

69 d · VK - 52/2012

Leitsätze (Stichworte):

VOL/A, Bieterschützende Wirkung von § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A
§ 19 EG Abs 5 VOL/A Prognoseentscheidung, Beurteilungsspielraum;
Zumutbarkeitsgrenzen für die Überprüfung- und Kontrollpflichten.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsärztin Denz-Kinzel ohne mündliche Verhandlung am 30. Januar 2013 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 3.400,00 Euro festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner (Vergabestelle) schrieb mit Vergabebekanntmachung vom 28. Juli 2012 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Vergabenummer 2012/S die Leistung „Unterhalts-, Glas- und Rahmenreinigung“ im Offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit aus. In der Ausschreibung finden sich unter anderem folgende Punkte:

„Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

III.1) *Bedingungen für den Auftrag*

III.1.1) *Geforderte Kautionen und Sicherheiten:*

III.1.2) *Wesentliche Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen und / oder Verweis auf die maßgeblichen Vorschriften:*

Zahlungen erfolgen nach § 17 VOL/B.

III.1.3) Rechtsform der Bietergemeinschaft, an die der Auftrag vergeben wird:
Gesamtschuldnerisch haftend.

III.1.4) Sonstige besondere Bedingungen
Für die Ausführung des Auftrags gelten besondere Bedingungen: nein

III.2) Teilnahmebedingungen

III.2.1) Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Eigenerklärung- Steuern / Abgaben, Eigenerklärung Tarifeinhaltung, Eigenerklärung Vergabesperre, weitere Eigenerklärungen: Sozialabgaben, Berufsgenossenschaft, Haftpflichtversicherung, Nachweis der Sozialversicherung

III.2.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Eigenerklärung bezüglich: Einhaltung der Lohn- und Tarifabkommen sowie der Arbeitnehmerschutzvorschriften

III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

- *eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen (hinsichtlich Art und Umfang) mit folgenden Angaben: Art der Leistung (die Gegenstand dieses Vergabeverfahrens ist, z. B. Unterhaltsreinigung, Glas- und Rahmenreinigung), Menge (Angabe der Jahresreinigungsfläche, getrennt nach der jeweiligen Leistungsart), Leistungszeit, öffentlicher und / oder privater Auftraggeber mit Benennung von Ansprechpartner und Telefonnummer.*
- *Besichtigungsbescheinigung.“*

Die ergänzenden Bewerbungsbedingungen des Landes Hessen (Formular 632), die dieser Ausschreibung beigefügt waren, enthalten unter anderem Ziffer 2 mit folgendem Inhalt:

„Vorlage von Nachweisen:

Werden mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes Nachweise nach § 6 Abs. 3 VOL/A bzw. nach § 7 EG VOL/A verlangt, so ist folgendes zu beachten:

Ist ein Unternehmen nicht in der Lage, in finanzieller, wirtschaftlicher, fachlicher und technischer Hinsicht die hierzu abverlangten Nachweise zu erbringen, da es sich neu am Markt befindet oder aber bestimmte Leistungsgegenstände, Leistungsarten (auch Dienstleistungen) und / oder Leistungsumfänge so noch nicht erfüllt hat (Newcomer-Regelung), so hat es dies im Angebot begründet anzuzeigen. Zudem hat es darzulegen,

welche Maßnahmen es trifft, um der Leistung nach Art und Umfang, die Gegenstand des Vergabeverfahrens ist, gerecht zu werden. Als geeignete Nachweise hierzu werden auch Angaben über erbrachte Leistungen erachtet, die einen etwa gleich hohen Schwierigkeitsgrad und / oder Umfang aufweisen. Hierüber wird erreicht, dass das Angebot nicht wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen werden muss und Angaben / Nachweise für die Eignungsprüfung vorliegen.“

