

Leitsätze:

1. Auch eine Vorinformation löst eine Rügeobliegenheit aus, wenn die Vorinformation gemäß § 12 EU Abs. 2 VOB/A als Aufruf zum Wettbewerb bekannt gegeben wurde.
2. Es ist nicht erforderlich, dass die Eignungskriterien in der Vorinformation wörtlich aufgeführt werden. Maßgeblich ist, dass ein Interessent bereits aufgrund der Vorinformation erkennen kann, ob er die festgelegten Eignungskriterien erfüllen kann. Dies ist der Fall, wenn der Interessent mittels eines frei zugänglichen Internetlinks unmittelbar auf den Anhang zur Vorinformation zugreifen konnte.
3. Bei der Auslegung von Verpflichtungserklärungen ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gemäß §§ 133,157 BGB der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn der Willenserklärung zu haften.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(**Antragstellerin – ASt**)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(**Vergabestelle - VSt**)

Bauvorhaben:

Vergabeverfahren: **ÖPP-Projekt im Verhandlungsverfahren
mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 03.08.2018 durch den Vorsitzenden, die hauptamtliche Beisitzerin und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.
Die Vergabestelle wird verpflichtet, den Teilnahmeantrag der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu werten.

2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xxx.000,- €
Auslagen sind nicht angefallen.
Die VSt ist von der Zahlung der Gebühren befreit.

Sachverhalt:

1.

Mit Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx veröffentlichte die VSt im Amtsblatt der EU das Vergabeverfahren „.....“. Es handelt sich um ein ÖPP-Projekt im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb für den Bau, die Erhaltung und den Betrieb der Die soll auf rund xx km Länge x-streifig ausgebaut werden. Zudem soll der zukünftige Auftragnehmer für Erhaltung und Betrieb dieser Projektstrecke für 30 Jahre verantwortlich sein.

Die geplante Auftragsvergabe wurde mittels einer Vorinformation bekannt gegeben, die zugleich als Aufruf zum Wettbewerb diente. Auf diese Bekanntmachung hin wurden interessierte Wirtschaftsteilnehmer aufgefordert, ihr Interesse mitzuteilen. Nähere Angaben konnten unter dem frei zugänglichen Internetlink <https://www.....> mit abrufbarem Anhang entnommen werden.

Im Anhang zur Vorabinformation als Aufruf zum Wettbewerb wurden von der Vergabestelle folgende Festlegungen getroffen:

„11.2.5 Allgemeine Anforderungen an die Eignungsnachweise und weitere Unterlagen im Fall der Eignungslleihe

Für den Fall, dass Kapazitäten anderer Unternehmen gemäß vorstehenden Bestimmungen der Ziff. 11.2.4 in Anspruch genommen werden, wird vorgeschrieben, dass der Bewerber für diese Unternehmen die erforderlichen Eigenerklärungen und Referenzen, die nach den Unterlagen des Teilnahmewettbewerbs vorzulegen sind, vorzulegen hat.

Die betreffenden Unternehmer sind als benannte Nachunternehmer in Formblatt 2 zu benennen. Ihr Anteil an der Gesamtleistung des jeweiligen (Teil-) Leistungsbereichs ist anzugeben ... , ebenso ist anzugeben, welche Referenz diesbezüglich vorgelegt wird.

Zudem hat der Bewerber der Vergabestelle gegenüber nachzuweisen, dass ihm die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise die diesbezüglich verpflichtenden Zusagen dieser Unternehmen vorlegt. Die Vergabestelle wird im Teilnahmewettbewerb den Nachweis als erfüllt ansehen, wenn der Bewerber hierzu das Formblatt 4 NU (Verpflichtungserklärung des benannten Nachunternehmers) gemäß Anlage 2 zu diesem Anhang zur Vorinformation verwendet (das Formblatt wird inhaltsgleich ebenfalls Teil der Teilnahmeunterlagen sein, die mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung zur Verfügung gestellt werden).

... .

12 Angaben und Nachweise für den Teilnahmeantrag

12.1 Allgemeines, Teilnahmeantrag, endgültiger und vorläufiger Eignungsnachweis

Im Teilnahmewettbewerb hat jeder Bieter seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie seine technische und berufliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen (§ 6 EU Abs. 2 Nr. 2 und 3 VOB/A). Hierzu werden die unter Ziffer 11 und 12 dieses Anhangs zur Vorinformation aufgeführten Eignungskriterien festgelegt.

...

12.1.2 Teilnahmeunterlagen betreffend den Eignungsnachweis

Der Bewerber hat im Teilnahmewettbewerb seine Eignung nachzuweisen. Die Vergabestelle akzeptiert im Rahmen des Antrags auf Teilnahme am Wettbewerb als vorläufigen Nachweis auch eine einheitliche europäische Eigenerklärung (EEE).

Da es sich hier vorliegend um ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb handelt, fordert die Vergabestelle die in Frage kommenden Bewerber jedoch auf, ihre Eigenerklärungen durch Nachweise in Form von Formblättern, die in Anlage 2 zu diesem Anhang zur Vorinformation beigefügt sind, und die weiteren in Ziffer 11 und 12 dieses Anhangs zur Vorinformation geforderten endgültigen Eignungsnachweise unverzüglich zu belegen und prüft diese (§ 6b Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 VOB/A EU). Die Vergabestelle wird zur Vorlage der Nachweise eine Frist von sechs Kalendertagen setzen. Es ist den Bewerbern freigestellt, bereits mit dem Teilnahmeantrag endgültige Eignungsnachweise vorzulegen.

12.1.3 Teilnahmeunterlagen für den endgültigen Eignungsnachweis

Bereits mit dem Teilnahmeantrag kann, spätestens auf Anforderung der Vergabestelle muss der Bewerber die nach Ziffer 11 und 12 dieses Anhangs zur Vorinformation geforderten Nachweise zum endgültigen Nachweis seiner Eignung vorlegen.

Zum endgültigen Nachweis der Eignung hat der Bewerber zusätzlich zu dem Teilnahmeantrag gemäß Formblatt A sämtliche weiteren in der Anlage beigefügten Formblätter und weiteren Unterlagen einzureichen, die nach Ziffer 11 und 12 dieses Anhangs zur Vorinformation für den endgültigen Eignungsnachweis vorzulegen sind.

Sämtliche Formblätter, die zu unterzeichnen sind, sind auszudrucken und rechtsgültig zu unterzeichnen. Dies betrifft die folgenden Formblätter:

- A
 - Formblatt 4 NU
 - ...
 - Formblatt 7 ER
 - ...

12.3 Angaben und Nachweise zu den Beteiligten (Formblätter 2 und 3)

Dem Teilnahmeantrag ist eine Übersicht über den Bewerber und weitere Beteiligte unter Verwendung des Formblatts 2 beizufügen.

In diese Übersicht sind sämtliche Beteiligte auf Seiten des Bewerbers einzutragen; das Formblatt ist erforderlichenfalls zu erweitern. Für alle Beteiligten ist anzugeben, welche Aufgaben sie innerhalb des Projekts erbringen sollen.

Im Hinblick auf die Leistungsbereiche

- Planung ...
- Bau (bestehend aus den Teilleistungsbereichen Straßenbau, Brückenbau, Deckenbau)
- Erhaltung
- Betrieb und
- Projektmanagement

ist für jeden Bewerber, jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft, jeden benannten Nachunternehmer und jeden Dritten, auf dessen Kapazitäten sich der Bewerber im Rahmen der Eignungslleihe beruft, anzugeben, zu welchem Prozentsatz er bezogen auf die Gesamtleistungen in dem jeweiligen Leistungsbereich bzw. Teilleistungsbereich die Leistungen erbringen wird. In der Summe müssen die Angaben bezogen auf den jeweiligen Leistungsbereich bzw. Teilleis-

tungsbereich jeweils 100 % ergeben (Mindestkriterium). Zudem ist jeweils anzugeben, welche Referenz (Bezeichnung des jeweiligen Formblatts) vorgelegt wurde.

...

Wirtschaftsteilnehmer, die bis zum xx.xx.xxxx ihr Interesse bekundet hatten, wurden von der Vergabestelle zur Interessensbestätigung aufgefordert.

Mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung war zugleich der Beginn des Teilnahmewettbewerbes verbunden.

In den Unterlagen Teilnahmewettbewerb ist unter Ziffer 3.4 *„Zulässigkeit der Eignungsleihe und erforderliche Nachweise“* festgelegt, dass *„der Bewerber ein Unternehmen, das eine einschlägige Eignungsanforderung nicht erfüllt oder bei dem Ausschlussgründe gemäß § 6e EU Abs. 1 bis 5 VOB/A vorliegen, zu ersetzen hat“*.

Als Interessensbestätigung musste ein Teilnahmeantrag bis zum xx.xx.xxxx über die Vergabepattform der VSt elektronisch in Textform vorgelegt werden. Zusätzlich waren bestimmte Unterlagen postalisch bei der Vergabestelle innerhalb derselben Frist einzureichen.

In ihrem am xx.xx.xxxx eingereichten Teilnahmeantrag der Antragstellerin finden sich u.a. folgende Angaben:

Formblatt 2:

Unter Ziffer III. wurde über diejenigen Dritten informiert, die als benannte Nachunternehmer für die Ausführung der Leistungen, für die Kapazitäten benötigt werden, verantwortlich sein sollen. Dort sind unter anderem die Firma A (Nummer 1), die Firma B (Nummer 2) und die Firma C (Nummer 3) angegeben. Unter Ziffer III. (Spalte 3) finden sich keine Angaben zum Leistungsbereich „Erhaltung“, der vorgesehene Platzhalter ist nicht angekreuzt. Allerdings in Spalte 4 unter Ziffer III. wurde auf die Formblätter 7 ER Nummer 3 (A), Nr. 1 (B) und Nr. 2 (C) verwiesen. Diese Formblätter 7 ER enthalten Referenzen zum Beleg der Eignung dieser Firmen für den Leistungsteil „Erhaltung“.

