

Leitsätze:

1. Ein Direktlink in der Auftragsbekanntmachung genügt, die Eignungskriterien wirksam bekanntzumachen. Entscheidend ist, dass ein Bieter, der die Bekanntmachung durchsieht, ohne Mitwirkung der Vergabestelle Kenntnis von den Eignungskriterien als auch von den vorzulegenden Unterlagen, mit denen die Eignung zu belegen ist, nehmen kann.
2. Legt ein Bieter eignungsbezogene Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vor, muss sein Angebot ausgeschlossen werden. Die Angemessenheit der Frist für jede Erklärung oder jeden Nachweis bestimmt sich nach dem Umfang des Aufwandes, der zur Beibringung der jeweils geforderten Unterlage notwendig ist.
3. Bei einem Sachverhalt, wenn die Bieterin bezüglich der geforderten Referenzbescheinigungen zum Ausdruck bringt, dass sie alle Unterlagen, die sie beibringen wollte, auch vorgelegt hat, kann sie sich später nicht darauf berufen, dass die Frist unangemessen kurz gewesen sei.

Nachprüfungsantrag:

.....

Bevollmächtigte:

.....

(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:

(**Vergabestelle - VSt**)

Beigeladene:

(**Beigeladene BGI**)

Vergabeverfahren: **Bauftrag, Wärmedämmverbundsystem**

.....

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren nach § 15 VgV, § 3 EU Nr.1 VOB/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 09.04.2018 durch den Vorsitzenden, die hauptamtliche Beisitzerin und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

Beschluss:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €.
Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die Vergabestelle schrieb europaweit Wärmedämmverbundsystemarbeiten für aus. Im Amtsblatt der Europäischen Union wurde der Auftrag am xx.xx.xxxx unter dem Aktenzeichen xxxx/xxxxxx veröffentlicht. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der xx.xx.xxxx, xx:xx Uhr bestimmt.
Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis.

Unter Ziffer I.3) der Auftragsbekanntmachung konnten die Auftragsunterlagen uneingeschränkt und direkt unter folgendem Link aufgerufen werden:
<https://www.....>

Unter III.1.2) Wirtschaftliche und berufliche Leistungsfähigkeit bestimmte die Vergabestelle: „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“. Bezüglich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit gemäß III.1.3) verwies die Vergabestelle ebenfalls auf die Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen.

Öffnete ein interessierter Wirtschaftsteilnehmer den Link unter I.3 der Auftragsbekanntmachung, zeigte sich unter anderem sofort sichtbar ein PDF-Symbol mit der Bezeichnung „124 Bekanntmachung zur Eignung ...“. Bei diesem PDF Dokument handelt es sich um das Formblatt 124 (Eigenerklärung zur Eignung für nicht präqualifizierte Unternehmen) des Vergabehandbuchs Bayern (VHB).

Zum Submissionstermin reichten neben der Antragstellerin und der Beigeladenen weitere 13 Wirtschaftsteilnehmer fristgerecht ihr Angebot ein. Die Antragstellerin gab das preislich günstigste Angebot ab, gefolgt von der Beigeladenen.

2.

Mit E-Mail vom xx.xx.xxxx forderte die Vergabestelle von der Antragstellerin gemäß Formblatt 3216EU des VHB unter anderem:

- Ziffer 2.2 *„Je eine Bescheinigung für 3 Referenzen über die ordnungsgemäße Ausführung und das Ergebnis für die wichtigsten Bauleistungen in Anlehnung an das dem Formblatt 124 Eigenerklärung zur Eignung beiliegenden Muster.“*
- Ziffer 2.7 *„Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft bzw. des zuständigen Versicherungsträgers mit Angabe der Lohnsummen.“*

Als Frist für die Vorlage der geforderten Bescheinigungen wurde der 01.02.2018 festgelegt. Für den Fall, dass die Angaben nicht innerhalb der genannten Frist vorgelegt werden, bestimmte die Vergabestelle den Ausschluss des Angebotes (§ 16 EU Nr. 4 VOB/A).

3.

Mit E-Mail vom 01.02.2018 teilte der Geschäftsführer der Antragstellerin der Vergabestelle mit, dass die geforderten Bescheinigungen mit Anhang übermittelt werden. Leider sei die Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft abgelaufen, diese sei aber bereits neu beantragt worden. Die sofortige Weiterleitung der Unbedenklichkeitsbescheinigung wurde zugesichert.

