

2. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt



I. Entwurf
69 d - VK - 38/2015

Stichworte:

Betriebsaufspaltung, reines Besitzunternehmen, wirtschaftliche Identität, Newcomer,
vergleichbare Leistungen, vorsätzlich unzutreffende Erklärungen § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit.
g) VOB/A, Eignung

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen das

[REDACTED]

[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

beigefügt:

[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

wegen:

Dachabdichtungs-und-dämmarbeiten, [REDACTED]
[REDACTED]"

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2015 am 21. September 2015 beschlossen:

1. Das Vergabeverfahren wird in den Stand der Eignungsprüfung zurückversetzt.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Eignung der Antragstellerin und der Beigeladenen anhand der vorgelegten Erklärungen und Nachweise sowie unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu prüfen, die Prüfung und deren Ergebnis zu dokumentieren sowie nach der Entscheidung über die Eignungsprüfung erneut eine Mitteilung nach § 101a GWB zu versenden.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.
4. Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin gesamtschuldnerisch zu tragen.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner schrieb am 27. März 2015 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Vergabe- Nummer [REDACTED] Dachabdichtungs- und Dämmarbeiten für den [REDACTED] europaweit aus. Die Antragstellerin und die Beigeladene reichten ihre Angebote jeweils am 27. Mai 2015 ein. Nach den im Eröffnungstermin verlesenen Preisen lag die Antragstellerin mit ihrem Angebot an erster, die Beigeladene an zweiter Stelle.

Der alleinige Gesellschafter der Antragstellerin, Herr [REDACTED] ist seit dem 11. Januar 2008 als Inhaber der [REDACTED] e.K. im Handelsregister eingetra-

gen. Bei der [REDACTED] e.K. waren 16 Mitarbeiter beschäftigt. Die Antragstellerin wurde mit Herrn [REDACTED] als einzigem Geschäftsführer am 27. Februar 2014 in das Handelsregister eingetragen. Die Firma [REDACTED] e.K. vermietet aufgrund eines Mietvertrages vom März 2014 das gesamte Anlagevermögen einschließlich der Fahrzeuge, Maschinen und Kleingeräte seit dem 1. Juni 2014 an die Antragstellerin. Arbeitnehmer beschäftigt [REDACTED] e.K. nicht mehr. Sämtliche Mitarbeiter der [REDACTED] e.K. wurden von der Antragstellerin zum 1. Mai 2014 übernommen.

Die Antragstellerin hat auch das operative Geschäft der [REDACTED] e.K. nahtlos übernommen und führt die Geschäftstätigkeit mit denselben Mitarbeitern, demselben Anlagevermögen, derselben Betriebs- und Geschäftsausstattung, demselben Leistungsgegenstand unter derselben Leitung mit demselben Inhaber (sämtlicher Geschäftsanteile) fort.

In dem zusammen mit dem Angebot eingereichten Formular 124 des VHB-Bund, Stand August 2014, gab die Antragstellerin auch die von der [REDACTED] e.K. erwirtschafteten Jahresumsätze für die Jahre 2012 und 2013 an. Das von der Beigeladenen mit ihrem Angebot eingereichte Formular 124 „Eigenerklärung zur Eignung“, Stand Mai 2010, enthält die Jahresumsätze eines Nachunternehmers für die Jahre 2008 bis 2010 (Blatt 526 der Vergabeakten).

Mit Schreiben vom 5. Juni 2015 forderten die mit der Auswertung der Angebote beauftragten Architekten die Beigeladene auf, unter anderem das Formblatt 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ nachzureichen (Blatt 228 der Vergabeakten). Mit Telefax vom 10. Juni 2015 reichte die Beigeladene das vorgenannte Formular ein, wobei Umsätze ohne die entsprechenden abgeschlossenen Geschäftsjahre aufgeführt sind (Blatt 277 der Vergabeakten). Das nunmehr eingereichte Formular 124 weist erstmals den Stand August 2014 (Blatt 277 der Vergabeakten) auf.

