



## B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

die ...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

Antragsgegnerin,

beigeladen:

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen des Vergabeverfahrens „...“,

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. ... am 31. August 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb in der Folge des vor der Vergabekammer zum Aktenzeichen VK – B 2 – 9/20 geführten Nachprüfungsverfahrens mit am ... Mai 2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2020/S ... ) erfolgter Bekanntmachung OP-Tische mit Zubehör für den Neubau eines OP-Funktionsgebäude und einer Rettungsstelle im technisch über eine Vergabepattform abgewickelten offenen Verfahren aus. Unter Ziffer I.3) Kommunikation der Bekanntmachung fand sich Folgendes:

„Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter: <https://www...>  
Weitere Auskünfte erteilen/erteilt die oben genannten Kontaktstellen  
Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen elektronisch via:  
<https://www.dtv.de/...> “

Im Abschnitt III der Bekanntmachung (Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben) fanden sich keine Angaben. Als Schlusstermin zur Abgabe der Angebote gab die Bekanntmachung den 2. Juni 2020 – 10 Uhr an.

Teil der über die Vergabepattform abrufbaren Vergabeunterlagen waren eine Aufforderung zur Angebotsabgabe und die Leistungsbeschreibung. Aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe ergab sich, dass fehlende Unterlagen, deren Vorlage mit dem Angebot gefordert war, nachgefordert werden sollten. Weiter wurde bestimmt, dass auf gesondertes Verlangen Unterlagen vorzulegen seien, die im Formblatt V 216.H F verzeichnet wären. In jenem Formular hieß es unter anderem:

„2 Unterlagen, die auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen sind [...] 2.2 unternehmensbezogene Unterlagen (Bestätigungen der Eigenerklärungen) [...] Erklärung zur Zahl der in den letzten 3 Jahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Lohngruppen, mit extra ausgewiesenem Leitungspersonal“

In der – nach Einarbeitung von Bieterfragen konsolidierten – Leistungsbeschreibung heißt es auszugsweise:

„Zur Leistung des Bieters gehört die Erfüllung der Aufgaben, die den Anwender in die Lage versetzen, die Einbaugeräte, die Medizinprodukte sind, gemäß MPBetrVO zu betreiben. Insbesondere gehören zu den Leistungen die Lieferung von Bedienungsanleitungen und Wartungsempfehlungen in deutscher Sprache und die Einweisung in die Geräte durch einen Medizinproduktbeauftragten samt dem Beleg (Einweisungsprotokoll). [...]“

Für die beschriebene Konfiguration müssen alle Zubehörteile, welche für die Mindestausstattung als unbedingt notwendig erachtet werden, im Angebotpreis enthalten sein. Das im Paketpreis angebotene System muss voll funktionsfähig sein, d. h. es muss alle Teile enthalten, deren Fehlen die Funktion beeinträchtigen würde, auch wenn diese Teile in der Leistungsbeschreibung nicht ausdrücklich erwähnt sind. [...]

#### 1. OP-Tisch

##### 1.1. Tischsäule

##### 1.1.10. Mobile OP-Tischsäule

##### Mobile OP-Tischsäule

zur Aufnahme von OP-Lagerflächen im Wechsellattensystem.

Die mobile OP-Tischsäule sowie zugehörige

Systemkomponenten kommen in einem OP-Raum mit DaVinci Robotersystem zur Anwendung.

Mindestanforderungen (Systemeigenschaften):

- OP-Tischsäulen-Querschnitt von 300x300 mm bis 400x400mm
- zum Umsetzen mittels separaten Transportwagens
- flüssigkeitsdichte Konstruktion

- alle motorischen Bewegungen und Fahrzustände sind ruckfrei zu gestalten

- Stromversorgung der OP-Tischsäule über wartungsfreie Akkumulatoren, Akkukapazität ausreichend für mind. 15 Minuten Dauernutzung ohne Zwischenladung

- Trafоеinheit (extern oder in Säule integriert) zum Anschluss der OP-Tischsäule an eine Netzspannungsversorgung zum Betrieb und zum Laden der Akkumulatoren.

- Anzeige Ladezustand

- beidseitige OP-Lagerflächenübernahme

- automatische Erkennung der Orientierungsrichtung

- Kollisionsschutz

- Ansteuerung der motorischen Bewegungen des OPTisch-Systems über ein kabelloses Bediengerät sowie eine in der Säule integrierte Bedieneinheit

- 0-Stellungsfunktion (Horizontalposition)

Hinweis: Unter Horizontalposition ist die ebene bzw. waagerechte (horizontale) Ausrichtung des OP-Tisches zu verstehen.

Das Erreichen der Horizontalposition durch ein Auslösen der 0-Stellungsfunktion stellt eine grundsätzliche Mindestanforderung dar. Sollten dem Benutzer mit Auslösung der 0-Stellungsfunktion weitere Funktionalitäten zur Verfügung stehen, so ist dies zulässig.

- motorische Kantung und motorische Trendelenburgverstellung
- Kantung und Trendelenburg kombinierbar [...]

#### 1.1.30. Stationäre OP-Tischsäule

Stationäre OP-Tischsäule

zur Aufnahme von OP-Lagerflächen im Wechsellattensystem.

Mindestanforderungen (Systemeigenschaften):

- OP-Tischsäulen-Querschnitt von 300x300 mm bis 400x400mm
- flüssigkeitsdicht montiert
- bündig mit Oberkante Fertigfußboden
- in beliebiger Position feststellbar
- alle motorischen Bewegungen und Fahrzustände sind ruckfrei zu gestalten
- Stromversorgung der OP-Tischsäule über Trafоеinheit (extern oder in Säule integriert) einschl. Akkupuffer, Akkukapazität ausreichend für mind. 15 Minuten Dauernutzung ohne Zwischenladung
- beidseitige OP-Lagerflächenübernahme
- automatische Erkennung der Orientierungsrichtung
- Kollisionsschutz
- Ansteuerung der motorischen Bewegungen des OPTisch-Systems über ein kabelloses Bediengerät sowie eine in der Säule integrierte Bedieneinheit
- 0-Stellungsfunktion (Horizontalposition)

Hinweis: Unter Horizontalposition ist die ebene bzw. waagerechte (horizontale) Ausrichtung des OP-Tisches zu verstehen.

