

Leitsätze:

1. Der Auftraggeber muss die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise den potentiellen Bietern im Voraus bekannt geben. Bekannt geben heißt, die einzelnen Eignungskriterien und die Mittel zu deren Nachweis ausdrücklich zu bezeichnen. Das Mitteilungsmedium ist in der Regel die Auftragsbekanntmachung. Es genügt nicht, in der Bekanntmachung auf ein später in den Vergabeunterlagen zu findendes Formblatt hinzuweisen.
Ausreichend ist es hierbei, wenn sich in einem online zugänglichen Bekanntmachungstext ein Link befindet, über den man ohne weiteres das Formblatt mit den geforderten Eignungskriterien und Nachweisen öffnen und ausdrucken kann. Nicht ausreichend ist es, wenn in der Bekanntmachung auf die Vergabeunterlagen verwiesen wird, die unmittelbar online zugänglich sind.
2. Sind Eignungskriterien nicht entsprechend in der Bekanntmachung festgelegt worden, scheidet ein Ausschluss eines Angebots aufgrund fehlender Nachweise über die Referenzen aus, weil die Referenzen nicht wirksam gefordert worden sind.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte
.....
(Antragstellerin - ASt -)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt -)

Beigeladene:
(Beigeladene - BGI -)

Vergabeverfahren: **Klärwerk**
.....
....., **Rohbauarbeiten Los 2**

Vergabeart **Offenes Verfahren gemäß § 15 VgV, § 3 EU Nr.1 VOB/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 15.02.2018 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.
Der Vergabestelle wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €.
Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb das Klärwerk im Wege des offenen Verfahrens europaweit aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht. Einziges Zuschlagskriterium war laut Bekanntmachung II.2.5 der Preis.

Die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten sich mit ihrem Angebot jeweils am Verfahren.

Ausweislich der Vergabeunterlagen befand sich die Antragstellerin nach Wertung der Angebote als wirtschaftlichste Bieterin an 1. Stelle. Die BGI befand sich mit ihrem Angebot auf dem Rang 2.

Die Vergabestelle forderte daraufhin mit E-Mail vom 20.12.2017 Unterlagen bei der Antragstellerin nach. Diese wurden am 21.12.2017 per E-Mail übermittelt.

2.

Mit Schreiben vom 02.01.2018 informierte die Vergabestelle die Antragstellerin über den Ausschluss ihres Angebotes. Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, dass widersprüchliche Erklärungen zu Nachunternehmerleistungen vorliegen. Weiterhin führte die VSt aus, dass die ASt ihre Fachkunde nicht nachgewiesen habe. Alle Stahlbetonbau-

werke/ -bauteile seien wasserundurchlässig herzustellen, die ASt habe jedoch keine nach Art und Umfang vergleichbaren Maßnahmen ausgeführt.

3.

Mit Schreiben vom 02.01.2018, per Fax versandt um 16:35 Uhr, rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots. Es sei nicht nachvollziehbar, welche widersprüchlichen Erklärungen zu Nachunternehmerleistungen vorliegen. Hierzu sei keine Nachforderung von Unterlagen und keinerlei Hinweis ergangen.

Es sei nicht zutreffend, dass die Antragstellerin nicht nachweisen kann, dass sie nach Art und Umfang vergleichbare Arbeiten ausgeführt hat. Es seien keine Referenzen nachgefordert worden. Die Antragstellerin könne zahlreiche Referenzen für Bauwerke aus WU-Beton benennen.

4.

Mit Schreiben vom 02.01.2018, eingegangen per Telefax am 02.01.2018 um 14:18 Uhr, und Schreiben vom 02.01.2018, eingegangen per Telefax am 02.01.2018 um 17:04 Uhr beantragte die ASt ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer Nordbayern. Zur Begründung verweist die Antragstellerin auf ihr Rügeschreiben vom 02.01.2018.

5.

Mit Telefax vom 03.01.2018 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag an die Vergabestelle übermittelt.

6.

