

Fundstelle

openJur 2022, 22226

Rkr:  AmtlSlg:

Tenor

- <sup>1</sup> 1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 29. April 2021 ([VK 2 - 5/21](#)) wird zurückgewiesen.
- <sup>2</sup> 2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.
- <sup>3</sup> 3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 2.350.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

- <sup>4</sup> I.
- <sup>5</sup> Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 26. Juni 2020 ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb betreffend ein Telemedizinisches Versorgungsprogramm für ihre Versicherten mit den Indikationen Herzinsuffizienz und/ oder chronisch obstruktive Lungenerkrankung EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2020/S 123-301690). Die Ausschreibung ist durch Bekanntmachungen vom 15. Juli 2020, Bekanntmachungsnummer 2020/S 135-333222, in Bezug auf die Bewerberauswahl bei gleicher Anzahl der Referenzprojekte, und vom 23. Juli 2020, Bekanntmachungsnummer 2020/S 141-347714, in Bezug auf die Eignungsanforderungen berichtigt worden.
- <sup>6</sup> Der Ausschreibungsgegenstand war die telemedizinische Versorgung von Versicherten der B. mit Herzinsuffizienz und/oder chronisch obstruktiver Lungenerkrankung (COPD) im Rahmen eines Vertrages der Besonderen Versorgung nach § 140a Abs. 4a SGB V, wobei die Betreuung ein tägliches Telemonitoring von Zeichen und Beschwerden der behandlungsführenden Indikation bzw. Indikationen umfasst. Dafür werden die Versicherten mit indikationsspezifischen telemedizinischen Geräten ausgestattet. Die erhobenen Werte werden kontinuierlich und automatisch an den Auftragnehmer übermittelt und dort überprüft. Bei Auffälligkeiten wird ein Alarm beim Auftragnehmer ausgelöst und der Versicherte durch den Auftragnehmer kontaktiert, um die Ursache für die Auffälligkeit zu ermitteln und wenn möglich zu beheben. Neben diesen anlassbezogenen Kontakten erfolgt in regelmäßigen Abständen die Kontaktaufnahme durch den Auftragnehmer beim Versicherten zur allgemeinen Betreuung im Programm sowie zum Zweck von indikations- und gesundheitsbezogenen Schulungen.
- <sup>7</sup> Bewerber hatten ihre Eignung und Leistungsfähigkeit bezüglich der Organisation, Administration und Durchführung durch nach Art und Größe vergleichbare Referenzprojekte für gesetzlich Krankenversicherte in den letzten fünf Jahren nachzuweisen, wobei die Antragsgegnerin lediglich solche Bewerber als geeignet erachtet, welche wenigstens ein entsprechendes Referenzprojekt nachweisen können. Als Referenz eignete sich nach der Bekanntmachung in der Fassung der Änderungsbekanntmachung vom 23. Juli 2020 ein Projekt, bei dem gleichzeitig mindestens 5.000 Versicherte mit mindestens einer chronischen Erkrankung, darunter möglichst die Herzinsuffizienz, über einen Zeitraum von mindestens 12 Monaten telemedizinisch hinsichtlich mindestens einer chronischen Erkrankung betreut wurden. Die Versicherten sollten möglichst aus dem Bereich der GKV stammen. Das Referenzprojekt musste mit mindestens 20 Mitarbeitern in der telemedizinischen Betreuung durchgeführt worden sein (Ziffer VII.1.2 der Bekanntmachung in der Fassung der Berichtigung vom 23. Juli 2020 unter Änderung von Ziffer III.1.3 der ursprünglichen Bekanntmachung).
- <sup>8</sup> Im Fall der Bildung einer Bewerbergemeinschaft konnten die diesbezüglichen Erklärungen gemeinsam erbracht werden, wobei die Erklärungen jeweils auf den Leistungsteil zu beziehen waren, den das jeweilige Mitglied der Bewerbergemeinschaft übernommen hat. Im Fall des Einsatzes von Nachunternehmern waren die Erklärungen für Nachunternehmer insoweit zu erbringen, wie sie auf die vom Nachunternehmer zu übernehmende Leistung anwendbar sind (Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung). Die Verpflichtungserklärung des benannten Dritt-/Nachunternehmers gegenüber dem Bieter war spätestens vor Zuschlagserteilung einzureichen (Ziffer III.1.1 der Bekanntmachung).

- <sup>9</sup> Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium (Ziffer II.2.5. der Bekanntmachung). Daneben sollten auch qualitative Aspekte mit maximal 60 von 100 Punkten Berücksichtigung finden (Ziffer 10 der Teilnahmebedingungen). Zu den jeweils mit 0 bis 6 Punkten zu bewertenden Qualitätskriterien gehörte als Nummer 8 auch die persönliche Präsentation der Angebotsunterlagen. Nach den Bewertungskriterien waren dabei die in der Leistungsbeschreibung zu den jeweiligen Kriterien dargestellten Beschreibungen und Anforderungen zu berücksichtigen, weil die dort aufgeführten Anforderungen Aspekte hervorheben, die der Auftraggeberin besonders wichtig sind. Insgesamt handelte es sich um 19 unterschiedlich gewichtete Einzelkriterien. 0 Punkte erhielt ein Bieter, wenn Ausführungen zu dem jeweiligen Kriterium fehlen oder in wesentlichen Punkten unzureichend oder unvollständig sind, 2 Punkte, wenn einzelne Unklarheiten bestehen, jedoch verständliche und wertbare Ansätze vorhanden sind, 4 Punkte, wenn die Anforderung voll erfüllt werden, und 6 Punkte, wenn die Anforderungen in besonderem Maße erfüllt werden. Die danach zu vergebenden Punkte konnten sich dabei durch einen Vergleich mit anderen Anbietern ergeben (Anlage B4 der Vergabeunterlagen).
- <sup>10</sup> Nach Ziffer III.2. der Bekanntmachung, Bedingungen für den Auftrag, Unterpunkt 1. musste der Bewerber zum berechtigten Personenkreis nach § 140a Abs. 3 Nr. 6 SGB V gehören, also Hersteller von Medizinprodukten im Sinne des Gesetzes über Medizinprodukte sein. Dementsprechend wurde in den Teilnahmebedingungen, Anlage A0, die Erklärung, Medizinproduktehersteller i.S.d. § 140a Abs. 3 Nr. 6 SGB V und damit berechtigt zu sein, mit einer gesetzlichen Krankenkasse einen Vertrag über besondere Leistungen nach § 140a Abs. 4a SGB V zu schließen, vom Bieter gefordert.
- <sup>11</sup> Die Antragstellerin und die Beigeladene sowie die im Parallelverfahren antragstellende, zweitplatzierte Bieterin H., bei der sich um die Bestandsbieterin handelt, reichten nach erfolgreichem Teilnahmeantrag und unverbindlichem Erstangebot jeweils fristgerecht ein verbindliches Angebot ein. Mit Schreiben vom 8. Januar 2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen; das Angebot der Antragstellerin enthalte nicht den günstigsten Preis und habe auch bei der Qualitätsbewertung eine minimal geringere Punktzahl erhalten. Mit Schreiben vom 11. Januar 2021 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung, das Angebot der Beigeladenen sei wegen unzulässiger Eignungsleihe auszuschließen. Diese Rüge wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13. Januar 2021 zurück, die Eignungsleihe sei nicht in Abweichung von § 47 VgV ausgeschlossen worden.
- <sup>12</sup> Die Antragstellerin beantragte darauf mit Anwaltsschriftsatz vom 18. Januar 2021 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu dessen Begründung sie vortrug, die Beigeladene sei auszuschließen, eine Eignungsleihe sei nicht zulässig, weil die Antragsgegnerin diese nicht zugelassen habe. In den Vergabeunterlagen sei immer nur von der Eignung des Bieters die Rede. Auch der zweitplatzierte Bieter sei auszuschließen, da er im Zeitpunkt der Angebotseinreichung kein Medizinproduktehersteller i.S.d. § 140a Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB V gewesen sei. Letztendlich sei aber auch die Bewertung der Angebote fehlerhaft, insoweit fehle es schon an einer hinreichenden Dokumentation. Auch hätten nicht alle Bieter die gleiche Zeit zur Vorbereitung der Präsentation gehabt.
- <sup>13</sup> Die Antragstellerin hat beantragt,
- <sup>14</sup> 1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebote der Beigeladenen und eines weiteren Bieters wegen fehlender Eignung vom Verfahren auszuschließen und die Bewertung der Angebote im Übrigen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
- <sup>15</sup> 2. ihr Akteneinsicht zu gewähren;
- <sup>16</sup> 3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen;
- <sup>17</sup> 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung für notwendig zu erklären.
- <sup>18</sup> Die Antragsgegnerin und die mit Beschluss vom 21. Januar 2021 hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,
- <sup>19</sup> 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- <sup>20</sup> 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen;
- <sup>21</sup> 3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter notwendig war.

