

69d - VK -11/2017

Leitsätze:

1. Ausreichend für die Kenntnis gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt und es bei vernünftiger Betrachtung es als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden.
2. Für die Erkennbarkeit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB kommt es nicht auf den Schwellenwert der öffentlichen Aufträge an; dieser ist für die Maßgaben von § 106 GWB von Bedeutung ist, mithin für die europaweite Bekanntmachungspflicht und für den Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen.
3. Die Aufgreifschwelle für die Notwendigkeit einer Preisaufklärung gemäß § 60 Abs. 1 VgV ist erreicht, wenn zwischen dem Angebotspreis des Bestbieters und dem nächstplatzierten Bieter eine Preisdifferenz von mehr als 20 % besteht. Ab einer Preisdifferenz vom mehr als 20 % wird vermutet, dass der Preis oder die Kosten im Verhältnis zur angebotenen Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen.
4. Vorgelagerte Markterkundung unterliegt nicht der vergaberechtlichen Nachprüfung; sie ist nicht eine nach außen erkennbare Handlung des Auftragsgebers, die dazu dient, ein konkretes Beschaffungsvorhaben zu realisieren.
5. Ein Verschluss gemäß §§ 54 Satz 2 und 3 VgV kann bei lebensnaher Betrachtung schon durch einen Umschlag gegeben sein, wenn er in geeigneter Weise verschlossen gehalten wird.
6. Bei Dokumentationsmängeln kommt es darauf an, ob sie sich wettbewerbschädlich auf das Vergabeverfahren ausgewirkt haben; dies ist nicht der Fall, wenn eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung dieses Verfahrens nicht gewährleistet ist.

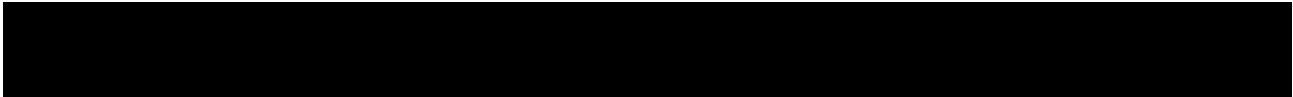
Stichworte: präklusionsfristauslösende Kenntnis und Erkennbarkeit; Schwellenwert; Aufgreifschwelle für Preisaufklärung; Nachprüfbarkeit von Markterkundung; Unterverschlusshaltung von Unterlagen; Relevanz von Dokumentationsmängeln

Normen: § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 GWB; §§ 54 Satz 2 und 3, 60 Abs. 1 VgV

Streitgegenstand: IT-Unterstützungsleistungen,
offenes Verfahren nach VgV

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren



- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:



gegen



- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:



weitere Beteiligte:



- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen

Vergabeverfahren „Unterstützungsleistungen Microsoft Exchange-AD Services“
offenes Verfahren nach VgV

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Verwaltungsangestellter Greimann und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amträtin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. September 2017 am 17. Oktober 2017 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, welche die Antragsstellerin zu tragen hat.
- III. Die Antragsstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 8. Februar 2017, die an diesem Tag veröffentlicht wurde, die Vergabe von Rahmenverträgen für IT-Unterstützungsleistungen (Microsoft Exchange-AD-Services) im offenen Verfahren nach VgV europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED] ; HAD-Ref.-Nr.: [REDACTED] Vergabe-Nr.: [REDACTED] . Die Auftragsbekanntmachung ist am 3. Februar 2017 absendet worden (Ziff. VI.5 der Auftragsbekanntmachung).

Der Auftrag wurde in drei Lose aufgeteilt, wobei Angebote auf maximal alle Lose abgegeben werden durften (Ziff. II.1.6 der Auftragsbekanntmachung).

Als Zuschlagskriterium wurde der Preis bestimmt (Ziff. II.2.5 der Auftragsbekanntmachung).

Der geschätzte Wert wurde in netto pro Los angegeben (Ziff. II.2.6 der Auftragsbekanntmachung).

Bei der Kurzbeschreibung der Eignungskriterien wurden für jedes Los eine bestimmte Anzahl von Referenzprojekten vorgegeben, wobei diese nach der verlangten Leistung näher bestimmt wurden; als Referenzzeitraum wurde wie folgt angegeben: „(...) seit 2014 (...)“ (Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung).

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde bestimmt zum 13. März 2017, 10:00 Uhr (Ziff. IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung).

Leistungsbeschreibung und Bewerbungsbedingungen waren auf der Vergabepattform des Landes Hessen per Download erhältlich (Ziff. VI.3 der Auftragsbekanntmachung).

Am 10. Februar 2017 beantwortete der Antragsgegner mehrere Bieterfragen; dabei nannte er bei der Wiedergabe einer Frage den Namen der Antragstellerin. Die Fragen und Antworten wurden allen Bietern auf der Vergabepattform per Download zur Verfügung gestellt.

Mit Schreiben vom 7. März 2017 gab die Antragstellerin ihr Angebot zu allen drei Losen ab.

Die Beigeladene tat dies mit Schreiben vom 8. März 2017; auch sie bot zu den drei Losen. Zugleich gab sie mit Schreiben vom selben Tag eine Erklärung ab, wonach sie die von ihr angebotenen Leistungen in Eigenleistung erbringen wird.

Mit Vorabinformation vom 30. März 2017 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag für die drei Lose auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, da das Angebot der Antragstellerin jeweils losweise nicht das wirtschaftlichste in Bezug auf den Preis sei; dabei nannte er den Namen der Beigeladenen als zu bezuschlagende Bieterin und das vorgesehene Zuschlagsdatum, das auf den 10. April 2017 bestimmt war.

Mit Schriftsatz vom 4. April 2017 erhob die Antragstellerin mehrere Rügen. Mit ihnen beanstandete sie zusammengefasst die Vorgaben zu den Personenjahren, zur Vergütung, zur Rufbereitschaft und zu den Bedarfspositionen, wobei letztere insbesondere hinsichtlich prozentualer Zuschläge bei Rufbereitschaften unvergleichbare Angebote zur Folge haben würden; außerdem verfüge die Beigeladene nicht über Personal mit erweiterter Sicherheitsüberprüfung (Ü2) gemäß § 8 Hessisches Sicherheitsüberprüfungsgesetz (HSÜG) und Qualifikation sowie nicht über vergleichbare Referenzen; zudem seien Referenzen von ihr berücksichtigt worden, die vergaberechtswidrig nicht aus den letzten drei Jahren stammen würden, was zu einer unzureichenden Eignungsprüfung geführt haben soll; überdies seien Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen unzulässig vermischt sowie Eignungskriterien in den Bereich der Leistungserbringung unzulässig verschoben worden; darüber hinaus sei das Angebot der Beigeladenen nicht auf Auskömmlichkeit geprüft worden; zudem sei bei der Beantwortung von Bieterfragen der Vertraulichkeitsgrundsatz verletzt worden; ferner sei gegen das Losvergabegebot verstoßen worden; des Weiteren seien die Ermittlung des Auftragswertes und die Wertungsmatrix mangelhaft; schließlich würden Kalkulationsgrundlagen und eine Definition des Notfalls fehlen.

