

Antragstellerin:

Bevollmächtigte:

.....
(Antragstellerin – ASt)

Vergabestelle:

.....
(Vergabestelle – VSt)

Beigeladene:

.....
(Beigeladene – BGl)

Bauftrag:

Neubau, Systemtrennwände

Vergabeverfahren:

Offenes Verfahren

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung am 10.02.2026 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 Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx hat die VSt Systemtrennwände als Teilleistung für den Neubau ausgeschrieben.

Nach der Bekanntmachung wurde die ausgeschriebene Leistung als „*Bautischlerei-Einbauarbeiten*“ bzw. „*Einbau von Trennwänden*“ klassifiziert.

In der Bekanntmachung sind unter Ziffer 5.1.9 Eignungskriterien festgesetzt bzw. in einem eigenen Dokument separat verlinkt.

Nach dem insoweit verlinkten Kriterienkatalog ist unter Ziffer 1.4 (Referenzen) u.A. gefordert zu erklären, dass in den letzten fünf Geschäftsjahren Leistungen erbracht wurden, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind. Weiter wurde die Zusicherung gefordert, für drei Referenzen eine Referenzbescheinigung vorzulegen, falls das Angebot in die engere Wahl kommt. Die Referenzen müssen eine Reihe von Angaben beinhalten, insbesondere die Benennung des mit eigenem Personal ausgeführten maßgeblichen Leistungsumfangs.

Weiter war unter der Kategorie „Angaben zu Leistungskriterien“ unter der Unterkategorie „Nachunternehmereinsatz VOB-EU“ anzugeben, ob beabsichtigt wird, Nachunternehmer einzusetzen.

U.A. mit folgendem Text wurde unter „Nachunternehmerliste VOB-EU“ die Angabe, welche Leistungen an Nachunternehmer übertragen werden, verlangt:

„Nachfolgend aufgeführte Leistungen werden an Nachunternehmer übertragen. Zur Ausführung der im Angebot enthaltenen Leistungen benenne ich/wir Art und Umfang der Teilleistungen, für die ich mich/wir uns der Fähigkeiten anderer Unternehmer bedienen werden.“

Unter „Verpflichtungserklärung VOB-EU“ wurde eine Bestätigung gefordert, dass auf Verlangen der Vergabestelle die Unternehmen benannt werden, deren Fähigkeiten sich im Auftragsfall bedient werde. Weiter wurde eine Bestätigung gefordert, dass eine Verpflichtungserklärung vorgelegt wird, dass die erforderlichen Mittel dieser Unternehmen zur Verfügung

stehen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen Auftragnehmer und dem anderen Unternehmen bestehenden Verbindungen.

Unter Ziffer 5.1.9 (Eignungskriterien) wurde weiter folgende Anforderung festgesetzt:

„Gelangt das Angebot eines nicht präqualifizierten Unternehmens in die engere Wahl, sind die in den Eignungskriterien genannten Bescheinigungen nach Aufforderung innerhalb von 6 Kalendertagen vorzulegen [...] Stützt sich ein Bewerber/Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen, ist die jeweilige Nummer im Präqualifikationsverzeichnis oder sind die Eigenerklärungen und Bescheinigungen auch für diese anderen Unternehmen auf Verlangen innerhalb von 6 Kalendertagen vorzulegen. Werden die Kapazitäten anderer Unternehmen gemäß § 6d EU Abs. 1 VOB/A in Anspruch genommen, so muss gemäß § 6d EU Abs. 3 VOB/A die Nachweisprüfung auch für diese Unternehmen erfolgen.“

2.

In Ziffer 1.9 der Bewerbungsbedingungen wird folgende Regelung getroffen:

„Eignungsnachweis für andere Unternehmen

Beabsichtigt der Bieter/Bewerber, sich bei der Erfüllung eines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen zu bedienen, muss er Art und Umfang der dafür vorgesehenen Leistungsbereiche in seinem Angebot bezeichnen. Zum Nachweis, dass ihm die erforderlichen Fähigkeiten (Mittel, Kapazitäten) der anderen Unternehmen zur Verfügung stehen, hat er auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle zu dem von dieser bestimmten Zeitpunkt diese Unternehmen zu benennen und entsprechende Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen beizulegen. Die Vergabestelle behält sich die Prüfung der Eignung der vorgesehenen Nachunternehmer analog §§ 6 a - d EU VOB/A vor.“

Im Leistungsverzeichnis ist bei den Einzelpositionen jeweils auch die Montage vorgesehen.