- <sup>22</sup> Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, die Eignungsleihe sei in Ermangelung eines ausdrücklichen Ausschlusses zulässig, einer ausdrücklichen Zulassung bedürfe es vor dem Hintergrund des sich aus § 47 VgV und § 69 Abs. 4 SGB V ergebenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses nicht. Eine entsprechende Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers der Beigeladenen sei mit dem Angebot eingereicht worden, eine Vorlage schon mit dem Teilnahmeantrag sei nicht gefordert gewesen. Die Bewertung halte sich im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums und weise keine Beurteilungsfehler auf.
- <sup>23</sup> Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 29. April 2021 der Antragsgegnerin zwar eine Wiederholung ihrer Dokumentation der Wertungsentscheidung aufgegeben, im Übrigen jedoch den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin teils verworfen und teils zurückgewiesen. Soweit die Antragstellerin einen Ausschluss auch der zweitplatzierten Bieterin erstrebe, fehle es derzeit an der erforderlichen Gefahr einer Verletzung in eigenen Rechten. Hinsichtlich der Beanstandung unterschiedlicher Vorbereitungszeit auf die Präsentation fehle es bereits an der erforderlichen Rüge, die zeitliche Staffelung sei bei einem Prüfersteam zwangsläufig und daher nicht erst aus der Akte zu entnehmen gewesen. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig sei, sei er nur hinsichtlich der Dokumentation begründet, die Angriffe auf die Eignung der Beigeladenen griffen nicht durch. Die Eignungsleihe sei in § 47 VgV ausdrücklich vorgesehen. Soweit § 69 Abs. 4 Satz 3 SGB V Abweichungen gestatte, fehle es am erforderlichen Ausschluss der Eignungsleihe. Im Gegenteil spreche die Zulassung der vollständigen Leistungserbringung durch Nachunternehmer in Ziffer 6 der Teilnahmebedingungen für die Zulässigkeit auch der Eignungsleihe. Nachunternehmer sei ein Oberbegriff. Diese Eignungsleihe habe die Beigeladene mit der Verpflichtungserklärung (Anlage B 6) nachgewiesen und zwar rechtzeitig mit dem Angebot. Eine Vorlage im Teilnahmewettbewerb sei nicht i.S.d. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV gefordert gewesen, vielmehr sei die Einreichung der Nachweise für die Nachunternehmer ausdrücklich bis vor dem Zuschlag gestattet gewesen.
- <sup>24</sup> Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Beigeladene erfülle die Referenzanforderung nicht, die Eignungsleihe sei im Hinblick auf die besonders komplexe Leistung nicht zugelassen. In der Bekanntmachung, den Vergabeunterlagen und der Bieterinformation sei immer nur von der Eignung des Bewerbers die Rede, dieser müsse seine technische und berufliche Leistungsfähigkeit nachweisen. Es solle ein erfahrener Partner gefunden werden, der aufgrund seiner Referenz die Kriterien erfülle. Dementsprechend sei im Formblatt die Passage zur Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers gestrichen worden. Aus der Zulässigkeit des Nachunternehmereinsatzes ergebe sich nichts Anderes, die Eignungsleihe sei kein Unterfall des Nachunternehmers, der in § 36 VgV geregelt sei. Der vorliegende Auftrag sei aufgrund seiner Komplexität für eine Eignungsleihe auch gar nicht geeignet, die geforderte Leistung sei herausfordernd und umfangreich. Es handle sich um eine einheitliche komplexe Leistung, die bei Zulassung der Eignungsleihe komplett vom Leihgeber erbracht werden müsste, für die avisierte Erbringung von wesentlichen Vertragsinhalten durch die Beigeladene bliebe kein Raum. Zudem habe die Beigeladene die Verpflichtungserklärung entgegen § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV nicht mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt, eine Nachreichung sei unzulässig. Auch verfüge der Eignungsleihgeber selbst nicht über die erforderlichen Referenzen, die ein Projekt mit einem täglichen Telemonitoring von mit einem eigenen Gerät ausgestatteten, körperlich schwer beeinträchtigten und über 70-jährigen Teilnehmern und deren Schulung erfordere.
- <sup>25</sup> Letztendlich sei aber auch die Angebotsbewertung rechtswidrig. Die Konzeption der angebotenen Leistungen der Wettbewerber sei ihr nicht mitgeteilt worden, die notwendige vergleichende Gegenüberstellung der Angebote durch Darstellung der jeweiligen Vorzüge und Nachteile fehle. Im Unterkriterium 6.2 verlange die Antragsgegnerin entgegen der Leistungsbeschreibung keine barrierefreie Spezifikation. Bei der Bewertung des Unterkriteriums 2.5 werde das Fehlen einer Anlage beanstandet, obwohl solche hier gar nicht zugelassen gewesen seien. Die bildliche Veranschaulichung habe vorgelegen. Beim Unterkriterium 2.3 habe die Antragsgegnerin ihr Entscheidungsdiagramm und die überdurchschnittliche Adhärenz der Teilnehmer nicht gesehen, die Sicherheitsfunktion zur Spirometer-Messung sei nicht gewertet worden. Die Bewertungskriterien für das Kriterium 8 seien erst im Nachhinein ausdifferenziert aufgestellt worden, eine gezielte Vorbereitung sei so unmöglich gewesen. Auch sei ihre über die Fragen der Antragsgegnerin hinausgehende Beantwortung unberücksichtigt geblieben. Die unter 3.1 vorgeschlagene Abstimmung sei ein Qualitätsmerkmal, kein Mangel. Zudem seien die Angebote der Bieter nicht im Vergleich zueinander bewertet worden. Den Wettbewerbern fehle ihr Algorithmus zur Erkennung von Abweichungen im Rahmen des Unterkriteriums 6.3.
- <sup>26</sup> Ihr Nachprüfungsantrag sei im Übrigen vollumfänglich zulässig. Auch die Unterlassung des Ausschlusses der zweitplatzierten Bieterin H., die keine Medizinprodukteherstellerin i.S.d. § 140a Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB V sei, mindere ihre Bieterchancen. Dass sich die Videopräsentation über mehrere Tage erstreckt habe, sei erst aus der Akte ersichtlich gewesen.

<sup>27</sup> Die Antragstellerin beantragt,

<sup>28</sup> 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 29. April 2021, Az.VK 2 - 5/21, aufzuheben;

<sup>29</sup> 2. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Bieter Q. und H. wegen fehlender Eignung vom Vergabeverfahren auszuschließen und Angebotsbewertung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu durchzuführen;

<sup>30</sup> 3. ihr Akteneinsicht zur gewähren;

<sup>31</sup> 4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen;

<sup>32</sup> 5. die Heranziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig zu erklären.

<sup>33</sup> Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

<sup>34</sup> die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

<sup>35</sup> Die Antragsgegnerin, die im Anschluss an die Entscheidung der Vergabekammer eine Neudokumentation (Anlagenkonvolut BG 1) vorgenommen und vorsorglich am 28. Mai 2021 eine neue Vorabinformation versandt hat, und die Beigeladene verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer im Übrigen. Die Antragsgegnerin trägt vor, soweit sich die Antragstellerin den Ausschluss der zweitplatzierten H. wegen Verstoßes gegen § 140a Abs. 4a SGB V begehre, fehle es bereits an einer Antragsbefugnis, die Eignungs- und Ausschließungstatbestände seien in den §§ 122 ff GWB, §§ 42 ff VgV abschließend geregelt. Gleiches gelte bezüglich der Präsentationstermine und deren zeitlicher Staffelung, die systemimmanent sei. Im Übrigen sei der Antrag unbegründet, die in § 47 VgV vorgesehene Möglichkeit der Eignungsleihe sei nicht ausgeschlossen worden, von der in § 69 Abs. 4 Satz 3 SGB V vorgesehenen Abweichungsbefugnis habe sie gerade keinen Gebrauch gemacht, wie sich auch aus dem internen Vergabevermerk ergebe. Insoweit bestehe ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Eine Abweichung von § 47 VgV, nicht dessen Anwendung hätte vor diesem Hintergrund erklärt werden müssen. Für die Zulässigkeit der Eignungsleihe spräche auch die Zulässigkeit des nach Ziffer 6 der Teilnahmebedingungen bis zur vollständigen Leistungserbringung möglichen Nachunternehmereinsatzes, eine Selbstauführung i.S.d. § 47 Abs. 5 VgV habe sie gerade nicht vorgeschrieben. Die Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers sei von der Beigeladenen rechtzeitig vorgelegt worden; nach Ziffer III.1.1.b) der Auftragsbekanntmachung sei diese bis spätestens vor Zuschlagserteilung einzureichen gewesen. Die Eignung des Eignungsleihgebers müsse sich nach § 47 Abs. 1 Satz 3 VgV nur auf die Teile der Leistung beziehen, hinsichtlich derer er die Eignung des Bieters sicherstelle. Die Eignungsanforderungen seien in Ziffer III.1.3 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 2020 in Einklang mit § 122 Abs. 4 GWB in Gestalt von Mindestanforderungen definiert, in die weitere Voraussetzungen nicht reingelesen werden dürften. Ihre Beurteilung sei jedenfalls nach der von der Vergabekammer angeordneten Neudokumentation und partieller Neubewertung nicht zu beanstanden. Es müssten nicht alle Aspekte aus dem Bieterangebot wortwörtlich wiederholt werden. Die Prüfung erfolge nur auf Beurteilungsfehler, die Antragstellerin könne nicht eigene Bewertungsmaßstäbe an Stelle ihrer - der Antragsgegnerin - setzen. Im Übrigen würde selbst eine Höherbewertung der Antragstellerin in mehreren Kriterien nicht zu einer höheren Punktzahl als der Beigeladenen führen, hierfür müsse die Antragstellerin schon in 11 der 18 Kriterien höher bewertet werden. Für eine erweiterte Akteneinsicht sei kein Raum, eine Einsicht in die Konzepte der Mitbieter sei mit deren Geheimhaltungsinteressen unvereinbar.