Dem Anhang der E-Mail lag ein Schreiben der ASt vom 29.01.2018 bei. Unter Ziffer 2.2 machte die ASt dort Angaben zu drei Referenzenobjekten. Es wurden für jedes dieser drei Referenzobjekte Eigenerklärungen zu folgenden Punkten abgegeben:

- Objektbezeichnung:
- Auftragssumme in brutto:
- Bezeichnung der Arbeiten:
- Hersteller WDVS-System:
- Ansprechpartner, Bauleitung Architekt:

Mit E-Mail vom 07.02.2018 übermittelte die ASt als Anhang die Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft als PDF-Dokument.

4.

Mit Informationsschreiben vom 28.02.2018 nach § 134 GWB teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, am 12. 03 2018 den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen werden müsse, weil geforderte Erklärungen oder Nachweise weder im Angebot enthalten seien noch entsprechend ihrer Aufforderung rechtzeitig vorgelegt worden seien. Zudem bestünden begründete Zweifel an der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin, da der Mindestumsatz deutlich unter dem Zweifachen des geschätzten Auftragswertes liege (§ 6a EU Nr. 2c VOB/A)

5.

Mit Schriftsatz vom 02.03.2018 rügte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin den Ausschluss der Antragstellerin als vergaberechtswidrig.

Die mit Schreiben vom 29.01.2018 von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen würden den Vorgaben entsprechen und damit sei die Eignung nachgewiesen. Nach § 48 Abs. 2 Satz 1 VgV fordere der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich Eigenerklärungen. Die Vergabestelle habe in ihrer Ausschreibung keinen Mindestumsatz gefordert, daher könne die Antragstellerin auch nicht aus diesem Grund ausgeschlossen werden.

6.

Mit Schreiben vom 05.03.2018 wies die Vergabestelle die Rüge zurück. Für Bauvergaben sei nicht § 48 VgV anwendbar, sondern § 6a EU VOB/A. Bereits mit der Bekanntmachung der Vergabeunterlagen habe die Vergabestelle in Formblatt 124 auf das Formblatt 444 VHB verwiesen. Die Antragstellerin habe sich mit Abgabe des Angebotes in Formblatt 124 VHB verpflichtet, dass sie die entsprechenden Unterlagen beibringen wird. Genau diese Referenzbestätigungen habe die Vergabestelle mit Frist 01.02.2018 von der Antragstellerin angefordert. Die Antragstellerin habe lediglich eine aufzählende Darstellung von Referenzen mit Kontaktdaten vorgelegt. Dies genüge den Anforderungen nicht.

Der Mindestumsatz sei in der VOB Ausgabe 2016 in § 6a EU VOB/A explizit mit dem zweifachen Jahresumsatz festgelegt. Unter Abwägung weiterer Umstände wie vorhandenes Fachpersonal, Aufnahme der Tätigkeit gemäß Gewerbeanmeldung habe die Vergabestelle nach pflichtgemäßem Ermessen den Ausschluss der Antragstellerin für notwendig erachtet.

Zudem habe die Antragstellerin die Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft erst am 07.02.2018 in einer gültigen Version vorgelegt.

7.

Mit Nachprüfungsantrag vom 09.03.2018 beantragte die ASt:

- 1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen;*
- 2. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;*
- 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;*
- 4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen*

Zur Begründung führte die Antragstellerin aus, dass die Vergabestelle der Antragstellerin keine angemessene Frist zur Beibringung der Referenzbescheinigungen gesetzt habe. Eine Frist von 6 Tagen sei für eine solche Fallgestaltung zu kurz bemessen. Im Vergaberecht setze eine unangemessen kurze Frist eine angemessene Frist nicht in Gang. Die Antragstellerin habe zumindest eine Referenzliste vorgelegt und habe erst recht nicht die geforderte Aufklärung verweigert. Damit würden die Voraussetzungen von § 15 EU Abs. 2 VOB/A nicht vorliegen.

Eine unangemessen kurze Frist setze eine angemessene Frist nicht in Gang (OLG Celle, Beschluss vom 14.10.2015 – 13 Verg 19/15). (Anmerkung richtige Fundstelle: Beschluss OLG Celle vom 14.12.2015 , 13 Verg 9/15).

