

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

VK Bund

Beschluss

vom 12.09.2024

VK 2-77/24

GWB §§ 97, 124 Abs. 1 Nr. 9c, § 160 Abs. 2, 3, § 182; VgV § 57 Abs. 1; VSVgV § 31 Abs. 1, 2
Ein Angebot, das Zweifel an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens begründet, ist entweder selbst nicht frei von Zweifeln oder es genügt dem mit dem abzugebenden Angebot abgeforderten, allen Vergabeunterlagen per se zu Grunde liegenden Leistungsversprechen nicht und ändert diese mithin ab. Ein solches Angebot ist auszuschließen.

VK Bund, Beschluss vom 12.09.2024 - VK 2-77/24

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

wegen der Vergabe "[...]", hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die [...] auf die mündliche Verhandlung vom 6. September 2024 am 12. September 2024

beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) beabsichtigt den Einzelabruf eines Auftrags im Rahmen eines Miniwettbewerbs aus einer zwischen der Ag und mehreren Auftragnehmern, darunter die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg), geschlossenen, den Regeln der VSVgV unterfallenden Rahmenvereinbarung.

Leistungsgegenstand sind IT-Leistungen für Ziff. 29 der Rahmenvereinbarung enthielt nähere Regelungen zur Organisation der Leistungserbringung, darunter Ziff. 29.3, worin die Organisation der vom Auftragnehmer zu erbringenden Vertragsleistungen, insbesondere Auswahl und Einteilung des eigenen Personals dem Auftragnehmer obliegt, sowie Ziff. 29.4, wonach der Auftragnehmer verpflichtet ist, ausschließlich entsprechend qualifizierte und autorisierte Mitarbeiter einzusetzen.

Ziff. 1 der Leistungsbeschreibung gab zur Ausgangssituation und Zielsetzung des Auftrags u.a. Folgendes vor: *"Das Hauptziel der Beauftragung besteht darin, den Prozess des Aufbaus und der Installation des neuen IT-Betriebszentrums zu beschleunigen, während gleichzeitig sichergestellt wird, dass das bestehende Rechenzentrum als Backup voll funktionsfähig ist. Daher ist es entscheidend, zunächst die Anforderungen des Kunden zu verstehen und entsprechende Planungen vorzunehmen. Hierzu gehört die Erfassung der Leistungs-, Kapazitäts-, Verfügbarkeits- und Redundanzanforderungen sowie eine Bewertung der vorhandenen Infrastruktur und Backup-Anforderungen."*

Ziff. 4 der Leistungsbeschreibung bestimmt die *"Anforderungen im Rahmen der Leistungserbringung"*. Ziff. 4.1 definiert als *"Weitere, besondere Vorgaben des Auftraggebers"*: *"Der AN erbringt selbständig und mit eigenen Ressourcen die unter Ziffer 3 in Form von Leistungspaketen näher beschriebenen Leistungen ..., die den Gesamtleistungsumfang der vom AN zu erbringenden Gesamtleistung jedoch nicht beeinträchtigen und vom AG dem AN zu Beginn der Leistungserbringung in der jeweils aktuellsten Fassung zur Verfügung gestellt und fortlaufend aktualisiert werden."*

Ziff. 4.2 verweist für die *"Anforderungen an das Personal/ und weitere besondere Anforderungen"* auf die näher beschriebenen Qualifikations- und Erfahrungsanforderungen (im Folgenden: Anlage Q&E/Q&E-Anlage bzw. Q&E-Anforderungen), die als Anlage 1c zur Leistungsbeschreibung Teil der Vergabeunterlagen sind.

Die Anlage Q&E gibt vor, dass alle dort aufgeführten Qualifikations- und Erfahrungsanforderungen Mindestanforderungen darstellen, deren Nichterfüllung zwingend zum Ausschluss führt. Als Ausschlusskriterium wird dort unter Ziff. 2.1 u.a. vorgegeben, dass für die Leistungserbringung der Einsatz von vier Leistungserbringern der Leistungskategorie Executive Consultant vorgesehen ist. Es sind danach mindestens vier und höchstens zwölf Profile anzubieten. *"Pro Qualifikations- und Erfahrungsanforderung muss mindestens jeweils ein (1) Leistungserbringer die Anforderungen vollumfänglich erfüllen."* Ziff. 2.3 schreibt vor, dass jeder Leistungserbringer die erweiterte Sicherheitsüberprüfung mit Sicherheitsermittlungen SÜ3 erfolgreiche durchlaufen haben und in schriftlicher Form vorweisen muss. Ziff. 3 und 4 der Anlage Q&E enthalten ferner nähere Vorgaben zu den Qualifikationsanforderungen und Erfahrungs- bzw. fachlichen Anforderungen an das Personal der Leistungserbringer.

Der Leistungszeitraum läuft nach Ziff. 6.1 der Leistungsbeschreibung vom vorgesehenen Inkrafttreten bis zum 31. Dezember 2025.

Ziff. 6.2 der Leistungsbeschreibung besagt Folgendes: *"Das Leistungsvolumen für die nach diesem Einzelauftrag zu erbringenden Vertragsleistungen kann derzeit nicht konkret bestimmt werden. Der AG geht daher schätzweise - wie nachfolgend ausgeführt - von einem Leistungsvolumen von 5864 Stunden für den vorgenannten Leistungszeitraum aus."*

Der Ag behält sich das Recht vor, das vorgenannte Leistungsvolumen unter diesem Einzelauftrag während des Leistungszeitraums des Einzelauftrags einseitig um 50% auf 8796 Stunden zu erhöhen ..."

Ziff. 6.4 der Leistungsbeschreibung gibt vor, dass die auszuführenden Vertragsleistungen in bestimmten ortsfesten Räumlichkeiten des Beschaffungsträgers zu erbringen sind.

Die ASt benannte mit ihrem Angebot eine den Vorgaben der Ziff. 4.2 der Anlage Q&E grundsätzlich entsprechende Anzahl von zehn Mitarbeitern, die nach den Angaben der ASt anteilig am Projekt mitwirken sollten.

Die Ag hielt im Vergabevermerk (mit Stand vom 12. August 2024) fest, dass sechs der von der ASt angegebenen Leistungserbringer in anderen Projekten der Ag bzw. von ihr betreuten anderen Bereichen oder außerhalb von Projekten der Ag, die dem weiteren Geschäftsbereich des zugeordnet seien, involviert seien. Dies sei nach Hinweisen des internen Fachbereichs der Ag im Rahmen der Angebotsprüfung festgestellt worden. Es seien Zweifel geäußert worden, dass diese Leistungserbringer der ASt in ausreichendem Maße für die ausgeschriebenen Leistungen verfügbar seien im Falle der Auftragsdurchführung. Jedenfalls habe die Ag bei vier benannten Leistungserbringern der ASt keine Erkenntnisse solcher Überschneidungen gehabt. Daher sei geprüft worden, ob diese vier Personen im Hinblick auf die Q&E-Anforderungen gemeinsam alle Q&E erfüllten, da man dann davon hätte ausgehen können, dass die Anforderungen ohnehin erfüllbar seien und eine weitere Aufklärung entbehrlich hätte sein können.

Die Ag dokumentierte diese Prüfung in einer Excel-Tabelle, worin die Einhaltung von Q&E-Anforderungen für die von der ASt angebotenen Leistungserbringer jeweils festgehalten wurde. Darin dokumentierte die Ag, welche der Leistungserbringer der ASt in anderen Projekten involviert sind. Ferner hielt die Ag zu den vier angebotenen Leistungserbringern der ASt fest, die nach den Erkenntnissen der Ag nicht in anderweitigen Projekten involviert sind, dass nicht nachgewiesen sei, dass diese einzelne Q&E-Anforderungen (gemäß Ziff. 3 lfd. Nr. 2 und 5 sowie Ziff. 4 lfd. Nr. 8 und 9) erfüllten.

Die Ag wandte sich sodann mit Schreiben vom 23. Juli 2024 an die ASt und teilte dieser mit, die von der ASt benannten Leistungserbringer erfüllten die Qualifikations- und Erfahrungsanforderungen "*nur in der Gesamtschau aller angebotenen Leistungserbringer... vollumfänglich*". Sechs der angebotenen Leistungserbringer der ASt seien im Leistungszeitraum für die Ag oder in anderen Bereichen im Einsatz. Es bestünden daher erhebliche Zweifel daran, dass diese Ressourcen der ASt für die zu beschaffende Leistung zur Verfügung stünden. Die Ag führte die betreffenden Mitarbeiter der ASt namentlich auf und bat zu jedem um eine nachvollziehbare Darstellung, "*wie und in welchem Umfang*" die Mitarbeiter der ASt bei der Auftragsausführung jeweils zur Verfügung stünden. Die Ag wies darauf hin, dass bei nicht nachvollziehbarer und vollumfänglicher Aufklärung binnen der bis 26. Juli 2024, 16 Uhr, gesetzten Frist davon auszugehen sei, dass die Ressourcen der ASt nicht verfügbar seien und das Angebot der ASt auszuschließen sei, "*sollten die Ausschlusskriterien nicht durch die restlichen Profile erfüllt werden können*."

Die ASt antwortete mit Schreiben vom 24. Juli 2024 und teilte mit, sie beabsichtige ein Kernteam aus drei der von ihr als Leistungserbringer benannten Personen einzusetzen.

Die ASt bestätigte, dass alle der von ihr eingereichten Profile ihre Expertise "*mindestens anteilig...dem Projekt zur Verfügung stellen können, ohne andere Projekte zu gefährden*."

Sobald wir die Beauftragung erhalten, wird ein Projekt- und Einsatzplan zwischen AG und AN abgestimmt.

Darüber hinaus können weitere Kandidaten benannt und eingesetzt werden, falls die tatsächlich anfallenden Aufgaben dies erfordern."

