen worden sei, weil sie keinen Auszug der geforderten Produkte vorgelegt habe bzw. ihr Personalansatz als nicht ausreichend bzw. durchhaltefähig eingeschätzt worden sei, stütze die Ag diesen Ausschluss auf § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen Veränderung der Vergabeunterlagen und nicht auf das Fehlen von Unterlagen. Beide Unterlagen seien Teil des vorzulegenden Catering-Konzeptes gewesen, ihr Fehlen führe daher zu einer inhaltlichen Abänderung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf das erforderliche Konzept und könne nicht durch ein Nachfordern nachgebessert werden.

Vielmehr sei es bei diesen Vorgaben um Leistungsmerkmale gegangen, denen das vorzulegende Catering-Konzept fachlich-qualitativ entsprechen müsse, aber nicht um durch die Hintertür eingeführte qualitative Zuschlagskriterien. Die vollständigen Angaben seien erforderlich gewesen, damit die Ag ihre Prognoseentscheidung im Hinblick auf die Eignung der Bieter habe treffen können.

Hinsichtlich des Personalansatzes der ASt sei nicht zu erwarten, dass sie nach ihren Angaben im Konzept das Anforderungsprofil zum Qualitätsmanagement erfülle. Dazu gehöre zur Beurteilung der Fähigkeit der Bieter zur Qualitätssicherung die Darstellung u.a. des Personaleinsatzes im Produktionsprozess. Der von der ASt geplante Personalansatz sei von der Ag als nicht durchhaltetfähig eingeschätzt worden. Zu einzelnen Aspekten sei nicht ersichtlich, ob die Umsetzung in [...] möglich sei, was näher in der Antragserwiderung vom 13. Juli 2022 ausgeführt wird. Die nach Ansicht der Ag unzureichende, weil in verpflegungsfachlicher Hinsicht nicht belastbar gelungene Personalplanung könne dagegen nicht durch die von der ASt abgegebene Eigenerklärung zum Personaleinsatz geheilt werden.

Das Konzept der ASt werde auch den Mindestanforderungen im Hinblick auf den Aspekt Risikomanagement nicht gerecht. Denn die Darlegungen im Konzept erlaubten keine Bewertung, ob ein hygienisch getrennter Warenfluss gewährleistet sei.

Es seien danach mindestens drei Mindestanforderungen an das Catering-Konzept nicht erfüllt, was zum Ausschluss der ASt führen müsse.

Schließlich komme die von der ASt begehrte Zurückversetzung in Gestalt einer neuen Auftragsbekanntmachung nicht in Betracht. Die ASt erhalte sonst die Möglichkeit, etwaige Angebotsmängel zu beheben bzw. ihr Preisniveau zu optimieren, was nicht Ergebnis eines Nachprüfungsverfahrens sein dürfe. Soweit die ASt auf die Verfügung der Vergabekammer vom 3. August 2022 näher beschrieben habe, wie sie Eignungsanforderungen im Falle einer neuen Auftragsbekanntmachung zu erfüllen gedenke, stelle sich zudem die Frage, ob die ASt durch die von ihr hierzu näher dargelegten vorbereitenden Maßnahmen gegen Vorgaben der Ag zum Schutz der Vertraulichkeit der Vergabeunterlagen verstoßen habe.

c) Die mit Beschluss vom 12. Juli 2022 förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB in dem Umfang zu gewähren, in dem das durch den Nachprüfungsantrag der ASt veranlasst wird,

3. der ASt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen, und
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg für notwendig zu erklären.

Die Bg hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig. Sie hält die Rüge der ASt, die Ag habe gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB verstoßen, für präkludiert nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB. Der von der ASt behauptete Rechtsverstoß sei ohne Weiteres aus der Auftragsbekanntmachung erkennbar gewesen. Die ASt habe durch das bloße Lesen der Norm, welches einem durchschnittlichen und sorgfältigen Bieter zuzumuten sei, und einen Vergleich mit dem Text der Auftragsbekanntmachung feststellen können, dass die Ag keine Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt habe. Der Umstand, dass eine Auftragsbekanntmachung Eignungskriterien, nach denen die Eignungsprüfung durchzuführen sei, beinhalten müsse, gehöre zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligten Bieterkreise und treffe daher auch die ASt. Die Kenntnis spezifischer vergaberechtlicher Rechtsprechung sei für die Erkennbarkeit von in der Auftragsbekanntmachung fehlenden Eignungskriterien und dem daraus folgenden Verstoß gegen die Maßgaben des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB nicht erforderlich. Da die ASt diesen Fehler nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt habe, sei ihr späteres Vorbringen präkludiert und daher im Nachprüfungsverfahren nicht mehr zu beachten.

