

69 d VK 10/2012

Leitsätze

1. Eignungsnachweise sind auch dann zwingend mit dem jeweiligen Teilnahmeantrag vorzulegen, wenn das Wort zwingend nicht ausdrücklich in der Bekanntmachung oder der Angebotsaufforderung vorkommt sondern aus Formulierungen wie „ ... *hat er vorzulegen* “ bzw. „*muss er vorlegen*“ hervorgeht. Fehlen solche Erklärungen und Nachweise, ist der betreffende Bewerber im weiteren Verfahren nicht mehr zu berücksichtigen, wenn diese Folge in der Bekanntmachung angekündigt worden ist. Ein Nachfordern von Unterlagen nach § 19 Abs. 2 VOL/A bzw. §19 Abs. 3 SektVO scheidet in solchen Fällen wegen der Bindung des Auftraggebers an seine eigenen Vorgaben aus.
2. Im Falle des Fehlens der Verfügbarkeitserklärung eines Dritten nach § 20 Abs. 3 SektVO ist der Auftraggeber nicht berechtigt, die Eignung des Bewerbers durch die schlichte Rückgriffsmöglichkeit auf den ihm bekannten Dritten zu bejahen. Auch der dem Auftraggeber grundsätzlich zustehende weite Beurteilungsspielraum setzt eine auf vorgelegten Nachweisen und Erklärungen basierende Eignungsprüfung voraus.
3. Die Eignungsprüfung muss spätestens dann erfolgen, wenn der „Bestbieter“ feststeht. Die Nachforderung fehlender Nachweise und Erklärungen nach § 19 Abs. 3 Sekt VO ist nicht mehr möglich, wenn sich deren Fehlen und eine deshalb unterlassene Eignungsprüfung erst in einer der Angebotsprüfung nachfolgenden Auseinandersetzung herausstellt.

69 d · VK - 10/2012

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Errichtung, Montage und Herstellung der Funktionsfähigkeit von Anlagen zur Befeuerung, Vorfeldbeleuchtung und Stromversorgung bis zur Inbetriebnahme für den Ausbau des Verkehrslandeplatzes zu einem Verkehrsflughafen

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende RD'in Charlotte Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR'in Jutta Jensen-Löbl und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Raimund Ernst aufgrund der Verhandlung vom 10. April 2012 am 18. April 2012 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Angebote unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen neu zu werten;
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin. Ein Ausgleich der Aufwendungen der Beigeladenen findet nicht statt.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 7.800,00 Euro festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war erforderlich.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 6. September 2011 im Verhandlungsverfahren die Bauleistung für die Errichtung, Montage und Herstellung der Funktionsfähigkeit von Anlagen der Befeuerung, Vorfeldbeleuchtung und Stromversorgung bis zur Inbetriebnahme für den Ausbau des Verkehrslandeplatzes zu einem Verkehrsflughafen europaweit aus (TED

In der Bekanntmachung waren unter Ziff. VI.)3. - Sonstige Informationen - diejenigen Nachweise genannt, die zwingend mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen waren, darunter Eignungsnachweise des Teilnehmers sowie derjenigen Unternehmen, auf dessen Leistungsfähigkeit sich ein Teilnehmer berufen wolle. Das Fehlen von Nachweisen und

Erklärungen, deren Vorlage als zwingend vorgegeben werde, führe zum Ausschluss des Teilnahmeantrags. Als Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge war der 27. September 2011 vorgegeben.

Bis zu diesem Termin gingen bei der Antragsgegnerin vier Teilnahmeanträge ein, darunter auch derjenige der Beigeladenen, drei weitere Anträge, auch derjenige der Antragstellerin, gingen nach Ablauf des Einreichungstermines ein.

Die Überprüfung aller Teilnahmeanträge ergab, dass von den vier rechtzeitig eingegangenen Bewerbungen drei wegen inhaltlicher Defizite nicht berücksichtigt werden konnten, darunter auch diejenige der Beigeladenen. Von den drei verspätet eingegangenen Anträgen erfüllten zwei auch nicht alle die in der Bekanntmachung geforderten Mindestbedingungen.

Da im Ergebnis nur ein Teilnahmeantrag berücksichtigt werden konnte, beschloss die Antragsgegnerin die Einstellung des Verfahrens gem. § 30 SektVO. Weiterhin wurde entschieden, die Angebotsaufforderung ohne erneute Bekanntmachung an den einzigen Bewerber mit rechtzeitigem und vollständigem Teilnahmeantrag zu versenden sowie an die Antragstellerin, da deren Antrag ebenfalls die Mindestbedingungen der Bekanntmachung erfüllt habe und lediglich wegen des verspäteten Zugangs nicht hätte berücksichtigt werden können.

Mit Schreiben vom 9. November 2011 wurden die Bewerber über die Einstellung des Verfahrens und die Einleitung eines erneuten Verhandlungsverfahrens ohne EG-Bekanntmachung informiert. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass von den ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend abgewichen werde.