Auch ein Ausschluss wegen fehlender Eignung komme nicht in Betracht. Die Vergabestelle habe keinen Mindestumsatz gefordert.

Bei der verspätet vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft müsse wie bei den Referenzbescheinigungen berücksichtigt werden, dass die Vergabestelle eine unangemessen kurze Frist hierfür gesetzt habe.

8.

Mit Schriftsatz vom 13.03.2018 beantragte die Vergabestelle:

I. Der Antrag der Antragstellerin vom 09.03.2018 wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners.

Zur Begründung vertiefte die Vergabestelle ihren Sachvortrag, den sie bereits bei der Zurückweisung der Rüge vorgetragen hatte. Der Ausschluss der Antragstellerin sei auf der Grundlage von § 16 EU Nr. 4 VOB/A erfolgt. Eine 6-Tage-Frist sei in diesem Fall angemessen gewesen.

Ergänzend teilte die Vergabestelle mit, dass die Überprüfung der Referenzen eine mangelhafte Leistungserbringung der Antragstellerin bei zwei von drei Referenzen ergeben habe. Bei einer Referenz habe dies sogar zur Ersatzvornahme durch einen Dritten geführt. Aus diesem Grund sei die Antragstellerin auch gemäß §§ 16 b EU Satz 2 i.V.m. 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A ungeeignet, den Auftrag zu erbringen.

9.

Mit Schreiben vom 15.03.2018 wurde die Firma zum Verfahren beigeladen.

10.

Mit Schreiben vom 19.03.2018 teilte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit, dass eine angemessene Frist nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A identisch mit der angemessenen Frist gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A sei. Regelmäßig sei hier eine längere Frist als 6 Kalendertage angemessen. In diesen beiden Fällen sei der Bieter noch nicht verpflichtet, erstmalig die geforderten Unterlagen vorzulegen. Die sechs Kalendertage des § 16 a EU VOB/A begründeten sich daraus, dass hier der Bieter bereits verpflichtet gewesen sei, diese Unterlagen vorzulegen.

Die Entscheidung der Vergabestelle, das Angebot der Antragstellerin auch wegen nicht nachgewiesener Eignung auszuschließen, sei ermessensfehlerhaft. Die Vergabestelle habe keinen zweifachen Jahresumsatz als zwingenden Eignungsnachweis gefordert.

Es sei nicht richtig, dass die Antragstellerin 2 der 3 Referenzen mangelhaft erfüllt habe. Richtigerweise würden alle 3 von der Antragstellerin genannten Referenzgeber eine einwandfreie Leistungsausführung bestätigen.

11.

Am 20.03.2018 wurde der Antragstellerin unter Beachtung des Geheimschutzes eingeschränkt Akteneinsicht gewährt.

12.

Mit Schriftsatz vom 27.03.2018 trug die Vergabestelle vor, dass die Antragstellerin auch gemäß § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A auszuschließen sei. Bei Nachprüfung der Referenz Nr. 1 habe sich ergeben, dass die Antragstellerin die dort vertraglich geschuldete Leistung mangelhaft erfüllt habe. Mittlerweile sei eine Drittfirma mit der Auftragsausführung beauftragt worden. Unter Abwägung aller Umstände, insbesondere des Termindrucks bei der verfahrensgegenständlichen Baumaßnahme, die im laufendenbetrieb koordiniert werden müsse, sei die Vergabestelle zum Ergebnis gekommen, dass die Antrag-

stellerin nicht geeignet sei. Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei der Ausschluss der Antragstellerin die einzig mögliche Maßnahme, da ein milderes Mittel nicht ersichtlich sei.

Zudem habe die Vergabestelle die Antragstellerin gemäß § 6e EU Abs. 6 Nr. 9c VOB/A ausgeschlossen. Mit der Referenz Nr.1 habe die Antragstellerin einen Ansprechpartner benannt, der die Leistungserbringung durch die Antragstellerin auf telefonische Nachfrage positiv bewertet habe. Allerdings hätten Recherchen ergeben, dass die Antragstellerin nicht Subunternehmerin der von der Antragstellerin benannten Referenzgeberin gewesen sei. Vielmehr hätten Nachforschungen ergeben, dass die Antragstellerin als Nachfolgefirma der benannten Referenzgeberin den Auftrag fortgeführt habe, nachdem die Referenzgeberin Insolvenz angemeldet habe. Nachfragen beim bauleitenden Architekturbüro und dem Büro für die Projektsteuerung bzgl. Referenz Nr. 1 hätten ergeben, dass die Antragstellerin nicht zufriedenstellend den Auftrag ausgeführt habe. Diese irreführenden Informationen seien auch geeignet gewesen, die Vergabeentscheidung erheblich zu beeinflussen.