Frist für den Eingang der Angebote war der 6. September 2012, das Ende der Bindefrist der 26. Oktober 2012. Die Antragstellerin gab mit Datum vom 4. September 2012 ihr Angebot ab. Mit Informationsschreiben nach § 101a GWB vom 12. Oktober 2012 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass der Zuschlag am 23. Oktober 2012 auf das Angebot der Beigeladenen erfolgen solle. Mit Telefax vom 15. Oktober 2012 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Erteilung des Zuschlages an die Beigeladene. Im Kern zweifelte sie die Eignung der Beigeladenen an und wies darauf hin, dass diese erst am 10. Mai 2011 gegründet worden sei und das Stammkapital lediglich 60,00 Euro betrage. Aus diesem Grund sei es der Beigeladenen auch nicht möglich gewesen, Referenzen vergleichbarer Leistungen für die letzten drei Jahre vorzulegen. Gleiches gelte für die vorzulegenden Referenzen hinsichtlich der Grundfläche/Jahresreinigungsfläche von einer Größenordnung, die identisch sei mit den Flächen des ausgeschriebenen Auftrages. Darüber hinaus sei die Beigeladene nicht nach DIN-EN ISO 9001 zertifiziert. Letztendlich zweifelte die Antragstellerin die Zuverlässigkeit der Beigeladenen an, denn nach ihren Informationen werde die Firma in Wirklichkeit im Hintergrund von einer anderen Person geführt. Da die Antragstellerin bis zum 18. Oktober 2012, 12:00 Uhr keine Antwort des Antragsgegners auf ihre Rüge erhielt, reichte sie am 18. Oktober 2012 bei der Vergabekammer Darmstadt per Fax einen Nachprüfungsantrag ein (69d VK 42/2012). Dieses Verfahren erledigt sich jedoch, da am gleichen Tag die Antragsgegnerin auf die erhobene Rüge vom 15. Oktober 2012 antwortete. Es wurde mit Beschluss vom 19. November 2012 eingestellt. Der Antragsgegner erklärte die ursprünglich mit Schreiben vom 12. Oktober 2012 erteilte Information nach § 101a GWB für unwirksam und erklärte weiter, derzeit an der beabsichtigten Zuschlagserteilung nicht festhalten zu wollen, da aufgrund der Rüge der Antragstellerin eine erneute Überprüfung der Vergabeentscheidung erforderlich sei. Die Zuschlags- und Bindefrist wurde deshalb bis zum 30. November 2012 verlängert.

In der Folgezeit überprüfte der Antragsgegner aufgrund der vorgebrachten Rügen abermals die Eignung der Beigeladenen. So bat er die Melde- und Informationsstelle für Vergabesperrungen der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main im Hinblick auf die Anfrage „Vergabesperre“ vom 12. Oktober 2012 und das Bundesamt für Justiz im Hinblick auf Auskünfte aus dem Gewerbezentralregister um erneute Prüfung des Sachverhaltes. Des Weiteren kontaktierte der Antragsgegner nochmals das Hessische Immobilienmanagement, da die Beigeladene mit dem Land Hessen in weiteren Vertragsbeziehungen steht. Von keiner Stelle gab es negative Informationen über die Beigeladene. Ebenso ergaben

sich für den Antragsgegner keinerlei Hinweise für die von der Antragstellerin behaupteten „Strohmanngeschäfte“.

Mit Schreiben vom 19. November 2012 teilte der Antragsgegner daher der Antragstellerin mit, dass er der Rüge vom 15. Oktober 2012 nicht abhelfen werde, da die Beigeladene gemäß § 19 EG Abs. 5 VOL/A geeignet sei. Sowohl Fachkunde als auch Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Beigeladenen seien bejaht worden. Aufgrund der erneuten Überprüfung bestünden keine begründeten Zweifel an der Zuverlässigkeit der Beigeladenen. Soweit sich die Rüge der Antragstellerin auf die Höhe des Stammkapitals der Beigeladenen beziehe, stehe dieses in keinem Zusammenhang mit deren Eignung zur Erbringung von Gebäudereinigungsdienstleistungen. Die Vergabestelle habe hinsichtlich der Rechtsform des anbietenden Unternehmens keine Vorgaben gemacht. Was die gerügte fehlende Vergleichbarkeit der Referenzen betreffe, so seien die gemäß Ziffer 2 der ergänzenden Bewerbungsbedingungen des Landes Hessen (Formular 632), die der zugrundeliegenden Ausschreibung beigefügt waren, formulierten Angaben von der Beigeladenen erbracht und bei der Prüfung der Eignung zugrundegelegt worden. Auf dieser Grundlage sei die Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Beigeladenen bejaht worden. Der Nachweis einer Zertifizierung nach DIN EN ISO 901 der Bieter bzw. der Beigeladenen war in den Vergabeunterlagen nicht gefordert worden, so dass das Fehlen eines entsprechenden Nachweises nicht zu einem Ausschluss der Bieter führen könne. Im Hinblick auf die behauptete fehlende Zuverlässigkeit der Beigeladenen sei der von der Antragstellerin geschilderte Sachverhalt der Melde- und Informationsstelle bei der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main vorgelegt worden. Die erneute Überprüfung der Beigeladenen habe keine Erkenntnisse ergeben, welche ihren Ausschluss wegen fehlender Zuverlässigkeit rechtfertigen könnten. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Antragstellerin beantragte am 26. November 2012 eine Nachprüfung des Vergabeverfahrens. Sie bezieht sich im Wesentlichen auf das, was sie mit ihrem Rügeschreiben vom 15. Oktober 2012 vorgetragen hat. Der Antragsgegner habe hinsichtlich der Festlegung und Gewichtung der für maßgebend erachteten Eignungsmerkmale seinen Beurteilungsspielraum überschritten, weil er von einem unzutreffenden und unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen sei, gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen und das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten habe.