Das Erreichen der Horizontalposition durch ein Auslösen der 0-Stellungsfunktion stellt eine grundsätzliche Mindestanforderung dar. Sollten dem Benutzer mit Auslösung der 0-Stellungsfunktion weitere Funktionalitäten zur Verfügung stehen, so ist dies zulässig.

- Kantung und Trendelenburg kombinierbar [...]

#### 1.1.40. Kabelloses Bediengerät

Kabelloses Bediengerät

zur Ansteuerung aller motorischen Funktionen des OP-Tisch-Systems.

Mindestanforderungen (Systemeigenschaften):

- desinfektionsmittelbeständiges Kunststoffgehäuse mit Folientastatur
- Sicherheitsschaltung für eindeutige Zuordnung der Ansteuerung des OP-Tisch-Systems durch codierbare Sendekanäle

[...]

#### 1.2. Lagerflächen

Allgemeine Anforderungen Lagerflächen

Die Lagerflächen sind zu den zuvor beschriebenen Systemkomponenten (mobile / stationäre Säule) sowie OPLagerflächen-Transporter kompatibel.

Sämtliche Plattenkomponenten müssen elektronisch und automatisch erkannt und in der Funktionsbelegung

berücksichtigt werden.

Alle angebotenen Lagerflächen und ggf. ihre Polster sind elektrisch leitfähig auszuführen. [...]

#### 1.2.10. Universallagerfläche

Universallagerfläche

Modulare Universallagerfläche für verschiedene chirurgische Disziplinen.

Technische Mindestanforderungen:

- 2-teilige Tischplatte
- modular ergänzbar durch Rücken-, Kopf- und Beinplatten
- Standard-Patientenlagerungen ohne Umbau in einer Orientierungsrichtung
- elektromotorischer Antrieb der OP-Lagerfläche [...]
- motorische Längsverschiebung:  $\geq 350$  mm“

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben jeweils fristgerecht ein Angebot ab. Das Angebot der Antragstellerin war mit ... EUR preislich das niedrigste. Die Beigeladene gab in ihrem Angebotsschreiben an, sie sei präqualifiziert und im Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (ULV) und im Präqualifikationsverzeichnis eingetragen.

Mit Nachricht vom 2. Juni 2020 forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin unter anderem wie folgt auf:

„Zur weiteren Prüfung werden noch folgende Unterlagen von Ihnen benötigt und sind hiermit auf Verlangen der Vergabestelle nachzureichen:

- Aufgliederung Arbeitskräfte nach Lohngruppen [...]

Wir bitten um Übermittlung der genannten Unterlagen gemäß § 16a EU VOB/A bis spätestens 08.06.2020.“

Mit Schreiben vom 3. Juni 2020 übermittelte die Antragstellerin eine Mitarbeiteraufstellung und teilte in dem Anschreiben dazu unter anderem mit:

„bezugnehmend auf das von uns zum o.g. Vergabeverfahren eingereichte Angebot sowie Ihre Nachforderung vom 02.06.2020 erhalten Sie anbei die entsprechenden Unterlagen: [...]

- Als Nachweis der Aufgliederung unserer Arbeitskräfte nach Lohngruppen erhalten Sie anbei unsere Mitarbeiteraufstellung. Eine detailliertere Aufstellung nach Lohngruppen darf aus firmeninternen Gründen leider nicht herausgegeben werden. Unsere Nachweise der Tariftreue, Mindestlohn sowie Kernarbeitsnormen wurden unseren Unterlagen bereits beigelegt. Sie erhalten diese anbei nochmals zur Kenntnis. Wir hoffen, dass diese Unterlagen als Nachweis akzeptiert werden können.“

Hinsichtlich der Einzelheiten der Mitarbeiteraufstellung wird auf die der Kammer vorliegende Vergabeakte verwiesen.

Mit Schreiben vom 25. Juni 2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie sie vom Verfahren ausschließe. Ihr Angebot sei gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A vom Verfahren auszuschließen, da sie eine Erklärung auf Anforderung nicht innerhalb der angegebenen Frist vorgelegt habe. Die von ihr mit dem Schreiben vom 3. Juni übermittelten weiteren Dokumente enthielten nicht die geforderten Angaben, insbesondere sei in der Mitarbeiteraufstellung keine Aufgliederung der Arbeitskräfte nach Lohngruppen erfolgt. Bei Lohngruppen handele es sich um die Eingruppierung der im Baugewerbe beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe nach § 5 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV). Unterschieden würden 6 Lohngruppen, denen § 5 BRTV jeweils Tätigkeiten und Qualifikationen der Arbeitnehmer zuordne. Dementsprechend könne die Antragsgegnerin sich anhand der Arbeitskräfte in den einzelnen Lohngruppen ein Bild darüber verschaffen, wie viele Arbeitskräfte mit welcher fachlichen Qualität bei einem Bieter tätig seien. Die Unterscheidung in Lohngruppen finde sich in der von der Antragstellerin vorgelegten Aufstellung nicht wieder. Vielmehr erfolge eine Unterscheidung in Angestellte, Gewerbliche, Auszubildende, Trainees und Dipl./Prakt./Werkst. Dies sei nicht ausreichend, da es nicht dem Informationsinteresse im Hinblick auf die fachliche Qualität der vorhandenen Arbeitskräfte genüge. Der Antragstellerin sei dies auch bewusst gewesen, da sie darauf hingewiesen habe, dass die geforderte Aufstellung nach Lohngruppen aus firmeninternen Gründen nicht herausgegeben werden könne. Die angeforderte Erklärung sei demzufolge nicht vorgelegt worden. Als Folge sei ihr Angebot zwingend vom Verfahren auszuschließen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 29. Juni 2020 ließ die Antragstellerin ihren Ausschluss aus dem Verfahren rügen. Die von der Antragsgegnerin nunmehr vorgenommene Spezifizierung der Lohngruppen sei den verwendeten Formblättern nicht zu entnehmen gewesen. Es handele sich vorliegend auch nicht um einen „echten“ Bauvertrag, sondern vielmehr um eine Lieferleistung, die nur in ein Bauvorhaben eingebettet sei. Medizinprodukteunternehmen wie sie beschäftigten die von der Antragsgegnerin genannten Berufsgruppen nicht. Es bestehe auch kein Bedarf für eine entsprechende Erklärung. Es sei zudem auszuschließen, dass die Beigeladene die geforderte Aufstellung liefern könne, da sie nach ihrer Marktkenntnis ebenfalls nicht über die genannten Berufsgruppen verfüge. Dann seien gegebenenfalls beide Bieter auszuschließen und das Vorhaben neu auszuschreiben. Im Übrigen habe sie auch in dem vorangegangenen Verfahren keine entsprechende Erklärung

