

Leitsätze:

1. Ein Antrag ist unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden (§ 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB). Eine Rügepräklusion wegen unterbliebener Rüge tritt bei ins Auge fallenden Rechtsverstößen ein, d.h. der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots auffallen muss.
2. Auszuschließen sind Angebote, bei denen der Bieter Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorgelegt hat.
3. Nach § 6b EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A sind Eigenerklärungen, die als vorläufiger Nachweis dienen, von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu bestätigen. Werden die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch genommen, so muss die Nachweisführung auch für diese Unternehmen erfolgen.

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

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

**Beigeladene:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( **Beigeladene - BGI** )

**Bauvorhaben:** .....

**Fachlos:** **Baumeisterarbeiten**

**Vergabeverfahren:** **Offenes Verfahren nach § 3 EU Nr. 1 VOB/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 28.11.2016 durch die Vorsitzende ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

### **Beschluss:**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin und die Vergabestelle tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Vergabestelle war notwendig.
4. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin und der Vergabestelle werden gegeneinander aufgehoben.
5. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
6. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €  
Auslagen sind nicht angefallen.
7. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Die VSt schrieb Baumeisterarbeiten ..... im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Die Bekanntmachung enthält folgende Festlegungen und Informationen:

- „ I.3) **Kommunikation**  
Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter: [www.vergabe.bayern.de](http://www.vergabe.bayern.de)

#### **Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben**

- III.1) **Teilnahmebedingungen**  
III.1.1) **Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister**  
Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:  
Siehe Vergabeunterlagen.
- III.1.2) **Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**  
III.1.3) **Technische und berufliche Leistungsfähigkeit “**

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (FB 211 EU) ist festgelegt, dass die Teilnahmebedingungen EU (FB 212EU) zu beachten sind. Zudem sind nach Ziffer c)

des FB 211 EU das Angebotsschreiben (FB 213.H), eine Eigenerklärung zur Eignung - EU (FB 124EU) und das FB 235 - Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen - mit dem Angebot einzureichen. In den Vergabeunterlagen ist dem FB 124 EU das FB 444 Referenzbescheinigung angeheftet.

Auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle sind die Verpflichtungserklärungen anderer Unternehmen (FB 236) einzureichen.

## 2.

Am Wettbewerb beteiligt haben sich 18 Bieter. Zum Eröffnungstermin am xx.xx.xxxx liegt das Angebot der ASt mit x.xxx.xxx,xx € brutto auf Rang 1, das Angebot der BGI mit x.xxx.xxx,xx € brutto an zweiter Stelle.

## 3.

Unter Ziffer 2.8 des Nachforderungsschreibens (FB 3216) vom xx.xx.xxxx forderte die VSt die ASt auf, innerhalb 6 Tage u.a. „*alle in der Eigenerklärung zur Eignung - 124 genannten Bestätigungen und Nachweise für benannte Nachunternehmer bzw. andere Unternehmer*“ vorzulegen.

Mit Schreiben vom xx.xx.xxxx legte die ASt Unterlagen vor. Im FB 235 zeigt sie verschiedene Arbeiten zu Weitervergabe an und benennt hierfür den Namen des Nachunternehmens. Für die Betonstahlverlegungsarbeiten der Pos. 5.4.1 - 5.4.5 gibt sie die Firma Y. als Nachunternehmer an. In den eingereichten Unterlagen finden sich die Eigenerklärung zur Eignung (FB 124) und die Verpflichtungserklärung (FB 236) des Nachunternehmers Fa. Y., die Referenzen und ihre Bescheinigung (FB 444) fehlen.

## 4.

Mit Telefax vom 07.09.2016 teilte die VSt mit, dass die ASt nach § 6e EU Abs. 6 VOB/A ausgeschlossen worden sei, und begründete dies mit der Kündigung der ASt bei der Maßnahme ..... Die Kündigung sei nach § 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B wegen schuldhafter Verzögerung des Ausführungsbeginns und i.V.m. § 5 Abs. 3 VOB/B wegen unzureichender Besetzung der Baustelle erfolgt.

Es sei beabsichtigt, der BGI am 19.09.2016 den Zuschlag zu erteilen.

## 5.

Mit Schreiben vom 08.09.2016 rügte die ASt ihren Ausschluss. Dieser könne nicht mit der Kündigung des Neubaus ..... begründet werden.

Die VSt hat am 12.09.2016 die Rüge zurückgewiesen.