Mit Schriftsatz vom 12.01.2018 beantragte die Vergabestelle,

den Antrag auf Nachprüfung zurückzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei als unzulässig zu verwerfen, denn er sei vor Erhebung der Rüge bei der Vergabestelle eingereicht worden. Der Nachprüfungsantrag sei am 02.01.2018 um 14:18 Uhr bei der Vergabekammer Nordbayern eingereicht worden per Fax. Das Rügeschreiben erreichte den Auftraggeber nicht rechtzeitig vor Einreichung des Antrags.

Die Rüge erfolgte per Fax am 02.01.2018 um 16:35 Uhr. Das Schreiben der Antragstellerin vom 02.01.2018, per Fax übersandt an die Vergabekammer um 17:04 Uhr, stelle allenfalls die nachgereichte Begründung des Antrags vom 02.01.2018, per Fax versandt um 14:18 Uhr, dar.

Der Antrag sei auch unbegründet.

Die Überprüfung des Angebots der Antragstellerin habe ergeben, dass der Gesamtbetrag der LV-Positionen, die gemäß Formblatt 235 „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“ an Nachunternehmer vergeben werden, nicht mit den Angaben zu Nachunternehmerleistungen im Formblatt 221 „Preisermittlung“ übereinstimmt. Die Erklärung zum Nachunternehmereinsatz stelle eine kalkulationserhebliche Erklärung dar, die auf die Bewertung der Eignung und des Angebots selbst maßgeblichen Einfluss hat. Aus diesem Grund sei es notwendig, dass die Leistungsanteile von Hauptunternehmer und Nachunternehmer eindeutig bezeichnet sind und nicht durch Unterlagen zur Kalkulation infrage gestellt werden.

Eine Nachforderungspflicht aufgrund der Widersprüchlichkeit habe hier nicht bestanden. Die Formblätter 235 und 221 seien vollständig übergeben worden. Ein Fehlen von Unterlagen im Sinne des § 16 EU Abs. 1 Nummer 4 VOB/A liege nicht vor. Ein Anspruch gemäß § 15 EU Abs. 1 Nummer 1 VOB/A auf Aufklärung bestehe nicht. Es sei unzulässig, dem Bieter eine Möglichkeit zur inhaltlichen Nachbesserung zu geben. Die Angaben zu den Nachunternehmerleistungen seien verständlich und klar, hinsichtlich ihres Bedeutungsgehalts bestünden keine Zweifel. Die Verschiebung von Leistungsanteilen von Hauptunternehmer und Nachunternehmer sei eine inhaltliche Abänderung des Angebots und damit nicht zulässig.

Die Antragstellerin sei mit E-Mail vom 08.12.2017 aufgefordert worden, die Bestätigungen und Nachweise zum Formblatt 124 EU „Eigenerklärung zur Eignung“ mit 3 Referenzbescheinigungen vorzulegen. Es seien 4 Referenzen eingereicht worden. Die Prüfung der Referenzen habe ergeben, dass die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen nach Art und Umfang nicht mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind. Es handle sich um eine Bauleistung, für die die ausreichende Fachkunde bei der Ausführung von WU-Bauwerken notwendig ist. Es sei die DAfStb-Richtlinie für wasserundurchlässige Bauwerke aus Beton zu berücksichtigen. Die Herstellung von Streifenfundamenten und Fertigteileschächten sei hiermit nicht vergleichbar.

Eine Nachforderungspflicht habe insoweit nicht bestanden. § 16 a EU VOB/A gelte lediglich für Nachforderungen von Erklärungen und Nachweisen, die bereits in den Vergabeunterlagen gefordert waren und mit dem Angebot abzugeben waren. § 16 EU Abs. 1 Nummer 4 VOB/A gelte für Nachweise, die erst nach Angebotsabgabe gefordert wurden. Diese gelte jedoch nur für fehlende Unterlagen. Vorliegend seien die Unterlagen nicht fehlend, sondern sie seien vollständig und fristgerecht eingereicht worden. Hinsichtlich des Inhalts der Referenzen gilt die Norm nicht. Eine inhaltliche Nachbesserung der Referenzen sei nicht möglich.

Das Angebot der Antragstellerin sei aufgrund der widersprüchlichen Erklärungen zu den Nachunternehmerleistungen sowie der fehlenden Eignung auszuschließen.