abgegeben, was belege, dass die genannten Berufsgruppen für den vorliegenden Auftrag nicht von Relevanz seien.

Mit Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin vom 1. Juli 2020 ließ jene die Rüge zurückweisen. Es handele sich um eine Ausschreibung nach VOB/A, in deren § 6a EU Nr. 3 lit. g die Erklärung zur Zahl der Arbeitskräfte ausdrücklich vorgesehen sei. Wenn sie eine entsprechende Aufstellung nur aus firmeninternen Gründen nicht herausgebe, zeige dies, dass sie die Anforderung zwar erfüllen könne, aber nicht wolle. Schließlich habe die Antragstellerin die Anforderung der Erklärung auch nicht fristgerecht gerügt und sei daher insofern nun präkludiert.

Am 2. Juli 2020 hat zunächst die Antragsgegnerin eine Schutzschrift bei der Vergabekammer des Landes Berlin hinterlegen und danach die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung stellen lassen, der der Antragsgegnerin durch die Kammer am 3. Juli 2020 übermittelt worden ist. Mit Beschluss vom gleichen Tag hat die Kammer auch die Beiladung des anderen an der Vergabe als Bieterin beteiligten Unternehmens ausgesprochen.

Mit Schriftsatz vom 16. Juli 2020 hat die Antragsgegnerin erklärt, dass Angebot der Antragstellerin sei nach §§ 16 EU Nr. 2 in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A vom Verfahren auszuschließen, weil es nicht die im Leistungsverzeichnis aufgestellten Mindestanforderungen erfülle. Es genüge den Mindestanforderungen nicht, dass etwa die Universallagerfläche über das in die Säule integrierte Bedienfeld nur in eine Richtung bewegt werden könne.

Die Antragstellerin trägt unter Vertiefung ihrer aufrecht erhaltenen Rüge unter anderem vor, die Anforderung einer nach „bautypischen“ Lohngruppen gegliederten Aufstellung sei für im Medizintechnikbereich tätige Bieter nicht erfüllbar. Dies habe sie auch rechtzeitig, nämlich kurz nachdem sie von diesem Verständnis mit dem Ausschluss schreiben erfahren habe, gerügt. Eine entsprechende Forderung sei keineswegs branchenüblich. Die Antragsgegnerin sei an ihr Vorgehen gebunden und daher verpflichtet, sie und die Beigeladene insoweit gleich zu behandeln. Sie könne daher auf dieser Grundlage der Beigeladenen nicht den Zuschlag erteilen, da jene entweder die Anforderung auch nicht erfülle oder die Anforderung gegenüber allen Bietern fallen gelassen werden müsse. Aus ihrem Schreiben vom 3. Juni 2020 gehe nicht

hervor, dass sie selbst davon ausgegangen sei, keine Aufstellung nach Lohngruppen überreicht zu haben. Vielmehr habe sie nur darauf verwiesen, dass eine noch detailliertere Aufstellung nicht vorliege.

Die von der Beigeladenen vorgelegte Eigenerklärung zum PQ-Verfahren bestätige, dass sie die Voraussetzungen der Ausschreibung nicht erfülle. Die Erklärung datiere bereits auf den 5.12.2019, sodass eine Erklärung über die drei abgeschlossenen Geschäftsjahre 2017, 2018, 2019 noch gar nicht abgegeben werden können. In dem Formular werde zudem darauf hingewiesen, dass die in der Tabelle als Vorschlag eingesetzten Bezeichnungen den Lohngruppen 1 bis 6 der Gliederung des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe entsprächen. Da die Beigeladene wie sie nach dem IGM-Tarif gebunden sei, sei es nicht möglich, dass die Beigeladene hier Lohngruppen nach dem BRTV angegeben haben könne. Ein Medizinprodukteunternehmen verfüge zudem nicht über die in dem Formular genannten Berufe.

