



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

(...)

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

gegen

(...)

Antragsgegnerin,

unter Beteiligung der

(...)

Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

wegen des Vergabeverfahrens „(...)“

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende (...), den hauptamtlichen Beisitzer (...) und der ehrenamtlichen Beisitzerin (...) auf die mündliche Verhandlung vom 16.12.2019 am 22.01.2020 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren (...) in den Stand vor der Wertung zurückzusetzen und die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) jeweils zur Hälfte.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf (...) EUR festgesetzt.
4. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen jeweils zur Hälfte zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
6. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Aufwendungen selbst.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom 11.03.2019 im Supplement zum EU-Amtsblatt schrieb die Antragsgegnerin Unterstützungsleistungen im Genehmigungsprozess mit (...) im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach SektVO aus.

Zum Zeitpunkt der Bekanntmachung war Alleingesellschafter der Antragsgegnerin die E GmbH, deren Alleingesellschafter wiederum die EX war. An letzterer hielt die X 80 % sowie

die K 20 %. X ist ein belgischer Netzbetreiber. An dieser belgischen Aktiengesellschaft hält die P 44,87 % der Anteile. Gesellschafter an der P sind ausschließlich belgische Kommunen. Weitere 3,24 % der Aktien hält der belgische Zweckverband PX. Im April oder Mai 2019 wurde die Beteiligung der K an der EX aufgelöst. Die K hält seitdem über die S GmbH 20 % der Anteile an der E GmbH.

Die Bekanntmachung enthielt unter Ziffer III.1.2), dort Nr. 3 und 4 die Forderung zur „Angabe der Gesamtumsätze der 3 letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre“ sowie zur „Angabe der Umsätze der 3 letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre in der Sparte Visualisierung.“ Weiter war der Hinweis enthalten: „Alle aufgeführten Punkte nach dieser Ziffer III.1.2) sind Mindestbedingungen.“

Der den Vergabeunterlagen beigefügte Fragebogen zur Eignungsprüfung enthielt folgende Forderung in Ziffer 1.1.4

*„III.1.3)3. Umsatzangaben des Gesamtunternehmens
(Ist-Ausschlusskriterium)*

Bitte machen Sie Angaben zum Umsatz in den letzten 3 vollen Geschäftsjahren.“

sowie in Ziffer 1.1.5

*„III.1.2)4. Umsatzangaben der letzten 3 Jahre in der Sparte Visualisierung
(Ist-Ausschlusskriterium)*

Angaben zum Umsatz des Unternehmens in den letzten 3 vollen Geschäftsjahren in der Sparte Visualisierung.“

Die Antragstellerin reichte einen Teilnahmeantrag ein. Zu ihren Umsätzen machte sie im Fragebogen zur Eignungsprüfung folgende Angaben:

„Gründung 21.11.2016

2017: (...) EUR

2018: (...) EUR“

In Bezug auf die Umsätze in der Sparte Visualisierung gab die Antragstellerin an:

„2016: Gründung

2017: (...) EUR

2018: (...) EUR“.

Mindestumsätzen waren weder in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen gefordert.

Die Antragstellerin wurde in der Folgezeit zur Angebotsabgabe aufgefordert und nahm an den Verhandlungen teil. Mit Schreiben vom 16.09.2019 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, dass ihr Angebot für den Zuschlag vorgesehen sei.

Mit Schreiben vom 15.10.2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin nunmehr mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da sich nachträglich ergeben habe, dass die Antragstellerin die an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gestellten Anforderungen nicht erfülle, da die Antragstellerin keine drei vollen Geschäftsjahre nachweisen könne.