Mit Vorabinformationsschreiben gemäß § 101a GWB vom 15. Juli 2015, eingegangen bei der Antragstellerin am 20. Juli 2015, teilte der Antragsgegner zunächst mit, er beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Unter dem 27. Juli 2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin per Fax mit, die Voraussetzungen zur Vergabe seien noch nicht gegeben, und bat um Verlängerung der Bindefrist bis zum 31. August 2015. Die Antragstellerin stimmte der Verlängerung der Bindefrist zu.

Mit erneutem Vorabinformationsschreiben gemäß § 101a GWB vom 6. August 2015, der Antragstellerin am 10. August 2015 zugegangen, teilte der Antragsgegner nunmehr mit, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen und das Angebot der Antragstellerin von der Wertung ausschließen zu wollen, weil die geforderten Erklärungen oder Nachweise weder im Angebot enthalten noch entsprechend einer Aufforderung rechtzeitig vorgelegt worden seien. Damit liege ein Ausschlussgrund nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vor.

Mit Telefaxschreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. August 2015 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes und führte im Wesentlichen aus, dass eine Betriebsaufspaltung stattgefunden habe.

Danach sei die Firma [REDACTED] e.K. zum 1. Juni 2014 ein reines Besitzunternehmen geworden, dessen einziger Geschäftszweck darin bestünde, sein gesamtes Anlagevermögen sowie die Betriebs- und Geschäftsausstattung einschließlich Fahrzeuge, Maschinen und Kleingeräte an die Antragstellerin zu vermieten. Die Antragstellerin habe zum 1. Mai 2014 sämtliche Mitarbeiter der [REDACTED] e.K. übernommen. Ebenso sei auch die Leitungsebene identisch, da der Inhaber der Firma [REDACTED] e.K., Herr [REDACTED] auch der einzige Gesellschafter sowie der Geschäftsführer der Antragstellerin sei. Somit bestehe zwischen der Antragstellerin und der Firma [REDACTED] e.K. wirtschaftliche Identität.

Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin per Telefaxschreiben am 17. August 2015 mit, er halte an seiner Rechtsauffassung und dem Ausschluss fest. Der Ausschluss werde nunmehr auch auf § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g) VOB/A gestützt, da die Antragstellerin in dem Formular 124 im Hinblick auf von ihr tatsächlich nicht generierte Umsätze vorsätzlich falsche Angaben gemacht habe.

Die Antragstellerin beantragte mit Schriftsatz vom 18. August 2015, bei der Vergabekammer am 19. August 2015 eingegangen, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen das aus, was sie mit Schreiben vom 12. August 2015 gegenüber dem Antragsgegner rügte. Die Antragstellerin habe zu Recht die Umsatzzahlen der Firma [REDACTED] e.K. für die Jahre 2012 und 2013 für sich reklamiert, da diese Umsätze durch dieselbe Unternehmensleitung mit denselben Mitarbeitern sowie mit denselben Sachmitteln erwirtschaftet worden seien. Die Antragstellerin sei auch nicht als Newcomer zu behandeln. Eine derartige Behandlung der Antragstellerin würde dazu führen, dass diese sich noch nicht selbst und alleine um öffentliche Aufträge bewerben könne, obwohl sie mit denselben Mitarbeitern unter identischer Leitung und den identischen Sachmitteln wie die [REDACTED] e.K. seit über neun Jahren erfolgreich am Markt tätig sei. Ebenso könne sich auch die Firma [REDACTED] e.K. nicht mehr um öffentliche Aufträge bewerben, da sie keine eigenen Mitarbeiter mehr beschäftige und aufgrund des Mietvertrages auch ihre Sachmittel nicht mehr selbst nutzen könne.

Gleiches gelte auch im Hinblick auf die Referenzen. Die vergleichbaren Leistungen könnte die Antragstellerin wegen der einhundertprozentigen Übereinstimmung des Personals, der Unternehmensleitung und sämtlicher Sachmittel für sich geltend machen. Lediglich rein formaljuristisch betrachtet lägen zwei unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten vor, aber tatsächlich sei nur das operative Geschäft der [REDACTED] e.K. ausgegliedert und auf die neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragen worden. Die Betriebsaufspaltung ließe im vorliegenden Fall die wirtschaftliche Identität

zwischen dem vormaligen operativen Geschäftsbetrieb der Firma [REDACTED] e.K. einerseits und der Antragstellerin andererseits unberührt.

