

Oberlandesgericht Frankfurt am Main - Vergabesenat

Typ des Spruchkörpers: Oberlandesgericht

Beschluss 11 Verg 5 / 10 vom 09.07.2010

Rechtsmittel nicht eingelegt

Entscheidungserhebliche Normen:

§ 24 VOB/A, § 21 Nr. 1 Abs. 2 S. 5 VOB/A, § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A, § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A, § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB

Fundstellen:

IBR 9/2010, S. 525 (Kurzdarstellung)

Obsiegen des Bieters: (Bieter obsiegt)

Vorangegangene Entscheidung:

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 04.06.2010, 11 Verg 4 / 10

Leitsatz

1. Fordert der Auftraggeber die Vorlage von Referenzen über vergleichbare Leistungen des Bieters innerhalb der letzten drei Jahre bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, so erfüllt ein neu gegründetes Unternehmen, das Referenzen über die ausgeführten Arbeiten eines anderen Unternehmens vorlegt, ohne innerhalb der gesetzten Frist darzulegen, inwieweit es den Auftrag vollständig oder zu einem ganz überwiegenden Teil durch dasselbe Personal des Unternehmens durchführen wird, nicht die geforderten Angaben.
2. Ein insoweit unvollständiges Angebot ist zwingend gemäß §§ 25 Nr. 1 Absatz 2, 21 Nr. 1 Absatz Satz 5 VOB/A (2006) ohne die Möglichkeit eines Aufklärungsgesprächs gemäß § 124 VOB/A (2006) auszuschließen, da es sich um eine unzulässige nachträgliche Änderung oder Ergänzung des Angebots handeln würde.

Entscheidungstext

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt vom 16.2.2010 (Az: 69 d VK - 59/2009) aufgehoben.

Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Abschrift

11 Verg 5/10
69 d -VK-59/09
VK des Landes Hessen



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

A GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

Land Hessen, vertreten durch

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

Beteiligte:

Bietergemeinschaft **B** GmbH & Co. KG & **C**
vertreten durch die **B** GmbH & Co. KG

Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Niedenführ und die Richterin am Oberlandesgericht Bonkas im schriftlichen Verfahren am 09.07.2010

b e s c h l o s s e n:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt vom 16.2.2010 (Az: 69 d VK – 59/2009) aufgehoben.

Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die bei der Vergabekammer entstandenen Kosten und die Gerichtskosten als Gesamtschuldner. Die zur Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin vor der Vergabekammer und im Beschwerdeverfahren tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für das Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf € 229.499,61 festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb für die Baumaßnahme „Klinikum

– Haus 23 – 6. THU-Bau – Erweiterungsbau und Sockelgeschosse“ im offenen Verfahren Trockenbauarbeiten in drei Losen europaweit aus.

Der Ausschreibung lagen die Bewerbungsbedingungen (Formblatt 212 EG) zugrunde, wegen deren genauen Inhalts auf die Anlage ASt 3 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 17.12.2009 verwiesen wird. Unter dem Leistungsverzeichnis war gefordert „rechtsgültige Unterschrift“.

Mit Schreiben vom 19.10.2009 gab die Antragstellerin ein Angebot ab. Die von ihr auf den Formblättern 320 EG vorgelegten Verpflichtungserklärungen ihrer Nachunternehmer sind auf dem links oben befindlichen Feld, in dem der Name des betreffenden Bieters einzutragen war, nicht ausgefüllt. Unter demselben Datum gab auch die Beigeladene ihr Angebot ab. Hierbei bot sie die Arbeiten in Bietergemeinschaft an. Als bevollmächtigten Vertreter, der die Bietergemeinschaftsmitglieder gegenüber dem Auftraggeber vertritt, benannte sie die

Fa. **B** GmbH & Co KG . Das Angebot war seitens der **C** GmbH von ihrem Geschäftsführer, Herrn **C**

unterzeichnet worden; für die **B** GmbH & Co. KG hatte Herr **B** unterzeichnet. Ein Nachweis der Vollmacht des Herrn **B** war dem Angebot nicht beigelegt. Die Bietergemeinschaft und deren Partner sind nicht für Metallbau- und Schlosserarbeiten in die Handwerksrolle eingetragen.

Bei der **B** GmbH & Co. KG ist alleinvertretungsberechtigt Herr **B** bei der **C** GmbH sind das die Herren **C**

Nach dem Submissionsprotokoll der Antragsgegnerin vom 22.10.2009 lag das Angebot der Antragstellerin in preislicher Hinsicht an zweiter Stelle nach demjenigen der Beigeladenen.

Mit Schreiben vom 30.10.2009 forderte die als Planer beauftragte^D

AG (nachfolgend ^D AG) Nachweise von der Beigeladenen, u. a. Erklärungen und Nachweise gemäß § 8 Nr. 5 Abs. 2, Nr. 3 Abs. 1 VOB/A nach, die diese innerhalb der ihr gesetzten Frist vorlegte.

Unter dem 25.11.2009 erstellte die^D AG die Vergabevermerke für die Lose 1 – 3. Die vom Antragsgegner als Projektsteuerer beauftragte^E fertigte am 27.11.2009 hierzu eine Stellungnahme. Sowohl die Stellungnahme als auch die Vergabevermerke wurden am 30.11.2009 von Mitarbeitern der Antragsgegnerin mit dem Vermerk „inhaltlich richtig“ unterzeichnet und gegengezeichnet. Dem vorausgegangen war eine rechnerische und formale Prüfung seitens der Antragsgegnerin.

Mit Schreiben vom 2.12.2009 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, sie beabsichtige, den Zuschlag am 18.12.2009 auf das Angebot des Bieters „BG^B

GmbH & Co. KG, „“ zu erteilen. Bei diesem Bieter handelt es sich um eine Bietergemeinschaft aus der^B GmbH & Co. KG und der^C GmbH. Ein Angebot dieser Bietergemeinschaft ist im Submissionsprotokoll der Antragsgegnerin nicht verzeichnet.

Daraufhin rügte die Antragstellerin am 7.12.2009 den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft wegen diverser vergaberechtlicher Verstöße. Sie beanstandete, dass eine Bietergemeinschaftserklärung nach Ziffer 6.1. der Bewerbungsbedingungen (Formblatt 212 EG) weder zur Angebotsabgabe noch vollständig vorgelegt worden sei. Insbesondere fehlten rechtsgültige Unterschriften. Auch das Angebot der Bietergemeinschaft sei nicht von allen ihren Mitgliedern unterzeichnet. Zudem fehlten die am Ende der Kurz-Leistungsverzeichnisse für die drei Lose verlangten rechtsgültigen Unterschriften der Bietergemeinschaft. Ebenso wenig seien dem Angebot der Bietergemeinschaft ausreichende Nachunternehmererklärungen beigelegt gewesen. Des Weiteren rügte sie, die nach Pos. 1.15.24 bis 1.15.33, 2.1.6.27 bis 2.1.6.32 und 3.1.25 bis 3.1.6.34 des LV angebotenen Leistungen dürften die Bietergemeinschaft nicht selbst ausführen. Hierbei handele es sich um Schlosserleistungen, die nur von Unternehmen ausgeführt werden dürften, die eine entsprechende Eintragung in die Handwerksrolle vorweisen könnten. Ein Nachunternehmereinsatz für diese Positionen sei im Angebot

der Bietergemeinschaft nicht vorgesehen. Dementsprechend fehlten auch Nachunternehmererklärungen. Weiter habe die Bietergemeinschaft in ihrem Angebot zu Pos. 1.2.8.10 bis 1.2.8.16, 2.2.8.10 bis 2.2.8.16 und 3.2.7.8 bis 3.2.7.14 LV weder die ausgeschriebenen Produkte angeboten noch ausreichend identifizier- und abgrenzbare Produktangaben gemacht, so dass es sich deshalb bei den angebotenen Produkten um nicht wertbare Nebenangebote handele.