**6.**

Am 16.09.2016 beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und kündigte folgende Anträge an:

1. Der VSt wird es untersagt, die ASt nach § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A bzw. § 6e VS Abs. 6 Nr. 7 VOB/A auszuschließen.
2. Der VSt wird es untersagt, das Angebot der ASt vom xx.xx.xxxx wegen behaupteter Unklarheit der Angaben zum Nachunternehmereinsatz oder wegen nicht fristgerecht vorgelegter Angaben zur Kalkulation auszuschließen.
3. Die Kosten der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts auf Seiten der ASt war zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt notwendig. Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet.

Der von der VSt herangezogene Ausschlussgrund liege nicht vor. Die ASt bestreite, dass bei der Baumaßnahme ..... Kündigungsgründe gem. § 8 Abs. 3 VOB/B vorgelegen hätten.

Weiterhin werde bestritten, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss gem. § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A vorliegen würden.

Gerade in Anbetracht der äußerst komplexen Sachverhalte, die die VSt zur Auftragsentziehung beim Bauvorhaben ..... veranlasst hätten, würde es einer Vorverurteilung der ASt gleichkommen, wenn einseitig die Sichtweise der VSt zugrunde gelegt werden würde. Ob hier ein Kündigungsgrund i.S.v. § 8 Abs. 3 VOB/B vorliegen würde oder ob es sich um eine freie Auftraggeber Kündigung gem. § 8 Abs. 1 VOB/B handelte, werde im Rahmen eines Bauprozesses vor dem Landgericht ..... zu klären sein.

Die ASt habe mit ihren Leistungen an ..... begonnen, habe dann aber aufgrund unklaren Vertragsolls ihre Leistungen nicht fortsetzen können. Ungeachtet der Kooperationsbereitschaft der ASt habe die VSt keine Lösungen gesucht, sondern habe sich der aufgetretenen Probleme durch Auftragsentziehung „entledigen“ wollen.

Aus dem Umstand, dass bei einer Baumaßnahme aufgrund spezieller Problemstellungen Meinungsverschiedenheiten aufgetreten seien, könne nicht abgeleitet werden, dass der Bieter bei einem anderen Bauvorhaben ungeeignet sei.

**7.**

Mit Schreiben vom 16.09.2016 übermittelte die VK den Nachprüfungsantrag an die VSt.

**8.**

Am 23.09.2016 beantragt die VSt

1. Die Anträge zu 1) und 2) werden zurückgewiesen.
2. Hilfsweise: Die Antragstellerin wird verpflichtet, die Kalkulation für die Leistungspositionen 01.02.0001, 01.02.0002 und 01.02.0003 vorzulegen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet.

**a)** Der Ausschluss von dem Vergabeverfahren resultiere aus einer außerordentlichen Kündigung gemäß §§ 8 Abs. 3, 5 Abs. 3 und 4 VOB/B der Rohbauarbeiten bei der Baumaßnahme .....

Die ASt habe für die Baumaßnahme den Auftrag erhalten, vertraglicher Ausführungsbeginn sei der 15.06.2016 gewesen. In nennenswertem Umfang seien die Arbeiten zu keinem Zeitpunkt aufgenommen worden.

Im Leistungsverzeichnis sei angegeben, dass es einen Altlastenverdacht gebe. Beim überwiegenden Teil des bei der Baumaßnahme anfallenden und zu entsorgenden Bodens handele es sich um künstliche Auffüllungen aus einer schwerindustriellen Vornutzung. Weiter heiße es in der Leistungsbeschreibung, Hauptschadstoffparameter seien Schwermetalle und PAK, die als „gefährliche Abfälle“ zu entsorgen seien. Im Titel 03 – Entsorgung und Verwertung seien insbesondere die LV-Positionen 03.02.0011 und 03.02.0012 enthalten, welche die Entsorgung gefährlicher Abfälle (DK III-Material) beschreiben würden.

Dem Leistungsverzeichnis hätten zwei Geotechnische Berichte sowie eine Anlage „Auswertung Analyse Erdaushub“ beigelegt. Aus den Tabellen sei ersichtlich, dass an organischen Schadstoffen PAK sowie an anorganischen Schadstoffen die Schwermetalle Blei und Kupfer, untergeordnet Arsen und Zink, die relevanten Schadstoffparameter bei den Erdarbeiten seien. Die Maximalkonzentrationen an Blei und Kupfer hätten in einzelnen Proben so hoch gelegen, dass der Erdaushub als gefährlicher Abfall nach Abfallverzeichnisverordnung (AW) einstufen sei.

