

**69d - VK - 05/2016**

Leitsätze:

1. Der vom Bieter benannte Nachunternehmer hat die gleichen Nachweise und Erklärungen zur Prüfung seiner Eignung vorzulegen bzw. die gleichen Anforderungen zu erfüllen, wie sie für den Bieter selbst gefordert waren. Dies gilt auch für die Anzahl und Zeitbestimmung der vom Bieter geforderten Referenzen. Erfüllt der Nachunternehmer diese Forderungen nicht, wirkt sich dies als Eignungsmangel beim Bieter aus.
2. Hängt der Referenzzeitraum von der Ausführung der Bauleistung ab, die mit den Referenzen nachgewiesen wird, so wird das Ende der ausgeführten Leistung durch deren Abnahme bestimmt.
3. Eine vorsätzlich unzutreffende Erklärung zur Eignung liegt nur dann vor, wenn die Erklärung gewollt und in voller Kenntnis der Fehlerhaftigkeit abgegeben wurde.

Stichworte: Eignungsanforderungen an den Nachunternehmer; Referenzzeitraum; eingeschränkte Überprüfbarkeit des Beurteilungsspielraums; vorsätzlich unzutreffende Erklärungen zur Eignung

Normen: §§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g, Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A; § 4 VOB/B

Streitgegenstand: Bauleistungen zur Errichtung eines Abwasserwärmetauschers, offenes Verfahren nach VOB/A

## **Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]  
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

weitere Beteiligte:

[REDACTED]

- Beigeladene -

wegen

Vergabe des Auftrags zur Errichtung eines Abwasserwärmetauschers in der Heizungstechnik beim [REDACTED],

offenes Verfahren nach VOB/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Ltd. Verwaltungsdirektor Pöhlker und den ehrenamtlichen Beisitzer Baudirektor Zwach

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2016  
am 18. August 2016 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

### Gründe:

#### I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Auftragsbekanntmachung, abgesendet am 11. September 2015, die Vergabe des Bauauftrags zur Errichtung eines Abwasserwärmetauschers in der Heizungstechnik beim [REDACTED] im

offenen Verfahren nach VOB/A europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED]; HAD-Ref.: [REDACTED] V-Nr./AKZ: [REDACTED] .

In Ziff. III.2.3 dieser Bekanntmachung wurde wie folgt bestimmt: „Unternehmen, die nicht präqualifiziert sind, haben das den Vergabeunterlagen beiliegende Formular 124 auszufüllen und auf Nachfrage die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Ergänzend müssen sich Nachweise zu Referenzen auf vergleichbare Leistungen beziehen, siehe auch das den Vergabeunterlagen beigefügte Formblatt „LHW-2-Referenz“. In Formblatt 124 – überschrieben als Eigenerklärung zur Eignung – war folgender Textteil enthalten: „Falls mein/unser Angebot in die engere Wahl kommt, werde ich/werden wir drei Referenznachweise aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren (...) vorlegen (...)“.

Als Zuschlagskriterium wurde das wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmt (Ziff. IV.2.1 der Bekanntmachung).

Am 4. November 2011 gaben Antragstellerin und Beigeladene jeweils ihr Angebot ab.

Die Antragstellerin war präqualifiziert, die Beigeladene hingegen nicht. Die Beigeladene verwendete bei Angebotsabgabe das Formblatt 124; zudem verwendete sie das Formblatt „LHW-2-Referenz“, mit dem sie Angaben über drei ausgeführte Projekte – darunter „[REDACTED]“ und „[REDACTED]“ – machte, überschrieben mit „Leistungen der Firma [REDACTED]“; zur verlangten Ausführungszeit machte sie jeweils keine Angaben. Des Weiteren gab sie das Formblatt 236 ab, das die Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen enthielt. Danach hat sich die [REDACTED] aus [REDACTED] verpflichtet, im Wege einer Teilleistung für den Leistungsbereich OZ 1.1.1. – [REDACTED] – des Leistungsverzeichnisses zur Verfügung zu stehen.

In der Folgezeit forderte die Antragsgegnerin von diesen beiden Beteiligten bestimmte Erklärungen nach, die sie auch erbrachten.

Am 16. Dezember 2015 bat sie die Beigeladene um bestimmte Angaben und Erklärungen zur [REDACTED]

Mit Schreiben vom selben Tage teilte die Beigeladene ihr mit, dass sie seit 2014 mit der [REDACTED] einschlägig zusammenarbeitet. In den Angebotsunterlagen habe sie diese Firma als Nachunternehmer benannt, da hier ein [REDACTED] nach deren Bauart eingesetzt werden soll. Außerdem legte sie das Formblatt „LHW-2-Referenz“ mit Angaben über sechs von ihr, der Beigeladenen, ausgeführten Projekten vor; die [REDACTED] war darin nicht erwähnt. Schließlich legte sie das Formblatt 236 mit Ort, Datum – 16. Dezember 2015 –, Unterschrift und Stempel der [REDACTED] vor; die übrigen Angaben entsprachen der bereits vorgelegten diesbezüglichen Verpflichtungserklärung.