7.

Mit Schriftsatz vom 18.01.2018 beantragt die Bevollmächtigte der Antragstellerin

1. *Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Der Vergabestelle wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und das Angebot der Antragstellerin zu berücksichtigen.*
2. *Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zu zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.*
3. *Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.*

Die Antragstellerin sei in ihren Rechten verletzt, weil sie das preisgünstigste Angebot abgegeben habe. Ein Ausschlussgrund liege nicht vor.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig.

Der Nachprüfungsantrag sei erst nach Rüge beim Auftraggeber eingereicht worden. Bei dem ersten Schreiben, das am 02.01.2018 um 14:18 Uhr an die Vergabekammer verschickt wurde, handle es sich nicht um einen Nachprüfungsantrag, sondern um die Rüge gegenüber dem Auftraggeber. Die Adressierung sei fehlerhaft erfolgt. Die Rüge sei daher erneut am 02.01.2018, 16:35 Uhr, an den Antragsgegner versandt worden. Der Nachprüfungsantrag sei erst mit Telefax um 17:04 Uhr an die Vergabekammer versandt worden.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet.

Die Antragstellerin habe ihre Eignung für die Ausführung von Stahlbetonarbeiten durch Benennung entsprechender Referenzen nachgewiesen. Die Wasserundurchlässigkeit sei ein bloßes Ausführungsdetail und erfordere kein anderes Fachwissen. Die Vergabestelle habe keine Referenzen für die Herstellung von wasserundurchlässigem Beton verlangt. Im Übrigen sei eine solche Referenz dann nachzufordern. Nach Ansicht der Vergabestelle „fehle“ diese Referenz für die Herstellung von WU-Beton.

Hinsichtlich der Nachunternehmer gebe es keine widersprüchlichen Angaben der Antragstellerin. Es handle sich um eine unzutreffende Interpretation der Vergabestelle. Der genannte Betrag stehe nicht in Formblatt 235. Bei der Aufgliederung der Einheitspreise in Formblatt 223 seien erkennbar sowohl die eigene Leistung als auch die Nachunternehmerleistungen angegeben. Der Titel 1.9 werde keineswegs in vollem Umfang als Nachun-

ternehmerleistungen erbracht. Vorliegend werde nur die Lohnleistung durch den Nachunternehmer erbracht. Das Material werde seitens der Antragstellerin geliefert.

8.

Mit Schriftsatz vom 26.01.2018 bekräftigt die Vergabestelle, dass der Antrag unzulässig und unbegründet sei.

Das Schreiben an die Vergabekammer vom 02.01.2018, gefaxt um 14:18 Uhr, sei keine Rüge, sondern ein Nachprüfungsantrag. Als „Rüge“ sei erst das spätere Schreiben, welches an die Vergabestelle versandt wurde, bezeichnet. Dies sei zudem inhaltlich verschieden zu dem vorherigen Schreiben an die Vergabekammer.

Die eingereichten Referenzen seien nicht vergleichbar. Es seien dabei die Anforderungen zu berücksichtigen, die die konkrete Bauaufgabe an das Unternehmen stellt. An die Herstellung von WU-Beton seien höhere Anforderungen zu stellen. Die Herstellung erfordere ein hohes Maß an Fachwissen. Auch die Anforderungen an die Überwachungsklassen seien höher. Das Bauunternehmen müsse über eine ständige Betonprüfstelle verfügen. Diese habe die Fachkräfte zu schulen.

Die Vergabestelle habe vorliegend Referenzen verlangt, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind. Es bestehe keine Pflicht, spezielle Referenzen für WU-Beton zu verlangen.

Eine Nachforderung nach § 16 EU VOB-A dürfe nicht erfolgen. Eine Nachreichung dürfe nur erfolgen, wenn die Einreichung von Referenzen schlicht vergessen worden ist. Liegen formal gesehen aber Referenzen vor, dürfe eine inhaltliche Nachbesserung nicht mehr erfolgen.