Gleichwohl sei von der ASt bzgl. des Entsorgens von schadstoffbelastetem Material die Frage aufgeworfen worden, ob und in welchem Umfang bzw. welcher Art und Weise dies seitens der ASt geschuldet sei. Die ASt habe reklamiert, auf Arbeiten im kontami-

nierten Bereich sei der eigene Betrieb nicht eingerichtet. Sie sei ein „Hochbaubetrieb“ und es fehle ihr für entsprechende Arbeiten an der erforderlichen Fach- und Sachkunde, ihre Mitarbeiter seien arbeitsvertraglich nicht verpflichtet, Arbeiten in kontaminierten Bereichen auszuführen.

Am 27.07.2016 habe bei der VSt eine Besprechung mit der ASt stattgefunden. Die ASt habe in Aussicht gestellt, dass sich über einen Nachunternehmer und einen entsprechenden Nachtrag eine Möglichkeit finden werde, wonach die Arbeiten ausgeführt werden könnten. Das Nachtragsangebot datiert vom 11.08.2016 belaufe sich auf xxx.xxx,xx €. Die ursprüngliche Auftragssumme habe x.xxx.xxx,xx € betragen. Diese Mehrkostenanmeldung habe die VSt am 17.08.2016 zurückgewiesen. Auf Grund der Angaben im Leistungsverzeichnis sei eine Kontaminierung des Bodens den Bietern bekannt gewesen und erforderliche Arbeitsschutzmaßnahmen hätten bei der Angebotserstellung berücksichtigt werden müssen.

Im Schreiben vom 24.08.16 habe die ASt dann mitgeteilt, dass es sich bei besonderen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen für Arbeiten in kontaminierten Bereichen um besondere Leistungen gemäß Abschnitt 4.2.5 ATV DIN 18299 handele. Diese Leistungen seien kein Bestandteil des geschlossenen Bauvertrags und durch die Antragstellerin nicht geschuldet.

Da die Antragstellerin die Arbeiten nicht aufgenommen habe, sei ihr nach vorheriger Androhung am 05.09.2016 die außerordentliche Kündigung ausgesprochen worden.

**b)** Das Angebot der ASt sei bezüglich des Einsatzes von Nachunternehmern widersprüchlich. Das mit dem Angebot vorgelegte Formblatt 221 weise keine Nachunternehmerleistungen aus. Das Angebotsschreiben und das Formblatt 235 enthielten Angaben zu Nachunternehmern. Das mit Angebot vorgelegte Formblatt 221 könne deshalb nicht die Angebotskalkulation darstellen.

Zudem habe die ASt die Unterlagen nicht vollständig vorgelegt. Es fehlten die geforderten Referenzbescheinigungen gem. Pkt. 2.8 Formblatt 3216 des für die Betonstahlverlegung benannten Nachunternehmers.

**c)** Zudem müsse die ASt wegen Mischkalkulation ausgeschlossen werden. Die ASt habe bei der Position „01.02.0001 Baustelleneinrichtung aufbauen“ einen weit überhöhten Angebotspreis abgegeben, der in Zusammenhang mit anderen sehr niedrig kalkulierten Positionen 01.02.0002 (Baustelleneinrichtung vorhalten) und 01.02.0003 (Baustelleneinrichtung räumen) zu sehen sei. Mithin bestehe die Vermutung, dass Preisbestandteile auf die Position 01.02.0001 umverlagert worden seien.

**9.**

In ihrer Stellungnahme vom 06.10.2016 erwiderte die ASt:

**a)** Bei der Baumaßnahme „.....“ liege mangels Kündigungsgrund eine freie Kündigung nach § 649 BGB bzw. § 8 Abs. 1 VOB/B vor. Eine Gesamtschau ergebe, dass hier eine gravierende Pflichtverletzung bzw. ein grobes Verschulden, welches vergaberechtlich relevant sein könnte, nicht bei der ASt gesehen werden könne. Die freie Auftraggeberkündigung und die Konsequenzen daraus seien in einem Zivilprozess vor dem Landgericht ..... zu klären.

Auf die ausgeführten Details im Schriftsatz wird verwiesen.

**b)** Die ASt habe die geforderten Unterlagen zur Überprüfung der fachlichen Eignung der Nachunternehmer vollständig vorgelegt. Referenzbescheinigungen des Nachunternehmers für die Betonstahlverlegung habe die ASt noch nicht vorgelegt, weil diese von der VSt nicht verlangt worden seien. Eine Erklärung, deren Nichtvorlage zum Ausschluss führe, müsse klar und unmissverständlich in den Vergabeunterlagen gefordert werden. Missverständliche oder unklare Anforderungen könnten einen Ausschluss nicht rechtfertigen, sondern würden zu Lasten der VSt als Verfasser der Vergabeunterlagen gehen.