Mit Schreiben vom 16.10.2019 rügte die Antragstellerin den Ausschluss wegen der vermeintlichen Nichterfüllung von Eignungskriterien. Die Rüge wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.10.2019 zurück. In diesem Schreiben stellte sie zudem ihre Eigenschaft als Sektorenauftraggeberin in Frage.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass weder aus der Bekanntmachung noch aus den Vergabeunterlagen hervorgehe, dass eine dreijährige Geschäftstätigkeit gefordert worden sei. Sie sei der Aufforderung, Angaben zu Umsätzen in drei Geschäftsjahren zu machen, nachgekommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die in dem Vergabeverfahren „(...)“ gegenüber der Antragstellerin getroffene Ausschlussentscheidung vom 15. Oktober 2019 als vergaberechtswidrig zurückzunehmen und das Angebot der Antragstellerin vom 15. August 2019 bei der Angebotswertung zu berücksichtigen,
2. der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird vollumfänglich zurückgewiesen,
2. die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens,
3. der Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, keine Sektorenauftraggeberin im Sinne des § 100 Abs. 1 GWB zu sein. Durch die Erteilung der Genehmigung zum Betrieb des Übertragungsnetzes seien ihr keine besonderen oder ausschließlichen Rechte gewährt worden. Zwar würden mittelbar mehr als 50 % der Anteile der Antragsgegnerin von öffentlichen Auftraggebern in Deutschland und Belgien gehalten werden, es liege jedoch kein beherrschender Einfluss auf die Antragsgegnerin durch die anderen öffentlichen Auftraggeber vor. Weder die K noch eine der an der P oder der PX beteiligten Kommunen hätten für sich genommen eine Anteilsmehrheit. Selbst wenn man es für ausreichend erachte, dass mehrere öffentliche Auftraggeber mittelbar die Anteile halten, könne dies im Fall der Antragsgegnerin nicht gelten, da belgische Kommunen in Deutschland keine Hoheitsrechte ausüben könnten.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin sei der Wortlaut der Bekanntmachung eindeutig. Aus Sicht eines objektiven Bieters sei die Forderung nach Angaben der Umsätze der drei letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre nur so zu verstehen, dass auch Geschäftsumsätze von drei Geschäftsjahren vorliegen müssten. Eine Einschränkung wie z.B. „soweit verfügbar“ sei nicht vorgenommen worden. Auch werde diese Auslegung durch die Formulierung im Fragebogen zur Eignungsprüfung und der dortigen Bezugnahme auf die Bekanntmachung bestätigt und konkretisiert.

Mit Beschluss vom 08.11.2019 hat die Vergabekammer die (...) dem Verfahren beigegeben.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass kein beherrschender Einfluss durch öffentliche Auftraggeber auf die Antragsgegnerin bestehe. Eine Steuerung des Beschaffungsverhaltens der Antragsgegnerin sei mangels gesellschaftsrechtlicher Mehrheit nicht möglich. Die, die PX und die K hätten unter keinem gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkt einzeln oder gemeinsam eine durch Gesellschaftsanteile vermittelte Stellung innerhalb des Unternehmenskonstrukts, die es ihnen ermögliche, ohne die Mitwirkung privater Gesellschafter das Beschaffungsverhalten der Antragsgegnerin zu steuern. Damit liege keine Mehrheitsbeteiligung öffentlicher Auftraggeber vor, die eine Beherrschungsvermutung begründen würde.

Weiterhin vertritt die Beigeladene in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 07.01.2020 die Ansicht, dass bei der Annahme einer missverständlichen Formulierung der Eignungsanforderung das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen sei. Im Falle der Rückversetzung lediglich in den Stand vor der Wertung habe die Antragstellerin andernfalls einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass einige Interessenten aufgrund einer strengeren Auslegung der Eignungsanforderung von der Abgabe eines Angebotes abgesehen hätten.

Mit Beschluss vom 05.12.2019 hat die Vergabekammer der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt.

In der mündlichen Verhandlung am 16.12.2019 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Angaben zur Stimmrechtsverteilung konnte die Antragsgegnerin keine machen.

Ergänzend wird auf die ausgetauschten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verfahrensakte und Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg. Er ist zulässig (nachfolgend A.) und begründet (nachfolgend B.).

A.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.

Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB. Sie ist Betreiberin eines Übertragungsnetzes und damit ein Energieversorgungsunternehmen in der Rechtsform einer GmbH nach deutschem Recht. Die Antragsgegnerin hat die Aufgabe, die Übertragung von Elektrizität wahrzunehmen und ist verantwortlich für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen. Als Übertragungsnetzbetreiberin übt die Antragsgegnerin Sektorentätigkeiten auf dem Gebiet der Elektrizität nach § 102 Abs. 2 GWB aus. Die vorliegende Beschaffung auch dient der Ausübung dieser Tätigkeiten.

a)

Die Antragsgegnerin übt die Sektorentätigkeiten entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht aufgrund der Gewährung ausschließlicher oder besonderer Rechte durch eine zuständige Behörde aus.

Nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) GWB sind natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts Sektorenauftraggeber, wenn sie Sektorentätigkeiten nach § 102 GWB aufgrund ausschließlicher oder besonderer Rechte ausüben, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden. Nach § 100 Abs. 2 GWB sind ausschließliche oder besondere Rechte solche, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Keine besonderen oder ausschließlichen Rechte in diesem Sinne sind Rechte, die aufgrund eines Verfahrens nach den Vorschriften dieses Teils oder aufgrund eines sonstigen Verfahrens gewährt wurden, das angemessen bekannt gemacht wurde und auf objektiven Kriterien beruht.

Im nationalen Energierecht gibt es ein solches besonderes bzw. ausschließliches Recht nicht mehr (vgl. Marx in: Danner/Theobald, Energierecht, 101. EL Mai 2019, Rn. 49 f.).

Die Genehmigung zum Betrieb eines Übertragungsnetzes durch die zuständige Behörde gemäß § 4 EnWG kann grundsätzlich jedes Unternehmen beantragen und bei Erfüllung der Voraussetzungen auch erhalten. Ebenso verhält es sich mit der Zertifizierung durch die Regulierungsbehörde gemäß § 4a EnWG. Auch eine solche begründet kein besonderes oder ausschließliches Recht (vgl. EuGH, Urteil vom 12.12.2013, C-327/12). Weder die Genehmigung noch die Zertifizierung begründen ein ausschließliches oder besonderes Recht im Sinne des § 100 Abs. 2 GWB. Auch wenn es in Deutschland faktisch keinen Wettbewerb unter oder mit den vier, auch in § 2 Nr. 3a StromNEV namentlich aufgeführten, Netzbetreibern gibt und insbesondere in der jeweiligen Regelungszone ein Monopol besteht, so besteht dies nicht in Folge der Gewährung i.S.v. § 100 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB durch eine zuständige Behörde. Die Duldung eines solchen Oligopols durch eine Behörde reicht nach dem Wortlaut des § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) GWB gerade nicht aus (so auch OLG München, Beschluss vom 28.08.2019, Verg 15 / 19; anders noch: VK Lüneburg, Beschluss vom 30.09.2015 - VgK - 30 / 2015). Vielmehr ist dieses Oligopol bzw. Monopol in der jeweiligen Regelungszone historisch und geographisch gewachsen, aber rechtlich nicht im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechtes geschaffen worden und in Stein gemeißelt.

b)

Die Antragsgegnerin ist jedoch Sektorenauftraggeberin im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB.

Sie ist eine juristische Person des privaten Rechts mit Sitz in Deutschland. Mehr als die Hälfte des Unternehmenskapitals ist im Besitz öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3. Denn die K sowie belgische Kommunen und der Zweckverband besitzen insgesamt und unstreitig 58,488 % der Anteile an der EX, die zu 100 % die Anteile an der Antragsgegnerin hält.

Nach § 100 Abs. 3 GWB wird die Ausübung eines beherrschenden Einflusses im Sinne von Absatz 1 Nr. 2 lit. b) vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt. Diese Vermutung konnte die Antragsgegnerin nicht widerlegen.

Unstreitig sind belgische Kommunen und die K insgesamt mit mehr als der Hälfte an der Gesellschaft der Antragsgegnerin beteiligt. Die K ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Abs. 2 GWB, ebenso sind gemäß Art. 3 Nr. 3 RL 2014/25/EU i.V.m. der Verordnung (EG) Nr. 1059/2003 die belgischen Kommunen öffentliche Auftraggeber. Die PX als kommunaler Zweckverband ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Abs. 3 GWB.

Dass ein beherrschender Einfluss der an der Antragsgegnerin beteiligten öffentlichen Auftraggeber tatsächlich nicht gegeben ist, konnte die Antragsgegnerin nicht nachweisen. Aufgrund der in § 100 Abs. 3 Nr. 1 GWB geregelten Vermutungswirkung trägt die Antragsgegnerin die Beweislast dafür, dass ein beherrschender Einfluss tatsächlich nicht vorliegt oder aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 09.12.2014 - 1 / SVK / 032 – 14; Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018 Rn. 20)

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin werden die belgischen Kommunen nicht hoheitlich tätig, sondern im Bereich des Privatrechts, so dass die staatlichen Gebietsgrenzen insofern kein Hindernis darstellen. Vor dem Hintergrund der europaweiten Geltung der vergaberechtlichen Regelungen kann und darf es keinen Unterschied machen, ob ein deutscher oder anderer europäischer Auftraggeber im Sinne des Art. 3 Nr. 3 RL 2014/25/EU an einem Unternehmen wie dem der Antragsgegnerin unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Die Aufteilung der Anteile an der Antragsgegnerin auf mehrere öffentliche Auftraggeber auch aus verschiedenen europäischen Staaten führt zu keiner anderen Beurteilung (vgl. Dörr in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 100 Rn. 34, 39). Denn im vorlie-

genden Verfahren handelt es sich bei den anderen öffentlichen Auftraggebern, die an den Anteilen der Antragsgegnerin zumindest mittelbar beteiligt sind, ausschließlich um solche, die ebenfalls dem europäischen Vergaberecht unterfallen.