Nachfolgend wurden die Angebote gewertet.

Im Vergabevermerk vom 14. Januar 2016 wurde notiert, dass bei der Beigeladenen im Rahmen der Eignungsprüfung vier Referenzen überprüft worden sind, darunter betreffend „[REDACTED]“; diese Referenz hatte die Beigeladene bei Angebotsabgabe als ein Projekt angegeben, das sie mit der [REDACTED] ausgeführt gehabt hatte. Bei den übrigen drei Referenzen handelte es sich um Projekte, welche die Beigeladene im Rahmen der Nachforderung am 16. Dezember 2015 als allein ausgeführt angegeben

hatte. Zudem wurde vermerkt, der Zuschlag soll aus Gründen der Wirtschaftlichkeit auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Am selben Tag informierte die Antragsgegnerin die Bieter über ihre Absicht, das Angebot der Beigeladenen bezuschlagen zu wollen.

Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 rügte die Antragstellerin dies, da die Beigeladene mangels Fachkenntnisse und -erfahrung ungeeignet sei. Das gelte auch bei einer Eignungsleihe, zumal die von Beigeladener und [REDACTED] ausgeführten Projekte mit der vorliegend ausgeschriebenen Anlage nicht vergleichbar seien.

Am 20. Januar 2016 teilte die Antragsgegnerin ihr mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen wird. Nach einer anlässlich der Rüge durchgeführten Prüfung, die sich insbesondere mit dem Projekt „[REDACTED]“ befasst hatte, sei die Wertung der Referenzen von Beigeladener und ihrer Nachunternehmerin, der [REDACTED] nicht zu beanstanden.

Mit Schriftsatz vom 21. Januar 2016 stellte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag, den sie weitgehend mit dem Inhalt ihrer erhobenen Rügen begründete.

Sie beantragt:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren [REDACTED] Heizungstechnik, Abwasserwärmetauscher“, Vergabe-Nr. [REDACTED] EU-Verfahren [REDACTED] auf das Angebot der [REDACTED] zu erteilen.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin

Die Vergabekammer übermittelte den Antrag am selben Tage an die Antragsgegnerin, gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihr fristsetzend die Vergabeakte an, welche auch vorgelegt wurde.

Mit Schriftsatz vom 27. Januar 2016 erwiderte diese darauf, indem sie beantragt,

1. den Antrag abzulehnen und
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, dass es sich bei der Eignungsprüfung um eine Prognoseentscheidung handelt, bei der das Prognoseergebnis nur hinsichtlich seiner Vertretbarkeit überprüft werden könne. Hier seien alle formellen und inhaltlichen Anforderungen für die Angebotsabgabe und für das Angebot selbst erfüllt worden; die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Beigeladenen sei gegeben.

Am 5. Februar 2016 sah die Antragstellerin in die Vergabeakte ein, soweit ihr dies aus wichtigen Gründen nicht zu versagen war.

In der Folgezeit vertieften Antragstellerin und Antragsgegnerin ihre Kontroverse. Dabei trug die Antragstellerin vor, dass die Referenz zum Projekt „[REDACTED]“ nicht in den Referenzzeitraum, nämlich die Jahre 2012 bis 2014, falle, weil die Leistungen der [REDACTED] zu diesem Projekt bereits im Jahr 2011 abgeschlossen gewesen wäre. Die Antragsgegnerin entgegnete dazu unter Berufung auf eine Auskunft der Beigeladenen, dass dies erst im Jahr 2012 der Fall gewesen wäre; das Projekt sei erst dann in Betrieb gesetzt worden.

Am 8. März 2016 wurde die Beigeladene zum Verfahren beigezogen.

Mit Schriftsatz vom 14. März 2016 bat die Antragstellerin um Einsichtnahme in die Anlage zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 2. März 2016; darunter befanden sich auch Schreiben der Beigeladenen.

Bei der Anhörung zu diesem Ersuchen stimmten die übrigen Beteiligten dem nur eingeschränkt zu, indem sie die Einsichtnahme in ein bestimmtes Schriftstück der Beigeladenen aus Gründen von Geschäftsgeheimnissen ablehnten.

Mit Verfügung vom 18. März 2016 trug die Vergabekammer dem Rechnung. Sie gewährte der Antragstellerin entsprechend der Zustimmung der übrigen Beteiligten Einsichtnahme; im Übrigen versagte sie diese.

Mit Schriftsatz vom 24. März 2016 äußerte sich die Antragstellerin ergänzend zum Streitgegenstand; zur eingeschränkten Akteneinsicht meinte sie, dass in den Unterlagen befindliche Sachverhalte, deren Einsichtnahme ihr versagt worden war, einer für sie nachteiligen Entscheidung durch die Vergabekammer nicht zu Grunde gelegt werden dürfen.