Die Antragsgegnerin wies die Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 10.12.2009 zurück, da die darin aufgeführten Punkte spekulativ seien und nur auf Vermutungen ohne konkreten Hintergrund beruhten. Ferner wies sie darauf hin, dass die von den Nachunternehmern der Antragstellerin ausgestellten Verpflichtungserklärungen allesamt ohne Benennung des Bieters erfolgt seien, dem gegenüber sich der jeweilige Nachunternehmer verpflichtet. Insofern sei das Angebot der Antragstellerin unvollständig und müsse von der Vergabe ausgeschlossen werden.

Mit Schriftsatz vom 17.11.2009 hat die Antragstellerin Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt.

Im Laufe des Verfahrens wurde der Antragstellerin Akteneinsicht in die Stellungnahme zur Angebotsauswertung und Aussage zur Kostendeckung der **E** vom 27.11.2009 und den Vergabevermerk der **D** AG für das Los 1 (nachfolgend Vergabevermerk) gewährt.

Die Antragstellerin hat die Ansicht vertreten, sie habe vor allem aufgrund der Diskrepanz zwischen den Bieterangaben des Submissionsprotokolls und des Absageschreibens von der Nichteinhaltung der besonderen Vorgaben für Bietergemeinschaften ausgehen müssen. Die fehlende Alleinvertretungsberechtigung von Herrn **B** müsse schon deshalb zum Ausschluss des Angebots der Bietergemeinschaft führen, da es nicht nur an einer ordnungsgemäßen Vertretung der **B** GmbH & Co. KG fehle, sondern auch der Bietergemeinschaft. Die Antragsgegnerin habe rechtsverbindliche Unterschriften der Bietergemeinschaftserklärung und am Ende der Kurz-Leistungsverzeichnisse für die drei Lose verlangt. Die in Pos. 1.15.24 bis 1.15.33,

2.1.6.27 bis 2.1.6.32 und 3.1.25 bis 3.1.6.34 des LV ausgeschriebenen Leistungen seien als zulassungspflichtige Metallbau- bzw. Schlosserarbeiten einzuordnen. Die Beigeladene sei nicht berechtigt, die ausgeschriebenen Baustellenschweißungen selbst auszuführen mangels der dazu erforderlichen Qualifikation und Eintragung für Metallbau- bzw. Schlosserarbeiten in die Handwerksrolle.

Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags hinsichtlich des Ausschlusses ihres Angebots habe es keiner erneuten Rüge durch sie bedurft. Diese hätte an der beabsichtigten Zuschlagserteilung nichts geändert und wäre damit bloße Förmerei. Ihr Angebot sei auch nicht wegen unvollständiger Angaben auszuschließen. Bei den von ihr vorgelegten Verpflichtungserklärungen bestünden keine vernünftigen Zweifel, dass diese ihr gegenüber abgegeben worden seien.

Für den Antragsgegner sei die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten nicht notwendig.

Im Anschluss an die gewährte Akteneinsicht in den Vergabevermerk für das Los 1 hat die Antragstellerin ferner beanstandet, dass bei der Vergabeentscheidung die Grenze der Beteiligung externer Dritter deutlich überschritten worden sei. Der Vergabevermerk für das Los 1 und die Stellungnahme der ^E vom 27.11.2009 legen nahe, dass die Antragsgegnerin ihre Vergabeentscheidungen nicht eigenverantwortlich getroffen, sondern ohne eigene Bewertung und Begründung den Vergabevermerk der ^D AG zusammengefasst habe. Daneben sei der gesamte Vergabevermerk für das Los 1 intransparent. Dieser lasse nicht erkennen, wer, wann welche Prüfung vorgenommen habe. Auch könnten der konkrete Ablauf und die zeitliche Abfolge der erforderlichen Prüfungs-, Wertungs- und Entscheidungsvorgänge allenfalls ansatzweise nachvollzogen werden. Ferner sei ein Vergabevorschlag der ^D AG vom 17.11.2009, auf welchen die ^E in ihrer Stellungnahme vom 27.1.2009 verweise, in der Vergabeakte nicht auffindbar. Außerdem offenbare der Vergabevermerk für das Los 1 erhebliche Verstöße gegen die Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung. Nach Ziffer 12.3.1. habe die Beigeladene für die in Los 1 benannten Nachunternehmer keine Nachweise des Berufsregisters, der Sozialversicherung, der Berufsgenossenschaft, des Finanzamts und der Haftpflichtversicherung vorgelegt. Die fehlenden Nachweise seien nicht nachgefordert worden, obwohl ausweislich Ziffer 12.3.1. die Anzahl der jahresdurchschnittlich beschäftigten Mitarbeiter als zu gering erkannt worden sei und

die Beigeladene vorgesehene technisches Personal nicht benannt hätte. Demgegenüber seien von ihr und dem Bieter F fehlende Nachweise nachgefordert worden. Ebenso wenig dokumentiere der Vergabevermerk eine Prüfung des Umstands, dass die Beigeladene trotz spiegelbildlicher Leistungen in allen drei Losen Nachunternehmer lediglich für die Lose 1 und 2 benannt habe. Auch die in Ziffer 6.2. dokumentierte Eignungsprüfung sei intransparent und auf ungeeigneter Tatsachengrundlage erfolgt. Der für die Fa. B GmbH & Co. KG angeführte Jahresumsatz erscheine angesichts deren Gründung am 11.3.2009 fragwürdig. Ferner rügt die Antragstellerin, dass die von der Bietergemeinschaft vorgelegten Referenzen nicht von der B GmbH & Co. KG stammten. Weiterhin rügt sie die unzureichende Aufklärung des im Vergabevermerk als „auffällig hoch“ bezeichneten Angebotspreises der Beigeladenen für den Titel Baustelleneinrichtung. Die unter Ziffer 6.1.1. behauptete Aufklärung habe nicht stattgefunden. Schließlich sei zu beanstanden, dass die Beigeladene nach Ziffer 5.1. vom Leistungsverzeichnis der Antragsgegnerin lediglich die Seiten 1 bis 3 und 570 zurückgegeben habe. Das Angebot der Beigeladenen sei damit unvollständig gewesen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft „BG B GmbH & Co. KG“ zu erteilen,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 17.12.2009 als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, der Antragstellerin fehle es bereits an der erforderlichen Antragsbefugnis. Sie könne keine Rechtsverletzung dartun im Hinblick auf den Ausschluss ihres Angebots. Sämtliche Nachunternehmer der Antragstellerin hätten keine Verpflichtungserklärungen entsprechend dem Formblatt 320 EG abgegeben. Demnach sei ihr Angebot unvollständig und damit zwingend von der

Angebotswertung auszuschließen. Darüber hinaus habe sie den Ausschluss ihres Angebots nicht unverzüglich gerügt.