13.

Mit Schriftsatz vom 04.04.2018 bestreitet der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin, dass diese nach den Kriterien, die die Vergabestelle vorgegeben habe, ungeeignet sei. Dies könne auch nicht aus den benannten Referenzobjekten hergeleitet werden. Beim Referenzobjekt 2 habe er als Verfahrensbevollmächtigter mit dem Projektleiter telefoniert. Entgegen der Behauptungen der Vergabestelle habe ihm der Projektleiter versichert, dass er sehr wohl mit den Leistungen der Antragstellerin zufrieden gewesen sei.

Für das Referenzobjekt Nummer 3 gelte dies ebenfalls. Auch hier habe ihm der Architekt mitgeteilt dass er eine ordnungsgemäße und auftragsgemäße Durchführung der Bauarbeiten bescheinigen könne.

Für das Referenzobjekt Nr. 1 lege die Antragstellerin nun eine Bescheinigung nach dem Formblatt Nr. 444 VHB vor. Als Referenzgeber bescheinigte die Fa. der Fa., dass diese als Hauptauftragnehmer die Leistung auftragsgemäß durchgeführt habe.

Der von der Vergabestelle geäußerte Verdacht, dass eine wirtschaftliche und personelle Verbindung zwischen der Referenzgeberin und der Antragstellerin bestehe, sei schlicht unbegründet. Auch sei es nicht richtig, dass die Leistungserbringung der Antragstellerin in erheblichem Umfang mangelhaft gewesen sei. Vielmehr habe die Antragstellerin zunächst die Bauabschnitte 1-3 mit einem Volumen von ca. xxx.000 € als Subunternehmerin der Referenzgeberin erbracht. Für den Bauabschnitt vier habe die Antragstellerin direkt den Auftrag vom Bauherren erhalten. Wäre die Bauherrin nicht mit den ersten drei Bauabschnitten zufrieden gewesen, hätte sie der Antragstellerin wohl kaum den Auftrag für den vierten Bauab-

schnitt erteilt. Zwischen der Bauherrin und der Antragstellerin sei lediglich ein Gerichtsverfahren im Hinblick auf streitige Nachträge anhängig. Mängel der Werkleistung seien nicht Gegenstand dieses Gerichtsverfahrens. Es wäre verfehlt, daraus Rückschlüsse auf die Eignung der Antragstellerin ziehen zu wollen.

14.

Die Vergabekammer hat im schriftlichen Verfahren bei einer Mitarbeiterin des Projektsteuerungsbüros für das Referenzobjekt 1 Beweis erhoben. Zur Frage, ob personelle Verflechtungen zwischen der Referenzgeberin und der Antragstellerin bestehen würden, teile die Zeugin mit, dass die Fa. und die Fa. unterschiedliche Firmen gewesen seien, die aber unter derselben Adresse erreichbar gewesen seien. Herr sei für beide Firmen der zuständige Ansprechpartner und Projektleiter gewesen.

15.

Mit Schriftsätzen vom 06.04.2018 führte die VSt aus, dass durch die Nennung einer Referenz konkludent erklärt werde, dass zwischen Referenzgeber und Referenznehmer keine Personenidentität oder anderweitige Verstrickungen vorliegen würden. Die Personenidentität des Herrn würden irreführende Informationen im Vergabeverfahren darstellen. Eine Prognose der VSt führe zu erheblichen Zweifeln an der Integrität der ASt. Die Abwägung habe ergeben, dass von der ASt nicht zu erwarten sei, dass sie den Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführen werde.

16.

Mit Schriftsatz vom 06.04.2018 legt der Verfahrensbevollmächtigte der ASt verschiedene Unterlagen zum Referenzobjekt 1 vor und bestätigt, dass Herr zunächst bei der Referenzgeberin und danach bei der ASt beschäftigt gewesen sei. Aus welchen Gründen dies hätte offenbart werden müssen, erschließe sich ihm nicht. Ein Wechsel von Mitarbeitern in der Insolvenz sei nichts Ungewöhnliches.