Soweit die ASt ferner eine vergaberechtswidrige Angebotswertung gerügt habe, sei dieses Vorbringen nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Die von der ASt pauschal behauptete gleichheitswidrige Angebotswertung habe die ASt in ihrem Rügeschreiben vom 24. Juni 2022 geltend gemacht, ohne diese aber hinreichend zu substantiieren. Es handele sich um eine Rüge ins Blaue hinein, weil die ASt keine Anknüpfungstatsachen für ihre Behauptung dargelegt habe. Die ASt habe insofern lediglich behauptet, ihr Angebot sei, was nach der Angebotslage ohnehin nicht zutrefte, preislich günstiger als das der Bg, ohne dies aber näher zu untermauern.

Der ASt fehle schließlich die Antragsbefugnis. Das Nachprüfungsverfahren sei kein objektives Korrekturverfahren, sondern diene dem subjektiven Rechtsschutz, auf den sich die ASt hinsichtlich des behaupteten Verstoßes gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB nicht berufen könne. Das Fehlen von Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung habe die Abgabe eines vollständigen Angebots und damit die Zuschlagschancen der ASt nicht kausal beeinträchtigt; die ASt habe sich an den in den Vergabeunterlagen bekannt gemachten Eignungskriterien orientieren können bzw. orientiert. Die ASt habe allerdings nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, so dass selbst ein Hinwegdenken ihres Ausschlusses ihre Zuschlagschancen nicht verbessern könne. Die ASt sei zudem ungeeignet, weil sie die Anforderungen an die Referenzen nicht erfülle, was sich im Fall einer Neubekanntmachung der Ausschreibung ebenfalls nicht ändere.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet, da – wie der Vortrag der Bg ergeben habe – die ASt nicht in ihren bieterschützenden Rechten verletzt sei.

Auch ein Aufgreifen von Amts wegen scheide hier wegen der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags aus. Eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB komme in der Sache nicht in Betracht. Einen Anspruch auf eine zweite Chance habe die ASt nicht, weil eine Beeinträchtigung der Rechte der ASt durch den geltend gemachten Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB von vornherein nicht gegeben gewesen sei. Die ASt habe ungeachtet der in der Auftragsbekanntmachung fehlenden Angaben dennoch ein Angebot abgegeben. Daher stehe fest, dass die ASt durch den von ihr bemängelten Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren abgehalten worden sei.

3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg – nach Anhörung der Ag sowie hinsichtlich der Offenlegung von die ASt betreffenden Auszüge an die Bg auch der ASt – Einsicht in die Vergabeakte erteilt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach Abs. 165 Abs. 2 GWB nicht betroffen waren. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird Bezug genommen.

Die fünfwöchige Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 S. 1 GWB, die am 9. August 2022 abgelaufen wäre, wurde mit schriftlich begründeter Verfügung der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 2. August 2022 gemäß § 167 Abs. 1 S. 2 GWB bis zum 2. September 2022 verlängert.

Die Vergabekammer hat der ASt mit Verfügung vom 3. August 2022 eine Frage übermittelt, um die Eignung der ASt im Hinblick auf die seitens der Ag geforderten Referenzen vor dem Hintergrund des subjektiven Rechtsschutzes aufzuklären. Hierzu hat die ASt mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. August 2022 Stellung genommen.

Die mündliche Verhandlung hat am 24. August 2022 stattgefunden. Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung auf ihre vorläufige Rechtsauffassung hingewiesen, wonach die Ag trotz der in Bezug auf Eignungsvorgaben als defizitär anzusehenden Ausgestaltung des amtlichen Auftragsbekanntmachungsformulars für „*Soziale und andere besondere Dienstleistungen*“ zwar gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB verstoßen habe, indem sie die von ihr in den Vergabeunterlagen aufgestellten Eignungsanforderungen, insbesondere die Forderung von Referenzen, nicht in der Auftragsbekanntmachung im Abschnitt III. bekannt gemacht bzw. verlinkt habe. Der Vergabebefehler, dass sich die Referenzanforderung nicht zumindest über einen direkten Link in Abschnitt

III.1.4) des Standardformulars befunden habe, sondern über die direkte Verlinkung im Bekanntmachungsformular unter Ziff. I.3) auf die Vergabeunterlagen abrufbar gewesen sei, habe sich aber möglicherweise nicht zu Lasten der ASt ausgewirkt, da die ASt die Referenzanforderung unstreitig zur Kenntnis genommen habe und auch Referenzen benannt habe. Ausgewirkt habe sich folglich möglicherweise allein die Tatsache, dass die ASt die Referenzanforderung in der Sache nicht erfülle.