Unter Ziffer IV des Formblatts 2 hat die Antragstellerin keine weiteren Nachunternehmer angegeben, die für Arbeiten aus dem Bereich „Erhaltung“ verantwortlich sein sollen.

Auch unter Ziffer V sind im Formblatt 2 für den Bereich „Erhaltung“ keine Dritten benannt worden.

Unter der Rubrik „ERHALTUNG“ auf Blatt 5 des Anhangs 2 zu Formblatt 2 hat die Bewerberin folgende Angaben gemacht: *„ ... Die Ausführung der Erhaltungsmaßnahmen erfolgt durch die benannten Nachunternehmer A, C und B. Darüber hinaus sollen regionale mittelständische Unternehmen Berücksichtigung finden.“*

Formblatt 4 NU:

Mit dem Teilnahmeantrag hat die Antragstellerin verschiedene Verpflichtungserklärungen für benannte Nachunternehmer vorgelegt.

Unter Ziffer 3. *„Genaue Bezeichnung und Beschreibung der vom Nachunternehmer zu erbringenden Leistungen und zur Verfügung zu stellenden Mittel sowie Abgrenzung zu anderen Leistungen oder Leistungsteilen“* sollte der Nachunternehmer seine Nachunternehmerleistung beschreiben.

Unter Ziffer 4. *„Angabe der Formblätter der Referenzen, die der benannte Nachunternehmer benennt:“* musste der Nachunternehmer auf die entsprechenden Referenzen Bezug nehmen.

Unter Ziffer 5. *„Wir verpflichten uns verbindlich gegenüber dem Bewerber, im Fall der Zuschlagserteilung an den Bewerber im Hinblick auf die Erfüllung des Projektvertrags für das Projekt ... als Nachunternehmer des Bewerbers oder der zur Ausführung dieses Projekts eingesetzte Projektgesellschaft die unter Ziffer 3 dieses Formblatts beschriebenen Leistungen zu erbringen ...“* musste der Nachunternehmer die Verpflichtungserklärung unterzeichnen.

Für die Fa. A ist eine Verpflichtungserklärung (mit entsprechender Beschreibung in Ziffer 3.) für die Bereiche „Straßenbau, Brückenbau, Deckenbau und Erhaltung“ vorgelegt worden. Unter Nr. 4 dieser Verpflichtungserklärung ist auf das Formblatt 7 ER Nr. 3 verwiesen worden.

Für die Fa. B ist mit dem Formblatt 4 NU (mit entsprechender Beschreibung in Ziffer 3.) eine Verpflichtungserklärung für den Bereich „Straßenbau“ abgegeben worden. Unter Nr. 4 dieser Verpflichtungserklärung wird auf das Formblatt 7 ER Nr. 1 verwiesen.

Für die Fa. C ist mit dem Formblatt 4 NU (mit entsprechender Beschreibung in Ziffer 3.) eine Verpflichtungserklärung für die Bereiche „Straßenbau und Deckenbau“ vorgelegt worden. Unter Nr. 4 dieser Verpflichtungserklärung wird auf das Formblatt 7 ER Nr. 2 verwiesen.

Im Formblatt 7 ER werden Referenzprojekte der benannten Nachunternehmer angegeben, für das Referenzprojekt Nummer 1 (Formblatt 7 ER Nr. 1) wird die Fa. B benannt, für das Referenzprojekt Nummer 2 (Formblatt 7 ER Nr. 2) die Fa. C und für das Referenzprojekt Nummer 3 (Formblatt 7 ER Nr. 3) die Fa. A.

2.

Mit Schreiben vom 18.04.2017 bittet die VSt die Antragstellerin um Aufklärung bis zum 20.04.2017:

- Angabe der Firmen für den Leistungsanteil „Erhaltung“ und Benennung des Leistungsanteils in %.
- Dem Anhang Nr. 2 des Formblattes 2 könne entnommen werden, dass die Antragstellerin den Leistungsanteil „Erhaltung“ mit den Firmen A, B und C erbringen wolle. In den jeweiligen Formblättern 4 NU sei die Erhaltung ungeachtet der angegebenen Referenzen nur bei der Firma A erwähnt.

Die VSt behält sich eine Nachforderung vor, wenn die Aufklärung ergeben sollte, dass geforderte Angaben fehlen würden.

3.

Im Schreiben vom xx.xx.xxxx gibt die Antragstellerin den Leistungsanteil „Erhaltung“ durch die Firmen A mit 50 %; B mit 25 % und C mit 25 % an.

Zudem bietet die Antragstellerin an, weitere Erklärungen/Nachweise/Unterlagen/Formblätter nach Aufforderung durch die VSt umgehend nachzureichen.

4.

Mit Schriftsatz vom xx.xx.xxxx teilt die VSt mit, dass die Bewerbung der Antragstellerin weiterhin nur unzureichende Verpflichtungserklärungen enthalte. In den von B und C mit Formblatt 4 NU vorgelegten Verpflichtungserklärungen sei der Leistungsbereich „Erhaltung“ unter Ziff. 3 nicht aufgeführt. In den Verpflichtungserklärungen fehle deshalb der Nachweis, dass die Kapazitäten dieser Unternehmen der Antragstellerin auch zur Verfügung stünden (§ 6 d EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A). Somit habe die Antragstellerin für den Leistungsbereich Erhaltung die Eignung mit den Verpflichtungserklärungen nur zu 50 % nachgewiesen. Für die Stellungnahme setzt die Vergabestelle eine Frist bis zum xx.xx.xxxx.

5.

Am xx.xx.xxxx legt die Antragstellerin ein weiteres Formblatt 4 NU vor. Darin verpflichten sich B und C „alle zur Erfüllung des Auftrags im Bereich „Erhaltung“ erforderlichen Leistungen zu erbringen.“ Ergänzend wird mit Schriftsatz vom xx.xx.xxxx vorgetragen, dass zwar im Formblatt 2 Prozentangaben fehlen würden und die dafür vorgesehenen Platzhalter nicht angekreuzt worden seien, aber im Anhang Nummer 2 zu Formblatt 2 klargestellt worden wäre, dass die benannten Nachunternehmer A, B und C als Nachunternehmer vorgesehen seien. Hinzu komme, dass in Formblatt 2 III. Spalte 4 auf die Referenzen der benannten Nachunternehmer A, B und C (Formblätter 7 ER) verwiesen wor-

den sei. Solche offensichtlichen „Denkfehler“ dürften klargestellt bzw. korrigiert werden. Mit der hier vorgenommenen Klarstellung werde auch nicht eine „inhaltliche Änderung“ des von der Bewerbungsgemeinschaft zum Ausdruck gebrachten Willens herbeigeführt. Die in Formblatt 2 enthaltene, nunmehr aufgeklärte Unklarheit, setze sich in den Formblättern 4 NU fort. Die beiden Nachunternehmer B und C hätten es versäumt, in Ziffer 3 des Formblattes 4 NU den Leistungsbereich „Erhaltung“ anzugeben. Andernfalls würde die Vorlage der Referenzformblätter 7 ER keinen Sinn ergeben. Mit der Inbezugnahme auf Ziffer 4 des Formblattes 4 NU würden sich die B und C gleichsam bereit erklären, für die referenzierten Erhaltungsmaßnahmen im Auftragsfalle einzustehen. Dies stehe im Einklang mit den Angaben im Anhang 2 zu Formblatt 2. Darüber hinaus handle es sich bei den benannten Nachunternehmern um konzernverbundene Unternehmen des Bewerbungsgemeinschaftsmitglieds D. Das lasse darauf schließen, dass die beiden benannten Nachunternehmern sich entsprechend den Angaben im Anhang 2 zum Formblatt 2 für die Erbringung der Erhaltungsmaßnahmen (gemeinsam mit der A) verpflichtet hätten.

Hilfsweise bestünde eine Nachforderungspflicht gemäß § 16a EU VOB/A. Im Vorgriff auf die insoweit gebotene, bislang aber nicht erfolgte Nachforderung der von der Vergabestelle gegebenenfalls als „fehlend“ bemängelten Verpflichtungserklärungen zum Nachunternehmereinsatz der B und C habe die Antragstellerin ergänzende Verpflichtungserklärungen gemäß Formblatt 4 NU übersendet.

6.