Die Angebotsaufforderung wurde am 4. November 2011 an die Antragstellerin und den einzigen Bieter mit rechtzeitigem und vollständigem Teilnahmeantrag versandt. Die übrigen Bieter wurden mit Schreiben vom 16. November 2011 über die jeweiligen Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Teilnahmeantrages informiert. Der Beigeladenen wurde u.a. mitgeteilt, dass die in der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise hinsichtlich der Angaben zum Umsatz, zur Mitarbeiterzahl und zu den Referenzobjekten fehlten. Ein Rückgriff auf eine benannte Unternehmensgruppe sei zwar im Rahmen des § 20 Abs. 3 SektVO zulässig, insoweit fehlten jedoch die in der Bekanntmachung geforderten Erklärungen und Nachweise. Das Fehlen der Eignungsvoraussetzungen schließe es aus, die Beigeladene an dem erneut eingeleiteten Verhandlungsverfahren zu beteiligen.

Die Beigeladene antwortete hierauf mit Schreiben vom 18. November 2011 und führte aus, die als mangelhaft bezeichneten Angaben in ihrem Teilnahmeantrag sei nach ihrem Verständnis in der Bekanntmachung so nicht beschrieben gewesen.

Die Antragsgegnerin teilte mit Schreiben vom 21. November 2011 mit, sie halte an ihrer Entscheidung fest, dass der Teilnahmeantrag nicht den in der EG-Bekanntmachung ausdrücklich benannten Mindestbedingungen entsprochen habe. Der Beigeladenen solle aber dennoch die Beteiligung am Vergabeverfahren ermöglicht werden. Sie erhalte deshalb die Gelegenheit zur Angebotsabgabe unter der Be-

dingung des Nachreichens (§ 19 Abs. 3 SektVO) der in der EG-Bekanntmachung geforderten und bisher fehlenden Eignungsnachweise. Soweit beabsichtigt sei, sich auf die Ressourcen Dritter, insbesondere des Mutterkonzerns, zu berufen, werde ausdrücklich auf die Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung hingewiesen. Der Einreichtermin für das Angebot sei der 22. Dezember 2011, ebenso die Frist für das Nachreichen der Eignungsnachweise. Die Frist zum Einreichen der Angebote wurde mit Schreiben an alle drei Bewerber vom zunächst bis zum 5. Januar 2012 und schließlich bis zum 13. Januar 2012 verlängert.

Die Angebote der drei Bewerber gingen fristgemäß ein. Demjenigen der Beigeladenen waren die geforderten Eignungs- bzw. Verpflichtungsnachweise nicht beigelegt.

Die Bieterverhandlungen fanden am 13. Februar 2012 statt, am 21. Februar 2012 erfolgte die Aufklärung der Preise der Antragstellerin und am 23. Februar 2012 die Aufforderung zur letzten Preisrunde bis 29. Februar 2012, bei welcher das Angebot der Beigeladene das günstigste war.

Am 9. März 2012 wurde das Absageschreiben an die Antragstellerin und den weiteren Bieter versandt. Am gleichen Tag erfolgte eine Mitteilung an die Beigeladene wegen der beabsichtigten Zuschlagserteilung.

Mit Schreiben vom 13. März 2012 rügte die Antragstellerin, dass die Beigeladene nicht geeignet sei, da sie nur über 5 bis 7 feste Mitarbeiter verfüge und der geplante Nachunternehmereinsatz zudem nicht nachgewiesen sei. Mit Antwort vom 15. März 2012 entgegnete die Antragsgegnerin, dass die Beigeladene sich hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit auf den Mutterkonzern berufe und der Nachunternehmereinsatz zulässig sei, da Eignungsnachweise vorgelegt worden seien.

Daraufhin stellte die Antragstellerin am 19. März 2012 einen Nachprüfungsantrag nach § 107 GWB, der am gleichen Tag bei der Vergabekammer einging und der Vergabestelle mit Fax um 16:12 Uhr übermittelt wurde.

Ebenfalls am 19. März 2012 übersandte die Antragsgegnerin einen sogenannten „Status des Angebotsinhaltes“ an die Beigeladene, in der diese zur Übersendung der Verpflichtungserklärung des Mutterkonzerns sowie der Eignungsnachweise der Nachunternehmer aufgefordert wurde (Fax um 10:15 Uhr). Die Bestätigung des „Status“ durch die Beigeladene erfolgte am selben Tag per Fax um 14:35 Uhr.

Am 21. März 2012 übersandte die Beigeladene per e-mail um 12:09 Uhr Eignungsnachweise der Nachunternehmer und die Verpflichtungserklärung der an die Antragsgegnerin vom 19. März 2012.