Die Antragstellerin beantragt,

den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu erteilen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei aufgrund verschiedener zwingender Ausschlussgründe offensichtlich unbegründet. Bei der Antragstellerin handele es sich unstreitig um eine neu gegründete Gesellschaft. Dass deren Gesellschafter personenidentisch mit der Firma [REDACTED] e.K. sei, sei vergaberechtlich vollkommen unbeachtlich. Es sei damit bereits denklogisch ausgeschlossen, dass sich die Antragstellerin Umsätze der [REDACTED] e.K. der Jahre 2012 und 2013 zu eigen mache. Die mithin geforderten Nachweise hinsichtlich der Umsatzzahlen hätten nicht vorgelegen. Dies habe zur Folge, dass ein zwingender Ausschluss gemäß §16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vorgenommen werden musste. Die Antragstellerin habe die Möglichkeit, mit der Firma [REDACTED] e.K. eine Bietergemeinschaft einzugehen bzw. sich auf deren Umsatzzahlen im Wege der Eignungsleihe zu berufen. Beides habe die Antragstellerin im streitgegenständlichen Verfahren jedoch nicht getan.

Darüber hinaus sei sie gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g) VOB/A wegen vorsätzlich unzutreffender Angaben auszuschließen. Zudem könnten die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen nicht gewertet werden. Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit sei die Vorlage von drei Referenzen gefordert, die unter anderem eine Bestätigung des Auftraggebers über die vertragsgemäße Ausführung der Leistung enthielten. Von den von der Antragstellerin auf das Nachforderungsschreiben vom 5. Juni 2015 hin vorgelegten Referenzen enthalte lediglich eine die geforderte Bestätigung des Auftraggebers. Die drei anderen vorgelegten Referenzen enthielten lediglich eine Bestätigung von Planungsbüros. Mithin sei das Angebot der Antragstellerin in diesem Punkt unvollständig.

Mit Beschluss vom 20. August 2015 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie Gebrauch gemacht hat.

Die Beigeladene beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, der Ausschluss der Antragstellerin sei zwingend, da diese in ihrem Angebot vorsätzlich unrichtige Angaben gemacht habe, soweit sie sich auf Umsatzzahlen der Jahre 2012 und 2013, die nicht sie, sondern die Firma [REDACTED] e.K. erwirtschaftet habe, berufen habe. Auch die Begründung der Rechtsnachfolge gehe

fehl, da die Firma [REDACTED] e.K. weiter fortbestehe, mithin eine Gesamtrechtsnachfolge nicht möglich sei.

Die mündliche Verhandlung hat am 17. September 2015 stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 17. September 2015 sowie auf die Vergabeakten (Blatt 1 bis 1.864) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 24. September 2015 hat die Beigeladene sich nochmals geäußert. Der nicht nachgelassene Schriftsatz gibt keine Veranlassung erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft (dazu I.) und die Antragstellerin ist antragsbefugt (dazu II.). Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch rechtzeitig gerügt (dazu III.).
 - I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB, bei dem zu vergebenden Auftrag um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1, 3 GWB.
 - II. Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Durch den Ausschluss seines Angebotes kann ein Bieter in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Die Antragstellerin hat durch Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundet. Es ist auch nicht von vorneherein auszuschließen, dass die Antragstellerin durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet, zumal sich aus den Vergabeakten ergibt, dass die Antragstellerin das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat.
 - III. Die Entscheidung des Antragsgegners, das Angebot der Antragstellerin auszuschließen, hat diese rechtzeitig gerügt, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Die Antragstellerin hat von ihrem Ausschluss durch Zugang des Vorabinformationsschreibens am 10. August 2015 erfahren, die Rüge erfolgte nur zwei Tage später am 12. August 2015.