Daraufhin teilte der Antragsgegner ihr am 5. April 2017 schriftlich mit, dass er beabsichtige, die Bindefrist für die Angebote bis zum 10. April 2017 zu verlängern und über ihre Rüge bis zum 28. April 2017 zu entscheiden.

Mit Schriftsatz vom selben Tag rügte die Antragstellerin, dass der Antragsgegner in seinem Schreiben vom 5. April 2017 keinen Termin genannt habe, zu dem frühestens der Zuschlag erfolgen soll. Sie forderte umgehende Abhilfe.

Sodann stellte sie mit Schriftsatz vom 7. April 2017 ihren Nachprüfungsantrag, den sie im Wesentlichen mit dem Inhalt ihrer Rügen begründete. Zudem beanstandete sie, dass die Beigeladene wegen - von ihr noch in Erfahrung zu bringender - Änderungen oder Ergänzungen der Vergabeunterlagen nicht ausgeschlossen worden sei.

Sie beantragt wie folgt:

1. Ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB wird gegen die Vergabe des Auftrags „Unterstützungsleistungen Microsoft Exchange-AD-Services (Technologie: MS Exchange/AD) in 3 Losen (Rahmenverträge)“, Vergabenummer der Vergabestelle: [REDACTED], gegen alle 3 Lose eingeleitet.
2. Dem Antragsgegner wird untersagt, das o.g. Vergabeverfahren auf Grundlage des bisherigen Ausschreibung durch Zuschlagserteilung abzuschließen.

3. Dem Antragsgegner wird bei fortbestehender Vergabeabsicht aufgegeben, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren gemäß Vergabeverordnung nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
4. Das Vergabeverfahren wird bei fortbestehender Vergabeabsicht in den Stand vor der Bekanntmachung der Vergabe, hilfsweise in den Stand vor dem Versand der Vergabeunterlagen zurückversetzt und dem Antragsgegner wird bei fortbestehender Vergabeabsicht aufgegeben, die Vorgaben der Vergabekammer bei der Durchführung des weiteren Vergabeverfahrens zu beachten.
5. Hilfsweise zu 4.: Die Vergabekammer wirkt unabhängig von dem Antrag zu 3. auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens ein (vgl. § 168 Abs. 1 S. 2 GWB).
6. Die Vergabeakten des Antragsgegners werden beigezogen.
7. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt.
8. Der Nachprüfungsantrag wird dem Antragsgegner unverzüglich - notfalls per Telefax - zugestellt.
9. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
10. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu tragen.

Mit Verfügung vom 7. April 2017 teilte die Vergabekammer der Antragstellerin mit, dass sie den Nachprüfungsantrag nicht übermitteln wird, da sie ihn für offensichtlich unzulässig hält. Sie wies darauf hin, dass die Rügen weitgehend nicht fristgerecht erhoben worden seien; im Übrigen fehle die Antragsbefugnis.

Dazu erbrachte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 9. April eine Gegenvorstellung. Darin trug sie u.a. vor, dass sie rechtzeitig gerügt hätte - vor allem sei ihr die Vermengung von Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen seinerzeit nicht erkennbar, eine Kenntnis über die fehlende Eignung der Mitbieter, namentlich der Beigeladenen, nicht möglich gewesen - und dass sie durchaus antragsbefugt sei - insbesondere genieße sie Bieterschutz bei der Rüge zur Prüfung der Unauskömmlichkeit -.

Mit Verfügung vom 10. April 2017 übermittelte die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag an den Antragsgegner - der dort am selben Tag einging -, gab ihm Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihm unter Fristsetzung die Vergabeakte an. Zugleich informierte sie die Antragstellerin über die Übermittlung, welche diese Information ebenso am 10. April 2017 erhielt.

Der Antragsgegner erwiderte mit Schreiben vom 19. April 2017 auf den Nachprüfungsantrag. Der Antrag sei schon deshalb unzulässig, weil kein Rechtsschutzbedürfnis vorliege, da in seiner Mitteilung gegenüber der Antragstellerin erkennbar sei, dass er sich mit ihren Rügen auseinandersetze und nicht mehr den Zuschlag am 10. April 2017 zu erteilen beabsichtige. In diesem Zusammenhang teilte er mit, dass er nunmehr mit Schreiben vom selben Tage gegenüber der Antragstellerin geäußert habe, der Rüge nicht abzuhefen.

Im Weiteren liege auch deswegen Unzulässigkeit vor, weil bei von ihm näher benannten Rügen zum einen die Verletzung in eigenen Rechten nicht geltend gemacht worden sei, zum anderen Präklusion gegeben sei.

Unabhängig davon sei der Antrag auch unbegründet, da die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht vorlägen.

Mit Schreiben vom 20. April 2017 legte der Antragsgegner seine Vergabeakte bei der Vergabekammer vor.

Am 28. April 2017 sah die Antragstellerin unter Aufsicht der Vergabekammer in die Vergabeakte ein, soweit ihr nicht die Einsichtnahme aus wichtigen Gründen zu versagen war.

Mit Schriftsatz vom 8. Mai 2017 rügte sie die gewährte Akteneinsicht als unzureichend und beantrage,

die Akteneinsicht unter Beachtung der bislang sowie in diesem Schriftsatz sowie mit weiterem, innerhalb der gesetzten Frist eingehenden Schriftsatz vorgetragenen Rügen kurzfristig zu wiederholen und die Akteneinsicht auf die Ergebnisse der Einzelprüfung in Bezug auf die Angebote aller vermeintlich besser platzierten Bieter zu erstrecken, insbesondere zur Frage, ob

- diese Bieter über Ü2-überprüftes Personal mit der geforderten Erfahrung und Qualifikation verfügen,
- diese Bieter sämtliche geforderten Referenzen angegeben haben (formelle Prüfung),
- die angegebenen Referenzen den Schluss auf die materielle Eignung rechtfertigen (materielle Prüfung),
- die angebotenen Preise insbesondere unter Berücksichtigung der bieterseitig behaupteten Personalstruktur auskömmlich sind.

Zur Begründung trug sie vor, dass wesentliche Behauptungen des Antragsgegners wegen der nur eingeschränkt einsehbaren Vergabeakte nicht verifiziert werden könnten.