Sie, die Antragsgegnerin, habe ihre Vergabeentscheidung auf der Grundlage einer eigenverantwortlichen Prüfung eigenverantwortlich getroffen. Mit den Unterschriften ihrer Mitarbeiter und dem Vermerk „inhaltlich richtig“ auf der Stellungnahme des Büros^E sowie der Vergabevermerke der^D AG sei zu erkennen gegeben worden, dass die vorgeschlagene Vorgehensweise auf Nachvollziehbarkeit, Schlüssigkeit und inhaltliche Richtigkeit überprüft worden sei und sie sich den Vergabevorschlag der Freiberufler zueigen mache und diesem anschließe. Ferner habe sie selbst auch sämtliche Angebote geprüft. Soweit in der Stellungnahme der^E vom 27.11.2009 auf einen Vergabevorschlag der^D AG vom 17.11.2009 Bezug genommen worden sei, handele es sich dabei lediglich um ein Datumsversehen. Im Aufklärungsgespräch vom 24.11.2009 habe die Beigeladene zu den Punkten gemäß Ziffer 12.3.1. des Vergabevermerks Stellung genommen und hierzu mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, in der Regel 25 bis 40 Mann einzusetzen, aufstockbar bis zu 80 Mitarbeiter. Die Referenzangaben der Beigeladenen seien zutreffend. Auch die Baustelleneinrichtung sei von dieser zutreffend kalkuliert worden. Der als auffällig hoch bezeichnete Angebotspreis sei im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 24.11.2009 geklärt worden. Dort habe die Beigeladene zu ihren Kalkulationsansätzen für die Baustelleneinrichtung in ausreichender Weise vorgetragen.

Die Beigeladene hat die Ansicht vertreten, die Antragstellerin habe entweder ins Blaue hinein vermeintliche Verstöße gerügt oder sich in wettbewerbswidriger Weise Kenntnis vom Inhalt der Angebote anderer Bieter verschafft. Ferner hat sie behauptet, Herr Varveris habe sowohl die Bietergemeinschaftserklärung als auch das Angebot und alle sonstigen Erklärungen aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht für die^B GmbH & Co KG unterzeichnet. Sie könne sämtliche zur Herstellung der Pos. 1.15.24 bis 1.15.33, 2.1.6.27 bis 2.1.6.32 und 3.1.25 bis 3.1.6.34 des LV erforderlichen Einzelleistungen im eigenen Betrieb erbringen. Ferner könne sie zur Ausführung von Schlosser- bzw. Schweißerarbeiten auf einen konzernverbundenen Betrieb, nämlich die^{B++} GmbH & Co. KG, zurückgreifen.

Die 1. Vergabekammer des Landes Hessen hat mit Beschluss vom 16.2.2010 den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, in Bezug auf die Rügen hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen sei der Antrag unzulässig, da die Antragstellerin insoweit lediglich Vermutungen geäußert und keine Rechtsverletzung geltend gemacht habe. Bezogen auf den Ausschluss ihres eigenen Angebots wegen unvollständiger Nachunternehmererklärungen sei sie präkludiert. Die nach erfolgter Akteneinsicht neu erhobenen Rügen seien erfolglos, da die Antragstellerin diesbezüglich keine Antragsbefugnis dargetan und keinen konkreten, drohenden Schaden geltend gemacht habe.

Gegen diesen ihr am 23.2.2010 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit am 8.3.2010 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt.

Die Antragstellerin wiederholt und vertieft ihr Vorbringen in dem Nachprüfungsverfahren. Sie meint, ihr Nachprüfungsantrag sei für sämtliche Rügen zulässig. Sie hätte ausreichende Anhaltspunkte gehabt, von einem nicht ordnungsgemäßen Vergabeverfahren auszugehen. Schon aufgrund des im Submissionsprotokoll fehlenden Hinweises auf eine Bietergemeinschaft hätten sich Zweifel ergeben, ob die formellen Anforderungen an Angebote von Bietergemeinschaften im Fall der Beigeladenen eingehalten und von der Antragsgegnerin zutreffend geprüft und bejaht worden seien. Zudem sei ihr aus dem Markt und im Zusammenhang mit vorangegangenen Projekten bekannt gewesen, dass die B GmbH & Co. KG erst im Jahre 2009 gegründet worden sei. Aus damaligen Recherchen habe sie von der alleinigen Vertretungsberechtigung von Herrn B gewusst sowie dass beide Bietergemeinschaftspartner nicht in die Handwerksrolle für Metallbauarbeiten eingetragen seien. Ihre Rüge im Nachprüfungsverfahren unterliege auch nicht der Präklusion. Aufgrund des Schreibens der Antragsgegnerin vom 10.12.2009 wäre klar gewesen, dass sie den beabsichtigten Zuschlag auf ein anderes Angebot nur noch mit einem Nachprüfungsverfahren hätte verhindern können. In diesem Zusammenhang verweist sie ferner auf die Entscheidung des EuGH vom 28.1.2010 – Rs C-406/08. Die unterschiedliche Prüfungstiefe der Antragsgegnerin bei der Angebotswertung sei einseitig zugunsten des Angebots der Beigeladenen

ausgefallen, obwohl sich gerade bei diesem erhebliche Eignungszweifel ergeben hätten. Die von ihr im Nachprüfungsverfahren dargelegten Verstöße gegen die Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung zugunsten des Angebots der Beigeladenen im Zusammenhang mit dem Vergabevermerk wirkten sich nachteilig auf die Zuschlagschancen ihres zweitplatzierten Angebots aus. Das Angebot der Beigeladenen sei wegen der gerügten und zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemachten Vergabeverstöße auszuschließen.

Schließlich bestreitet sie das Vorhandensein zuschlagsfähiger Angebote übriger Bieter.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Landes Hessen (Az. 69d-VK-59/09) vom 16.2.2010 aufzuheben,
2. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen,
3. das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats zu werten, hilfsweise die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats erneut zu entscheiden,
4. die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den Beschluss der Vergabekammer. Ferner meint sie, die Antragstellerin sei mit der Rüge vermeintlich nicht ordnungsgemäßer Unterzeichnung seitens der Fa. **B** präkludiert, da sie diese bereits unverzüglich nach der Submission hätte aussprechen müssen. Sie behauptet, es lägen weitere wertbare Angebote vor.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Antrag auf Untersagung des Zuschlags zurückzuweisen,
2. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, der Antragstellerin fehle es bereits an der Antragsbefugnis.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstands, insbesondere hinsichtlich des Vorbringens der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs vom 24.11.2009 wird auf die Schriftsätze vom 18.6.2010 Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt und begründet (§§ 116, 117GWB) In der Sache hat sie im Ergebnis Erfolg.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vergabekammer (S. 10 unten des angefochtenen Beschlusses) kann Bezug genommen werden.

Die Antragsbefugnis entfällt auch nicht, weil das Angebot der Antragstellerin nach Auffassung der Antragsgegnerin auszuschließen ist. Einem Bieter, der auf eine Ausschreibung hin ein Angebot abgegeben und damit sein Interesse am Auftrag bekundet hat, kann der Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren nicht mit der Begründung verwehrt werden, sein Angebot sei zwingend auszuschließen, so dass ihm wegen der von ihm behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden erwachsen sei oder ihm ein solcher auch nicht drohe [BGH, Beschluss vom 18.5.2004 – X ZB 7/04 – zitiert nach juris]. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass der den Nachprüfungsantrag stellende Bieter schlüssig

behauptet, dass und welche vergaberechtliche Vorschriften im Verlauf des Vergabeverfahrens verletzt worden sein sollen und dass er ohne die Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass der behauptete eingetretene oder drohende Schaden auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen ist. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor.