Die Antragstellerin trägt zur Begründung des Nachprüfungsantrages vor, sie halte die Beigeladene für ungeeignet, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen, da sie weder über die erforderlichen technischen noch personellen Mittel hierfür verfüge. Den Nachweis einer rechtlich durchsetzbaren Verpflichtung eines Dritten - hier des Mutterkonzerns -, der nach § 20 Abs. 3 SektVO in Verb. mit Ziff. VI. 3. der Vergabebekannt-

machung gefordert worden sei, habe die Beigeladene, wie die Antragstellerin der Akteneinsicht entnommen habe, nicht mit dem Angebot vorgelegt. Da nach der Einstellung des ursprünglichen Verfahrens kein erneuter Teilnahmewettbewerb durchgeführt, sondern hinsichtlich der Eignungsnachweise auf die aus dem ursprünglichen Verfahren bereits vorliegenden Teilnahmeanträge zurückgegriffen worden sei, sei der Teilnahmeantrag der Beigeladenen unvollständig gewesen. Wesentliche, zur Beurteilung der Eignung notwendige Angaben und Unterlagen seien nicht enthalten gewesen. Deshalb habe die Antragsgegnerin die Beigeladene auch ursprünglich vom Verfahren ausschließen wollen und diese Meinung erst infolge der Rüge der Beigeladenen geändert und sie, um ein eventuelles Nachprüfungsverfahren zu vermeiden, dennoch zur Abgabe eines Angebotes zugelassen. Hierin liege ein Vergabeverstoß.

Wie sich weiter aus der Vergabeakte ergebe, sei der Beigeladenen mit Schreiben vom 21. November 2011 Gelegenheit zur Angebotsabgabe unter der Bedingung des Nachreichens gem. § 19 Abs. 3 SektVO der gem. § 20 Abs. 3 SektVO i. V. m. Ziffer III. 2.2 und Ziff. III. 2.3, jeweils i. V. m. VI. 3. e) der EU Bekanntmachung gefordert und noch fehlenden Eignungsnachweise gegeben worden. Die Antragsgegnerin habe hierbei ausdrücklich auf die gemäß § 20 Abs. 3 SektVO geforderte Vorlage einer Verpflichtungserklärung (oder vergleichbaren Erklärung) des Ressourcen-Gebers hingewiesen, aus der hervorgehen müssen, dass die Verfügbarkeit dieser Ressourcen tatsächlich und rechtlich gesichert sei. Die Frist für das Nachreichen der Eignungsnachweise habe die Antragsgegnerin zeitgleich mit der Frist für Angebotseinreichung bestimmt, andernfalls müsse das Angebot unberücksichtigt bleiben.

Damit hätten die fehlenden Angaben und Nachweise zur Eignung der Beigeladenen spätestens mit dem Angebot vorliegen müssen. Da dies nicht der Fall gewesen sei, hätte die Beigeladene zwingend ausgeschlossen werden müssen. Dass dies nicht geschehen sei, stelle einen Vergabeverstoß dar.

Auch im Sektorenbereich müsse die Eignung der Bieter vor einer Zuschlagsentscheidung an Hand der vorgelegten Nachweise festgestellt werden.

Die Beigeladene habe die geforderten Nachweise weder mit dem Teilnahmeantrag noch mit Angebotsabgabe geliefert und die Antragsgegnerin habe sie auch nicht nachgefordert, sondern sich zunächst nicht weiter darum gekümmert. Erst nachdem nach der letzten Preisrunde ein Zuschlag an die Beigeladene möglich geworden sei, habe sie nach erfolgter Versendung des Informationsschreibens nach § 101a GWB und der Rüge der Antragstellerin um Übersendung der geforderten Nachweise gebeten. Da diese Nachweise bis dato nicht vollständig vorgelegt worden seien, habe sie zwingend vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, im Vergabeverfahren Errichtung, Montage und Herstellung der Funktionsfähigkeit von Anlagen zur Befeuerung, Vorfeldbeleuchtung und Stromversorgung bis zur Inbetriebnahme für den Ausbau des

- Verkehrslandeplatzes zu einem Verkehrsflughafen den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer über die Erteilung des beabsichtigten Auftrags neu zu entscheiden;
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen;
 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsanträge zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten seitens der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Nach ihrer Auffassung war die Beigeladene unter der Bedingung zur Angebotsabgabe zugelassen worden, eine Nachreichung gemäß § 19 Abs. 3 SektVO zu den gemäß § 20 Abs. 3 SektVO geforderten Nachweisen zum vergaberechtlich zulässigen Ressourcenrückgriff vorzunehmen.

Die Beigeladene habe für die Umsatzzahlen und die Anzahl der jahresdurchschnittlich beschäftigten Mitarbeiter die Zahlen ihrer Muttergesellschaft vorlegen können. Aus den vorgelegten Organigrammen habe sich zudem ihre Einbindung in die Organisationsstruktur des Mutterkonzerns erkennen lassen. Auf den möglichen Rückgriff auf das Fachpersonal sei ausdrücklich hingewiesen worden, die Referenzangaben hätten sich auf den Mutterkonzern bezogen, ebenso die geforderten Eignungsnachweise. Inhaltlich hätten die nach § 20 Abs. 3 SektVO zum Ressourcenrückgriff geforderte Erklärung und die Nachweise zur Eignung daher durchaus vorgelegen.