Ferner ist die Antragstellerin der Auffassung, es bestünden massive Zweifel an der Fachkunde der Beigeladenen im Hinblick auf die nach der Ausschreibung erforderliche anlassbezogene Desinfektion und Sonderreinigung. Nach ihrer Kenntnis habe die Beigeladene lediglich Unterhaltsreinigungen auf wesentlich geringeren Grund- / Jahresreinigungsflächen, als in der Ausschreibung gefordert, getätigt. Schließlich dränge sich der Anschein auf, es solle wieder ein „billiger Jakob“ genommen werden, um die Preise zu drücken. Sie beantragt,

- I. den Antragsgegner anzuweisen, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens wieder herzustellen und den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen,
- II. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 111 Abs. 1 GWB zu gewähren;
- III. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
- IV. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen für die zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt

- I. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
- II. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen,
- III. die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin für erforderlich zu erklären.

Er trägt vor, bei der Beigeladenen handele es sich unstreitig um einen sogenannten Newcomer. Der Antragsgegner habe in seinen ergänzenden Bewerbungsbedingungen (Formblatt 632) unter Ziffer 2 ausdrücklich die Beteiligung von sogenannten Newcomern am Vergabeverfahren zugelassen. Darin liege eine Selbstbindung der Verwaltung, auch solchen Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, sich an Ausschreibungen zu beteiligen. Der Antragsgegner habe die Wertung des Angebotes der Beigeladenen gerade im Hinblick auf die Eignung sehr sorgfältig, ordnungsgemäß und unter Ausschöpfung des ihm zustehenden Ermessens gemäß § 19 EG Abs. 5 VOL/A durchgeführt. Dem Antragsgegner stünde bekanntermaßen im Rahmen der Eignungsprüfung ein Beurteilungsspielraum zu, der nur auf methodische Fehler hin überprüft werden könne. Was das von der Antragstellerin behauptete zu geringe Stammkapital betreffe, so habe der Antragsgegner bereits darauf hingewiesen, dass dieses nicht als Grundlage für die Beurteilung der Eignung der Beigeladenen herangezogen werden könne, da in den Ausschreibungsunterlagen keine Vorgaben bezüglich eines von den Bietern einzuhaltenden Mindeststammkapitals gefordert worden sei. Darüber hinaus sei die Unternehmergeellschaft nach dem GmbH-Gesetz eine zulässige Gesellschaftsform. Im Übrigen habe der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass sich zuverlässige Rückschlüsse auf die Fähigkeit eines Bieters etwa zur Vorfinanzierung oder Durchführung eines Auftrages auf dessen Jahresumsatz nicht ziehen lassen, dies sei bestenfalls eine grobe Orientierungsmarke. Dies habe er, der Antragsgegner, im Rahmen seiner Angebotswertung bezüglich des Stammkapitals in gleicher Weise gesehen.