3.

Die ASt hat sich an der Ausschreibung mit einem Angebot beteiligt.

Bei den zitierten Anforderungen hat die ASt die Absicht zum Einsatz von Nachunternehmern bestätigt.

Als Leistung des Nachunternehmers wurde angegeben: „Montagearbeiten“.

Die Abgabe der beschriebenen diesbezüglichen Verpflichtungserklärung auf Verlangen der VSt wurde bestätigt.

Die BGI hat sich an der Ausschreibung ebenfalls mit einem Angebot beteiligt.

Bei den zitierten Anforderungen zu Angaben an die Leistungskriterien hat die BGI die Absicht zum Einsatz von Nachunternehmern für Montageleistungen ebenfalls bestätigt. Die Abgabe der beschriebenen diesbezüglichen Verpflichtungserklärung auf Verlangen der VSt wurde durch die BGI bestätigt.

Laut der Niederschrift über die Angebotsöffnung vom xx.xx.xxxx hat die ASt das günstigste Angebot abgegeben. Das Angebot der BGI lag auf Platz 3.

4.

Mit Nachricht vom 28.10.2025 forderte die VSt die ASt u. A. zur Vorlage von drei vergleichbaren Referenzen auf.

Daneben wurde u.A. dazu aufgefordert, den Nachunternehmer zu der genannten Leistung Montagearbeiten zu benennen und die entsprechende Verpflichtungserklärung abzugeben. Daneben wurde aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen gemäß Eignungskriterien aus dem Angebot hinsichtlich Fachkunde und Zuverlässigkeit (Referenzbescheinigungen) des Nachunternehmers zuzusenden. Die Anforderung von Eignungsnachweisen der Nachunternehmer im Einzelfall bleibe vorbehalten.

Mit Nachricht vom 29.10.2025 antwortete die ASt hierauf und übermittelte drei Referenzen, die für die ASt ausgestellt waren. Des Weiteren wurde eine Verpflichtungserklärung gem. dem Formblatt „Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen“ vorgelegt. Diese war durch die ASt selbst für den Leistungsbereich Montagearbeiten Systemtrennwände ausgestellt. Die ASt gab insoweit an, dass der Name des sich verpflichtenden Unternehmens noch nicht benannt werden könne, Nachunternehmer- / Montageplanung könne erst nach Vergabe erfolgen. Bis auf eine Aufstellung zu den Arbeitskräften wurde keine weitere Bescheinigung vorgelegt.

Mit Nachricht vom 06.11.2025 sendete die VSt der ASt folgende Aufforderung:

„Bitte teilen Sie uns mit, ob die zwei bis drei potenziell in Frage kommenden Nachunternehmer für die Montagearbeiten die erforderlichen Kapazitäten zur termingerechten Ausführung gemäß den Besonderen Vertragsbedingungen aus Ihrem Angebot haben. Auch wenn Sie uns derzeit noch nicht benennen können, welcher Nachunternehmer die Arbeiten vor Ort ausführen wird, bitten wir um entsprechende Auskunft. Ihre Rückmeldung erwarten wir bis spätestens 12.11.2025.“

Hierauf die hat die ASt der VSt unter dem 10.11.2025 geantwortet.

Im Wesentlichen wurde ausgeführt, dass die erforderlichen Montagkapazitäten umfassend zur Verfügung stünden. Es bestehe ein bundesweiter Mitarbeiterpool, die Nachunternehmer könnten je nach Auftragsgröße und Montagedauer flexibel eingesetzt werden. Die Montage könne nicht final bis wenige Wochen vor Montagebeginn geplant werden. Die ASt habe aufgrund ihres Umsatzvolumens auf jeden Fall die Kapazitäten, die Baumaßnahme in der gewünschten Zeit umzusetzen.

5.

Laut finalem Gutachten des die Ausschreibung betreuenden Architekturbüros vom 09.12.2025 wurde die Vergabe an die BGI vorgeschlagen. Laut der Begründung hat die ASt nicht alle nachgeforderten Unterlagen fristgerecht vorgelegt. Das Angebot des zweitplatzierten Bieters sei ebenfalls von der Wertung auszuschließen. Dessen Angebot entspreche nicht der Leistungsbeschreibung.