Zudem erhob sie weitere Rügen, bei denen die zu Grunde liegenden, nun geltend gemachten Vergaberechtsverstöße erst aufgrund der Akteneinsicht erkennbar gewesen seien. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um die Geltendmachung mehrerer Verstöße gegen Dokumentationsobliegenheiten, u.a. hinsichtlich der Dokumentation interner Beratungen über Bedarfsmengen sowie hinsichtlich der Dokumentation über den Angebotseingang, über den Umgang mit der Vergabeakte und über die formale Prüfung auf Ausschluss der abgegebenen Angebote.

Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2017 vertiefte die Antragstellerin ihre Beanstandungen.

Dem - auch dem Vortrag zur eingeschränkten Akteneinsicht - trat der Antragsgegner entgegen.

Mit Beschluss vom 22. Mai 2017 - Az.: wie vor - wies die Vergabekammer den Antrag der Antragstellerin auf nochmalige und erweiterte Akteneinsicht zurück, indem sie der Antragstellerin eine Einsichtnahme in die Vergabeakte, soweit diese über die bereits Gewährte hinausgehen sollte, versagte. Sie begründete dies damit, dass nach Abwägung der gegensätzlichen Interessen die bisher geheim gehaltenen Teile der Vergabeakte weiterhin der Antragstellerin nicht offenzulegen waren, weil damit schutzwürdige Interessen der Mitbieter, mithin auch diejenigen der Beigeladenen, betroffen sind. Im Übrigen sind angebliche Vorenthaltungen bestimmter Aktenteile nicht zutreffend, da die Antragstellerin in die sie interessierenden Informationen einsehen oder diese nachvollziehen konnte.

In der Folgezeit setzte sich die Kontroverse zwischen den Beteiligten fort.

Am 5. Juli 2018 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren beigezogen.

Mit Schriftsatz vom 19. Juli 2017 erklärte sie, derzeit keine Stellungnahme abzugeben. Sie stellte keinen Antrag und tat dies auch im Folgenden nicht.

Nachfolgend äußerte sich von den Beteiligten zum Rechtsstreit zuletzt die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29. August 2017.

Nach Terminverlegung konnte die mündliche Verhandlung am 14. September 2017 durchgeführt werden, in der die Sach- und Rechtslage mit Antragstellerin und Antragsgegner kontrovers erörtert wurde; die ebenfalls geladene Beigeladene war nicht erschienen.

Der Antragsgegner beantragt zum Verhandlungsende,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sowie die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise unzulässig und – soweit er zulässig ist – unbegründet.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens richten sich nach den §§ 97, 160 ff GWB in der ab 18. April 2016 anwendbaren Fassung, weil das Verfahren über die gegenständliche Auftragsvergabe nach dem 18. April 2016 eingeleitet wurde (§ 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17. Februar 2016 [BGBl. I S. 203]).

1. Die teilweise Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

- a.) Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB und der Rechtsweg zur Vergabekammer ist gemäß §§ 155, 156 Abs. 1 und 2 GWB ist eröffnet. Denn der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber (§ 99 Nr. 1 GWB) und dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB zu Grunde. Zudem wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren geltende Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge von 209.000,-- € (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU i.d.F. der Delegierten Verordnung [EU] 2015/2170) schon nach den Angaben in der Auftragsbekanntmachung (Ziff. II.2 daselbst) überschritten.
- b.) Die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist hinsichtlich den von der Antragstellerin geltend gemachten Vergabeverstöße lediglich bei Los 3 gegeben, da sie nach dem Ergebnis der Angebotswertung nur mit ihrem Angebot zu diesem Los Aussicht auf Berücksichtigung und auf Zuschlagserhalt hatte. Danach lagen ihre Angebote zu den Losen 1 und 2 an hinterer Rangstelle; bei Los 1 war sie von drei wertbaren Angeboten an dritter Stelle platziert, bei Los 2 von vier wertbaren Angeboten an vierter Stelle, wobei der Abstand zum nächstbestplatzierten Angebot jeweils deutlich war. Demgegenüber war ihr Angebot zu Los 3 von drei wertbaren Angeboten an zweiter Stelle platziert, so dass allein insoweit ihr Angebot bei Korrektur der geltend gemachten Vergabefehler eine Chance auf den Zuschlag hätte.

Der Zugang zur Vergabekammer ist daher nur bei den geltend gemachten Vergabeverstößen in Bezug auf Los 3 gegeben, soweit bei diesen weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

- c.) Soweit die Antragstellerin das Schreiben des Antragsgegners vom 5. April 2017 wegen fehlender Angabe des Zuschlagstermins als vergaberechtswidrig ansieht, ist schon wegen des am 10. April 2017 erfolgten Zuschlagsverbots, welches mit erfolgreicher Übermittlung ihres Nachprüfungsantrags am selben Tag ausgelöst wurde, das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen. Der Eintritt des Zuschlagsverbots erfolgte hier - wie erforderlich (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 1. Oktober 2016, § 169 GWB Rn. 9, 11 ff; Müller-Wrede-Kadenbach, GWB-Vergaberecht, 2016, § 169 Rn. 7) - durch Verfügung der Vergabekammer vom 10. April 2017, mit der sie die Antragstellerin über die Übermittlung informierte und die bei der Antragstellerin ausweislich ihres Empfangsbekennnisses an diesem Tag einging. Damit wurde - unabhängig von der Frage, ob für dieses Schreiben die Obliegenheiten einer Vorabinformation gemäß § 134 Abs. 1 GWB überhaupt gelten - jegliche neue Information oder Nichtinformation über den frühesten Zeitpunkt eines Vertragsschlusses obsolet.

Selbst wenn der Zuschlag nach der Vorabinformation vom 30. März 2017 ursprünglich zum 10. April 2017 vorgesehen war, so geht doch spätestens aus dem Schreiben des Antragsgegners vom 19. April 2017 hervor, dass der Zuschlag schon aufgrund der Rügen der Antragstellerin nicht erteilt worden ist und bis zum Eintritt des Zuschlagsverbots auch nicht erteilt wurde. Damit wurde dem Zuschlagsverbot Rechnung getragen; für Informationsbedarf hinsichtlich eines Zuschlagstermins ist daher kein Raum mehr.

- d.) Soweit die Antragstellerin meint, die Beantwortung von Bieterfragen vom 10. Februar 2017 sei wegen Verstoßes gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz vergaberechtswidrig erfolgt, ist sie damit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, weil die Rügefrist von zehn Tagen verstrichen ist.