Mit Schreiben vom xx.xx.xxxx teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass sie nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden könne, weil die in den Vergabeunterlagen festgelegten Voraussetzungen für den Nachweis der Eignung nicht vorliegen würden. Für den Leistungsteil „Erhaltung“ hätten die Firmen B und C nicht die geforderte Verpflichtungserklärung gemäß Formblatt 4 NU vorgelegt. Die von den Firmen B und C vorgelegten Verpflichtungserklärungen aus den Formblättern 4 NU würden mit der Erklärung in Ziffer 3 den Leistungsteil „Erhaltung“ nicht erfassen. Somit sei der Leistungsbereich „Erhaltung“ auch nicht in die sich ausdrücklich auf Ziffer 3 beziehende Verpflichtungserklärung in Ziffer 5 einbezogen worden. Damit fehle für den Leistungsbereich „Erhaltung“ der Nachweis, dass die Antragstellerin im Auftragsfall auf die insoweit erforderlichen Kapazitäten der Firmen B und C zurückgreifen könne. Der notwendige Nachweis, dass die erforderlichen Kapazitäten der Firmen B und C der Antragstellerin zur Verfügung stehen würden, könne nicht aus der Erwähnung der Referenzformblätter für den Leistungsbereich „Erhaltung“ in Ziffer 4 geschlossen werden. Die Vorlage der Eignungsnachweise der in die Bewerbung einbezogenen Dritten (hier: der Firmen B und C) sei

von der verpflichtenden Zusage derartiger Unternehmen, mit der der Bewerber gegenüber dem öffentlichen Auftragnehmer nachzuweisen habe, dass ihm die erforderlichen Kapazitäten auch im Auftragsfall zur Verfügung stehen würden, zu unterscheiden.

Ein direkter Einfluss und erst recht eine unmittelbare Durchgriffsmöglichkeit des Mitglieds der Bewerbergemeinschaft D auf die Firmen B und C bestehe nicht, da die Firmen B und C lediglich von der E beherrscht würden.

Auch eine Verpflichtung zur Nachforderung der fehlenden Verpflichtungserklärungen nach §16a EU VOB/A bestehe nicht. Die Erklärungen für die Firmen B und C gemäß Formblatt 4 NU seien der Bewerbung vorgelegt worden, somit würden diese nicht fehlen. Damit sei der Anwendungsbereich von §16a EU VOB/A nicht eröffnet. Eine inhaltliche Nachbesserung vorliegender (und gerade nicht fehlender) Erklärungen lasse § 16a EU VOB/A ebenso wenig zu wie § 15 EU Abs. 3 VOB/A.

Auch im Wege der Auslegung könne nicht der Nachweis geführt werden, dass der Antragstellerin für den Leistungsbereich „Erhaltung“ ausreichende Kapazitäten in Form von Verpflichtungserklärungen zur Verfügung stehen würden.

7.

Mit Schreiben vom 26.05.2017 rügte die Antragstellerin den beabsichtigten Ausschluss der Antragstellerin vom weiteren Vergabeverfahren. Der Antragsgegner würde gegen geltendes Vergaberecht verstoßen. Aus dem Kontext des Teilnahmeantrags und der zugehörigen Formblätter und Anlagen, insbesondere der Referenzformblätter 7 ER der drei benannten Nachunternehmen A, B und C und der Inbezugnahme dieser Formblätter in Ziffer 4 des Formblattes 4 NU würde sich ergeben, dass nicht nur die A, sondern auch die [B und C] als Nachunternehmer für den Bereich der Erhaltungsmaßnahmen benannt worden seien, ihre Eignung mit entsprechenden Referenzen nachgewiesen hätten und insofern davon auszugehen sei, dass sich auch diese beiden Unternehmen zur Einbringung entsprechender Leistungen verpflichtet hätten. Insbesondere die Tatsache, dass die Formblätter 7 ER für den Leistungsbereich „Erhaltung“ auf die drei benannten Nachunternehmen A, B und C ausgestellt seien, würde belegen, dass eben diese Nachunternehmen auch für den referenzierten Leistungsbereich zur Verfügung stehen würden und sich entsprechend verpflichten wollten. Andernfalls ergäbe die Einreichung eben dieser Referenznachweise von vornherein keinen Sinn.

Aus dem Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag der Bewerbergemeinschaft vom xx.xx.xxxx gehe hervor, dass ihre Mitglieder gemeinsam mit den im Teilnahmeantrag benannten, teilweise konzernverbundenen (Nach)-Unternehmen, über ausgewiesene Erfahrungen mit ÖPP-Infrastruktur-Projekten in Deutschland verfügen würden und somit auch gemeinsam das ausschreibungsgegenständliche-Projekt realisieren möchten.

Dies belege ebenfalls, dass die benannten Nachunternehmer für die ihnen jeweils zugewiesenen Leistungsbereiche im Zuschlagsfalle eintreten wollen und würden.

Sollte die Vergabestelle davon ausgehen, dass eine solche „funktionale Betrachtungsweise“ des Teilnahmeantrages nicht angezeigt sei, stehe fest, dass die Vergabestelle gegenüber der Antragstellerin gemäß § 16 a EU VOB/A (analog) verpflichtet sei, die von ihr als fehlend bemängelten Verpflichtungserklärungen zum Nachunternehmereinsatz der B und C für den Leistungsbereich „Erhaltung“ nachzufordern. Nach der einschlägigen Rechtsprechung seien geforderte Erklärungen oder Nachweise bereits dann als fehlend einzustufen, wenn sie entweder gar nicht vorgelegt würden, oder unvollständig seien, oder sonst nicht den wirksamen und eindeutigen Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechen würden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.3.2011-VII Verg 56/10). Das Gleiche gelte, wenn die von einem Bieter/Bewerber vorgelegten Angaben oder Unterlagen unklar oder widersprüchlich seien, da ihnen der Auftraggeber auch in diesem Fall nicht die für die Beurteilung des Angebotes benötigten Informationen entnehmen könne (vgl. Kuhlartz/Marx/Portz/Prieß Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. 2014, § 16 EG Rn. 171).

Eine Verpflichtungserklärung hinsichtlich des Leistungsbereiches „Erhaltung“ habe weder die B noch die C vorgelegt. Die Vergabeunterlagen enthalten keinerlei Vorgaben dahingehend, dass die vom Bewerber benannten Nachunternehmer hinsichtlich der ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbereiche nur eine einzige Verpflichtungserklärung abgeben dürften. Sofern die Vergabestelle entsprechende Vorgaben hätte machen wollen, wäre dies unmissverständlich in den Vergabeunterlagen klarzustellen gewesen. Seien die Vergabeunterlagen jedoch unklar und habe der Auftraggeber dies zu verantworten, dürfe ein Ausschluss des Angebotes/Teilnahmeantrages von der Wertung nicht auf eine Unvollständigkeit gestützt werden. Die vom Auftraggeber an die Qualität der Nachweise gestellten Anforderungen müssten für den Bieter/Bewerber eindeutig erkennbar sein (vgl. Kapellmann/Messerschmidt VOB, 5. Aufl. 2015 Paragraf 16 VOB/A Rn. 47). In Ermangelung einschränkender Vorgaben in den Vergabeunterlagen sei nach objektiver Auslegung durch einen verständigen Bewerber die Abgabe eigenständiger Verpflichtungserklärungen für einzelne Leistungsbereiche mittels separater Formblätter 4 NU möglich und zulässig. Andernfalls müsste ein Bewerber, der mit dem Teilnahmeantrag 2 separate Verpflichtungserklärungen eines Nachunternehmers für 2 einzelne Leistungsbereiche vorlegen würde, zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Für einen solchen Ausschluss würden die Vergabeunterlagen nichts hergeben, sodass im Umkehrschluss bei Fehlen einer Verpflichtungserklärung eines benannten Nachunternehmers für einen (von ihm zu übernehmenden) Leistungsbereich (hier: „Erhaltung“) eine entsprechende Nachforderungspflicht der Vergabestelle bestehen würde.

Somit sei die Vergabestelle zur Nachforderung der fehlenden Nachweise in Form der beiden Verpflichtungserklärungen für den Leistungsbereich „Erhaltung“ verpflichtet. Ein Austausch von Inhalten des eingereichten Teilnahmeantrages stehe insoweit nicht zu befürchten. Vielmehr würde mit dem Nachreichen dieser fehlenden Verpflichtungserklärungen die von der Vergabestelle bemängelte Widersprüchlichkeit aufgelöst werden. Eine materielle/inhaltliche Änderung der im Teilnahmeantrag beschriebenen Leistungszuordnungen sei damit aber gerade nicht verbunden.

8.

Mit Schreiben vom xx.xx.xxx wies die Vergabestelle die Rüge vom xx.xx.xxxx zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es nicht zutreffen würde, dass dem Teilnahmeantrag und den mit ihm vorgelegten Formblättern und sonstigen Dokumenten entnommen werden könne, dass sich neben der A auch die Firmen B und C für den Leistungsteil „Erhaltung“ verpflichten wollten. Eine solche Verpflichtung folge auch nicht aus einer Auslegung des Teilnahmeantrages und der mit ihm abgegebenen Erklärung. Auch aus der Tatsache, dass für sämtliche der vorgenannten drei Unternehmen Referenzen mit den Formblättern 7 ER für den Leistungsbereich „Erhaltung“ vorgelegt worden seien, ergäbe sich nichts anderes. Die Formblätter 7 ER enthielten keine Verpflichtungserklärungen. Sie würden alleine belegen, dass vergleichbare Leistungen in der Vergangenheit erbracht wurden. Dieser Nachweis der Eignung durch die Vorlage von darauf bezogenen Referenzen umfasse schon nach dem Inhalt der VOB/A-EU nicht zugleich die Verpflichtungserklärung zur Ausführung der „referenzierten“ Leistungen. Dies folge bereits aus der Differenzierung in § 6d EU Abs. 1 Satz 4 (Eignungsprüfung) und Satz 2 (Verfügbarkeitsnachweis) VOB/A.

Nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen hätte die Möglichkeit bestanden, sich für den Teilnahmewettbewerb auf die Eignung anderer Unternehmen zu berufen, welche nicht in die Leistungserbringung mit einbezogen werden sollten. Dann hätte das Formblatt 4 D vorgelegt werden müssen. Nachdem die Antragstellerin in 2 Fällen das Formblatt 4 D vorgelegt habe, sei ihr sehr wohl bewusst gewesen, dass allein die Vorlage der Referenznachweise mit Formblatt 7 die Abgabe von Verpflichtungserklärungen zum Nachweis der Zurverfügungstellung von Ressourcen (Formblatt 4 D) oder zur Erbringung von Leistungen (Formblatt 4 NU) nicht entbehrlich machen konnte. Dies belege auch die Vorlage des Formblattes 4 NU für die Firma A. All dies zeige, dass der Antragstellerin bewusst gewesen sei, welche Anforderungen an den Inhalt von Verpflichtungserklärungen für genannte Nachunternehmer zu stellen seien. Die von der Antragstellerin mit dem Teilnahmeantrag abgegebenen Erklärungen könnten nicht nachträglich in einer erweiternden Bedeutung interpretiert werden, da eine Verpflichtungserklärung nicht nur

eine für den Verpflichteten ausschließlich rechtlich vorteilhafte Erklärung darstelle. Immerhin müsse der Leistungsbereich „Erhaltung“ über einen Zeitraum von 30 Jahren gewährleistet werden. Somit verbiete sich eine von der Antragstellerin gewünschte erweiternde Auslegung. Auch aus dem Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag vom xx.xx.xxxx ergebe sich nicht der Wille zur Ausführung der referenzierten Leistungen durch die Firmen B und C. Das Anschreiben zum Teilnahmeantrag sei allein eine Erklärung der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft. Eine eigenständige Verpflichtungserklärung der in die Bewerbung einbezogenen benannten Nachunternehmer könne daraus nicht abgeleitet werden.

Auch bestehe keine Nachforderungspflicht nach § 16 a EU VOB/A (gegebenenfalls in analoger Anwendung). Die Antragstellerin habe für kein Unternehmen, für das ein Formblatt 4 D oder 4 NU eingereicht wurde, die Verpflichtungserklärungen aufgeteilt. Die Antragstellerin habe deshalb den abschließenden Charakter der Formblätter 4 D und NU erkannt und somit eine abschließende Erklärung abgeben wollen. Zudem ergebe die Auslegung der abgegebenen Formblätter 4 NU, dass sich die Firmen B und C gerade nicht für die Erhaltung verpflichten wollten. Mit der Bezeichnung und Beschreibung der den benannten Nachunternehmer zugeordneten Leistungen in Ziffer 3 der Formblätter 4 NU in Verbindung mit Ziffer 5 der Formblätter 4 NU wurde zum Ausdruck gebracht, dass die in Ziffer 3 nicht erwähnten Leistungsbereiche von den in Ziffer 5 enthaltenen Verpflichtungserklärungen nicht umfasst werden sollen. Nachdem die beiden Unternehmer unter Ziffer 4 des Formblattes 4 NU auf diesbezügliche Referenzen hingewiesen hätten, müsse davon ausgegangen werden, dass die beiden Unternehmen eine Verpflichtungserklärung für den Leistungsbereich „Erhaltung“ nicht abgeben wollten. Deshalb könne auch nicht von einer fehlenden Verpflichtungserklärung ausgegangen werden, welche noch nachgefordert werden könnte.

Deshalb könne der Rüge nicht entsprochen werden.

9.

Am xx.xx.xxxx beantragt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und stellt im Einzelnen folgende Anträge:

1. Die VSt wird verpflichtet, den Ausschluss des Teilnahmeantrags der Antragstellerin von dem Vergabeverfahren/Interessenbekundungsverfahren „....“ zurückzunehmen und die Antragstellerin zur Angebotsaufgabe aufzufordern.

2. Hilfsweise: Die VSt wird verpflichtet, die Wertung der Teilnahmeanträge unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Die VSt trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war erforderlich.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet.

Der Antragsgegner habe entgegen dem eindeutigen Wortlaut von § 122 Abs. 4 GWB keinerlei Eignungsanforderungen wirksam bekannt gemacht. Aus der Vorinformation selbst würden sich keine Eignungskriterien ergeben; der Verweis auf einen Internetlink genüge dem nicht.

Aus den vorgelegten Nachweisen und Erklärungen der Antragstellerin ergebe sich, dass im Fall der Beauftragung die erforderlichen Mittel der für die „Erhaltung“ benannten Nachunternehmer zur Verfügung stehen würden. Bei sachgerechter Auslegung habe auch die B und C hinsichtlich des Leistungsbereichs „Erhaltung“ eine ausreichende Verpflichtungserklärung abgegeben. Bei der Auslegung der streitgegenständlichen Verpflichtungserklärungen seien auch der mit der Erklärung verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, soweit sie den Sinngehalt einer Erklärung erhellen können (OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.11.2014, Verg 12/11). Eine verständige Auslegung unter Heranziehung und Würdigung der Gesamtheit der Aussagen des Angebotes müsse zum Ergebnis führen, dass mit den abgegebenen Verpflichtungserklärungen der B und C nachgewiesen worden sei, dass die Antragstellerin auch für den Leistungsbereich „Erhaltung“ die erforderlichen Kapazitäten nachgewiesen habe. Der Antragsgegner verkenne den Inhalt der vorgelegten Erklärungen. Die Antragstellerin habe in Formblatt 2 unter III. die Nachunternehmer eingetragen, auf die sich die Antragstellerin einerseits zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit berufe und die andererseits auch für die Ausführung der in diesem Formblatt anzugebenden Arbeiten verantwortlich seien. Aus der Spalte „vorgelegte Referenz“ unter III. des Formblattes 2 ergebe sich bereits, dass die 3 Firmen A, B und C Referenzen zur „Erhaltung“ vorgelegt haben. Diese Referenzen zum Leistungsbereich „Erhaltung“ seien mit Formblatt „FB 7 ER“ einzureichen gewesen. Im Anhang 2 zum Formblatt 2 wurde noch einmal ausdrücklich dargelegt, dass diese 3 Firmen für den Bereich „Erhaltung“ zuständig seien. In Formblatt 4 NU hätten die beiden Firmen B und C auf diese Referenzen Bezug genommen. Die beiden betroffenen Unternehmen hätten schon durch das Ausfüllen des Formblattes 4 NU zu erkennen gegeben, in welchem

Umfang sie sich zur Leistungserbringung gegenüber dem Bewerber verpflichten würden, nämlich für alle Bereiche, für die Referenzen vorgelegt worden seien und damit auch für die „Erhaltung“. Andernfalls hätten die beiden Firmen das Formblatt 4 D ausfüllen müssen. Dass unter Ziffer 3 Formblatt 4 NU nicht ausdrücklich das Stichwort „Erhaltung“ angeführt sei, sondern lediglich Straßenbau bzw. Straßenbau und Deckenbau, sei unschädlich und stehe dem Auslegungsergebnis in keiner Weise entgegen. Die Oberbegriffe des Straßen- bzw. Deckenbaus würden auch diejenigen Leistungen umfassen, die nach den Vergabeunterlagen zur „Erhaltung“ gehören, nämlich Instandsetzungs- und Erhaltungsmaßnahmen.

Aus der Gesamtbetrachtung ergebe sich, dass die Erhaltungsleistungen Gegenstand der Verpflichtungserklärung gewesen sei, weil auch im Formblatt 2 die einschlägigen Erhaltungsreferenzen für die Nachunternehmer aufgeführt worden seien. Durch die Einbeziehung der entsprechenden Referenzblätter sei eine eindeutige Festlegung seitens der Nachunternehmer getroffen worden. Selbst der Antragsgegner habe in seinem Aufklärungsschreiben vom xx.xx.xxxx zu erkennen gegeben, dass er grundsätzlich einen Zusammenhang zwischen den Erhaltungsleistungen und den Verpflichtungserklärungen gesehen habe. Die insgesamt schlüssigen Referenzangaben würden sich auch mit den Angaben unter III. des Formblattes 2 decken. Nachdem auf eigene Initiative Verpflichtungserklärungen der B und C für den Leistungsbereich „Erhaltung“ vorgelegt worden seien, müssten diese Erklärungen bei der Auslegung des Teilnahmeantrages ergänzend berücksichtigt werden.

Die Antragstellerin trägt weiter vor, dass eine Verpflichtungserklärung für die Firmen B und C gar nicht notwendig sei, da ein Rückgriff auf die Ressourcen und Kapazitäten dieser Unternehmen für die Antragstellerin kraft Konzerndurchgriff sichergestellt sei. Sowohl die D (als Mitglied der Bewerbergemeinschaft) als auch die E seien Konzerngesellschaften des ... Konzerns. Dadurch sei ein Zugriff auf die Kapazitäten der Nachunternehmer der [B und C] gesichert. Im Ergebnis hätte es daher gar keiner Verpflichtungserklärungen der benannten B und C bedurft, da ihre Einbindung in die Konzernstrukturen des ... Konzerns sicherstellen würde, dass ein Rückgriff auf die Ressourcen und Kapazitäten dieser Unternehmen möglich sei.

Der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren könne auch deshalb nicht erfolgen, weil der Antragsgegner rechtswidrig die Nachforderung der streitgegenständlichen Verpflichtungserklärungen gemäß § 16 a Satz 1 EU VOB/A unterlassen habe. Der Antragsgegner sei verpflichtet, fehlende Erklärungen oder Nachweise nachzuverlangen. Es handle sich um keine inhaltliche Nachbesserung materiell unzureichender Nachweise. Die Auffassung des Antragsgegners, dass die beiden [A und B] sich bewusst nicht für den Leis-

tungsbereich „Erhaltung“ verpflichten wollten und somit keine Erklärung fehlen würde, überzeuge nicht.

