

Leitsätze:

1. Es ist vergaberechtlich unerheblich, wenn die Vergabestelle die Angebote schon vor dem in der Bekanntmachung genannten Termin geöffnet hat, wenn die Vergabestelle die Angebote zumindest nicht vor dem Schlusstermin zur Abgabe der Angebote geöffnet hat. Dann liegt kein Verstoß gegen §§ 54, 55 VgV i.Vm. § 22 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU vor.
2. Die Vergabestelle ist nicht an die Eigenerklärung eines Bieters gebunden, wenn sie auf Grund besonderer Umstände und eigener Erkenntnisse den Erklärungsinhalt der Eigenerklärung für unzutreffend erachtet. Soweit die Vergabestelle Auftraggeber der vorgelegten Referenz ist und den Inhalt der Eigenerklärung bzgl. der eingereichten Referenz für unzutreffend erachtet, ist die Vergabestelle berechtigt, ihre Erkenntnisse zu berücksichtigen. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens prüft die Vergabekammer, ob die Erwägungen der Vergabestelle diskriminierend oder inhaltlich unzutreffend sind.

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

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene
(Beigeladene - BGI)

Dienstleistungsauftrag: Begleitende Ingenieurleistungen Kanalinspektion

Vergabeverfahren: Offenes Verfahren nach § 15 VgV

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 09.01.2018 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die Vergabestelle veröffentlichte im EU-Supplement im Offenen Verfahren Ingenieurleistungen zur ... Kanalinspektion. Die Dienstleistung soll im Zeitraum vom 01.01.2018 bis xx.xx.xxxx erbracht werden. Begleitend zur xxx TV-Erstinspektion (durch einen anderen Dienstleister) sind die verfahrensgegenständlichen Ingenieurleistungen erforderlich, welche u.a. die Vorbereitung der Erstinspektion, die Betreuung der Inspektion und die ingenieurmäßige Bewertung der inspizierten Schäden beinhalten.

Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist, ob die Vergabestelle zu Recht die Eignung der Antragstellerin als nicht erfüllt angesehen hat, weil das von der Antragstellerin vorab verbindlich zu benennende Bearbeitungsteam nicht die geforderte Mindestpunktzahl von 160 Punkten erhalten hat.

2.

Unter III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ der Bekanntmachung gibt die Vergabestelle folgendes bekannt:

„Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Anforderungen an Referenzen (Stichtag 01.08.2012) des Büros/Berbergemeinschaft

- Kernreferenz Nachweis der M-150-Schnittstelle, Auftragsvolumen von ca. 20 km mit einer Jahresleistung von ca. 10 km

Arbeitsumfang: Inspektionsvorbereitung, Bauleitung, Abrechnung der Ing.-und Inspektionsleistung; bei noch laufenden Verträgen muss das vorgenannte Volumen bereits erfolgreich bearbeitet worden sein

*

Zusätzliche Kriterien, nachzuweisen entweder durch Kernreferenz oder weitere Referenzen, durch die die Mindestpunktzahl erreicht werden kann (genaue Angaben in den Vergabeunterlagen):

- Ingenieurmäßige Schadens-und Zustandsbewertung: Videosichtung, Aufbereitung der Inspektionsdaten

- Erstellung eines baulichen Sanierungskonzepts mit Kostenvergleichsrechnung

- Erstellung einer Leistungsbeschreibung für Inspektionsleistungen

*

Anforderungen an das Projektteam:

- KO- Kriterium: der Sachbearbeitende Ingenieur und sein Stellvertreter müssen Ingenieur sein

zusätzliche Kriterien, durch die die Mindestpunktzahl erreicht werden kann (genaue Angaben in den Vergabeunterlagen):

- *Berufserfahrung als Ingenieur*
- *zertifizierter Kanal Sanierungsberater*
- *sachbearbeitender Ingenieur bei den eingereichten Referenzen*

...

Mit dem Angebot sind folgende Eignungsnachweise einzureichen:

- *Referenz/en, die o.g. (s. auch Wertungsmatrix) Anforderungen erfüllen, nachzuweisen durch Referenzbestätigungen oder Eigenerklärungen*
- *verbindliche Benennung der Projektbeteiligten*
- *- Nachweis des Berufsstands Ingenieur des PL/federf. SB und seine Stellvertreters durch Diplom o. ä.*
- *- Nachweis der Berufserfahrung des sachbearbeitenden Ingenieurs durch Lebenslauf*
- *- Bestätigung Kanalsanierungsberater*
- *- Nachweis, dass PL/federf. SB bei den eingereichten Referenzen durch Bestätigungen bzw. Eigenerklärungen*

*

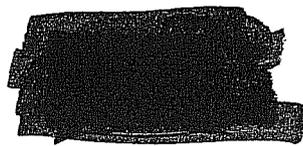
Die genaue Bewertung ergibt sich aus VI.3), der Bewertungsmatrix und den Vergabeunterlagen“

Unter VI.3) der Bekanntmachung machte die Vergabestelle folgende Angaben:
„...Bewerber müssen die angegebenen Mindestpunkte von 160 bei „Referenzen“ und „Bearbeitungsteam“ jeweils erreichen, um sich qualifizieren zu können..“

In Formblatt A2 (Seite 1) mussten die Bieter zur Kernreferenz und Referenz R1 mit Eigenerklärung in der rechten Spalte die entsprechenden Angaben machen (auf Seite 2 des Formblattes A2 waren analog Angaben des Bieters das gleiche für die Referenzen R2 und R3 gefordert).