Im Rahmen des Formblattes 235 habe die Antragstellerin die Teilleistung ohne Beschränkung als Nachunternehmerleistung angegeben. Das Formblatt 235 und das Formblatt 221 seien widersprüchlich. In dem Formblatt 235 sei durch den Bieter Art und Umfang der durch den Nachunternehmer zu erbringenden Leistung anzugeben. Soll eine Leistung nur teilweise an Nachunternehmer vergeben werden, so müsse dies genau kenntlich gemacht werden. Eine Aufklärung im Sinne des § 15 EU VOB/A sei nicht erlaubt. Widersprüchliche Angaben dürfen nicht im Nachhinein inhaltlich geändert werden. Das Formblatt 223 dürfe zur Aufklärung nicht herangezogen werden.

9.

Die Vorsitzende hat die Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB gemäß § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgrund besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten bis 28.02.2018 verlängert.

10.

Mit Schreiben vom 02.02.2018 teilte die Antragstellerin mit, dass hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Referenzen auf die Gesamtleistung abzustellen ist. Die WU-Betonherstellung sei ein untergeordneter Teil der Leistung, der nach der Ausschreibung fremdüberwacht werden soll (Position 1.8.161). Es seien hier lediglich 10 % der Angebotssumme betroffen. Die Erd-und Abrissarbeiten seien hingegen die Hälfte des Auftragsvolumens.

Hinsichtlich des WU-Betons sei größtenteils ein Nachunternehmer benannt, der geeignete Referenzen vorgelegt hat. Es sei nicht erforderlich, dass die Referenz zu 100 % deckungsgleich mit dem Inhalt des Auftrags ist. Es sei der Vergabestelle bekannt, dass die Antragstellerin über eine Qualifikation für die Herstellung von WU-Beton verfügt, da die Antragstellerin für die Vergabestelle bereits entsprechende WU-Betonarbeiten in der Vergangenheit ausgeführt hat. Für die ausgeschriebene Fremdüberwachung habe die Antragstellerin einen entsprechenden Dienstleister angeboten. Bei Klärungsbedarf hätte die Vergabestelle eine Nachfrage bei der Antragstellerin stellen können und müssen. Sie hätte die fehlende Referenz der Teilleistung erfragen müssen.

Ein Widerspruch hinsichtlich der Nachunternehmerleistungen liege nicht vor. Es müsse das Gesamtangebot der Antragstellerin einschließlich Formblatt 223 gewürdigt werden. Ein reiner Vergleich der Formblätter 235 und 221 sei sachlich nicht begründbar. Die Berechnung der Vergabestelle sei fehlerhaft.

11.

Auf die Schreiben der VSt vom 08.02.2018 und der ASt vom 13.02.2018 wird verwiesen.

12.

In der mündlichen Verhandlung am 15.02.2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 18.01.2018.

Die Vergabestelle bleibt bei ihrem schriftsätzlichen Antrag vom 12.01.2018.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

- b)** Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- c)** Bei der ausgeschriebenen Bauleistung handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.
- d)** Der Auftragswert für das gesamte Bauvorhaben übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB.
- e)** Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Die Antragstellerin trägt vor, durch den Ausschluss ihres Angebotes in ihren Rechten verletzt zu sein.
- f)** Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen (§160 Abs. 3 Nr. 1 GWB). Auf das Informationsschreiben vom 2.1.2018 über den Ausschluss ihres Angebots hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 2.1.2018 gerügt, dass der Ausschluss ihres Angebotes vergaberechtswidrig sei.
Die Obliegenheit zur vorprozessualen Rüge ist eine zwingende Sachentscheidungsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren. Vorliegend hat die Antragstellerin mit Telefax an die Vergabestelle vom 2.1.2018, versandt um 16:35 Uhr den Ausschluss ihres Angebotes gerügt. Im Anschluss daran beantragte die Antragstellerin bei der Vergabekammer mit Telefax vom 2.1.2018, versandt um 17:04 Uhr, ein Nachprüfungsverfahren. Die Rüge erfolgte somit ausreichend vor Einreichung des Nachprüfungsantrags.
Das Schreiben an die Vergabekammer vom 2.1.2018, versandt um 14:08 Uhr, zeitlich vor Einreichung der Rüge bei der Vergabestelle, ändert hieran nichts. Es handelt sich hierbei jedenfalls nicht um einen vollständigen Nachprüfungsantrag, weshalb die Vergabekammer die Antragstellerin diesbezüglich aufforderte mitzuteilen, ob ein Nachprüfungsantrag gewünscht ist. Es kann offenbleiben, ob es sich hierbei um eine fehlgeleitete Rüge handelt, da mit der Rüge um 16:35 Uhr und dem Nachprüfungsantrag um 17:04 Uhr die Rügeobliegenheit gewahrt ist. Sinn und Zweck der Rüge, der Vergabestelle die Möglichkeit einzuräumen, Rechtsverstöße in einem Verfahrensstadium zu beseitigen, indem diese noch unkompliziert korrigiert werden können (Dicks in Vergaberecht, Kommentar 3. Aufl., Ziekow/Völlink, § 160 GWB Rn 37), ist vorliegend ausreichend gewahrt mit der Rüge um 16:35 Uhr. Auf das zusätzliche Schreiben um 14:08 Uhr kommt es nicht mehr entscheidungserheblich an.
- g)** Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen fehlender Referenzen und widersprüchlicher Nachunternehmererklärung ist vergaberechtswidrig.