Mit Schreiben vom 31. Juli 2024 informierte die Ag die ASt, dass ihr Angebot aus der Wertung nach § 57 Abs. 1 VgV ausgeschlossen werde. Zur Begründung führte die Ag u.a. aus, die Erläuterungen der ASt seien nicht ausreichend, um die Verfügbarkeit geeigneter Leistungserbringer nachvollziehen zu können. Die Ausführungen der ASt hätten die gestellten Fragen der Ag nicht ausreichend beantwortet. Die drei von der ASt im Schreiben als Kernteam angegebenen Personen verfügten nicht über die notwendigen Qualifikationen, weshalb es für die Ag wichtig gewesen sei, die Verfügbarkeit der übrigen Leistungserbringer zu erfahren. Es bestünden erhebliche Zweifel am Inhalt des Angebotes, insbesondere der ordnungsgemäßen Leistungserbringung. Das Angebot der ASt werde daher nach Abwägung aller Umstände vom Mini-Wettbewerb ausgeschlossen.

Mit weiterem Schreiben vom 31. Juli 2024 informierte die Ag die ASt gemäß § 134 GWB, es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit Schreiben vom 2. August 2024 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebots durch die Ag.

Mit Schreiben vom 8. August 2024 wies die Ag die Rüge der ASt zurück. Das Schreiben war unterzeichnet von einem Syndikusanwalt der Ag, der als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht zugelassen ist.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. August 2024, der Vergabekammer an demselben Tage zugegangen und von dieser an die Ag übermittelt, beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt meint, der Ausschluss ihres Angebotes sei grundlos und damit vergaberechtswidrig erfolgt. Die ASt ist der Ansicht, die Ag habe mit der Aufklärungsanfrage vom 23. Juli 2024 ein unzulässiges Mindest- bzw. Zuschlagskriterium eingeführt, das auf die hundertprozentige Ressourcenzusage mit Angebotsabgabe für den Auftrag gerichtet sei, aber nicht in den Vergabeunterlagen als Kriterium für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen sei. Auch wenn man mit der Ag davon ausgehe, kein neues Zuschlagskriterium zur Anwendung gebracht zu haben, sei ihr Vorgehen intransparent, weil sie jedenfalls nicht nachträglich Anforderungen aufstellen dürfe, die sie nicht gegenüber allen Bietern in den Vergabeunterlagen bekannt gegeben habe. Die Auswahl und die Einteilung des einzusetzenden Personals obliege allein dem Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung. Ziff. 29.3 des Rahmenvertrages besage ausdrücklich, dass die Organisation bzw. die Auswahl und Einteilung des Personals für die zu erbringenden Vertragsleistungen dem Auftragnehmer in eigener Verantwortung oblägen, der auch allein weisungsbefugt gegenüber seinen Arbeitnehmern sei. Ziff. 29.4 regelt ohnehin die Zusage des Auftragnehmers, dass nur solche Mitarbeiter eingesetzt würden, die entsprechend qualifiziert und autorisiert seien. Den Vergabeunterlagen seien keine verbindlichen Vorgaben zu Umfang und Zeitpunkt des Abrufs der personellen Ressourcen zu entnehmen, welche der ASt bereits vor Zuschlagserteilung und ohne konkretisierende Abstimmung mit dem Auftraggeber eine spezifische Einsatzplanung ermöglichen. Das gewünschte Angebot der Leistungserbringerprofile sei vor diesem Hintergrund des unbestimmten Leistungsvolumens der Rahmenvereinbarung auszulegen und habe daher nicht konkreter sein können, als von der ASt in der Antwort gegenüber der Ag dargelegt. Vor diesem Hintergrund hätten auch keine Zweifel an der Verfügbarkeit des Personals der ASt bei der Ag aufkommen können, denn die Ag könne nicht bemängeln, was sie selbst nicht konkreter gefordert habe.

Die ASt sei daher - entgegen der Ansicht der Ag - mit ihrer zugrunde liegenden Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB nicht präkludiert; die ASt wende sich schon gar nicht gegen unverbindliche Abnahmemengen bzw. eine fehlende Planungsgrundlage als solche. Der ASt sei klar, dass der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung ein unbestimmtes Leistungsvolumen immanent sei. Die ASt sei aber der Auffassung, es sei ihr nicht zuzumuten, auf dieser Grundlage vor Zuschlag konkrete

Ressourcenzusagen und Einsatzplanungen bezüglich der von ihr benannten Mitarbeiter zu machen. Die ASt habe auf der Grundlage der nur schätzweisen pauschalen Angaben zum Leistungsvolumen und der pauschalen Angaben der Ag zur Bindung von Mitarbeitern der ASt in anderen Projekten keine konkreteren Zusagen zum Personaleinsatz machen können, als in ihrem Schreiben vom 24. Juli 2024. Schließlich solle die konkrete Einsatzplanung ausweislich der Leistungsbeschreibung erst nach Zuschlagserteilung in Abstimmung der Vertragsparteien erfolgen. Soweit die Ag meine, mit dem Aufklärungsersuchen gerade keine verbindliche Einsatzplanung gefordert zu haben, werde zudem verkannt, dass Antworten auf Aufklärungsfragen Vertragsbestandteil werden könnten und damit verbindlich würden.

Die ASt habe ein den Anforderungen genügendes Angebot abgegeben, die ASt habe eine ausreichende Anzahl von Profilen von Leistungserbringern von Executive Consultants benannt. Zu den hierfür erforderlichen Anforderungen habe die ASt die geforderten Eigenerklärungen abgegeben und die Leistungserbringung im Zuschlagsfalle zugesichert. Damit könne ein Ausschlussgrund nach § 31 Abs. 2 VsVgV bzw. § 57 Abs. 1 VgV nicht gegeben sein. Über die nötigen Ressourcen müsse die ASt nicht bereits im Vergabeverfahren verfügen, sondern erst im Auftragsfall bei Auftragsdurchführung, insbesondere bei solchem Personal, das erst auf der Grundlage des erteilten Auftrags für den Bieter erforderlich sei und arbeitsvertraglich gebunden werden müsse. Dieses bereits im Vorfeld vertraglich gebunden zu haben, sei eine grundsätzlich unzumutbare Anforderung. Es reiche - so auch hier - vielmehr aus, dass der Bieter in der Lage sei, auf das erforderliche und entsprechend qualifizierte Personal rechtzeitig zuzugreifen. Hier sei es so, dass die von der ASt benannten Leistungserbringer sämtlich bereits in einem Anstellungsverhältnis bei der ASt befänden. Die ASt sei daher in der Lage, die erfolgreiche Projektabwicklung zu gewährleisten und die benannten Leistungserbringer im Zuge der Projektabwicklung zur Verfügung zu stellen. Überdies sehe Ziff. 3 des zu vergebenden Einzelauftrags vor, dass ein im Rahmen des Einzelauftrags eingesetzter Leistungserbringer durch einen anderen auch ersetzt werden könne. Auch der zugrunde liegende Rahmenvertrag sehe nicht den Einsatz bestimmter Leistungserbringer vor, sondern sehe Regelungen vor, die den Ersatz oder Austausch der angebotenen Leistungserbringer ermöglichen.

Auf dieser Grundlage habe die ASt die ordnungsgemäße Erfüllung der Vertragsleistungen mit dem von ihr angebotenen Personal hinreichend zugesichert. Die von der Ag behaupteten Zweifel an einer ordnungsgemäßen Auftragsausführungen seien unbegründet, eine dementsprechende Veranlassung zur Aufklärung sei nicht gegeben gewesen. Die konkrete Einsatzplanung unterfalle auch unter Berücksichtigung parallel laufender Projekte dem Verantwortungsbereich der ASt. Überschneidungen mit anderen Projekten seien üblich, ihnen könne im Rahmen der internen Organisation der ASt durch entsprechende Priorisierung begegnet werden. Dies sei - wie Ziff. 4, Seite 7, der Leistungsbeschreibung zeige - auch der Ag bewusst, ohne dass diese vorgeschrieben habe, die Betriebs- und Personalorganisation der Bieter als Zuschlagskriterium auszugestalten. Daher könne die Ag dies auch nicht nachträglich einführen und das Angebot der ASt deshalb ausschließen. Die von der ASt im Aufklärungsschreiben geforderten Angaben zur Verfügbarkeit des Personals der ASt gingen über die geforderten Qualifikations- und Erfahrungsanforderungen hinaus, wenn die Ag fordere, wie und in welchem Umfang die Leistungserbringer der ASt zur Verfügung stünden. Sofern die Ag entsprechende Angaben haben wolle, hätte sie ein Personalkonzept fordern müssen, das von allen Bietern gleichermaßen zu beachten gewesen wäre.

Entsprechende Angaben nur von der ASt abzufordern, verstoße gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Soweit die Ag Erklärungen zur Verfügbarkeit zu den im Aufklärungsschreiben benannten Personen gefordert habe, sei dies auch nicht Von § 22 Abs. 6 VSVgV gedeckt. Die Möglichkeit der Nachforderung von Unterlagen beschränke sich auf geforderte Unterlagen, die insofern aber in den Vergabeunterlagen - wie soeben dargelegt - nicht existierten.

Soweit die Vergabekammer eine mögliche Anwendung des § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB durch ihren Hinweis vom 2. September 2024 ins Spiel gebracht habe, sei auszuschließen, dass die ASt der Ag irreführende Informationen erteilt hätte. Ihr Angebot sei vollständig gewesen; Vorgaben für eine ausreichende Verfügbarkeit habe die Ag mangels Abstimmung mit dem Auftragnehmer noch gar nicht treffen können.

Die Aufklärungsfrage der Ag kollidiere zudem mit Verschwiegenheitspflichten der ASt. Die ASt habe aus der Aufklärung der Ag weder entnehmen können, in welchen Projekten bzw. anderen Bereichen das von der ASt benannte Personal gebunden solle noch sei es ihr möglich gewesen, insofern substantieller zu erwidern. Die ASt sei zur Preisgabe entsprechender Details zum Umfang und Zeitraum der Einbindung von Mitarbeitern in andere von der Ag betreute Projekte nicht befugt, da diese strengster Vertraulichkeit unterlägen und im Regelfall als Verschlussachen eingestuft seien.