A2 Referenzen
Begleitende Ingenieurleistungen zur

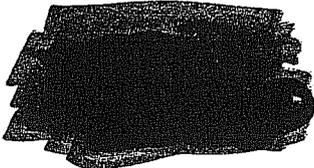


Angaben über geeignete Referenzen über früher ausgeführte Dienstleistungsaufträge
gem. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV

Kernreferenz: Nachweis der M-150 Schnittstelle und Liste der damit bearbeiteten Projekte	
Ergänzung zur Kernreferenz: Referenz, die folgendes beinhaltet: Auftragsvolumen von ca. 20 km mit einer Jahresleistung von ca. 10 km Arbeitsumfang: - Inspektionsvorbereitung - Bauleitung - Abrechnung der Ingenieurs- und Inspektionsleistung Sachbearbeitender Ingenieur Auftraggeber (Nennung eines Ansprechpartners mit Kontaktdaten) Datum Übergabe des Projekts	
R 1: Ingenieursmäßige Schadens- und Zustandsbewertung - Videosichtung aller Inspektionen - Aufbereitung der Inspektionsdaten für mind. 1 Projekt Sachbearbeitender Ingenieur Auftraggeber (Nennung eines Ansprechpartners mit Kontaktdaten) Datum Übergabe des Projekts	

In den allgemeinen Hinweisen und Erklärungen zum Vergabeverfahren führte die Vergabestelle in den Vergabeunterlagen unter „3. Eignung“ folgendes aus: „... **Zum Projektteam gilt:** es ist zu beachten, dass die Benennung des Projektverantwortlichen und des sachbearbeitenden Ingenieurs in der Erklärung A3 verbindlich ist. Eine nachträgliche Änderung ist nur mit Zustimmung des Auftraggebers möglich, wobei die Eignungsanforderungen nachweislich auch durch die neuen Mitarbeiter erfüllt sein müssen. Der **Sachbearbeitende Ingenieur** und jedes weitere Mitglied des Projektteams ist mit Angaben der geforderten Information auf dem Formblatt A3 anzugeben und die entsprechenden Nachweise sind beizulegen. ...“

A3 Bearbeitungsteam
Begleitende Ingenieurleistungen zur



Liste der Projektbeteiligten

Verbindliche Benennung der für dieses Projekt vorgesehenen Verantwortlichen und Mitarbeiter mit Namen und beruflicher Qualifikation gem. § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV

Eine nachträgliche Änderung ist nur mit Zustimmung des Auftraggebers möglich, wobei die Eignungsanforderungen durch die neuen Mitarbeiter nachweislich erfüllt sein müssen.

Name des Projektverantwortlichen	
Titel	
Funktion	

Name des Sachbearbeitenden	
Ingenieurs	
Ingenieur	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein
Berufserfahrung als Ingenieur	
Zertifizierter Kanalsachbearbeiter	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein
Sachbearbeitender Ingenieur bei Kernkompetenz	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein
Sachbearbeitender Ingenieur bei Referenz 1	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein
Sachbearbeitender Ingenieur bei Referenz 2	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein
Sachbearbeitender Ingenieur bei Referenz 3	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein

Name des stellvertretenden Sachbearbeitenden Ingenieurs	
Ingenieur	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein

Name Technischer Mitarbeiter	
(mind.) Technischer Zeichner	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein

Gemäß den Vergabeunterlagen mussten die Bieter zur verbindlichen Benennung der Projektbeteiligten das nachfolgende Formblatt „Projektbeteiligte - Verbindliche Benennung“ ausfüllen. Ausweislich dieses Formblattes musste der sachbearbeitende Ingenieur mindestens 160 Punkte erreichen, damit der Bieter als geeignet anerkannt und sein Angebot gewertet wird.

Begleitende Ingenieurleistung
Wertungsmatrix zur Feststellung der Eignung

2. PROJEKTBETEILIGTE - VERBINDLICHE BENENNUNG

PROJEKTVERANTWÖRTLICHER	
1	Name, Vorname
	Titel
	Funktion

SACHBEARBEITENDER INGENIEUR - KO-KRITERIUM: MUSS INGENIEUR SEIN	
2	Name, Vorname
	Titel

SB Ingenieur	Berufserfahrung als Ingenieur			Zertifizierter Kanalsanierungstechniker erfüllt: 40 P.
	2 - 5 Jahre	5 - 10 Jahre	über 10 Jahre	
	15 Punkte	30 Punkte	40 Punkte	

Sachbearbeitender Ingenieur			
bei Kernkompetenz	bei Referenz 1	bei Referenz 2	bei Referenz 3
erfüllt: 30 P.	erfüllt: 30 P.	erfüllt: 30 P.	erfüllt: 30 P.