- B. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Antragstellerin wird durch den Ausschluss ihres Angebotes in ihren Rechten auf Einhaltung der Vergabebestimmungen gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Das Angebot der Antragstellerin war weder wegen vorsätzlich falscher Angaben (dazu I.) noch wegen fehlender oder unzureichender Erklärungen (dazu II.) auszuschließen. Das Vergabeverfahren war daher in den Stand der Eignungsprüfung zurückzusetzen, die der Antragsgegner unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen hat.
- I. Das Angebot der Antragstellerin ist nicht aus formalen Gründen gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g) VOB/A auszuschließen. Die Vergabekammer kann nicht erkennen, dass die Antragstellerin im Hinblick auf die Angaben zu den Umsätzen der letzten drei Geschäftsjahre bezogen auf die Jahre 2012 und 2013, die Mitarbeiterzahlen für diese Jahre sowie die vorgelegten Referenzen vorsätzlich unzutreffende Erklärungen abgegeben hat. Es kann insoweit dahinstehen, ob die von der Antragstellerin gemachten Angaben tatsächlich falsch sind. Es liegt jedenfalls kein Vorsatz vor.
1. Vorsatz bedeutet, dass der Bieter positive Kenntnis davon hat, dass die von ihm abgegebene Erklärung unrichtig ist. Nach allgemeinem Verständnis ist Vorsatz das Wissen und Wollen des pflichtwidrigen Erfolges (Verführt in Kulartz, VOB/A, § 16 EG RdNr. 138). Im Zusammenhang mit § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g) VOB/A bedarf es daher der Kenntnis über die Fehlerhaftigkeit der gemachten Angaben, der Kenntnis über den Bezug der Angaben zu den Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit und schließlich das Bewusstsein, diese falsche Erklärung abgegeben zu haben (Verführt a. a. O.).
 2. An der Kenntnis und dem Bewusstsein hierfür fehlt es der Antragstellerin. Auch wenn in rechtlicher Hinsicht die Betriebsaufspaltung zu zwei getrennt existierenden Firmen geführt hat, hat sich für die Antragstellerin in tatsächlicher Hinsicht nichts verändert. Für sie besteht gerade wegen der wirtschaftlichen Identität insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung ihrer Eignung kein Unterschied. Die angegebenen Umsatzzahlen für die Jahre 2012 und 2013 erarbeitete der Geschäftsführer der Antragstellerin unter seiner Leitung mit den Arbeitnehmern, die er nach wie vor (seit dem 1. Mai 2014) weiter beschäftigt. Die Geschäftstätigkeit mit denselben Mitarbeitern, demselben Anlagevermögen, derselben Betriebs- und Geschäftsausstattung unter derselben Leitung mit demselben Inhaber bedeutet für die Antragstellerin in der Parallelwertung der Laiensphäre, dass es sich weiterhin um ihren Betrieb handelt, da wirtschaftliche Identität vollumfänglich gegeben ist. Gleiches gilt auch im Hinblick auf die Angaben zu ihren Mitarbeiterzahlen und den mit den Referenzen nachzuweisenden erbrachten vergleichbaren Leistungen. Ihre „alten Mitarbeiter“ sind auch ihre „neuen Mitarbeiter“, mit denen sie seit neun Jahren am Markt tätig ist und Dachdeckerarbeiten erbringt.

3. Hinzukommt, dass die Antragstellerin den Sachverhalt nicht etwa verschleiern wollte. Bereits mit Angebotsabgabe machte sie auf eine „Umfirmierung“ aufmerksam. Dass die Verwendung dieses Begriffes auf einer Täuschungsabsicht beruht, ist fernliegend. Es kann auch insoweit von einem juristischen Laien nicht erwartet werden, zwischen der Namensänderung einer Gesellschaft und einer Betriebsaufspaltung zu unterscheiden.
- II. Das Angebot der Antragstellerin ist auch nicht wegen fehlender Referenzen gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen, denn das Angebot der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht unvollständig. Die vom Antragsgegner geforderten Nachweise und Erklärungen liegen vor.