Mit Nachricht vom 01.12.2025 hatte die VSt von der BGI zwischenzeitlich die Vorlage von drei Referenzbescheinigungen, der Nachunternehmerverpflichtungserklärung für Montagearbeiten und die Vorlage von Referenzen für den Nachunternehmer verlangt.

Hierauf antwortete die BGI mit Nachricht vom 04.12.2025 und legte u.A. drei Referenzbescheinigungen für sich und drei Referenzbescheinigungen eines Nachunternehmers vor.

6.

Mit Schreiben der VSt gem. § 134 GWB vom 15.12.2025 wurde mitgeteilt, dass der Zuschlag frühestens am 02.01.2026 an die BGI erfolgen soll. Auf das Angebot der ASt könne der Zuschlag nicht erteilt werden, weil sie nicht die nachgeforderte Nachunternehmerverpflichtungserklärung eingereicht habe und daher auszuschließen gewesen sei.

Hiergegen erhob die ASt mit Schreiben vom 15.12.2025 Rüge im Wesentlichen mit folgender Begründung:

Es habe nur am 06.11.2025 eine Nachforderung gegeben, in der keine Verpflichtungserklärung erwähnt gewesen sei. Die Vergabeunterlagen würden zudem in Ziff. 1.9 der Bewerbungsbedingungen vorsehen, dass Verpflichtungserklärungen „auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle zu dem von dieser bestimmten Zeitpunkt“ vorzulegen seien. Ein gesondertes Verlangen habe es nicht gegeben. Der Ausschluss sei daher rechtswidrig.

Daneben wurde eine Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmens vom 15.12.2025 vorgelegt. Darin verpflichtete sich dieses, im Fall der Auftragsvergabe an die ASt, dieser mit den erforderlichen Kapazitäten für Montageleistungen zur Verfügung zu stehen.

Mit Nachricht vom 16.12.2025 wurde die Rüge zurückgewiesen. Dies wurde im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die ASt habe sich mit Ihren Angaben zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung verpflichtet. Die VSt habe diese mit Nachricht vom 28.10.2025 angefordert.

In der am 29.10.2025 durch die ASt übermittelten Verpflichtungserklärung heiße es, dass der Name des sich verpflichtenden Unternehmens noch nicht benannt werden könne. Dies bedeute, dass die nachgeforderte Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers nicht eingereicht worden sei.

Mit Nachricht vom 18.12.2025 erhob die ASt eine weitere Rüge und vertiefte ihren bisherigen Vortrag.

Mit Nachricht vom 18.12.2025 wies die VSt die Rüge erneut zurück.

Mit Nachricht vom 19.12.2025 erhob die ASt erneut Rüge.

7.

Am 30.12.2025 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag und beantragte,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu erteilen,
2. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Eine Grundlage für den Angebotsausschluss bestehe nicht.

Ein Angebotsausschluss könne nicht auf § 15 EU Abs. 1 VOB/A gestützt werden. Dabei handele es sich nicht um eine Rechtsgrundlage für einen Angebotsausschluss.

Der Angebotsausschluss könne auch nicht auf § 15 EU Abs. 2 VOB/A (Verweigerung einer Angebotsaufklärung bzw. Nichtantwort) gestützt werden. Denn es habe hier keine Angebotsaufklärung vorgelegen. Ohnehin könnten vermeintlich fehlende Angaben bzw. Verpflichtungserklärungen nicht im Rahmen einer Angebotsaufklärung nachgeholt werden. Eine Angebotsaufklärung dürfe nicht zu inhaltlichen Änderungen oder Ergänzungen führen.

Die Nachforderung könne sich auch nicht auf § 16a EU Abs. 5 VOB/A stützen. Denn diese Regelung betreffe nur Unterlagen, die mit dem Angebot bereits vorzulegen waren.