STELLVERTRETENDER SACHBEARBEITENDER ING. - MUSS EBENFALLS INGENIEUR SEIN	
3	Name, Vorname
	Titel

TECHNISCHER MITARBEITER (MIND. TECHNISCHER ZEICHNER)	
4	Name, Vorname
	Titel

mögliche Punkte:
200

min. erforderliche Punkte:
160

erreichte Punkte:

Anforderungen erfüllt:
ja / nein

3.

Mit Schreiben vom 13.09.2017 informierte die Vergabestelle alle Bewerber der Ausschreibung über eingegangene Fragen.

„Frage 10:

Bezüglich dem Formular A3 Bearbeitungsteam haben wir folgende Frage:

Kann der Projektverantwortliche und der sachbearbeitende Ingenieur eine Person sein oder muss es sich um 2 Personen handeln?

Antwort:

Wir unterscheiden im Regelfall in

- *Projektverantwortlicher = Ansprechpartner des AN der rechtsverbindliche Erklärungen abgeben darf. Dies sind im Regelfall die Inhaber, Gesellschafter oder Prokuristen.*
- *Projektleiter = der koordinierende des AN und unser Ansprechpartner zur Klärung technischer oder projektspezifischer Fragen. Der Projektleiter kann auch zugleich Feder führender Sachbearbeiter sein.*
- *Sachbearbeiter = der Mitarbeiter des AN der selbstständig oder unter Anleitung des Projektleiters den übertragenen Auftrag bearbeitet.*

Im vorliegenden Fall haben wir auf die Benennung eines Projektleiters verzichtet, weil die Art der Aufgabenstellung dies unseres Erachtens entbehrlich macht.

Grundsätzlich ist es möglich, dass der „Chef“ auch Sachbearbeiter sein kann. Dass er für die Dauer des Auftrags als solcher auch zur Verfügung steht, muss aus der Bewerbung deutlich und belastbar hervorgehen.“

4.

Die Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab. In Formblatt A2 machte sie Angaben zu den geforderten Referenzen. In Formblatt A3 benannte die Antragstellerin ihren Geschäftsführer, Herrn X, als Projektverantwortlichen und als sachbearbeitenden Ingenieur bei allen Referenzen. Bei der Kernreferenz, der Referenz R1 und der Referenz R3 waren Fachstellen der Vergabestelle gleichzeitig der Auftraggeber.

Weitere Ausführungen der Antragstellerin zu dem Umstand, dass Herr X Projektverantwortlicher und sachbearbeitender Ingenieur sein soll, finden sich im Angebot nicht.

5.

Mit Informationsschreiben vom 02.10.2017 gemäß § 134 GWB informierte die Vergabestelle die Antragstellerin, dass die Bewerbung nicht berücksichtigt werden könne, weil die Mindestanforderungen beim Projektteam nicht erreicht worden seien. Der von der

Antragstellerin vorgesehene sachbearbeitende Ingenieur habe nachweislich bei der Kernreferenz, bei der Referenz R1 und auch bei der Referenz R3 nicht als Sachbearbeiter mitgewirkt. Vielmehr sei sein Mitarbeiter, Herr Y, bei diesen Referenzen der sachbearbeitende Ingenieur gewesen. Somit habe die Antragstellerin nur 110 Punkte und nicht die notwendige Mindestpunktzahl in Höhe von 160 Punkten erreicht.

Zudem habe die Antragstellerin nicht deutlich und belastbar dargelegt, dass Herr X als benannter Projektverantwortlicher und Sachbearbeiter für die Dauer des Auftrags als Sachbearbeiter auch tatsächlich zur Verfügung stehen würde. Vieles deute darauf hin, dass Herr Y im Auftragsfall die Sachbearbeitung innehätte.

6.

Mit Schriftsatz vom 12.10.2017 rügte der Verfahrensbevollmächtigte die Bewertung der Antragstellerin durch die Vergabestelle. Aus eingesehenen Plänen bei der Kernreferenz, bei der Referenz R1 als auch bei der Referenz R3 würde zweifelsfrei hervorgehen, dass Herr X Sachbearbeiter bei diesen Referenzen gewesen sei. Ein Blick in die Pläne zeige nämlich, dass Herr X der verantwortliche Planverfasser bei den vorgelegten Referenzen gewesen sei. Alle erforderlichen Berechnungen, alle Ergebnislisten, alle Vorgaben für die Planerstellung durch Herrn Y sowie der abschließende Erläuterungsbericht seien, wie angegeben, von dem zuständigen „sachbearbeitenden Ingenieur“ X erstellt worden. Nachdem die Antragstellerin die Richtigkeit ihrer Angaben versichern müsse, sei nicht ersichtlich, weswegen die Vergabestelle diese Angaben nicht beachten würde. Es sei auch keine Aufklärung durch die Vergabestelle erfolgt. Damit habe die Antragstellerin die festgesetzten Mindestkriterien insgesamt nachgewiesen.