Der Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist die Antragstellerin ausreichend nachgekommen. Zwar muss einer Rüge eine konkrete vergaberechtliche Beanstandung zu entnehmen sein. Deshalb sind Rügen unzulässig, die nur pauschal die Fehlerhaftigkeit des Vergabeverfahrens angreifen [OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.4.2003 – Verg 66/02 – zitiert nach juris]. Ebenso wenig ausreichend ist, wenn der Antragsteller nur die abstrakte Möglichkeit einer Rechtsverletzung in den Raum stellt [OLG Koblenz, Beschluss vom 10.8.2000 – I Verg 2/00 – zitiert nach juris]. Eine willkürliche, aufs Geradewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung ist deshalb ebenfalls unzulässig und unbeachtlich. Denn wenn der Bieter Vergabeverstöße lediglich pauschal ins Blaue hinein behauptet, geht es ihm in Wirklichkeit nicht um die Beseitigung konkreter Mängel, sondern darum, dass sich im Zuge der Bearbeitung der Rüge erst konkrete Anhaltspunkte für einen Vergabeverstoß erweisen. Dies ist nicht Sinn der Rüge. Andererseits dürfen an die Substantiierung einer Rüge keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, weil ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens haben wird. Deshalb darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es – wie hier – um Vergabeverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen [jurisPK-VergR/Summa, 2. Aufl., § 107 GWB Rn. 58]. Um zu vermeiden, dass Rügen ohne Substanz auf bloßen Verdacht ins Blaue hinein mit dem Ziel, Einsicht in die Akten zu erlangen, erhoben werden, muss der Antragsteller zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen nicht aus [OLG München, Beschluss vom 7.8.2007 – Verg

8/07 – zitiert nach juris]. Nimmt er dagegen ihm bekannte Tatsachen zum Anlass, auf eine möglicherweise unzutreffende Wertung zu schließen, so können die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge erfüllt sein [OLG Frankfurt, Beschluss vom 7.9.2007 - 11 Verg 3, 4/07 – zitiert nach juris].

Diesen Grundsätzen genügt der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, soweit die Antragstellerin die Abgabe eines ordnungsgemäßen Angebots der Beigeladenen und die Nichteinhaltung der Bewerbungsbedingungen für Bietergemeinschaften gemäß Ziffer 6 rügt. Die Antragstellerin hatte objektive Anhaltspunkte, dass kein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. Insoweit hat sie zu Recht geltend gemacht, dass es sich bei dem im Submissionsprotokoll vom 22.10.2009 verzeichneten Angebot einer „B GmbH & Co. KG“ nicht erkennbar um das Angebot einer Bietergemeinschaft handelt.

Die Rüge erfolgte auch rechtzeitig. Die positive Kenntnis der Umstände, aus denen sie einen Vergaberechtsverstoß abgeleitet hat, hat sie erst mit Erhalt des Informationsschreibens der Antragsgegnerin vom 2.12.2009 erhalten. Erst durch dieses erhielt sie die weitere Kenntnis, dass die Antragsgegnerin beabsichtigte, den Zuschlag auf das Angebot einer Bietergemeinschaft zu erteilen. Diese Tatsache nahm sie zum Anlass, auf eine möglicherweise nicht ordnungsgemäße Angebotsabgabe zu schließen und die laienhafte rechtliche Wertung vorzunehmen, dass die formellen Anforderungen an Angebote von Bietergemeinschaften im Fall der Beigeladenen nicht ordnungsgemäß eingehalten und von der Antragsgegnerin unzutreffend geprüft und bejaht worden sein könnten.

Der Nachprüfungsantrag ist auch zum vermeintlichen Angebotsausschluss der Antragstellerin wegen des fehlenden Bieterstempels auf den Nachunternehmererklärungen zulässig. Insoweit bedurfte es keiner zusätzlichen Rüge der Antragstellerin auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 10.12.2009.

Die Antragstellerin meint, die in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB geregelte Rügefrist sei im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 28.1.2010 (Rs C- 406/08) mit den Vorgaben des Europäischen Rechts unvereinbar und deshalb nichtig [bejahend VK Hamburg, Beschluss vom 7.4.2010 – VK BSO 2/10; ablehnend VK Bund, Beschluss vom 5.3.2010 – VK1-16/10 – zitiert nach juris]. Allerdings betrifft die Entscheidung

des EuGH nicht die Ausschlussfrist für das Nachverfahren selbst, sondern nur die Anforderungen an die Rügeobliegenheit als Zulässigkeitsvoraussetzung.

Es bedarf vorliegend indes keiner abschließenden Entscheidung, ob die EuGH-Rechtsprechung der Rügepräklusion nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB entgegensteht. Denn eine erneute Rüge war jedenfalls entbehrlich. Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit ist es, der Vergabestelle während des laufenden Ausschreibungsverfahrens eine Korrektur vergaberechtswidrigen Verhaltens zu ermöglichen, um der Einleitung unnötiger Nachprüfungsverfahren entgegenzuwirken. Dieses Ziel wäre jedoch mit einer weiteren Rüge der Antragstellerin erkennbar nicht zu erreichen gewesen, da diese nichts an der beabsichtigten Zuschlagserteilung geändert hätte. Mit ihrem Antwortschreiben vom 10.12.2009, mit welchem sie die vorherige Rüge der Antragstellerin vom 7.12.2009 bereits erkennbar endgültig als unberechtigt zurückgewiesen und ihre Absicht, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, noch einmal bekräftigt hatte, hatte die Antragsgegnerin eindeutig zum Ausdruck gebracht, insoweit zu einer Abhilfe nicht bereit zu sein. Im Hinblick auf diese Zurückweisung ihrer vorherigen Rüge vom 7.12.2009 und den damit drohenden Zuschlag hätte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag damit selbst dann einleiten müssen, wenn die Antragsgegnerin bereit gewesen wäre, der Beanstandung zum vermeintlichen Angebotsausschluss nachzugehen und ihr ggf. abzuhelpfen.

Darüber hinaus bedarf es keiner zusätzlichen Rüge, wenn die Vergabestelle im Antwortschreiben auf eine vorherige Rüge weitere – im Absageschreiben ungenannte – Zuschlagsversagungsgründe nachschiebt. Denn ansonsten hätte es die Vergabestelle in der Hand, durch dosierte und nachträgliche Bekanntgabe ihrer Entscheidungsgrundlagen eine Mehrzahl von Rügen erforderlich zu machen, die letztlich auf dieselbe Entscheidung zielen, nämlich das Angebot des Antragstellers nicht zu berücksichtigen [VK Hessen, Beschluss vom 25.8.2004 – 69dVK – 52/2004 – zitiert nach juris].

Was die Rüge fehlender Verpflichtungserklärungen für die Positionen 1.15.24 bis 1.15.33, 2.1.27 bis 2.1.6.32 und 3.1.6.25 bis 3.1.6.34 des LV angeht, bleibt der

Senat trotz der schriftsätzlichen Äußerung der Antragstellerin vom 18.6.2010 bei seiner Auffassung, dass es diesen an der erforderlichen Substanz fehlen dürfte.