Was die vermeintlich fehlende Zuverlässigkeit und die „Strohmannproblematik“ betreffe, so sei der Antragsgegner zwar verpflichtet, die Eignung und insbesondere die Zuverlässigkeit eines Bieters zu beurteilen und sein Ermessen pflichtgemäß auszuüben, jedoch sei er weder Ermittlungsbehörde geschweige denn eine Strafverfolgungsbehörde und ganz sicher nicht verpflichtet, den von der Antragstellerin schon fast „ins Blaue“ hinein erhobenen Vorwurf in Bezug auf die „Vorgeschichte“ eines Beschäftigten der Beigeladenen nachzugehen. Der Antragsgegner habe die Zuverlässigkeit der Beigeladenen im Rahmen der Angebotsprüfung sorgfältig überprüft und insbesondere auf die Rüge der Antragstellerin hin bei der Melde- und Informationsstelle für Vergabesperrungen der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main mehrfach Auskunft eingeholt, ob in Bezug auf die Beigeladene Erkenntnisse über Umstände vorlägen, nach denen ein Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren wegen schwerer Verfehlungen erfolgen müsse. Es hätten jedoch keinerlei Mitteilungen über bestehende Vergabesperrungen zu Lasten der Beigeladenen vorgelegen. Der Antragsgegner verweist weiter auf § 6 EG Abs. 4 und 6 VOL/A. Hier seien die Gründe, die zum Ausschluss eines Teilnehmers am Wettbewerb führen können, abschließend aufgezählt. Hinsichtlich der Beigeladenen lägen nach Kenntnis des Antragsgegners keinerlei der dort aufgeführten Ausschlussgründe vor. Allein auf die bloßen Vermutungen der Antragstellerin hin, die sich nach Überprüfung des Sachverhaltes so nicht bestätigt hätten, könne naturgemäß ein Angebotsausschluss nicht gestützt werden, ohne dass Wettbewerbsgrundsätze verletzt würden. Seiner Angebotsaufklärungspflicht nach § 18 EG VOL/A sei der Antragsgegner nachgekommen.

Was den Vortrag der Antragstellerin im Hinblick auf vermeintlich fehlende vergleichbare Referenzen der Beigeladenen betreffe, sei ein Ausschluss eines Bieters im Hinblick auf mangelnde Eignung nur dann zulässig, wenn die mangelnde Eignung auf Grundlage gesicherter Erkenntnisse festgestellt worden sei, was jedoch in Bezug auf die Beigeladene vorliegend nicht der Fall sei.

Schließlich sei das Angebot der Beigeladenen auch nicht etwa in Folge eines unangemessen niedrigen Preises nach § 19 EG Abs. 6 VOL/A auszuschließen. Die Angebotspreise sowohl der Antragstellerin als auch der Beigeladenen seien dicht beieinander. Insgesamt sei das Bieterfeld hinsichtlich der Angebotspreise homogen, so dass vom Vorliegen eines unangemessen niedrigen Preises nicht auszugehen sei.

Aufgrund des Beschlusses der Vergabekammer vom 18. Dezember 2012 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren beigeladen und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie keinen Gebrauch machte. Sie stellte auch keinen Antrag.

Die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB wurde mit Mitteilung der Vorsitzenden vom 18. Dezember 2012 wegen des Jahreswechsels und der mit den Weihnachtfeiertagen verbundenen Urlaubzeit und wegen einer unerwartet hohen Anzahl von Eingängen innerhalb kurzer Zeit bis zum 5. Februar 2013 verlängert. Mit Zustimmung der Beteiligten hat die Vergabekammer ohne mündliche Verhandlung nach Aktenlage entschieden, § 112 Abs.1 Satz 3 GWB.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise bereits unzulässig (dazu A.), soweit zulässig, ist er unbegründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig.

I. Zwar handelt es sich bei dem Antragsgegner um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB. Auch der zu vergebende Auftrag ist ein öffentlicher Auftrag, § 99 GWB. Des Weiteren ist auch die Höhe des erforderlichen Schwellenwertes nach § 2 Nr. 2 VgV überschritten. Ausweislich der Vergabeakte ist der Schwellenwert des Auftrages schon bei Zugrundelegung einer Vertragsdauer von einem Jahr überschritten, bei der maximalen Verlängerungszeit von insgesamt fünf Jahren liegt dieser weit über dem erforderlichen Schwellenwert.