Formal habe es zwar zunächst am Nachweis der tatsächlich und rechtlich gesicherten Möglichkeit für den Ressourcenrückgriff gefehlt. Da die Beigeladene im Zeitraum ab Angebotsabgabe bis zur Einladung zur letzten Preisrunde aufgrund der Ergebnisse des Preisspiegels sowie der erzielten Bewertungspunkte für den Angebotspreis aber nicht zu denjenigen Bietern gezählt habe, die für einen Zuschlag in Frage gekommen sei, sondern dies erst aufgrund ihres Preisangebots im Rahmen der letzten Preisrunde der Fall gewesen sei, sei erst ab diesem Zeitpunkt die Frage der Vorlage von Eignungsnachweisen wieder aufzugreifen gewesen.

Die Beigeladene sei daher erst zu diesem Zeitpunkt zur Vorlage der Verpflichtungserklärung aufgefordert worden. Unter Bezugnahme auf das Schreiben der Antragsgegnerin an die Beigeladene vom 21. November 2011 sei deshalb im „Status des Angebots des Bieters GmbH“ unter Ziffer 2.7 die entsprechende Forderung

wieder geltend gemacht worden. Die Beigeladene habe in ihrer Bestätigungsmail vom 19. März 2012 die Vorlage der Verpflichtungserklärung zugesagt, das entsprechende Schreiben des Mutterkonzerns vom 19. März 2012 sei mit e-mail vom 21. März 2012 dann auch vorgelegt worden. Somit sei noch vor der verbindlichen Zuschlagsentscheidung auch formalrechtlich der geforderte Eignungsnachweis im Sinne des § 20 Abs. 3 SektVO erbracht worden. Insoweit sei auch dem in § 8 Abs. 3 SektVO enthaltenen allgemeinen Grundsatz entsprochen worden, dass spätestens vor Zuschlagserteilung geklärt sein müsse, welcher Drittfirmen sich der zur Beauftragung vorgesehene Bieter im Auftragsfall bedienen werde.

Im Übrigen habe die im Schreiben der Antragsgegnerin vom 21. November 2011 enthaltene Aufforderung zur Vorlage eines Nachweises nach § 20 Abs.3 SektVO mit dem Angebot keine Erklärung ihrerseits beinhaltet, wonach ein nicht im Angebot enthaltener Nachweis einen weiteren zwingenden Ausschlussgrund darstellen sollte, der zu den in der abschließenden Auflistung der zwingenden Ausschlussgründe nach Ziffer 3.4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe zusätzlich hinzutreten sollte. Es habe sich lediglich um einen fakultativen Ausschlussgrund gehandelt. Auch sei in dem genannten Schreiben keine Erklärung der Antragsgegnerin enthalten gewesen, wonach die Forderung zur Vorlage eines Nachweises nach § 20 Abs.3 SektVO zu einer vergaberechtlich zwingenden Ausschlussfrist habe erhoben werden sollen. Auch habe die Antragsgegnerin in diesem Schreiben keinen Ausschluss des Angebotes bei Nichtvorlage des Nachweises angedroht, sondern lediglich erklärt, dass es ggf. unberücksichtigt bleiben solle. Da es sich bei dem Nachweis nach § 20 Abs.3 SektVO lediglich um einen formaljuristischen deklaratorischen Akt gehandelt habe, habe er auch noch vor einer Auftragserteilung nachgereicht werden können.

Die mit Beschluss vom 23. März 2012 Beigeladene ist der Ansicht, sie habe gegenüber der Antragsgegnerin nachgewiesen, dass sie über die erforderliche Eignung zur vertragsgerechten Ausführung der in Rede stehenden Leistungen verfüge. Soweit sie die hierfür erforderlichen Nachweise nicht für das eigene Unternehmen habe erbringen können, habe sie sich zulässigerweise auf die Fähigkeiten anderer Unternehmen und die ihres Mutterkonzerns berufen und auch nachgewiesen, dass ihr diese Fähigkeiten im Auftragsfall auch tatsächlich zur Verfügung stünden. Die Vorlage entsprechender Nachweise habe sie auf Anforderung durch die Antragsgegnerin auch noch nach Angebotsabgabe vornehmen können, ihre Eignung sei damit hinlänglich nachgewiesen worden und eine Zuschlagserteilung an sie damit nicht zu beanstanden.

Die mit Beschluss vom 23. März 2012 Beigeladene hat ausgeführt, sie habe gegenüber der Antragsgegnerin nachgewiesen, dass sie zur vertragsgerechten Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verfüge und sich hierbei zulässigerweise auf die Fähigkeiten des Mutterkonzerns berufen. Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Die Antragsstellerin erhielt am 29. März 2012 Gelegenheit zur Akteneinsicht.

Am 10. April 2012 fand die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt, in deren Verlauf die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

II.

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragsgegnerin ist ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 4 GWB in Verbindung mit § 1 der Sektorenverordnung (SektVO). Die Ausschreibung betrifft einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB, der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 2 Nr. 3 wird überschritten.