<sup>36</sup> Die Beigeladene trägt ergänzend vor, in Anbetracht des Regel-Ausnahme-Verhältnisses sei die Eignungsleihe auch im Anwendungsbereich des § 140a SGB V immer zulässig, wenn sie nicht explizit ausgeschlossen sei, weshalb die von der Antragstellerin beanstandete Ungeeignetheit der Eignungsleihe vorab hätte gerügt werden müssen. Sie habe die Verpflichtungserklärung ihrer Eignungsleihgeberin rechtzeitig vorgelegt, Verpflichtungserklärungen von Dritt-/Nachunternehmern seien erst vor Zuschlagserteilung vorzulegen gewesen. Auch ihre Referenz genüge den gestellten Anforderungen, vergleichbar bedeute nicht gleich.

<sup>37</sup> II.

<sup>38</sup> Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist zulässig, jedoch unbegründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht zurückgewiesen.

<sup>39</sup> 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag teils verworfen und teils zurückgewiesen hat.

- <sup>40</sup> 2. In der Sache hat die Beschwerde der Antragstellerin jedoch keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend unbegründet, im Übrigen bereits unzulässig. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Ausschluss des Angebots der erstplatzierten Beigeladenen und der zweitplatzierten Bieterin H. oder Wiederholung der Angebotsbewertung. Die beabsichtigte Auftragserteilung an die Beigeladene verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten, § 97 Abs. 6 GWB.
- <sup>41</sup> a) Der gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene gerichtete Nachprüfungsantrag ist mit Ausnahme der hilfsweise für den Fall, dass die Eignungsleihe nicht ausgeschlossen sein sollte, erhobenen Beanstandung der Konzeption der Ausschreibung (siehe insoweit unter c) zulässig. Die Antragstellerin ist antragsbefugt, die Rügefrist ist gewahrt.
- <sup>42</sup> Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, sofern ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein Schaden droht, wenn der Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32), wenn also die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565; Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26). Erst wenn eine Verschlechterung der Zuschlagschancen durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß offensichtlich ausgeschlossen ist, ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26, und vom 30. September 2020, VII-Verg 15/20).
- <sup>43</sup> Danach ist eine Antragsbefugnis vorliegend schon deswegen gegeben, weil bei einem Ausschluss der Eignungsleihe die Beigeladene, die sich der Eignungsleihe bedient, auszuschließen wäre, wodurch sich die Zuschlagschancen für die Antragstellerin verbessern würden. Daran ändert der Umstand, dass zwischen der drittplatzierten Antragstellerin und der Beigeladenen noch die H. auf dem zweiten Rang steht, nichts. Vor Durchführung eines auf eine Überprüfung eines beabsichtigten Zuschlags an diese gerichteten Vergabep Nachprüfungsverfahrens kann auch jenseits des vorliegend in Bezug auf diese gerügten Verstoßes gegen § 140a Abs. 3 Nr. 6, Abs. 4a SGB V nicht beurteilt werden, ob eine Zuschlagserteilung an die H. vergaberechtskonform wäre, oder ob nicht doch die drittplatzierte Antragstellerin zum Zuge käme.
- <sup>44</sup> Die Antragstellerin hat die ihr am 8. Januar 2021 mitgeteilte Absicht der Zuschlagserteilung an die Beigeladene bereits mit Schreiben vom 11. Januar 2021 dahingehend gerügt, das Angebot der Beigeladenen sei wegen unzulässiger Eignungsleihe auszuschließen. Die zehntägige Rügefrist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist folglich gewahrt. Gleiches gilt für die Frist zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens von 15 Kalendertagen gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB. Die Antragstellerin hat mit Anwaltsschriftsatz vom 18. Januar 2021 die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens beantragt.
- <sup>45</sup> b) Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen nicht wegen fehlender Eignung gemäß § 57 Abs. 1 VgV von der Wertung auszuschließen, verletzt die Antragstellerin nicht in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB.
- <sup>46</sup> aa) Die Antragstellerin war nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gehindert, die fehlende Eignung der Beigeladenen geltend zu machen. Zwar hat die Antragsgegnerin die Beigeladene nach vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zum Verhandlungsverfahren zugelassen und zur Angebotsabgabe aufgefordert. Hierdurch ist aber kein Vertrauenstatbestand zugunsten der Beigeladenen dahingehend begründet worden, dass ihre Eignung (abschließend) bejaht worden ist und nachträglich nicht anders beurteilt werden kann.

- <sup>47</sup> Im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb prüft der öffentliche Auftraggeber zwar gemäß §§ 42 Abs. 1 Satz 1 und 52 Abs. 1 i.V.m. § 51 VgV die Eignung der am vorgeschalteten Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen grundsätzlich, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Dadurch wird mit der positiven Eignungsprüfung - anders als im offenen Verfahren - ein Vertrauenstatbestand für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründet, dass sie nicht damit rechnen müssen, der ihnen durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand könnte dadurch nachträglich nutzlos werden, dass der Auftraggeber ihre Eignung auf gleichbleibender tatsächlicher Grundlage später nochmals abweichend beurteilt (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 33 - Stadtbahnprogramm Gera). Dass dieser Vertrauenstatbestand im Interesse einer fairen Risikoabgrenzung zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieterunternehmen einer späteren Verneinung der Eignung auf gleichbleibender Tatsachengrundlage entgegensteht, ist ein letztlich in § 242 BGB wurzelnder Grundsatz, der allgemein gilt und nicht auf Bauvergabeverfahren beschränkt ist. In den Letzteren hat er mit § 16 b Abs. 3 VOB/A EU lediglich eine ausdrückliche Regelung erfahren. Mitbieter im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb haben danach einen Vergaberechtsverstoß, der in der fehlerhaften Bejahung der Eignung eines Unternehmens am Ende des Teilnahmewettbewerbs liegt, ab der Begründung des Vertrauenstatbestands hinzunehmen (Senatsbeschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21, NZBau 2021, 632 Rn. 24 m. w. Nw.).
- <sup>48</sup> Ein solcher Vertrauenstatbestand kann jedoch nur dann begründet werden, wenn der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Bewerber abschließend bejaht hat, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Hieran fehlt es folglich, wenn der Bieter - so wie hier - bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs nicht alle zur abschließenden Prüfung seiner Eignung erforderlichen Unterlagen eingereicht hat. Wer weiß, dass dem öffentlichen Auftraggeber im Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulassung zum Verhandlungsverfahren die Grundlage für eine abschließende Prüfung seiner Eignung fehlte, kann legitimerweise kein Vertrauen in die Beurteilung seiner Eignung haben.
- <sup>49</sup> Zu den im Rahmen der Eignungsprüfung vorzulegenden Unterlagen gehört bei Inanspruchnahme einer Eignungsleihe eine ordnungsgemäße Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers. Ein Bieter, der sich im Rahmen der Eignungsprüfung auf die Kapazitäten anderer Unternehmen beruft, hat nachzuweisen, dass er tatsächlich Zugriff auf deren Mittel hat, weshalb in zweistufigen Vergabeverfahren das eignungsvermittelnde Unternehmen bereits innerhalb des Teilnahmewettbewerbs benannt und auch dessen Verfügbarkeit nachgewiesen werden muss (Opitz in Burghi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 122 GWB Rn. 39, 43). Der Systematik des § 47 VgV nach muss der Nachweis erbracht sein, wenn der öffentliche Auftraggeber nach Abs. 2 im Rahmen der Eignungsprüfung überprüft, ob die entsprechenden Drittunternehmen selbst die Eignungskriterien erfüllen und ob sie Ausschlussgründe aufweisen; denn vorgelagert ist nach § 47 Abs. 1 VgV die Prüfung der Eignung des Bieters selbst, der sich im Wege der Eignungsleihe auf Dritte bezieht (Tomerius in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 47 VgV Rn. 6).
- <sup>50</sup> Vorliegend hat die Beigeladene die Verpflichtungserklärung ihrer Eignungsleihgeberin erst im Rahmen des Verhandlungsverfahrens mit ihrem Angebot vorgelegt. Dies war zwar vergabekonform, worauf nachstehend unter d) noch vertiefend einzugehen sein wird. Soweit nach § 42 Abs. 2 VgV bei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nur solche Bewerber zur Abgabe eines Angebots aufzufordern sind, die ihre Eignung - vollständig - nachgewiesen haben, kann hiervon nach § 69 Abs. 4 Satz 3 SGB V bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach 140a SGB V abgewichen werden, was vorliegend geschehen ist. Nach Ziffer III.1.1.b) der Auftragsbekanntmachung war die Verpflichtungserklärung des benannten Dritt-/Nachunternehmers gegenüber dem Bieter spätestens vor Zuschlagserteilung einzureichen, wobei Drittunternehmer auch der Eignungsleihgeber ist. Kehrseite der folglich zulässigen und von der Beigeladenen genutzten Möglichkeit der Vorlage erst nach Zulassung zum Verhandlungsverfahrens ist aber, dass der öffentliche Auftraggeber die Eignung ersichtlich nicht abschließend prüfen und dementsprechend auch kein Vertrauen in Ergebnis dieser Prüfung begründet werden kann.
- <sup>51</sup> bb) Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Beigeladenen aber zu Recht nicht mangels Eignung der Beigeladenen von der Wertung ausgeschlossen. Sie durfte sich zulässigerweise der Eignungsleihe bedienen. Den Vergabeunterlagen ist weder ein Ausschluss der nach § 47 Abs. 1 VgV grundsätzlich zulässigen Eignungsleihe noch ein Selbstausführungsgebot im Sinne des § 47 Abs. 5 VgV zu entnehmen.