Schließlich sei die Ag gehalten, auch bei anderen Bietern die Verfügbarkeit des benannten Personals durch entsprechende Aufklärungsanordnungen zu überprüfen. Nur eine Aufklärung bei der ASt sei willkürlich und diskriminierend, weil anzunehmen sei, dass alle Bieter ihre benannten Mitarbeiter auch anderweitig im Einsatz hätten und die Aufklärung bei der ASt lediglich vom Zufall abgehangen habe und die ASt zudem keine näheren Auskünfte habe erteilen können aufgrund anderweitiger vertraglicher und gesetzlicher Geheimhaltungsvorschriften. Die Vorgehensweise der Ag zur Aufklärung habe sich sachwidrig nur auf die ASt bzw. die Abfrage der internen Datenbanken der Ag beschränkt. Daraus ergebe sich noch kein Aufschluss darüber, in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen bestimmtes Personal auch anderweitig eingebunden sein bzw. dieser Umstand einer künftigen Einsatzplanung entgegenstehen könne.

Die Datenbankprüfung bei der Ag ermögliche auch keine Einschätzung einer möglichen anderweitigen auswärtigen Projektbindung von Mitarbeitern der Bg. Es komme hinzu, dass - unabhängig davon, dass die ASt die von der Ag in Bezug genommenen anderweitigen Projekte nicht konkret zuordnen könne - die von der ASt in einschlägigen Projekten eingesetzten Leistungserbringer auch dort nicht verbindlich zum Einsatz kommen müssten, sondern vielmehr im Rahmen der Weisungsbefugnis der ASt flexibel und bedarfsweise eingesetzt werden könnten.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag hält die ASt für nicht notwendig. Die Ag verfüge über juristisch hinreichend geschultes Personal, das zur Bearbeitung der im Nachprüfungsverfahren relevanten Sach- und Rechtsfragen in der Lage sei. Die Zurückweisung der Rüge sei durch einen Syndikusanwalt der Ag erfolgt, der ausweislich seines öffentlich verfügbaren und einsehbaren Profils, seit langer Zeit als Rechtsanwalt im Fachbereich Vergaberecht tätig sei. Die Heranziehung externen rechtlichen Beistands sei vor diesem Hintergrund nicht geboten gewesen.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen;
2. Hilfsweise begehrt die ASt die Zurücksetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Beginn der Angebotsauswertung und die Anweisung der Ag, die Zuschlagserteilung unter ermessensfehlerfreier Verwendung der zuvor bekanntgemachten Zuschlagskriterien und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu treffen;
3. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt;

4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die ASt notwendig.

Des Weiteren beantragt die ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

2 die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären;

3 der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen.

Die Ag hält den Ausschluss der ASt für rechtmäßig. Es sei in den Q&E-Anforderungen klar erkennbar gewesen, dass die Bieter die von ihnen einzusetzenden Leistungserbringer zu benennen gehabt hätten, woraus folge, dass diese Personen die Leistung auch tatsächlich erbringen müssten. Eine ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrags sei nur gewährleistet, wenn die benannten Leistungserbringern hinreichend qualifiziert seien und nicht durch andere Arbeiten in ihrer Verfügbarkeit für die ausgeschriebenen Leistungen eingeschränkt seien. Die Ag habe die Qualität der Profile der Leistungserbringer der ASt gerade nicht in Frage gestellt und auch nicht zum Gegenstand der Aufklärung gemacht. Sie habe vielmehr Kenntnis davon gehabt, dass die von den seitens der ASt angebotenen Leistungserbringer mehrheitlich im ausgeschriebenen Leistungszeitraum für die Ag oder im unmittelbaren bzw. angrenzenden Geschäftsbereich im Einsatz seien. Die Ag habe entsprechende Kenntnis gehabt, weil sich deren Mitarbeiter regelmäßig zu eingesetzten Auftragnehmern und deren Personal austauschten. Bei einer Mitarbeiterin und einem Mitarbeiter der ASt habe die Ag so Kenntnis gehabt, dass sie bereits anderweitig im Bereich der Ag eingesetzt seien. Daher habe die Ag eine interne Datenbank der Ag mit Profilen ihrer Mitarbeiter und Auftragnehmer konsultiert und die darin enthaltenen Angaben überprüft und dabei festgestellt, dass zusätzlich auch noch weitere Mitarbeiter als von der ASt vorgesehene Leistungserbringer in anderen Projekten der Ag involviert seien. Darüber hinaus sei der Ag aus dem Markt bekannt, dass noch weitere von der ASt benannte Leistungserbringer außerhalb von Projekten der Ag, die aber dem weiteren Geschäftsbereich zuzuordnen seien, beschäftigt seien, einer von diesen sei sogar doppelt, sowohl für die Ag als auch in anderen Projekten tätig. Keineswegs sei es der Ag darum gegangen, die Bieter hätten nur Mitarbeiter anbieten dürfen, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht anderweitig eingebunden seien.

Die Ag habe vielmehr festgestellt, dass die ASt nur in der Gesamtschau aller angebotenen Leistungserbringer alle Qualifikations- und Erfahrungsanforderungen vollumfänglich erfüllen könne und erhebliche Zweifel gehabt, dass die ASt über diese angebotenen Ressourcen für das ausgeschriebene Projekt im Falle einer Auftragsdurchführung tatsächlich verfügen könne und daher eine nachvollziehbare Erklärung der ASt für notwendig erachtet, wie und in welchem Umfang die benannten Leistungserbringer zur Verfügung stünden, wenn es zu einem Zuschlag kommen sollte.

Die von der ASt auf die Aufklärungsanordnung der Ag eingereichte Erklärung habe dann allerdings keine verwertbaren, plausiblen Angaben enthalten, um die Zweifel der Ag auszuräumen. Die ASt habe darin ein aus drei Personen bestehendes Kernteam angegeben. Dies habe nicht zur Anforderung in der Anlage Q&E gepasst, wonach für die Leistungserbringung der Einsatz von mindestens vier Leistungserbringern gefordert worden sei, so dass jedenfalls die Verfügbarkeit geeigneten Personals schon aus diesem Grunde nicht gegeben gewesen sei. Die weitere Erklärung

der ASt, dass alle eingereichten Profile mindestens anteilig ihre Expertise zur Verfügung stellen könnten, ohne andere Projekte zu gefährden, sei keine aussagekräftige Erklärung auf die Feststellung der Ag, dass die Q&E-Anforderungen gerade nur in der Gesamtschau aller angebotenen Leistungserbringer vollumfänglich erfüllt würden. Denn die ASt habe damit nur das ohnehin mit dem Angebot abgegebene Leistungsversprechen bestätigt, nicht aber die von der Ag konkret dargelegten Zweifel ausgeräumt. Dabei sei zu beachten, dass nach Ziff. 6.4 der Leistungsbeschreibung 90% der Tätigkeiten vor Ort durchzuführen seien. Die Leistungserbringer könnten daher während dieser Zeit nicht für andere Projekte zur Verfügung stehen. Die ASt habe in ihrer Antwort auf das Aufklärungsschreiben der Ag nicht dargelegt, wie sie mit dieser Situation umgehe. Die Ag habe daher das Angebot ausgeschlossen, weil die Erklärung der ASt keinen sicheren Schluss auf die Erfüllbarkeit des Angebotes bei Leistungsbeginn im Auftragsfall erlaube.

Die ASt könne sich nicht die ausnahmsweise Möglichkeit nach § 3 des Einzelauftrags berufen, einzelne Leistungserbringer ggf. zu ersetzen. Dabei gehe es um eine Ausnahmeregelung; ausschlaggebend für die Angebotswertung seien nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen die für die Leistungserbringung benannten Personen, deren Qualifikation mit dem Angebot anzugeben gewesen sei. Es sei gerade kein beliebiger Personaleinsatz beabsichtigt. Es sei nach allem unzutreffend, dass die ASt sich die erforderlichen personellen Ressourcen auch noch nach Beauftragung besorgen dürfe. Die Verfügbarkeit für den Auftragsfall habe die Ag im Hinblick auf ihre Zweifel daher aufklären dürfen und müssen. Eine weitere Aufklärung auf die unzureichende Antwort der ASt hin, sei nicht geboten gewesen. Die Antwort habe jedenfalls belegt, dass das Angebot der ASt nicht zweifelsfrei sei und habe daher auch nach erfolgloser Aufklärung ausgeschlossen werden dürfen.

Der Ausschluss sei zwar nicht auf einen ausdrücklichen Ausschlussstatbestand nach der VSVgV bzw. der VgV zu stützen gewesen, die für den Fall einer verweigerten Aufklärung keinen solchen vorsähen. Wenn ein Bieter - wie hier die ASt - allerdings der erbetenen Aufklärung nicht nachkomme und angeforderte Erklärungen nicht oder nur unzureichend übermittle, sei das Angebot auszuschließen, weil die Unklarheiten, Zweifel oder Widersprüche nicht ausgeräumt worden seien und das Angebot damit nicht eindeutig und annahmefähig sei.

Die Ag sei schließlich auch zur Aufklärung des Angebots der ASt verpflichtet gewesen. Die Ag habe sich angesichts der bei ihr tatsächlich aufgekommenen Zweifel nicht auf das mit dem Angebot abgegebene Leistungsversprechen der ASt verlassen dürfen. Es hätten ausweislich der internen Erkenntnisse konkrete Zweifel an der Verfügbarkeit der Leistungserbringer der ASt bestanden. Es sei daher aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung geboten gewesen, das Leistungsversprechen der ASt zu verifizieren.

Die Ag habe sich hier sachgemäß für eine schriftliche Aufklärung und Darstellung der Verfügbarkeiten der Leistungserbringer der ASt entschieden. Es sei nicht um eine vorgezogene konkrete Einsatzplanung durch die ASt gegangen. Die Bieter hätten die Leistungserbringer bereits mit dem Angebot benennen müssen.