Die Antragstellerin ist auch gemäß § 107 Abs. 3 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe ihres Angebotes dargetan; durch die von ihr beanstandeten Vergabeverstöße, insbesondere die beabsichtigte Zuschlagserteilung an ein nach ihrer Auffassung nicht geeignetes Unternehmen, macht sie eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB und bei Beibehaltung der getroffenen Ausschlussentscheidung einen ihr drohenden Schaden geltend.

Die Antragstellerin ist auch ihren Rügeobligationen gemäß § 107 Abs. 3 GWB fristgemäß nachgekommen.

B. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Beigeladene hat entgegen den ihr übermittelten Ausschreibungsbedingungen ihre Eignung zur Erfüllung des Auftrages nicht entsprechend den ihr bekanntgegebenen Bedingungen nachgewiesen, ihr Angebot hätte daher ausgeschlossen werden müssen.

1. a) Die Verpflichtung zur Vorlage von Eignungsnachweisen mit dem Teilnahmeantrag ergab sich aus der Europaweiten Bekanntmachung vom 6. September 2011. Danach waren gemäß Ziff. III 2.2 eine bestehende Haftpflichtversicherung nachzuweisen sowie u. a. Umsatzzahlen aus den vergangenen drei Jahren zu nennen. In Ziff. III.2.3) waren zum Nachweis der „Technischen Leistungsfähigkeit“ u. a. Angaben über die Anzahl der Beschäftigten des Unternehmens, ein Personaleinsatzkonzept sowie die Angabe realisierter Referenzobjekte gefordert.

Unter Ziff. VI.3) „*Sonstige Informationen*“ war darüber hinaus unter b) Aa) für den Fall des beabsichtigten Einsatzes von Subunternehmern deren Benennung sowie die Angabe gefordert, welche Leistungsbereiche von den Subunternehmern übernommen werden sollten.

In Ziff. b) cc) war unter der Überschrift „*Rückgriff auf Ressourcen Dritter*“ ausgeführt: „*Beabsichtigt der Bewerber oder ein Mitglied einer Bewerbergemeinschaft, sich zum Nachweis seiner finanziellen, wirtschaftlichen oder technischen Leistungsfähigkeit auf Dritte zu berufen, so muss er mit seiner Bewerbung die entsprechende Verpflichtungserklärung des Dritten vorlegen, nach deren Inhalt die rechtlich und tatsächlich*

abgesicherte Verfügbarkeit über die entsprechenden Ressourcen des Dritten nachgewiesen wird.“

Aus diesen Vorgaben ergibt sich, dass sowohl die Eignungsnachweise als auch die Angaben über einen beabsichtigten Nachunternehmereinsatz und im Falle des Rückgriffs auf Ressourcen Dritter die Verfügbarkeitserklärung des Dritten zwingend mit dem jeweiligen Teilnahmeantrag vorzulegen waren. Zwar ist diese Formulierung in den zitierten Vorgaben nicht enthalten, vielmehr heißt es „ **hat er** *bereits mit dem Teilnahmeantrag ... anzugeben*“ bzw. „**muss er** *mit seiner Bewerbung die entsprechende Erklärung (des Dritten) vorlegen*“.

Dagegen findet sich die Formulierung der zwingenden Vorlage bei keiner der in der Bekanntmachung genannten Nachweise und Erklärungen. Der in Ziff.VI 3.e) enthaltene Hinweis, dass „*das Fehlen von Nachweisen und Erklärungen, deren Vorlage nach dem Inhalt der Bekanntmachung als zwingend vorgegeben*“ werde, zum Ausschluss des Teilnahmeantrages führe, wäre daher ohne jede Bedeutung, wenn dies nur hätte gelten sollen, falls tatsächlich das Wort „zwingend“ verwendet worden wäre.

b) Von dem Erfordernis der zwingenden Vorlage der Eignungsnachweise ging offenbar auch die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung aus, diejenigen Bewerber nicht zur Angebotsabgabe aufzufordern, deren Teilnahmeanträge „inhaltliche Defizite“ aufwiesen, wie derjenige der Beigeladenen.

Mit Schreiben vom 16. November 2011 hatte die Antragsgegnerin der Beigeladenen mitgeteilt, die in der EG-Bekanntmachung geforderten Mindestbedingungen an die Erklärungen und Nachweise zur Eignung seien von dieser nicht erfüllt worden. Danach fehlten Erklärungen über den jährlichen Gesamtumsatz sowie über den Umsatz, aufgeteilt auf die einzelnen ausgeschriebenen Leistungen, Angaben über die jährlich durchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, die Darstellung der Geschäftsbereiche des Unternehmens, und auch Angaben über vergleichbare Referenzobjekte. Die Antragsgegnerin hatte in diesem Zusammenhang auch ausgeführt, dass die Beigeladene zwar zum Nachweis der Eignung auf die „ “ verwiesen habe, ein Rückgriff auf deren Ressourcen jedoch nur im Rahmen des § 20 Abs. 3 SektVO in Verb. mit Ziff. VI 3 b)cc) der EG- Bekanntmachung vergaberechtlich zulässig sei.