In den Vergabeunterlagen sei auch nicht vorgeschrieben, dass ein Nachunternehmer alle Leistungen, die er erbringen wolle, in einer einzigen Verpflichtungserklärung auflisten müsse. Der Antragsgegner habe in seinem Schreiben xx.xx.xxxx unter 2.2.1 diese Feststellung selbst getroffen. Wenn für ein Gewerk eine Nachunternehmererklärung fehle, bestehe eine Nachforderungspflicht.

Es sei davon auszugehen, dass die partiell fehlenden Verpflichtungserklärungen für den Leistungsbereich „Erhaltung“ zulässigerweise wirksam korrigiert worden seien, sodass eine zum Ausschluss berechtigende Nachweislücke nicht mehr vorliege.

In Übereinstimmung mit § 6 d EU Abs. 1 VOB/A würden die Vergabeunterlagen vorsehen, dass der Bewerber das betreffende Unternehmen zu ersetzen habe, wenn der benannte Nachunternehmer die gestellten Eignungsanforderungen nicht erfüllen sollte. Somit hätte der Antragsgegner vor einem Ausschluss der Bewerbung die Antragstellerin auffordern müssen, die für den Leistungsbereich „Erhaltung“ benannten Nachunternehmer B und C auszutauschen.

Ebenso hätte der Antragsgegner die Eignung der Antragstellerin ohne die [B und C] als Nachunternehmer prüfen und bejahen müssen. Für die A würden von Anfang an alle Erklärungen und Nachweise vorliegen. Das für die A vorgelegte Referenzprojekt Nummer 3 gemäß Formblatt 7 ER decke nämlich die nur einmal nachzuweisenden Mindestanforderungen, Erhaltung des Oberbaus und Erhaltung von Brücken bereits vollständig ab. Zudem habe die Antragstellerin für den Bereich Straßenbau als Referenzprojekt Nummer 4 die Grunderneuerung der angeführt. Diese für den Bereich Straßenbau benannte Referenz erfülle inhaltlich zugleich die Anforderungen, die an Referenzprojekte im Bereich Erhaltung gestellt werden würden. Somit würden zwei Referenzprojekte für den Leistungsbereich „Erhaltung“ vorliegen.

10.

Mit Schreiben vom 19.06.2017 übermittelte die VK den Nachprüfungsantrag an die VSt.

11.

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der Antragstellerin am 27.06.2017 Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt.

12.

Am 28.06.2017 beantragt die VSt

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16.06.2017 wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle, zu tragen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die VSt wird für notwendig erklärt.

Die im Nachprüfungsantrag erhobenen Beanstandungen seien (teilweise) unzulässig. Die Beanstandung der Antragstellerin, dass „Eignungsnachweise nicht wirksam gefordert“ worden seien, sei nicht zulässig und könne nicht zum Gegenstand des vorliegenden Vergabenachprüfungsantrages gemacht werden. Spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Einreichung der Bewerbung hätte eine entsprechende Rüge erhoben werden müssen.

Ein Verstoß gegen § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB liege nicht vor. Die Vergabestelle habe vielmehr wirksame Anforderungen an die Eignung der Bewerber festgelegt und die Eignungskriterien zutreffend und wirksam bekannt gegeben. Die Verlinkung von Unterlagen mit der Auftragsbekanntmachung werde von der Rechtsprechung als ausreichend angesehen.

Der Vorwurf der Antragstellerin - die Benennung von Nachunternehmern und die Vorlage von Verpflichtungserklärungen im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs seien unzumutbar - sei ebenfalls unzulässig, weil keine rechtzeitige Rüge erfolgt sei. Soweit die Antragstellerin vortrage, dass bereits benannte Nachunternehmen noch bis drei Wochen vor Abgabe des endgültigen Angebots ausgetauscht werden könnten, lasse die Antragstellerin außer Acht, dass ein derartiger Austausch einer vorherigen Zustimmung der Vergabestelle bedürfe.

Der Vergabenachprüfungsantrag sei auch unbegründet.

Die Leistungsbereiche Planung, Bau, Betrieb und Projektmanagement seien ausdrücklich von dem Leistungsbereich „Erhaltung“ abgegrenzt worden. Die Antragstellerin habe insoweit keine (ausreichende) Nachweise über verpflichtende Zusagen zur Erbringung der erforderlichen Leistung vorgelegt. Die Formblätter 4 NU würden für die [B und C]

keine verpflichtenden Zusagen für den Leistungsbereich „Erhaltung“ enthalten. Es würden keine Nachweise oder Erklärungen fehlen. Die [B und C] hätten die Formblätter 4 NU vorgelegt. Aus dem Inhalt von Ziffer 3 in Verbindung mit Ziffer 5 ergebe sich, dass es dem Erklärenden selbst oblag, die Reichweite und den Erfassungsbereich durch eine genaue Bezeichnung und Beschreibung der zu erbringenden Leistungen anzugeben. Deshalb könnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Erklärungen der Firmen B und C den Leistungsbereich „Erhaltung“ umfassen sollten. Somit würde eine inhaltlich unzureichende Erklärung über die verpflichtenden Zusagen vorliegen. Eine Nachforderung habe deshalb zur Folge, dass es der Antragstellerin gestattet worden wäre, die inhaltlich unzureichenden Erklärungen nachträglich nachzubessern.

Den vorliegenden Erklärungen könne auch nicht im Wege der Auslegung entnommen werden, dass eine verpflichtende Zusage der Firmen B und C für 50 % des Umfangs aus dem Leistungsteil „Erhaltung“ mitumfasst habe. Die von der Antragstellerin selbst vorgelegten Erklärungen könnten einen solchen Erklärungsinhalt für einen dadurch (auch) belasteten Dritten nicht ersetzen. Auch die Erwähnung der Formblätter 7 ER würde nicht dazu führen, dass dadurch die Verpflichtungen zur Erbringung der ausstehenden Leistungen aus dem Leistungsbereich „Erhaltung“ mitumfasst werden würden. Eine solche Sichtweise widerspreche dem eindeutigen Wortlaut aus Ziffer 3 und 5 der Formblätter 4 NU. Die in Ziffer 4 der Formblätter 4 NU erwähnten Referenzen würden sich allein auf den Nachweis beschränken, dass die Firmen B und C grundsätzlich zur Erbringung von Leistungen aus dem Leistungsteil „Erhaltung“ geeignet seien. Auch durch diese Bezugnahme erstrecke sich die Verpflichtungserklärung nicht auf den Leistungsbereich „Erhaltung“.

Eine andere Auslegung sei für die Vergabestelle nicht möglich, denn ansonsten wäre gegen die geltenden Maßstäbe der Auslegung gemäß §§ 133,157 BGB verstoßen worden. Es wäre unzulässig, die Verpflichtungserklärungen der [B und C] außerhalb des Wortlauts und des objektiven Erklärungswertes nachträglich in einem für die Antragstellerin (also einer anderen Rechtsperson, als dem Erklärenden selbst) günstigen Sinn auszulegen. Überdies stelle gerade auch der Wortlaut einer Erklärung die Grenze für die Auslegung dar. Deshalb müsse den Erklärungen der [B und C] aus den Formblättern 4 NU gerade auch die Bedeutung zugemessen werden, nämlich dass der darin nicht mit erwähnte Leistungsteil „Erhaltung“ von den Nachunternehmern auch nicht erfasst werden sollte. Nachdem die [B und C] in Ziffer 4 des Formblattes 4 NU jeweils den Leistungsteil „Erhaltung“ bei den Referenzen aufgeführt hätten, hatten sie Kenntnis von diesem Leis-

tungsteil. In Ziffer 3 des Formblattes 4 NU sei der Leistungsteil „Erhaltung“ somit bewusst nicht aufgeführt worden.

Nachdem die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag sich darauf beschränkt habe, Nachweise über die Verpflichtung von benannten Nachunternehmern allein unter Verwendung der Formblätter 4 NU vorzulegen, bestand für die Vergabestelle keine Veranlassung dazu, die vorgelegten Erklärungen in Abweichung zum Inhalt der Formblätter 4 NU nunmehr nachträglich (zugunsten der Antragstellerin) zu interpretieren. Dies ergebe sich auch aus der Zusammenschau der Erklärungen. Nicht nur die Erklärung für die Firma A, sondern auch die Erklärung der Firma C würden verschiedene Leistungsbereiche umfassen. Somit müsse festgestellt werden, dass die Verpflichtungserklärungen der [B und C] bewusst in Ziffer 3 des Formblattes 4 NU den Leistungsbereich „Erhaltung“ nicht aufgenommen hätten. Es würde keine Verpflichtungserklärung fehlen, sondern eine abgegebene Erklärung werde inhaltlich zu Gunsten der Antragstellerin abgeändert werden. Es sei nicht zulässig, eine Verpflichtungserklärung für den Leistungsbereich „Erhaltung“ nachzufordern, denn dies würde zu einer vergaberechtlich unzulässigen Abänderung der Nachweise führen.

Es müsse zwischen der Verpflichtungserklärung des benannten Dritten nach § 6 d EU Absatz 1 Satz 2 VOB/A und dem Eignungsnachweis des vom Bieter/Bewerber für die Erbringung von Leistungen ausgewählten Dritten, § 6 d EU Abs. 1 Satz 4 VOB/A, unterschieden werden.