Nachfolgend setzten Antragstellerin und Antragsgegnerin ihre Kontroverse fort. Dabei meinte die Antragsgegnerin u.a., dass es bei der Frage, ob ein Referenzprojekt sich innerhalb eines vorgegebenen Referenzzeitraum befindet, es darauf ankomme, wie lange

wechselseitige Rechte und Pflichten aus dem Vertrag des Referenzprojektes bestehen. Die Antragstellerin hielt diese Auffassung für falsch, weil dies zu einer Verlängerung des Referenzzeitraums führen würde, was einer Abfrage zeitnaher Referenzen abträglich wäre; denn eine Beurteilung, ob das technische Know-how vorhanden sei, wäre dann bei Angebotswertung nicht mehr möglich.

In der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2016 wurde die Sach- und Rechtslage mit allen Beteiligten einschließlich ihrer Bevollmächtigten und des von der Beigeladenen hinzugezogenen Beistandes kontrovers erörtert.

Aufgrund dort vorgebrachter Erklärungen der Beigeladenen stellt die Antragstellerin folgenden Antrag:

Die Beigeladene ist wegen vorsätzlich unzutreffender Erklärungen in Bezug auf ihre Eignung gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g VOB/A auszuschließen.

Den übrigen Beteiligten wurde dazu in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, wovon sie jeweils Gebrauch machten.

Die Beigeladene stellte weiterhin keinen Antrag; die übrigen Beteiligten nahmen auf ihre gestellten Anträge Bezug.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 27. Juni 2016 äußerte sich die Antragstellerin zum Ergebnis der mündlichen Verhandlung. Dabei vertiefte sie ihre Begründung zu ihrem Antrag auf Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g VOB/A.

Den übrigen Beteiligten wurde dazu fristsetzend Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Dies nahm die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 6. Juli 2016 wahr, wobei sie dem weiteren Vortrag der Antragstellerin entgegentrat; die Beigeladene tat dies mit Schreiben vom 7. Juli 2016. Diese beiden Beteiligten äußerten sich zusammengefasst zur Eignung der Beigeladenen bzw. zu deren Eignungsnachweisen; die Antragsgegnerin äußerte sich zudem zum Antrag auf Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen. Die Antragstellerin erhielt diese Schriftstücke zur Kenntnisnahme.

Mit Verfügung vom 11. Juli 2016 wies die Vergabekammer alle Beteiligten auf ihre Absicht hin, das Vergabeverfahren bis zum Stand der Prüfung der Angebote zurückzusetzen zu wollen, da ausweislich des Vergabevermerks nicht genauso viel Referenzen bei der Nachunternehmerin, der [REDACTED], geprüft worden waren wie bei der Beigeladenen als deren Hauptunternehmerin.

Den Beteiligten wurde dazu fristsetzend rechtliches Gehör gewährt.

Mit Schriftsatz vom 18. Juli 2016 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie anlässlich des Hinweises der Vergabekammer die zwei weitere Referenzen der Nachunternehmerin geprüft und ihren Vergabevermerk fortgeschrieben hatte; bei diesen Referenzen handelte es sich um die Projekte „[REDACTED]“ und „[REDACTED]“. Sie fügte die Fortschreibung des Vergabevermerks, datierend vom 14./15. Juli 2016, mit zwei Telefonnotizen vom 14. Juli 2016, die jeweils eingeholte Auskünfte zu diesen Referenzprojekten enthielten, bei; zum Projekt „[REDACTED]“ war in dem Vermerk u.a. wie folgt angegeben: „Ausführung 2011“ und „Zeitraum: die Gewährleistungsbürgschaft wird üblicherweise zum Ende eines Projektes nach erfolgter Abnahme übergeben. Dies erfolgte

ausweislich des Schreibens der [REDACTED] (...) am 30.05.2012. Die Referenz stammt damit aus den letzten 3 Jahren vor der Ausschreibung“.

Nachdem die Antragsgegnerin sich mit den Vorschlägen der Vergabekammer zur Geheimhaltung bestimmter Textteile in Fortschreibung des Vergabevermerks und Telefonnotizen für einverstanden erklärte, wurden die teilweise geschwärzten Fassungen dieser Unterlagen mit dem ebengenannten Schriftsatz den übrigen Beteiligten zugesendet zur Gelegenheit für jeweilige Stellungnahme binnen bestimmter Frist.

Ergänzend bat die Vergabekammer mit Verfügung vom 22. Juli 2016 die Beigeladene um Vorlage des Abnahmeprotokolls zum Projekt „[REDACTED]“ innerhalb derselben Frist.