Die Antragsgegnerin hatte daher - auch unter Berücksichtigung des Schreibens des Beigeladenen vom 18. November 2011 - nach Auffassung der Kammer zu Recht entschieden, den Teilnahmeantrag der Beigeladenen unberücksichtigt zu lassen. Ob die in § 19 Abs. 3 SektVO vorgesehene Möglichkeit, Erklärungen und Nachweise, die bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden, noch nachzufordern, auch auf Teilnahmeanträge anzuwenden ist (vgl. z. B. Horn in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A § 19 EG, Rdnr. 53), kann im Ergebnis dahingestellt bleiben. Die Antragsgegnerin hatte eine Nachforderung in der das Verfahren betreffenden EG-Bekanntmachung mit der Formulierung, das Fehlen zwingend geforderter Nachweise und Erklärungen führe zum Ausschluss des Teilnahmeantrages, ausgeschlossen und sich insoweit auch selbst gebunden.

c) An diese Vorgabe war die Antragsgegnerin auch nach der Einstellung des Verfahrens vom 9. November 2011 gebunden. Unabhängig von der Frage, ob die Voraussetzungen für ein neues Verhandlungsverfahren nach § 6 Abs. 2 Ziff. 1 SektVO überhaupt vorlagen, trat entgegen der von der Antragsgegnerin vertretenen Auffassung mit der Einstellung des Vergabeverfahrens keine „Vollbeendigung“ ein. Die Antragsgegnerin war vielmehr weiterhin verpflichtet, für den zu vergebenden Auftrag ein geeignetes und leistungsfähiges Unternehmen auszuwählen (§ 97 Abs. 7 GWB) und u. a. die nach § 20 Abs. 3 SektVO vorgesehenen Eignungsnachweise zu fordern. Keinesfalls war es ihr freigestellt, zu entscheiden, ob die Eignung der Beigeladenen überhaupt noch überprüft werden sollte, oder, wie im Schriftsatz vom 5. April 2012 dargestellt, die Eignung der Beigeladenen angesichts des Rückgriffs auf den Mutterkonzern gar nicht erst in Zweifel zu ziehen.

d) Aus dem Schreiben der Antragsgegnerin an die Beigeladene vom 21. November 2011 geht schließlich auch hervor, dass sie selbst von der weiteren Bindung an die Vorgaben in der Bekanntmachung und den darin enthaltenen Bedingungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren ausging. Sie zitierte ausdrücklich § 20 Abs. 3 SektVO in Bezug auf die „Verfügbarkeitserklärung“ des Mutterkonzerns und diejenigen Ziffern der Bekanntmachung, aus welchen sich die Aufforderung zur Vorlage der Eignungsnachweise mit dem Teilnahmeantrag ergab. Außerdem wurde auf Ziff. VI. 3 e) verwiesen, wonach das Fehlen von Nachweisen und Erklärungen, die zwingend mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen waren, zum Ausschluss führe. Entgegen dieser „zwingenden“ Vorgabe wurde der Beigeladenen allerdings unter Hinweis auf § 19 Abs. 3 SektVO die Möglichkeit des „Nachreichens“ der Eignungsnachweise innerhalb der Frist für die Angebotsabgabe mit dem Hinweis eingeräumt, falls weiterhin die erforderlichen Eignungsnachweise nicht vorgelegt werden würden, bleibe das Angebot unberücksichtigt.

Diesen Formulierungen kann unter Berücksichtigung aller dargestellten Umstände nicht entnommen werden, die Antragsgegnerin habe - entgegen den Vorgaben in der Bekanntmachung und dem zunächst erklärten Ausschluss der Beigeladenen wegen Fehlens geforderter Eignungsnachweise - sie nunmehr erstmals zur Vorlage sämtlicher noch fehlender Eignungsnachweise auffordern und ihr möglicherweise noch eine weitere Frist zum Nachreichen einräumen wollen. Ein solches Verfahren wäre auch mit dem Verbot der Diskriminierung anderer Unternehmen nicht vereinbar.

e) Trotz der möglicherweise in einigen Punkten nicht ganz gelungenen Formulierung in dem Schreiben vom 21. November 2011 war bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt auch für die Beigeladene erkennbar, dass ihr jetzt eine letzte Möglichkeit zur Vorlage fehlender Nachweise eingeräumt wurde. Das Schreiben enthielt fettgedruckt die genannten Hinweise auf die einschlägigen Ziffern der Bekanntmachung, den Hinweis auf die Notwendigkeit der vom Mutterkonzern vorzulegenden Erklärung sowie die Ankündigung, das Angebot bleibe unberücksichtigt, wenn die Eignungsnachweise auch weiterhin nicht vorgelegt werden würden. Die Beigeladene benannte zwar nunmehr erstmals elf Nachunternehmer, trotz des zwischen dem Schreiben vom 21. No-

vember 2011 und der Frist für die Abgabe des Angebots am 13. Januar 2012 liegenden Zeitraumes übersandte sie mit ihrem Angebot jedoch lediglich für sechs von ihnen Referenzlisten sowie teilweise Firmenprofile. Dem Angebot waren jedoch weder Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer noch die Verfügbarkeitserklärung des Mutterkonzerns gem. § 20 Abs. 3 SektVO beigelegt.