II. Der Antragstellerin fehlt aber die Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB, soweit sie vorträgt, dass die Beigeladenen ein „billiger Jakob“ sei, die genommen werden solle, um die Preise zu drücken. Die Antragstellerin kann durch die Rüge einer Verletzung von § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A nicht die Verletzung eines subjektiven Rechts nach § 97 Abs. 7 GWB geltend machen, da die Vorschrift keine bieterschützende Wirkung entfaltet. Insoweit verweist die Vergabekammer auf ihren

Beschluss vom 25. Oktober 2010 - 69d VK 24/2010. Dort hat die erkennende Vergabekammer ausgeführt:

„Nach Auffassung der erkennenden Kammer sprechen die besseren Argumente dafür, eine grundsätzlich drittschützende Wirkung des Verbots von Unterangeboten zu verneinen.

1. Die gegenteilige Auffassung wird damit begründet, ein Bieter dürfe erwarten, dass seinem Angebot nicht ein unseriös kalkuliertes Angebot vorgezogen wird, bei dem die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung möglicherweise nicht sichergestellt ist. Dies folge aus dem Wettbewerbsgrundsatz, der es erfordere, dass alle Unternehmen, die sich an der öffentlichen Ausschreibung beteiligen wollen und leistungsfähig sind, eine gerechte Chance auf den Zuschlag erhalten (z.B. OLG Celle, Beschluss vom 18. Dezember 2003 - 13 Verg 22/03).
2. Nach anderer Auffassung soll in erster Linie der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung auf ein Unterkostenangebot geschützt werden. Hierdurch soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerate und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß zu Ende führe oder aber in unberechtigte Nachforderungen auszuweichen versucht sei. Es sei nicht Sinn der Vorschriften, dem Bieter auskömmliche Preise zu garantieren. Vielmehr sei es dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt, auch sogenannte Unterkostenpreise zu akzeptieren, sofern er nach Prüfung [... (§ 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A)] zu dem Ergebnis gelange, dass der Bieter auch zu diesen Preisen zuverlässig und vertragsgerecht leisten könne. Es könne nämlich für den leistungsfähigen Bieter durchaus rechtlich nicht zu beanstandende Motive geben, bei einem bestimmten Einzelauftrag davon abzusehen, einen mindestens kostendeckenden Preis zu verlangen. Andererseits sei der öffentliche Auftraggeber nach § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A a.F. verpflichtet, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen. Nur unter diesem Gesichtspunkt komme [... § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A] bieterschützender Charakter zu. Wenn und soweit damit Unterangebote vom Auftraggeber nicht nur zum Selbstschutz, sondern auch mit Blick auf die Verpflichtungen aus § 2 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A a.F. unterbunden werden müssen, soll sich auch der Mitbewerber auf [... § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A] berufen können. Dies sei in erster Linie der Fall bei Unterkostenangeboten, die in der zielgerichteten Absicht abgegeben werden oder zumindest die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere bestimmte Mitbewerber gänzlich vom Markt verdrängt werden (z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. September 2008 - VII Verg 50/08).
3. Die erkennende Vergabekammer schließt sich dieser Auffassung an. Neben den oben wiedergegebenen Argumenten spricht auch ein Vergleich mit Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge gegen eine drittschützende Wirkung

des [... § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A]. Anders als nach deutschem Recht enthält Art. 55 Richtlinie 2004/18/EG nämlich kein Verbot eines Zuschlags auf ein sog. Unterangebot. Die Vorschrift enthält vielmehr ausschließlich Einschränkungen eines entsprechenden (stillschweigend vorausgesetzten) Rechts des öffentlichen Auftraggebers zum Schutze des von einem solchen Ausschluss betroffenen Bieters. Europäisches Vergaberecht zwingt den öffentlichen Auftraggeber mit anderen Worten nicht, Unterangebote auszuschließen, zwingendes Recht enthält das Europäische Vergaberecht lediglich insofern, als dem betroffenen Bieter vor einem entsprechenden Ausschluss Gelegenheit zu geben ist nachzuweisen, dass kein Unterangebot vorliegt. Angesichts der Bestrebungen des deutschen Gesetzgebers, in der Umsetzung Europäischen Vergaberechts nicht über dessen Anforderungen hinauszugehen, spricht vieles dafür, dass [... § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A] zum Schutze des öffentlichen Auftraggebers ausschließlich dem Haushaltsrecht zuzuordnen ist.