In der mündlichen Verhandlung hat die ASt die Auffassung vertreten, der Auftragsbekanntmachung komme eine besondere Warnfunktion zu. Wenn die Referenzanforderung bereits in der Auftragsbekanntmachung veröffentlicht worden wäre, so hätte die ASt die Vorgabe ernster genommen und sich direkt darum bemüht, mit Kooperationspartnern ein gemeinsames Angebot zu erstellen, basierend z.B. auf Eignungsleihe, um die Referenzanforderung erfüllen zu können. Der Geschäftsführer der ASt hat in der Verhandlung angegeben, er habe die Bedeutung der in den Vergabeunterlagen enthaltenen Referenzanforderungen unterschätzt.

In der Verhandlung wurde zudem übereinstimmend festgestellt, dass ein zeitlicher Nachteil für die Erarbeitung eines gemeinsamen Angebots mit Kooperationspartnern infolge der unterbliebenen Bekanntmachung der Referenzanforderung an der richtigen Stelle nicht gegeben gewesen sei, da das Auftragsbekanntmachungsformular einen direkten Link auf die Vergabeunterlagen enthalten habe, worin wiederum auch die Referenzanforderung vorgegeben worden seien.

Nach Unterbrechung der Verhandlung zu einer Zwischenberatung hat die Vergabekammer mitgeteilt, sie sehe den Nachprüfungsantrag wegen fehlender Kausalität des Vergabefehlers für die Verneinung der Eignung als nicht erfolgreich an.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich des vorgegriffenen Rügepunktes, die Ag habe gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB verstoßen, unzulässig. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, aber nur teilweise zulässig.

a) Der Antrag ist statthaft. Der ausgeschriebene Auftrag betrifft einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag des Bundes oberhalb des relevanten Schwellenwertes nach § 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. d) für eine besondere Dienstleistung i.S.d. Anhangs XIV bzw. § 130 Abs. 1 GWB („Gaststätten und Beherbergungsgewerbe“ – Verpflegungsdienste bzw. Dienstleistungen von Kantinen und anderen nicht öffentlichen Cafeterias bzw. Betrieb von Kantinen) gemäß dem Anhang XIV der Richtlinie 2014/24 EU (vgl. zur Schätzung die Bl. 32 und 17 der Vergabeakte

Band I), für den das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 155 ff., 160 ff. GWB statthaft und für dessen Nachprüfung die Vergabekammern des Bundes zuständig sind, §§ 98, 99 Nr. 1, 103 Abs. 4 sowie § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

b) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen.

Die ASt hat die geltend gemachten Vergabefehler rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB mit Schreiben vom 24. Juni 2022 gerügt, nachdem ihr die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots mit dem Vorabinformationsschreiben der Ag vom 16. Juni 2022 mitgeteilt worden waren. Die relevanten Informationen, insbesondere die Tatsache, dass es wirtschaftlich günstigere Angebote als das Angebot der ASt gab, hat die ASt teilweise überhaupt erst mit Erhalt der § 134 GWB-Information erhalten. Aber auch in Bezug auf das Unterbleiben einer Bekanntmachung von Eignungsvorgaben im Auftragsbekanntmachungsformular war die Rüge rechtzeitig. Der an die Angebotsfrist anknüpfende Rügetatbestand des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB ist zwar thematisch einschlägig, da es um ein Defizit in der Auftragsbekanntmachung geht. Die Rügeobliegenheit nach dieser Vorschrift wird jedoch nur dann ausgelöst, wenn der geltend gemachte Vergabefehler aus verständiger Bietersicht erkennbar war. Von einer derartigen Erkennbarkeit ist indes nicht auszugehen, im Einzelnen:

Für die Erkennbarkeit kommt es darauf an, dass ein Vergaberechtsverstoß in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt hätte erkannt werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII Verg 24/18). Zwar ist bei einem sorgfältig agierenden und durchschnittlich fachkundigen Bieter, der sich mit einem Angebot an einem Vergabeverfahren beteiligen will, davon auszugehen, dass er die wesentlichen vergaberechtlichen Grundsätze kennt. Dazu gehört grundsätzlich auch das Wissen darüber, dass ein öffentlicher Auftrag nicht voraussetzungslos vergeben werden, sondern nur an ein Unternehmen erteilt werden darf, das überhaupt in der Lage scheint, den Auftrag in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht erfüllen zu können, und der Auftraggeber dementsprechend verpflichtet ist, eine Überprüfung der Eignung anhand von ihm vorab gegenüber allen Bietern bekannt zu machenden Eignungskriterien durchzuführen. Auch wenn, worauf die Bg mit Blick auf den Beschluss des OLG Koblenz vom 7. November 2007 (Az.: 1 Verg 6/07) hinweist, sich einerseits die Verpflichtung eines Auftraggebers, die Eignungsanforderungen in der Auftragsbekanntmachung zu veröffentlichen, unmittelbar durch die Lektüre der gesetzlichen Bestimmung des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB erschließt, andererseits aber vorliegend in der Auftragsbekanntmachung keine Eignungskriterien veröffentlicht waren, ist eine Fehlererkennbarkeit im vorliegenden konkreten Einzelfall zu verneinen. Im hiesigen Fall liegt die Besonderheit darin, dass das von der