Mit Schriftsatz vom 25. Juli 2016 äußerte sich die Antragstellerin zu den Ausführungen der Antragsgegnerin vom 18. Juli 2016. Sie bekräftigte ihren Standpunkt, dass die Eignungsprüfung - u.a. zum Projekt „[REDACTED]“ - fehlerhaft gewesen sei; auch würde die Fortschreibung des Vergabevermerks zeigen, dass das Angebot der Beigeladenen nicht zuschlagfähig gewesen sei.

Mit Schreiben vom 27. Juli 2016 legte die Beigeladene der Vergabekammer Unterlagen - darunter eine Urkunde über die Gewährleistungsbürgschaft zu diesem Projekt vom 30.

April 2012 - vor, die nach ihrer Ansicht den Fertigstellungsnachweis zum Projekt „[REDACTED]“ enthalten würden.

Mit Verfügung vom 1. August 2016 teilte die Vergabekammer den Beteiligten ihre Feststellung mit, dass das erbetene Abnahmeprotokoll nicht vorgelegt wurde. Sie bat die Beigeladene fristsetzend letztmals um dessen Vorlage; andernfalls werde sie unter Hinweis auf die Erlöschungsklausel in der Bürgschaft - wonach diese am 7. September 2013 erloschen gewesen war - , mittels Rückrechnung gemäß § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B davon ausgehen, dass die Abnahme spätestens am 7. September 2011 stattgefunden hatte.

Mit Schreiben vom 4. August 2016 legte die Beigeladene fristgerecht das Abnahmeprotokoll vor, das vom Vertreter der [REDACTED] als damalige Auftragnehmerin am 6. März 2012 und vom Vertreter der damaligen Auftraggeberin am 12. März 2012 unterschrieben worden war. Ausweislich dieses Protokolls fand die Schlußabnahme des Gewerks „[REDACTED]“ beim Projekt „[REDACTED]“ am 6. März 2012 statt.

Das Protokoll wurde den übrigen Beteiligten zur Kenntnis gegeben

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens richten sich nach den §§ 97, 107 ff GWB in der bis zum 17. April 2016 anwendbaren Fassung, weil das Verfahren über die gegenständliche Auftragsvergabe vor dem 18. April 2016 eingeleitet wurde (§ 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17. Februar 2016 [BGBl. I S. 203]).

1. Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB und der Rechtsweg zur Vergabekammer ist gemäß §§ 102, 104 Abs. 1 und 2 GWB ist eröffnet. Denn die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 GWB) und dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 3 GWB zu Grunde. Zudem wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren geltende Schwellenwert für Bauaufträge - unstreitig - bei Weitem überschritten. Da gemäß § 104 Abs. 2 GWB vergaberechtlicher Rechtsschutz nur in einem laufenden Vergabeverfahren gewährt wird, gilt der bei Antragstellung gültige Schwellenwert i.H.v. 5.186.000,- € (§ 100 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB, § 3 Abs. 1 VgV i.V.m. der Verordnung Nr. 1336/2013 der EU-Kommission vom 13. Dezember 2013 [EU-ABl. L 335 S. 17] und der Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 19. Dezember 2013 [BAnz. AT 31.12.2013 B1]).

Die Antragstellerin ist auch vollumfänglich, d.h. in allen Punkten ihres geltend gemachten Rechtsschutzbegehrens, antragsbefugt. Sie hat durch Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Auftrag hinreichend bekundet. Zudem hat sie die Verletzung in eigenen subjektiven Rechten gemäß § 97 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 GWB und einen drohenden Schaden durch die Nichterteilung des Zuschlags auf ihr Angebot ausreichend dargelegt.

Schließlich hat die Antragstellerin die von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB binnen vier Tagen unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Verzögerung, gerügt.

## 2. Der Antrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB nicht verletzt, da die Antragsgegnerin die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat. Insbesondere hat die Antragsgegnerin bei der gemäß § 16 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A durchzuführenden Prüfung der Eignung der Beigeladenen die aufgestellten Vorgaben beachtet.

Gemäß Ziff. III.2.3 der Auftragsbekanntmachung vom 11. September 2015 mussten - wie hier die Beigeladene - nicht präqualifizierte Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren beteiligen, eine Eigenerklärung zur Eignung mittels des Formblattes 124 abgeben, das die Vorlage von drei Referenznachweisen aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vorsah.

Danach waren drei Referenzen aus den Jahren 2012 bis 2014 nachzuweisen.

Hier hat die Beigeladene mit ihrem Schreiben vom 16. Dezember 2015 zwar vier Referenzen aufgeführt, die in den Referenzzeitraum fallen. Doch handelt es sich dabei um Projekte, die nur sie allein ausgeführt hatte.