Soweit die Antragstellerin schließlich ferner rügt, dass in den unter Punkt 5.4. ihrer Rüge genannten Positionen die Beigeladene weder die ausgeschriebenen Produkte angeboten noch ausreichend identifizierbare und abgrenzbare Produktangaben gemacht habe, erschöpft sich ihr Vorwurf in dieser pauschalen Behauptung. Sie hat keinerlei Tatsachen vorgetragen, aufgrund welcher sie davon ausgehen konnte, dass das Angebot der Beigeladenen insoweit nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung genügt. Gleiches gilt für die Rüge der Abgabe nicht wertungsfähiger Nebenangebote.

Diese pauschalen Behauptungen stellen sich als Vortrag ins Blaue hinein dar. Eine ordnungsgemäße Rüge i.S. von § 107 Abs. 3 GWB ist damit nicht erhoben. Diese Rügen hat die Antragstellerin in dem Nachprüfungsverfahren auch ersichtlich nicht weiter verfolgt.

Die nach erfolgter Akteneinsicht mit Schriftsatz vom 21.12.2009 erhobenen Rügen sind schon deshalb zulässig, weil sie der Antragstellerin erst während des Nachprüfungsverfahrens bekannt gewordene weitere mögliche Vergaberechtsverstöße betreffen. Unterstellt, dass die von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße tatsächlich vorliegen, ist sie auch in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden. Sämtliche von ihr gerügten Verstöße gegen die unzulänglich Dokumentation bei der Angebotswertung zugunsten der Beigeladenen verbindet, dass sich daraus Verstöße gegen die Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung im Zusammenhang mit dem Vergabevermerk zugunsten des Angebots der Beigeladenen ergeben. Die Antragstellerin hat die Auffassung vertreten, dass das noch vor ihrem Angebot liegende Angebot der Beigeladenen hätte ausgeschlossen werden müssen. Dadurch droht ihr ein Schaden, denn als nach der Wertung Zweitplatzierte für alle Lose hätte ihr Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag, wenn keine Beauftragung der Beigeladenen hätte erfolgen dürfen. Nicht erforderlich ist, dass die Antragstellerin i.S. einer darzulegenden Kausalität nachweisen kann, dass sie bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte [vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.7.2004 – 2 BvR 2248/03 – zitiert nach juris].

2.

Die Antragsgegnerin ist weder zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin berechtigt noch zur Zuschlagserteilung auf das Angebot der Bietergemeinschaft.

Das Angebot der Antragstellerin ist nicht wegen Unvollständigkeit der geforderten Nachunternehmererklärungen zwingend von der Wertung gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A auszuschließen, weil es nicht den Anforderungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A entspricht. Allerdings stünde dem Ausschluss des Angebots in diesem Stadium des Nachprüfungsverfahrens nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin es bisher in der Wertung belassen und die Unvollständigkeit der Nachunternehmerverpflichtungserklärungen nicht gerügt hat. Denn bei einem zwingenden Ausschlussstatbestand steht der Vergabestelle kein Ermessen zu. Sie kann von einem verbindlich vorgegebenen Erfordernis auch nicht nachträglich absehen [OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.4.2006 - Verg. 3/06 – zitiert nach juris].

Ein zwingender Ausschlussgrund liegt jedoch nicht vor. Zwar folgt aus Punkt C der Aufforderung zur Angebotsabgabe und Punkt 7 der Bewerbungsbedingungen, dass entsprechende Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer mit dem Angebot vorzulegen sind. Aus dieser Verpflichtungserklärung muss sich auch ergeben, wem gegenüber sie abgegeben wird. In den von der Antragstellerin jeweils verwendeten Formularen 320 EG ist an der vorgesehenen Stelle ihr Name bzw. Firmenstempel nicht eingetragen (vgl. Anlage AG 3). Damit ist die darunter befindliche Verpflichtungserklärung, in der sich der jeweilige Nachunternehmer verpflichtet, die vorgesehene Teilleistung „an den o. g. Bieter“ zu erbringen, objektiv unvollständig [VK Düsseldorf, Beschluss vom 26.6.2007 – VK 18/2007 – zitiert nach juris]. Daraus folgt unter den hier gegebenen Umständen jedoch kein zwingender Ausschlussgrund. Zwar stehen unvollständige und deshalb unbrauchbare Erklärungen fehlenden gleich. Bei auf den ersten Blick unklaren oder unvollständigen Erklärungen muss einem Ausschluss jedoch die Prüfung vorangehen, ob nicht im Wege der Auslegung ein eindeutiger oder vollständiger Inhalt ermittelt werden kann [jurisPK-VergR/Summa, a.a.O., § 25 VOB/A, Rn. 98]. Die Anwendung der §§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3, 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A kann sich nicht darin erschöpfen, eine rein schematische „Vollständigkeitskontrolle“ der Bietererklärung vorzunehmen [OLG Schleswig, Beschluss vom 10.3.2006 – 1 (6) Verg 13/05 – zitiert nach juris].

Aus der Sicht des objektiven Empfängerhorizonts bestehen keine vernünftigen Zweifel, dass die von der Antragstellerin benannten Nachunternehmer ihre Nachunternehmererklärungen im Formblatt 320 EG allein ihr gegenüber abgegeben haben. Anhaltspunkte dafür, dass die von der Antragstellerin mit ihrem Angebot eingereichten Nachunternehmerverpflichtungserklärungen gegenüber einem anderen Unternehmen abgegeben wurden, sind ebenso wenig greifbar wie die Vermutung, es sollten überhaupt keine verbindlichen Erklärungen gegenüber der Antragstellerin abgegeben werden.

Hierfür spricht schon der Umstand, dass die von der Antragsstellerin vorgelegten Eignungsnachweise hinsichtlich der von ihr angegebenen Nachunternehmer sämtlich mit den Nachunternehmern übereinstimmen, die Verpflichtungserklärungen abgegeben haben. Auch in dem Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen (vgl. Anlage ASt 4) nimmt die Antragstellerin ausdrücklich auf die konkreten Verpflichtungserklärungen ihrer Nachunternehmer Bezug. Diese sind dort namentlich mit den auszuführenden Leistungen erwähnt und mit einer Anlagenummer sowie dem Hinweis auf das Formblatt 320 EG versehen. Diese Anlagenummer findet sich handschriftlich auf den jeweiligen Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer wieder. Außerdem haben die Nachunternehmer nach dem Text des Formblatts 320 EG ihre Verpflichtungserklärung jeweils im ausdrücklichen Bezug auf die Nennung ihres Unternehmens im Formblatt 317 EG mit den betreffenden Ordnungsziffern und der zugehörigen Beschreibung der Teilleistungen abgegeben. Schließlich hat die Antragstellerin in ihrem Angebotsschreiben vom 19.10.2009 ausdrücklich auf die Verpflichtungserklärungen ihrer Nachunternehmererklärungen als Anlagen 10 bis 13 hingewiesen.