Zwar ist es zutreffend, dass die Antragstellerin von den vier vorgelegten Referenzen lediglich in einer Referenz die vertragsgemäße Ausführung der Leistung ausdrücklich durch den Auftraggeber bestätigen ließ, während diese Bestätigung in den übrigen drei Referenzen durch die wohl vom eigentlichen Auftraggeber beauftragten Planungsbüros erfolgte. Jedenfalls ist aber aus diesen drei Referenzen für den Antragsgegner als Erklärungsempfänger die Person des Vertretenen bestimmbar, was nach § 164 Abs. 1 BGB notwendig aber auch hinreichend ist (Palandt / Ellenberger, Kommentar zum BGB, 74. Auflage 2015, § 164 RdNr. 1). Nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen für Architekten- und Ingenieurleistungen (§ 3 AVB-ING) vertreten Architekten und Ingenieure den Auftraggeber bei der Ausführung der jeweiligen Objekte. Die Antragstellerin hat in diesen drei Referenzen jeweils die Bauvorhaben benannt [REDACTED] und die mit der Durchführung der Bauvorhaben jeweils betrauten Planungsbüros (mit den entsprechenden Telefonnummern) angegeben (Blatt 859 bis 861 der Vergabeakte). Dass die Planungsbüros nicht der Auftraggeber sein können, ist für den Antragsgegner offensichtlich, sodass ein Anruf bei den genannten Planungsbüros genügt hätte, um den Auftraggeber der in den Referenzen genannten Bauvorhaben zu erfragen. Die Antragstellerin hat damit alle vom Antragsgegner geforderten Erklärungen und Nachweise zu den von diesem festgelegten Eignungskriterien vorgelegt. Die ausdrückliche Benennung des Auftraggebers ist nach dem zu verwendenden Formblatt nicht vorgesehen.

- III. Da die Antragstellerin weder nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. g) noch nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen ist, war das Verfahren in das Stadium der formellen Eignungsprüfung zurückzusetzen. Bei der Wiederholung dieser sowie aller weiteren Stufen des Vergabeverfahrens wird der Antragsgegner folgendes zu berücksichtigen haben:
 1. Im Rahmen der formellen Eignungsprüfung des Angebotes der Beigeladenen wird der Antragsgegner zu prüfen haben, ob das Angebot der Beigeladenen möglicherweise auszuschließen ist.

-
- a) Die Beigeladene gab ihr Angebot am 27. Mai 2015 fristgerecht ab. Mit diesem Angebot gab sie auch die geforderte Eigenerklärung zur Eignung (Formblatt 124, Blatt 526 der Vergabeakte) ab. Das Formular 124 VHB-Bund (Blatt 526 der Vergabeakte) weist den Stand Mai 2010 auf, während bei allen anderen Angeboten von den Bietern das Formblatt 124 Stand August 2014 verwandt wurde. Darüber hinaus hat die Beigeladene in diesem Formblatt 124 die Umsätze für die Geschäftsjahre 2008 bis 2010 angegeben.
- b) Mit Schreiben vom 5. Juni 2015 (Blatt 228 der Vergabeakte) wurde die Beigeladene von dem mit der Auswertung der Angebote beauftragten Architekten aufgefordert, unter anderem das Formblatt 124 „Eigenerklärung“ innerhalb von sechs Kalendertagen vorzulegen. Weshalb dies erfolgte, ergibt sich nicht aus den Vergabeunterlagen. Mit Telefax vom 10. Juni 2015 (Blatt 241 der Vergabeakte) legte die Beigeladene ein Formblatt 124, Stand August 2014, vor, das zwar Umsatzzahlen aufweist, aber nicht die abgeschlossenen Geschäftsjahre benennt. Der Erklärung der Beigeladenen kann somit nicht entnommen werden, in welchem Geschäftsjahr welcher Umsatz generiert wurde.
2. Im Rahmen der Prüfung der materiellen Eignung wird der Antragsgegner von folgende Grundsätze zu beachten haben:
- a) Anhand der von der Antragstellerin vorgelegten Erklärungen und Nachweise ist dem Antragsgegner die materielle Eignungsprüfung möglich. Nach § 2 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A dürfen Bauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig, mithin also geeignet sind, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Bei der Beurteilung dieser Frage muss der Auftraggeber ermitteln und bewerten, ob das Unternehmen über das für die fach- und fristgerechte Ausführung notwendige Personal, die notwendigen Geräte und Erfahrungen mit vergleichbaren Leistungen verfügt, der Auftragnehmer aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation den Vertrag erfüllen kann und ob er auch rechtlich dazu in der Lage ist, also gegebenenfalls über die erforderlichen Zulassungen verfügt. Aus § 16 EG Abs. 2 VOB/A ergibt sich, dass die Prüfung der Eignungskriterien auftragsbezogen, also im Hinblick auf den konkret zu vergebenden Auftrag zu erfolgen hat. Für die Feststellung der Eignung gilt, dass ein Unternehmen entweder geeignet ist oder nicht. Eine Abstufung oder die Berücksichtigung eines „Mehr an Eignung“ ist dem Auftraggeber (jedenfalls im einstufigen Verfahren) grundsätzlich verwehrt. Die Rechtsbegriffe Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Prüfung dem öffentlichen Auftraggeber ein durch die Nachprüfungsinstanzen begrenzt kontrollierbarer Beurteilungsspielraum zur Verfügung steht, denn hierbei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung dahingehend, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann.