17.

In der mündlichen Verhandlung am 09.04.2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin bekräftigt ihren Antrag aus dem Schriftsatz vom 09.03.2018. Die Vergabestelle bleibt bei ihrem schriftsätzlichen Antrag vom 13.03.2018.

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 VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 Nr. 1 GWB.
- d) Der Gesamtauftrag für übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.
- f) Die ASt hat mit Schriftsatz vom 02.03.2018 rechtzeitig nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens vom 28.02.2018 den beabsichtigten Ausschluss ihres Angebots gerügt.
- g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 09.03.2018 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 05.03.2018 zur Verfügung steht.
- h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Der Ausschluss der Antragstellerin nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A ist rechtmäßig, denn die Antragstellerin hat nicht die geforderten Referenzbescheinigungen über die ordnungsgemäße Auftragserfüllung vorgelegt (siehe dazu unter a).

Der ASt ist es auch rechtlich verwehrt, die geforderten drei Referenzbescheinigungen noch ordnungsgemäß in Vergabeverfahren einzuführen (siehe dazu unter b).

Zudem hat die VSt die ASt rechtmäßig nach § 6e EU Abs. 6 Nr. 9c VOB/A vom Vergabeverfahren ausgeschlossen (siehe dazu unter c).

Durch den Ausschluss ist die ASt nicht in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

a)

Die Vergabestelle hat rechtswirksam entsprechend dem Formblatt 124 VHB festgelegt, dass der Bieter, falls er in die engere Wahl kommt, für 3 Referenzen je eine Referenzbescheinigung mit Angaben in Anlehnung an das Formblatt 444 VHB vorlegen muss. In Übereinstimmung mit dem Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 15. September 2017 – Z3-3-3194-1-30-06/17 ist die Vergabekammer Nordbayern der Auffassung, dass ein Direktlink unter I.3) der Auftragsbekanntmachung genügt, die Eignungskriterien wirksam bekanntzumachen. Entscheidend ist, dass ein Bieter, der die Bekanntmachung durchsieht, ohne Mitwirkung der Vergabestelle Kenntnis von den Eignungskriterien als auch von den vorzulegenden Unterlagen, mit denen die Eignung zu belegen ist, nehmen kann (so schon zur früheren Rechtslage VK Südbayern, Beschluss vom 10.09.2013, Z3-3-3194-1-22-08/13) u. Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 15. September 2017 – Z3-3-3194-1-30-06/17 –, Rn. 126, juris).

Öffnete im konkreten Vergabeverfahren ein interessierter Wirtschaftsteilnehmer den Link unter I.3 der Auftragsbekanntmachung, zeigte sich unter anderem sofort sichtbar ein PDF-Symbol mit der Bezeichnung „124 Bekanntmachung zur Eignung ...“. Bei diesem PDF-Dokument handelt es sich um das Formblatt 124 (Eigenerklärung zur Eignung für nicht präqualifizierte Unternehmen) des Vergabehandbuchs Bayern (VHB). Es war somit vorliegend gewährleistet, dass der Bieter ohne weiteres an das Formblatt 124 VHB mit den geforderten Eignungskriterien und Nachweisen gelangte. Jeder Bieter konnte auf einen Blick erkennen, ob er als potentiell geeigneter Wettbewerbsteilnehmer in Betracht kommt. Die ASt hat auch das Formblatt 124 VHB ihrem Angebot beigefügt.

Die ASt hat aber solche Referenzbescheinigungen mit Bestätigung des Bauherren / Auftraggebers über die ordnungsgemäße Auftragsdurchführung auf entsprechende Aufforderung der VSt vom 27.01.2018 nicht vorgelegt.