2.) a) Die Antragsgegnerin hätte daher nach Eingang der drei angeforderten Angebote die Eignung der Beigeladenen erneut überprüfen müssen. In Bezug auf die Antragstellerin und die dritte Bieterin erübrigte sich dies, da insoweit bereits anhand der Teilnahmeanträge die Eignung geprüft und bejaht worden war. Dagegen war die Antragsgegnerin in Bezug auf die Beigeladene auch aufgrund ihrer eigenen Vorgaben zur Feststellung der Eignung verpflichtet, um die Vergabe an ein geeignetes und leistungsfähiges Unternehmen sicher zu stellen.

Der Vortrag der Antragsgegnerin, die Eignungsprüfung sei zunächst unterblieben, da das Angebot der Antragstellerin mit erheblichem Abstand zur Beigeladenen an erster Stelle gelegen habe, kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Zwar kann unter Umständen die Eignungsprüfung zunächst auf diejenigen Bieter beschränkt bleiben, deren Angebot tatsächlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Auch dann muss die Prüfung jedoch spätestens dann erfolgen, wenn der „Bestbieter“ feststeht. Die Antragsgegnerin hätte also spätestens vor der Mitteilung vom 9. März 2012 an die Beigeladene, der Zuschlag solle auf ihr Angebot erteilt werden, das Angebot in Bezug auf die Vollständigkeit der geforderten Eignungsnachweise prüfen müssen. Diese Prüfung musste zu dem Ergebnis führen, dass das Angebot wegen Fehlens von Nachweisen, deren Vorlage (spätestens) mit dem Angebot gefordert war, auszuschließen war. Aufgrund der eindeutigen Vorgaben in der Bekanntmachung und dem Schreiben an die Beigeladene vom 21. November 2011 war es der Antragsgegnerin nämlich verwehrt, nachträglich noch die Vorlage von Eignungsnachweisen zu fordern.

b) Auch die Vorgaben in der Aufforderung zur Angebotsabgabe ließen eine Nachforderung von fehlenden Eignungsnachweisen nicht zu. Nach Ziff. 3.2 und 3.3 waren dem Angebot bestimmte Anlagen, Formblätter und Konzeptionen beizufügen, darunter auch ein Verzeichnis der Nachunternehmer (Ziff. 3.2.4). Bei Fehlen behielt sich die Antragsgegnerin den Ausschluss des Angebotes oder die Nachforderung von Unterlagen vor. Diese Alternativen konnten sich jedoch nur auf die in den Ziffern 3.2 und 3.3 genannten Angaben und Unterlagen, nicht jedoch auf solche Eignungsnachweise beziehen, die darin nicht aufgezählt waren, weil sie bereits mit dem Teilnahmeantrag hätten vorgelegt werden müssen.

c) Schließlich konnte auch unter Berücksichtigung eines der Antragsgegnerin zustehenden weiten Beurteilungsspielraumes die Eignung der Beigeladenen nicht ohne Prüfung bejaht werden. Zwar ist die Eignung eines Bieters nicht in Frage zu stellen, wenn die positive Prognose eine hinreichende Tatsachengrundlage hat und sich im Rahmen des zustehenden Beurteilungsspielraumes hält. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass anhand geforderter und vorgelegter Nachweise überhaupt eine Eignungsprüfung stattgefunden hat und die Nachweise, z. B. Referenzen, im Einzelnen bewertet wurden.

Der Ausschluss hat dagegen zwingend zu erfolgen, wenn zur Eignungsprüfung Mindestbedingungen vorgegeben werden, die ein Bieter nicht erfüllt; in diesem Fall wird die fehlende Eignung unwiderlegbar vermutet (vgl. Beschluss OLG Frankfurt vom 13.12.2011; 11 Verg 8/11 im Anschluss an den Beschluss der 2. VK Hessen vom 27. September 2011 ; 2. VK-30-2011).

Die Antragsgegnerin konnte daher auch nicht, wie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, die Eignung der Beigeladenen trotz Fehlens der Erklärung nach § 20 Abs. 3 SektVO allein deshalb bejahen, weil sie auch ohne entsprechenden Nachweis von der Möglichkeit des Rückgriffs auf die Ressourcen des Mutterkonzerns und dessen Eignung überzeugt war. Nach § 20 Abs. 3 SektVO „muss“ das jeweilige Unternehmen den Nachweis des Rückgriffs auf die Ressourcen Dritter erbringen, wenn es sich auf dessen Kapazitäten beruft. Entgegen der Darstellung der Antragsgegnerin handelt es sich insoweit also gerade nicht um eine „deklaratorische“ Erklärung einer ohnehin feststehenden Tatsache, vielmehr muss das Unternehmen, auf dessen Kapazitäten zurückgegriffen werden soll, auch hierzu ausdrücklich sein Einverständnis erklären.