- <sup>52</sup> (1) Vergabeunterlagen müssen klar und verständlich sein. Aus den Vergabeunterlagen muss für Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, was von ihnen verlangt wird (BGH, Urteil vom 15. Januar 2013, [X ZR 155/10](#), [NZBau 2013](#), 319 Rn. 7 - Parkhaus; BGH, Urteil vom 3. April 2012, [X ZR 130/10](#), [NZBau 2012](#), 513 Rn. 9 - Straßenausbau). Die Vergabestellen trifft die Pflicht, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden (BGH, Urteil vom 3. April 2012, [X ZR 130/10](#), [NZBau 2012](#), 513 Rn. 9 - Straßenausbau). Für die Leistungsbeschreibung ergibt sich dies ausdrücklich aus §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, 31 Abs. 1 VgV, wonach der Leistungsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können (Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2017, [VII-Verg 19/17](#), [NZBau 2018](#), 242 Rn. 37 - LKW-Mautsystem III). Infolge der übergeordneten Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB, die durch §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, 31 Abs. 1 VgV für einen Teilbereich nur näher ausgeformt werden, gelten die für die Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen für andere Teile der Vergabeunterlagen entsprechend (Senatsbeschluss vom 28. März 2018, [VII-Verg 52/17](#), [NZBau 2018](#), 563 Rn. 31).
- <sup>53</sup> Die Frage, welcher Erklärungswert den maßgeblichen Teilen der Vergabeunterlagen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, [X ZB 15/13](#), [NZBau 2014](#), 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. Juli 2017, [11 Verg 7/17](#), [BeckRS 2017](#), 121590 Rn. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter bzw. Bewerber, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, [X ZB 15/13](#), [NZBau 2014](#), 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera). Es kommt nicht darauf an, wie die Antragstellerin als einzelne Bewerberin die Unterlagen verstanden hat, sondern wie der durchschnittliche Bewerber des angesprochenen Bewerberkreises sie verstehen musste oder konnte. Entscheidend ist die Verständnismöglichkeit aus der Perspektive eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens, das über das für eine Angebotsabgabe oder die Abgabe eines Teilnahmeantrags erforderliche Fachwissen verfügt (Senatsbeschlüsse vom 21. Oktober 2015, [VII-Verg 28/14](#), [NZBau 2016](#), 235 Rn. 40 - BSI, sowie vom 5. November 2014, [VII-Verg 21/14](#), [BeckRS 2015](#), 11625; Lampert in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, Teil 4, GWB § 121 Rn. 77). Wie Mitbieter oder -bewerber die Vergabeunterlagen verstanden haben, kann für die normativ zu bestimmende Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Bieters beziehungsweise Bewerbers von indizieller Bedeutung sein (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, [X ZR 78/07](#), [NZBau 2008](#), 592 Rn. 15 - BAB-Leiteinrichtungen; Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2017, [VII-Verg 19/17](#), [NZBau 2018](#), 242 Rn. 37 - LKW-Mautsystem III; Lampert in Burgi/Dreher, a. a. O.). Auf Abweichungen vom Üblichen ist hinzuweisen, da ein Bieter Ungewöhnliches grundsätzlich nicht erwarten muss (Lampert in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, Teil 4, GWB § 121 Rn. 77).
- <sup>54</sup> (2) Bei Anwendung dieser Grundsätze konnte den Vergabeunterlagen ein Ausschluss der Eignungsleihe nicht entnommen werden. Die Zulässigkeit der Eignungsleihe und ihr Ausschluss stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis, um das der durchschnittliche Bieter weiß.
- <sup>55</sup> Nach § 47 Abs. 1 VgV kann ein Bewerber oder Bieter für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt.
- <sup>56</sup> Zwar gestattet § 69 Abs. 4 Satz 3 SGB V bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach 140a SGB V den Vorgaben der §§ 15 bis 36 und 42 bis 65 der Vergabeverordnung, mit Ausnahme der §§ 53, 58, 60 und 63, abzuweichen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass § 47 Abs. 1 VgV der Umsetzung von Art. 63 Abs. 1 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU dient, weshalb das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers, in Bezug auf die Kriterien für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände eingeschränkt werden kann (EuGH, Urteil vom 7. April 2016, [C-324/14](#), [NZBau 2016](#), 373 Rn. 39 - Partner Apelski Dariusz/Zarzd Oczyszczania Miasta). Auch im Bereich der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach § 140a SGB V stellt der Ausschluss der Eignungsleihe folglich einen zu begründenden Ausnahmefall dar.