Für die fristauslösende Kenntnis ist eine vollständige Kenntnis der Tatsachen, aus denen die Beanstandung im Nachprüfungsverfahren abgeleitet wird, als auch eine zumindest laienhafte rechtliche Bewertung, dass diese Tatsachen zu einer Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren führen, erforderlich (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 57). Ausreichend ist das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt und es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., Stand: 18. September 2017, § 160 GWB, Rn. 226 m.w.N.; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB, 3. Aufl. 2017, § 160 Rn. 44; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, § 160 Rn. 140).

Hier wurde in dem Schreiben des Antragsgegners vom 10. Februar 2017 der Name der Antragstellerin nicht geheim gehalten, sondern genannt.

Selbst bei laienhaft rechtlicher Wertung war für die Antragstellerin zu erkennen, dass dies einen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begründen könnte, die auch im Vergabeverfahren von Bedeutung sind. Denn als - wie sie in ihrem Schriftsatz vom 9. April 2017 einräumt - Bestandleistungserbringerin mit profunder Kenntnis über Auftrag und Branche ist sie als vergabeerfahren anzusehen. Damit verfügte

sie über ausreichend Kenntnis über den grundsätzlich gebotenen Umfang von Antwortschreiben eines Auftraggebers auf Bieterfragen in einem Vergabeverfahren, insbesondere hinsichtlich vertraulich zu behandelnder Angaben von z.B. - wie hier mit ihrem Namen - personen- bzw. firmenbezogenen Daten.

Die vorliegend geltend gemachte Verletzung des Vertraulichkeitsgrundsatzes war darum schon mit Lektüre des Schreibens vom 10. Februar 2017 und nicht erst mit der Rüge vom 4. April 2017 zu erkennen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte und bei lebensnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass besagte Lektüre damals zeitnah zum Datum des Schreibens geschah, jedenfalls nicht erst kurz vor Rügeerhebung.

Somit rügte die Antragstellerin den geltend gemachten Verstoß gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz erst nach Ablauf von zehn Tagen, mithin zu spät.

- e.) Soweit die Antragstellerin - nachfolgend in in gebotener Kürze wiedergegeben - bei den Vorgaben zu Personenjahren und Rufbereitschaft sowie bei der Losaufteilung geltend macht, dass insoweit Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten worden seien, kann sie damit wegen Präklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht gehört werden. Denn die diesbezüglichen Rügen erhob sie erst am 4. April 2017, und nicht - wie vorgeschrieben - bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe.

Diese Frist endete gemäß Ziff. IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung am 13. März 2017; die Auftragsbekanntmachung zählt zur Bekanntmachung i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB (Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 51). Die den Rügen zugrunde liegenden Vorgaben waren - betreffend Losaufteilung - in Ziff. II.1.4 und Ziff. II.1.6 der Auftragsbekanntmachung sowie - betreffend Personenjahre und Rufbereitschaft - in, für jedes Los, Ziff. II.2.4 der Auftragsbekanntmachung veröffentlicht.

Die mit den Rügen geltend gemachten Vergaberechtsverstöße waren - wie verlangt wird (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 159; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 51; Müller-Wrede-Hofmann, § 160 Rn. 76) - unmittelbar, d.h. allein aus der Auftragsbekanntmachung erkennbar.

Für die erforderliche Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstößes genügt es, wenn die zugrunde liegenden Tatsachen sich aus den Vergabeunterlagen ergeben und von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter, der die übliche Sorgfalt anwendet, als Verstoß gegen die Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden können (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 69, 70; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., Stand: 18. September 2017, § 160 GWB, Rn. 267, 268; s. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 157). Neben der den Verstoß begründenden Tatsachen muss sich die Erkennbarkeit auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (Willenbruch/Wieddekind-Kadenbach, Vergaberecht Kompaktcommentar, 4. Auflg. 2017, § 160 GWB, Rn. 73, 77; s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 71, 72). Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung ist auf die üblichen Kenntnisse eines durchschnittlichen Bieters abzustellen (Willenbruch/Wieddekind-Kadenbach, a.a.O., § 160 GWB Rn. 77). Dazu werden vertiefte vergaberechtliche Rechtskenntnisse nicht ohne Weiteres vorausgesetzt (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 158), auch bedarf es keines anwaltlichen Rates (OLG Frankfurt; Beschl. v. 9. Mai 2017 - Az.: 11 Verg 5/17 -); allerdings darf davon ausgegangen werden, dass ein durchschnittlicher Bieter, der

sich nicht zum ersten Mal an einer öffentlichen Auftragsvergabe beteiligt, schon über eine gewisse Erfahrung in Vergabeverfahren verfügt (s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 72) und ihm somit – wie erforderlich (OLG Frankfurt, wie vor) – bewusst ist, dass aus den ihm vorliegenden Tatsachen ein Vergaberechtsverstoß resultieren könnte.

Damit reicht die Möglichkeit des Erkennens aus (s. Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 54).

Dies war hier der Fall, da die in Rede stehenden Sachverhalte von einem durchschnittlich fachkundigen, anwaltlich noch nicht beratenen Bieter in tatsächlich und rechtlicher Hinsicht als mögliche Vergabeverstöße eingeschätzt werden konnten.

Ungeachtet dessen, dass etwaige Fehler bei der Losaufteilung als gemeinhin als erkennbar angenommen werden (s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 73; vgl. Willenbruch/Wieddekind-Kadenbach, a.a.O., § 160 GWB Rn. 83), war auch bei den Rügen zu den Vorgaben hinsichtlich Personenjahre und Rufbereitschaft die Erkennbarkeit gegeben.

Denn die Antragstellerin verfügte schon aufgrund ihrer Erfahrung in Vergabeverfahren über die Kenntnisse eines durchschnittlichen, verständigen Bieters und wusste auch deshalb um die von ihr zu erwartende übliche Sorgfalt bei der Lektüre von Auftragsbekanntmachungen. Ausweislich ihrer schriftsätzlich vorgetragenen und auf ihrer Homepage veröffentlichten Angaben ist sie branchenangehörig und wirkt im einschlägigen Markt als langjährig tätige Bieterin bei öffentlichen Aufträgen mit, so dass sie hinsichtlich der in Rede stehenden Vorgaben zu Losaufteilung, Personenjahre und Rufbereitschaft als verständig anzusehen ist. Dabei kommt es – entgegen ihrer Auffassung – nicht auf den Schwellenwert der öffentlichen Aufträge an, weil dieser für die Maßgaben von § 106 GWB von Bedeutung ist, mithin für die europaweite Bekanntmachungspflicht und für den Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen (Willenbruch/Wieddekind-ders., a.a.O., § 106 GWB Rn. 1; Müller-Wrede-Jularic, a.a.o., § 106 Rn. 6, 8). Ohne Belang ist er jedoch für die Kenntnis von Vergaben öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte. Denn auch bei sog. unerschwelligen Auftragsvergaben unterliegt der öffentliche Auftragsgeber weitgehenden Bindungen, die sich aus dem Haushaltsrecht, aus den Landesvergabegesetzen oder Auflagen im Fall einer öffentlichen Förderung sowie im Fall einer sog. Binnenmarktrelevanz aus dem EU-Primärrecht ergeben können (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Röwekamp, a.a.O., § 106 Rn.12; s. Müller-Wrede-Jularic, a.a.O., § 106 Rn. 7).