7.

Mit Schriftsatz vom 02.11.2017 wies die Vergabestelle die Rüge zurück. Es sei unstrittig, dass Herr X als Geschäftsführer der projektverantwortliche Ingenieur sei. Jedoch sei er nicht der sachbearbeitende Ingenieur bei mindestens 2 der 3 eingereichten Referenzen. Die Antragstellerin habe für die Kernreferenz und für die Referenzen R1 und R3 Projekte benannt, die sie für die Vergabestelle durchgeführt habe. Bei der Kernreferenz und der Referenz R3 erfolgte mit Ausnahme der Abrechnung der Ingenieurleistungen (was immer „Chefsache“ sei) die Sachbearbeitung nachweislich durch Herrn Y. Das gehe aus dem E-Mail-Verkehr und der Übermittlung von geleisteten Arbeiten durch Herrn Y zweifelsfrei hervor. Zudem enthielten erstellte Pläne und Leistungsverzeichnis eindeutige Kennzeichnungen, dass Herrn Y die Sachbearbeitung oblag. Lediglich bei der Referenz R1 habe die erneute Überprüfung ergeben, dass hier sowohl Herr Y als auch Herr X sachbearbeitende Tätigkeiten ausgeführt hätten. Die Antragstellerin würde deshalb

beim Bearbeitungstermin weitere 30 Punkte erzielen und habe somit insgesamt 140 Punkte erreicht. Die Mindestpunktzahl von 160 Punkten erreiche die Antragstellerin nicht, weshalb eine Qualifikation für dieses Verfahren nach wie vor nicht gegeben sei.

8.

Mit Schriftsatz vom 17.11.2017, eingegangen per Telefax am 17.11.2017, stellte der Verfahrensbevollmächtigte einen Nachprüfungsantrag und beantragte:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zuschlag unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu erteilen und festzustellen, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebotes aus dem Vergabeverfahren Vergabe-Nr. xxxxx „Begleitende Ingenieurleistungen für die Kanalinspektion“ in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Antragsgegnerin wird bei Fortbestehen der Vergabeabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Angebotswertung, hilfsweise in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurück zu versetzen und die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zuschlag bei fortbestehender Vergabeabsicht auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen, hilfsweise wird der Antragsgegnerin untersagt, den Zuschlag an das Ingenieurbüro zu erteilen.
4. Der Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Vergabeabsicht aufgegeben sonst geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen abzuwehren.
5. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakten gewährt.
6. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
7. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der entsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin auferlegt.

Die Behauptung der Vergabestelle, Herr X wäre bei der Kernreferenz und der Referenz R3 nicht Sachbearbeiter gewesen, sei unzutreffend. Die Vergabestelle habe im Rahmen der Bewerberinfo bei der Frage 10 mitgeteilt, dass Sachbearbeiter der Mitarbeiter sei, der selbstständig oder unter Anleitung des Projektleiters die übertragenen Aufgaben bearbeite.

Gemäß der Bieterinformation zu Frage 10 sei es dabei grundsätzlich möglich, dass auch der Geschäftsführer Sachbearbeiter sein könne, sofern dies für die Dauer des Auftrags gewährleistet sei. Dies müsse sich aus der Bewerbung deutlich und belastbar ergeben.

Die Antragstellerin habe in ihrer Bewerbung in der Anlage A3 eindeutig und belastbar den Projektverantwortlichen, den sachbearbeitenden Ingenieur, den stellvertretenden Ingenieur sowie technische Mitarbeiter benannt.

Die Antragstellerin habe die Kernreferenz durch Eigenerklärung in Verbindung mit einer Liste der bearbeiteten Projekte nachgewiesen. Im Formblatt A3 habe die Vergabestelle abweichend von der Anlage A2 die Benennung des sachbearbeitenden Ingenieurs für die Kernkompetenz gefordert. Herr X habe als sachbearbeitender Ingenieur über die M-150 Schnittstelle die erfassten Zustandsdaten in das von der Antragstellerin verwendete Geoinformationssystem eingespielt. Damit habe die Antragstellerin bei der Kernreferenz und bei der Projektliste (Schnittstelle M-150) die Kernkompetenz des sachbearbeitenden Ingenieurs X nachgewiesen.

Die Antragstellerin habe im Rahmen bereits abgeschlossener ... Kanalinspektionen in den Jahren 2003 - 2015 mehrere Leistungsbeschreibungen für die Vergabestelle erstellt. Verfasser sei Herr X gewesen. Diese Leistungsbeschreibungen seien im Laufe der Jahre zu einer „Master-Leistungsbeschreibung“ für die Vergabestelle entwickelt und den technischen Entwicklungen angepasst worden. Herr X habe somit maßgeblich auch bei der Referenz R3 (... Erstinspektion 2012 bei) mitgewirkt.