Da die Beigeladene gerade für den zu vergebenden Leistungsbereich OZ 1.1.1. - Wärmetauscher - des Leistungsverzeichnisses die [REDACTED] als Nachunternehmerin benannt hat, kommt es bei den Referenzen auf Projekte an, welche diese Nachunternehmerin ausgeführt hatte. Denn der Auftragnehmer kann sich bei der Erfüllung der Bauleistung der Fähigkeiten anderer Unternehmer - d.h. Nachunternehmer - bedienen, wobei er zur Leistungserbringung vollständig auf diese zurückgreifen kann und noch nicht einmal über einen Kern eigener Leistungsfähigkeit verfügen muss (Kapellmann/Messerschmidt-Frister, VOB, Teile A und B, 4. Auflg. 2013, § 16 VOB/A Rn. 65). Hinzu kommt, dass sich die [REDACTED] mit ihrer Erklärung vom 16. Dezember 2015 verpflichtet hatte, im Falle der Auftragsvergabe an die Bei-

geladene für den Leistungsbereich OZ 1.1.1. - Wärmetauscher - des Leistungsverzeichnisses zur Verfügung zu stehen.

Bei den Referenzen, mit denen einschlägige Leistungen der [REDACTED] nachgewiesen werden sollen, handelt es sich um die Projekte [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED]. Ausweislich des Vergabevermerks vom 14. Januar 2016 hat die Antragsgegnerin die Referenz zum letztgenannten Projekt geprüft; ausweislich der Fortschreibung dieses Vergabevermerks, datierend vom 14./15. Juli 2016, hat sie dies hinsichtlich der Referenzen zu den beiden erstgenannten Projekten getan.

Hat ein Bieter - wie hier - die Absicht, Leistungen teilweise oder ganz durch Nachunternehmer ausführen zu lassen, ist die Eignung - nämlich Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (§ 16 EG Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, 2. Halbsatz VOB/A) - im Zusammenhang mit der Beurteilung des Bieters einzubeziehen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. November 2011 - Az.: Verg 60/11 - in ständiger Rechtsprechung; Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, Handkommentar zur VOB, 13. Auflg. 2013, § 16 EG VOB/A Rn. 107). Nachunternehmer haben daher die gleichen Nachweise und Erklärungen zur Prüfung ihrer Eignung vorzulegen bzw. die gleichen Anforderungen zu erfüllen, wie sie für den Bieter selbst gefordert waren (Ingenstau/Korbion-Schranner, VOB, Teile A und B, 19. Auflg. 2015, § 2 VOB/A Rn. 12, ders.-von Wietersheim,



a.a.O., § 8 EG Rn. 7). Erfüllt der vom Bieter benannte Nachunternehmer diese Anforderungen nicht, schlägt dies als Eignungsmangel auf den Bieter - hier die Beigeladene - durch (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. November 2011 - Az.: Verg 60/11 -).

Dies gilt auch für die Anzahl und Zeitbestimmung der vom Bieter geforderten Referenzen. Da Referenzen der Bewertung und Beurteilung der Fachkunde des Bieters dienen (Kapellmann/Messerschmidt-Frister, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 52), sind sie eine Grundlage für die bei der Eignung zu treffenden Prognoseentscheidung (s. Heiermann/Zeiss-Summan, jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013/Stand: 24. Dezember 2015, § 16 VOB/A Rn. 308). Daher hat der Nachunternehmer genauso viel Referenzen zum vorgegebenen Referenzzeitraum vorzulegen wie der Bieter als dessen Hauptunternehmer. Andernfalls ist eine Prüfung der Eignung des Nachunternehmers nicht möglich (Ingenstau/Korbion-Schranner, a.a.O., § 2 VOB/A Rn. 10).

Hier entspricht die Grundlage für die Prognoseentscheidung den Vorgaben, weil alle drei vorgelegten Referenznachweisen über Leistungen der [REDACTED] in den Referenzzeitraum fallen. Die unterschiedlichen Jahresangaben zum Projekt „[REDACTED]“ - einerseits „2013“ laut Schreiben der [REDACTED] vom 20. Januar 2015, andererseits „2014“ laut Fortschreibung des Vergabevermerks, datierend vom 14./15. Juli 2016 - sind unschädlich, da beide konform zum Referenzzeitraum (2012 bis 2014) sind; für das Projekt „[REDACTED]“ wurden unterschiedliche Jahresangaben nicht gemacht, mit der Angabe „2014“ liegt es im Referenzzeitraum.

Ebenso verhält es sich beim Projekt „[REDACTED]“. Zwar wurde sowohl im Schreiben der [REDACTED] vom 20. Januar 2015 als auch in der eben genannten Fortschreibung des Vergabevermerks das Jahr „2011“ angegeben sowie in der Fortschreibung des Vergabevermerks dieser Jahreszahl noch die Angabe „ausgeführt“ beigefügt, doch kommt es hier auf die Abnahme der Leistung an.

Soweit Antragsgegnerin und Beigeladene andere Umstände - wie Inbetriebnahme, Bestehen vertraglicher Rechte und Pflichten, Übergabe der Gewährleistungsbürgschaft - als relevant für den Referenzzeitraum gesehen haben, kann ihnen darin nicht gefolgt werden.