**c)** Es liege keine Mischkalkulation vor. Der Umstand, dass ein Bieter bei einer Position aus Sicht des Auftraggebers ungewöhnlich hohe und bei anderen Positionen ungewöhnlich niedrige Einheitspreise anbiete, stelle für sich gesehen keine Mischkalkulation dar.

**10.**

Die Vergabekammer hat am 10.10.2016 die Fa ..... zum Verfahren beigelegt.

**11.**

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der ASt am 12.10.2016 Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt.

**12.**

Mit Schriftsatz vom 17.10.2016 führt die BGI aus:

**a)** Das Angebot der ASt sei nach § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A auszuschließen, weil die ASt eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags mangelhaft erfüllt habe und dies zu einer vorzeitigen Beendigung geführt habe.

Die VSt habe mit zutreffenden Gründen darauf verwiesen, dass die von ihr bei dem Bauvorhaben „.....“ ausgesprochene fristlose Kündigung des Bauvertrages mit der ASt

in dem hiesigen Vergabenaachprüfungsverfahren berücksichtigt werden kann, ohne dass diese zunächst vorab gerichtlich abschließend bestätigt worden sei.

Ein Unternehmen dürfe bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB bzw. auch nach § 6e EU Abs. 6 VOB/A höchstens für einen Zeitraum von 3 Jahre ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (§ 126 Nr. 2 GWB bzw. § 6f EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A). Dies zeige, dass der Gesetzgeber die Dauer des Ausschlusses wegen fehlender Integrität an das betreffende Ereignis und nicht an eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung geknüpft habe.

Die Kündigung durch die VSt sei auch gerechtfertigt. Die ASt habe sich geweigert, nach Zuschlag ihren Leistungspflichten nachzukommen. Sie habe sich darauf berufen, auf die zu erbringenden Leistungen nicht eingerichtet zu sein, und habe die Erbringung der geschuldeten Leistungen von einer zusätzlichen Vergütung abhängig gemacht, auf die die ASt rechtlich keinen Anspruch gehabt habe.

**b)** Das Angebot der ASt sei auszuschließen, weil sie Nachweise nicht innerhalb der dafür gesetzten Frist vorgelegt habe.

In Ziffer 8.1 der Teilnahmebedingungen EU (Formblatt 212 EU) sei für nicht präqualifizierte Nachunternehmer eindeutig vorgegeben, dass sie ihre Eignung auf gesondertes Verlangen durch Bescheinigungen zuständiger Stellen nachzuweisen haben.

Mit Schreiben vom 8.8.2016 habe die VSt die ASt aufgefordert, bestimmte Unterlagen zum Nachweis der Eignung bis spätestens 15.8.2016 vorzulegen.

Sie habe hierfür das Formblatt 3216 benutzt. Gemäß Ziffer 2.8 dieses Formblatts hätte die ASt für sämtliche der benannten Nachunternehmer alle Bestätigungen und Nachweise (= Bescheinigungen) vorlegen müssen.

Für den Nachunternehmer Y habe die ASt die Bestätigungen nicht vorgelegt.

Gemäß § 6d EU Abs. 3 VOB/A müsse die Nachweisführung der Bieter entsprechend § 6b EU VOB/A auch für Nachunternehmer erfolgen, wenn der Bieter deren Kapazitäten in Anspruch nehme. Die Nichtvorlage dieser Nachweise innerhalb der gesetzten Frist habe gemäß § 16 EU Nr. 4 Satz 1 VOB/A zwingend den Ausschluss des Angebotes der ASt zur Folge.

**c)** Auf das weitere Vorbringen der BGI zur unzulässigen Mischkalkulation wird verwiesen.

### **13.**

Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB hat die Vorsitzende letztlich bis einschließlich 16.12.2016 verlängert.