Anders als die Antragsgegnerin meint, ist es auch nicht erforderlich, dass *ein* öffentlicher Auftraggeber an einem Unternehmen die Mehrheit der Anteile hält. Soweit die Antragsgegnerin zudem meint, der beherrschende Einfluss scheidet bereits deshalb aus, da die belgischen Kommunen nicht die X beherrschen, die die meisten Anteile mittelbar an der Antragsgegnerin hält, vermag dieses Argument nicht zu überzeugen.

§ 100 Abs. 3 Nr. 1 GWB fordert zwar nur einen Auftraggeber, der unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt. Diese Formulierung schließt aber die Beherrschung durch mehrere öffentliche Auftraggeber nicht aus (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 09.12.2014 - 1 / SVK / 032 – 14; Dörr in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 100 Rn. 39; Eschenbruch/Opitz/Röwenkamp, SektVO, 2. Aufl. 2019, § 102 Rn. 64).

Soweit die Beigeladene die Auffassung vertritt, dass die Vermutung des § 100 Abs. 3 Nr. 1 GWB widerlegt sei, da es gesellschaftsrechtlich nicht möglich sei, in tatsächlicher Hinsicht auf die Antragsgegnerin und ihr Beschaffungsverhalten Einfluss zu nehmen, da keiner der öffentlichen Auftraggeber über die tatsächliche Mehrheit an der EX verfüge, vermag sie mit diesem Einwand nicht durchzudringen. Es ist nicht vorgetragen worden, dass es aufgrund von Stimmrechtsverhältnissen tatsächlich ausgeschlossen ist, dass eine entsprechende Einflussnahme möglich ist. Allein der Hinweis, dass sich aus den Angaben auf der Homepage keine besonderen Stimmrechte P und PX ergeben, genügt zur Entkräftung nicht. Zwar mag bei alleiniger Betrachtung der Anteile zunächst eine Beherrschung ausgeschlossen, da P und PX über keine Mehrheit an der EX und daher zunächst innerhalb des Konzerns über keine entsprechende Mehrheit verfügen. Allerdings ist seitens der Antragsgegnerin nichts dazu vorgetragen worden, wie sich die Stimmrechte verteilen. Hierzu äußerte sie in der mündlichen Verhandlung lediglich, keine Angaben darüber machen zu können. Auch wies sie im Schriftsatz vom 07.11.2019 darauf hin, über keine Informationen über die Gesellschaftsverträge zu verfügen. § 100 Abs. 3 GWB stellt eine Vermutungswirkung für den Fall auf, dass eine Beherrschung vermutet wird, sofern öffentliche Auftraggeber mehr als die Hälfte an Anteilen halten. Für die Widerlegung dieser Vermutung bedarf es neben der rein zahlenmäßigen Betrachtung, wie sie die Beigeladene vorgenommen hat, daher ebenfalls einer Darlegung der Stimmrechtsverhältnisse. Auch bei einer zahlenmäßig nicht bestehenden Mehrheit ist es gesellschaftsrechtlich möglich, über entsprechende Stimmrechts- oder

Stimmbindungsvereinbarungen zumindest auch in Bezug auf gewisse Tätigkeiten jenen Anteilseignern Stimmrechte zu übertragen, die über keine Mehrheit verfügen. Der Vortrag der Beigeladenen ist daher lediglich ein Indiz, jedoch keine Widerlegung der gesetzlich verankerten Beherrschungsvermutung.

2.

Im Übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages. Bei der streitgegenständlichen Beschaffung handelt es sich auch um einen öffentlichen Auftrag, der nach den vergaberechtlichen Regelungen zu vergeben ist. Denn die zu vergebenen Leistungen zur Unterstützung (...) steht in Zusammenhang mit der Sektorentätigkeit nach § 102 Abs. 2 Nr. 1 GWB und dient damit den durch die Antragsgegnerin zu erfüllenden Aufgaben.