Der Angebotsausschluss könne sich auch nicht auf § 16 EU Nr. 4 VOB/A stützen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift würden nicht vorliegen. Denn hier gehe es nicht um eine Erklärung oder einen Nachweis, deren Vorlage sich die VSt vorbehalten hat, da die betreffende Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers sich auf den Fall der Eignungsleihe beziehe. Die VSt sei daher ggf. nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A berechtigt, eine Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers für den Fall der Eignungsleihe anzufordern. Hier liege jedoch kein Fall der Eignungsleihe nach § 6d EU VOB/A vor. Die ASt plane vielmehr den Einsatz eines „einfachen“, nicht-eignungsleihenden Nachunternehmers, der einzelne Montagetätigkeiten ausführen soll. Für reine Nachunternehmen ohne eignungsleihende Funktion finde sich in den Vergabeunterlagen jedoch kein Vorbehalt, nach dem die VSt die namentliche Benennung der Nachunternehmen oder die Vorlage einer Verpflichtungserklärung nach Angebotsabgabe fordern könnte. Das sei vergaberechtlich auch folgerichtig, weil die Eignung von reinen Nachunternehmen von der VSt nicht geprüft werden müsse, solange der Bieter – wie die Antragstellerin – selbst alle Eignungskriterien erfülle. Nachdem es für reine Nachunternehmen keinen Vorbehalt gebe, habe die VSt die entsprechenden Angaben von der ASt nicht vergaberechtskonform fordern können. Die gleichwohl vorgenommene, vergaberechtswidrige Forderung könne keinen Angebotsausschluss nach sich ziehen.

8.

Mit Schreiben vom 08.01.2026 erwiderte die VSt hierauf und stellte folgenden Anträge:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt:

Mit der am 29.10.2025 übersandten Verpflichtungserklärung (durch die ASt selbst gestellt) liege weder ein Nachweis der Eignungsleihe noch eine Erklärung, die Arbeiten selbst auszuführen, vor. Der Ausschluss sei zu Recht auf § 15 EU Abs. 2 VOB/A gestützt worden. Die ASt habe in ihrem Angebot angegeben, Leistungen durch Nachunternehmer ausführen zu lassen. Daher sollten Kapazitäten anderer Unternehmer genutzt werden. Somit sei hier § 6 d VOB/A einschlägig. Somit sei durch die VSt die verpflichtende Zusage des Nachunternehmens sowie die Eignung des Nachunternehmens zu prüfen. Um diese prüfen zu können, sei im ersten Schritt nach § 15 EU Abs. 1 VOB/A die Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers anzufordern, da die VSt als Auftraggeberin nach Öffnung der Angebote

eine Aufklärung zum Angebotsinhalt verlangen könne, um sich über die Eignung zu unterrichten.

Der Ausschluss könne darüber hinaus auf § 16 Nr. 4 VOB/A EU gestützt werden. Nach 1.9 Bewerbungsbedingungen VOB/EU (Eignungsnachweis für andere Unternehmen) behalte sich die VSt die Prüfung der Eignung aller Nachunternehmer vor.

9.

Mit Schriftsatz vom 22.01.2026 nahm die ASt erneut Stellung. Zur Begründung wurde insbesondere folgendes ausgeführt:

Es sei nicht zwingend, dass Bieter, die Leistungen durch Nachunternehmer ausführen lassen wollen, immer Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen und daher von diesen Bietern immer der Nachweis zu fordern ist, dass ihnen Kapazitäten der benannten Nachunternehmer zur Verfügung stehen. Es sei auch nicht zwingend die Eignung dieser Nachunternehmer zu prüfen. Die ASt nehme keine Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch, so dass eine Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers nicht gefordert werden könne. Denn mit Kapazitäten werde auf den Begriff der Leistungsfähigkeit abgestellt, es gehe also um die Eignung. Da die ASt keinen Nachunternehmer im Sinne einer Eignungslleihe einsetze, bestehe daher keine Berechtigung zur Anforderung der Verpflichtungserklärung. Es liege eine einfache Unterbeauftragung vor; die ASt erfülle alle Eignungsanforderungen selbst. Die VSt dürfe aus dem beabsichtigten Unterauftragnehmereinsatz nicht darauf schließen, dass die ASt zugleich auf die Kapazitäten des benannten Unternehmens zur Eignungsherstellung zurückgreifen will. Selbst wenn die ASt eine Eignungslleihe in Anspruch genommen hätte, hätte die VSt nicht die Einreichung des von ihr selbst übermittelten Formulars „Verpflichtungserklärung“ verlangen dürfen. Denn es sei dem Bieter überlassen, wie er den Nachweis der Verfügbarkeit des Nachunternehmers gegenüber der VSt führt.