Das von ihr angebotene Produkt könne alle vorhandenen Motoren der OP-Tisch-Säule und der Lagerfläche sowohl über das kabellose Bediengerät als auch die integrierte Bedieneinheit ansteuern. Die angeblich nicht möglichen motorischen Bewegungen erfolgten nämlich über die Taste 5. Über die Taste 5 beziehungsweise die anderen Tasten der Säule erfolgten sämtliche von der Antragsgegnerin gewünschten motorischen Bewegungen, unter anderem auch die motorische Längsverschiebung. Es gebe also keinen Motor im OP-Tisch-System, der sich nicht über eine der Tasten in der Säule ansteuern ließe. Dies aber bedeute, dass sich über eine der Tasten die motorischen Bewegungen des OP-Tisch-Systems ansteuern ließen. Genau dies habe die Antragsgegnerin gefordert, genau so habe sie die Anforderung verstanden. Die Ansteuerung des Motors zur Verstellung der unteren Rückenplatte nach oben beziehungsweise nach unten erfolge auf der Bedientastatur der Säule durch Betätigung der Taste 5. Je nach Ausgangslage verstelle sich die Rückenplatte nach oben beziehungsweise nach unten. Die Ansteuerung des Motors zur Verstellung der Längsverschiebung erfolge durch Drücken der Taste 8. Jeder Motor – bis auf die Längsverschiebung – werde über die Taste 5 angesteuert. Zudem werde über die Taste 8 auch die Längsverschiebung kopf- oder fußwärts angesteuert. Ein von ihr zum Verfahren gereichtes Video „Taste 8“ zeige die Möglichkeit der Längsverschiebung, die ebenfalls möglich sei.

Sie habe die Anforderung in der Leistungsbeschreibung jedenfalls nicht anders verstehen können. Denn es sei zu bedenken, dass die Bedieneinheit an der Säule während einer Operation aus Gründen der Sterilität verdeckt sei. Es sei völlig unrealistisch anzunehmen, dass in der Praxis keine Fernbedienung vorhanden sei. Auch bei dem mutmaßlich von der Beigeladenen angebotenen Produkt weise das kabellose Bediengerät mehr Funktionen auf als die Bedienung an der Säule. Die Beigeladene werfe ihr also etwas vor, was ihr Produkt selbst nicht erfülle. Ein echter Notfall lasse sich jedenfalls ohne Weiteres über die motorischen Bewegungen ihres Produkts lösen. Hätte die Antragsgegnerin tatsächlich bestimmte konkrete motorische Bewegungen gefordert, so hätte sie dies in den Vergabeunterlagen ausdrücklich spezifizieren müssen. Mit einer praxisfernen Steuerung über die Säule habe sie nicht rechnen müssen.

Die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten sei schon aus Gründen der Waffengleichheit gegenüber der anwaltlich beratenen Antragsgegnerin notwendig.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren zurückzunehmen,

der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen,

hilfsweise,  
der Antragsgegnerin aufzugeben, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen

und die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt sinngemäß,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und

festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten notwendig war.

Die Antragsgegnerin trägt über ihre Rügezurückweisung hinaus vor, die Antragstellerin sei mit ihrem Vorbringen zur Mitarbeiteraufstellung bereits präkludiert. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet. Die Anforderung der von der Antragstellerin verlangten Erklärung sei von der VOB/A ausdrücklich vorgesehen. Dass die Beigeladene eine solche Erklärung vorgelegt habe, belege auch, dass es sich nicht um eine unmöglich zu erfüllende Anforderung handele. Es sei von der Antragstellerin zu erwarten, dass ihr branchenspezifische Termini bekannt seien, so dass sie habe erkennen müssen, welche Angaben genau gefordert seien. Anders als § 16 EU Nr. 3 VOB/A stelle § 16 EU Nr. 4 VOB/A nicht auf fehlende Unterlagen, sondern auf fehlende Erklärungen oder Nachweise ab. Es genüge daher nicht, dass die Unterlage zwar körperlich vorliege, aber die geforderte Erklärung nicht enthalte. Eine Nachforderung wäre gemäß § 16a EU Abs. 1 S. 2 VOB/A unzulässig gewesen, da es sich um eine vorbehaltenen, nur auf Anforderung vorzulegende Unterlage gehandelt habe. Hilfsweise könne jedenfalls die Eignung der Antragstellerin nicht festgestellt werden. Die Erteilung des Zuschlags an sie scheidet daher zumindest mangels Eignung aus.

Das von der Antragstellerin angebotene Produkt erfülle die Mindestanforderungen nicht. Diese dienen der Sicherstellung der Funktionstüchtigkeit und damit auch der Sicherheit der Patienten für den Fall, dass eine Bedienvariante ausfalle, beispielsweise der Akku des kabellosen Bediengerätes entladen oder jenes versehentlich aus dem Raum entfernt worden sei. Es sei nicht ausreichend, dass über das integrierte Bedienfeld die Universallagerfläche über die Taste 5 nur einmal und in eine Richtung bewegt werden könne. Die sichere Weiterführung einer Operation sei so nicht möglich.

Angesichts der Komplexität der Sach- und Rechtslage sei die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten notwendig.

Die Beigeladene beantragt sinngemäß,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen

und die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene macht unter anderem geltend, es fehle der Antragstellerin an der Antragsbefugnis. Die Zahl der im Jahr 2019 bei ihr durchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte habe am 10. Dezember 2019 bereits festgestanden, als die Mitarbeiterzahlen von der Präqualifizierungsstelle bestätigt worden seien. Die Tarifbindung spiele für die Frage der Präqualifikation als Bauunternehmen keine Rolle. Sie sei im Leistungsbereich „113-09 sonstige Gebäudeausrüstung“ tätig und nach Feststellung ihrer Präqualifikation seit 2015 im Amtlichen Verzeichnis PQ-VOB aufgeführt. Bei den im Formular genannten Berufsbezeichnungen handele es sich lediglich um beispielhafte Bezeichnungen. Die bei ihr jeweils aufgeführten Mitarbeiterzahlen entsprächen den Mitarbeitern der jeweiligen Lohngruppen.