Nicht deren konkreter Einsatz, sondern deren zeitliche Verfügbarkeit im Hinblick auf ihre Einbindung in andere Auftragsdurchführungen bei der Ag seien klärungsbedürftig gewesen. Die ASt habe in diesem Rahmen Ausführungen machen sollen, dass ihre betriebliche Organisation in der Lage sei, entsprechende Personalkapazitäten für den ausgeschriebenen Auftrag bereit zu stellen. Dies sei aber aus der Antwort der ASt nicht belastbar hervorgegangen.

Die Ag habe daher keine neuen Zuschlagskriterien eingeführt, sondern nur die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens verifizieren wollen. Die von der ASt reklamierten Geheimhaltungspflichten hätten der Aufklärung nicht entgegenstehen können. Die Aufklärung sei möglich gewesen, ohne

gegen etwaige Vertraulichkeitspflichten zu verstoßen; die ASt sei in der Lage gewesen, feststellen zu können, bei welchem Auftraggeber eine Freistellung von der Verschwiegenheit einzuholen gewesen wäre; jedenfalls aber hätte die ASt sich um entsprechende Freigaben bemühen müssen; es sei davon auszugehen, dass diese erteilt worden wären.

Eine Ungleichbehandlung zu Lasten der ASt bestehe auch nicht dadurch, dass die Ag nur bei der ASt die Verfügbarkeiten aufgeklärt habe. Dies sei geboten gewesen, weil die festgestellten Zweifel bei der Ag im Hinblick auf die ASt aufgekommen seien. Darüber hinaus habe die Ag auch zu den Leistungserbringern der Bg geprüft, ob Angaben in der internen Datenbank der Ag zu finden gewesen seien, die einer Verfügbarkeit entgegenstehen könnten. Das Ergebnis sei hier negativ gewesen.

Die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten hält die Ag für notwendig. Insofern sei auf die Bedeutung des Auftrags abzustellen, auch habe der Zeitfaktor eine Rolle gespielt, im auf fünf Wochen begrenzten Nachprüfungsverfahren auf den Nachprüfungsantrag konzentriert entgegen zu müssen. Der vergaberechtlich versierte Syndikusanwalt der Ag sei durch nicht aufschiebbare Betreuung anderer Projekte zeitlich ausgelastet gewesen. Die termingerechte Realisierung des ausgeschriebenen Projekts sei aber für die Ag von besonderem Interesse, da diene, weshalb die Hinzuziehung externen anwaltlichen Beistands erforderlich gewesen sei.

c) Die mit Beschluss vom 15. August 2024 förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die Aufwendungen der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Die Bg hält den Nachprüfungsantrag für zwar zulässig, aber unbegründet. Sie hält den Ausschluss der ASt für rechtmäßig, dieser sei zwingend geboten gewesen im Hinblick auf die von der Ag in den Q&E-Anforderungen vorgegebenen Mindestanforderungen für die von den Bietern im Angebot zu benennenden Leistungserbringer. Diese Anforderungen seien für die streitgegenständliche IT-Vergabe sachgemäß, da die Qualität der ausgeschriebenen Leistungen von den für die Leistungserbringung verantwortlichen Personen maßgeblich abhängen. Aus den Q&E-Anforderungen seien die entsprechenden Anforderungen an die Leistungserbringer als Ausschlusskriterien gegenüber allen Bietern unmissverständlich festgelegt worden.

Die Ag habe auf dieser Grundlage das Leistungsversprechen der ASt überprüfen dürfen und wollen, ohne dass es dabei um eine vorzeitige konkrete Einsatzplanung gegangen sei. Eine Einsatzplanung setzte die Erfüllung der Q&E-Anforderungen voraus, an deren Erfüllung die Ag gerade Zweifel gehabt habe, so dass die Ebene der konkreten Einsatzplanung noch gar nicht erreicht gewesen sei.

Soweit die ASt meine, aufgrund der unverbindlichen Abnahmemenge nicht in der Lage gewesen zu sein, eine Ressourcenzusage in Bezug auf die angebotenen Mitarbeiter abzugeben, sei eine verlässliche Abschätzung in Bezug auf Aufwand und Fähigkeiten der zur Erbringung der später definierten Leistungen grundsätzlich möglich; auch der Bg sei dies ohne Weiteres möglich gewesen. Die ASt gehe zudem fehl, wenn sie meine, über die personellen Ressourcen noch nicht verfügen zu müssen, wenn es - wie hier - um auf dem Arbeitsmarkt nur begrenzt verfügbare Kräfte gehe. In

einem solchen Fall müsse ein Bieter darlegen, aus welchen Gründen ihm das zur Auftragserfüllung erforderliche Personal bei Vertragsbeginn zur Verfügung stehe. Nur dann habe der Auftraggeber Anlass zur Annahme, der Bieter sei zur Erfüllung auch tatsächlich in der Lage.

Die Ag sei schließlich zur Aufklärung verpflichtet gewesen. Die Ag habe kein nachträgliches Zuschlagskriterium eingeführt, sondern nur den Angebotsinhalt aufgeklärt. Die hierfür erforderlichen konkreten Zweifel habe die Ag im Vergabevermerk dargelegt. Daraus ergebe sich, dass das Angebot der ASt im Grunde vollständig gewesen sei, aber Zweifel an der Richtigkeit und Belastbarkeit des Angebotsinhalts bestanden hätten, vor deren Hintergrund sachgemäß aufgeklärt worden sei. Die ASt habe allerdings unzureichende Angaben gemacht in ihrer Antwort gegenüber der Ag, die hier zum Ausschluss hätten führen müssen. Die Ag sei nicht gehalten gewesen, sich trotz ihrer Zweifel darauf zu verlassen, es werde nach den Angaben der ASt alles gut gehen.

Die Antwort der ASt sei allerdings unzureichend ausgefallen, da sie nicht dargelegt habe, tatsächlich mindestens vier Leistungserbringer mit den geforderten Erfahrungen und Qualifikationen für eine Leistungserbringung angeboten zu haben. Der Antwort der ASt auf die Aufklärung sei nicht zu entnehmen gewesen, dass mindestens vier Leistungserbringer die Q&E-Anforderungen erfüllten. Die weitergehende Aufklärung der Ag sei nur damit beantwortet worden, dass alte eingereichten Profile ihre Expertise anteilig zur Verfügung stellen könnten, was zu unbestimmt gewesen sei. Die Angaben zum Einsatz weiterer Kandidaten sei zu pauschal, um daraus schließen zu können, dass die ASt die Mindestanforderungen erfüllen könne. Der Verweis auf ein Kernteam, das aber für sich schon nicht mindestens vier Profile umfasse, sei nicht ausreichend, um die geforderten Anforderungen abzudecken. Die Ag habe daher das Angebot der AS ermessensfehlerfrei ausgeschlossen:

Den von der ASt bemängelten Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, nur bei ihr sei aufgeklärt worden, nicht aber auch bei der Bg, hält die Bg für unbegründet. Eine Überprüfung setze konkrete Tatsachen voraus, die nur bei der ASt gegeben gewesen seien, nicht aber bei der Bg. Eine Berücksichtigung des Angebots der ASt hätte demgegenüber zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten der Bg geführt.

3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg je nach Anhörung der Ag in einer § 165 Abs. 2 GWB entsprechenden Weise Akteneinsicht erteilt. Die mündliche Verhandlung hat am 6. September 2024 stattgefunden. Auf die ausgetauschten Schriftsätze und die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer in elektronischer Fassung vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat die Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 2. September 2024 auf jüngste, bis dato noch unveröffentlichte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hingewiesen, die sich mit der Anwendung des § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB im Zusammenhang mit der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens befasst, die für die Entscheidung des Nachprüfungsantrags relevant sein könne (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juni 2024 - VII-Verg 25/23, sowie Beschluss vom 12. Juni 2024 -VII-Verg 36/23).

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft. Die ASt richtet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den an die Bg beabsichtigten Zuschlag im streitgegenständlichen Miniwettbewerb für die Vergabe eines Einzelauftrags gemäß § 14 Abs. 5 Nr. 2 VSVgV auf der Grundlage einer zwischen der Ag und

u.a. der ASt geschlossenen entsprechenden Rahmenvereinbarung. Zugrunde liegt mit dem zu vergebenden Einzelauftrag über die ausgeschriebenen IT-Dienstleistungen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 und 4 GWB durch einen der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnenden öffentlichen Auftraggeber im Sinne von §§ 98, 99 Nr. 2, der - wie auch die eingegangenen Angebote zeigen - die Schwellenwerte zur Anwendung des 4. Teils des GWB definitiv überschreitet, § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 GWB, § 3 Abs. 4 VgV. Die Vergabe eines Einzelauftrags auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung kann ohne Weiteres Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 155, 160 ff. GWB sein, wenn - wie hier - gerade die Einhaltung der Vorgaben für den Einzelabruf aus einer Rahmenvereinbarung streitig ist. Die Vergabekammer des Bundes ist vor diesem Hintergrund nach § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 156 Abs. 1 GWB zuständig.

b) Die Antragsbefugnis der ASt nach § 160 Abs. 2 GWB ist als Teilnehmerin am Miniwettbewerb zu bejahen.