Demnach sind die Rügen zu den vorgenannten geltend gemachten Vergabeverstößen verfristet.

- f.) Soweit die Antragstellerin – zusammengefasst – bei den Vorgaben zur Vergütung, zu Bedarfspositionen, zur Vergleichbarkeit von Angeboten, zur Vermischung von Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen, zur Verschiebung von Eignungskriterien in den Bereich der Leistungserbringung, zur Wertungsmatrix, zu den Kalkulationsgrundlagen und zur Notfalldefinition Vergaberechtsverstöße geltend macht, sind diese Rügen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert.

Diese Rügen wurden ebenfalls nicht bis zum 13. März erhoben, sondern erst am 4. April 2017.

Die damit geltend gemachten Vergabeverstöße waren allein erst in den Vergabeunterlagen erkennbar. Die Erkennbarkeit war aus den vorstehenden Gründen auch hier gegeben.

Hinsichtlich der vorgebrachten, teils eigungsbezogenen Vermischungsrüge wäre wegen der Vergaberechtsnovelle 2016, die eine Aufweichung des früheren strikten Verbots der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien zur Folge hatte, die Erkennbarkeit zwar nicht so ohne Weiteres zu bejahen (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 73; a.A. wohl Willenbruch/Wieddekind-Kadenbach, a.a.O., § 160 GWB Rn. 83), doch greift diese Erwägung hier nicht durch. Denn zum einen hatte eine Thematisierung dieses Vermischungsverbots in Bieterkreisen stattgefunden, so dass anzunehmen ist, dass sich dazu ein Problembewusstsein bei - wie hier - fachkundigen und vergabeerfahrenen Bietern entwickelt hat (VK Hessen, Beschl. v. 15. Juni 2015 - Az.: 69d VK-35/2014 - m.w.N.), zum anderen geht es hier gerade nicht um die Vermischung von Eignungskriterien mit Zuschlagskriterien, sondern um die Vermischung erstgenannter Kriterien mit Ausführungsbedingungen. Die Frage der Erkennbarkeit von allein eigungsbezogenen Zuschlagskriterien und ihrer Zulässigkeit kann hier also dahin gestellt bleiben.

Demzufolge wurden auch die ebengenannten Rügen nicht fristgerecht erhoben.

2. Der Antrag hat, soweit er zulässig ist, in der Sache allerdings keinen Erfolg.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB nicht verletzt, da der Antragsgegner die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat.

- a.) Ihre Beanstandung, die Beigeladene hätte mit ihrem Schreiben vom 8. März 2017, welches die Erklärung über Eigenleistung beinhaltet, die Vergabeunterlagen verändert, begründet keinen Vergaberechtsverstoß.

Ausweislich der in der Vergabeakte enthaltenen Angebotsunterlagen der Beigeladenen wurde das besagte Schreiben mit deren Angebot abgegeben. Danach erfolgte die Abgabe zusammen und zeitgleich mit dem Angebot. Damit ist es ein Teil des Angebotes.

Die Vorgaben des Antragsgegners zur Förmlichkeit des Angebotes stehen einer Erklärung über Eigenleistung nicht entgegen.

Denn allein bei Drittunternehmen, derer sich ein Bieter im Wege der Eignungsleihe zum Nachweise seiner Eignung oder als Nachunternehmer zur Leistungsausführung bedient, hat der Antragsgegner gemäß Ziff. 1.14 der Ausschreibungsbestimmungen zum streitgegenständlichen Vergabeverfahren die Abgabe bestimmter Erklärungen durch den Bieter vorgegeben.

Davon machte die Beigeladene ausweislich ihrer Angebotsunterlagen aber keinen Gebrauch.

Demzufolge durfte sie sich zur Eigenleistung erklären.

Da diese Erklärung mit dem Angebot abgegeben wurde, wurde dieses auch nicht verändert.

- b.) Auch soweit die Antragstellerin beanstandet, es habe keine Prüfung des Angebotes der Beigeladenen auf Auskömmlichkeit stattgefunden, kann sie damit mangels Erreichens der sog. Aufgreifschwelle der in Betracht kommenden Angebote zum allein relevanten Los 3 nicht durchdringen.

Für die Frage der Notwendigkeit einer Preisaufklärung gemäß § 60 Abs. 1 VgV durch den Antragsgegner kommt es maßgeblich auf den Abstand des Angebots des preislich günstigsten Bieters zu dem in der Rangfolge nächstfolgenden Angebot an. Nach vorherrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist ein erheblicher Unterschied dann gegeben, wenn das preislich günstigste Angebot um mindestens 20 % niedriger ist als das Angebot des zweitplatzierten Bieters (s. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25. April 2012 - Az.: Verg 61/11 -; OLG Frankfurt, Beschl. v. 9. Mai 2017 - Az.: 11 Verg 5/17 -; Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., Stand: 27. Juni 2017, § 60 VgV Rn. 10; s. ferner Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Dicks, VgV-Kommentar, 2017, § 60 Rn. 9 - jew. m.w.N.). Danach wird erst ab einer Preisdifferenz von mehr als 20 % widerlegbar vermutet, dass der Preis oder die Kosten im Verhältnis zur angebotenen Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen (Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, wie vor).

Hier liegt die Differenz zwischen dem Angebot der Beigeladenen und dem zweitplatzierten Angebot der Antragstellerin für das Los 3 bei 17,36 %. Dies erreicht die Aufgreifschwelle also nicht. Somit war die Antragsgegnerin auch nicht verpflichtet, hinsichtlich Los 3 eine Preisaufklärung durchzuführen.

- c.) Zudem ist ihre Beanstandung, die Eignungsprüfung sei fehlerhaft durchgeführt worden, unbegründet.

Soweit sie einen Fehler darin sieht, dass der Referenzzeitraum überschritten und somit gegen § 46 Abs. 3 Nr. 1, 2. HS VgV verstoßen worden sei, ist dies zu verneinen.

Der in § 46 Abs. 3 Nr. 1, 1. HS VgV geforderte Zeitraum ist kein abschließendes, die Grenzen der Referenzmöglichkeiten umreißendes Kriterium. Dies wird auch durch die im 2. Halbsatz dieser Vorschrift statuierten Möglichkeit illustriert, dass eine Vergabestelle auch zu einer Berücksichtigung weiter zurückliegender Liefer- oder Dienstleistungen grundsätzlich befugt ist, wenn dies erforderlich ist, um einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten (vgl. insoweit auch Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Hausmann/von Hoff, a.a.O., § 46 VgV Rn.13 f).