Das Angebot der Antragstellerin erfülle die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung an die integrierte Bedieneinheit der OP-Tisch-Säulen zur Ansteuerung der motorischen Bewegungen nicht. Welche motorischen Bewegungen ansteuerbar sein müssten, ergebe sich aus den Mindestanforderungen zu den Positionen 1.1.20 und 1.1.30 sowie 1.2.10. Das von der Antragstellerin mutmaßlich angebotene OP-Tisch-System könne diese Mindestanforderungen nicht erfüllen. Beim Produkt der Antragstellerin sei unter anderem die motorische Längsverschiebung nicht über die integrierte Bedieneinheit ansteuerbar. Über die Taste 5 könne lediglich die Nullstellung erreicht werden, nicht hingegen etwa die Längsverschiebung. Befinde sich das Gerät bereits in der Nullstellung, passiere bei einem Tastendruck nichts. Eine definierte motorische Längsverschiebung der OP-Tischplatte in einer individuell je nach Operationssituation geforderten Weise könne über die integrierte Bedieneinheit nicht erreicht werden. Die im von der Antragstellerin vorgelegten Video „Taste 8“ gezeigte Längsverschiebung funktioniere nur, wenn ein Tischtransporter angekoppelt sei. Dies entspreche aber gerade nicht der über die Mindestanforderungen abgesicherten Notfallsituation während einer Operation.

Es reiche nicht aus, dass mit der Bedieneinheit Motoren angesteuert werden könnten. Ausdrücklich verlange die Leistungsbeschreibung die Ansteuerung der motorischen Bewegungen. Die Antragstellerin verkenne, dass die Forderungen der Leistungsbeschreibung insoweit nicht auf den Regelbetrieb zielten, sondern gerade für den Notfall aufgestellt seien. Ihr Produkt erfülle im Gegensatz zur Antragstellerin die Anforderungen der Leistungsbeschreibung.

Die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten sei notwendig, da sie nicht über das zur Durchführung des Verfahrens notwendige rechtskundige Personal verfüge. Zudem seien die zu entscheidenden Rechtsfragen komplex.

Mit Verfügung vom 16. Juli 2020 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 31. August 2020 verlängert. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 27. August 2020 haben die Beteiligten Gelegenheit erhalten Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin hat dabei angegeben, dass eine Verschiebung der OP-Tischplatte in eine vom Nutzer frei wählbare Richtung über die von ihr angebotene integrierte Bedieneinheit nicht möglich ist. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der mündlichen Verhandlung wird auf das Protokoll des Termins verwiesen. Die Vergabeakten der Antragsgegnerin lagen der Kammer vor und sind Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

**II.**

Der Nachprüfungsantrag bleibt ohne Erfolg. Der zulässige Antrag ist nicht begründet.

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Anwendungsbereich des Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist eröffnet. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1, 3 GWB. Die Vergabekammer des Landes Berlin ist zuständig, der maßgebliche Schwellenwert des § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist erreicht.

Die Antragstellerin ist ferner antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat neben ihrem durch Angebotsabgabe manifestierten Interesse am Auftrag geltend gemacht, durch den Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren bei Belassen des Angebots der Beigeladenen im Verfahren in ihren Rechten verletzt zu sein. Indem sie weiter ausgeführt hat, ihr sei dadurch die Chance auf Zuschlagserteilung genommen worden, hat sie auch einen drohenden Schaden dargelegt.

Der Antrag ist schließlich auch nicht nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig. Die Antragstellerin hat den zunächst von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25. Juni 2020 ausgesprochenen Ausschluss vom Verfahren am 29. Juni 2020 gerügt. Auch die Geltendmachungsfrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist gewahrt. Im Hinblick auf den weiteren, erst im Rahmen des Nachprüfungsantrags erklärten Ausschluss der Antragstellerin greift § 160 Abs. 3 GWB ohnehin nicht.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist allerdings nicht begründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschließen, ohne gleichermaßen auch das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, ist nicht vergaberechtswidrig und verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten, §§ 168 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 6 GWB.

a)

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach §§ 16 EU Nr. 2 in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) ist rechtmäßig. Nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A sind Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 EU Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 VOB/A nicht entsprechen. Gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wiederum sind Angebote auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen und Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig. Eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen liegt vor, wenn das Unternehmen nicht das anbietet, was die öffentliche Auftraggeberin nachgefragt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. Januar 2020 – Verg 19/19, BeckRS 2020, 7125 m.w.N.).

Das Angebot der Antragstellerin weicht von den Vorgaben der Vergabeunterlagen ab, indem es nicht die im Leistungsverzeichnis aufgestellten Mindestanforderungen erfüllt. Was durch die Vergabeunterlagen vorgegeben wird, ist dabei anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 131, 157 BGB nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. Januar 2020 – Verg 19/19, BeckRS 2020, 7125). Maßgeblich ist insofern der Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Januar 2013 – X ZR 155/10, NZBau 2013, 319, 320). Es ist dabei auf die objektive Sicht einer verständigen und fachkundigen Bieterin abzustellen, die mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Somit ist nicht das Verständnis einer einzelnen Bieterin maßgeblich, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen versteht (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. Januar 2020 – Verg 19/19, BeckRS 2020, 7125 m.w.N.).

Das von der Antragsgegnerin gestellte Leistungsverzeichnis sieht in den Positionen 1.1.10 und 1.1.30 als Mindestanforderung wortgleich unter anderem die „Ansteue-

„Bewegungen des OP-Tisch-Systems“ über eine in den jeweiligen Säulen integrierte Bedieneinheit vor. Das OP-Tisch-System wird auf Seite 13 des Leistungsverzeichnisses wiederum beschrieben als „modular aufgebaut, d.h. die mobile bzw. stationären Säulen sind individuell mit verschiedenen Lagerflächen erweiterbar“. In der Position 1.2.10 Universallagerfläche sieht das Leistungsverzeichnis als Mindestanforderung unter anderem eine motorische Längsverschiebung von mindestens 350 mm vor.