Aus diesen Gründen scheitere auch die von der Antragstellerin angeführte Behauptung, eine Korrektur ihres Teilnahmeantrages hätte im Rahmen der Aufklärung ermöglicht werden müssen. Es liege nicht der von der Antragstellerin behauptete „offensichtliche“ Fehler vor, der eine Korrektur durch die Vergabestelle ermöglichen würde. Es sei der Vergabestelle verwehrt, anstelle des tatsächlichen Inhalts des Teilnahmeantrages das Gewünschte zu erkennen, um dem Teilnahmeantrag den (gewünschten) Inhalt beizumessen.

Von einem offensichtlichen Eintragungsfehler, den die Antragstellerin für sich in Anspruch nehmen möchte, könne keine Rede sein. Die fehlenden Angaben im Formblatt 2 zu den Leistungsanteilen könne nicht mit der unzureichenden Reichweite der vorliegenden Verpflichtungserklärungen verknüpft werden.

Auch bestünde keine Pflicht zum Austausch der benannten Nachunternehmern. Die Antragstellerin übersehe, dass diese Pflicht zum Austausch nur insoweit existiere, wenn das vom Bieter benannte Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich der Bieter oder Bewerber zum Nachweis seiner Eignung berufen will, die einschlägigen Eignungsanfor-

derungen nicht erfüllen würde. Davon könne hier jedoch keine Rede sein. Die Eignung der [B und C] stünden im vorliegenden Fall nicht in Zweifel. Vielmehr fehle es der Antragstellerin selbst an der gebotenen Eignung, denn sie habe nicht die vollständigen Nachweise dafür vorgelegt, dass ihr die Kapazitäten der von ihr benannten [B und C] zur Verfügung stehen würden.

Schließlich könne die Antragstellerin auch nicht damit argumentieren, ihre Eignung könne auch ohne die [B und C] bejaht werden. Die dafür aufgestellte Behauptung, die Antragstellerin hätte ihre Eignung allein schon durch die Inanspruchnahme der A nachweisen können, treffe nicht zu. Die Antragstellerin habe selbst erklärt, dass die Firma A nur 50 % der Leistungen aus dem Leistungsbereich „Erhaltung“ erbringen solle.

Auf die streitgegenständlichen Verpflichtungserklärungen könne nicht verzichtet werden, weil diese wegen Konzerndurchgriffs entbehrlich wären. Die konzernrechtliche Verbundenheit zwischen der Antragstellerin und den eignungsleihenden Unternehmen genüge nicht. Es müsse immer eine verbindliche Erklärung im Sinne des Vertragsrechts abgegeben werden, aus der sich eindeutig ergebe, dass die verpflichtende Bereitschaft bestehe, im Falle des Zuschlags dem Bewerber/Bieter die benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen. Das Konzernrecht sei nicht geeignet, diesen vergaberechtlich geforderten Nachweis entbehrlich werden zu lassen.

13.

Mit Schriftsatz vom 07.07.2017 trug die Antragstellerin vor, dass sie bei ihrer Einschätzung bleibe. Die Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin sei vergaberechtlich falsch und beruhe auf Mutmaßungen zu Lasten der Antragstellerin, die durch die vergaberechtswidrig unterlassene Aufklärung und Nachforderung ohne weiteres hätte klargestellt werden können. Laut Vergabevermerk habe sich der Antragsgegner mit den aus der Sicht der Antragstellerin sprechenden Inhalten des Teilnahmeantrages zumindest ansatzweise, wenn auch unzureichend, auseinandergesetzt; jedoch beharre der Antragsgegner auf einer Wortlautgrenze. Die Auslegung nach §§ 133,157 BGB habe sich vom reinen Wortlaut zu lösen und das vom Erklärenden tatsächlich Gewollte zu ermitteln. Aus den für die C und B vorgelegten Verpflichtungserklärungen gemäß Formblatt 4 NU ergebe sich nicht, dass sich diese Unternehmen allein und ausschließlich für die ausdrücklich benannten Leistungsbereiche hätten verpflichten wollen. Einem solchen Verständnis stehe entgegen, dass für den Leistungsbereich „Erhaltung“ zugleich Referenzen unter Ziffer 4 des maßgeblichen Formblatts 4 NU ausdrücklich benannt worden seien.

Der Antragsgegner unterstelle den Betroffenen [B und C], dass diese in Formblatt 4 NU, Ziffer 3, abschließend und ausschließlich nur für die erklärten Leistungen sich hätten binden wollen. Der Antragsgegner übergehe den Umstand, dass die betroffenen Nachunternehmer ausdrücklich Referenzen für den Bereich der „Erhaltung“ „als benannte Nachunternehmen“ vorgelegt hätten.

Dem Wortlaut der Ziffer 3 von Formblatt 4 könne nicht entnommen werden, dass der erklärende Nachunternehmer sich nicht für andere Bereiche verpflichten wolle oder werde. Es handle sich hier um eine „*Positivklärung*“.

Die Antragstellerin bekräftigt, dass die ursprünglichen Verpflichtungserklärungen bereits die „Erhaltung“ mitumfassen würden. Die vorgelegten Verpflichtungserklärungen unter der Begriffsbezeichnung „Straßenbau“ würden die Erhaltungsarbeiten mitumfassen. Die vom Antragsgegner herangezogene Trennung der verschiedenen Leistungsbereiche gemäß Ziffer 3.6.4 VGU TNW betreffe allein das Formblatt 2 und die dort erwarteten Prozentangaben und nicht das Formblatt 4 NU. Es sei zu berücksichtigen, dass die [B und C] unter Ziffer 4 des Formblattes 4 NU ausdrücklich die von ihnen vorgelegten Referenzen für den Bereich „Erhaltung“ angeführt hätten. Die Gesamtheit der vorgelegten Unterlagen würde bestätigen, dass diese Unternehmen als Nachunternehmen zur Leistungsausführung auch im Bereich der „Erhaltung“ nicht nur vorgesehen seien, sondern dies auch so gewollt sei. Dementsprechend sei die Verpflichtungserklärung gemäß Formblatt 4 NU entsprechend auszulegen. Im Rahmen der Auslegung müsse auch die Gesamtheit der von der Antragstellerin eingereichten Teilnahmeunterlagen berücksichtigt werden. Die Interessenlage der Antragstellerin und der sich verpflichtenden Nachunternehmen könne nicht unberücksichtigt bleiben. Die Bewerbung sei von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen, wenn auf Seiten der Nachunternehmer nicht die Bereitschaft bestanden hätte, sich für den von ihnen als benannte Nachunternehmen angegebenen Referenzbereich zu verpflichten. Im Fall der sogenannten Eignungslleihe würden dazu auch die entsprechenden Verpflichtungserklärungen gehören. Auch bei den Nachunternehmen müsse die Notwendigkeit zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung als bekanntes Wissen vorausgesetzt werden. Eine sinnvolle Auslegung könne daher nur zum sachgerechten Ergebnis führen, dass sich die Nachunternehmen auch für den Leistungsbereich „Erhaltung“ verpflichten wollten. Im Rahmen der Gesamtschau müsse auch berücksichtigt werden, dass die [B und C] entsprechende Verpflichtungserklärungen für den Leistungsbereich „Erhaltung“ nachgereicht hätten.

14.

Der Vorsitzende hat die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB, zuletzt bis einschließlich 18.08.2017, verlängert.

15.

Mit Schriftsatz vom 21.07.2017 nahm der Antragsgegner zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 07.07.2017 Stellung:

- Die Vergabestelle habe mit der Vorinformation die Eignungskriterien ordnungsgemäß bekannt gemacht. Die Beanstandung sei wegen der fehlenden Rüge bereits unzulässig.
- Soweit die Bewerberin ihre Eignung durch die Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen stützen möchte, sei die Vorlage verpflichtender Zusagen zumutbar. Auch diese Beanstandung sei wegen einer fehlenden Rüge vor Einreichung des Nachprüfungsantrages bereits unzulässig.
- Die Auslegung der Verpflichtungserklärungen der Firmen B und C könne nicht zu dem Ergebnis führen, dass die Bewerberin damit selbst ihre Eignung nachgewiesen habe. Der Erklärungsinhalt der Nachunternehmererklärung gemäß Formblatt 4 NU könne nur aus Ziffer 3 des Formblattes 4 NU abgeleitet werden. Die Argumentation der Antragstellerin beruhe allein darauf, dass die Erklärungen der Firmen B und C in dem nun gewünschten Sinn der Antragstellerin ausgelegt werden müsse. Auch die von der Antragstellerin vorgebrachten „Gesamtumstände“ würden keine andere Auslegung ermöglichen. Auch könne nicht der Schluss gezogen werden, die nachgereichten Verpflichtungserklärungen hätten das ursprünglich Gewollte widerspiegelt. Es sei vergaberechtlich unzulässig, wenn nachträgliche Äußerungen zum Gegenstand von sich dadurch ändernden Erklärungsinhalten gemacht würden. Außerdem würden nachgereichte Erklärungen keinerlei Indizien dafür ergeben, welchen Inhalt die ursprünglich vorgelegten Verpflichtungserklärungen aufweisen sollten.
- Es bestehe auch keine weitergehende Aufklärungspflicht. Die unzureichende Bewerbung der Antragstellerin könne nicht so lange und mit so gezielten Fragen aufgeklärt werden, bis die Eignung der Antragstellerin als gegeben erachtet werde.
- Auch die von der Antragstellerin behauptete Nachforderungsverpflichtung bestehe nicht. Die eingereichten Verpflichtungserklärungen der Firmen B und C seien inhaltlich unzureichend. Die sich verpflichtenden Nachunternehmen hätten den Inhalt und die Reichweite ihrer Erklärung aus dem Formblatt 4NU selbst bestimmen können. Der Inhalt der vorliegenden Erklärungen der Firmen B und C aus

den Formblättern 4 NU müsse so verstanden werden, dass keine weiteren Erklärungen abgegeben werden sollten.