Weiterhin ist die Antragstellerin antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB und rügte den aus ihrer Sicht bestehenden Vergaberechtsverstoß und die damit verbundene Rechtsverletzung fristgerecht im Sinne des § 160 Abs.3 S. 1 Nr. 1 GWB.

B.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Antragstellerin wurde zu Unrecht wegen der vermeintlichen Nichterfüllung von Eignungskriterien aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit nicht wirksam gefordert worden und stellt keine Mindestanforderung dar.

Mindestanforderungen an die Eignung konkretisieren die allgemeinen Eignungsmerkmale der wirtschaftlichen, finanziellen, technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. Dem Auftraggeber obliegt bei der Festlegung von Mindestbedingungen die Bestimmungsfreiheit, wobei die aufgestellten Mindestanforderungen angemessen und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014 – VII-Verg 21/14).

Die Eignungskriterien sind gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB in der Bekanntmachung, Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Ein potentieller Bieter soll bereits aus der Bekanntmachung heraus erkennen können, welche Anforderungen an die Eignung gestellt werden, um prüfen zu können, ob er die Anforderungen erfüllen kann.

Die Bekanntmachung ist ebenso wie die Vergabeunterlagen der Auslegung zugänglich (vgl. OLG München, Beschluss v. 22.01.2016 – Verg 13/15). Maßgeblich dafür ist der objektive

Empfängerhorizont eines durchschnittlich fachkundigen des angesprochenen Bieterkreises. Aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters ist aus der Bekanntmachung nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin eine mindestens dreijährige geschäftliche Tätigkeit forderte, mithin über einen Zeitraum von mindestens 36 Monaten. In Ziffer III.1.2), dort Nr. 3 und 4 werden „Angabe der Gesamtumsätze der 3 letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre“ sowie zur „Angabe der Umsätze der 3 letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre in der Sparte Visualisierung“ gefordert.

Daraus ergibt sich weder, dass ein Geschäftsjahr zwölf Monate umfassen muss (was handelsrechtlich auch nicht zwingend ist, vgl. Umkehrschluss aus § 240 Abs. 2 S. 2 HGB) und hier folglich Angaben zu Umsätzen aus mindestens 36 Monaten zu machen sind, noch, dass das bietende Unternehmen seit mindestens 36 Monaten geschäftlich tätig gewesen sein muss (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 20.01.2017 - 1 / SVK / 030 – 16) . Es wurde auch kein Mindestumsatz gefordert, so dass aus der Bekanntmachung ebenfalls nicht ersichtlich ist, dass ein Umsatz größer 0,- € anzugeben ist.

Im Fragebogen wurde abweichend von der Bekanntmachung die Angabe der Umsätze in den letzten drei *vollen* Geschäftsjahren verlangt. Ob die Formulierung „volle Geschäftsjahre“ möglicherweise zur Forderung einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit führt, kann vorliegend dahinstehen. Denn maßgeblich ist die Formulierung in der Bekanntmachung und aus dieser ergibt sich eine solche gerade nicht. Ergeben sich Widersprüche zwischen Forderungen in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen, ist die Bekanntmachung maßgeblich (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 24.04.2014 - 13 Verg 2/14; VK Südbayern, Beschluss vom 22.12.2015 - Z3-3-3194-1-48-09/15).

Soweit die Beigeladene meint, die Formulierung „voller Geschäftsjahre“ in den Vergabeunterlagen sei lediglich eine Konkretisierung der Formulierung in der Bekanntmachung, kann dem nicht gefolgt werden.

Eignungsanforderungen können in den Vergabeunterlagen grundsätzlich konkretisiert werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2019 - Verg 54/18; OLG Celle, Beschluss vom 03.07.2018 - 13 Verg 8 / 17). Konkretisierungen dürfen die in der Bekanntmachung aufgestellten Kriterien und Nachweise jedoch nicht inhaltlich ändern, mithin dürfen die Vergabeunterlagen keine Verschärfungen (oder Aufweichungen) der Kriterien und Nachweise enthalten.