Bei verständiger Auslegung dieser Inhalte des Leistungsverzeichnisses anhand der vorstehenden Maßstäbe haben die Unternehmen zwingend in die Säulen integrierte Bedieneinheiten anzubieten, mit denen unter anderem eine Verschiebung in die jeweils gewünschte Längsrichtung durch den Nutzer zielgerichtet tatsächlich ausgelöst werden kann. Es genügt den Anforderungen hingegen nicht, wenn vermittels der Bedieneinheiten die für motorische Bewegungen verantwortlichen Motoren bloß abhängig von der Ausgangslage des Tischsystems und nicht zielgerichtet angesprochen werden können.

Entscheidend für die Auslegung ist eine umfassende Würdigung der Gesamtumstände unter Beachtung der gesetzlichen und allgemeinen Auslegungsregeln, Denksätze und Erfahrungsgrundsätze. Die wesentlichen Faktoren sind dabei der Wortlaut der fraglichen Bestimmung, ihre Stellung im Gesamtzusammenhang des auszulegenden Werks und der übrigen verwendeten Formulierungen sowie der zu ermittelnde Sinn und Zweck der Regelung (vgl. etwa *Biehl*, JuS 2010, 195, 198).

Bereits der Wortlaut der Mindestanforderungen in den Positionen 1.1.10 und 1.1.30 zeigt, dass „motorische Bewegungen“, nicht Motoren angesprochen werden müssen. Dies wird auch durch die Verwendung des Begriffs „Ansteuerung“ nicht infrage gestellt. Denn unter „Ansteuern“ ist im – für die Auslegung zunächst heranzuziehenden (vgl. etwa *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, § 133, Rn. 158 m.w.N.) – allgemeinen Sprachgebrauch gemeint, auf etwas zuzusteuern, die Richtung auf etwas einzuschlagen. Bei einem Gebrauch im Zusammenhang mit Elektronik ist darunter zudem zu verstehen, dass eine Spannung an ein bestimmtes Schaltelement gelegt wird (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/ansteuern>, abgerufen am 29. August 2020 – 15:30 Uhr). Der Begriff des Ansteuerns besagt somit insoweit für sich genommen

nichts, sondern muss stets im Zusammenhang mit dem in Bezug genommenen Element verstanden werden. Indem hier ausdrücklich motorische Bewegungen und nicht Motoren in Bezug gesetzt werden, müssen also durch Anlegung von Spannung die motorischen Bewegungen angesprochen werden. Auch der übrige Sprachgebrauch in der Leistungsbeschreibung bietet keinen Anhalt für ein abweichendes Verständnis.

Bezieht man zudem Sinn und Zweck der Vorgabe mit ein, wie sie sich aus Sicht objektiver Empfänger darstellen, so bestätigt dies das gefundene Auslegungsergebnis. So weisen bereits die allgemeinen Vorgaben der Leistungsbeschreibung auf Seite 12 darauf hin, das „angebotene System muss voll funktionsfähig sein, d. h. es muss alle Teile enthalten, deren Fehlen die Funktion beeinträchtigen würde, auch wenn diese Teile in der Leistungsbeschreibung nicht ausdrücklich erwähnt sind.“ Die Antragsgegnerin hat damit deutlich gemacht, dass es ihr darauf ankommt, die Elemente des Leistungsverzeichnisses stets im Hinblick auf ihre praktische Funktionsfähigkeit und nicht eine nur theoretische Verfügbarkeit zu betrachten. Zwischen den Beteiligten ist auch unstrittig, dass die integrierte Bedieneinheit vor allem in Fällen unvorhergesehener Nichtverfügbarkeit des kabellosen Bediengeräts zum Einsatz kommen wird, um sicherzustellen, dass der Operationsbetrieb trotzdem ordnungsgemäß und für die Patienten sicher fortgeführt werden kann. Gerade unter Berücksichtigung dieses Umstands muss die „Ansteuerung der motorischen Bewegungen“ aber so wie vorstehend dargelegt ausgelegt werden. Denn im Fall der Nichtverfügbarkeit des kabellosen Bediengeräts soll es nach den Vorgaben der Antragsgegnerin nicht genügen, eine gegebenenfalls bereits begonnene Operation etwa unter Nutzung der auch von der integrierten Bedieneinheit der Antragstellerin auslösbaren Nullstellung nur zu beenden. Sie muss vielmehr unter fortbestehender Möglichkeit der Nutzung der wesentlichen Bewegungen des Tischsystems kontrolliert fortgesetzt werden können. Dies ist eine auch aus Laienperspektive nachvollziehbare Anforderung, da es offenkundig Operationssituationen gibt, in denen ein bloß kontrollierter Abbruch verbunden mit einer folgenden Umlagerung des Patienten ausgeschlossen ist.

Dem steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin geltend macht, als Fachunternehmen die Anforderung tatsächlich aber anders verstanden zu haben, weil ein Tätigwerden unterhalb der sterilen OP-Tisch-Abdeckung und eine längere Nutzung der integrierten Bedieneinheit ohnehin in der Praxis ausscheide, da es sich um eine im Operationsgeschehen nichtsterile Einheit handele.

Zunächst kommt es nicht darauf an, ob die Antragstellerin die Anforderung tatsächlich anders verstanden hat. Denn maßgeblich ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern es kommt darauf an, wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung verstehen muss (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. April 2016 – 15 Verg 1/16, NZBau 2016, 449, 450 m.w.N.). Nur so ist sicherzustellen, dass im Ergebnis in jeder Hinsicht vergleichbare Angebote vorliegen.