Unter diesen Umständen rechtfertigt der fehlende Bieterstempel auf dem Formblatt 320 EG vorliegend nicht ohne Weiteres einen Angebotsausschluss. Möglichen Zweifeln und Unklarheiten hätte die Antragsgegnerin vor diesem Hintergrund im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs gemäß § 24 VOB/A nachgehen dürfen und im konkreten Fall auch nachgehen müssen. Im Hinblick auf die hier gegebenen Gesamtumstände hätte darin keine unzulässige Ergänzung oder Änderung des Angebots, sondern eine zulässige Aufklärung hinsichtlich der Eignung der Antragstellerin gelegen. Eine Informationsbeschaffung über die Eignung des Bieters

ist im Rahmen des § 24 VOB/A zulässig [juris PK-VergR/Kullack, 2. Aufl., § 24 VOB/A, Rn. 5]. Das gilt zumal dann, wenn die Unvollständigkeit auf einem offenkundigen Versehen des Bieters beruht [1. VK Bund, Beschluss vom 25.9.2002 – VK 1- 71/02]. Dabei kann hier offen bleiben, ob allein daraus schon eine Pflicht zur Nachfrage resultierte. Denn jedenfalls wäre die Antragsgegnerin unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung zu einer entsprechenden Nachfrage verpflichtet gewesen, nachdem sie der Beigeladenen im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs Gelegenheit gab, umfangreich Bedenken gegen ihre Eignung auszuräumen.

Soweit die Antragstellerin zulässige Rügen hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen erhoben hat, sind diese in der Sache jedoch nicht begründet.

Es liegt ein ordnungsgemäßes Angebot der Beigeladenen vor. Zu Unrecht meint die Antragstellerin, dieses sei gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A i.V.m. den Bestimmungen der Bewerbungsbedingungen von der Wertung zwingend auszuschließen, weil es dem Erfordernis einer rechtsverbindlichen Unterschrift nicht genüge und den Nachweis der wirksamen Bevollmächtigung nicht enthalte.

Das Erfordernis der „Rechtsverbindlichkeit“ in § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ist im Zuge der ab dem Jahre 2000 geltenden Neufassung der VOB/A aufgegeben worden. Auch in ihren Bewerbungsbedingungen ist die Antragsgegnerin nicht zu der früher geltenden strengeren Anforderung zurückgekehrt; in Ziffer 3.2. wird über ein lediglich „unterschiedenes“ Angebot hinaus weder die Rechtsverbindlichkeit der Angebotserklärung noch der Nachweis einer entsprechenden Bevollmächtigung des Unterzeichners bereits zusammen mit dem Angebot gefordert. Gleichmaßen wird in Ziffer 6.1. für Bietergemeinschaften eine von allen Mitgliedern unterzeichnete Erklärung mit dem dort aufgeführten Inhalt verlangt. Unter dem Angebotsleistungsverzeichnis findet sich schließlich der Vermerk „rechtsgültige Unterschrift“. Damit genügt dieser Anforderung jede Unterschrift eines Erklärenden, der zum Zeitpunkt des Ablaufs der Vorlagefrist tatsächlich bevollmächtigt war. Den Nachweis über seine Vertretungsmacht kann er jederzeit, auch nachträglich, führen. Die allgemeinen zivil- und handelsrechtlichen Vorschriften, die mangels ausdrücklicher Regelung im Vergaberecht subsidiär anzuwenden sind, sehen eine Pflicht zur Vorlage einer Vollmachtsurkunde bei einem Handeln in Vertretung nicht vor, sondern lediglich die Pflicht, dass der Wille, im fremden Namen aufzutreten,

deutlich zu Tage tritt, und dass das Handeln im Rahmen einer dem Vertreter bereits eingeräumten Vertretungsmacht erfolgt [Weychard, IBR-Online-Kommentar, VergabeR, § 21 VOB/A, Rn. 5013/1]. Diesen Anforderungen ist hier genügt.

Soweit die Antragstellerin auch das Vorliegen der tatsächlichen Berechtigung des für die ^B GmbH & Co. KG unterzeichnenden Herrn ^B im Innenverhältnis bestreitet, muss der Senat dieser Frage nicht im Wege einer Beweiserhebung nachgehen. Für die hier anzuwendende VOB/A 2006 ist davon auszugehen, dass für die Angebotsabgabe keine über das BGB hinausgehenden Anforderungen gestellt werden. Dies hat vor allem zur Folge, dass sowohl die Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht als auch über das Handeln eines vollmachten Vertreters im Vergabeverfahren uneingeschränkt Anwendung finden, so dass dessen Handeln auch noch nach dem Beginn der Angebotswertung nachträglich genehmigt werden kann [OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.7.2004 - 11 Verg 14/04 – zitiert nach ibr online].

Auch die Bewerbungsbedingungen für Bietergemeinschaften sind vorliegend eingehalten. Insbesondere enthält die von der Beigeladenen im Angebotsschreiben abgegebene Erklärung vom 19.10.2009 sämtliche geforderte Angaben gemäß Ziffer 6.1. der Bewerbungsbedingungen (vgl. Anlage AG 4). Aufgrund der dortigen Erklärung der Beigeladenen, dass die im Briefkopf bezeichneten Firmen im Auftragsfall als Gesamtschuldner für die Erfüllung des Vertrags haften, ergibt sich bereits die Ankündigung, im Auftragsfall eine Arbeitsgemeinschaft zu bilden. In dem Angebotsschreiben sind weiter die Mitglieder der Bietergemeinschaft aufgeführt und der bevollmächtigte Vertreter, nämlich die ^B GmbH & Co. KG

. Außerdem ist erklärt, dass diese die Mitglieder der Bietergemeinschaft gegenüber dem Auftraggeber vertritt. Ebenfalls enthält das Angebotsschreiben der Bietergemeinschaft die Erklärung, im Auftragsfall als Gesamtschuldner für die Erfüllung des Vertrags zu haften.

Ferner hat die Beigeladene mit ihrem Angebot formwirksame Nachunternehmererklärungen abgegeben. Aus den als Anlagen AG 6 vorgelegten Erklärungen der Nachunternehmer folgt, dass diese ausdrücklich gegenüber der Bietergemeinschaft abgegeben worden sind.

Der Nachprüfungsantrag ist jedoch teilweise begründet, soweit die Antragstellerin im Anschluss an die gewährte Akteneinsicht in den Vergabevermerk für das Los 1 mit Schriftsatz vom 21.12.2009 weitere Rügen erhoben hat.

Allerdings hat die Antragsgegnerin die Grenze der Beteiligung externer Dritter nicht überschritten.

Der öffentliche Auftraggeber ist nicht gehindert, sich bei der Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens ganz oder teilweise der Hilfe Dritter zu bedienen, die über einen qualifizierten Sachverstand verfügen. Externe Dritte dürfen die Vergabestelle bei ihrer Entscheidung indes lediglich unterstützen. Nicht zulässig ist es, die Verantwortung für die Vergabe an diese zu übertragen. Die Vergabestelle muss eigenverantwortlich das Vergabeverfahren durchführen, also auch die Angebote prüfen und eigenverantwortlich über mögliche Ausschlussgründe und den Zuschlag entscheiden und ihre Mitwirkung an dem Vergabeverfahren nicht auf ein bloßes „Abnicken“ beschränken. Dieser Pflicht und Verantwortung im Hinblick auf die Vergabeentscheidung genügt die Vergabestelle, wenn sie die Wertung durch einen Freiberufler und dessen Zuschlagsvorschlag genehmigt. Diese Genehmigung soll zumindest durch einen billigenden Prüfungsvermerk mit verantwortlicher Unterschrift zum Ausdruck kommen [OLG München, Beschluss vom 29.9.2009 – Verg 12/09 – zitiert nach juris]. Ein solcher Zustimmungsvermerk liegt hier vor. Mit der Unterschrift durch ihre Mitarbeiterin mit dem Vermerk „inhaltlich richtig“ auf dem Vergabevermerk der Fa. ^D für die Lose 1 bis 3 hat die Antragsgegnerin letztlich zu erkennen gegeben, dass sie die vorgeschlagene Vergabeentscheidung auf ihre Nachvollziehbarkeit, Schlüssigkeit und inhaltliche Richtigkeit überprüft und gebilligt hat.