Für die Kammer ist nicht erkennbar, dass die Formulierung in den Vergabeunterlagen die Anforderung aus der Bekanntmachung konkretisieren soll. Es entsteht vielmehr der Eindruck, dass die Antragsgegnerin die Formulierung aus der Bekanntmachung wiederholen wollte und dabei die unterschiedliche Wortwahl schlicht übersehen hat. Aus der Formulierung „abgeschlossene Geschäftsjahre“ ist wie zuvor bereits ausgeführt nicht erkennbar, dass von Bieter eine mindestens 36-monatige Geschäftstätigkeit gefordert wird. Ebenso ist nicht erkennbar, dass ein abgeschlossenes Geschäftsjahr zwölf Monate umfassen muss und ein Rumpfgeschäftsjahr mit weniger als zwölf Monaten damit ausgeschlossen sein soll. Insofern stellt die Formulierung „volle Geschäftsjahre“ in den Vergabeunterlagen keine Konkretisierung dar, sondern vielmehr eine Ausweitung der Anforderung auf Geschäftsjahre mit mindestens zwölf Monaten, die nach Überzeugung der Kammer von der Antragsgegnerin nicht einmal beabsichtigt war. Auch enthalten die Vergabeunterlagen keine konkretisierenden Ausführungen dahingehend, was der Antragsgegner unter „abgeschlossenen Geschäftsjahren“ verstehen will.

Der Hinweis darauf, dass es sich bei den aufgeführten „Punkten“ um Mindestbedingung handle, vermag hieran nichts zu ändern. In dem Fragebogen zur Eignungsprüfung, der den Vergabeunterlagen beilag und von den Bietern auszufüllen war, werden die Umsatzangaben jeweils als „Ist Ausschlusskriterium“ gekennzeichnet. Es ist nicht fernliegend, dass ein Bieter sowohl den Hinweis in der Bekanntmachung auf eine Mindestbedingung als auch die Kennzeichnung als Ausschlusskriterium so versteht, dass diese Angaben jeweils zu machen sind, um nicht ausgeschlossen zu werden, mithin, dass eine Angabe als solche zwingend erforderlich sein soll.

Letztlich entspricht diese Auslegung sogar der zunächst von der Antragsgegnerin selbst vertretenen Auffassung. Dies ergibt sich aus der Vergabeakte und dem intensiv geführten Schriftverkehr mit den Bevollmächtigten des seinerzeit rügenden Bieters. Bis zur Übersendung der neuen Vorabinformationsschreiben 15.10.2019 ging selbst die Antragsgegnerin von dieser Auslegung aus. Sowohl aus Sicht der Antragsgegnerin als auch aus Sicht der Antragstellerin waren der Wortlaut und die Intention der Forderung nach Umsatzzahlen in der Bekanntmachung daher eindeutig. Wenn folglich bereits die Antragsgegnerin bei der Erstellung der Bekanntmachung ein anderes Verständnis hatte als sie jetzt im Nachprüfungsverfahren vorträgt, ist es nicht ausgeschlossen, dass auch ein durchschnittlich fachkundiger Bieter die Bekanntmachung entsprechend versteht und eine Forderung nach einer mindestens dreijährigen geschäftlichen Tätigkeit nicht erkennt. Sofern die Beigeladene die Bekanntmachung nach Erhalt des ersten Vorabinformationsschreibens vom 16.09.2019 anders auslegte, ist

diese Interpretation ebenso nicht gänzlich ausgeschlossen. Dies hat jedoch sodann die Uneindeutigkeit bzw. Mehrdeutigkeit der Nachweisforderung zur Folge.

Ist eine Forderung in der Bekanntmachung nicht wirksam aufgestellt oder wie vorliegend mehrdeutig, kann ein Auftraggeber keinen Ausschluss auf die Nichterfüllung dieser Forderung stützen. Denn Unklarheiten in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen gehen grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018 – Verg 52/1). Im Ergebnis enthält die Forderung in der Bekanntmachung daher lediglich die Pflicht zur Angabe von Umsätzen der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre. Dieser Forderung kam die Antragstellerin nach.

C)

Nach alledem ist der Ausschluss der Antragstellerin aufgrund der vermeintlichen Nichterfüllung eines Eignungsnachweises rechtsfehlerhaft. Die Wertung ist bei fortbestehender Beschaffungsabsicht durch die Antragsgegnerin unter Berücksichtigung der Antragstellerin und ihres Angebotes zu wiederholen, dass Vergabeverfahren somit in den Stand vor der Wertung zurückzusetzen. Die Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor der Wertung stellt das mildeste Mittel dar, um die vorliegende Rechtsverletzung zu heilen. Denn die Rechtsverletzung in Form des Angebotsausschlusses aufgrund eines nicht in der Bekanntmachung enthaltenen Eignungskriteriums bzw. -nachweises erfolgte in der Wertungsphase. Die Vergabekammer kann die Antragsgegnerin aufgrund der bestehenden Vertragsfreiheit nicht zur Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin verpflichten, auch wenn die Wertung im Grunde abgeschlossen ist und ausweislich der Vergabedokumentation das Angebot der Antragstellerin sich als das wirtschaftlichste Angebot herausgestellt hat.