Daher könne der Angebotsausschluss auch nicht auf § 16 Nr. 4 EU VOB/A gestützt werden. Denn die VSt habe sich die Forderung einer Verpflichtungserklärung von nicht eignungsleihenden Nachunternehmern nicht vorbehalten.

10.

Mit Mitteilung vom 26.01.2026 wurde der ASt Akteneinsicht erteilt.

11.

Mit Mitteilung vom 26.01.2026 wurde die Fa. zum Verfahren beigegeben.

12.

Unter dem 29.01.2026 hat die VSt ein Schreiben des übermittelt, wonach die ASt nach § 134 GWB informiert wird, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden soll. Aus den vorgelegten Referenzen gehe hervor, dass die ASt die Leistungen nicht ausschließlich mit eigenem Personal ausführt. Die Referenzgeberin hinsichtlich zweier Referenzen habe bestätigt, dass kein eigenes Personal zur Montage der Systemtrennwände eingesetzt wurde. Die Leistungen seien in Kombination Montagepartner und nur mit Montageleiter aus eigenem Haus ausgeführt worden. Die vorgelegten Referenzen würden nicht die geforderten Mindestanforderungen erfüllen.

13.

Mit Schriftsatz vom 03.02.2026 nahm die VSt erneut Stellung. Insbesondere wurde folgendes ausgeführt:

Die ASt berufe sich darauf, dass keine Eignungsleihe benötigt werde. Dies sei von der VSt nochmals überprüft worden. Der erklärte Ausschluss sei mangels ausreichender Referenzen erfolgt. Hinsichtlich von zwei der vorgelegten Referenzen habe der Auftraggeber angegeben, dass nur bei der Produktion und bei der Aufsicht eigene Mitarbeiter eingesetzt werden. Da von den Vergabeunterlagen die Angabe des mit eigenem Personal ausgeführten maßgeblichen Leistungsumfangs gefordert war, würden diese beiden Referenzen nicht die geforderten Mindestanforderungen erfüllen. Wenn die ASt nicht selbst die Montage ausführt, hätte sie sich im Wege der Eignungsleihe anderer Unternehmen bedienen müssen. Die ASt beharre jedoch darauf, dass keine Eignungsleihe vorliege, so dass es an der Eignung fehle.

14.

Mit Schriftsatz vom 08.02.2026 nahm die ASt erneut Stellung und führte im Wesentlichen Folgendes aus:

Die ASt sei uneingeschränkt selbst für alle Tätigkeiten geeignet, die Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrages sind. Die Eignung erstreckte sich auch auf die Montage, die allerdings schon kein maßgeblicher Leistungsteil des ausgeschriebenen Auftrags sei und für die deshalb keine Referenzleistungen hätten vorgelegt werden müssen. Die ASt habe jedoch auch Referenzleistungen vorgelegt, die Montageleistungen mit eigenem Personal umfassen und für die sie gegenüber dem Referenzgeber uneingeschränkt verantwortlich war. Die von der ASt vorgelegten Referenzbescheinigungen würden alle Vorgaben der Vergabeunterlagen erfüllen. Maßgeblicher Leistungsumfang bei der Herstellung von Systemtrennwänden sei die Produktion. Kein maßgeblicher Leistungsumfang sei dagegen die Montage der Systemtrennwände auf der Baustelle, da die vorgefertigten Elemente auf der

Baustelle nur noch aufgestellt und in Boden und in Boden und Decke verschraubt werden müssen. Die von der ASt mit dem Angebot vorgelegten Referenzbescheinigungen würden stichwortartig benennen, dass die ASt den maßgeblichen Leistungsumfang, die Produktion, mit eigenem Personal durchgeführt hat. Aus den vorgelegten Referenzbescheinigungen gehe auch hervor, dass die ASt bei der Montage eigenes Personal eingesetzt habe (Montageleiter). Der Montageleiter sei bei der Montage das entscheidende Personal. Die ASt setze immer eine eigene Montageleitung ein, während sie für die Montage ebenfalls eigenes Personal habe, aber Vertragspartner einsetze. Die Vergabeunterlagen seien nicht so zu verstehen, dass die Referenzleistungen in ihrem maßgeblichen Leistungsumfang sich auf die Montage beziehen müssten.