Weiterhin zeigt der Vergleich mit Art. 55 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG (§ 25a Nr. 2 VOL/A a.F.), dass auch nach der dem Europäischen Vergaberecht zugrunde liegenden Vorstellung eine klare Trennung zwischen dem Vergaberecht einerseits und dem Wettbewerbsrecht andererseits bestehen (bleiben) soll. Die Regelungen belegen, dass es nicht Aufgabe des Vergaberechts ist, Rechtsfolgen an (mögliche) Wettbewerbsverstöße zu knüpfen, solange diese nicht durch die zuständigen Stellen bestätigt sind. Formelhaft ausgedrückt: Das Vergaberecht dient der Schaffung größtmöglichen Wettbewerbs. Die Grenzen dieses Wettbewerbs bestimmt nicht das Vergabe- sondern das Lauterkeitsrecht.

Die erkennende Kammer hält ihre Entscheidungspraxis nach wie vor aufrecht. Durch die Vorschrift des § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A werden die Bieter nur reflexartig geschützt, ohne dass ein Rechtsanspruch besteht. § 19 Abs. 6 Satz 2 dient nämlich in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers, der davor bewahrt werden soll, Verträge mit Auftragnehmern einzugehen, die wegen einer unauskömmlichen Preiskalkulation in Gefahr geraten, ihren Leistungsverpflichtungen nicht auftragsgemäß nachkommen zu können (so auch: Dicks in Kulartz / Marx / Portz / Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2010, § 19 EG RdNr. 237).

- III. Die Antragstellerin ist jedoch antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB, soweit sie eine Verletzung der §§ 19 EG Abs. 5, 2 EG Abs.1 VOL/A in Verbindung mit § 97 Abs.4 GWB rügt. Durch die Abgabe ihres Angebotes hat die Antragstellerin ihr Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag bekundet. Es ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und sie dadurch einen Schaden erleidet.
- IV. Die Antragstellerin hat ihre Rügen auch gegenüber dem Antraggegner rechtzeitig erhoben, § 107 Abs. 3 GWB.

- B. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag jedoch unbegründet. Die erkennende Vergabekammer hat keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner mit der beabsichtigten Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen gegen § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB in Verbindung mit § 19 EG Abs. 5 VOL/A verstößt. Dabei unterliegt die Beurteilung der Eignung eines Bieters durch die Vergabestelle nur einer beschränkten Überprüfbarkeit durch die Nachprüfungsinstanzen (dazu I.). Vor diesem Hintergrund ist die Bejahung der Eignung der Beigeladenen durch den Antragsgegner nicht zu beanstanden (dazu II).
- I. Die Vergabekammern und -senate treffen keine eigenständige Entscheidung über die Eignung eines Bieters. Sie prüfen vielmehr lediglich, ob der Vergabestelle bei ihrer Entscheidung Beurteilungsfehler unterlaufen sind.
1. Bei der Beurteilung der Frage der Eignung der Bieter muss der Auftraggeber die erforderliche Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit der Bieter prüfen, § 2 EG Abs.1 VOL/A. Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Vergabestelle bei deren abschließender inhaltlicher Bestimmung einen Beurteilungsspielraum einräumen, da es sich hierbei um eine Prognoseentscheidung handelt. Da diese Prognoseentscheidung auf einer Beurteilung der Vergabestelle basiert, unterliegt sie nach allgemeinen Grundsätzen einer nur eingeschränkten Überprüfbarkeit durch die Nachprüfungsinstanzen. Bei der Eignungsprüfung geht es darum zu ermitteln, ob Bieter diejenige Eignung besitzen, die für die künftige Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die notwendigen Sicherheiten bietet, § 19 EG Abs. 5 VOL/A. Die Vergabestelle hat anhand der geforderten Erklärungen und Nachweise sowie ggf. weiterer Ermittlungen zu beurteilen, ob die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters darauf schließen lassen, dass dieser die ausgeschriebene Leistung vertragsgemäß erfüllen wird. Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind keine messbaren Größen. Abgesehen von den in § 6 EG Abs. 4 VOL/A genannten Gründen, die zu einer Verneinung der Eignung eines Bieters führen müssen, besteht keine scharfe, objektiv bestimmbare Trennlinie zwischen der Eignung und der Nicht- Eignung eines Bieters. Die Vergabestelle hat die Eignung eines Bieters anhand eigener Kenntnisse und Erfahrungen subjektiv zu bewerten.
2. Diese (exekutive) Beurteilung der Eignung eines Bieters durch die Vergabestelle ist in den (judikativen) Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin zu überprüfen, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten (dazu B.II.1.), der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt (dazu B.II.2.), die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet (dazu B.II.3.) und keine sachwidrigen oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt wurden (dazu B.II.4., vgl. KG Berlin, Beschluss vom 27. November 2008 - 2 Verg 4/08 - Juris, RdNr. 3, m.w.N.).
- II. Entsprechende Beurteilungsfehler konnte die erkennende Vergabekammer nicht feststellen.