Legt ein Bieter eignungsbezogene Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vor, muss sein Angebot ausgeschlossen werden

(Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 16 VOB/A).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann sich die Antragstellerin im verfahrensgegenständlichen Fall nicht darauf berufen, dass die von der Vergabestelle gesetzte Frist von 6 Kalendertagen für die Beibringung der Referenzbescheinigungen unangemessen kurz gewesen ist. Die Angemessenheit der Frist für jede Erklärung oder jeden Nachweis bestimmt sich nach dem Umfang des Aufwandes, der zur Beibringung der jeweils geforderten Unterlage notwendig ist. Die Antragstellerin hat in ihrer E-Mail vom 01.02.2018 gegenüber der Antragstellerin zum Ausdruck gebracht, dass sie alle geforderten Bescheinigungen - mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft - innerhalb der von der Vergabestelle geforderten Frist vorgelegt hat. Nachdem die ASt bezüglich der angeforderten Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft um Fristverlängerung gebeten hat und die sofortige Nachreichung angekündigt hat, hat die ASt konkludent zum Ausdruck gebracht, dass sie weitere Unterlagen nicht mehr nachreichen möchte. Das Vergabeverfahren ist ein vorvertragliches Anbahnungsverhältnis, das den Bieter verpflichtet, offenzulegen, ob noch Unterlagen nachgereicht werden sollen und ob ggf. noch Zeit für die Einreichung von Nachweisen benötigt wird.

Mit E-Mail vom 7. Februar 2018 hat die ASt die Unbedenklichkeitsbescheinigung übermittelt und auch in dieser E-Mail nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie noch Referenzbescheinigungen nachreichen möchte. Nach dem objektiven Empfängerhorizont hat die Antragstellerin mit diesen beiden E-Mails zu erkennen gegeben, dass die Antragstellerin grundsätzlich (mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft) die von der Vergabestelle gesetzte Frist für ausreichend erachtet hat, damit sie alle Unterlagen vorlegen konnte, die sie vorlegen wollte. Dieser Umstand belegt, dass nicht die Angemessenheit der Frist für die Antragstellerin der Grund für die Nichtvorlage der Referenzbescheinigungen war. Entweder hat die Antragstellerin nicht erkannt, dass sie Referenzbescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung vorlegen muss oder sie wollte bzw. konnte solche Referenzbescheinigungen nicht beibringen. Bei einem solchen Sachverhalt, wenn die Bieterin bezüglich der geforderten Referenzbescheinigungen zum Ausdruck bringt, dass sie alle Unterlagen, die sie beibringen wollte, auch vorgelegt hat, kann sie sich später nicht darauf berufen, dass die Frist unangemessen kurz gewesen sei. Die Angemessenheit der Frist kann aufgrund der Gesamtumstände von der ASt nicht beanstandet werden. Auf den vom Verfahrensbevollmächtigten der ASt zitierten Beschluss des OLG Celle kommt es nicht an.

b)

Der ASt ist es nicht mehr möglich, drei ordnungsgemäße Referenzbescheinigungen einzureichen, nachdem die ASt zwischenzeitlich im Nachprüfungsverfahren für das Referenzobjekt 1 eine Referenzbescheinigung gemäß Formblatt 444 VHB nachgereicht hat, die inhaltlich in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft ist.

Als Referenzgeberin gemäß eingereichtem Formblatt 444 für die Referenz 1 fungierte die Fa. ... Tatsächlich war aber die Fa. der Auftragnehmer für das Referenzobjekt 1. Die Fa. wurde durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst (Amtsgericht). Somit hat eine juristische Person als Referenzgeberin in Formblatt 444 fungiert, die nicht Hauptauftragnehmerin gewesen sein kann.

Zudem kann nur der Bauherr und nicht ein Hauptauftragnehmer die ordnungsgemäße Leistungserbringung für einen Nachunternehmer nach Formblatt 444 VHB bescheinigen. Die Richtlinien 400 (Allgemeine Richtlinien zur Baudurchführung) im VHB bestimmen unter Ziffer 19:

„Referenzbescheinigungen

Referenzbescheinigungen sind in der Regel nach der Rechnungsprüfung mit Formblatt Referenzbescheinigung 444 und ausschließlich durch den Auftraggeber auszustellen. Für Referenzbescheinigungen dürfen (anstelle Formblatt 444) die Vordrucke der PQ-Stellen verwendet werden, soweit diese die gleichen Erklärungen enthalten.“

Die Abnahme eines Bauauftrages und die hier festgestellte ordnungsgemäße Leistungserbringung ist die Grundlage für eine Referenzbescheinigung. Die Abnahme obliegt ausschließlich der Bauherrschaft. Unabhängig von der Tatsache, dass die gar nicht die Hautauftragnehmerin (sondern die) kann nur der Bauherr (der auch das Gewerk abnimmt) eine Bescheinigung nach Formblatt 444 VHB unterzeichnen.