Der Vorgabe des Antragsgegners, im Angebot Referenzen seit 2014 anzugeben (Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung), steht nicht entgegen, solche zu berücksichtigen, deren zugrunde liegenden Leistungen bzw. Projekte drei Jahre vor Veröffentlichung dieser Vorgabe, mithin vor Februar 2014, erbracht worden waren.

Da es bei Referenzen wegen ihres Nachweiszwecks darauf ankommt, dass der Bieter hinsichtlich der Ausschreibung vergleichbare Leistungen schon erfolgreich erbracht hat und diese aufgrund der Drei-Jahres-Frist eine bestimmte Aktualität aufzuweisen haben (vgl. Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Hausmann/von Hoff, a.a.O., § 46 Rn. 12 ff), ist entscheidend, ob diese Leistung innerhalb des vorgegebenen Referenzzeitraums erbracht wurde.

Denn relevant für eine Referenz ist nicht der zeitliche Rahmen der zugrundeliegenden Projekt- oder Vertragsgestaltung, sondern die in diesem Zusammenhang konkret erbrachte, einschlägige Leistung (vgl. Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Hausmann/von Hoff, a.a.O., § 46 Rn. 14).

Es ist somit ausreichend, wenn durch die geforderten Referenzen nachgewiesen wird, dass in dem hier geforderten Zeitraum die dem vorliegenden Ausschrei-

bungsgegenstand vergleichbaren, einschlägigen Leistungen erbracht worden waren.

Zwar wurden hier auch Referenzen vorgelegt, die einen Leistungsbeginn schon ab dem Jahr 2010 belegen. Doch wird auch bei diesen das Ende des Referenzzeitraumes eingehalten, so dass aus ihnen hervorgeht, dass die Referenzleistung im geforderten Zeitrahmen erbracht wurde.

Damit unterliegen die Referenzen keinen Bedenken.

Soweit die Antragstellerin mit ihrer Rüge zur erweiterten Sicherheitsüberprüfung (Ü2) und Qualifikation des Personals der Beigeladenen die Auffassung vertritt, es seien weitere Prüfungen dazu notwendig, so überzeugt dies nicht.

Die Vergabekammer vermag nicht zu erkennen, wie die von der Antragstellerin vorgetragene Gesichtspunkte die Verfahrenshoheit des Antragsgegners insoweit in Frage stellen, dass sich der hier geforderte Maßstab an die Referenzen und den Einsatz von Personal als von vornherein dem Wettbewerbsgrundsatz ungenügend erweisen würde.

Es handelt sich bei der Ausschreibung um einen Rahmenvertrag über IT-Dienstleistungen, die in der Folge durch Einzelabrufe nach Bedarf - der in diesem Zusammenhang flexibel und nur bedingt im Voraus planbar ist - geleistet werden sollen. Ist für die Erbringung der Dienstleistungen besonders sicherheitsüberprüftes Personal erforderlich, so liegt es im Ermessen des Antragsgegners, im Rahmen der Ausschreibung zunächst nur eine Verpflichtungserklärung der Bieter zu verlangen sowie erst in der Folgezeit entsprechende erweiterte Sicherheitsüberprüfungen nach § 8 HSÜG (sog. „Ü2-Überprüfung“) von deren Personal vorzunehmen und sodann nur solches Personal in sicherheitsrelevanten Bereichen einzusetzen zu lassen, welches über eine erfolgreiche Ü2-Überprüfung verfügt.

Dem Antragsgegner ist in der Handhabung der Ausschreibung bezüglich des Einsatzes von sicherheitsüberprüftem Personal kein vergaberechtlich relevanter Verstoß vorzuwerfen.

Er hat sich bei der Gestaltung der Ausschreibung dazu entschieden, von Bieter hinsichtlich der Frage des Sicherheitsstatus des Personals lediglich eine Eigenerklärung zu fordern (Ziff. 4.1 der Leistungsbeschreibung). § 48 Abs. 2 Satz 1 VgV sieht für den Nachweis der Eignung grundsätzlich die Anforderung von Eigenerklärungen vor.

Anzeichen dafür, dass - wie von der Antragstellerin vorgetragen - darüber hinaus das Vorhandensein von vollständig Ü2-überprüftem Personal bereits zum Beginn des Rahmenvertrags zu fordern und entsprechend abzu prüfen war, finden sich weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen. Somit hätte der Antragsgegner über die geforderte Erklärung hinaus gar keine weiteren Eignungsnachweise fordern oder berücksichtigen dürfen. Hätte er dies gleichwohl getan, so hätte nach Auffassung der Vergabekammer gerade darin ein Vergaberechtsverstoß gelegen.

Der Antragsgegner durfte sich auch hinsichtlich der Frage der Qualifikation künftiger eingesetzter Personals auf die Erbringung der geforderten Referenzen be-

schränken und darauf vertrauen, dass die geforderten Referenzleistungen auch mit hinreichend qualifiziertem Personal erbracht worden sind. Der Vergabestelle steht nach § 122 Abs. 2 und 4 GWB i.V.m. § 42 ff VgV ein Ermessen dahingehend zu bestimmen, welche Eignungsnachweise gefordert werden (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Hausmann/von Hoff, a.a.O., § 46 Rn. 39).

Zu den zulässigen Anforderungen gehört zwar auch die Möglichkeit, die Angabe der technischen Fachkräfte zu verlangen, die mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen (§m 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV). Dasselbe gilt für Studien- und Ausbildungsnachweise bei Inhabern oder Führungskräften der bietenden Unternehmen (§ 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV). Eine die Antragsgegnerin betreffende Pflicht, diese Möglichkeiten auszuschöpfen, sieht die Vergabekammer jedoch vorliegend nicht.

Das Auswahlermessen hinsichtlich einzelner Modalitäten der Ausschreibungsgestaltung ist seitens der Vergabekammer ohnehin nur eingeschränkt überprüfbar; es ist insbesondere nicht Aufgabe der Vergabekammer, das dem Antragsgegner in der Ausschreibungsgestaltung zustehende Ermessen durch eigene Erwägungen zu ersetzen. Die Prüfung beschränkt sich somit auf die Kontrolle auf sachfremde oder gegen alle Bewertungsgrundsätze verstoßende Erwägungen oder offensichtliche Willkür (s. nur VK Hessen, Beschl. v. 11. Mai 2016 - Az.: 69d VK-49/2015 -). Entscheidend ist, ob aus verständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse hinsichtlich der verlangten Angaben und Eignungsnachweise besteht, sodass diese sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Hausmann/von Hoff, a.a.O., § 46 Rn. 41).