Selbstverständlich ist die Antragstellerin aber – wie die Beigeladene – Teil des angesprochenen fachkundigen Empfängerkreises. Es ist für die Kammer jedoch nicht ersichtlich, dass der Empfängerkreis die Anforderung so wie die Antragstellerin verstehen konnte. Dagegen sprechen schon die von der Antragsgegnerin nachvollziehbar vorgebrachten Aspekte der Absicherung eines jederzeitigen (Not-)Betriebs der OP-Tisch-Systeme über die integrierte Bedieneinheit im Sinne der Patientensicherheit. Es handelt sich dabei auch nicht um völlig praxisferne, nahezu ausgeschlossene oder unter Hygienegesichtspunkten unzulässige Konstellationen, wie die Antragstellerin insinuiert. Dies zeigen beispielhaft schon die Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften „Hygieneanforderungen beim ambulanten Operieren“ (veröffentlicht unter <https://www.awmf.org/leitlinien/detail/II/029-014.html>). Auf deren Seite 8 heißt es beispielsweise „Sofortiger Wechsel bei Perforation der Handschuhe oder bei Kontamination (z.B. Kontakt mit unsterilen Flächen, OP-Lampe)“. Vergleichbares findet sich auch in der Empfehlung der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention beim Robert Koch-Institut (veröffentlicht in Bundesgesundheitsblatt 2018, 461, 461, abrufbar unter <https://edoc.rki.de/handle/176904/237>: „falls es während der Operation zur Kontamination des Operationskittels, des Sterilfeldes oder der Operationshandschuhe kommt, Kittel bzw. Handschuhe zu wechseln bzw. das Operationsfeld neu abzudecken, unsteril gewordene Instrumente zu wechseln“). Daraus ist klar abzuleiten, dass entgegen des Vortrags der Antragstellerin der Kontakt mit unsterilen Flächen im Operationsgeschehen weder per se ausgeschlossen ist, noch zwingend zum Abbruch einer Operation, sondern vielmehr nur zu besonderen Hygienemaßnahme führt. Bei Anbietern von Medizinprodukten ist dies als bekannt vorzusetzen und daher bei der Bestimmung des objektiven Empfängerhorizonts zugrunde zu legen.

Nach der Leistungsbeschreibung ist auch eindeutig beschrieben, welche motorischen Bewegungen über die integrierte Bedieneinheit ansteuerbar sein müssen. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus einer Zusammenschau der Regelungen des Leistungsverzeichnisses.

Zwar fordert das Leistungsverzeichnis in den Positionen 1.1.10 und 1.1.30 zunächst nur die „Ansteuerung der motorischen Bewegungen des OP-Tisch-Systems“, ohne bereits an dieser Stelle die motorischen Bewegungen genauer zu definieren. Das OP-Tisch-System wird aber auf Seite 13 des Leistungsverzeichnisses als „modular aufgebaut, d.h. die mobile bzw. stationären Säulen sind individuell mit verschiedenen Lagerflächen erweiterbar“ beschrieben. Damit wird klar, dass es als System unter anderem aus der Säule und den Lagerflächen besteht. Bei der Position 1.2.10 Universallagerfläche sieht das Leistungsverzeichnis als Mindestanforderung wiederum unter anderem eine motorische Längsverschiebung von mindestens 350 mm vor. Über diese Verknüpfungen ist somit für den angesprochenen Adressatenkreis ersichtlich, dass eine der geforderten Bewegungen des OP-Tisch-Systems die Längsverschiebung ist. In der Zusammenschau der Regelungen des Leistungsverzeichnisses hat die Antragsgegnerin demzufolge gefordert, dass die Unternehmen in die Säulen integrierte Bedieneinheiten anzubieten haben, mit denen unter anderem eine Verschiebung in die jeweils gewünschte Längsrichtung durch den Nutzer zielgerichtet tatsächlich ausgelöst werden kann.

Die so verstandenen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfüllt das Angebot der Antragstellerin unstreitig nicht, wie sie zuletzt in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat. Ihr Angebot ist daher zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Insoweit spielt es keine Rolle, ob die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses aus Sicht der Antragstellerin sinnvoll oder praxisfern sind. Zum einen zeigen die obigen Ausführungen bereits, dass es durchaus nachvollziehbare Gründe für die Vorgaben der Antragsgegnerin gibt. Zum anderen obliegt die Bestimmung des Beschaffungsbedarfs ausschließlich der Antragsgegnerin und kann von der Kammer auch nur eingeschränkt beispielsweise auf wettbewerbsbeschränkende oder diskriminierende Aspekte überprüft werden. Sollte sie bei den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses derartige Vergaberechtsverstöße wähen, wäre die Antragstellerin aber insbesondere verpflichtet gewesen, dies nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB spätestens

mit Angebotsabgabe zu rügen. Die als Teil der Vergabeunterlagen veröffentlichte Leistungsbeschreibung war insofern eindeutig und vermeintliche Vergaberechtsverstöße waren somit auch für die – bezüglich der Rüge von Mindestanforderungen an die Funktion von Bedieneinheiten von OP-Tisch-Systemen erfahrene (vgl. VK Hessen, Beschluss vom 22. Februar 2018 – 69d-VK-2-4/2018, ZfBR 2019, 303) – Antragstellerin erkennbar.

b)

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen aufgrund der Erklärung zu der nach Lohngruppen aufgegliederten Anzahl an Arbeitskräften nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen, ist ebenfalls rechtmäßig.