3. Im Übrigen müsste das Angebot der Beigeladenen auch dann von der Wertung ausgeschlossen werden, wenn der Auffassung gefolgt würde, dass die im Schreiben vom 21. November 2011 genannten Nachweise erstmals gefordert wurden und die Antragsgegnerin noch nach Angebotseingang von der Möglichkeit des Nachforderns gem. § 19 Abs. 3 SektVO Gebrauch machen konnte:

Mit Schreiben vom 19. März 2012 - erst nach der Mitteilung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung und dem Eingang der Rüge der Antragstellerin - forderte die Antragsgegnerin die Beigeladene u.a. zur Abgabe der Erklärung auf, sie werde *„die von abzugebende Verpflichtungserklärung sowie die geforderten Eignungsnachweise zu den von uns benannten Nachunternehmern umgehend vorlegen“*. Ob die in § 19 Abs. 3 Sekt VO vorgesehene Nachforderung in dieser Form und zu diesem Zeitpunkt - zwei Monate nach Ablauf der Angebotsfrist - möglich ist, begegnet allerdings erheblichen Zweifeln. Die Möglichkeit der Nachforderung sollte zeitlich unter Berücksichtigung des Interesses des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an einer zügigen Auftragsvergabe begrenzt sein. Eine Nachforderung nach § 19 Abs. 3 Sekt VO ist - unter entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 19 VOL/A EG - jedoch dann nicht mehr möglich, wenn sich Fehler erst in einer der Angebotsprüfung nachfolgenden Auseinandersetzung herausstellen (vgl. Horn in Müller/Wrede, Komm. zur VOL/A a.a.O., Rdnr. 64). Im Übrigen ist die „Nachforderung“ von Nachweisen zu einem so späten Zeitpunkt auch vor dem Hintergrund der Tatsache nicht nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin zunächst aus Zeitgründen unter allen Umständen ein Nachprüfungsverfahren wegen des am 16. November 2011 erklärten Ausschlusses der Beigeladenen vermeiden wollte.

Ob die Nachforderung von Unterlagen durch die Antragsgegnerin am 19. März 2012 tatsächlich noch den Vorgaben des § 19 Abs. 3 SektVO entsprach, kann jedoch offen bleiben, denn die Beigeladene vermochte trotz dieser Aufforderung ihre Eignung nicht im geforderten Umfang nachzuweisen: Sie übersandte am 21. März 2012 neben der

Verfügbarkeitserklärung des Konzerns noch einzelne Unterlagen und Eignungsnachweise über insgesamt sechs Nachunternehmer, jedoch nur teilweise auch Referenzlisten und von keiner der Firmen eine Verpflichtungserklärung im Sinne der Ziffer VI. 3 Aa - („Subunternehmer“) der Bekanntmachung. Die fehlenden Referenzen betrafen auch nicht nur die von ihr im Schreiben vom 21. März 2012 als „Lieferanten“ bezeichnete Unternehmen, dagegen waren bereits mit dem Angebot auch Referenzen von drei dieser nunmehr als „Lieferanten“ bezeichneten Subunternehmer beigelegt worden.

Die Antragsgegnerin hätte spätestens nach Überprüfung dieser Unterlagen auf Vollständigkeit das Fehlen von erforderlichen und „nachgeforderten“ Eignungsnachweisen und Verpflichtungserklärungen für Nachunternehmer feststellen und dies zum Anlass nehmen müssen, das Angebot der Beigeladenen wegen nicht nachgewiesener Eignung auszuschließen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die am 21. März 2012 bei der Antragsgegnerin eingegangenen Unterlagen von ihr angesichts des bereits anhängigen Nachprüfungsverfahrens gar nicht mehr überprüft sondern direkt an die Vergabekammer weitergeleitet wurden.

4. Die Antragsgegnerin hat mit der Entscheidung, den Zuschlag für den ausgeschriebenen Auftrag der Beigeladenen zu erteilen, gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Vergabe öffentlicher Aufträge an leistungsfähige Unternehmen (§ 97 Abs. 2 und 4 GWB) verstoßen. Der Anspruch der Antragstellerin gem. § 97 Abs. 7 GWB auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens ist hierdurch verletzt, denn sie hatte ihre Eignung bereits mit dem Teilnahmeantrag nachgewiesen. Ihr würde durch die vergaberechtswidrige Zuschlagserteilung an die Beigeladene auch ein Schaden entstehen, denn ihr Angebot liegt preislich nach demjenigen der Beigeladenen an zweiter Stelle. Der dargestellte Verstoß gegen Vergabevorschriften ist dadurch zu heilen, dass die Antragsgegnerin unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen die verbleibenden Angebote erneut wertet und über die Erteilung des Zuschlags entscheidet.

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs.1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Gebühren erhoben. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Im vorliegenden Fall ist bei der von der Antragstellerin genannten Angebotssumme unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erarbeiteten Tabelle, die auch die erkennende Kammer zugrunde legt, eine Gebühr 7.800,00 Euro festzusetzen.

2. Nach § 128 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 GWB hat die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und trägt daher die ihr entstandenen Kosten der Rechtsverteidigung selbst.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, § 80 HVwVfG.