Dies wird jedoch von der Antragstellerin vorliegend überhaupt nicht begehrt. Sie trägt nicht vor, im Bieterwettbewerb durch überzogene oder sachfremde Eignungskriterien beschränkt zu sein, sondern sieht letztlich durch - nach ihrer Auffassung - zu geringe Anforderungen den Kreis der möglichen Bewerber als zu weit gefasst. Ein durchsetzbarer Anspruch auf Kontrolle der Eignungskriterien nach § 122 GWB besteht jedoch insoweit nur dahingehend, als - wie vorstehend ausgeführt - Bieter vor willkürlichen, sachfremden und unverhältnismäßigen Eignungskriterien geschützt werden.

Aus den Vergabeunterlagen oder auch den vorgetragenen Modalitäten der ausgeschriebenen Leistungen sind keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte für Willkür oder sachfremde Erwägungen ersichtlich und auch die Antragstellerin hat keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ein derartiger Ermessensfehl- bzw. -nichtgebrauch ergibt.

Es ist insbesondere nicht erkennbar, dass der Antragsgegner durch die Gestaltung der Eignungskriterien versucht hat, willkürlich und in wettbewerbswidriger Weise die Ausschreibung auf einen bestimmten Bieter „zuzuschneiden“ - das genaue Gegenteil ist hier vielmehr der Fall. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin verstößt diese Ausgestaltung aber nicht gegen den Wettbewerbsgrundsatz, sondern eröffnet nach verständiger Würdigung der Vergabekammer sogar einen erweiterten Kreis von Bietern, welche durch diese Ausschreibungsgestaltung in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben.

Die Antragstellerin mag die Auffassung vertreten, durch ihre Stellung als Bestandleistungserbringerin besonders geeignet und mit ihrem Personal bzw. ihren Unterauftragnehmern besonders qualifiziert zu sein. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Antragsgegner deshalb verpflichtet wäre, bei der Gestaltung der Ausschreibung den von ihr vorgetragenen Anforderungs- und Prüfungsmaßstab zu übernehmen, oder dass es einem Ermessensfehlgebrauch gleichkäme, wenn er dies nicht tut. Vor allem aber resultiert aus der divergierenden Auffassung der Antragstellerin hinsichtlich der Sinnhaftigkeit weiterer Anforderungen an potenzielle Bieter – die sie selbst zu erfüllen glaubt – entgegen ihrer Auffassung kein Vergabe-rechtsverstoß.

Auch im Übrigen hat der Antragsgegner bei der Eignungsprüfung die Grenzen seines Ermessens- und Beurteilungsspielraums eingehalten.

- d.) Schließlich ist auch die Beanstandung, die Dokumentation bestimmter Schritte des Vergabeverfahrens sei fehlerhaft, nicht begründet. Insbesondere wird der Vergabevermerk den Anforderungen von § 8 VgV gerecht.

Soweit die Antragstellerin meint, interne Beratungen, namentlich die zur Auftragswertschätzung, seien unzureichend dokumentiert, kann ihr darin nicht gefolgt werden.

Die in Ziff. 1.3 des Vergabevermerks – Teil 1 (Eröffnungsvermerk) –, datierend vom 26. Januar 2017, enthaltenen Angaben erfüllen die Maßgaben, die § 3 VgV an die Schätzung des Auftragswerts stellt. Insbesondere verstoßen sie nicht gegen das Umgehungsverbot von § 3 Abs. 2 VgV, da Anhaltspunkte für eine Stückelung des Auftrags mit dem Ziel, ihn unter den Schwellenwert zu bewerten, nicht vorliegen. Vielmehr sind den Angaben die einzelnen Schritte der Schätzung zu entnehmen; sie legen auch die durchschnittlichen Stundensätze (netto) für die bei jedem Los ausgeschriebene Leistung dar, die sich aus den bei der Markterkundung erhaltenen Rückantworten ergeben hatten und mittels derer der Auftragswert errechnet wurde. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass diese Angaben den schätzungsbezogenen Beratungen zugrunde gelegt wurde; vorgelagerte Markterkundung unterliegt nicht der vergaberechtlichen Nachprüfung, weil es sich hierbei nicht – wie erforderlich (Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., Stand: 1. Oktober 2016, § 156 GWB Rn. 35; VK Hessen, Beschl. v. 22. Juni 2016 – Az.: 69d VK-27/2016 –) – um eine nach außen erkennbare Handlung des Auftragsgebers handelt, die dazu dient, ein konkretes Beschaffungsvorhaben zu realisieren. Auch wird dem dafür maßgeblichen Zeitpunkt gemäß § 3 Abs. 3 VgV hinreichend Rechnung getragen; gleichwohl der Vergabevermerk zu Beginn das Datum vom 26. Januar 2017 aufweist, geht aus den abschließenden Unterschriften hervor, dass er vom 1. bis 3. Februar 2017 unterzeichnet wurde; damit erfolgte die Wertschätzung zeitnah zur Absendung der Auftragsbekanntmachung, die am 3. Februar 2017 geschah.

Soweit sie des Weiteren die Dokumentation des Angebotseingangs als vergabewidrig entgegen § 54 Satz 2 und 3 VgV beanstandet, greift dies nicht durch.

Gleichwohl hier den abgegebenen Angeboten, die – wie sich schon aus Ziff. I.1 und II.2 der Niederschrift über die Öffnung der Angebote vom 13. März 2017 ergibt – offensichtlich nicht elektronisch übermittelt worden waren, ein Eingangsvermerk nicht zu entnehmen ist, ist dies unschädlich.

Zum einen geht aus Ziff. I.3 der Niederschrift hervor, dass die Angebote mit einem Eingangsstempel versehen und ordnungsgemäß verschlossen waren. Ausweislich Ziff. II.1 dieser Niederschrift wurde das erste Angebot nach notiertem Angebotseingang geöffnet. Danach ist davon auszugehen, dass ein Eingangsvermerk jeweils auf den Verschluss der Angebote aufgebracht wurde. Ein Verschluss kann bei lebensnaher Betracht schon durch einen Umschlag gegeben sein, wenn er in geeigneter Weise verschlossen gehalten wird (vgl. Kurlartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Verfürth, a.a.O., § 54 Rn. 58; vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-König, a.a.O., Stand: 1. Oktober 2016, § 54 VgV Rn. 25, 27).