So besagt schon die abgegebene Eigenerklärung zur Eignung (Formblatt 124), vergleichbare Leistungen ausgeführt zu haben.

Allerdings könnte der Begriff „Ausführung“ mit Blick auf § 4 VOB/B eine Nichtbeendigung des Erfüllungsstadium im Jahr 2011 nahelegen, weil damit noch keine Aussage über Fertigstellung der ausgeschriebenen Leistung getroffen wird.

Da die Fertigstellung Voraussetzung für die Abnahme ist (Kapellmann/Messerschmidt-Havers, a.a.O., § 12 VOB/B Rn. 34; Heiermann/Riedl/Rusam-Riedl/Mansfeld, a.a.O., § 12 VOB/B Rn. 19), ist diese für die Beendigung des Erfüllungsstadiums relevant, zumal der Auftraggeber nach Fertigstellung des Werkes zur Abnahme verpflichtet ist (Heiermann/Riedl/Rusam-Riedl/Mansfeld, a.a.O., § 12 VOB/B Rn. 8).

Die Abnahme besteht in körperlichen Entgegennahme der fertiggestellten Leistung durch den Auftraggeber und dessen Billigung als in der Hauptsache vertragsgemäße Erfüllung des Bauvertrages (Kapellmann/Messerschmidt-Havers, a.a.O., § 12

VOB/B Rn. 10; Heiermann/Riedl/Rusam-Riedl-Mansfeld, a.a.O., § 12 VOB/B Rn. 4). Mit der Abnahme endet das Erfüllungsstadium, gleichzeitig beginnt das Stadium der Gewährleistung (Ingenstau/Korbion-Oppler, a.a.O., § 12 VOB/B Rn. 37; Kapellmann/Messerschmidt-Havers, a.a.O., § 12 VOB/B Rn. 36).

Hier fand die Abnahme der mit Referenz nachgewiesenen Leistung zum Projekt „[REDACTED]“ ausweislich des Abnahmeprotokolls vom 6./12. März 2012 am 6. März 2012 statt.

Damit wurde sie im Referenzzeitraum erbracht.

Die E-Mail der Beigeladenen vom 7. September 2011, wonach die Abnahme am 1. September 2011 durchgeführt worden wäre, wird durch dieses Protokoll widerlegt. Gleichwohl die Beigeladene in ihrer E-Mail das ebengenannte Datum als Zeitpunkt für die Abnahme selbst angegeben hatte, spricht für das im Protokoll ausgewiesene Abnahmedatum die Unterschrift des damaligen Auftraggebers. Denn es ist nicht ersichtlich, dass dieser ein Interesse am Ausgang des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens hat. Unschädlich ist, dass die [REDACTED] das Protokoll mitunterschrieben hatte, denn zum war sie seinerzeit Auftragnehmerin gewesen und zum zweiten kommt es beim Abnahmeprotokoll auf die Unterschrift des Auftraggebers an, mit der seine Billigung einer vertragsgemäßen Erfüllung dokumentiert wird. Zudem ist unschädlich, dass – unstreitig – die Antragstellerin an der abgenommen Leistung mitgewirkt hatte, weil sie dabei – ebenso unstreitig – für die [REDACTED] als Nachunternehmerin tätig gewesen war; es darf daher davon ausgegangen werden, dass sie gleichermaßen ein Interesse an der Abnahme hatte. Schließlich ist auch unschädlich, dass die Antragstellerin mit E-Mail vom 5. September 2011 ihre damalige Hautunternehmerin, nämlich die [REDACTED], um zeitnahe Zahlung gebeten hatte, weil sie am Zahlungseingang wegen eines seinerzeit anderweitigen Projekts interessiert gewesen war; dies steht der Billigung einer vertragsgemäßen Erfüllung nicht entgegen.

Demnach hat die Antragsgegnerin ihre selbst aufgestellten Vorgaben zu den vorzulegenden Referenznachweisen beachtet, als sie die Referenzen der Nachunternehmerin der Beigeladenen geprüft hat.

Die Antragsgegnerin hat auch die Eignung der Beigeladenen vergaberechtskonform geprüft und bewertet.

Der dem Auftraggeber in dieser Hinsicht zustehende Beurteilungsspielraum ist im Nachprüfungsverfahren insofern nur eingeschränkt überprüfbar.

Die Nachprüfungsinstanzen haben lediglich zu untersuchen, ob das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten, der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt, die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet *sowie* keine sachwidrigen oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößenden Erwägungen angestellt wurden (s. nur Kapellmann/Messerschmidt-Glahs, a.a.O., § 6 VOB/A Rn. 51; VK Hessen, Beschl. v. 8. Februar 2016 – Az.: 69d VK-37/2015 –, Beschl. v. 11. Mai 2016 – Az.: 69d VK-49/2015 –, jew. m.w.N.).