Ag gem. § 66 Abs. 4 VgV zu verwendende und tatsächlich auch herangezogene Standardformular 21 für besondere Dienstleistungen bei den Eignungskriterien abweicht von den anderen Standardformularen für Auftragsbekanntmachungen. Letztgenannte sehen explizit Ziffern für die wirtschaftliche, technische und berufliche Leistungsfähigkeit vor, die im Standardformular 21 fehlen. Nimmt der öffentliche Auftraggeber wie vorliegend unter Abschnitt III. im Formular 21 keine Eintragung vor, so erscheint der gesamte Abschnitt in der für den Bieter in „Tenders electronic daily“ (TED) abrufbaren Version gar nicht. Somit wurde – anders als wenn der Eignungsabschnitt als Leerstelle auftaucht – ein Bieter auf ein etwaiges Fehlen von Angaben zu Eignungskriterien nicht durch unausgefüllte Abschnitte gestoßen; in der TED-Veröffentlichung tauchte gerade kein unausgefüllter Abschnitt III. auf. Zwar fällt beim Lesen der Auftragsbekanntmachung vom [...] grundsätzlich auf, dass nach den Angaben im Abschnitt II sogleich der Abschnitt IV folgt, ohne dass aber ersichtlich wird, was im Abschnitt III fehlt, so dass für den Bieter der Eindruck entstehen konnte, die Ag habe das Bekanntmachungsformular vollständig ausgefüllt und dieses sehe keinen Eignungsabschnitt vor. Denkbar wäre gerade angesichts der anderen Gestaltung des Formulars aus Bietersicht eine Annahme, dass angesichts von Sonderregeln für die besonderen Dienstleistungen nach § 130 GWB i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie auch bezüglich der Verpflichtung, Eignungsvorgaben in der Auftragsbekanntmachung zu veröffentlichen, eine Sonderregelung gilt.

Diese Einschätzung einer hier fehlenden Erkennbarkeit bestätigt auch das Vorgehen der Ag. Diese ist nach ihrem eigenen Vortrag selbst der Annahme, sie habe im Hinblick auf § 66 Abs. 4 VgV in ihrer Auftragsbekanntmachung gar keine Eignungskriterien in der auszufertigen Auftragsbekanntmachung für die zu beschaffende besondere Dienstleistung aufführen müssen, weil es keine Formularfelder gegeben habe, die den üblicherweise für Eignungskriterien verwendeten Feldern III.1.1, III.1.2, III.1.3 entsprachen. Die Ag hat insoweit zwar schlichtweg verkannt, dass auf dem von ihr zugrunde gelegten Bekanntmachungsformular 21 hierfür das Formularfeld III.1.4 zu verwenden gewesen wäre. Auch dies ist allerdings erst das Ergebnis einer im hiesigen Nachprüfungsverfahren durchzuführenden komplexeren vergaberechtlichen Überprüfung. Die Rüge der ASt vom 24. Juli 2022 war mithin auch in diesem Punkt rechtzeitig.

c) Der Nachprüfungsantrag wurde gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB binnen der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag vom 1. Juli 2022, der Rüge nicht abzuhelpen, bei der Vergabekammer am 5. Juli 2022 eingereicht.

d) aa) Die ASt ist zwar grundsätzlich antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat das nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Interesse am Auftrag durch das abgegebene Angebot hinrei-

chend nachgewiesen. Auch beruft sie sich auf Vergaberechtsverstöße gegen ohne Weiteres bieterschützende vergaberechtliche Vorschriften nach § 160 Abs. 2 S. 1, § 97 Abs. 6 GWB, was auch in Bezug auf die Preisprüfung des Angebots der Bg nach § 60 VgV gilt (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16). Zwar käme das Angebot der ASt auch bei einem Ausschluss des Angebots der Bg nicht direkt für den Zuschlag in Betracht, denn es gibt weitere Angebote, die ebenfalls günstiger sind als das der ASt und mithin vorrangig für die Auftragserteilung in Betracht kämen. Allerdings müsste die Ag in einem solchen Fall eine neue Information nach § 134 GWB erteilen, so dass die ASt Gelegenheit hätte, Einwände auch gegen neue Zuschlagskandidaten und deren Angebote zu erheben. Insofern ist auf der Stufe der Antragsbefugnis jedenfalls nicht auszuschließen, dass im Falle eines nicht auskömmlichen Angebotes der Bg auch das der ASt in Zuschlagsnähe rücken könnte. Die nachrangige Platzierung des Angebots der ASt schließt vor diesem Hintergrund die Antragsbefugnis der ASt nicht aus.