- b) Grundlage für die Eignungsprüfung bieten zunächst die von den Bietern selbst eingereichten Unterlagen, wie etwa die Referenzen über die Erbringung vergleichbarer Leistungen. Darüber hinaus ist der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei, wie er sich die für die Eignungsbeurteilung erforderlichen Kenntnisse verschafft. Bei der Bemessung der gebotenen Prüfungstiefe dürfte wegen des Interesses einer zügigen Beschaffung und eines raschen Abschlusses des Vergabeverfahrens auch unter Berücksichtigung der administrativen Mittel von einer gewissen Zumutbarkeitsgrenze auszugehen sein. Dabei muss der öffentliche Auftraggeber jedoch beachten, dass er den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter nicht verletzt. Jedenfalls dann, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sind, die beispielsweise die Leistungsfähigkeit eines Bieters in Zweifel ziehen, muss der öffentliche Auftraggeber seine Prüfung auch von Amts wegen hierauf erstrecken und gegebenenfalls eine bereits durchgeführte Eignungsprüfung im laufenden Vergabeverfahren noch einmal wiederholen. Bei der Eignungsprüfung muss der Auftraggeber alle Umstände, die für die Bewertung der Eignung von Bedeutung sind, aufklären. Umstände, die nicht auf eigener gesicherter Erkenntnis beruhen, dürfen bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden (Frister in: Kapellmann / Messerschmitt, VOB-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 16 VOB/A RdNrn. 72, 75, 76; Dittmann in: Kulartz / Marx / Portz / Prieß, VOB/A-Kommentar, 2. Auflage 2013, § 16 EG RdNr. 217). Im Ergebnis muss der Auftraggeber sich auf eine vertretbare Erkenntnislage stützen können, um eine Prognoseentscheidung treffen zu können. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze dürfte der Antragsgegner jedenfalls mit den in den Referenzen der Antragstellerin angegebenen Ansprechpartnern der Planungsbüros und - gegebenenfalls - den Auftraggebern zu sprechen haben, um sich anhand der vorgelegten Referenzen die vertragsgemäße Ausführung der dort benannten Projekte durch die Antragstellerin bestätigen zu lassen.
- c) Bei der Beurteilung der einzelnen Eignungsfaktoren Fachkunde (dazu (1)) sowie technische (dazu (2)) und finanzielle (dazu (3)) Leistungsfähigkeit wird vom Antragsgegner folgendes zu berücksichtigen sein:
- (1) Fachkundig ist ein Bieter dann, wenn er über die für die Vorbereitung und Ausführung der ausgeschriebenen Leistung notwendigen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügt, um den Auftrag ordnungsgemäß ausführen zu können. Diese Beurteilung hat objektbezogen zu erfolgen, d.h. die Fachkunde muss den speziellen Anforderungen der zu vergebenden Leistung genügen. Woher diese Kenntnisse und Erfahrungen stammen, ist unerheblich. Deshalb können auch Mitarbeiter ihre Kenntnisse und Erfahrungen bei anderen Unternehmen erworben haben (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 15. März 2011 - Verg W5/11 - juris).