- <sup>57</sup> Vor diesem Hintergrund wird der durchschnittliche Bieter von einem Ausschluss der üblicherweise zulässigen Eignungsleihe nur dann ausgehen, wenn dies klar und unmissverständlich so in den Vergabeunterlagen erklärt beziehungsweise eine Selbstaussführung vorgeschrieben wird. Schweigen die Vergabeunterlagen zur Eignungsleihe, so ist diese zulässig, da nicht auf das Übliche - ihre Zulässigkeit -, sondern auf das Ungewöhnliche - ihren Ausschluss - hingewiesen werden muss. Allein die Tatsache, dass in den Vergabeunterlagen von "der Bieter" die Rede ist, erlaubt keinen Rückschluss auf einen Ausschluss der Eignungsleihe. Es fehlte auch nicht an einem Hinweis auf den nach § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV erforderlichen Nachweis. Nach Ziffer III.1.1. der Auftragsbekanntmachung war eine Verpflichtungserklärung des benannten Dritt-/Nachunternehmers gegenüber dem Bieter spätestens vor Zuschlagserteilung einzureichen; der Eignungsleihgeber ist ein solcher Drittunternehmer. Der Umstand, dass das Formblatt die Passage zur Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers nicht enthielt, ändert daran schon deswegen nichts, weil diese erst zu einem späteren Zeitpunkt einzureichen war.
- <sup>58</sup> Dieses aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis, vor dessen Hintergrund nicht die Zulässigkeit, sondern der Ausschluss der Eignungsleihe einer unmissverständlichen Erklärung bedarf, resultierende Bieterverständnis korrespondierte im Übrigen mit der uneingeschränkten Zulässigkeit eines Nachunternehmereinsatzes, worauf die Vergabekammer zu Recht hingewiesen hat. Zwar muss der Eignungsleihgeber nach § 47 VgV nicht zwangsläufig ein Nachunternehmer nach § 36 VgV sein, auch wenn sie in der Praxis vielfach identisch sind (vgl. Senatsbeschluss vom 30. Juni 2010 [VII-Verg 13/10](#), [NZBau 2011](#), 54, 55). Die Überlegungen, die zu einem Ausschluss der Eignungsleihe führen können, sind aber durchaus auf den Nachunternehmereinsatz zu übertragen. Sind die auszuführenden Aufgaben derart kritisch, dass die Anordnung einer Selbstaussführung durch den Bieter i.S.d. § 47 Abs. 5 VgV veranlasst ist, würde die Zulassung eines Nachunternehmereinsatzes - jedenfalls bezüglich wesentlicher Teile des Auftrags - die mit dem Ausschluss einer Eignungsleihe verfolgte Zielsetzung faktisch konterkarieren.
- <sup>59</sup> c) Soweit die Antragstellerin für den Fall, dass die Eignungsleihe nicht ausgeschlossen sein sollte, die Konzeption der Ausschreibung als entgegen § 127 Abs. 1 GWB, § 58 Abs. 1, Abs. 2 VgV zur Bestimmung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses ungeeignet beanstandet, weil der Auftrag aufgrund seiner Komplexität für eine Eignungsleihe nicht geeignet sei, ist sie hiermit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ausgeschlossen, weil sie dies nicht innerhalb der Angebotsfrist gerügt hat.
- <sup>60</sup> Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB müssen Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Erkennbarkeit im Sinne der Norm setzt die Erkenntnismöglichkeit für den Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt voraus (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, [Verg 58/10](#), [ZfBR 2011](#), 508, 512). Dabei muss sich die Erkennbarkeit sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen. Eine Rügepräklusion kommt in der Regel nur für auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhende und ins Auge fallende auftragsbezogene Rechtsverstöße in Betracht (vgl. Dicks in Ziekow/Völlink, [Vergaberecht](#), 4. Aufl. 2020, § 160 Rn. 49). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots bzw. seiner Bewerbung auffallen muss (Senatsbeschluss vom 3. Aug. 2011, [Verg 16/11](#), [ZfBR 2012](#), 72, 74).
- <sup>61</sup> Vorliegend war eine solche Erkennbarkeit für die Antragstellerin gegeben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Fehlen eines Ausschlusses der Eignungsleihe selbst für die Antragstellerin erkennbar war. Der mit den besonderen Anforderungen an die Leistung, die wegen ihrer Komplexität komplett von einem Unternehmen erbracht werden müsse, begründete Einwand kann seinem Wesen nach nicht auf die Frage des Ausschlusses der Eignungsleihe verengt werden, sondern begründet zwangsläufig ein umfassendes Selbstaussführungsgebot, das mit der Beauftragung von Nachunternehmern mit wesentlichen Leistungsteilen unvereinbar ist. Wie bereits ausgeführt, würde bei Aufgaben, die derart kritisch sind, dass die Anordnung einer Selbstaussführung durch den Bieter i.S.d. § 47 Abs. 5 VgV veranlasst ist, die Zulassung eines Nachunternehmereinsatzes jedenfalls bezüglich wesentlicher Teile des Auftrags die mit dem Ausschluss einer Eignungsleihe verfolgte Zielsetzung faktisch konterkarieren. Da sich aber die uneingeschränkte Zulässigkeit jedenfalls des Nachunternehmereinsatzes eindeutig aus dem Vergabeunterlagen ergab, war der von der Antragstellerin beanstandete angebliche Vergabeverstoß für sie bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar.
- <sup>62</sup> d) Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht gemäß § 57 Abs. 1 Halbsatz 1 i.V.m. §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 42 Abs. 2 VgV von der Wertung auszuschließen, weil sie die Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers erst mit ihrem Angebot und nicht bereits mit ihrem Teilnahmeantrag eingereicht hat.

- <sup>63</sup> Nach § 48 Abs. 1 VgV ist in der Auftragsbekanntmachung neben den Eignungskriterien ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben. Eignungsanforderungen sind folglich nur insoweit wirksam gestellt, Nachweise nur insoweit wirksam gefordert, als die Auftragsbekanntmachung entsprechende Angaben enthält (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, NZBau 2019, 64 Rn. 40).
- <sup>64</sup> Vorliegend enthält die Auftragsbekanntmachung keine Frist speziell für die Vorlage des Nachweises i.S.d. §47 Abs. 1 VgV, dass dem Bewerber die Kapazitäten des Eignungsleihgebers zur Verfügung stehen. Allerdings gilt der vorstehend unter b.bb.(1) wiedergegebene Grundsatz, dass der Erklärungswert der maßgeblichen Teile der Vergabeunterlagen nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist, auch für den Inhalt der Auftragsbekanntmachung (Senatsbeschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 52/17, NZBau 2018, 563 Rn. 32). Der durchschnittliche Bieter bezieht die Vorgabe in Ziffer III.1.1.b) der Auftragsbekanntmachung, nach der die Verpflichtungserklärung des benannten Dritt-/Nachunternehmers gegenüber dem Bieter spätestens vor Zuschlagserteilung einzureichen ist, auf Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers; Drittunternehmer ist auch der Eignungsleihgeber. Dies zumal Eignungsleihgeber und Nachunternehmer zwar nicht zwangsläufig, aber doch in der Praxis tatsächlich vielfach identisch sind (vgl. Senatsbeschluss vom 30. Juni 2010, VII-Verg 13/10, NZBau 2011, 54, 55).
- <sup>65</sup> Einem solchen Bieterverständnis steht auch nicht die gesetzliche Regelung entgegen. Zwar sind nach §42 Abs. 2 VgV bei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nur solche Bewerber zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, die ihre Eignung nachgewiesen haben - was allerdings eine wirksame Aufforderung zur Abgabe vor Abschluss des Teilnahmewettbewerbs in der Auftragsbekanntmachung ohnehin nicht ersetzen könnte -; nach § 69 Abs. 4 Satz 3 SGB V kann jedoch bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach 140a SGB V auch von den Vorgaben des § 42 der Vergabeverordnung abgewichen werden. Es kann daher vorliegend dahinstehen, ob die Bestimmung nicht ohnehin nur die Bewerber, die für einen Zuschlag ohnehin nicht in Frage kommen, vor einer für sie sinnlosen Angebotserstellung schützen soll (vgl. Goldbrunner in Ziekov/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 42 Rn. 10 a.E.).
- <sup>66</sup> e) Soweit die Antragstellerin einen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen unzureichender Referenzen der Eignungsleihgeberin begehrt, ist ihr Nachprüfungsantrag gleichfalls unbegründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 57 Abs. 1 Halbsatz 1 VgV von der Wertung auszuschließen, verletzt die Antragstellerin nicht in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB.
- <sup>67</sup> aa) Gemäß §122 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmer zu vergeben. Welche Anforderungen an die Eignung gestellt werden, bestimmt der Auftraggeber durch entsprechende Vorgaben in der Ausschreibung. Dort legt er auch die Nachweise fest, anhand derer er die Prüfung vornehmen will (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1. Oktober 2020, 11 Verg 9/20, ZfBr 2021, 91, 94). Nach §122 Abs. 4 Satz 2 GWB, der Art. 58 Abs. 5 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU in nationales Recht umsetzt, geben die öffentlichen Auftraggeber die zu erfüllenden Eignungskriterien, die in Form von Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit ausgedrückt werden können, zusammen mit den geeigneten Nachweisen in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung an. § 48 Abs. 1 VgV schreibt vor, dass in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung neben den Eignungskriterien anzugeben ist, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 VgV und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben. Eignungskriterien sind folglich nur wirksam aufgestellt und die hierzu zu erbringenden Nachweise nur wirksam gefordert, wenn sie in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt sind. Sinn und Zweck der Regelungen ist, dass potentielle Bieter bereits aus der Auftragsbekanntmachung die in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gestellten Anforderungen ersehen können, um anhand dieser Angaben zu entscheiden, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen. Nur wenn diese Angaben frei zugänglich und transparent sind, können sie diesem Zweck der Auftragsbekanntmachung gerecht werden (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, ZfBr 2019, 292, 294/95). Durch Antworten auf Bieterfragen, können die in der Bekanntmachung aufgestellten Anforderungen erläutert, aber keine abweichenden Eignungsanforderungen wirksam aufgestellt werden; hierzu bedarf es einer Änderungsbekanntmachung (Senatsbeschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 40/17, ZfBr 2018, 705, 712).