bb) Soweit die ASt allerdings die unterbliebene Veröffentlichung der Eignungsvorgaben in der Auftragsbekanntmachung beanstandet, fehlt es an der nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB erforderlichen Darlegung der Kausalität zwischen Vergabefehler und Schaden; die ASt hat hier nicht schlüssig dargelegt, dass ihr *„durch die behaupteten Verletzung von Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht“*. Die ASt trägt zwar vor, durch den Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB fehle es an wirksam festgelegten Eignungskriterien, so dass es an einer Grundlage für die nach § 122 Abs. 1 GWB gebotene Eignungsprüfung fehle. Dementsprechend könne die Ag die ASt nicht ausschließen, aber auch der Bg nicht den Zuschlag erteilen; der ASt komme eine zweite Chance auf Abgabe eines neuen, mangelfreien und in wirtschaftlicher Hinsicht aussichtsreicheren Angebots zu. Bezugspunkt des *„Schadens“* i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB hat indes ein Nachteil zu sein, der kausal auf den Vergabefehler zurückgeht, der Schaden liegt nicht im Entgehen einer zweiten Chance, wenn der Vergabefehler nicht ursächlich war für die Nichtberücksichtigung des Angebots. Eine zweite Chance auf Abgabe eines dann mangelfreien und wirtschaftlicheren Angebots ist die Folge, wenn ein kausaler (drohender) Schaden infolge eines Vergabefehlers gegeben ist, nicht dagegen Bezugspunkt des nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB geforderten Schadens. Ein Anspruch auf eine zweite Chance in einem etwaigen nachfolgenden neuen Vergabeverfahren vermittelt mithin im vorausgegangenen Vergabeverfahren keinen Schaden, der gemäß § 160 Abs. 2 S. 2 GWB *„durch“* den dort geltend gemachten Vergabefehler verursacht worden ist. Dies ist Ausdruck der Tatsache, dass das System des Vergaberechtsschutzes nicht der objektiven Rechtskontrolle dient, sondern dem auf den jeweiligen Antragsteller bezogenen subjektiven Rechtsschutz. Hier hat die ASt zwar einen Schaden, indem die Ag die Eignung u.a. wegen der Nichterfüllung der unter Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB nicht wirksam bekannt gegebenen Referenzanforderungen verneint hat. Dies geht jedoch nicht darauf zurück,

dass die Ag es unterlassen hat, im Auftragsbekanntmachungsformular entweder direkt Eignungsanforderungen anzuführen oder – was alternativ zulässig gewesen wäre (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16. November 2011 - VII-Verg 60/11) - in Abschnitt III. der Auftragsbekanntmachung direkt hierauf zu verlinken. Die ASt hat die Referenzanforderung gesehen und in der Bietercheckliste der einzureichenden Unterlagen – wie dort vorgegeben – als vorhanden angekreuzt. Sie hat die Referenzanforderung bearbeitet. Der Grund für die Ablehnung der Eignung durch die Ag war allein die Tatsache, dass die ASt lediglich Referenzen für Verpflegung bzw. Cateringaufträge für Einrichtungen [...] vorgelegt hat, was den in der Sache geforderten Referenzanforderungen der schwierigen klimatischen, geographischen und sicherheitspolitischen Bedingungen nicht entspricht und was die ASt in der mündlichen Verhandlung auch nicht bestritten hat.

In der Sache handelt es sich bei diesem Referenzkriterium um ein klassisches Eignungskriterium im Sinne von § 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1 VgV, welches die ASt in der Sache nicht erfüllt hat. Dies hat die ASt dem Grunde nach ebenfalls nicht bestritten. Die ASt hätte die Vorgabe allein auch nicht bedienen können, wenn die Eignungsanforderungen gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt gewesen wären, sei es durch eine den Anforderungen dieser Norm entsprechende direkte Verlinkung oder eine ausdrückliche Auflistung der Kriterien bzw. Nachweisanforderungen unter Ziff. III.4 des verwendeten Bekanntmachungsformulars. Das bestätigt der Vortrag der ASt in ihrem Schriftsatz vom 11. August 2022 bzw. in der mündlichen Verhandlung, wonach sie zur Erfüllung dieser Referenzvorgabe in jedem Fall auf die Inanspruchnahme einer entsprechenden Eignungsleihe von einem dritten Unternehmen angewiesen wäre. Ebenso wäre es der ASt auf der gegebenen Basis möglich gewesen, Kooperationen mit anderen Unternehmen einzugehen, um die Eignungsanforderungen zu erfüllen; dass dies unterblieben ist, geht aber nicht auf die Tatsache zurück, dass keine Verlinkung in Abschnitt III.4) erfolgte. Unter diesen Umständen wurden die Zuschlagschancen der ASt nicht durch den Vergabefehler verschlechtert, anders als beispielsweise in einem Sachverhalt, in welchem ein Bieter eine Eignungsanforderung, die sich nicht aus der korrekten Stelle im Auftragsbekanntmachungsformular ergibt, übersieht; in einem solchen Fall wäre die Antragsbefugnis zwanglos gegeben. Die ASt war – auch das hat die ASt nicht bestritten – durch den gerügten Fehler nicht an der rechtzeitigen Abgabe ihres Angebots sowie der mit dem Angebot geforderten Referenzliste gehindert.