**14.**

Mit Schriftsatz vom 27.10.2016 erwidert die ASt:

**a)** Es gebe keinen Ausschlussgrund nach § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A.

Aus der Leistungsbeschreibung für die Rohbauarbeiten ..... sei nicht zu erkennen gewesen, ob spezielle Anforderungen an die Arbeitssicherheit zu beachten seien. Diese besonderen Anforderungen an die Arbeitssicherheit (Besondere Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen bei Arbeiten in kontaminierten Bereichen) würden sich im Detail aus einem Arbeits- und Sicherheitsplan (ASI-Plan) ergeben, der von der VSt erst nach Erteilung des Auftrags offengelegt worden sei. Die sich aus dem Arbeitssicherheitsplan detailliert ergebenden besonderen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen hätten zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern geführt und habe die VSt letztlich dazu bewogen, den Auftrag zu kündigen. Mittlerweile habe die VSt den Arbeitssicherheitsplan als Bestandteil der Vergabeunterlagen eines erneuten Vergabeverfahrens für die Angebotsbearbeitung offen gelegt, sodass die im Arbeits- und Sicherheitsplan beschriebenen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen bei der Preisbildung und der Ablaufplanung berücksichtigt werden können.

Die ASt habe keinen Anlass gehabt, die Besonderen Arbeitsschutz- und/oder Sicherheitsmaßnahmen preislich zu berücksichtigen.

Es habe keine „völlige Leistungsverweigerung“ der ASt gegeben. Mit der Leistung habe die ASt begonnen und auf Klärung der sich aus dem erst nach Vertragsabschluss übergebenen Arbeits- und Sicherheitsplans ergebenden Besonderen Leistungen gewartet.

**b)** Das Angebot der ASt könne auch nicht nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A ausgeschlossen werden. Die gesetzliche Regelung des §§ 122 Abs. 4 S. 2 GWB verlange, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen seien. Mit dieser Regelung gehe einher, dass die Eignungskriterien in der Bekanntmachung eindeutig und abschließend beschrieben sein müssten. Die VSt habe die Eignungsanforderungen, auf deren nicht fristgemäße Vorlage sie nun einen Angebotsausschluss stützen wolle, nicht wirksam erhoben. Maßgeblich sei die EU-Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx. Diese enthalte keine Anforderungen an die Eignung der Bieter oder an die Eignung der anderen Unternehmen im Falle einer Eignungleihe. Insbesondere fehle der Hinweis auf das Formblatt 124 bzw. ein Direktlink auf dieses Formblatt.

**15.**

Mit Schreiben vom 03.11.2016 ergänzt die VSt ihre Anträge dahingehend,

dass die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten auf Seiten der VSt zur Rechtsverfolgung notwendig war und die ASt die Kosten des Verfahrens zu übernehmen hat.

Zum Schriftsatz der ASt vom 06.10.2016 nimmt die VSt wie folgt Stellung:

**a)** Die Vorkommnisse bei der Baumaßnahme „.....“ dürften auch ohne zivilrechtliche Entscheidung bei der Eignungsbeurteilung der ASt berücksichtigt werden. Es sei nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen, die Anwendbarkeit des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auf die Fälle zu beschränken, bei denen die Streitigkeiten aus einer anderen Baustelle rechtskräftig entschieden worden seien.

Es sei auch nicht Aufgabe der Vergabekammer, die Berechtigung der Kündigung bei einem anderen Bauvorhaben zu prüfen. Vielmehr sei die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht inhaltlich auf Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu kontrollieren, ob sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruhe.

Auf die weiteren Einlassungen der VSt zur Kündigung bei der Baumaßnahme „.....“ wird verwiesen.

**b)** Die ASt sei zwingend auszuschließen, weil sie die Nachweise des beabsichtigten Nachunternehmers Y nicht vorgelegt habe.

**c)** Der Verdacht der Mischkalkulation sei nicht ausgeräumt und werde weiterhin als Ausschlussgrund geltend gemacht. Die ASt sei aufgefordert worden, Informationen zu der Preisbildung bei den monierten Positionen beim ..... einzureichen.

## **16.**

Am 07.11.2016 nimmt die BGI zum Schriftsatz der ASt vom 27.10.2016 Stellung:

**a)** Die ASt sei mangels Eignung nach § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A auszuschneiden. Die Beurteilung der Zuverlässigkeit sei eine Prognoseentscheidung, die regelmäßig aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgebarens des Bieters erfolge. Wenn - wie hier - die VSt im Rahmen der Prognoseentscheidung aufgrund eines vollständigen Sachverhaltes zu dem vertretbaren Ergebnis gelangt sei, der ASt die Zuverlässigkeit abzuspochen, dann sei dies im Nachprüfungsverfahren nicht angreifbar.

**b)** Die ASt sei gem. § 16 EU Nr. 4 Satz 1 VOB/A auszuschließen, weil sie die in Formblatt 124 genannten Bestätigungen für den Nachunternehmer „Firma Y“ nicht vorgelegt habe. Der unter Ziffer I.3 der Bekanntmachung angegebene Link zum Herunterladen der Auftragsunterlagen sei für die Bekanntgabe der Eignungskriterien ausreichend.