9.

Mit Schriftsatz vom 05.12.2017 beantragte die Vergabestelle die kostenpflichtige Zurückweisung des Nachprüfungsantrages.

Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, dass die Antragstellerin sowohl für die Kernreferenz als auch für die Referenz R1 den Auftrag „....., begleitende Ingenieurleistungen zur Kanalinspektion - Abschnitt 2013“ benannt habe. In Formblatt A3 sei jeweils als sachbearbeitender Ingenieur Herr X angegeben. Bei der Referenz R1 habe die Überprüfung der Vergabestelle (auf Grund der Rüge) ergeben, dass Herr X neben Herrn Y zumindest bei Teilaspekten der Referenzanforderungen von R1 sachbearbeitende Tätigkeiten ausgeführt habe. Daher konnte die erreichte Punktzahl im Teil Bearbeitungsteam von 110 auf 140 Punkte erhöht werden. Bei der Kernreferenz und der Referenz R3 habe die erneute Überprüfung ergeben, dass die Eigenerklärung zum Bearbeitungsteam (siehe Formblatt A3) nicht mit der tatsächlich erbrachten Bearbeitung übereinstimmen würde. Hierzu sei der gesamte E-Mail Verkehr während der Bearbeitung des Referenzauftrages und die erstellten Planunterlagen ausgewertet worden. Die Unterschrift eines Geschäftsführers unter Pläne würde ihn nicht

zum Sachbearbeiter machen. Somit habe die Antragstellerin die erforderliche Mindestpunktzahl von 160 Punkten beim Bearbeitungsteam nicht erzielen können.

Zudem könne dem Angebot der Antragstellerin nicht entnommen werden, dass der Geschäftsführer, der gleichzeitig sachbearbeitender Ingenieur sein soll, tatsächlich als Sachbearbeiter zur Verfügung stehen würde. Es sei zweifelhaft, dass ein Geschäftsführer neben seiner firmenleitenden Funktion durchschnittlich 3 Tage in der Woche als echter Sachbearbeiter zur Bearbeitung des Auftrages zur Verfügung stehen könne. Somit habe die Antragstellerin nicht deutlich und belastbar gemäß Antwort zur Bieterfrage 10 dargelegt, dass Herr X entsprechende Zeitkapazitäten habe.

10.

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der Antragstellerin am 12.12.2017 Auszüge aus der Vergabeakte übermittelt.

11.

Mit Schreiben vom 12.12.2017 wurde die Fa. zum Verfahren beigelegt.

12.

Mit Schreiben vom 19.12.2017 hat die Vergabekammer die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung für den 09.01.2018, 10:30 Uhr, geladen um gleichzeitig die Frist gemäß § 167 Absatz ein Satz 2 GWB aufgrund besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten bis einschließlich 16.01.2018 verlängert

13.

Mit Schreiben vom 22.12.2017 trug die Antragstellerin vor, dass nach der Niederschrift über die Öffnung der Angebote diese bereits am xx.xx.xxxx um 8:27 Uhr geöffnet worden seien. Nach IV.2.7 „Bedingungen für die Öffnung der Angebote“ der Auftragsbekanntmachung habe die Vergabestelle den xx.xx.xxxx um 10:30 Uhr festgelegt. Dies stelle einen Vergabeverstoß dar, der erst im Rahmen der Akteneinsicht zu erkennen gewesen sei.

Gemäß IV.2.2 „Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge“ der Auftragsbekanntmachung hat die Vergabestelle den yy.xx.xxxx, 23:59 Uhr bestimmt.

Die Kernkompetenz habe die Antragstellerin durch den Nachweis der M-150-Schnittstelle belegt. Die Vergabestelle habe in ihrem Schreiben vom 02.10.2017 bestätigt, dass die Antragstellerin die Kernreferenz und deren Ergänzung erfüllt habe. Weiter habe die Vergabestelle mit Schriftsatz vom 02.10.2017 bestätigt, dass die Antragsgegnerin die Mindestanforderungen bei den Referenzen R1 und R2 nachgewiesen habe.

Die Vergabestelle dürfe die Bewertungsmatrix nicht abändern und das Ergebnis durch eine zweite Überprüfung unter Abweichung von der bisherigen Matrix abändern.

Es stehe der Grundsatz der Gleichbehandlung entgegen, wenn die Vergabestelle nun Pläne, E-Mails von den Referenzprojekten der Antragstellerin auswerten würde. Die Antragstellerin habe eine entsprechende Eigenerklärung abgegeben. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass andere Bieter ebenfalls Referenzprojekte benannt haben, die sie für die Vergabestelle ausführten. Die Antragstellerin habe die verbindlichen Angaben, wie verlangt, entsprechend den Anforderungen in den Vergabeunterlagen getätigt und das Angebot rechtsverbindlich unterzeichnet.