- <sup>68</sup> bb) Maßgeblich ist folglich die Auftragsbekanntmachung in Gestalt der Änderungsbekanntmachung vom 23. Juli 2020. Nach Ziffer III.1.3. der Ursprungsbekanntmachung hatten die Bewerber ihre Eignung und Leistungsfähigkeit bezüglich der Organisation, Administration und Durchführung durch nach Art und Größe vergleichbarer Referenzprojekte für gesetzlich Krankenversicherte in den letzten fünf Jahren nachzuweisen. Im Nachgang zu Bieterfragen und den dabei zu Tage getretenen Unsicherheiten hat die Antragsgegnerin sodann mit Änderungsbekanntmachung vom 23. Juli 2020 in Ziffer VII.1.2. klargestellt, dass sich als Referenz ein Projekt eignet, bei dem gleichzeitig mindestens 5.000 Versicherte mit mindestens einer chronischen Erkrankung, darunter möglichst die Herzinsuffizienz, über einen Zeitraum von mindestens 12 Monaten telemedizinisch hinsichtlich mindestens einer chronischen Erkrankung betreut wurden. Die Versicherten sollten möglichst aus dem Bereich der GKV stammen. Das Referenzprojekt musste mit mindestens 20 Mitarbeitern in der telemedizinischen Betreuung durchgeführt worden sein.
- <sup>69</sup> Dies allein ist maßgeblich. Soweit die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebeurteilung selbst drei Fragen und die ihrer Auffassung nach gebotenen Antworten zu den Leistungsanforderungen formuliert, versucht sie, von ihr für richtig erachtete Eignungskriterien an die Stelle der von der Antragsgegnerin als der öffentlichen Auftraggeberin festgelegten zu setzen, was unzulässig ist. Dabei greift sie zudem erklärtermaßen auf die Gesamtheit der Vergabeunterlagen zurück, obwohl nur die Eignungskriterien wirksam aufgestellt und nur die hierzu zu erbringenden Nachweise wirksam gefordert sind, die in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt sind.
- <sup>70</sup> cc) Den in der Auftragsbekanntmachung gestellten Eignungsanforderungen genügen die von der Eignungslieferantin der Beigeladenen vorgelegten Referenzen.
- <sup>71</sup> Bei dem Begriff "vergleichbare Referenzprojekte" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der anhand des Wortlauts der Vergabeunterlagen und von Sinn und Zweck der geforderten Angaben unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes auszulegen ist. Dabei bedeutet die Formulierung "vergleichbar" nicht "gleich" oder gar "identisch", sondern, dass die Leistungen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, [11 Verg 1/14](#), [NZBau 2015, 51](#) Rn. 58, Senatsbeschluss vom 26. November 2008, [VII-Verg 54/08](#), [BeckRS 2009, 5998](#)). Die ausgeschriebene Leistung muss den Referenzaufträgen soweit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, [11 Verg 1/14](#), [NZBau 2015, 51](#) Rn. 58).
- <sup>72</sup> Bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann. Dem öffentlichen Auftraggeber steht ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, [VII-Verg 52/18](#), [NZBau 2020, 258](#) Rn. 32; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1. Oktober 2020, [11 Verg 9/20](#), [ZfBr 2021, 91, 94](#)).
- <sup>73</sup> Diesen Anforderungen wird die Beurteilungsentscheidung der Antragsgegnerin gerecht. Bei den gewerteten drei der von der Beigeladenen vorgelegten Referenzprojekte wurden jeweils gleichzeitig mindestens 5.000 Versicherte mit mindestens einer chronischen Erkrankung über einen Zeitraum von mindestens 12 Monaten telemedizinisch hinsichtlich mindestens einer chronischen Erkrankung betreut, wobei die Versicherten aus dem Bereich der GKV stammten und die telemedizinische Betreuung mit mindestens 20 Mitarbeitern durchgeführt worden ist. Soweit von den betreuten Versicherten jeweils nur ein Teil an Herzinsuffizienz litt, hat die Antragsgegnerin bei der Berücksichtigung dieser Referenzen ihren Beurteilungsspielraum gleichwohl nicht überschritten, da sich unter den chronischen Erkrankungen lediglich möglichst die Herzinsuffizienz befinden sollte.
- <sup>74</sup> f) Die Bewertung des Angebots der Antragstellerin ist nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hat das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, die Wertungsentscheidung vergaberechtsfehlerfrei durchgeführt und ihre Entscheidung nunmehr auch transparent begründet.
- <sup>75</sup> Gemäß § 127 Abs. 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt, wobei Grundlage eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers ist, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

- <sup>76</sup> aa) Der öffentliche Auftraggeber hat die Bewertung selbst vorzunehmen; die Wertungsentscheidung ist nicht delegierbar, die an ihr beteiligten Personen müssen Vertreter des öffentlichen Auftraggebers sein (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, [VII-Verg 6/19](#), [NZBau 2020](#), 318 Rn. 44). Diese haben zu prüfen, inwieweit die Angebote die in der Bewertungsmatrix aufgestellte Anforderung erfüllen (Senat, a. a. O. Rn. 48). Welche Anforderungen die Bewertungsmatrix aufstellt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, [X ZB 15/13](#), [NZBau 2014](#), 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera; Senatsbeschluss vom 18. September 2019, [VII-Verg 10/19](#); OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. Juli 2017, [11 Verg 7/17](#), [BeckRS 2017](#), 121590 Rn. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, [X ZB 15/13](#), [NZBau 2014](#), 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera). Entscheidend ist die Verständnismöglichkeit aus der Perspektive eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens, das über das für eine Angebotsabgabe erforderliche Fachwissen verfügt (Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2017, [VII-Verg 19/17](#), [NZBau 2018](#), 242 Rn. 41 - Lkw-Mautsystem III; Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, [VII-Verg 6/19](#), [NZBau 2020](#), 318 Rn. 49).
- <sup>77</sup> Bei der Bewertung kommt dem öffentlichen Auftraggeber systemimmanent ein Beurteilungsspielraum zu (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, [X ZB 3/17](#), [NZBau 2017](#), 366 Rn. 53 - Postdienstleistungen; Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, [VII-Verg 6/19](#), [NZBau 2020](#), 318 Rn. 46). Es handelt sich um eine individuelle Wertungsentscheidung (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, [VII-Verg 6/19](#), [NZBau 2020](#), 318 Rn. 46), die naturgemäß immer eine subjektive Note hat, da sie auf dem Hintergrund und auf der Erfahrung der betreffenden Persönlichkeit beruht (OLG München, Beschluss vom 25. September 2014, [Verg 9/14](#), [ZfBR 2015](#), 195, 198).
- <sup>78</sup> Diese muss allerdings in sich und in Relation zu den übrigen Angeboten nachvollziehbar sein. Es muss klar sein, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Bewertung eingegangen sind. Der Auftraggeber ist daher verpflichtet, die Gründe für seine Auswahlentscheidung eingehend zu dokumentieren (§ 8 Abs. 1 Satz 2 VgV). Die Bewertungsentscheidungen ist darauhin überprüfbar, ob die jeweilige Bewertung im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, [X ZB 3/17](#), [NZBau 2017](#), 366 Rn. 53 - Postdienstleistungen). Es muss nachvollziehbar sein, weshalb ein Mitbewerber besser bewertet wurde (OLG Düsseldorf, 2. Kartellsenat, Beschluss vom 13. Juni 2018, [2 U 7/16](#), [BeckRS 2018](#), 15885 Rn. 104); die Wertungen müssen im Quervergleich mit den besser bewerteten Angeboten stimmig sein (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, [VII-Verg 6/19](#), [NZBau 2020](#), 318 Rn. 44), insbesondere demjenigen des Zuschlagsprätendenten (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, [X ZB 3/17](#), [NZBau 2017](#), 366 Rn. 53 - Postdienstleistungen). Dabei dürfen aber im Interesse der Handhabbarkeit keine allzu hohen Anforderungen an die Bewertungsbegründung gestellt werden, eine Nachvollziehbarkeit genügt.
- <sup>79</sup> bb) Diesen Anforderungen wird die im Nachgang zum Hinweis der Vergabekammer im ersten Nachprüfungsverfahren überarbeitete und in Umsetzung der Entscheidung der Vergabekammer im Parallelverfahren der drittplatzierten Bieterin neu dokumentierte als Anlagenkonvolut BG 2 vorgelegte Bewertung durch ein Bewertungsteam aus drei Mitarbeiterinnen der Antragsgegnerin gerecht.
- <sup>80</sup> Die Bewertungsmatrix sieht eine Bewertung anhand der in der Leistungsbeschreibung zu den jeweiligen Kriterien formulierten Anforderungen vor, wobei ein diese voll erfüllendes Angebot mit 4 Punkten zu bewerten ist. Die Höchstpunktzahl von 6 Punkten ist hingegen Angeboten vorbehalten, die hierüberhinaus die Anforderungen in besonderem Maße erfüllen. Dabei können sich die vergebenen Punkte auch im Vergleich mit den anderen Anbietern ergeben. Jedem Kriterium ist über einen Prozentwert ein bestimmtes Gewicht zugewiesen. Die Prozentangaben addieren sich zu 60 Prozent, entsprechend 60 Punkten. Die verbleibenden 40 Prozent entfallen auf den Preis, wobei der Bieter mit dem niedrigsten Preis die vollen 40 Punkte enthält und die anderen Bieter im Verhältnis ihres Preises zu diesem entsprechend weniger (sogenannte "einfachen linearen Methode", vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, [X ZB 3/17](#), [NZBau 2017](#), 366 Rn. 53 - Postdienstleistungen).
- <sup>81</sup> Dabei muss nicht jedes "Mehr" gegenüber den in der Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen notwendiger Weise zu einer Bewertung mit der Höchstpunktzahl von 6 Punkten führen. Die Antragsgegnerin kann die Höchstpunktzahl erheblichen, das Angebot im jeweiligen Kriterium deutlich über das geforderte Maß hinaushebenden zusätzlichen Leistungen vorbehalten, wenn sie diesen strengen Maßstab gegenüber allen Bietern gleichermaßen walten lässt.