Eine Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Veröffentlichung der Bekanntmachung, wie es die Beigeladene für erforderlich hält, ist durch die Kammer vorliegend nicht anzuordnen. Die in der Bekanntmachung geforderten Angaben zu Umsätzen sind unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer, dass hierin *keine* Forderung nach einer mindestens 36-monatigen Geschäftstätigkeit zu sehen ist, wirksam. Eine daraus resultierende Absenkung des Eignungsniveaus ist letztlich die rechtliche Folge und hinzunehmen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss 28.11.2012, VII - Verg 8 / 12). Einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil der Antragstellerin bei einer Rückversetzung des Vergabeverfahrens lediglich in den Stand vor der Wertung vermag die Kammer nicht zu erkennen. Anders als in der von der Beigeladenen zitierten Entscheidung der VK Bund (Beschluss vom 22.07.2015 - VK 2 - 61 / 15) sind im vorliegenden Verfahren keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass weitere Interessenten vorhanden waren, die kein Angebot abgegeben haben und dies möglicherweise

auf eine fehlerhafte Bewertung der Bekanntmachung zurückzuführen ist bzw. dies nicht ausgeschlossen werden kann. Darüber hinaus entfällt das Eignungskriterium vorliegend nicht gänzlich, sondern ist lediglich in abgeschwächter Form anzuwenden.

III.

Der nicht nachgelassenen Schriftsatz der Beigeladenen vom 07.01.2020 sowie die Schriftsätze der Antragsgegnerin und der Beigeladenen vom 13.01.2020 bzw. 16.01.2020 aufgrund der Nachfrage der Kammer zur Verteilung der Anteile zum Zeitpunkt der Bekanntmachung geben keine Veranlassung, entsprechend § 156 ZPO die mündliche Verhandlung wiederzu-eröffnen. Sie betreffen Rechtsfragen, die bereits Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB haben der Antragsgegner und die Beigeladene die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Die Beigeladene beteiligte sich erst innerhalb der mündlichen Verhandlung und danach mit Schriftsätzen aktiv am Verfahren. Auch wenn sie keine Anträge stellte, ist ihr Rechtsschutzziel aus ihrem Vortrag erkennbar, so dass es billigem Ermessen entspricht, sie auch an den Kosten des Verfahrens sowie der Erstattung der notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zu beteiligen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 27.08.2008 - 13 Verg 2 / 08).

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Kammer zieht insofern als Ausgangspunkt die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer den Bruttoauftragswert der Antragstellerin für sechs Projekte zugrunde, der sich in einem niedrigen Millionenbereich bewegt. Orientiert an der Gebührentabelle ergibt sich eine Gebühr in Höhe von (...) EUR. Dieser Wert spiegelt auch den in dem vorliegenden Verfahren durchschnittlichen Aufwand der Vergabekammer wider. Eine Absenkung der Gebühr kam aufgrund der intensiven Befassung mit Rechtsprechung und Literatur insbesondere zu der Frage der Eigenschaft als Sektorenauftraggeber nicht in Betracht.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG notwendig. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26. August 2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.).

Neben der Frage der Eigenschaft als Sektorenauftraggeber, die auch in Rechtsprechung und Literatur noch unterschiedlich beantwortet wird, waren auch die Auslegung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen sowie die Frage nach der wirksamen Aufstellung von Eignungskriterien streitig. Es handelt sich dabei um vergaberechtlich komplexe und nicht einfachgelagerte Sachverhalte, die selbst in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt sind. Der Antragstellerin müssen die hier streitgegenständlichen vergaberechtlichen Regelungen insbesondere auch in prozessualer Hinsicht nicht so geläufig sein, dass sie gegenüber der Vergabekammer selbst hätte vortragen können.

V.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Vorsitzende

xxx

Hauptamtlicher Beisitzer

xxx

Ehrenamtliche Beisitzerin

xxx