Bei der Kernreferenz (M 150-Schnittstelle) sei ausweislich der Vorgaben der Anlage A2 kein Sachbearbeiter abgefragt worden. In den Unterlagen der Antragsgegnerin sei die Kernkompetenz nicht explizit definiert worden. Nach der Wertungsmatrix zur Feststellung der Eignung würde die Kernkompetenz in die Wertung einfließen. Aus den Vergabeunterlagen müsse der Rückschluss gezogen werden, dass für die Vertragserfüllung die besondere Bedeutung im Im- und Export von Daten über die Schnittstelle M 150 liegen würde und dies die Kernkompetenz darstelle. Die Antragsgegnerin habe die Kernkompetenz in ihrer Stellungnahme vom 05.12.2017 als erfüllt bewertet.

Zumindest hätte die Vergabestelle durch Nachfrage bzw. Aufklärung und gegebenenfalls Nachforderung gegenüber der Antragstellerin ermitteln müssen, ob die von der Antragstellerin abgegebene Eigenerklärung inhaltlich richtig sei.

14.

Mit Schreiben vom 04.01.2018 wies die Vergabestelle darauf hin, dass die Frist zur Einreichung der Angebote der yy.xx.xxxx, 23:59 Uhr gewesen sei. Die Vergabestelle habe erst nach Rückfrage bei der Poststelle, ob die Nachbriefkästen geleert seien und noch Post für das Vergabeamt vorliegen würde, die eingegangenen Angebote geöffnet. Somit sei kein Nachteil für die Bieter entstanden.

Die Vergabestelle habe ohne Verstoß gegen die Vergabeunterlagen die Eignungsprüfung der Antragstellerin durchgeführt. Selbstverständlich müsse die Vergabestelle „negative“ Erkenntnisse über die Eignung von Bieterunternehmen berücksichtigen. Andernfalls wäre die Eignungswertung unvollständig, weil der Auftraggeber gesicherte Erkenntnisse ausgeblendet hätte. Die Vergabestelle habe in der Vergabebekanntmachung unter Abschnitt III Ziffer III.1.3 bei „Anforderungen an das Projektteam“ gefordert, dass der sachbearbeitende Ingenieur beim Projektteam für den ausgeschriebenen Auftrag auch als Sachbearbeiter bei den eingereichten Referenzen eingesetzt wurde.

15.

Mit Schreiben vom 08.01.2018 trägt die Antragstellerin vor, dass die Vergabestelle unter Verstoß gegen IV.2.7 (Bedingungen für die Öffnung der Angebote) der Bekanntmachung die Angebote vorzeitig geöffnet habe.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin betonte nochmals, dass die Vergabestelle entgegen den Vorgaben aus den Vergabeunterlagen und dem Verfahren Gewichtungen und Wertungen vorgenommen habe, die zum vergaberechtswidrigen Ausschluss der Antragstellerin geführt hätten. Daneben seien auch formale Verstöße zu bemängeln. Deshalb sei dem Nachprüfungsantrag stattzugeben.

16.

In der mündlichen Verhandlung am 09.01.2018 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt und die BGI bekräftigen ihre Anträge aus den Schriftsätzen vom 17.11.2017 bzw. 05.12.2017. Die BGI stellt keine Anträge.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist 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) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag (Ingenieurleistungen) handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rech-

ten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch den Ausschluss ihres Angebots ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft. Die Frage, ob die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin zu Recht nicht gewertet hat, weil das von der Antragstellerin zu benennende Bearbeitungsteam nicht die geforderte Mindestpunktzahl erzielt hat, ist im Rahmen der Begründetheit zu prüfen.

- f) Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt hat mit Telefax vom 12.10.2017 rechtzeitig nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens vom 02.10.2017 den Ausschluss ihres Angebots gerügt.
- g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 17.11.2017 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 02.11.2017 zur Verfügung steht.
- h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Der Ausschluss des Angebots der ASt verletzt die ASt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB. Die Vergabestelle hat rechtmäßig - entsprechend den Vergabeunterlagen – das Angebot der Antragstellerin nicht gewertet, weil die Antragstellerin die unter VI.3) der Bekanntmachung geforderte Mindestpunktzahl von 160 Punkten beim "Bearbeitungsteam" nicht erreicht hat.

a)
Vergaberechtlich unerheblich ist der Umstand, dass die Vergabestelle die Angebote schon vor dem in der Bekanntmachung genannten Termin geöffnet hat, weil die Vergabestelle die Angebote zumindest nicht vor dem Schlusstermin zur Abgabe der Angebote geöffnet hat. Somit liegt kein Verstoß gegen §§ 54, 55 VgV i.V.m. § 22 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU vor. Es wurde weder von der ASt vorgetragen noch ist erkennbar, weshalb hier die ASt in ihren Rechten verletzt sein soll.

b)