- <sup>82</sup> Vorliegend hat die Antragsgegnerin bei ihrer Bewertungspraxis einen solchen strengen Maßstab angewandt. Die Antragsgegnerin war bei der Vergabe der Höchstpunktzahl durchgehend sehr zurückhaltend und hat diese bei - einschließlich der Präsentation - 19 Kriterien und damit bei drei Bietern 57 Einzelbewertungen gerade einmal acht Mal vergeben. Dabei lag allen Vergaben von 6 Punkten jeweils eine erhebliche Mehrleistung zugrunde. Ausgehend hiervon ist die Bewertung des Angebots der Antragstellerin nicht zu beanstanden.
- <sup>83</sup> (1) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 1.1, Einschreibung Versicherte, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Nutzung des Kommunikationsstandards im Medizinwesen (KIM) und die Einbindung der Praxisverwaltungssoftware der behandelnden Ärzte ist ausweislich der Neudokumentation berücksichtigt worden, während die regionale Ansprache und die Nutzung ihres telemedizinischen Servicezentrums zur Gewinnung von Partnerärzten zum Kriterium 3.1. und die konkreten Vorschläge für ein Ein- und Ausschlusskriterien zu Merkmal 2.2. gehören. Ein Grund für eine zwingende Bewertung mit 6 Punkten ist auch im Vergleich mit den Mitbietern nicht ersichtlich.
- <sup>84</sup> (2) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 2.1, Aufnahmegespräch, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Dabei zeigt gerade der Vergleich mit dem hier mit 6 Punkten bewerteten Mitbieter [...], weshalb eine Bewertung des Angebots der Antragstellerin mit 6 Punkten nicht veranlasst war. Während bei der Antragstellerin eine Stratifizierung nach Technologie-Affinität nur in Gruppe A erfolgt, sieht das Angebot des Mitbieters eine solche für alle Teilnehmer vor. Zudem erfolgt bei diesem ein Wechselwirkungscheck bei Teilnehmern mit auffälliger Medikation und die Zuweisung eines festen Ansprechpartners einschließlich einer Vertretungsregelung.
- <sup>85</sup> (3) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 2.2, Eingruppierung, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte. Insbesondere wird klar, dass die Antragsgegnerin gesehen hat, dass die Eingruppierung nicht allein auf der Grundlage der Medikation erfolgt, sondern bei Unklarheiten eine Rücksprache durch den Arzt gewährleistet ist. Ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Damit hebt sie sich nicht hinreichend von den Mitbietern ab, so dass ein Grund für eine zwingende Bewertung mit 6 Punkten auch im Vergleich mit diesen nicht ersichtlich ist.
- <sup>86</sup> (4) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 2.3, Telemonitoring, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Auch hier zeigt gerade der Vergleich mit dem mit 6 Punkten bewerteten Mitbieter [...], weshalb eine Bewertung des Angebots der Antragstellerin mit 6 Punkten nicht veranlasst war. Dort erhalten ausgewählte Teilnehmer über die in der Leistungsbeschreibung geforderte Geräteausrüstung hinaus ein telemedizinisches Blutdruckmessgerät und ein telemedizinisches Pulsoximeter.
- <sup>87</sup> (5) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 2.4, Interventionsfall, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Es bleibt unklar, welchen besonderen Mehrwert das von der Antragstellerin für sich in Anspruch genommene Expertensystem für das Programm der Antragsgegnerin generiert. Die Kooperation mit der Herzinsuffizienzambulanz des Herzzentrums München gehört zum Kriterium 4., Personal, und ist dort auch berücksichtigt worden. Ein Grund für eine zwingende Bewertung mit 6 Punkten ist auch im Vergleich mit den Mitbietern nicht ersichtlich.
- <sup>88</sup> (6) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 2.5, Coaching und Schulung, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Es ist nicht fehlerhaft, einen bloß perspektivischen Ausbau der Schulungen nicht zu berücksichtigen. Ein Grund für eine zwingende Bewertung mit 6 Punkten ist auch im Vergleich mit den Mitbietern nicht ersichtlich.

- <sup>89</sup> (7) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 3.1, Einbindung Leistungserbringer, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Auch hier zeigt gerade der Vergleich mit dem hier mit 6 Punkten bewerteten Mitbieter [...], weshalb eine Bewertung des Angebots der Antragstellerin mit 6 Punkten nicht veranlasst war. So hat dieser ein Maßnahmenpaket zur Teilnahmeincentivierung der niedergelassenen Ärzte in Gestalt kostenfreie Weiterbildungsangebote und die Präsentation des Programms in Fachmedien angeboten, dem die Antragstellerin lediglich die Ansprache der Berliner Ärzte durch den Außendienst ihres dortigen telemedizinischen Servicezentrums entgegengesetzt.
- <sup>90</sup> (8) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 4, Personal, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Dabei zeigt wiederum gerade der Vergleich mit dem hier mit 6 Punkten bewerteten Mitbieter [...], weshalb eine Bewertung des Angebots der Antragstellerin mit 6 Punkten nicht veranlasst war. Dieser bietet über Deutsch hinaus acht weitere Sprachen an, was im Hinblick auf die internationale Mitgliederstruktur der Antragsgegnerin ein hohes Gewicht hat, während die Antragstellerin zur Zurverfügungstellung weiterer Sprachen erst für Teilnehmergruppen ab 2.000 je Sprache bereit ist. Den drei ärztlichen Ansprechpartnern und der Kooperation mit dem Herzzentrum München stehen bei dem Mitbieter sechs ärztliche Ansprechpartner gegenüber.
- <sup>91</sup> (9) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 6.2, Übertragungsgerät, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Auch hier erschließt sich die Verneinung der Erfüllung der Anforderung im besonders Maße gerade im Vergleich mit dem hier mit 6 Punkten bewerteten Mitbieter [...], weshalb eine Bewertung des Angebots der Antragstellerin mit 6 Punkten nicht veranlasst war. Dieser bietet bereits eine Bedienung der Tablets über Spracheingabe, eine Sprachassistentin ist in Planung. Bei der Antragstellerin ist hingegen eine Bedienung über Spracheingabe lediglich Gegenstand einer Weiterentwicklung, zu einer Sprachassistentin schweigt ihr Angebot.
- <sup>92</sup> (10) Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 6.3, Datenbank zur Teilnehmerbetreuung, für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Das ist unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung Anlage B 2, Abschnitt II, nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Die Neudokumentation berücksichtigt die als fehlend beanstandeten Aspekte, ergänzender Vortrag der Antragstellerin hierzu ist nicht erfolgt. Ein Grund für eine zwingende Bewertung mit 6 Punkten ist auch im Vergleich mit den Mitbietern nicht ersichtlich. Eine hier einen echten Mehrwert schaffende Interoperabilität der eingesetzten Software mit anderen Systemen, die den Schnittstellenstandard HL7 FHIR nicht bedienen können, was derzeit auf die meisten Arztpraxen zutrifft, bietet auch die Antragstellerin nicht und hebt sich damit auch nicht vom Angebot eines Mitbieters [...] ab, der ebenfalls diesen Schnittstellenstandard nutzt.
- <sup>93</sup> (11) Soweit die Antragstellerin die Bewertung ihrer persönlichen Präsentation, Kriterium 8., mit 4 Punkten beanstandet, ist ein Vergabefehler gleichfalls nicht zu erkennen.
- <sup>94</sup> Die zeitliche Staffelung der Präsentationen ist als systemimmanent hinzunehmen. Um vor dem Hintergrund der unvermeidbaren subjektiven Komponente jeder Bewertung eine Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten, muss die Beurteilung aller Angebote durch dasselbe Mitarbeiterteam erfolgen, was eine Gleichzeitigkeit der Präsentationen zwangsläufig ausschließt. Dabei erscheint auch eine Ansetzung für verschiedene Tage sachgerecht, um der bei mehreren unmittelbar aufeinanderfolgenden Präsentationen möglicherweise nachlassenden Aufmerksamkeit entgegenzuwirken. Die Termine sind den zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Bietern auch nicht kurzfristig, sondern mit mehr als einmonatigen Vorlauf mitgeteilt worden, weshalb mit der zeitlichen Staffelung keine signifikante Verkürzung der Vorbereitungszeit einherging. Kurzfristig ist lediglich der Wechsel von einer Präsentation in Präsenz zu einer Videokonferenz erfolgt, was der sich seinerzeit rapide verschlechternden Pandemielage geschuldet und aus Gründen übergeordneter Interessen des Gesundheitsschutzes hinzunehmen war.