Soweit die ASt in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, sie sei zu unbedarft an die Referenzangaben herangegangen und habe zudem die Bedeutung der Referenzanforderung verkannt, weil sie nicht in der Auftragsbekanntmachung enthalten gewesen sei, so dass eine sich daraus für die Bieter ergebende Warnfunktion nicht habe greifen können, erschließt sich daraus nicht, dass die ASt in ihrer Referenzliste tatsächlich andere Referenzangaben, z.B. über eine

Eignungsleihe bei dritten Unternehmen, hätte machen können bzw. gemacht hätte, wenn die Eignungsanforderungen gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung direkt aufgeführt/verlinkt worden wären. Hätte die Ag sich beispielsweise darauf beschränkt, unter Ziff. III.4 des Bekanntmachungsformulars nur einen direkten Link auf eine Vergabeunterlage mit den Eignungsanforderungen bzw. die entsprechenden Nachweise anzugeben, hätte die ASt dieselben Eignungskriterien – u.a. die Referenzanforderungen – ebenfalls aus den (direkt verlinkten) eignungsspezifischen Vergabeunterlagen entnehmen und bedienen müssen, wie sie es anhand der über den nur allgemeinen Link in Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung abgerufenen Vergabeunterlagen tatsächlich auch getan hat. Dieser Abruf der Eignungsvorgaben über den Link zu den Vergabeunterlagen hat zudem, wie die mündliche Verhandlung einvernehmlich ergeben hat, keinen zeitlichen Nachteil für die Erarbeitung eines potentiellen gemeinsamen Angebots mit etwaigen Kooperationspartnern bedeutet, so dass es der ASt auch auf der gegebenen Basis möglich gewesen wäre, die Referenzanforderungen durch entsprechende Kooperationen für eine Eignungsleihe zu bedienen wie dies bei einer direkten Verlinkung auf die Eignungsvorgaben in Abschnitt III. der Fall gewesen wäre.

cc) Wäre das Vorbringen der ASt dahin zu verstehen, dass sie die Referenzanforderungen nicht ernst genommen habe, weil die von ihr der Auftragsbekanntmachung zugemessene Warnfunktion wegen des gerügten Verstoßes gegen § 122 Abs.4 S. 2 GWB nicht ausgelöst worden sei, so wäre dies wiederum widersprüchlich in Bezug auf ihren Vortrag zur Erkennbarkeit bzw. zum Erkennen des Vergabefehlers im Rahmen der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB. Ein solcher Vortrag widerspräche dem Vorbringen der ASt, dieser Vergabefehler sei für sie nicht erkennbar und daher nicht schon nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB zu rügen gewesen. Denn in diesem Fall hätte die ASt einen entsprechenden Vergabefehler sogar bereits frühzeitig vor Angebotsabgabe tatsächlich erkannt, was eine frühere Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ausgelöst hätte, denn positiv erkannte Fehler sind auch dann binnen einer Zehn-Tagesfrist zu rügen, wenn sie sich in der Bekanntmachung befinden.

e) Anlass für ein Aufgreifen des Fehlers von Amts nach § 168 Abs. 1 S. 2 GWB trotz fehlender Antragsbefugnis besteht nicht. Zwar hat die Ag in der Sache gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB verstoßen, indem sie in ihrer Auftragsbekanntmachung [...] keine Eignungskriterien unter Ziff. III.4 aufgeführt hat. Soweit die ASt insofern im Hinblick auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11. Juli 2018 (VII-Verg 24/18) ein Aufgreifen von Amts wegen anregt, ist ein entsprechendes Einschreiten der Vergabekammer nicht ausnahmsweise wegen eines schwerwiegenden und offenkundigen Vergabefehlers (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.) geboten. Ein schwerwiegender Vergabefehler liegt nicht vor, was aus einer Gesamtbetrachtung des Vorgangs folgt.