Den in der Stellungnahme des Büros ^E vom 27.11.2009 unter Ziffer 1 in Bezug genommenen, in der Vergabeakte nicht auffindbaren Vergabevorschlag der ^D vom 17.11.2009 hat die Antragsgegnerin mit einem Datumsversehen erklärt. Hierdurch ist die Antragstellerin nicht beschwert.

Ohne Erfolg beanstandet die Antragstellerin ferner, dass es in Bezug auf die gemäß Ziffer 6.1.1. des Vergabevermerks als „auffällig hoch“ bezeichnete Preisgestaltung der Beigeladenen für den Titel Baustelleneinrichtung an einer Prüfung durch die

Antragsgegnerin fehlt. Diese hat im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 24.11.2009 dargetan, die Kalkulation entsprechend der Vorgaben gemäß Pos. 3.1.1. der Leistungsbeschreibung vorgenommen und alle Container und Geräte nicht in den betreffenden Leistungspositionen, sondern in den Titel Baustelleneinrichtung einkalkuliert zu haben. Dass diese Kosten im Angebot höher ausgefallen sind, vermag am Gesamtangebot der Beigeladenen nichts zu ändern. Die Antragstellerin hat auch keine Gründe dafür dargelegt, ob und aus welchen Gründen sie durch die von ihr beanstandete mangelnde Überprüfung der auffällig hohen Angebotspreise der Beigeladenen beschwert sein könnte, insbesondere woraus sich Anhaltspunkte hinsichtlich einer vermeintlichen Mischkalkulation ergeben sollten. Eine Mischkalkulation liegt nur dann vor, wenn ein Bieter in seinem Angebot Preise „versteckt“, indem er sie nicht in der im Leistungsverzeichnis dafür vorgesehenen Position ausgibt. Allein aus den höheren Preisen folgt solches nicht, zumal die Beigeladene die Baustelleneinrichtungskosten entsprechend Position 3.1.1 LV ausgewiesen hat [VK Nordbayern, Beschluss vom 25.2.2010 – 21 V – 3194 - 04/10 – Vergaberechts-Rep. 2010, 13]. Insoweit handelt es sich ersichtlich um eine unzulässige Pauschalrüge.

Soweit die Antragstellerin des Weiteren rügt, dass die Beigeladene nach Ziffer 12.3.1. des Vergabevermerks für die in Los 1 benannten Nachunternehmer nur unvollständige Unterlagen vorgelegt hat, ist ihr zwar zuzugeben, dass teilweise Nachweise fehlten, nämlich zu Berufsregister, Sozialversicherung und Berufsgenossenschaft bzw. des Finanzamts und der Haftpflichtversicherung. Deren Nachforderung war indes nicht zulässig, da sie weder in der Vergabebekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen gefordert waren. Gefordert war dort lediglich ein Auszug aus dem zentralen Gewerbeverzeichnis. Insoweit waren von der Beigeladenen innerhalb der ihr gesetzten Frist Eigenerklärungen sämtlicher von ihr angegebenen Nachunternehmer vorgelegt worden, nachdem die von der Antragsgegnerin beauftragte ^D mit Schreiben vom 30.10.2009 von ihr u. a. eine aktuelle Eintragung in das Gewerbeverzeichnis für diese angefordert und hierbei auch die Vorlage von Eigenerklärungen als ausreichend angesehen hatte. Diese Vorgehensweise ist von der Antragstellerin nicht gerügt worden.

Ferner ergibt sich aus der Vergabeakte, dass die Beigeladene auch für das Los 3 die Firmen H sowie G GmbH benannt hat.

Das Angebot der Beigeladenen ist jedoch gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A zwingend auszuschließen, weil es nicht alle von der Antragsgegnerin zulässig geforderten Angaben enthält. Es fehlen die für die Prüfung der Eignung der B GmbH & Co. KG Rhein-Main geforderten Referenzen.

Unstreitig stammen die von der Bietergemeinschaft vorgelegten Referenzen nicht von der B GmbH & Co. KG, sondern von einem anderen Unternehmen. Dem Bekunden der Beigeladenen zufolge sollen diesen Arbeiten der B++ GmbH + Co KG zugrunde liegen; nach Darstellung der Antragsgegnerin handelt es sich um Leistungen der Fa. B+ GmbH.

Die vorgelegten Referenzen sind damit nicht geeignet, die Eignung und Leistungsfähigkeit der B GmbH & Co. KG und damit der Bietergemeinschaft zu belegen. Anhand von Referenzen und Umsatzzahlen will der Auftraggeber feststellen, ob der potentielle Auftraggeber Erfahrungen auf dem Gebiet der nachgefragten Leistung hat und ob er in der Lage sein wird, den Auftrag auch tatsächlich auszuführen. Er will also eine gewisse Leistungskonstanz durch die Anforderung entsprechender Nachweise erhalten. Wird bei der Vorlage von Referenzen auf die Tätigkeit anderer Firmen zurückgegriffen, so taugt dies nicht zum Nachweis der Eignung des Bieters, weil damit nicht dokumentiert werden kann, dass sich dieser konkrete Bieter auch wirklich hinsichtlich der nachgefragten Leistung am Markt bereits bewährt hat [VK Münster, Beschluss vom 20.7.2004 – VK 19/04 – zitiert nach [ibr online](#)]. Die früheren Leistungen eines anderen Unternehmers können nur dann die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens für einen konkreten Auftrag belegen, wenn sichergestellt ist, dass dieses den ausgeschriebenen Auftrag vollständig oder zumindest zu einem ganz überwiegenden Teil durch dasselbe Personal des Unternehmens durchführen wird [OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.11.2001 - Verg 33/01 – zitiert nach [juris](#)]. Grundsätzlich wird die Fachkunde eines Unternehmens durch die personelle Ausstattung geprägt und beruht auf den Erfahrungen und Kenntnissen seiner Mitarbeiter. Werden Referenzen vorgelegt, die

sich auf Leistungen von „Fremdfirmen“ beziehen, ist letztlich entscheidend, welche Personen an der Durchführung der Aufträge beteiligt waren, auf die sich diese Referenzen beziehen. Nur soweit eine weitgehende Identität zwischen den Personen, die für die Referenzaufträge zuständig waren und den Mitarbeitern in den neu gegründeten Unternehmen festgestellt werden kann, können die Referenzen des bisherigen Unternehmens berücksichtigt werden. Denn nur bei einer derartigen Fallkonstellation kann der Auftraggeber sicher sein, dass das neu gegründete Unternehmen die Gewähr dafür bietet, dass die bisherigen Leistungen des vorherigen Unternehmens und Referenzgebers auch weiterhin erbracht werden [VK Münster, a.a.O.]. Entscheidend war deshalb, ob die Beigeladene den ausgeschriebenen Auftrag vollständig oder zumindest zu einem ganz überwiegenden Teil durch das Personal des in den Referenzen genannten Unternehmens durchführen wird. Hierzu hätte es seitens der Beigeladenen Angaben bereits bei Einreichung der Referenzen mit Schreiben vom 6.11.2009 bedurft. Solche fehlen indes vollständig. Die Antragsgegnerin hat die Eignung der Beigeladenen ausweislich der Vergabeakte anhand der vorgelegten Referenzen deshalb nicht geprüft und auch gar nicht prüfen können.