- <sup>95</sup> Auch die eigentliche Bewertung der persönlichen Präsentation begegnet keinen Bedenken. Die Antragsgegnerin hat die Anforderungen im Kriterium 8 für voll erfüllt angesehen und dementsprechend mit 4 Punkten bewertet. Auch dies ist unter Berücksichtigung der hierfür formulierten Anforderungen einer vollständig sicheren, verständlichen und konsistenten Vorstellung der geplanten Vorgehensweise, der Berücksichtigung der Anforderungen und der kompetenten Beantwortung der Fragen der Auftraggeberin nachvollziehbar und vom Bewertungsspielraum gedeckt. Dabei stellt die Präsentation bereits bei den Kriterien berücksichtigter Mehrleistungen schon kein über die geforderte Präsentation der geplanten eigenen Vorgehensweise hinausgehendes "Mehr" der Präsentation dar. Gleiches gilt für die kompetente Beantwortung aller Fragen. Dass die Beantwortung hierüber in einem solchen Maße hinausgegangen wäre, dass auch bei Anwendung des vorliegend zugrunde gelegten strengen Maßstabs zwingend eine Bewertung mit 6 Punkten geboten gewesen wäre, zeigt die Antragstellerin nicht auf und ist auch im Vergleich mit den Mitbieterinnen nicht ersichtlich.
- <sup>96</sup> g) Soweit sich die Antragstellerin einen Ausschluss des Angebots der zweitplatzierten Bieterin H. erstrebt, ist ihr Begehren mangels Antragsbefugnis unzulässig, da durch deren Verbleib im Verfahren ihre Auftragschancen vor dem Hintergrund der Vergaberechtskonformität der beabsichtigten Auftragserteilung an die Beigeladene nicht weiter beeinträchtigt werden.
- <sup>97</sup> Wie bereits unter a) ausgeführt, werden die Auftragschancen des Antragstellers durch den gerügten Vergabeverstoß dann nicht geschmälert, wenn sein Angebot schon aus anderen Gründen chancenlos ist (Senatsbeschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12, BeckRS 2012, 18205). Dies ist vorliegend der Fall. Da die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist, besteht ohnehin keine Zuschlagschance der Antragstellerin, die durch die Zweitplatzierung der H. verschlechtert werden könnte.
- <sup>98</sup> Nur ergänzend bemerkt der Senat, dass die öffentlichrechtliche Beschränkung der Kontraktionsfreiheit der Antragsgegnerin auf Hersteller von Medizinprodukten im Sinne der Verordnung (EU) 2017/745 in § 140a Abs. 3 Satz 1 Nr. 6, Abs. 4a Satz 1 SGB V, zu denen die H. nach dem Vortrag der Antragstellerin im Zeitpunkt der Abgabe ihres Teilnahmeantrags am 13. August 2020 nicht gehört haben soll, deren Eignung nach § 122 GWB nicht entfallen lässt. Die Antragsgegnerin hat die Anforderung, dass der Bewerber zum berechtigten Personenkreis nach § 140a Abs. 3 Nr. 6 SGB V gehören, also Hersteller von Medizinprodukten im Sinne des Gesetzes über Medizinprodukte sein muss, in der Auftragsbekanntmachung unter Ziffer III.2., Bedingungen für den Auftrag, und damit nicht als Eignungsanforderung im Sinne des § 122 GWB formuliert. Eine auf das Fehlen dieser Eigenschaft bei der Eignungsleihgeberin gestützte Verneinung der Eignung scheidet folglich bereits am Fehlen einer entsprechenden Eignungsanforderung.
- <sup>99</sup> Zudem hätte die sozialrechtliche Vertragsbeschränkung in § 140a Abs. 3 Nr. 6, Abs. 4a SGB V gar nicht als Eignungskriterium formuliert werden können. Wie sich aus dem Wortlaut des § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB, § 42 Abs. 1 VgV ergibt, darf es sich bei den vom öffentlichen Auftraggeber herangezogenen Eignungskriterien ausschließlich um die in § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 GWB genannten Kriterien handeln, die in §§ 42 ff. VgV weiter konkretisiert werden. Die Kriterien sind abschließend, für ungeschriebene Eignungskriterien, deren Verneinung zum Ausschluss des Bieters führen könnte, ist neben den normierten Ausschlussstatbeständen der §§ 123, 124 GWB kein Raum (Gnittke/Hattig in Müller-Wrede, GWB, § 122 Rn. 21 f.; Hausmann/von Hoff in Röwekamp/ Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 122 Rn. 16). Das gilt auch für das vom Senat in früherer Rechtsprechung als von Bieterunternehmen zu erfüllen geforderte Eignungsmerkmal der "rechtlichen Leistungsfähigkeit" (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 1. Dezember 2015, VII-Verg 20/15, BeckRS 2016, 2948 Rn. 23), für das nach der heutigen Gesetzessystematik über die gesetzlich geregelten Einzelaspekte hinaus kein Anwendungsbereich verbleibt (Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2020, VII-Verg 36/19, NZBau 2020, 732 Rn. 45).
- <sup>100</sup> 3. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Einsichtnahme in die Bewertungen der Angebot der Beigeladenen und der H. bestand nicht, dem stehen die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Beigeladenen und der H. entgegen.

- <sup>101</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (Senatsbeschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21, NZBau 2021, 631 Rn. 27 m. w. Nw.; ebenso OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Juni 2011, [2 Verg 3/11](#), [BeckRS 2011, 21710](#)). Der Umstand, dass Bewertungsentscheidungen auch darauf hin zu überprüfen sind, ob die jeweilige Wertung im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, [X ZB 3/17](#), [NZBau 2017, 366](#) Rn. 53 - Postdienstleistungen), betrifft nicht den Umfang des Akteneinsichtsrechts des unterlegenen Mitbewerbers, sondern lediglich den Umfang der Überprüfungspflicht der Nachprüfungsinstanzen, die im GWB-Vergaberecht - anders als im kontradiktorischen Verfahren nach der Zivilprozessordnung - zur Amtsermittlung verpflichtet sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen dieser Amtsermittlung auch Umstände berücksichtigt werden können, deren Offenlegung mit Rücksicht auf Geheimhaltungsinteressen abzulehnen ist (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, [X ZB 10/16](#), [NZBau 2017, 230](#) Rn. 56 - Rettungsdienst; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 3. November 2017, [11 U 51/17](#) (Kart) EWeRK 2018, 14 Rn. 103).
- <sup>102</sup> Da die Bewertung der Angebote der Beigeladenen und der H. zwangsläufig Rückschlüsse auf deren Inhalt gestattet, kommt eine diesbezügliche Akteneinsicht nicht in Betracht. Dies unterscheidet den Fall von demjenigen, der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg zugrunde lag. Abgesehen davon, dass mit dieser Entscheidung ohnehin noch keine Akteneinsicht in die Bewertung des Angebots der dortigen Beigeladenen gewährt, sondern lediglich deren Anhörung zur Frage von Geschäftsgeheimnissen vorbereitet sollte, erlaubten dort die ganz allgemein gehaltenen Anmerkungen der dortigen Antragsgegnerin kaum Rückschlüsse auf die konkreten Inhalte ihres Angebotes (OLG Hamburg, Beschluss vom 9. März 2020, [1 Verg 1/20](#), [BeckRS 2020, 8591](#) Rn. 3). Das ist vorliegend, jedenfalls nach erfolgter Neudokumentation, anders.
- <sup>103</sup> III.
- <sup>104</sup> Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 175](#) Abs. 2 i.V.m. [§ 71](#) GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen. Eines gesonderten Ausspruchs über die Kosten des Verfahrens nach [§ 173](#) Abs. 1 Satz 3 GWB bedarf es nicht, diese sind Teil der Kosten des Beschwerdeverfahrens; über sie muss nur dann gesondert entschieden werden, wenn der Antrag nach [§ 173](#) Abs. 1 Satz 3 GWB trotz Obsiegens in der Hauptsache erfolglos bleibt (Senatsbeschluss vom 1. August 2012, [VII-Verg 15/12](#), [BeckRS 2012, 18543](#)).
- <sup>105</sup> Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf [§ 50](#) Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, [BeckRS 2021, 8801](#) Rn. 56) bezogen auf die vierjährige Vertragslaufzeit, wobei die Option der Vertragsverlängerung um insgesamt zwei Jahre mit der Hälfte zusätzlich zu berücksichtigen ist (Senatsbeschluss vom 29. Mai 2020, VII-Verg 26/19, [BeckRS 2020, 47402](#) Rn. 68). Bei Verträgen mit fester Laufzeit ist für eine entsprechende Anwendung der für die Wertschätzung des öffentlichen Auftraggebers in [§ 3](#) Abs. 11 Nr. 2 VgV vorgesehenen Begrenzung auf das 48-fache des Monatswerts kein Raum (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, [X ZB 12/13](#), [BeckRS 2014, 8155](#) Rn. 9).