Das nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Interesse der ASt am ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag ist durch das von ihr abgegebene Angebot, ihre Rüge und den Nachprüfungsantrag ohne Weiteres zu bejahen. Die ASt beruft sich mit den von ihr bemängelten Vergaberechtsverstößen durchweg auf bieterschützende vergaberechtliche Vorschriften im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB. Die nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB vorausgesetzte Darlegung eines der ASt durch die behaupteten Rechtsverletzungen drohenden Schadens in Gestalt des entgehenden Zuschlags ist ausgehend vom Vorbringen der ASt gegeben.

c) Die ASt hat auch der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB genügt. Nachdem die ASt mit separaten Schreiben der Ag vom 31. Juli 2024 vom Ausschluss ihres Angebots und dem beabsichtigten Zuschlag an die Bg erfahren hatte, hat sie fristgerecht gegenüber der Ag mit Schreiben vom 2. August 2024 gerügt, dass der Ausschluss mit den Maßgaben der Zuschlagskriterien bzw. dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar sei.

d) Nach der Zurückweisung der Rüge seitens der Ag mit Schreiben vom 8. August 2024 hat die ASt den Nachprüfungsantrag binnen der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB mit Schreiben vom 12. August 2024 rechtzeitig bei der Vergabekammer des Bundes gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Ag hat das Angebot der ASt rechtmäßig vom Vergabeverfahren nach § 31 Abs. 2 VSVgV ausgeschlossen (a). Die Ag hat den Ausschluss - entgegen der Ansicht der ASt - nicht auf ein neues, nicht zuvor bekannt gemachtes Mindestkriterium gestützt und insofern unzulässig fehlende Angaben nachgefordert, vielmehr hat sie vor ihrer Ausschlussentscheidung das Angebot der ASt in sachgemäßer Weise aufgeklärt und sodann die bekannt gemachten Mindestkriterien zur Anwendung gebracht (b). Schließlich war die Aufklärung auch nicht deshalb fehlerhaft, weil der ASt eine ihrerseits sachgemäße und über die von ihr im Schreiben vom 24. Juli 2024 präsentierte hinausgehende Antwort unmöglich gewesen wäre (c). Der Ausschluss des Angebotes und die vorausgegangene Aufklärung stellt entgegen der Ansicht der ASt keine Diskriminierung der ASt bzw. ungerechtfertigte Bevorzugung der Bg dar (d). Ob sich der Ausschluss des Angebotes der ASt auch auf eine analoge Anwendung des § 15 EU Abs. 2 VOB/A stützen ließe, kann offenbleiben (e). Ein auf der Grundlage des § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB möglicher Ausschluss der ASt wurde von der Ag nicht vorgenommen und ist im Nachprüfungsverfahren mangels einer festzustellenden Ermessensreduzierung auf Null nicht durch die Vergabekammer zu entscheiden (f).

a) Die Ag hat das Angebot der ASt rechtmäßig ausgeschlossen. Ihre Entscheidung ist auf die Grundlage von § 31 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VSVgV zu stützen.

Sofern die Ag meint, dass keine eigenständige Rechtsgrundlage für den Ausschluss des Angebotes

existiere, geht sie fehl. Sie selbst hat sich in ihrem Schreiben vom 31. Juli 2024 zur Mitteilung des Ausschlusses pauschal auf § 57 Abs. 1 VgV berufen. Die Entscheidung, das Angebot auszuschließen, wird dadurch aber nicht fehlerhaft. Denn die Ag hat sich damit auf hier tragende vergaberechtliche Grundsätze berufen. Das Vorbringen der Ag ergibt in der Sache, dass sie gerade auf den nachstehend festzustellenden Grundlagen rechtmäßig gehandelt hat.

Nach § 31 Abs. 1 VSVgV sind alle Angebote auf Vollständigkeit sowie fachliche und inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen. Aus § 31 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 VSVgV geht hervor, dass Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind bzw. bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, auszuschließen sind. Die Vorschriften gewährleisten die Einhaltung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, indem alle Bieter im Vergabeverfahren an gleichen Vorgaben zu messende Angebote abzugeben haben, die der Erfüllung der mit dem Vergabeverfahren zu beschaffenden Leistung dienen. Die Angebote beinhalten somit ein grundlegendes Leistungsversprechen, die angebotene Leistung auch wie angeboten auszuführen, worauf sich ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich verlassen darf und muss, sofern er keine konkreten Anhaltspunkte hat, die ihn an der Einhaltung des Leistungsversprechens zweifeln lassen müssen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07. September 2022, -15 Verg 8/22; OLG Düsseldorf, a.a.O.). Im Fall solcher Zweifel ist zur Gewährleistung eines den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung entsprechenden Vergabeverfahrens geboten, dem einem Angebot grundsätzlich innewohnenden Leistungsversprechen nicht ohne Weiteres zu vertrauen, sondern zunächst dessen Erfüllbarkeit aufzuklären, was auch den Grundsätzen des vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entspricht und für den Bereich der Beschaffung von Dienstleistungen in § 15 Abs. 5 S. 1 VgV beispielhaft konkretisiert wird, worauf auch im Zuge der hier anzuwendenden VSVgV zurückzugreifen ist. Den beiden genannten Ausschlussstatbeständen liegt somit erst recht zugrunde, dass ein Angebot, mit dem ein Bieter das dem Angebot per se innewohnende Leistungsversprechen weder erfüllen kann bzw. zu erfüllen beabsichtigt noch Zweifel an dessen Erfüllbarkeit ausräumt, nicht annahmefähig und damit auf den vorgenannten Grundlagen auszuschließen sind. Ein solches Angebot ist mithin entsprechend § 31 Abs. 2 Nr. 3 VSVgV entweder selbst nicht frei von Zweifeln (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Mai 2024 - Verg 17/24, wonach das Angebot selbst erst recht zweifelsfrei sein muss, wenn bereits Angebotsänderungen zweifelsfrei sein müssen nach den vergaberechtlichen Ausschlussstatbeständen) oder es genügt dem mit dem abzugebenden Angebot abgeforderten, allen Vergabeunterlagen per se zugrunde liegenden Leistungsversprechen nicht und ändert diese mithin ab, § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV. So liegt der Fall hier.

Aus dem Schreiben der ASt vom 24. Juli 2024 an die Ag ergibt sich, dass das Angebot der ASt nicht frei von Zweifeln im Hinblick auf die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens ist und damit ebenfalls von dem den Vergabeunterlagen zugrunde liegenden Leistungsversprechen, das Angebot auch zu erfüllen, abgewichen ist.

aa) Hierfür war es nach den Vorgaben der die Maßgaben der Rahmenvereinbarung zulässig konkretisierenden Leistungsbeschreibung und deren Anlage Q&E erforderlich, entsprechend qualifizierte Leistungserbringer zu benennen. Nur entsprechend qualifiziertes Personal sollte nach den Maßgaben der Ziff. 29.4 der Rahmenvereinbarung in entsprechenden Einzelaufträgen zum Einsatz kommen dürfen. Die derart mit dem Angebot im Miniwettbewerb zu benennenden Leistungserbringer waren daher so anzubieten, dass sie im Zuschlagsfall auch für die Auftragsdurchführung zur Verfügung stehen. Dass - wie die ASt ausführt - die vertragliche Möglichkeit bestanden habe, auch Personal auszuwechseln, stellt sich vor diesem Hintergrund als Ausnahme dar, steht aber jedenfalls nicht dem Erfordernis entgegen, dass für die Durchführung mindestens vier qualifizierte Leistungserbringer zu benennen waren. Dies rechtfertigt sich vor dem Hintergrund, dass der Einzelauftrag nach der Leistungsbeschreibung explizit auf die Beschleunigung

des Vorhabens ausgerichtet ist und neben den vorgegebenen Q&E-Anforderungen mit der erforderlichen Ü3-Sicherheitsüberprüfung eine hohe Sicherheitsstufe verlangt, deren Überprüfung Mitarbeiter voraussetzt, die bereit sind, sich entsprechend überprüfen zu lassen, was regelmäßig eine längere Überprüfungszeit in Anspruch nehmen kann. Für einen fachkundigen Bieter, auf dessen Perspektive es für die Auslegung der Vergabeunterlagen ankommt, ergab sich aus diesem Gesamtzusammenhang unmissverständlich, dass die mit dem Angebot zu benennenden Leistungserbringer im Fall der Auftragsdurchführung auch tatsächlich verfügbar sein mussten. All diese Grundlagen hat die ASt auch rügelos akzeptiert.

Zweifel daran, dass die von der ASt im Angebot benannten Personen auch wirklich für die Auftragsausführung zur Verfügung stehen würden, ergaben sich für die Ag aus der Erkenntnis, dass diverse benannte Leistungserbringer bereits in anderen Projekten gebunden sind. Aus der Frage, ob die benannten Leistungserbringer aufgrund der bereits bestehenden Auslastung überhaupt noch zeitliche Kapazitäten haben für den streitgegenständlichen Auftrag, ergaben sich die Aufklärung rechtfertigende, wenn nicht weitergehend gebietende Zweifel an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens. Diese Aufklärung hat die Ag mit Schreiben vom 23. Juli 2024 an die ASt durchführen wollen.

bb) Die Angaben der ASt in ihrem Schreiben vom 24. Juli 2024 ergeben, dass das Angebot der ASt nicht frei von Zweifeln im Hinblick auf die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens ist bzw. von dem den Vergabeunterlagen zugrunde liegenden Leistungsversprechen, das Angebot auch zu erfüllen, abweichen.