a)

Die Forderung von Referenzen ist nicht ausreichend bekannt gemacht und kann somit keinen Ausschluss eines Angebots rechtfertigen.

Der Auftraggeber muss die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise den potentiellen Bietern im Voraus bekannt geben gemäß § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A i.V.m. Anhang V Teil C Nr. 11 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU. Bekannt geben heißt, die einzelnen Eignungskriterien und die Mittel zu deren Nachweis ausdrücklich zu bezeichnen. Das Mitteilungsmedium ist in der Regel die Auftragsbekanntmachung. Es genügt nicht, in der Bekanntmachung auf ein später in den Vergabeunterlagen zu findendes Formblatt hinzuweisen (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 122 GWB Rn 49 ff).

Ausreichend ist es hierbei, wenn sich in einem online zugänglichen Bekanntmachungstext ein Link befindet, über den man ohne weiteres das Formblatt mit den geforderten Eignungskriterien und Nachweisen öffnen und ausdrucken kann. Nicht ausreichend ist es, wenn in der Bekanntmachung auf die Vergabeunterlagen verwiesen wird, die unmittelbar online zugänglich sind (Summa, a.a.O., § 122 Rn. 53 ff).

Der Sinn und Zweck von Regelungen wie § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A i.V.m Anhang V Teil C Nr. 11 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU besteht darin, dass jedes in- und ausländische Unternehmen auf einen Blick erkennen kann, ob es als potentiell geeigneter Wettbewerbsteilnehmer in Betracht kommt oder ob es sich eine Befassung mit den Vergabeunterlagen von vornherein ersparen kann (Summa, a. a. O. § 122 Rn. 54.1).

Vorliegend hat die Vergabestelle in der Bekanntmachung unter Ziffer III.1.2) bekannt gegeben:

III.1.2) wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen siehe:

<https://www.....>

Unter Anklicken dieses Links erscheint folgende Ausführung:

Neubau ... Rohbauarbeiten Los 2

.....

Art des Auftrags: Ausführung von Bauleistungen

Ort der Ausführung:

Ausschreibungsunterlagen:

00 Wichtige Hinweise für EU-weite Vergabeverfahren

01 Auftragsbekanntmachung

02 Aufforderung zur Angebotsabgabe

03 BVB, ZVB etc.

04 Leistungsbeschreibung

05 GAEB-Datei D83 (zip-Datei)

06 Kennzettel

07 Anlagen (zip-Datei)

Erst unter Anklicken von 04 kommt man auf eine Datei, die u.a. das Formblatt 124 mit folgenden Anforderungen an den Bieter enthält:

<p><i>Angaben zu Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind</i></p> <p>Ich erkläre / Wir erklären, dass ich / wir in den letzten</p> <p><input type="checkbox"/> drei Jahren¹</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> fünf Jahren²</p> <p>vergleichbare Leistungen ausgeführt habe / haben.</p> <p>Falls mein/unser Angebot in die engere Wahl kommt, werde ich /werden wir für 3 Referenzen je eine Referenzbescheinigung mit Angaben in Anlehnung an das Formblatt 444 vorlegen.</p> <p>http://www.innenministerium.bayern.de/buw/bauthemen/vergabeundvertragswesen/bauauftraege/index.php</p> <p>Bei einem Teilnahmewettbewerb sind die Referenznachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen.</p>
--