Anhaltspunkte, dass die Antragsgegnerin die rechtlichen Grenzen des ihr bei der Prüfung und Bewertung zustehenden Beurteilungsspielraums, überschritten hat, liegen indes nicht vor.

Zwar hat die Antragsgegnerin im Vergabevermerk vom 14. Januar 2016 im Hinblick auf die Referenzen der [REDACTED] lediglich das Projekt „[REDACTED]“ in die Wertungsentscheidung einbezogen. Die nachfolgende Einbeziehung und Wertung der Projekte „[REDACTED]“ sowie „[REDACTED]“ im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens und die daraus resultierende Fortschreibung des Vergabevermerks ist aber rechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin durfte die Eignungsprüfung in diesem Sinne im Rahmen des hier noch laufenden Nachprüfungsverfahrens wiederholen bzw. ergänzen (OLG Koblenz, Beschl. v. 15. Oktober 2009 - Az.: 1 Verg 9/09 -) mit der Folge, dass im vorliegenden Nachprüfungserfahren als Prüfungsgrundlage unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragsgegnerin der ursprüngliche - vom 14. Januar 2016 datierende - sowie der ergänzende - datierend vom 14./15. Juli 2016 - Vergabevermerk zu beurteilen sind. Dies ist, sofern sich die spätere Beurteilung in einem Vergabevermerk niederschlägt, auch zielführend: Denn wollte man der Antragsgegnerin eine solche Möglichkeit nicht zugestehen, würde bei einer Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Wertungszeitpunkt die im Nachprüfungsverfahren erfolgte Wertung mit der Folge der Einbeziehung in einem Vergabevermerk auch bei einer Rückversetzung mit identischem Inhalt erfolgen. Eigens wäre damit ein nicht unerheblicher Zeitverlust im Hinblick auf die Absicht, einen Vertrag zu schließen, verbunden, was verfahrensökonomisch nicht vertretbar wäre. Eine Rückversetzung des Verfahrens in eine erneute Wertung mit der eindeutigen Folge, dass es sich dabei um eine Wiederholung der während des Nachprüfungsverfahrens getroffenen Entscheidung handelt, führt lediglich zu einer zeitlichen Verzögerung des Verfahrens und der beabsichtigten Vergabeentscheidung, nicht aber zu einer anderen Entscheidung. Eine Rückversetzung und eine daraus resultierende identische Entscheidung, wieder die Eignungsprüfung - hier: Prüfung der Referenzen durchzuführen - entspräche einer ausschließlich formalistischen Betrachtungsweise. Darauf und damit auch auf eine Rückversetzung des Verfahrens hat die Antragstellerin keinen berechtigten Anspruch, weil insoweit subjektive Rechte nicht verletzt wurden.

Die Wertung ist auch inhaltlich nach Maßgabe der eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit des Beurteilungsspielraums der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden:

Im Hinblick auf das Projekt „[REDACTED]“ hat die Antragsgegnerin in der Fortschreibung des Vergabevermerks unter vollständiger und zutreffender Ermittlung des Sachverhalts und unter Berücksichtigung der Bewertungsgrundsätze die Eignung festgestellt. Sie hat fehlerfrei die Schlussfolgerung gezogen, dass es sich um eine durch die [REDACTED] konzipierte und eingebaute Anlage gehandelt hatte, die mit der streitgegenständlichen ausgeschriebenen Anlage vergleichbar ist. Die dazu dargestellte Sachverhaltsschilderung lässt die Schlussfolgerung der Antragsgegnerin nachvollziehen, dass die [REDACTED] sowohl die Fachkunde als auch die technische Leistungsfähigkeit für die geforderten Arbeiten erbracht hatte, ohne dass ein Ermessensmangel ersichtlich ist.

Im Hinblick auf das Projekt „[REDACTED]“ ist entsprechendes festzustellen. Auch insoweit hat die Antragsgegnerin nachvollziehbar dargestellt, dass die benannte Leistung in technischer Hinsicht mit der ausgeschriebenen Leistung nahezu identisch sei. Zwar ist - unstrittig - die Länge kürzer als bei der ausgeschriebenen Leistung. Jedoch bestanden aufgrund der modularen Bauweise und der einfachen hydraulischen Verschaltungsmöglichkeit mehrerer Module keine Bedenken, dass

die [REDACTED] auch den ausgeschriebenen Wärmetauscher mit einer größeren Länge fachlich umsetzen kann. Der Einbau hatte in einem Kanal DN 2200 stattgefunden und die Arbeiten sind durch die [REDACTED] ausgeführt worden. Lediglich die Anbindung zur Technikzentrale ist durch einen Nachunternehmer erfolgt.