Die VSt hat zu Recht das Angebot der ASt nicht gewertet, weil die Antragstellerin entsprechend VI.3) der Bekanntmachung beim „Bearbeitungsteam“ nicht die Mindestpunktzahl von 160 erreicht hat. Bei der Kernreferenz und der Referenz R3 hat die VSt ohne Verstoß gegen Vergabevorschriften die von der ASt im Rahmen der Eigenerklärung behauptete Sachbearbeitung des Geschäftsführers X nicht anerkannt. Deshalb hat die ASt beim Bearbeitungsteam nur 140 Punkte erzielt und erreichte nicht die geforderte Mindestpunktzahl von 160.

aa)

Entgegen der Auffassung der ASt ist die VSt nicht an die Eigenerklärung der ASt gebunden, wenn die VSt auf Grund besonderer Umstände und eigener Erkenntnisse den Erklärungsinhalt der Eigenerklärung für unzutreffend erachtet. Soweit die VSt – wie in diesem Fall – Auftraggeber der vorgelegten Referenz ist und den Inhalt der Eigenerklärung bzgl. der eingereichten Referenz für unzutreffend erachtet, ist die VSt berechtigt, ihre Erkenntnisse zu berücksichtigen. § 48 Abs. 2 Satz 1 VgV schließt nicht aus, dass sich der Auftraggeber vorbehält, im weiteren Verlauf des Verfahrens, etwa zum Zwecke der Auswahl nach § 51 VgV oder von dem voraussichtlichen Ausschreibungsgewinner, eine Verifizierung der Eigenerklärungen durch bestimmte Beweismittel wie z.B. ein polizeiliches Führungszeugnis zu verlangen (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 48 VgV, Rn. 22). Nachdem in diesem Fall die VSt sich nicht in der Lage sieht, inhaltlich die Eigenerklärung der ASt als zutreffend anzuerkennen, ist die Eigenerklärung der ASt grundsätzlich unbeachtlich. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens prüft die Vergabekammer, ob die Erwägungen der VSt diskriminierend oder inhaltlich unzutreffend sind. Der von der ASt angeführte Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet es nicht, dass die Vergabestelle verpflichtet wäre, jede Eigenerklärung der anderen Bieter auch infrage zu stellen. Im Rahmen der Gleichbehandlung wäre die VSt lediglich verpflichtet, inhaltlich unzutreffende Eigenerklärungen anderer Bieter ebenfalls unberücksichtigt zu lassen. Ein solcher Sachverhalt ist weder ersichtlich noch wurde er vorgetragen.

bb)

Unzutreffend ist die Auffassung der ASt, dass Herr X deshalb als Sachbearbeiter bei der Kernreferenz anerkannt werden müsse, weil er nach seinen Angaben bei der Auftragsabwicklung der Kernreferenz die Datenübertragung über die M 150 Schnittstelle vorgenommen habe. Aus der Bekanntmachung (unter III.1.3 „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“) und dem Formblatt A2 ergibt sich eindeutig, welche Anforderungen die VSt an die Kernkompetenz gestellt hat. Insbesondere hat die VSt bereits in der Bekanntmachung festgelegt, dass die Kernreferenz die Inspektionsvorbereitung, die Bau-

leitung und die Abrechnung der Ing.- und Inspektionsleistung umfasst. Der Argumentation der ASt, die Kernreferenz würde nur auf die M 150 Schnittstelle abstellen, kann sich die Vergabekammer nicht anschließen. Entsprechend der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters/Bewerbers können die Vergabeunterlagen nur so aufgefasst werden, dass die VSt die Benennung einer Kernreferenz mit M 150 Schnittstelle forderte, bei der auch folgende Attribute erfüllt sein müssen:

- Auftragsvolumen von ca. 20 km mit einer Jahresleistung von ca. 10 km,
- Arbeitsumfang: Inspektionsvorbereitung, Bauleitung, Abrechnung der Ing.-und Inspektionsleistung.

Die M 150 Schnittstelle ist nur die technische Grundvoraussetzung, damit die Auftragsabwicklung überhaupt möglich ist. Maßgeblich für die Anerkennung als Kernreferenz sind – wie oben bereits ausgeführt - Auftragsvolumen und Arbeitsumfang.

Auch der Einwand der ASt, dass in Formblatt A3 nicht auf die Kernreferenz, sondern die Kernkompetenz abgestellt wurde, überzeugt nach Ansicht der Vergabekammer nicht. Aus den Vergabeunterlagen in ihrer Gesamtheit kann aus Sicht der Vergabekammer nur der Schluss gezogen werden, dass die VSt die Begrifflichkeit Kernkompetenz und Kernreferenz in diesem Fall synonym verwendet hat. Die Vergabeunterlagen sind durch diese synonyme Wortwahl weder unklar, irreführend noch missverständlich.

cc)