Obwohl solche Verschlüsse in der Vergabeakte nicht enthalten sind, kann daraus kein Formfehler gefolgert werden. Denn § 54 Satz 2 und 3 VgV schreiben vor, dass nicht elektronisch übermittelte Angebote unter Verschluss zu halten sind, was hier nach der unwiderlegten Niederschrift der Fall war. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 VgV sind Angebote, Vergabevermerk und Dokumentation aufzubewahren; eine Aussage über die Aufbewahrung des Verschlusses der Angebote trifft diese Vorschrift nicht. Demzufolge müssen Verschlüsse von Angeboten nicht in der Vergabeakte enthalten sein.

Zum anderen wäre es mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar, bei Dokumentationsfehlern generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert das Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben (OLG Frankfurt, Beschl. v. 9. Mai 2017 - Az.: 11 Verg 5/17 -). Auch sieht § 54 VgV nicht vor, dass Angebote, die nicht nach dieser Vorschrift mit einem Eingangsvermerk gekennzeichnet waren, auszuschließen wären (Heiermann/Zeiss/Summa-König, a.a.O., Stand: 1. Oktober 2016, § 54 VgV Rn. 28).

Es kommt daher darauf an, dass Dokumentationsmängel sich nicht auf das Vergabeverfahren ausgewirkt haben, wenn eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung dieses Verfahrens gewährleistet ist (s. OLG Frankfurt, wievor; vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11. Februar 2010 - 13 Verg 16/09 -; s. Heiermann/Zeiss/Summa-Hillmann, a.a.O., Stand: 1. Oktober 2016, § 8 VgV Rn. 13).

Anhaltspunkte für solch wettbewerbsschädliche Auswirkungen auf das vorliegende Vergabeverfahren liegen hier nicht vor. Die Niederschrift über die Öffnung der Angebote vom 13. März 2017 weist aus, dass die fünf eingegangenen Angebote vom Verhandlungsleiter übernommen (Ziff. 1.3 der Niederschrift) und ihm bis zur Öffnung des ersten Angebotes keine weiteren schriftlichen Angebote vorgelegt worden waren (Ziff. II.2. der Niederschrift). Demnach wurden allein diese fünf Angebote - darunter auch das der Antragstellerin und das der Beigeladenen - in den weiteren Ablauf des Vergabeverfahrens gegeben. Da es keinerlei tatsächlichen Anhaltspunkte gibt, dass diese Angebote nicht fristgerecht eingegangen waren, ist eine Wettbewerbsverzerrung nicht ersichtlich.

Soweit die Antragstellerin außerdem fehlende Zeitangaben bei der Einzelprüfung, namentlich bei der formalen Einzelprüfung gemäß § 53 i.V.m. § 57 Abs. 1 VgV beanstandet, ist auch dies unbegründet.

Zwar ist der Kopfzeile des Vergabevermerks - Teil 2 (Öffnung und Auswertung der Angebote) - vom 15. März 2017 zu dieser Prüfung folgende Angabe zu entnehmen: „Stand: 11/2016“. Doch weist Ziff. 3 des Vergabevermerks als Termin für den Eingang der Angebote den 13. März 2017 aus; dies entspricht auch den notierten Eingangsdaten der Niederschrift über die Öffnung der Angebote vom 13.

März 2017 (Ziff. I.3 der Niederschrift). Aufgrund der Datumsangaben der Unterschriften unter diesen Teil des Vergabeverkehrs, die vom 31. März bis 6. April 2017 angefertigt wurden, ist bei lebensnaher Betrachtung davon auszugehen, dass die in Rede stehende Prüfung zwischen Angebotseingang und noch vor der Endunterzeichnung des Vergabeverkehrs - Teil 2 - geschah.

Soweit sie ferner die Dokumentation über Aufbewahrung und Umgang der Vergabeakte, vor allem der Angebote, beanstandet, ist ebenfalls kein Vergabefehler ersichtlich.

Der Verbleib der Vergabeakte einschließlich der abgegebenen Angebote ist hinreichend nachvollziehbar.

Bereits aus den Unterschriften beim Vergabeverkehr Teil 1 - Eröffnungsverkehr - folgt, dass sich die Vergabeakte in diesem Stadium des Vergabeverfahrens bei den Unterzeichnern befand.

Gleiches gilt für die Niederschrift über die Öffnung der Angebote vom 13. März 2017. Danach lagen an diesem Tag fünf schriftliche Angebote dem Verhandlungsleiter vor (Ziff. I.3 der Niederschrift); die Erklärungen in der Niederschrift schließen mit den Unterschriften von Schriftführung und Verhandlungsleitung vom selben Tage ab.

Gleichermaßen verhält es sich beim Vergabeverkehr - Teil 2 (Öffnung und Auswertung der Angebote) - vom 15. März 2017. Aus dem Inhalt des Verkehrs und den diesbezüglichen Unterschriften ergibt sich, dass sich Angebote und Vergabeakte bis zur Endunterzeichnung bei den Personen befanden, welche die Unterschriften leisteten.

Gegenteilige Anhaltspunkte liegen nicht vor.

Da hier die Unterschriften bei in Druckschrift angegebenen Namens- bzw. Organisationsbezeichnungen angebracht sind, kann nachvollzogen werden, wer in welchem Verfahrensstadium über die besagten Unterlagen verfügte. Der mit der Dokumentation verfolgten Beweisfunktion - wonach u.a. maßgebliche Entscheidungsträger des niedergeschriebenen Verfahrensschrittes feststellbar sein müssen (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Zeise, a.a.O., § 8 Rn. 6; vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Hillmann, a.a.O., Stand: 1. Oktober 2016, § 8 VgV Rn. 3, 14) - ist dadurch Genüge getan.

Nach alledem ist dem Antrag nicht stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (vgl. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB [a.F.] Rn. 4; vgl. Müller-Wrede-Schröder, GWB, 2. Auflg. 2014, § 128 [a.F.] Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben, die zu dem mit Verfügung vom 7. April 2017 erteilten Hinweis führte.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend nötig ist (s. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB [a.F.] Rn. 16; vgl. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 16: „wirt-

schaftliches Begehren“) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 182 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- € . Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 [a.F.] Rn. 4, 6, 7; vgl. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 21, 23). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 7). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von [REDACTED] €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen (§ 182 Abs. 4 Satz 1 GWB).

Aufwendungen der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, da sie sich nicht - wie für die Erstattung vorausgesetzt wird (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB [a.F.] Rn. 29; Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 100 f) - mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt hat. Damit ist hier ein ausdrücklicher, bewusster und gewollter Interessengegensatz zwischen Beigeladener und Antragstellerin, der für die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen der Beigeladenen gemeinhin vorausgesetzt wird (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 39; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 101), nicht gegeben.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 31; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 153, 156 ff) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG).

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 42; Burgi/Dreher-Krohn, a.a.O., § 182 Rn. 40).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -,
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch
Vorsitzender

Greimann
Hauptamtlicher Beisitzer