Die Wertung des Projekts „[REDACTED]“, welches als Referenzobjekt der [REDACTED] vorgelegt wurde, findet sich im ursprünglichen Vergabevermerk. Dort ist festgestellt worden, dass die Referenzen - und damit auch die Referenz des Projektes „[REDACTED]“ - positiv und die Arbeiten als gut bewertet worden sind. Die Antragsgegnerin gelangt fehlerlos zu der Schlussfolgerung, dass unter Berücksichtigung auch dieser Referenz die Arbeiten in der ausgeschriebenen Größenordnung realisiert und zufriedenstellend ausgeführt werden können.

Nach alledem ist die im Vergabeverfahren durchgeführte Eignungsprüfung nicht zu beanstanden.

3. Dem Antrag auf Ausschluss wegen vorsätzlich unzutreffender Erklärungen zur Eignung gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g VOB/A war nicht stattzugeben, weil die erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Denn dafür bedarf eines Vorsatzes für solch falsche Angaben (Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, a.a.O., § 16 EG VOB/A Rn. 54; Kapellmann/Messerschmidt-Frister, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 33). Vorsatz verlangt, dass die Erklärung gewollt und in voller Kenntnis der Fehlerhaftigkeit abgegeben wurden; fahrlässig erteilte Falschauskünfte genügen nicht (Kapellmann/Messerschmidt-Frister, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 33).

Doch sind hier Anhaltspunkte für gerade vorsätzliche Falschangaben nicht ersichtlich.

Hinsichtlich des Projekts „[REDACTED]“ ist der vorgetragene Widerspruch von Angaben der Beigeladenen, die sie im Vergabe- und im Nachprüfungsverfahren

gemacht haben soll, nicht nachvollziehbar. Die Angaben der Beigeladenen, die sie mit ihrem Schreiben vom 26. Februar 2016 gemacht hat und auf das allein sich die Antragstellerin für die Vorsatzindizierung beruft, wurden zur Zeit des Nachprüfungsverfahrens - das am 12. Januar 2016 durch Übermittlung der Antragschrift eingeleitet wurde - gemacht, zumal diese Angaben mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 2. März 2016 in dieses Verfahren eingebracht wurden. Schon dadurch entbehrt die Annahme eines Vorsatzes einer Grundlage.

Hinsichtlich des Projekts „[REDACTED]“ hat allein die [REDACTED] in ihrem Schreiben vom 20. Januar 2015 als Referenzangabe zum Zeitraum lediglich „2011“ erklärt. Diese Erklärung hat sich die Beigeladene im Vergabeverfahren zwar zu eigen gemacht, indem sie diese ihrem Angebot beifügte, doch aus ihrem Schreiben vom 26. Februar 2016 ist zu entnehmen, dass dieses Projekt im Jahr 2011 gebaut sowie im Jahr 2012 abgeschlossen und in Betrieb gesetzt worden ist. Da die Beigeladene in diesem Zusammenhang auf die Übergabe der Gewährleistungsbürgschaft am 30. Mai 2012 - dazugehörige Anlage B - verwies, ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sie - wie die Antragsgegnerin - die Umstände im Jahr 2012 als relevant für den Referenzzeitraum ansah. Wäre dies als Fehlannahme in Betracht zu ziehen, so könnte dies allenfalls eine fahrlässige Falschauskunft begründen, was indes einem Vorsatz entgegenstehen würde. Dass die Beigeladene aber auch keine fahrlässige Falschauskunft gegeben hat, ergibt

sich letztlich aus dem Abnahmeprotokoll vom 6./12. März 2012. Der darin notierte Abnahmetermin am 6. März 2012 bestätigt die Beigeladene. Damit hat sie keine falschen Angaben gemacht.

Insgesamt war dem Nachprüfungsantrag nicht stattzugeben

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- € . Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede/Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September

2015, § 128 GWB Rn. 19, 283; Heiermann/Zeiss-Summa, jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, Stand: 24. April 2014, VT 2 zu § 128 GWB, Rn. 9, 10). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von ██████████ €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen von Antragsgegnerin und Beigeladener zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB). Die Aufwendungen der Beigeladenen sind § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB) erstattungsfähig, da sie sich - wie erforderlich (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) - mit demselben Rechtsschutzziel wie die Antragsgegnerin aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, indem sie mit der eingeschränkten Zustimmung zur Akteneinsicht eine Verfahrenshandlung getätigt sowie eigene Sach- und Rechtsüberlegungen in der mündlichen Verhandlung geäußert hat. Damit ist hier ein ausdrücklicher, bewusster und gewollter Interessengegensatz zwischen Beigeladener und Antragstellerin, der für die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen der Beigeladenen gemeinhin vorausgesetzt wird (Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 37; s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28), gegeben. Die Aufwendungen der Beigeladenen waren daher der unterlegenen Antragstellerin aus Gründen der Billigkeit aufzuerlegen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 29; s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 33, 33a) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG).

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,  
- Vergabesenat -,  
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch  
Vorsitzender

Pöhlker  
Hauptamtlicher Beisitzer