Die ASt hat mit ihrem Schreiben vom 24. Juli 2024 auf das Schreiben der Ag vom 23. Juli 2024 geantwortet. Die Ag hat darin sehr dezidiert und konkret erfragt, wie und in welchem Umfang die aufgeführten Leistungserbringer der ASt bei der Auftragsausführung jeweils zur Verfügung stehen; man habe erhebliche Zweifel, dass der ASt die benannten personellen Ressourcen der Leistungserbringer auch für das ausgeschriebene Projekt zur Verfügung stehen, weil bekannt sei, dass diese auch in anderweitigen Aufträgen im Geschäftsbereich der Ag eingesetzt seien. Die ASt hat dazu ausgeführt, es werde ein Kernteam aus drei Leistungserbringern eingesetzt, die von der ASt eingereichten Profile stünden mindestens anteilig dem Projekt zur Verfügung, ohne andere Projekte zu gefährden. Nach der für die Auslegung maßgeblichen verobjektivierten Perspektive eines fachkundigen Empfängers, hier eines öffentlichen Auftraggebers, ergab sich daraus keine konkrete Antwort auf die Frage, wie und in welchem Umfang die von der Ag im Einzelnen aufgeführten von der ASt angebotenen Leistungserbringer für die Auftragsausführung zur Verfügung stehen werden. Die ASt verwies in ihrer Antwort vielmehr darauf, dass alle eingereichten Profile mindestens anteilig verfügbar seien, *"ohne andere Projekte zu gefährden"*. Dem Schreiben der Ag vom 23. Juli 2024 war jedoch für einen fachkundigen Empfänger unmissverständlich zu entnehmen, dass die Ag *"erhebliche Zweifel"* hatte, ob die im Einzelnen aufgeführten von der ASt angebotenen Leistungserbringer *"auch für das hiesige Projekt zur Verfügung stehen werden"*, mithin für das im Mini-Wettbewerb zu beauftragende Projekt. Die Ag hatte ausdrücklich um nachvollziehbare Darlegungen gebeten, z.B. durch Erklärungen der jeweiligen Leistungserbringer, zu ihrer Verfügbarkeit im ausgeschriebenen Projekt. Mit den knappen Ausführungen im Schreiben der ASt zur mindestens anteiligen Verfügbarkeit aller eingereichten Profile ermöglicht diese Formulierung keinen nachvollziehbaren Rückschluss auf die Verfügbarkeit der Leistungserbringer-Ressourcen im ausgeschriebenen Projekt. Das von der ASt benannte, aus drei Leistungserbringern bestehende Kernteam erlaubte per se keinen tragfähigen Rückschluss auf die Verfügbarkeit des erforderlichen qualifizierten Personals an Leistungserbringern, weil die Q&E-Anforderungen mindestens vier! Leistungserbringer verlangten. Die Angabe, alle würden ihre Expertise mindestens anteilig zur Verfügung stellen können, ist lediglich pauschal und ermöglicht es nicht, nachvollziehen zu können, wie die ASt es organisatorisch bewerkstelligen wird, die auch anderweitig eingesetzten Leistungserbringer für das ausgeschriebene Projekt überhaupt verfügbar zu haben. Die pauschale

Antwort der ASt auf die Aufklärungsfrage gibt keine über den Angebotsinhalt hinausgehenden Informationen, indem lediglich ausgesagt wird, dass die benannten Leistungserbringer anteilig zur Verfügung stehen würden. Die Aufklärungsfrage bezog sich aber darauf, dass die ASt darlegen sollte, wie die parallele Einbindung in verschiedene Projekte in der Praxis durchgeführt werden soll. Hierzu hat die ASt keine Aussage im Antwortschreiben gemacht.

Die Wichtigkeit der Anforderung entsprechender Informationen seitens der Ag bei der ASt ergibt sich daraus, dass die Ag in ihrem Schreiben vom 23. Juli 2024 ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass die zehn angebotenen Leistungserbringer der ASt nur in der Gesamtschau die zwingenden Q&E-Anforderungen erfüllen. Da unstrittig ferner der überwiegende Teil der angebotenen Leistungserbringer (sechs von zehn) parallel in anderen Projekten im Geschäftsbereich der Ag eingesetzt ist, war es, gemessen an der Empfängerperspektive eines kundigen Empfängers, aus dem Schreiben der Ag vom 23. Juli 2023 ohne Weiteres klar, dass die Ag Zweifel daran hatte, dass die nur in ihrer Gesamtheit qualifizierten Leistungserbringer zur Erfüllung des Leistungsversprechens verfügbar sein werden.

Vor diesem Hintergrund kann dem Angebot der ASt kein unbedingtes Leistungsversprechen entnommen werden, den Auftrag mit den als qualifiziert benannten Leistungserbringern zu erfüllen, so dass die Voraussetzungen der vorgenannten Ausschlussstatbestände damit erfüllt sind und das Angebot der ASt danach zwingend auszuschließen war.

b) Soweit die ASt meint, die Ag habe dem von ihr verfügbaren Ausschluss ein neues, zuvor den Bietern nicht bekannt gegebenes Mindestkriterium zugrunde gelegt, geht sie fehl. Die Ag hat insofern keine diesbezüglich fehlenden oder unvollständigen Angaben bei der ASt unstatthaft nachgefordert, sondern den Inhalt des Angebots der ASt vor dem Hintergrund der bekannt gemachten Mindestqualifikationen der Leistungserbringer sachgemäß aufgeklärt.

Die ASt ist der Ansicht, die Ag habe dem Ausschluss des Angebots in der Sache ein bislang nicht bekannt gemachtes Mindest- bzw. Zuschlagskriterium eingeführt. Die Argumentation der Ag laufe darauf hinaus, dass es ihr bereits mit Angebotsabgabe um eine hundertprozentige Ressourcenzusage, mithin darum gegangen sei, dass die gemäß den Q&E-Anforderungen anzugebenden Leistungserbringer vollständig nur dem im Zuge des Mini-Wettbewerbs zu vergebenden Auftrag zur Verfügung stehen müssten.

Eine solche Vorgabe lässt sich den Vergabeunterlagen aus der Perspektive eines fachkundigen Empfängerhorizonts allerdings nicht entnehmen. Die Leistungsbeschreibung enthält - wie oben schon festgestellt - in Ziff. 4 in Verbindung mit der Q&E-Anlage sowie Ziff. 29.4 der Rahmenvereinbarung lediglich konkretisierte Vorgaben für die Mindestanforderungen an die Qualifikation der einzusetzenden Leistungserbringer. Ausdrücklich wird gemäß Ziff. 4.2 der Leistungsbeschreibung und Ziff. 29.3 der Rahmenvereinbarung die Organisation der zu erbringenden Vertragsleistungen, "*namentlich die Auswahl und Einteilung des eingesetzten Persona/s. dem Auftragnehmer in eigener Verantwortung*" zugewiesen. Die Ag hat vor diesem Hintergrund nicht in Abrede gestellt, dass die von den Bietern, gemäß den Q&E-Anforderungen anzugebenden Leistungserbringer nicht auch anderweitig eingesetzt werden könnten.

Zwischen allen Verfahrensbeteiligten ist es im Grunde unstrittig, dass derartige Einsätze letztlich branchenüblich sind.

Der Ag kam es vielmehr darauf an, im Hinblick auf die bei ihr aufgetretenen Zweifel - wie oben schon festgestellt - den Inhalt des Angebots der ASt im Hinblick auf die Erfüllung des zugrunde liegenden Leistungsversprechens mit ihrem Schreiben vom 23. Juli 2024 näher aufzuklären, wofür sie sich auch im Rahmen der VSVgV ohne Weiteres auf die Grundsätze des § 15 Abs. 5 S. 1 VgV stützen

konnte. Diese Vorgehensweise der Ag war auch sachgemäß. Sie hat im Vergabevermerk plausibel und transparent dokumentiert, dass ihre Zweifel an der Verfügbarkeit der Mehrzahl der von der ASt benannten Leistungserbringer daher rührten, dass sie interne Erkenntnisse über deren Einsatz auch in anderweitigen Projekten im Geschäftsbereich der Ag gehabt habe. Dies hat sie in einer entsprechenden tabellarischen Übersicht niedergelegt, die auch der ASt im Zuge der Akteneinsicht offengelegt worden ist. Die parallelen Einsatz Tätigkeiten hat auch die ASt im Grunde nicht bestritten. Die ASt meint lediglich, dass einer konkreten Antwort der ASt auf das Schreiben der Ag vom 23. Juli 2024 vertragliche bzw. sicherheitsrechtliche Geheimhaltungspflichten aus den Parallelaufträgen ihrer Leistungserbringer entgegenstünden.

Die Zweifel der Ag an der Verfügbarkeit werden dadurch unterstrichen, dass nach den derart dokumentierten Feststellungen der Ag die Q&E-Anforderungen der von der ASt genannten Leistungserbringer nur in der Gesamtschau aller von der ASt benannten Leistungserbringer gewährleistet gewesen wären, weshalb es im Auftragsfalle gerade auf die tatsächliche Verfügbarkeit grundsätzlich aller Profile ankommt.

Nachvollziehbar sind die Zweifel der Ag auch vor dem Hintergrund, dass - worauf sie ausdrücklich hingewiesen hat - die Leistungen *"grundsätzlich und soweit möglich"* in bestimmten ortsfesten Räumlichkeiten zu erbringen sind (s. Ziff. 6.4 der Leistungsbeschreibung). Diese Festlegungen sind eine Konkretisierung des Leistungsortes nach Ziff. 3 des Einzelauftrags. Nach dieser Vorschrift erbringt der Auftragnehmer zwar, *"soweit möglich die Vertragsleistungen in seinen eigenen Räumlichkeiten"*. Allerdings werden die Leistungsorte, *"für die Anteile der Vertragsleistungen gemäß der Leistungsbeschreibung..., für die eine längerfristige Leistungserbringung in Räumlichkeiten des Auftraggebers erforderlich wird"* in der Leistungsbeschreibung festgelegt. Dies ist hier zu insgesamt 100% in Ziff. 6.4 der Leistungsbeschreibung erfolgt; dort wird bestimmt, dass die Erbringung der Vertragsleistungen zu 90% bzw. 10% in konkret bestimmten militärischen Einrichtungen erfolgt.