Ob die vorgelegten Referenzen – wie die Beigeladene und die Antragsgegnerin nunmehr behaupten – Gegenstand des Aufklärungsgesprächs vom 24.11.2009 waren, geht aus dem Vermerk über das Aufklärungsgespräch nicht hervor. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein nicht dokumentierter Vorgang grundsätzlich als nicht geschehen zu behandeln ist und eine Nachbesserung der Dokumentation durch Zurückversetzung des Vergabeverfahrens schon deshalb ausscheidet.

Denn selbst wenn die fehlenden Referenzen Gegenstand des Aufklärungsgesprächs gewesen wären, läge insoweit ein Verstoß gegen § 24 VOB/A durch unzulässiges Nachverhandeln vor. In diesem Falle hätte die Antragsgegnerin der Beigeladenen unter Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot des § 24 Abs. 1 und 3 VOB/A die Gelegenheit gegeben, ihr Angebot nachträglich zu ergänzen und damit zu verändern. Erlaubt sind nach § 24 VOB/A so genannte Aufklärungsverhandlungen, bei denen es in erster Linie um die Eignung des Bieters, insbesondere seine Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit geht. Allerdings kommt ein Nachfordern fehlender Eignungsnachweise seitens des Auftraggebers auch insoweit nicht in Betracht, da sonst den Geboten der Transparenz und des chancengleichen

Wettbewerbs des § 97 Abs. 1, 2 GWB nicht Rechnung getragen würde. Die Nachverhandlung ist dem Auftraggeber ausschließlich als eine Aufklärungsmaßnahme im engeren Sinne gestattet. Aufklärungsgespräche können insgesamt nur dazu dienen, einen feststehenden Sachverhalt aufzuklären, nicht aber, dem Bieter eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung seines Angebots zu ermöglichen; folglich können insbesondere nicht im Angebot fehlende oder zwingende Angaben nachgeholt werden [Weychard, IBR-Online-Kommentar, VergabeR, § 24 VOB/A, Rn. 5248 m.w.N.]. Im vorliegenden Fall wäre das Wettbewerbsergebnis daher verfälscht, wenn die Antragsgegnerin der Beigeladenen im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 24.11.2009 die Gelegenheit gegeben hätte, die von ihr mit Schreiben vom 6.11.2009 überreichte Referenzliste durch weitere Erklärungen dazu zu ergänzen, inwieweit sie auf dasselbe Personal zurückgreifen kann, das die in den Referenzlisten benannten Objekte ausgeführt hat. Insoweit läge nicht bloß ein Dokumentationsmangel vor. Vielmehr wäre eine solche Ergänzung zu Angaben, die bereits mit Einreichung der nachgeforderten Unterlagen zu erfolgen hatten, einem Aufklärungsgespräch überhaupt nicht zugänglich [vgl. auch VK Brandenburg, IBR 2007, 1263]. Die vorgelegten Referenzen sind damit ungeeignet, so dass das Angebot der Beigeladenen mangels vollständig vorgelegter Eignungsnachweise auszuschließen ist.

Unerheblich ist, dass die Beigeladene mit Schreiben vom 6.11.2009 auch entsprechende Nachweise für das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft C vorgelegt hatte. Denn bei der Beigeladenen handelt es sich um eine Bietergemeinschaft, von deren beiden Partnern Referenzen angefordert worden waren. Die Antragsgegnerin ist nicht berechtigt, von den gegenüber allen Bietern gestellten Anforderungen abzugehen oder gegenüber einzelnen Bietern nachträglich geringere Anforderungen zu stellen. Da sie entsprechende Referenzen von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft verlangt hat, bleibt sie an ihre eigenen Maßstäbe gebunden und kann nicht nachträglich von der Vorlage von Referenzen eines Mitglieds der Bietergemeinschaft absehen. Die aus der Referenzliste der C ersichtlichen Objekte sind daher für sich gesehen nicht geeignet, hinreichenden Aufschluss über die Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft zu geben und deren fachliche Eignung insgesamt zu belegen.

Gleichermaßen ist der in Ziffer 6.2. des Vergabevermerks angeführte Jahresumsatz der Fa. B+ GmbH & Co. KG aus dem Jahre 2008 irrelevant, da diese nicht an der Bietergemeinschaft beteiligt ist. Beteiligt ist vielmehr ein selbständiges Unternehmen, die Firma B GmbH & Co. KG

Im Hinblick auf diese Wertung kann dahingestellt bleiben, ob die Antragsgegnerin die in Ziffer 12.3.1. des Vergabevermerks festgestellten und dokumentierten Eignungszweifel in Bezug auf die seitens der Beigeladenen für Los 1 angegebenen Nachunternehmer hinsichtlich der als zu gering erkannten Anzahl der jahresdurchschnittlich beschäftigten Mitarbeiter bzw. der unterbliebenen Benennung des vorgesehenen technischen Personals aufgrund des Aufklärungsgesprächs vom 24.11.2009 als ausgeräumt ansehen durfte

Gleiches gilt für die Frage, ob das Angebot der Beigeladenen auch wegen der unvollständigen Rückgabe des Leistungsverzeichnisses und – unabhängig von der Frage der Zulässigkeit dieser Rüge – wegen der fehlenden Eintragung in die Handwerksrolle für Metallbau- bzw. Schlosserarbeiten auszuschließen war.

Nach allem war der Antragsgegnerin aufzugeben, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, da ihr insoweit kein Ermessen mehr zusteht. Der Senat sieht davon ab, die Antragsgegnerin zu einer Wertung der Angebote einschließlich des Angebots der Antragstellerin zu verpflichten, da die Antragsgegnerin selbst frei entscheiden kann, ob und wie sie das Vergabeverfahren fortführen wird. Für den Fall der Fortführung kommt indes ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin aus den dargelegten Gründen nicht in Betracht.

Die Pflicht der Antragsgegnerin und der Beigeladenen, die Kosten des Verfahrens zu tragen und der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten, folgt aus §§ 128 Abs. 3 Satz 1, 120 Abs. 2 GWB.

Da die Beigeladene eigene Anträge gestellt und zu den entscheidungserheblichen Fragen Stellung genommen hat, ist sie als unterliegende Beteiligte anzusehen. Da die Antragstellerin im Wesentlichen ihr mit der Beschwerde verfolgtes Ziel erreicht,

war es angemessen, die Kosten des Verfahrens insgesamt der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen aufzuerlegen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin vor der Vergabekammer war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich im Zusammenhang mit den von dieser erhobenen Rügen Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeit anwaltliche Vertretung erforderlich gemacht haben.

Der Streitwert war gemäß § 50 Abs. 2 GKG festzusetzen (5 % der Bruttoauftragssumme).

Dr. Weber

Vors. Richter am Oberlandesgericht

Dr. Niedenführ

Richter am Oberlandesgericht

Bonkas

Richterin am Oberlandesgericht