16.

Mit weiteren Schriftsätzen vertiefen die Beteiligten ihrem Sachvortrag. Auf deren Inhalt sowie den kompletten Inhalt der Akten wird Bezug genommen.

17.

In der mündlichen Verhandlung am 03.08.2017 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Begründung:

1.

Der Antrag ist nur teilweise zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig. Nach § 159 Abs. 2 Satz 1 GWB ist die Vergabekammer des jeweiligen Bundeslandes zuständig, wenn – wie hier - das Vergabeverfahren von einem Land im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund durchgeführt wird.

b)

Gemäß der Vorabinformation handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag nach § 103 Absatz 3 GWB, der Betreiber- und Finanzierungskomponenten mit einschließt. Der maßgebliche Schwellenwert wird durch das Auftragsvolumen bei weitem überschritten.

c)

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

d)

Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt und hat den am xx.xx.xxxx mitgeteilten Ausschluss vom Vergabeverfahren durch Anwaltsschreiben vom xx.xx.xxxx fristgerecht gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt

Mit der Einreichung der Teilnahmeantragsunterlagen im Rahmen der Interessenbestätigung hat sie ihr Interesse am Auftrag schlüssig dargetan. Durch die behauptete Rechtsverletzung droht der Antragstellerin auch ein Schaden (§ 160 Abs. 2 GWB), da sie vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden soll und damit gehindert wäre, ein Angebot abzugeben.

e)

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am xx.xx.xxxx war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die einem Antragsteller nach der Rügezurückweisung vom xx.xx.xxxx zur Verfügung steht.

f)

Unzulässig ist die von der Antragstellerin erstmals im Nachprüfungsantrag vorgetragene Beanstandung, dass der Antragsgegner entgegen dem eindeutigen Wortlaut von § 122 Abs. 4 GWB Eignungsanforderungen nicht wirksam bekannt gemacht habe.

Die Antragstellerin hat hier – obwohl der behauptete Vergabeverstöß für sie erkennbar war – entgegen § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB bis zur Abgabe des Teilnahmeantrages keine Rüge erhoben. Nachdem eine spezialisierte Anwaltskanzlei den Teilnahmeantrag juristisch begleitet hat und auch die Bewerberin detaillierte Kenntnisse im Vergaberecht besitzt, geht die Vergabekammer davon aus, dass der behauptete Vergabeverstöß für die Antragstellerin erkennbar war.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin löst auch eine Vorinformation eine Rügeobliegenheit aus, wenn - wie im konkreten Fall - die Vorinformation gemäß § 12 EU Abs. 2 VOB/A als Aufruf zum Wettbewerb bekannt gegeben wurde (Horn/Hofmann in Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar GWB 4. Teil, 3. Aufl., § 160 Rn. 52).

Der Antragsgegner hat in der Vorinformation bezüglich der Eignungsanforderungen zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit unter III.1.3) mit einem Link auf den Anhang zur Vorabinformation und somit auch auf die Eignungsanforderungen verwiesen. Nach Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 122 GWB, Rn. 53 ist eine solche Verlinkung zulässig. Somit wäre der behauptete Vergabeverstöß - dass die Eignungskriterien nicht wirksam bekannt gemacht worden seien – auch in der Sache nicht erfolgreich. Die Vergabekammer kann sich der Auffassung der Antragstellerin nicht anschließen, dass es erforderlich wäre, dass die Eignungskriterien in der Vorinformation wörtlich aufgeführt werden müssen. Maßgeblich ist, dass ein Interessent bereits aufgrund der Vorinformation erkennen kann, ob er die festgelegten Eignungskrite-

rien erfüllen kann. Im konkreten Fall konnte der Interessent mittels des frei zugänglichen Internetlinks unmittelbar auf den Anhang zur Vorinformation zugreifen. Somit konnte sich der Interessent sofort über die Eignungsanforderungen informieren (so auch Opitz in Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar GWB 4. Teil, 3. Aufl., § 122 Rn. 98). Die Antragstellerin hat ihren Teilnahmeantrag am xx.xx.xxxx bei der Vergabestelle eingereicht und bis zum Ablauf dieser Frist keine Rüge erhoben. Die Beanstandung, dass Eignungskriterien nicht wirksam bekannt gemacht worden wären, ist somit gemäß § 160 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 GWB unzulässig.

g)

Gleiches gilt, soweit die Antragstellerin erstmals im Nachprüfungsverfahren vorträgt, dass die Forderung der Vergabestelle unzumutbar sei, schon im Rahmen der Interessenbestätigung die Benennung von Nachunternehmen zu verlangen und Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmen zu fordern. Die Rechtsprechung des BGH v. 10.06.2008 - X ZR 78/07 zur Frage, in welchem Umfang schon bei Abgabe des Teilnahmeantrages Verpflichtungserklärungen vorgelegt werden müssen, sollte für die Antragstellerin, die während des Bewerbungsverfahrens anwaltlich unterstützt wurde, eine geläufige vergaberechtliche Fragestellung sein. Soweit die Antragstellerin sich nun darauf berufen möchte, dass die Vorlage von Verpflichtungserklärungen unzumutbar sei, hätte sie eine entsprechende Rüge bis zur Einreichung des Teilnahmeantrages erheben müssen. Somit ist auch dieses Vorbringen der Antragstellerin gemäß § 160 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 GWB unzulässig.

Die Vergabeunterlagen verlangen zudem nicht zwingend, dass der Bewerber immer Nachunternehmen benennen muss, sondern nur diejenigen, auf deren Eignung sich der Bewerber zum Beleg seiner eigenen Eignung beruft (siehe Bewerberfragen, Frage 63). Nachdem hier im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb gerade die Eignung der Bewerber festgestellt werden soll und der Bewerber im Rahmen der Eignungslleihe die Möglichkeit hat, seine Eignung durch Nachunternehmen nachzuweisen, ist die Vergabestelle gemäß § 6 d EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A berechtigt, die Vorlage solcher Verpflichtungserklärungen zu verlangen. Gerade weil die Bewerberin über die Eignungslleihe für den Leistungsbereich „Erhaltung“ ihre eigne Eignung nachweisen möchte, muss sie im eigenen Interesse diese Nachunternehmen benennen und entsprechende Verpflichtungserklärungen beilegen. Somit ist der behauptete Vergaberechtsverstoß auch materiell zurückzuweisen, denn im konkreten Fall sind die Verpflichtungserklärungen der C und B zwingend erforderlich, damit die Bewerberin selbst ihre Eignung nachweist.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, auch begründet.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten nach § 97 Abs.6 GWB verletzt.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vom Teilnahmewettbewerb ist vergabe-rechtswidrig.

a)

Die Antragstellerin hat ihre Eignung entsprechend den Vergabebedingungen VGU TNW nachgewiesen. Nach Auffassung der Vergabekammer sind die Verpflichtungserklärungen gemäß Formblatt 4 NU der Firmen B und C im Rahmen der Auslegung der Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB dahingehend zu interpretieren, dass sich diese beiden Unternehmen auch für den Leistungsbereich „Erhaltung“ verpflichtet haben. Deshalb ist der Ausschluss des Teilnahmeantrages vom Vergabeverfahren rechtswidrig.

Die Verpflichtungserklärungen gemäß Formblatt 4 NU der Fa. B und der Fa. C leiden zwar tatsächlich an dem Mangel, dass in Ziffer 3 der jeweiligen Verpflichtungserklärung in Verbindung mit Ziffer 5 der Bereich „Erhaltung“ nicht explizit erwähnt ist.

Allerdings ist bei der Auslegung der beiden Verpflichtungserklärungen nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gemäß §§ 133,157 BGB der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn der Willenserklärung zu haften (Herrler in Staudinger/Singer (2017) BGB § 133 Rdnr. 3).

Die Auslegung vollzieht sich in zwei Stufen: Grundlage und erste Stufe der Auslegung ist die Feststellung des Erklärungsstatbestandes (Soergel/Hefermehl Rn 15; Münch-Komm/Busche Rn 54; Palandt/Ellenberger Rn 5; BGH NJW-RR 1992, 772, 773), seine Deutung bildet die zweite Stufe. Zum Erklärungsstatbestand gehören alle Tatsachen, die den Gegenstand der Auslegung verkörpern sowie die Hilfsmittel, aus denen Rückschlüsse auf ihren Inhalt gezogen werden können. Diese bilden das „Material“ der Auslegung (vgl. BGH NJW 1984, 721, 722), für das folglich die allgemeinen Grundsätze über die Behauptungs- und Beweislast im Prozess gelten (vgl. Rn. 77). Die Sinndeutung selbst ist dagegen nicht mehr Tatsachenfeststellung, sondern Akt normativer Wertung und daher Rechtsfrage (BGH NJW 1984, 721, 722; Larenz, AT § 19 II h = S 352; Palandt/Ellenberger Rn 5, 29; zur prozessualen Bedeutung der Unterscheidung unten Rn. 77 ff). Auslegungsgegenstand ist das Verhalten des Erklärenden, dem die Bedeutung einer Willenserklärung zukommt, also die Worte, Zeichen oder Gebärden, deren sich dieser zur Verlautbarung seines Rechtsfolgewillens bedient. (Herrler in Staudinger/Singer (2017) BGB § 133 Rdnr. 8).