Es ist somit vorliegend gerade nicht gewährleistet, dass der Bieter über den Link aus dem Bekanntmachungstext ohne weiteres das Formblatt mit den geforderten Eignungskriterien und Nachweisen öffnen und ausdrucken kann. Der Bieter kann nicht auf einen Blick erkennen, ob er als potentiell geeigneter Wettbewerbsteilnehmer in Betracht kommt.

Nach § 16b EU VOB/A überprüft der Auftraggeber die Eignung der Bieter anhand der vorgelegten Nachweise. Hat der Auftraggeber nichts festgelegt, fehlt auch die Grundlage für eine Eignungsprüfung (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 122 Rn. 54.1).

Mangels Festlegung der Eignungskriterien in der Bekanntmachung scheidet ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vorliegend aufgrund fehlender Nachweise über die Referenzen aus. Die Referenzen sind nicht wirksam gefordert worden.

Die Vergabestelle hat hier eigenverantwortlich zu entscheiden, ob sie in dem Vergabeverfahren den Zuschlag erteilen kann und willkürfrei unter den eingereichten Bietern auswählen kann (VK Südbayern Beschluss vom 5.12.2013-Z3-3-3194-1-38-10/13).

Im Übrigen hat die Vergabestelle auch in den Vergabeunterlagen nicht explizit Referenzen für Leistungen mit wasserundurchlässigem Beton gefordert. In der mündlichen Verhandlung trägt sie vor, dass es genüge, vergleichbare Referenzen von den Bietern zu fordern. Vergleichbar seien vorliegend nur Referenzen, die sich auf Bauwerke mit wasserundurchlässigem Beton beziehen. Ob die Vergabestelle tatsächlich nur Referenzleistungen mit wasserundurchlässigem Beton werten darf, obwohl sie dies nicht explizit gefordert hat, ist vorliegend mangels ausreichender Bekanntmachung der Referenzanforderung nicht mehr entscheidungserheblich.

b)

Die Angaben der Antragstellerin zu den Nachunternehmerleistungen sind vollständig und widerspruchsfrei. Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin kann hierauf nicht begründet werden.

aa) Der Bieter hat in seinem Angebot die geforderten Angaben zu den Nachunternehmern vollständig und widerspruchsfrei vorzunehmen. Sein Angebot kann bei Widersprüchen in der Nachunternehmererklärung von der Wertung auszuschließen sein (OLG Dresden, Beschluss vom 8.5.2013-Verg 1/13).

Die Vergabestelle begründet den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin mit Widersprüchen zwischen den eingereichten Formblättern 235 und 221. Sie hat aus dem Leistungsverzeichnis die Positionen addiert, zu denen die Antragstellerin eine Nachunternehmerleistung in Formblatt 235 angegeben hat. Sodann hat sie den errechneten Betrag mit dem angegebenen Betrag zu den Nachunternehmerleistungen aus Formblatt 221 verglichen. Hier hat sie eine Abweichung festgestellt.

Weiterhin trägt sie vor, dass in der Nachunternehmererklärung 235 nicht kenntlich gemacht wurde, dass nicht die gesamte Position aus dem Leistungsverzeichnis, sondern nur Teile der Leistung an einen Nachunternehmer vergeben werden sollen.