Die ASt sei präkludiert, eine fehlende Festlegung von Eignungskriterien in der Bekanntmachung zum jetzigen Zeitpunkt zu beanstanden. Inhaltliche Mängel in der Bekanntmachung müssten gem. § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB vor der Angebotsabgabe gerügt werden.

**17.**

Mit Schreiben vom 15.11.2016 widerspricht die ASt den Vorhaltungen der VSt vom 03.11.2016 und der BGI vom 07.11.2016.

a) Auf die Erwiderung zum Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wird verwiesen.

b) Die ASt könne wegen eines fehlenden Eignungsnachweises nicht ausgeschlossen werden, weil ein solcher nicht wirksam gefordert gewesen sei. Erklärungen dürften in den Vergabeunterlagen nur dann verlangt werden, wenn sie wirksam bekannt gemacht worden seien. Eine wirksame Bekanntmachung der Eignungsnachweise fehle vorliegend, weil in Ziffer III.1.2 und III.1.3 der Auftragsbekanntmachung keine Anforderungen zur wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit gestellt worden seien. Insbesondere fehle in der Bekanntmachung der Hinweis, dass die Eignungskriterien in den Auftragsunterlagen festgelegt worden seien. Alternativ fehle in der Auftragsbekanntmachung ein Direktlink, um wirksam auf die Vergabeunterlagen hinzuweisen. Ein erstmaliges Aufstellen von Eignungsanforderungen in den Vergabeunterlagen sei deshalb als nachträgliche Verschärfung von Eignungsanforderungen unzulässig.

c) Auf die Erwiderung im Schreiben zur Mischkalkulation wird verwiesen.

**18.**

Am 24.11.2016 hat die ASt in einem Anlagenkonvolut den Schriftverkehr mit der VSt bei der Baumaßnahme „.....“ vorgelegt. Darunter finden sich zahlreiche Behinderungsanzeigen gem. § 6 Nr. 1 VOB/B der ASt.

**19.**

Auf den Schriftsatz der VSt vom 25.11.2016 wird verwiesen.

**20.**

In der mündlichen Verhandlung am 28.11.2016 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 16.09.2016 und ergänzt diese wie folgt:

Antrag 2 a:

Dem Antragsgegner wird untersagt, das Angebot der ASt wegen Mischkalkulation auszuschließen.

Antrag 2 b:

Für den Fall, dass die Vergabekammer die fehlenden Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung als schwerwiegenden Verfahrensfehler ansieht, wird hilfsweise beantragt, der VSt aufzugeben, das Vergabeverfahren aufzuheben.

Antrag 3 a:

Hilfsweise wird beantragt, die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes auf Seiten der VSt für nicht notwendig zu erklären.

Die VSt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 23.09.2016, ergänzt durch die Anträge im Schriftsatz vom 03.11.2016.

Die BGI beantragt, der ASt die Kosten der BGI aufzuerlegen.

### **Begründung:**

1.

Der Nachprüfungsantrag ist 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.
- b) Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.
- c) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- d) Die Gesamtprojektkosten für ..... übersteigen den Schwellenwert von 5,225 Mio. € nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).  
Die hier streitgegenständlichen Baumeisterarbeiten mit einem Auftragswert von rd. x,x Mio. € sind ein Fachlos dieser Maßnahme. Dementsprechend hat die VSt die Ausschreibung als Offenes Verfahren im Amtsblatt der EU bekannt gemacht.

Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 160 ff GWB festgelegt.

- e) Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- f) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 GWB).
- g) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag am 16.09.2016 innerhalb von 15 Kalendertagen nach Rügerückweisung vom 12.09.2016 gestellt (§ 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB).
- h) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nur teilweise nachgekommen.

**aa)** Ihren Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit hat die ASt am 08.09.2016 rechtzeitig innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt, nachdem ihr der Ausschluss am 07.09.2016 mitgeteilt worden war. Ebenso hat die ASt ihre Rüge gegen ihren Ausschluss wegen unvollständiger Unterlagen rechtzeitig angebracht.

**bb)** Dagegen ist die ASt mit ihrer Rüge gegen die Bekanntmachung präkludiert. Ein Antrag ist unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden (§ 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB). Eine Rügepräklusion wegen unterbliebener Rüge tritt bei ins Auge fallenden Rechtsverstößen ein, d.h. der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots auffallen muss (OLG Karlsruhe v. 05.11.2014 – 15 Verg 6/15).