Nicht glaubhaft und als Schutzbehauptung wertet die Vergabekammer den Sachvortrag der ASt, dass Herr X intern als Sachbearbeiter bei den Referenzaufträgen mitgewirkt habe und Herr Y entsprechend der internen Arbeitsaufteilung diese Ergebnisse dem Auftraggeber übermittelt habe. Es widerspricht jeder Lebenserfahrung, dass der Geschäftsführer intern die Sachbearbeitung übernimmt, aber der Mitarbeiter dann diese Arbeitsergebnisse dem Auftraggeber präsentiert. Regelmäßig wird der Sachbearbeiter, der Projektleiter (wenn es einen solchen gibt) oder gar der Geschäftsführer (auch wenn er nicht Sachbearbeiter ist) bei der Auftragsabwicklung dem Auftraggeber als Ansprechpartner zur Verfügung stehen. Zudem haben die beiden Mitarbeiter der Fachabteilungen der VSt glaubhaft und nachvollziehbar in der mündlichen Verhandlung die Auftragsabwicklung der Referenzprojekte KR und R3 beschrieben und dargelegt, wer nach ihrer Ansicht inhaltlich den Auftrag für die ASt erfüllte. Herr X sei lediglich als Geschäftsführer bei grundsätzlichen Fragen, insbesondere vertraglichen Angelegenheiten, gegenüber dem Auftraggeber in Erscheinung getreten. Dagegen habe Herr Y inhaltlich die Refe-

renzprojekte bearbeitet und war aus ihrer Sicht der Sachbearbeiter. Der von der ASt nun vorgetragene Sachverhalt, dass der Geschäftsführer als Sachbearbeiter und fleißiger Arbeiter still im Hintergrund gewirkt hat, ist nicht glaubhaft, zumal Herr X bei Vertragsangelegenheiten auch nach außen in Erscheinung trat.

Zudem hat die VSt in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgetragen, dass die Firma, welche die Kamerabefahrung durchführte, nur Herrn Y als Sachbearbeiter wahrgenommen habe.

Der Geschäftsführer der ASt hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass Herr Y deshalb nicht als Sachbearbeiter beim zukünftigen Projektteam benannt werden konnte, weil Herr Y in diesem Auftrag zeitlich nicht zur Verfügung stehen würde. Dieser Umstand bestärkt die Vergabekammer in ihrer Ansicht, dass die Behauptung der ASt, Herr X habe intern die Sachbearbeitung übernommen, nur eine Schutzbehauptung ist. Es liegt nahe, dass die ASt keine anderweitigen geeigneten Referenzen vorweisen konnte, aber die geforderten Referenzen (möglichst mit der vollen Punktzahl von 200) auch beibringen musste.

dd)

Ausweislich der Vergabebekanntmachung werden nur Referenzen nach dem Stichtag 01.08.2012 berücksichtigt. Es ist deshalb unerheblich, ob Herr X im Rahmen früherer Aufträge vor August 2012 eine „Masterleistungsbeschreibung“ entwickelt hat. Es kommt lediglich darauf an, wer Sachbearbeiter (ab August 2012) der Referenzen KR und R3 war.

ee)

Soweit die ASt mehrfach vorträgt, dass die VSt die Referenzen KR und R3 gemäß Formblatt A2 anerkannt habe, ist dieser Vortrag zwar inhaltlich zutreffend, aber die ASt verkennt, dass nicht die vorgelegten Referenzen (als solche) für die Nichtberücksichtigung der ASt ursächlich sind, sondern der Umstand, dass Herr X nicht der Sachbearbeiter für die Kernreferenz und Referenz R3 war. Die ASt hat die Mindestpunktzahl von 160 beim Bearbeitungsteam verfehlt, dagegen hat die VSt die Referenzen der ASt mit der vollen Punktzahl von 200 gewertet.

Unter Berücksichtigung dieser Gesamtumstände kann die Vergabekammer nicht erkennen, dass die VSt aus diskriminierenden und sachfremden Erwägungen Herrn X nicht als Sachbearbeiter bei der Kernreferenz und der Referenz R3 anerkannt hat.

Die VSt hat zutreffend auf Grundlage der Vergabeunterlagen die Eignung der ASt verneint. Es wurde nicht die persönliche Befähigung von Herrn X angezweifelt. Vielmehr der Umstand, dass Herr X nicht Sachbearbeiter der Referenzen KR und R3 war, zwingen die VSt, die ASt unberücksichtigt zu lassen.

c)

Der Konstellation, dass die ASt Herrn X gleichzeitig als Projektverantwortlichen und Sachbearbeiter benannt hat und entgegen der Vorgabe der VSt gemäß Antwort zur Bieterfrage 10 keine weitergehenden Ausführungen der ASt gemacht wurden, ist nicht entscheidungserheblich, da die ASt die Mindestpunktzahl von 160 beim Bewerbungsteam nicht erreicht hat.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c) Die Beigeladene 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.

d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die von der VSt ermittelte Gesamtauftragssumme 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,- €.

Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Eine Kostenrechnung an die ASt in Höhe des Differenzbetrages von xxx,- € wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....

.....