1. Verfahrensverstöße durch den Antragsgegner sind nicht ersichtlich. Zunächst einmal ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner die Beigeladene überhaupt als Newcomer zu dem Verfahren zugelassen hat. Gemäß Ziffer 2 der ergänzenden Bewerbungsbedingungen (Formblatt 632) hat der Antragsgegner die Beteiligung von sogenannten Newcomern am Vergabeverfahren ausdrücklich zugelassen. Den dort formulierten Anforderungen hat die Beigeladene auch in formaler Hinsicht Rechnung getragen. Der Antragsgegner ist auch aufgrund der Rüge der Antragstellerin erneut in die Eignungsprüfung eingetreten und hat damit - jedenfalls in formeller Hinsicht - seiner Aufklärungspflicht nach § 18 EG VOL/A Rechnung getragen.
2. Der Antragsgegner ist auch von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen. Es bestand keine Veranlassung, im Hinblick auf die Eignung der Beigeladenen weitere Sachverhaltsermittlungen durchzuführen. Insbesondere im Hinblick auf die vermeintliche „Strohmannproblematik“ war der Antragsgegner nicht gehalten, noch weitere Sachverhaltsermittlungen durchzuführen.
 - a) Für die Eignungsprüfung hat die Vergabestelle grundsätzlich Eigenerklärungen der Bieter zu verlangen, § 7 EG Abs. 1 VOL/A. Für die vom öffentlichen Auftraggeber anzuwendende Prüfungstiefe bei der Verifizierung und Kontrolle von Eigenerklärungen gilt zunächst, dass Eignungsentscheidungen, bei denen dem Auftraggeber eine Einschätzungsprärogative zukommt, nur auf der Grundlage gesicherter Erkenntnisse ergehen dürfen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Dezember 2009 - Verg 39/09 - Juris, RdNr. 88 m.w.N.). Die Anforderungen an den Grad der Erkenntnissicherheit sind dabei nicht nur an den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, sondern auch am Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer zügigen Umsetzung von Beschaffungsabsichten und einem raschen Abschluss von Vergabeverfahren zu messen. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt insoweit zugute, dass sich aus dem auch im Vergaberecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben Zumutbarkeitsgrenzen für die Überprüfungs- und Kontrollpflichten ergeben. Die Grenzen der Zumutbarkeit werden durch den kurzen Zeitraum, in dem die Entscheidung über die Auftragsvergabe zu treffen ist sowie durch die begrenzten Ressourcen und administrativen Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers, weitere Überprüfungen vorzunehmen, bestimmt (EuGH, Urteil vom 15. Mai 2008 - Rs C 147 u. 148/06 - Leitsatz bei Juris). Für die Entscheidung, ob ein Bewerber oder Bieter aufgrund seiner Eigenerklärung als geeignet bzw. ungeeignet zu beurteilen ist, ist es demnach nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber sämtliche in Betracht kommende Erkenntnisquellen ausschöpft, um die gemachten Angaben zu verifizieren (OLG Düsseldorf, a.a.O., RdNr. 89). Vielmehr darf er seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbare erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen, wenn und soweit sich keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an deren Richtigkeit ergeben. Nur in diesem Falle ist

er gehalten, weitere Nachforschungen anzustellen und gegebenenfalls von neuem in die Eignungsprüfung einzutreten. Ansonsten ist die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Eignung eines Bewerbers (oder Bieters) bereits dann hinzunehmen, wenn sie unter Berücksichtigung der schon bei Aufstellung der Prognose aufgrund zumutbarer Aufklärung gewonnenen Ergebnisse (noch) vertretbar erscheint (OLG Düsseldorf a.a.O.).