Dies ist vorliegend gegeben.

In der Bekanntmachung sind keine Eignungskriterien aufgeführt. Bei Ziffer III.1.2) wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und Ziffer III.1.3) technische und berufliche Leistungsfähigkeit finden sich keinerlei Angaben. Damit ist für einen Bieter offensichtlich, dass die Bekanntmachung die Vorgaben des § 122 Absatz 4 Satz 2 GWB nicht erfüllt.

In § 122 Absatz 4 Satz 2 GWB heißt es, dass die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind. Daraus kann der Bieter durch bloßes Lesen erkennen, dass die Eignungskriterien bereits in der Bekanntmachung aufzuführen sind. Nach Summa (Juris PraxisKommentar Vergaberecht, 4. Auflage,

Rdnr. 268 zu § 107 GWB) fallen selbst „überzogene oder unzumutbare (Mindest-) Anforderungen an die Eignung“, d.h. vom Bieter individuell einzuschätzende Anforderungen, unter die Vergaberechtsverstöße, die bis zur Angebotsabgabe zu rügen sind. Für das Entstehen der Rügeobliegenheit reicht aus, wenn sich die Vorstellung von einem Vergaberechtsverstoß beim Antragsteller dergestalt zu hinreichender Gewissheit verdichtet hat, dass ein vernünftiger Bieter an seiner Stelle eine Rüge als nicht aussichtslos anbrächte (Dicks in Vergaberecht Kommentar, Ziekow/Völlink, 2. Auflage, GWB § 107 Rdnr. 44). Wegen der klaren Festlegung des § 122 Absatz 4 Satz 2 GWB, dass Eignungskriterien bereits in der Bekanntmachung aufzuführen sind, kann ein Bieter von einem Erfolg einer diesbezüglichen Rüge ausgehen.

## 2.

Der Nachprüfungsnachtrag ist unbegründet.

Der Angebotsausschluss verletzt die ASt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

- a) Das Angebot der ASt ist auszuschließen, weil sie die geforderten Referenzbescheinigungen des für die Betonstahlverlegungsarbeiten benannten Nachunternehmers nicht vorgelegt hat.

Auszuschließen sind Angebote, bei denen der Bieter Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorgelegt hat (§ 16 EU Nr. 4 VOB/A).

aa) Nach § 6b EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A sind Eigenerklärungen, die als vorläufiger Nachweis dienen, von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu bestätigen. Werden die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch genommen, so muss die Nachweisführung auch für diese Unternehmen erfolgen, § 6d EU Abs. 3 VOB/A.

Unstrittig hat die ASt in ihrem Angebot angekündigt, dass sie sich u.a. bei der Teilleistung Betonstahlverlegung, Pos. 5.4.1 - 5.4.5, der Kapazitäten anderer Unternehmen bedienen wird (Formblatt 235). Sie benennt auch nach Anforderung der VSt vom 08.08.2016 das dafür vorgesehene Unternehmen und legt dessen Verpflichtungs- (Formblatt 236) und Eignungserklärung (Formblatt 124EU) vor. Für den Nachunternehmer benennt die ASt keine Referenzen und es fehlen die Bescheinigungen über ihre ordnungsgemäße Ausführung.

Ohne Referenzen kann die Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers nicht festgestellt werden, die nach § 16b EU Abs. 1 VOB/A verpflichtend durchzuführende Eignungsprüfung ist nicht möglich.

**bb)** In den Vergabeunterlagen ist klar und eindeutig festgelegt, dass zur Überprüfung der fachlichen Eignung Referenzen und eine Bescheinigung ihrer ordnungsgemäßen Ausführung vorzulegen sind. So verlangt die VSt im Schreiben vom 08.08.2016, Ziffer 2.8, für die Nachunternehmer alle in der Eigenerklärung zur Eignung genannten Bestätigungen und Nachweise vorzulegen.

Dieser Forderung ist die ASt nicht nachgekommen. Sie hat für das für die Betonstahlverlegung benannte Nachunternehmen Y. weder Referenzen und noch hat sie Bescheinigungen vorgelegt.

**cc)** Die Unterlagen legen auch fest, dass ein Angebot ausgeschlossen wird, wenn die Referenzen und ihre Bescheinigung nicht innerhalb der Frist vorgelegt werden. In der Anforderung vom 08.08.2016 ist unter Ziffer 2 festgelegt, dass die Unterlagen bis 15.08.2016 einzureichen sind. Weiterhin kündigt die VSt einen Angebotsausschluss an, falls die Angaben nicht fristgerecht vorgelegt werden. Entsprechend der Festlegung in den Vergabeunterlagen ist ein Angebotsausschluss der ASt deshalb zwingend geboten.