Insoweit wird der Antragsgegner die Frage zu beantworten haben, aus welchen Gründen sich die Antragstellerin nicht auf die sowohl von der Leitung als auch den Mitarbeitern der Firma [REDACTED] e.K. erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen soll berufen können. Nach den der Vergabekammer zur Verfügung stehenden Erkenntnissen sind Anhaltspunkte hierfür nicht gegeben. Die früheren Leistungen einer anderen Firma können die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens für einen konkreten Auftrag dann belegen, wenn sichergestellt ist, dass diese den ausgeschriebenen Auftrag vollständig oder zumindest zu einem ganz überwiegenden Teil durch das Personal der früheren Firma durchführen wird (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 9. Juli 2010 - 11 Verg 5/10 - juris). Dabei sei zu berücksichtigen, dass an der Führung eines Unternehmens sowohl die Unternehmensleitung, die gesamte Betriebsorganisation und die Struktur des Unternehmens an sich maßgeblichen Anteil hätten, denn die Eignung des Bieters bestimme sich grundsätzlich nicht allein aus der Person seines Inhabers oder organschaftlichen Vertreters, sondern aus der Unternehmensorganisation als Ganzes. Davon umfasst seien die Gesamtheit der das Unternehmen prägenden Leistungsträger, welche die zu vergebenden Leistung zu erbringen hätten, d.h. letztlich die Summe der in der betrieblichen Tätigkeit angesammelten Erfahrungen und Qualifikationen (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, a. a. O.).

Nach § 6 EG Abs. 8 VOB/A kann sich ein Bieter zudem gegebenenfalls auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft zur Erfüllung eines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen. Dabei kommt es gerade nicht auf den rechtlichen Charakter der Verbindung zwischen ihm und diesem Unternehmen an. Vielmehr genügt es, dass der Bieter im Wege einer Verpflichtungserklärung versichert, dass ihm der Nachunternehmer für den Auftrag zur Verfügung stehen wird. Kann sich ein Unternehmen bezüglich der Eignung auf Nachunternehmer berufen, wenn hinreichend sichergestellt ist, dass die vorgesehenen und ihrerseits geeigneten Nachunternehmer diese Arbeiten auch tatsächlich werden ausführen können, ohne dass es dabei auf den rechtlichen Charakter der Verbindung zwischen Bieter und Nachunternehmer ankommt, so muss dies erst recht im Rahmen der hier vorliegenden Konstellation einer Betriebsaufspaltung gelten. Wäre dies nicht der Fall, so wären Bieter in der hier vorliegenden Konstellation von jeglichem Wettbewerb ausgeschlossen, weil sie ihre Leistungsfähigkeit nicht nachweisen könnten.

- (2) Technisch leistungsfähig ist ein Bieter, der über das für die fach- und fristgerechte Ausführung notwendige Personal und Gerät verfügt und die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erwarten lässt. Bei der Leistungsfähigkeit kommt es weniger auf die Person des Bewerbers an, als vielmehr auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens in sach- und betriebsbezogener Hinsicht. Die Bieter müssen also über die personellen, technischen und wirtschaftlichen Mittel verfügen, die eine ordnungsgemäße Ausführung des konkreten Bauvorhabens erwarten lassen.