- b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die von dem Antragsgegner angestellte und durchgeführte Sachverhaltsermittlung nicht zu beanstanden. Der Antragsgegner hat die Anhaltspunkte, die sich aus der Rüge der Antragstellerin ergaben, aufgegriffen und ist erneut in die Eignungsprüfung eingetreten. Er hat bei mehreren Stellen sowie den von der Beigeladenen in den Referenzen angegebenen Auftraggebern Erkundigungen eingeholt. Da sich die von der Antragstellerin angeführten Verdachtsmomente im Rahmen dieser Erkundigungen in keiner Weise bestätigten oder auch nur erhärteten, waren weiteren Nachforschungen nicht veranlasst.
 - c) Was die Ausführungen der Antragstellerin im Hinblick auf die Höhe des Stammkapitales betrifft, so bestand für den Antragsgegner ebenfalls keine Verpflichtung, diesem Vortrag weiter nachzugehen, denn in Bezug auf das Stammkapital gab es in der Ausschreibung keinerlei Vorgaben. Der Antragsgegner ist daher gebunden und darf nicht bei Auswertung der Angebote die in der Ausschreibung formulierten Anforderungen nachträglich verändern. Zudem ist der Antragsgegner zutreffend davon ausgegangen, dass die Wahl der (in § 5a GmbHG) anerkannten Rechtsform der Unternehmersgesellschaft bereits keine Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit weiterer Sachaufklärung liefert. Rückschlüsse von der Wahl der Rechtsform auf die (finanzielle) Leistungsfähigkeit eines Bieters sind generell unzulässig. Schließlich können auch Einzelkaufleute oder Handelsgesellschaften ohne Weiteres als Bewerber oder Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen.
3. Der Antragsgegner hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Zertifizierung nach DIN- EN ISO 9001 in den Vergabeunterlagen nicht gefordert worden war, so dass ein Ausschluss hierauf nicht gestützt werden konnte oder gar musste.
 4. Der Antragsgegner hat schließlich auch keine sachwidrigen oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt. Insbesondere begegnet es keinen Bedenken, dass der Antragsgegner davon ausgeht, dass ein seit 2011 auf dem Markt tätiges Unternehmen wie die Beigeladenen hinreichend fachkundig und leistungsfähig ist, um den verfahrensgegenständlichen Auftrag vertragsgemäß zu erfüllen. Es besteht kein Erfahrungssatz, wonach Reinigungsdienstleistungen einer bestimmten Größenordnung ein bestimmtes Mindestmaß an Erfahrung erfordern. Entsprechend begegnet es keinen Bedenken, dass der Antragsgegner die von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen zur Grundlage seiner diesbezüglichen Prognoseentscheidung gemacht hat, Zum einen ist es gemäß

Ziffer 2 der ergänzenden Bewerbungsbedingungen des Landes Hessen (Formular 632) zulässig, „Newcomer“ zum Vergabeverfahren zuzulassen. Zum anderen hat die Beigeladene die danach erforderlichen Angaben vorgelegt.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten erhoben, die, da sie im Verfahren unterlegen ist, von der Antragstellerin zu tragen sind.
- II. Die Festsetzung der Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB). Unter Berücksichtigung des von der Antragstellerin angebotenen Nettopreises ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zu Grunde legt, eine Gebühr von 3.400,00 Euro.
- III. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat sich schriftsätzlich nicht geäußert und somit auch nicht maßgeblich zur Entscheidungsfindung beigetragen. Auch hat sie keinen Sachantrag gestellt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Eine Kostenerstattung durch die Antragstellerin kommt daher nicht in Betracht, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch den Antragsgegner war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechtes und der zu klärenden Rechtsfragen notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.