Schließlich sind die von der Ag geäußerten Zweifel auch vor folgendem Hintergrund plausibel und der Aufklärungsvorgang nicht unsachgemäß: Ausgehend von dem im Einzelauftrag ausgeschriebenen unverbindlichen Leistungsvolumen von 5864 Stunden und gemäß den Q&E-Anforderungen von vier für die Leistungserbringung vorgesehenen Leistungserbringern mit den entsprechenden Qualifikationen und Sicherheitsüberprüfung ergeben sich 1.466 Stunden pro Leistungserbringer (5864/4) und - bezogen auf einen 8-Stunden-Arbeitstag - rd. 183 Arbeitstage pro Jahr (1466/8), die für das Projekt als vorgesehen anzusehen wären. Berücksichtigt man für den Ausführungszeitraum in 2025 die Wochenenden (104 Tage), Urlaubstage (30 Tage), Feiertage in NRW (11 Tage) und durchschnittlich 15 Krankheitstage, ergeben sich weitere 160 Tage pro Jahr, die zusammen mit den 183 Projekt-Tagen, die für das Projekt zur Verfügung stehen können, insgesamt 343 Tage ergeben. Bei 365 Tagen im Jahr könnten vier Mitarbeiter bei dieser Betrachtung 'nur noch wenige Wochen in anderen Projekten untergebracht werden. Vor dem Hintergrund, dass die ASt in ihrem Schreiben vom 24. Juli 2024 ein Kernteam von nur drei Personen angegeben hat, erscheint erklärungsbedürftig, wie die verbleibenden Stunden mit wechselnden Mitarbeitern, die auch in anderen Projekten eingesetzt sind, erledigt werden können. Die Zweifel der Ag an der Verfügbarkeit der von der ASt benannten Leistungserbringer und die zur Aufklärung an die ASt vorgelegten Fragen, sind daher auch vor diesem Hintergrund nachzuvollziehen und nicht willkürlich.

c) Die Aufklärung war - entgegen der Auffassung der ASt - auch nicht deshalb fehlerhaft, weil der ASt eine ihrerseits sachgemäße und über die von ihr im Schreiben vom 24. Juli 2024 präsentierte hinausgehende Antwort unmöglich gewesen wäre.

aa) Der von der ASt als Hinderungsgrund für eine konkretere Antwort angeführte unverbindliche Leistungsumfang des Einzelauftrags stand dem Aufklärungsverlangen der Ag und einer weitergehenden Antwort der ASt nicht zwingend entgegen. Eine weitergehende Antwort auf die

Anfrage der Ag vom 23. Juli 2024 war vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen bzw. unmöglich. Dem Aufklärungsschreiben vom 23. Juli 2024 war weder ausdrücklich, noch in der Sache ein Verlangen nach Vorlage eines bereits konkretisierten Einsatzplanes der im Angebot benannten Leistungserbringer zu entnehmen, der im Hinblick auf Ziff. 1 der Leistungsbeschreibung erst nach Zuschlagserteilung in Abstimmung mit dem Bedarfsträger möglich gewesen wäre.

Die Aufforderung der Ag richtete sich zwar darauf, nachvollziehbar darzulegen, "*wie und in welchem Umfang*" die einzelnen Leistungserbringer für die Arbeiten am ausgeschriebenen Projekt vor dem Hintergrund ihrer parallelen Einsatzfähigkeit im Geschäftsbereich der Ag zur Verfügung stehen werden. Die Leistungsbeschreibung beschreibt in Ziff. 1 allerdings das Hauptziel der Beauftragung unmissverständlich, dass es für die beabsichtigte Beschleunigung des Aufbaus und der Installation des IT-Betriebszentrums zunächst auf die Erfassung und Bewertungen der Anforderungen ankommt. Danach war es aus der Perspektive eines fachkundigen Bieters offensichtlich, dass vor der Auftragserteilung eine derart abzustimmende Einsatzplanung noch nicht möglich sein wird und daher auch der konkrete, Arbeits- bzw. Stundenaufwand noch nicht genau einzuschätzen war. Die Ag hat dies unmissverständlich in Ziff. 6.2 der Leistungsbeschreibung erläutert. Die Aufforderung der Ag im Schreiben vom 23. Juli 2024 konnte vor diesem Hintergrund nicht auf eine Leistung gerichtet sein, die - wie der Einsatzplan - erst im Auftragsfall geschuldet war. Auch die ASt hat dies durchaus so verstanden, wie ihr Schreiben vom 24. Juli 2024 belegt; in dem sie ja auf die für den Zuschlagsfall erst noch zu konkretisierende Projekt- und Einsatzplanung verweist. Wie bereits oben festgestellt, sollte die ASt der Ag lediglich nachweisen, dass die jeweils hinterfragten Leistungserbringer für die Erfüllung des Leistungsversprechens tatsächlich zur Verfügung stehen werden, weil die Ag wegen der ihr bekannten parallelen Einsatzfähigkeiten der Leistungserbringer erhebliche Zweifel hatte, dass dies möglich ist.

Ein fachkundiger Bieter konnte aus diesen Informationen unschwer erkennen, dass es in einer Antwort an die Ag darum ging, die über zwei Seiten dezidiert begründeten "*erheblichen Zweifel*" der Ag zu zerstreuen bzw. zu widerlegen. Insofern wären entsprechende Erklärungen erforderlich und möglich gewesen, aus denen die Ag hätte entnehmen können, dass die aufgeführten Leistungserbringer trotz der Einbindung in andere Projekte für das ausgeschriebene Projekt zur Verfügung stehen werden. In diesem Zusammenhang wäre es denkbar gewesen, konkrete Erklärungen zu liefern, aus denen die Ag entsprechende Rückschlüsse hätte ziehen können. So wären Erklärungen zum jeweiligen Einsatzumfang und der räumlichen Entfernung der parallelen Projekte, ggf. dem Grad der Fertigstellung paralleler Projekte bzw. dem Grad der Einbindung einzelner Leistungserbringer darin denkbar gewesen, ggf. konkrete Erläuterungen, wie die ASt im Einzelfall vorzugehen beabsichtigt, um einen Einsatz im ausgeschriebenen Projekt nach der ihr obliegenden Organisation des eingesetzten Personals sicherzustellen. Denkbar wäre auch, dass in anderen Projekten nicht der Einsatz der konkreten Leistungserbringer als Person geschuldet ist, was eine Auswechslung von Personal in den anderen Projekten erleichtern würde. Die ASt hätte derartige Darlegungen abstrakt vornehmen können, ohne offen legen zu müssen, um welche Projekte es konkret geht.

bb) Auch die von der ASt angeführten Aspekte des Vertraulichkeits- bzw. Geheimschutzes in den Parallelaufträgen der von ihr benannten Leistungserbringer standen einer konkreten Beantwortung der Aufklärungsfragen der Ag nicht entgegen.

Für einen fachkundigen Bieter war aus dem Schreiben der Ag vom 23. Juli 2024 ohne Weiteres klar ersichtlich, dass die Ag keine konkrete Aufzählung der etwaig dem Geheimschutz oder vertraglichen Vertraulichkeitsabreden unterfallenden parallelen Einsatzprojekte der Leistungserbringer der ASt erwartete.

Die Ag hatte nach einer nachvollziehbaren Erklärung verlangt, wie und in welchem Umfang diese für

das ausgeschriebene Projekt zur Verfügung stehen. Hierzu hatte die Ag der, ASt keine konkreten Vorgaben für eine Antwort gemacht, sondern einen Spielraum offen gelassen, indem lediglich um geeignete Nachweise gebeten und nur beispielhaft die Möglichkeit einer Erklärung der in Rede stehenden Personen genannt worden war. Eine Antwort wäre der ASt vor diesem Hintergrund möglich gewesen, ohne konkret Auftragsinhalte der parallelen Einsatztätigkeiten der Leistungserbringer preiszugeben. Hätte die ASt dies im Rahmen ihrer Antwort für opportun 'gehalten, wäre es zudem an ihr gewesen, sich um die Freigabe durch andere Auftraggeber zu bemühen. Es ist nicht zu erwarten, dass von dort eine entsprechende Unterstützung der ASt verweigert worden wäre, zumal es sich nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen von Ag und ASt um solche aus dem Geschäftsbereich der Ag handelt.

d) Der Ausschluss des Angebotes und die vorausgegangene Aufklärung 'ist - anders als die ASt meint - auch keine Willkürmaßnahme der Ag bzw. Diskriminierung der ASt insbesondere im Vergleich zur Bg. Die Feststellungen haben ergeben, dass dem Vorgehen der ASt sachlich begründete Zweifel zugrunde lagen, die die ASt gegenüber der Ag nicht ausgeräumt hat. Sowohl die Aufklärung als auch der Ausschluss des Angebots waren vor diesem Hintergrund zur Wahrung der Gleichbehandlung der übrigen Bieter geboten.

Der Umstand, dass der Ag aufgrund ihrer internen Erkenntnisse ein Einsatz der Mehrzahl der von der ASt angebotenen Leistungserbringer in auch anderen Projekten in ihrem Geschäftsbereich aufgefallen ist, ist ein sachgemäßer Anhaltspunkt für die Aufklärungsmaßnahmen der Ag bei der ASt. Dass auch die Bg möglicherweise Teile ihrer Leistungserbringer in anderen Projekten außerhalb des Bereichs der Ag eingesetzt haben könnte, ist kein Grund, auch diese einer umfassenden Aufklärung zu unterziehen, zumal die Anforderungen der Vergabeunterlagen einen parallelen Einsatz gerade nicht grundsätzlich verbieten und allein bei der ASt ein spezifischer Anlass zur Aufklärung bestand. Überdies wurden ASt und Bg von der Ag hinsichtlich der Abfrage ihrer internen Datenbank nach der Dokumentation im Vergabevermerk gleich behandelt. Im Übrigen gilt dies auch hinsichtlich des über die Datenbankabfrage hinausgehenden denkbaren Einsatzes der Leistungserbringer außerhalb des Bereichs der Ag. Auch insofern wurden ASt und Bg gleichbehandelt, weil die Ag von keinem der beiden Bieter insoweit nähere Darlegungen bzw. Erläuterungen für erforderlich hielt.

Eine erneute Aufklärung bei der ASt war vor diesem Hintergrund nicht geboten, da die Ag die ASt im Schreiben vom 23. Juli 2024 unter Fristsetzung zur Aufklärung aufgefordert hatte und anderenfalls auf den drohenden Ausschluss des Angebotes hingewiesen hatte.

e) Ob sich der Ausschluss des Angebotes der ASt auch auf eine analoge Anwendung des S 15 EU Abs. 2 VOB/A stützen ließe, kann offenbleiben (vgl. zu dieser Frage OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juni 2024 - VII-Verg 25/23). Danach ist ein Angebot auszuschließen, wenn ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben verweigert.