Dabei setzt die technische Leistungsfähigkeit in der Regel voraus, dass eine der geforderten Bauleistungen entsprechende Ausstattung mit Maschinen, Geräten und Werkzeugen gewährleistet ist. Allerdings kann nicht verlangt werden, dass die Bewerber Eigentümer der Geräte oder Maschinen sind. Kann ein Bewerber Geräte und Maschinen mieten, so kann ihm deswegen jedenfalls nicht seine Leistungsfähigkeit abgesprochen werden. Der Auftraggeber muss in solchen Fällen sorgfältig prüfen, ob der Bieter nach der voraussichtlichen Marktlage die notwendige Anmietung der Geräte wird vornehmen können. Hier wird es dem Auftraggeber auch gestattet sein, den Nachweis in Form eines Mietvertrages zu verlangen (Glahs in: Kappellmann / Messerschmitt, a.a.O., § 2 VOB/A RdNr. 14; Schraner in: Ingenstau / Korbion, VOB-Kommentar 19. Auflage 2015, § 2 VOB/A RdNr.36).

Die Antragstellerin hat im Rahmen des Rügeverfahrens durch Vorlage eines entsprechenden Mietvertrages vom 6. März 2014 zwischen ihr und der [REDACTED] e.K. belegt, dass ihr in technischer Hinsicht die erforderlichen Geräte, Maschinen etc. zur Verfügung stehen, die für die Erbringung der hier ausgeschriebenen Leistung erforderlich sind. Dass die Antragstellerin selbst nicht Eigentümerin dieser Geräte, Maschinen etc. ist, ist - wie dargelegt - rechtlich unerheblich. Jedenfalls darf ihr deswegen nicht die Leistungsfähigkeit abgesprochen werden. Träfe die Auffassung des Antragsgegners insoweit zu, wären Unternehmen, die zum Beispiel betriebliche Kooperationen (z. B. Gerätepool) eingegangen sind oder Leasingverträge geschlossen haben, als Bieter ausgeschlossen. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass - wie der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat - Mietverträge kündbar sind. Abgesehen davon, dass im vorliegenden Fall der Inhaber der [REDACTED] e.K. sich selbst (als Geschäftsführer der Antragstellerin) den Mietvertrag kündigen müsste, ist nichts dafür ersichtlich und vom Antragsgegner vorgetragen, dass ein entsprechendes Szenario in irgendeiner Weise wahrscheinlich und daher zu befürchten wäre.

- (3) Auch im Hinblick auf die von der Antragstellerin angegebenen Umsätze der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre hat die Antragstellerin ihre finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen. Dass die Umsätze für die Jahre 2012 und 2013 von der Firma [REDACTED] e.K. erwirtschaftet worden sind, ist für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die hier ausgeschriebene Leistung rechtlich unerheblich, da diese Umsätze durch dieselbe Geschäftstätigkeit mit denselben Mitarbeitern, demselben Anlagevermögen, derselben Betriebs- und Geschäftsausstattung unter derselben Leitung mit demselben Inhaber erwirtschaftet wurden. Dies alles steht der Antragstellerin auch weiterhin tatsächlich und rechtlich zur Verfügung. Dass Unternehmen insolvent werden können oder aus anderen Gründen nicht in der Lage sein können, ihre vertraglich eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen, ist das Risiko eines jeden Auftraggebers.

Inwieweit sich aus den von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen die Prognose ableiten lässt, dass ein erhöhtes Insolvenzrisiko der Erwartung entgegensteht, die Antragstellerin werde den ausgeschriebenen Auftrag mangelfrei abwickeln, ist vom Antragsgegner bislang weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da der Antragsgegner und die Beigeladene, die einen Antrag gestellt hat, im Verfahren unterlegen sind, tragen sie die Kosten gesamtschuldnerisch, § 128 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GWB.
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus dem von der Antragstellerin abgegebenen Angebot in Höhe des Bruttoauftragswertes ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von ████████ €, sodass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war, § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB.
- III. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin als Gesamtschuldner, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und der zu klärenden weiteren Rechtsfragen sowie des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

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.

Roth
Vorsitzende

Markus Schwarz
Hauptamtlicher Beisitzer