Es liegt kein Sachverhalt vor, in welchem die Ag unangemessene und im Ergebnis wettbewerbsbeschränkende Eignungsvorgaben aufgestellt hätte (anders der Sachverhalt, welcher der Entscheidung des OLG Düsseldorf VII-Verg 24/28 vom 11. Juli 2018 zugrunde lag; dort war die Angemessenheit der nicht wirksam bekannt gemachten Eignungsanforderung unklar, vgl. Ziff. B.III des Beschlusses a.a.O.). Der Auftrag, die Verpflegung von [...] in einem aufgrund angespannter Sicherheitslage gefährlichen Einsatz in einer extremen Klimazone sicherzustellen, ist herausfordernd. [...]. Die Ag hat, soweit dies möglich ist, zu gewährleisten, dass der zukünftige Dienstleister diesen Anforderungen gewachsen ist, denn Versorgungsprobleme vor Ort [...] können nicht so einfach kompensiert werden wie dies z.B. [...]. Die Anforderung, dass bereits Erfahrungen mit Verpflegungsdienstleistungen in klimatisch extremen und sicherheitspolitisch problematischen Regionen vorliegen müssen, ist vor diesem Hintergrund weder unverhältnismäßig noch fehlt der erforderliche Auftragsbezug. Die Vorgabe ist vor dem Hintergrund von § 122 Abs. 4 S. 1 GWB nicht zu beanstanden und wird auch seitens der ASt inhaltlich nicht in Frage gestellt.

Ein Aufgreifen des Vergabefehlers unabhängig von der fehlenden Antragsbefugnis der ASt, die mit ihrem Angebot preislich mit Abstand am höchsten liegt (auch dies war im Sachverhalt OLG Düsseldorf VII-Verg 24/18 vom 11. Juli 2018 anders, denn der dortige Antragsteller war Bestbieter), ist vor diesem Hintergrund nicht erforderlich. Eine gravierende Beeinträchtigung der Grundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB ist nicht zu erkennen. Die Ag hat die aus den Vergabeunterlagen ohne Weiteres zu entnehmenden Eignungsvorgaben bei allen Bietern in gleicher Weise geprüft und sich auch bei der ASt gerade nicht darauf beschränkt, nur auf die fehlende Wirtschaftlichkeit ihres Angebots abzustellen. Der seitens der ASt geltend gemachte Vorwurf, die Ag habe dem Angebot der ASt kein weitergehendes Interesse beigemessen, insbesondere dessen Wirtschaftlichkeit nicht geprüft, ist vor diesem Hintergrund nicht belastbar; in Betracht gekommen wäre angesichts der erkennbar fehlenden Wirtschaftlichkeit des Angebots zur Begrenzung des Prüfungsaufwands sogar, die Ablehnung des Angebots der ASt allein auf diesen Aspekt zu stützen (vgl. zu den Wertungsstufen und zum sog. „*vereinfachten Wertungsvorgang*“ bei Angeboten, die aus Wirtschaftlichkeitsgründen keine Aussicht auf den Zuschlag haben: Bundesgerichtshof, Urteil vom 15. April 2008 – X ZR 129/06, dort Rdnr. 10). Schließlich hat die Ag, worauf sogleich noch näher unter Ziff. II. 2. einzugehen ist, die Auskömmlichkeit des Angebots der Bg nach § 60 VgV geprüft und fehlerfrei bestätigt, so dass ausgeschlossen werden kann, der Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB hätte einem Zuschlag auf ein unwirtschaftliches Angebot Vorschub geleistet, wodurch – quod non – die Wettbewerbslichkeit des Verfahrens insgesamt in Frage stünde.

Gegen ein Aufgreifen von Amts wegen spricht im Übrigen, dass die EU-Kommission in der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986, mit der die zu verwendenden Standardformulare eingeführt

werden, für den Auftraggeber die Option eröffnet, durch Ankreuzen dieser Option Eignungskriterien auch erst in den Vergabeunterlagen anzuführen, so z.B. das Standardformular 2 unter Ziffer III.1.1) – 3):

„ *Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen*“

Es mag fraglich sein, ob diese Ausgestaltung des Formulars in Einklang steht mit den materiellen Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/24 EU, die in § 122 Abs. 4 S. 2 GWB umgesetzt wurde. Die Ausgestaltung des Formulars durch die EU-Kommission selbst enthält aber eine Aussage über die Wertigkeit des hier vorliegenden Fehlers, die ebenfalls gegen eine Berücksichtigung von Amts wegen spricht

2. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er unbegründet. Entscheidungserheblich zu prüfen bleibt insofern, ob die Ag das Angebot der Bg korrekt behandelt hat und somit die Zuschlagsentscheidung zu deren Gunsten korrekt ist.