Ein zwingender Ausschluss der Beigeladenen wegen Nichtvorlage geforderter Erklärungen nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A kommt nicht in Betracht. Danach sind Angebote auszuschließen, bei denen der Bieter Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vorgelegt hat. Zunächst kann ein Ausschluss der Beigeladenen – wie im Übrigen auch bei der Antragstellerin – schon nicht darauf gestützt werden, dass die geforderte „Erklärung zur Zahl der in den letzten 3 Jahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Lohngruppen, mit extra ausgewiesenem Leitungspersonal“ nicht vorgelegen hätte. Denn die Erklärung lag der Antragsgegnerin zweifelsohne vor. Streitig ist allenfalls die Qualität ihres Inhalts. Damit kommt aber zumindest ein Ausschluss wegen Nichtvorlage einer geforderten Erklärung nicht in Betracht. Bei der Beigeladenen kommt – anders als bei der Antragstellerin – der Ausschlussgrund aber auch deshalb nicht in Betracht, weil die Antragsgegnerin die Erklärung von der Beigeladenen nicht im Sinne der Vorschrift unter Fristsetzung angefordert hat. Die Beigeladene hat sich vielmehr zulässigerweise mit ihrem Angebot auf ihre Präqualifikation berufen, die unter anderem auch die fragliche Erklärung zur Zahl der bei ihr beschäftigten Arbeitskräfte zum Gegenstand hat.

Ein Ausschluss mangels Eignung der Beigeladenen kommt im Hinblick auf die Erklärung zu den Arbeitskräften – wie bei der Antragstellerin – vorliegend ebenfalls nicht in Betracht. Zunächst ist insoweit zu berücksichtigen, dass es sich bei der Feststellung der Eignung um eine Beurteilung der Antragsgegnerin handelt, deren Überprüfung durch die Kammer die für Beurteilungsspielräume bekannten Grenzen gesetzt sind

(vgl. nur *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, *Vergaberecht*, 4. Aufl. 2020, § 122 GWB, Rn. 9; *Friton*, in: *Gabriel/Mertens/Prieß/Stein*, *BeckOK Vergaberecht*, 17. Ed., Stand: 31. Juli 2020, § 122 GWB, Rn. 24; *Kaufmann*, in: *Pünder/Schellenberg*, *Vergaberecht*, 3. Aufl. 2019, § 124 GWB, Rn. 99; jeweils m.w.N.). Die Kammer kann jedoch – und nur so weit reicht das Rechtsschutzbedürfnis der selbst ausgeschlossenen Antragstellerin – nicht feststellen, dass lediglich ein zwingender Ausschluss der Beigeladenen mangels Eignung durch die Antragsgegnerin rechtmäßig gewesen wäre. Es fehlt insoweit schon an einer wirksamen Aufstellung eines dahingehenden Eignungskriteriums und der wirksamen Forderung nach einer entsprechenden Erklärung zu den Arbeitskräften. Nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sind die Eignungskriterien in der Bekanntmachung aufzuführen. Nach § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit Anhang V Teil C Nr. 11 lit. c a.E. der Richtlinie 2014/24/EU sowie insbesondere Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU geben die Auftraggeber ferner die zu erfüllenden Eignungskriterien zusammen mit den geeigneten Nachweisen in der Bekanntmachung an. Der Bekanntmachung sind aber weder Eignungskriterien noch die Forderung nach der hier streitigen Erklärung zu entnehmen. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen sein sollte, so wäre ein Ausschluss mangels Eignung nur dann gerechtfertigt, wenn aus der Erklärung beziehungsweise ihrer Nichtvorlage Rückschlüsse auf die Eignung der Beigeladenen zur Ausführung des konkret in Rede stehenden Auftrags gezogen werden könnten. Weder ist jedoch den Vergabeakten zu entnehmen, noch anders für die Kammer erkennbar, dass bei dem streitgegenständlichen Auftrag die Anzahl der durchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte Aufschluss darüber geben könnte, ob die Beigeladene den Auftrag in angemessener Qualität ausführen kann (so Art. 58 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU). Dann ist aber auch ein Ausschluss der Beigeladenen auf dieser Grundlage ausgeschlossen.

Auch weitere Ausschlussgründe sind weder ersichtlich noch von der Antragstellerin vorgetragen.

c)

Im Ergebnis kommt es daher auch nicht darauf an, ob vorbeugender Rechtsschutz gegen eine Zuschlagsankündigung gegenüber der Beigeladenen überhaupt gewährt werden könnte. Denn die etwaige Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene wäre nach dem Vorstehenden nicht vergaberechtswidrig.

Der Nachprüfungsantrag ist somit in Gänze jedenfalls unbegründet.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragstellerin als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat sie ferner die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Es entspricht weiter der Billigkeit im Sinne von § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen. Denn jene hat sich durch Beteiligung an dem Verfahren und eigene Antragstellung auch selbst einem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. etwa OLG Rostock, Beschluss vom 21. Juli 2017 – 17 Verg 2/17, BeckRS 2017, 138705).

Auf den Antrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG zudem die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Ob die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800, 806; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. März 2010 – 11 Verg 3/10, ZfBR 2013, 517). Abgesehen davon, dass vorliegend mehrere mitunter schwierige Rechtsfragen des Ausschlusses von Angeboten sowie prozessualer Aspekte des Vergabenachprüfungsverfahrens zu klären gewesen sind, deren Bearbeitung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen nicht notwendig selbst möglich sein muss, hat sich auch die Antragstellerin durch Verfahrensbevollmächtigte vertreten lassen, sodass unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit eine anwaltliche Vertretung der Beigeladenen, aber auch der Antragsgegnerin ebenfalls opportun erscheint (zu diesem Aspekt vgl. auch VK Niedersachsen, Beschluss vom 5. September 2017 – VgK-26/2017, BeckRS 2017, 126982; VK Bund, Beschluss vom 31. Juli 2017 – VK 2 – 68/17, BeckRS 2017, 130187).

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die

Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html)) heran. Dabei legt die Kammer den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 15. Oktober 2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. April 2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von  $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (\dots\text{€} - 80.000\text{€}) = \dots \text{€}$ . Die Kammer setzt daher eine Gebühr in Höhe von ... EUR fest, die auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren entspricht, welches in jeder Hinsicht durchschnittlich umfangreich war.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich oder als elektronisches Dokument gemäß den Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr bei dem Kammergericht, Eißholzstr. 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.

Vorsitzender

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Dr. Lux

Sauer

...