Bei der Auslegung der Verpflichtungserklärungen gemäß Formblatt 4 NU für die B und C sind deshalb die nachfolgenden Umstände maßgeblich, die nach Auffassung der Vergabekammer dafür sprechen, dass die o.g. Firmen sich als Nachunternehmer für den Bereich „Erhaltung“ gemäß Formblatt 4 NU gegenüber der Antragstellerin verpflichtet haben.

Die beiden Firmen haben in Ziffer 4 der Verpflichtungserklärung Formblatt 4 NU auf ihre jeweilige Referenz gemäß Formblatt 7 ER Bezug genommen. Die Vergabekammer ist der Auffassung, dass die Erwähnung der Referenzen dafür spricht, dass die Nachunternehmer B und C sich auch für den Leistungsbereich „Erhaltung“ rechtsverbindlich verpflichten wollten. Die gegenteilige Auffassung der Vergabestelle – nämlich dass die [B und C] bewusst nur in Ziffer 4 die Referenzen aufgeführt hätten und bei Ziffer 3 des Formblattes 4 NU bewusst den Leistungsbereich „Erhaltung“ ausgelassen hätten, widerspricht den Gesamtumständen und überzeugt die Vergabekammer nicht.

Wenn tatsächlich kein Bindungswille für die Erhaltungsmaßnahmen bestanden hätte, wie die Vergabestelle behauptet, dann spräche viel dafür, dass die [B und C] auch in Ziffer 4 nicht auf die jeweilige Referenz „Erhaltung“ hingewiesen hätten.

Aus den Gesamtumständen kann aus Sicht der Vergabekammer nur der Schluss gezogen werden, dass die B und C, die in den ... Konzern eingebunden sind, für den Leistungsbereich „Erhaltung“ die notwendige Verpflichtungserklärungen abgeben wollten. Die Vergabestelle hat keine überzeugende Erklärung, weshalb die Bewerberin und die konzerneingebundenen Nachunternehmer B und C den Aufwand der Bewerbung und der Beibringung der Referenzen auf sich nehmen sollten, damit der Teilnahmeantrag an dem fehlenden Wort „Erhaltung“ in Formblatt 4 NU scheitert. Die Vergabestelle versucht aus den abgegebenen Erklärungen der Nachunternehmer Rückschlüsse zu ziehen, die nicht in das Gesamtbild des Teilnahmeantrages passen.

Die Vergabestelle berücksichtigt auch nicht, dass die beiden Nachunternehmer mit Schreiben vom 08.05.2017 inzwischen ergänzende Verpflichtungserklärungen für den Leistungsbereich „Erhaltung“ abgegeben haben. Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bewiesen oder sogar zugestanden (BGHZ 86, 41, 46 m.w.N.), und hat der andere Teil (hier: die Antragstellerin, die Adressatin der Verpflichtungserklärung gemäß Formblatt 4 NU ist) sie ebenfalls in diesem Sinne verstanden, dann bestimmt dieser Wille (von Sonderfragen z.B. bei Formbedürftigkeit oder Genehmigungsbedürftigkeit abgesehen) den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne

dass es auf Weiteres ankommt. Denn der wirkliche Wille des Erklärenden geht, wenn alle Beteiligten die Erklärung übereinstimmend in eben diesem selben Sinne verstanden haben, nicht nur dem Wortlaut, sondern jeder anderweitigen Interpretation vor (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1983 – IVa ZR 80/82 –, Rn. 13, juris zitiert in OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2009 – VII-Verg 9/09 –, Rn. 20, juris). So liegt der Fall hier. Somit wurde bestätigt, dass es der Wille der Firmen B und C war, sich auch als Nachunternehmer für den Bereich „Erhaltung“ zu verpflichten.

Nach alledem legt die Vergabekammer die Verpflichtungserklärungen B und C so aus, dass bereits mit dem Teilnahmeantrag auch eine Verpflichtungserklärung für den Leistungsbereich „Erhaltung“ abgegeben wurde. Mit den beiden Aufklärungsersuchen der Vergabestelle und den beiden Schreiben der Bewerberin vom 20.04.2017 und 08.05.2017 bestand aus Sicht der Vergabekammer kein Zweifel mehr, dass die Antragstellerin auch für den Leistungsbereich „Erhaltung“ ausreichende Verpflichtungserklärungen der Firmen B und C vorgelegt hat.

b)

Zudem wäre die Vergabestelle gemäß § 16a EU VOB/A verpflichtet gewesen, die fehlenden Verpflichtungserklärungen für den Leistungsbereich „Erhaltung“ nachzufordern, nachdem sie (nach Auffassung der Vergabekammer zu Unrecht) die Auffassung vertritt, dass die bereits eingereichten Verpflichtungserklärungen nicht den Leistungsbereich „Erhaltung“ abdecken würden.

Übereinstimmend haben die Beteiligten erklärt, dass die Vergabestelle keine Vorgaben gemacht hat, in welcher Form die Bewerberin den Nachweis zu führen hat, dass ihr die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stehen werden. Die Vergabestelle hat eingeräumt, dass es zulässig gewesen wäre, wenn die Nachunternehmen für die verschiedenen Leistungsbereiche eigenständige Formblätter 4 NU abgegeben hätten. Somit ist es nach Auffassung der Vergabekammer auch zwingend geboten, für den Leistungsteil „Erhaltung“ die insoweit fehlenden Verpflichtungserklärungen für den Leistungsbereich „Erhaltung“ separat nach § 16 a EU VOB/A nachzufordern.

Der Argumentation der Vergabestelle, es wären durch die B und C bereits inhaltlich abschließende Verpflichtungserklärungen abgegeben worden, die nicht der Möglichkeit der Nachforderung unterliegen würden, kann sich die Vergabekammer nicht anschließen. Die Vergabestelle hätte nicht von inhaltlich abschließenden Verpflichtungserklärungen ausgehen dürfen. Nach Überzeugung der Vergabekammer haben die beiden Nachunternehmen

einfach übersehen, in Ziffer 3 des Formblattes 4 NU den Leistungsbereich „Erhaltung“ aufzuführen. Somit liegen unvollständige Verpflichtungserklärungen vor, die entsprechend ergänzt werden können. Die Argumentation der Vergabestelle vermag nicht zu überzeugen, dass die B und C bewusst den Leistungsbereich „Erhaltung“ nicht in Ziffer 3 aufgeführt haben. Nur für den Fall, dass es tatsächlich nachvollziehbare Anhaltspunkte für ein bewusstes Weglassen des Leistungsbereiches „Erhaltung“ in Ziffer 3 Formblatt 4 NU gäbe, wäre der Vergabestelle zuzustimmen, dass die Nachunternehmen abschließende Verpflichtungserklärung abgeben wollten, die nicht mehr inhaltlich ergänzt werden dürften. Ein solcher Fall ist hier aber nicht gegeben.

Nach Auffassung der Vergabekammer liegen hier offensichtliche Denkfehler der Nachunternehmen beim Verfassen der Verpflichtungserklärungen vor, die durch Nachforderung von ergänzenden Verpflichtungserklärungen behoben werden können (so auch OLG München vom 29.07.2010, Verg 9/10). Seit der Änderung der VOB/A 2009 soll verhindert werden, dass Bieter wegen vermeidbarer Versäumnisse aus dem Wettbewerb ausgeschlossen werden (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.09.2015, § 16 VOB/A Rn. 374).

Es sind keine Umstände ersichtlich, die vermuten lassen, dass die [B und C] bewusst für den Leistungsbereich „Erhaltung“ keine Verpflichtungserklärung abgeben wollten. Die Vergabekammer geht nach der mündlichen Verhandlung davon aus, dass die Nachunternehmen lediglich übersehen haben, in Formblatt 4 NU Ziff. 3 das Wort „Erhaltung“ explizit zu nennen. Die Vergabestelle ist verpflichtet, der Antragstellerin die Möglichkeit zur Vervollständigung der Verpflichtungserklärung zu geben.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a)** Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Antragstellerin nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

- d) Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. In § 182 Absatz 2 Satz 1 GWB wird bestimmt, dass sich die Höhe der Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens richtet. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und im Einzelfall auf 100.000 Euro erhöht werden kann, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind.

Die Voraussetzung für eine Ausschöpfung des regulären Gebührenrahmens nach oben und für die ausnahmsweise Erhöhung der Gebühr auf bis zu 100.000 Euro sieht die Vergabekammer hier als gegeben an. Bei dem streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahren handelt es sich um ein solches mit einem außergewöhnlich hohen Auftragswert von ca. Euro. Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens sind zudem schwierige Rechtsfragen, die die Durchführung der Eignungsprüfung betreffen. Die im Verfahren eingereichten Schriftsätze waren ungewöhnlich umfangreich und neuer Tatsachen- und Rechtsvortrag wurde mehrfach nachgeschoben. Aus diesem Grund überschreitet der Aufwand der Vergabekammer den eines regelmäßig vorkommenden umfangreichen und schwierigen Verfahrens erheblich und rechtfertigt eine Erhöhung der Gebühr wegen außergewöhnlichen Aufwands über die 50.000 Euro hinaus auf die maximal zulässige Gebühr von 100.000 €.

- e) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.
Die Vergabestelle ist gem. § 182 Abs. 1 GWB i.V.m § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....