Zudem ist die vorgelegte Bescheinigung 444 auch deshalb fehlerhaft, denn die ASt hat im Formblatt 444 eine vertragliche Bindung als Hauptauftragnehmer angekreuzt. Nach eigenem Bekunden will sie aber Nachunternehmerin gewesen sein. Das ausgefüllte Formblatt 444 widerspricht dem eigenen Sachvortrag der ASt.

Weiter hat die ASt die Bescheinigung auf Seite 2 des Formblattes 444 VHB nicht an der geforderten Stelle unterschrieben.

Zu einer weiteren Aufforderung (Nachforderung) der Referenzbescheinigungen ist der Auftraggeber nicht berechtigt; § 16a EU VOB/A findet keine Anwendung (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 16 VOB/A 2016, Rn. 116).

Selbst wenn – entgegen der Auffassung von Summa und der Vergabekammer – § 16 a EU grundsätzlich Anwendung finden würde, wäre im konkreten Fall die erneute Vorlage einer Referenzbescheinigung für das Referenzobjekt 1 nicht mehr zulässig, da eine Referenzbescheinigung zwar vorliegt und somit nicht fehlt, sondern inhaltlich fehlerhaft ist. § 16a EU VOB/A gilt nur für fehlende Unterlagen. Inhaltlich unzureichende Unterlagen werden nicht erfasst (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 16a VOB/A 2016, Rn. 26). Eine geforderte Unterlage fehlt, wenn sie entweder körperlich überhaupt nicht vorhanden ist oder so schwere äußere Mängel aufweist, dass sie für den vorgesehenen Zweck unbrauchbar ist. (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 16a VOB/A 2016, Rn. 27). Die Referenzbescheinigung für das Objekt 1 weist inhaltliche Mängel auf, ist aber äußerlich brauchbar.

Somit steht fest, dass die ASt gar nicht mehr in die Lage ist, drei ordnungsgemäße Referenzbescheinigungen vorzulegen. Die ASt hat sich auf diese drei Referenzobjekte festgelegt. Nachdem die ASt für das Referenzobjekt 1 eine inhaltlich fehlerhafte Referenzbescheinigung vorgelegt hat, ist sie nicht berechtigt, nun eine Referenzbescheinigung für ein anderes Objekt beizubringen.

c)

Die VSt hat die ASt auch rechtmäßig nach § 6e EU Abs. 6 Nr. 9c VOB/A ausgeschlossen. Die Abwägung der VSt verbunden mit der Prognose, dass die Verschleierung der Personenidentität des Herrn befürchten lasse, dass die ASt den Auftrag nicht mehr ordnungsgemäß ausführen würde, ist nach Auffassung der Vergabekammer ermessensfehlerfrei. Die Kenntnis, ob personelle Verflechtungen zwischen dem vorgeblichen Referenzgeber und dem Referenznehmer bestehen, sind Informationen, die eine Entscheidung der Vergabestelle beeinflussen können. Obwohl die VSt mit Schriftsatz vom 27.03.2018 die personelle Verflechtung zwischen Referenzgeber und ASt benannte, hat der Verfahrensbevollmächtigte diese mit Schriftsatz vom 04.04.2018 abgestritten. Erst als die Vergabekammer eine schriftliche Einvernahme der Zeugin durchgeführt hat, wurde die vorher bestrittene personelle Verflechtung eingeräumt. In Übereinstimmung mit der VSt erachtet die Vergabekammer es für unabdingbar, dass Erklärungen der Wahrheit entsprechen und auch keine unerheblichen Gesichtspunkte verschwiegen bzw. abgestritten werden. Bei einer solchen Verfehlung erscheint auch der Ausschluss nach § 6 e EU Abs. 6 Nr. 9c VOB/A für sachgerecht, denn zu Recht hat die VSt die fehlende Vertrauensbasis als Ausschlussgrund herangezogen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die BGI hat keinen Antrag gestellt. Sie hat kein Kostenrisiko übernommen und hat daher ihre Aufwendungen auch selbst zu tragen.
- d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme 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 mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Eine Kostenrechnung an die ASt in Höhe des Differenzbetrages von xxx,- € wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....