a) Die Bg erfüllt unstreitig die Eignungsanforderungen. Streitig stellt die ASt, ob der Angebotspreis der Bg vor dem Hintergrund von § 60 VgV annehmbar ist. Der preisliche Abstand der Angebote gebot der Ag hier eine entsprechende Preisaufklärung nach § 60 Abs. 1 VgV, die sog. „Aufgreifschwelle“ für die Durchführung einer Preisprüfung war überschritten. Die Ag hat diese geforderte Preisprüfung durchgeführt, indem die Bg ausweislich der Vergabeakte mit Schreiben vom 23. Juni 2022 unter Hinweis auf § 60 VgV zur Aufklärung der Auskömmlichkeit ihres Angebotes aufgefordert und um Erläuterung gebeten wurde, dass *„die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung für Sie unter Bedingungen stattfindet, die für Ihre Firma auskömmlich und wirtschaftlich sind. ...“*. Gegen dieses Vorgehen ist nichts zu erinnern. Die Bg hat dieses Aufklärungsersuchen mit Schreiben vom 28. Juni 2022 beantwortet und dem Schreiben eine Aufschlüsselung der für das ausgeschriebene Projekt prognostizierten Gesamtkosten und Erträge beigefügt. Daraus ergibt sich schlüssig, dass die prognostizierten Kosten der Ag über die Vertragslaufzeit vom Angebotspreis gedeckt sind und ein Profit verbleibt. Die Ag hat auf dieser Grundlage am 28. Juni 2022 vermerkt, dass die Kalkulation der Bg als realistisch angesehen werden kann. Sie hat dabei berücksichtigt, dass die Bg die ausgeschriebenen Verpflegungsleistungen bereits vor Ort erbringt und somit über ein realistisches Einschätzungsvermögen verfügt. Dies entspricht einer Prüfung nach § 60 Abs. 2 VgV durch die Ag. Kann der öffentliche Auftraggeber nach einer Prüfung gemäß § 60 Abs. 1, 2 VgV die geringe Höhe eines angebotenen Preises nicht zufriedenstellend aufklären, darf er gemäß § 60 Abs. 3 S. 1 VgV den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen. Aus den Unterlagen der Preisaufklärung bei der Bg und dem Vermerk der Ag ergibt sich allerdings, dass die Ag den seitens der Bg angebotenen Preis als zufriedenstellend aufgeklärt angesehen hat, so dass sie den Zuschlag der Bg erteilen durfte. Die Ag hat damit den ihr nach § 60 Abs. 3 VgV

zustehenden Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Auskömmlichkeit des Angebotspreises der Bg fehlerfrei ausgeübt, Beurteilungsfehler sind nicht ersichtlich. Gemessen an den Ausführungen der Bg ist die Einschätzung der Ag nachvollziehbar und nicht fehlerhaft.

Dass die Bg in der Vergangenheit dadurch aufgefallen wäre, dass ein günstiger Preis angeboten wurde, auf dessen Basis ihr Angebot den Zuschlag erhielt, sodann bei Durchführung des Auftrags jedoch Nachträge in Rechnung gestellt wurden, die das Angebot bei Durchführung im Nachhinein nicht mehr als das günstigste bzw. als nicht auskömmlich erscheinen ließen, hat weder die ASt vorgetragen noch hat die Ag derartige Verhaltensweisen auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

b) Soweit die ASt die von der Ag bemängelte Nicht-Erfüllung der Mindestanforderungen an das Cateringkonzept gerügt hat, ist dies nicht mehr entscheidungserheblich. Eine Rechtsverletzung der ASt nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB ist jedenfalls ausgeschlossen, weil die ASt vor dem Hintergrund des alleinigen preislichen Zuschlagskriteriums wegen ihres teuersten Angebotes keine realistische Zuschlagschance hat und die Ag der Bg unter Berücksichtigung der gegenüber allen Bietern gesetzten Anforderungen sowie nach erfolgter Preisauflärung gemäß § 60 VgV jedenfalls fehlerfrei den Zuschlag erteilt hat.

III.

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

1.) a) Die ASt trägt als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

b) Die ASt trägt ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg, weil dies im Hinblick auf § 182 Abs. 4 S. 2 GWB der Billigkeit entspricht. Denn die Bg hat im Nachprüfungsverfahren ein Kostenrisiko auf sich genommen, das es rechtfertigt, der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die Bg hat Anträge gestellt und sich zur Sache eingelassen, um die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten zu verteidigen.

2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg war notwendig nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG (Bund). Private Unternehmen wie die Bg müssen

das Vergaberecht grundsätzlich nicht vertieft beherrschen, insbesondere nicht in den prozessualen Bezügen, die sich im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens stellen. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass es sich bei der Bg um ein ausländisches Unternehmen handelt, das keinen Sitz in Deutschland hat. Die ASt hat einen direkten Interessengegensatz zur Bg hergestellt. Auch greift zusätzlich der Aspekt der Waffengleichheit, da die ASt anwaltlich vertreten war.

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.