Die Antragstellerin hat vorliegend mit Angebotsabgabe das Formblatt 235 und das Formblatt 221 eingereicht. In dem Formblatt 235 hat die Antragstellerin u.a. folgende Angaben zur Nachunternehmerleistung gemacht:

<i>OZ/Leistungsbereich</i>	<i>Beschreibung der Teilleistung</i>
...	...
1.9.207 – 208	<i>Betoneinbau/ Glätten</i>
1.9.211 – 212	

Im Leistungsverzeichnis handelt es sich hierbei um folgende Positionen:

- 1.9. *Betonarbeiten Gasbehälter 1 + 2*
 - Sauberkeitsschichten*
 - 1.9.207 ...
 - Ort Beton der Sauberkeitsschichten,*
 - Untergrund waagrecht,*
 - obere Betonfläche waagrecht,*
 - aus unbewehrtem Beton*
 - ...
 - 1.9.208 ...
 - Frischbetonoberfläche*
 - der Sauberkeitsschicht,*
 - maschinell Glätten,*
 - ...
 - ...
 - Bodenplatten*
 - ...
 - 1.9.211 ...
 - Ort Beton der Bodenplatte,*
 - obere Betonfläche geneigt,*
 - ...
 - 1.9.212 ...
 - Frischbetonoberfläche*
 - der Bodenplatte*
 - als flächenfertiger Nutzboden*
 - maschinell Glätten*

bb) Aus den Angaben in Formblatt 235 ist ersichtlich, dass die Antragstellerin nicht die gesamte Position durch einen Nachunternehmer erfüllen möchte, sondern nur den Betoneinbau und die Glättung. Die Art und der Umfang der Nachunternehmerleistung ist eindeutig bestimmt.

Entgegen dem schriftsätzlichen Vortrag der Antragstellerin handelt es sich hier gerade nicht um die reine Lohnleistung. In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragstellerin vor, dass es sich um den gesamten Betoneinbau und die Glättung handelt, die von einem Nachunternehmer erbracht werden. Lediglich der Beton und die Schalung werden seitens der Antragstellerin geliefert. Die Werkleistung selbst werde vollumfänglich von einem Nachunternehmer erbracht.

Im Gegensatz zum bloßen Zulieferer schuldet der Nachunternehmer selbst einen werkvertraglichen Erfolg. Er schuldet mehr als die Dienstleistung (Schneevogl Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 36 VgV Rn. 3). Dies ist vorliegend bei den Positionen 1.9.207 – 208, 1.9.211 – 212 bei dem Betoneinbau und der Glättung erfüllt.

In dem Formularblatt 235 hat die Antragstellerin die Nachunternehmerleistung eindeutig bestimmt.

cc) Die vergleichende Berechnung der Vergabestelle, mit der sie die Widersprüchlichkeit der Angaben zu den Nachunternehmern im Angebot der Antragstellerin begründet, rechtfertigt keinen Ausschluss des Angebots.

Ein Preisvergleich anhand der Angaben in den Formblättern „Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen“ (235) und „Preisermittlung“ (221 bzw. 222) ist untauglich, weil er auf unterschiedliche Sachverhalte bezogen ist und damit im Ergebnis nicht vergleichbare Angaben zum Gegenstand hat (OLG Dresden, Beschluss vom 8.5.2013 - Verg 1/13). Das Formblatt zur Preisermittlung klärt die dem Bieter entstandenen Kosten und dessen Aufwand (auch die ihm berechneten Preise der Nachunternehmer), nicht jedoch die der Vergabestelle angebotenen Preise für die Nachunternehmerleistungen. So ist auch in der Fußnote festgelegt:

Auf Verlangen sind für diese Leistungen die Angaben zu Kalkulation der Nachunternehmer dem Auftraggeber vorzulegen.

Auch dies macht deutlich, dass es bei Ziffer 3.5 des Formblattes 221 um den Aufwand des Bieters, also um die ihm berechneten Preise der Nachunternehmer und nicht um seine der Vergabestelle angebotenen Preise für Nachunternehmerleistungen, geht.

Das Formblatt 235 klärt davon unabhängig die Leistungen oder Teilleistungen, die von dritten Unternehmen ausgeführt werden. Ein Preisvergleich der Formblätter ist vorlie-

gend nicht sachgerecht. Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin kann aus diesem Grunde daher nicht erfolgen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

- d) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keinen Antrag gestellt und ist daher kein Kostenrisiko eingegangen. Im Umkehrschluss bekommt sie daher auch keine Aufwendungen erstattet.
- e) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,-- €.

Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,-- € wird nach Bestandskraft des Beschlusses an die ASt zurückerstattet.

Die VSt ist gem. § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....