Es ist bereits fraglich, ob der Ausschlusstatbestand des § 15 EU Abs. 2 VOB/A in Einklang zu bringen ist mit der EU-Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU, der ein entsprechender, an eine verweigerte Aufklärung anknüpfender Ausschlusstatbestand nicht entnommen werden kann. Der nationale Normgeber ist aber nicht befugt, zu Lasten von Bieter Ausschlusstatbestände zu schaffen, die nicht von der RL 2014/24/EU vorgesehen sind. Dies kann aber offen bleiben, denn jedenfalls ist nicht festzustellen, dass die ASt ihre Mitwirkung an der Aufklärung vollständig verweigert hätte. Sie hat auf das zweiseitige dezidierte Aufklärungsschreiben der Ag vom 23. Juli 2024 immerhin, wenn auch nur das knapp formulierte Antwortschreiben vom 24. Juli 2024 übermittelt.

f) Schließlich erfüllt die ASt die Voraussetzungen des fakultativen Ausschlusstatbestandes gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB. Danach können öffentliche Auftraggeber einen Bieter zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von der

Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln.

aa) § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB erfasst auch den Fall, dass ein Bieter zwar ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben hat, er aber schon bei Angebotsabgabe zumindest in Kauf genommen hat oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass er das Leistungsversprechen nicht wie angeboten wird erfüllen können. Eine irreführende Information über die eigene Leistungsfähigkeit oder die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens ist geeignet, die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich zu beeinflussen. In einem solchen Fall ist der Bieter grundsätzlich im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null auszuschließen (s. OLG Düsseldorf, a.a.O., je m.w.N.).

Grundsätzlich darf der öffentliche Auftraggeber auf das Leistungsversprechen eines Bieters zwar vertrauen (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.; OLG Düsseldorf a.a.O.). *"Wenn sich allerdings konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dies zweifelhaft ist, ist der öffentliche Auftraggeber - bevor er das Angebot ausschließt - aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GWB) gehalten, durch Einholung ergänzender Informationen die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens bzw. die hinreichende Leistungsfähigkeit des Bieters zu verifizieren ..., wobei er in der Wahl seines Überprüfungsmittele im Grundsatz frei ist. ..."* (OLG Düsseldorf a.a.O., je m.w.N.).

bb) Auf der Grundlage der von der Ag wie oben festgestellt durchgeführten Aufklärung des Angebotsinhalts der ASt sind auch die Voraussetzungen des Ausschlussstatbestandes nach § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB grundsätzlich erfüllt. Danach ist davon auszugehen, dass die ASt schon bei Angebotsabgabe zumindest bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass es zumindest zweifelhaft ist, ob sie das dem Angebot innewohnende Leistungsversprechen werde erfüllen können. Den Angaben der ASt in ihrem Schreiben vom 24. Juli 2024 ist - wie festgestellt - nicht zu entnehmen, dass das dem Angebot innewohnende Leistungsversprechen, die angebotene Leistung mit den benannten Leistungserbringern auch tatsächlich erfüllen zu können, eingehalten werden kann. Auf der Grundlage ihres Angebotes und der Erläuterungen kann nicht festgestellt werden, dass die von ihr angebotenen Leistungserbringer tatsächlich zur Leistungserbringung zur Verfügung stehen. Die ASt hat danach bereits mit Abgabe ihres Angebotes eine irreführende Information über die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens abgegeben. Mit ihrem Schreiben vom 24. Juli 2024 hat sie keine diesbezüglich klarstellenden Angaben gemacht. Die so im Angebot enthaltene irreführende Information ist schließlich geeignet, die Vergabeentscheidung der Ag als öffentlicher Auftraggeberin erheblich zu beeinflussen.

cc) Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage erklärt, sie habe die ASt bislang nicht auf der Grundlage des § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB ausgeschlossen, mithin das ihr nach dieser Vorschrift zustehende Ermessen nicht ausgeübt. Darüber könnte sich die Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren nur hinwegsetzen, wenn das Ermessen hier entsprechend auf Null reduziert wäre, also nur der Ausschluss in Betracht kommt und verhältnismäßig ist.

Eine Ermessensreduzierung auf Null ist indes nicht gegeben. Im Unterschied zu dem oben festgestellten zwingenden Ausschluss des Angebotes der ASt nach § 31 Abs. 2 VSVgV geht es bei § 124 GWB um den Ausschluss des Unternehmens der ASt selbst und damit eine Entscheidung über die unternehmerische Zuverlässigkeit, so dass aus der gebundenen Ausschlussentscheidung zum Angebot kein zwingender Rückschluss auf den fakultativen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB gezogen werden kann. Die ASt ist Rahmenvertragspartnerin der Ag und hat bereits Projekte für die Ag durchgeführt, in denen sie sich als zuverlässig erwiesen hat, was im Rahmen einer

Ermessensentscheidung der Ag zu berücksichtigen wäre (arg. e. § 125 Abs. 2 GWB). Dass die Ag die ASt wegen der Zweifel an der ausreichenden zeitlichen Verfügbarkeit der Leistungserbringer für den vorliegenden Auftrag zwingend auszuschließen hätte, ist nicht erkennbar.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 2 und 3 S. 1 sowie Abs. 4 S. 1, 2. GWB.

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

2. Die ASt trägt zudem die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg gemäß § 182 Abs. 4 S. 2 GWB. Denn es entspricht der Billigkeit gemäß dieser Vorschrift, diese Aufwendungen der Bg der ASt als unterliegender Verfahrensbeteiligter aufzuerlegen. Die Bg hat sich gegen das Vorbringen der ASt schriftsätzlich verteidigt und entsprechende Anträge gestellt. Die ASt hat durch ihren Nachprüfungsantrag ferner einen direkten Interessengegensatz zur Bg begründet, indem sie auch die Aufklärung ihres Leistungsversprechens gefordert und daraus eine ungleiche Bevorzugung der Bg abgeleitet hat. Vor diesem Hintergrund hat die Bg ein Kostenrisiko auf sich genommen, das es rechtfertigt, ihre entsprechenden Aufwendungen der ASt aufzuerlegen.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag war nicht notwendig gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und Abs. 3 S. 2 VwVfG (Bund).

Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als Verfahrensbevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren bedarf einer einzelfallgerechten Betrachtung, abstellend auf den Zeitpunkt der Hinzuziehung (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, **X ZB 14/06**; vgl. ferner OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. September 2022, VII-Verg 15/22). Die Notwendigkeit der Hinzuziehung hängt davon ab, ob der jeweilige Verfahrensbeteiligte nach den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, den Sachverhalt aufgrund der bekannten bzw. erkennbaren Tatsachen zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung bzw. -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.). Maßgeblich ist bei der Abwägung, ob die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig war oder nicht, ob sich im Nachprüfungsverfahren für den Auftraggeber im Wesentlichen auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazugehörigen vergaberechtlichen Vorschriften gestellt haben. In diesem Fall ist es grundsätzlich nicht notwendig, dass er hierfür einen Rechtsanwalt zu

Rate ziehen muss. Diese Angelegenheiten betreffen den originären Aufgabenkreis des öffentlichen Auftraggebers, für die er sich selbst die notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse verschaffen muss, so dass es auch im Nachprüfungsverfahren nicht geboten ist, einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten hinzuzuziehen (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Zu berücksichtigen ist ferner der Grad der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhaltes, die Komplexität oder Überschaubarkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen sowie persönliche Umstände wie u.a. die sachliche oder personelle Ausstattung des Verfahrensbeteiligten (BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts kann daher insbesondere geboten sein, wenn sich im Nachprüfungsverfahren nicht einfachgelagerte Rechtsfragen stellen, insbesondere solcher verfahrensrechtlicher Natur oder solcher Art, die auf einer höheren Rechtsebene als der der Vergabeordnungen zu entscheiden sind (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Vor dem Hintergrund dieser Maßgaben ist die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag hier nicht als notwendig anzuerkennen. Die Ag verfügt unstreitig über mehrere eigene

Syndikusanwälte, von denen einer bereits das Nichtabhilfes Schreiben der Ag vom 8. August 2024 unterzeichnet hat und Fachanwalt für Vergaberecht ist, so dass bei der Ag eine entsprechende Fachexpertise auch für das Verfahrensrecht des Nachprüfungsverfahrens vorhanden ist. Im Nichtabhilfes Schreiben der Ag vom 8. August 2024 wurden die für das Nachprüfungsverfahren relevanten Sach- und Rechtsfragen von diesem bereits bearbeitet. Dies wäre damit auch im Nachprüfungsverfahren ohne weiteres möglich gewesen. Vor diesem Hintergrund trägt der von der Ag reklamierte Umstand der Bedeutung des Projektes für die Ag sowie die prozessuale Waffengleichheit mit der ASt die Notwendigkeit einer Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag hier nicht. Soweit die Ag hierzu vorgetragen hat, der Syndikusanwalt sei mit anderen Projekten ausgelastet gewesen, verfängt dies hier auch deshalb nicht, weil dies nicht näher nachvollziehbar dargelegt worden ist.

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Bg war vor dem Hintergrund der soeben unter Ziff. 3. dargelegten kostenrechtlichen Grundsätze dagegen notwendig, § **182** Abs. 4 S. 4 GWB, § **80** Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG (Bund). Von einem Bieterunternehmen wie der Bg kann grundsätzlich nicht erwartet werden, die hier klärungsbedürftigen komplexen vergaberechtlichen und insbesondere die verfahrensrechtlichen Fragestellungen im Nachprüfungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe aufzuarbeiten. Die ASt hat einen direkten Interessengegensatz zum Bg hergestellt. Hinzu tritt zugunsten des Bg der Aspekt der prozessualen Waffengleichheit im Hinblick auf die im Nachprüfungsverfahren ebenfalls rechtsanwaltlich vertretene ASt.

(...)