**dd)** Der Einwand der ASt, die VSt habe die Eignungsanforderungen nachträglich verschärft, greift nicht. Sämtliche Eignungsanforderungen sind in den Vergabeunterlagen festgelegt. Die Vergabeunterlagen waren unter dem in der Bekanntmachung angegebenen Link [www.vergabe.bayern.de](http://www.vergabe.bayern.de) unentgeltlich und mit uneingeschränktem Zugang anhand elektronischer Mittel angeboten. Deshalb konnten sämtliche Eignungsanforderungen mit den Vergabeunterlagen abgerufen werden und waren deshalb schon zur Angebotsbearbeitung bekannt. Eine nachträgliche Nichtbeachtung der in den Vergabeunterlagen festgelegten Eignungserklärungen ist mit dem Transparenzgrundsatz unvereinbar.

**b)** Da das Angebot der ASt wegen nicht vorgelegter Erklärungen oder Nachweise aus formalen Gründen bereits in der ersten Stufe zwingend auszuschneiden ist, kommt es in diesem Nachprüfungsverfahren nicht mehr entscheidend darauf an, ob die VSt die Eignungsprognose in Rahmen ihres Ermessensspielraums getroffen hat.

- c) Ebenso kommt es nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, ob das Angebot der ASt wegen Mischkalkulation auszuschließen ist.
- d) In den Vergabeunterlagen sind die Teilnahmebedingungen für das Verfahren (FB 212EU) und die Anforderungen zur Eignung (FB 124 und 444) klar und eindeutig festgelegt. Die Bieter konnten von Anfang an die Formblätter zu jeder Zeit und unentgeltlich aus dem Internet herunterladen. Die verlangten Eignungsnachweise waren transparent bekanntgegeben, dementsprechend konnte die Eignungsprüfung ordnungsgemäß durchgeführt werden.

### 3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen. Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, können diesem auferlegt werden. Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen (§ 182 Abs. 3 Satz 1, 3 u. 5 GWB).  
Die ASt hat die Hälfte der Kosten des Verfahrens zu tragen, weil der Antrag im Ergebnis abgelehnt wurde. Die VSt hat die Hälfte der Verfahrenskosten zu tragen, weil sie die ASt wegen Unzuverlässigkeit und damit nach sachlicher Eignungsprüfung ausgeschlossen hat. Einen Ausschluss wegen fehlender Referenzbescheinigung und damit den ersten Schritt einer formalen Eignungsprüfung hat die VSt erst im Nachprüfungsverfahren vorgebracht. In der mündlichen Verhandlung hat die ASt glaubhaft versichert, das Nachprüfungsverfahren beantragt zu haben, um dem Vorwurf der Unzuverlässigkeit entgegenzutreten.
- b) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt und für die VSt 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 VSt und der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Da die ASt rechtsanwaltlich durch eine auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten war, ist es im Sinne einer Gleichstellung auch sachgerecht, dass sich die VSt von einer auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten ließ.
- c) Ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendigen Aufwendungen tragen die ASt und die VSt selbst (§ 155 Abs. 1 VwGO analog).



Die VSt hat ihre Aufwendungen selbst zu tragen, weil sie den Ausschluss der ASt ausschließlich mit deren Unzuverlässigkeit begründet und damit den Nachprüfungsantrag ausgelöst hat. Die ASt hat ihre Aufwendungen selbst zu tragen, weil sie im Ergebnis mit ihrem Nachprüfungsantrag gescheitert ist.

Da die ASt und die VSt durch einen Bevollmächtigten vertreten sind, ist eine Anordnung hinsichtlich einer Erstattung von Aufwendungen entbehrlich.

**d)** Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Sachanträge gestellt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Eine Kostenerstattung durch andere Beteiligte kommt daher im Umkehrschluss ebenfalls nicht in Betracht.

**e)** Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt von x.xxx.xxx,xx € und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €. Sie ist hälftig jeweils von der ASt (= x.xxx,- €) und der VSt (= x.xxx,- €) zu tragen.

**f)** Die von der ASt zu tragende Gebühr in Höhe von x.xxx,- € wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von 2.500,- € verrechnet. Der übersteigende Betrag von xxxxxx € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Die VSt ist gem. § 182 Abs. 1 GWB iVm. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der Fassung vom 14.08.2013 von der Zahlung der Gebühr befreit.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....