Es liege daher kein Ausschlussgrund vor. Das Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 29.01.2026 entspreche zudem aus formaler Sicht nicht den Anforderungen des § 134 GWB, wie näher ausgeführt wurde. Der Verstoß gegen die Vorgaben des § 134 Abs. 1 GWB und den auf vermeintlich ungeeignete Referenzen gestützten erneuten Ausschluss des Angebotes der ASt werde vorsorglich gerügt.

15.

In der mündlichen Verhandlung vom 10.02.2026 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

16.

Mit Schriftsatz vom 11.02.2026 nahm die ASt erneut Stellung.

Insbesondere wurde im Hinblick auf das von der ASt ausgefüllte Formblatt 221 ausgeführt, dass dieses nur kalkulatorische Ansätze enthalte und nicht widerspiegele, welchen Anteil die Nachunternehmerleistungen am Gesamtauftrag haben. Aus der vorgelegten Kostenkalkulation ergebe sich, dass die Montageleistung in der Gesamtschau kein wesentlicher Auftragsanteil ist.

Die ASt habe in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass sie ohne Einschränkungen selbst alle Eignungskriterien erfülle. Sie habe Referenzbescheinigungen vorgelegt, die auch Montageleistungen mit eigenem Personal enthalten würden (Montageleiter). Ein Rückgriff auf die Eignung eines Nachunternehmers sei deshalb zu keinem Zeitpunkt erforderlich gewesen. Soweit die ASt mit Nachricht vom 28.10.2025 dennoch Referenzbescheinigungen von Nachunternehmern gefordert haben sollte, seien diese schon deshalb nicht einzureichen gewesen, weil die ASt keine eignungsleihenden Nachunternehmer einsetze. Alle von der ASt eingesetzten Vertragspartner würden die Systemtrennwände ausschließlich im Auftrag der ASt montieren. Als Referenzgeber müsste deshalb die ASt selbst auftreten, was widersinnig sei.

Weiter wurde vorgetragen, dass ein Angebotsausschluss allenfalls als ultima ratio in Betracht komme. Die Vergabeunterlagen würden keinen klaren Hinweis beinhalten, dass sich die Referenzen auch auf den vollkommen untergeordneten Leistungsteil der Montage beziehen mussten.

Begründung:

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 S. 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

b)

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

c)

Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB.

d)

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

f)

Die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB wurde beachtet.

g)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

a)

Der Ausschluss der ASt wegen fehlender Eignung begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken; die VSt hatte den Angebotsausschluss insoweit mit Schreiben vom 29.01.2026 und vom 03.02.2026 damit begründet, dass die vorgelegten beiden Referenzen vom 25.07.2025 nicht die geforderten Mindestanforderungen erfüllen würden, da die ASt die Montage zwar mit eigenem Personal beaufsichtige, aber nicht mit eigenem Personal ausführe und die ASt insoweit nicht geeignet sei; sie hätte sich insoweit der Eignungsleihe bedienen müssen.

Die VSt hat hier wirksam die Vorlage von drei Referenzbescheinigungen über Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, gefordert.

Die bezeichneten Referenzen der ASt decken Leistungen, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind, nicht vollständig ab.

Bei den bezeichneten Referenzen wird die Montage nicht durch die ASt durchgeführt. Ohne Nachweis über die Durchführung von Montagearbeiten ist jedoch der Nachweis der Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung nicht geführt, weil diese maßgeblich (auch) durch die Montagearbeiten geprägt ist. Der Eignungsnachweis ist deswegen nicht erbracht, weil die Montagearbeiten vorliegend zumindest so wesentlich sind, dass ohne Beleg der vorherigen Durchführung der Montagearbeiten die Eignung nicht geprüft werden kann; ohne Beleg der vorherigen Durchführung der Montagearbeiten besteht keine Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung in technischer und organisatorischer Hinsicht und kein Nachweis der Eignung, so dass zusätzlich eine Eignungsleihe hinsichtlich der Montagearbeiten erforderlich gewesen wäre: Im Fall der Eignungsleihe erbringt ein Bieter den Nachweis der Eignung nicht allein, sondern stützt sich (auch) auf andere Unternehmen, § 6d EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A. Dann ist der VSt nachzuweisen, dass dem Bieter die erforderlichen Kapazitäten der anderen Unternehmen zur Verfügung stehen, § 6d EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A. Weiterhin ist auch für diese Unternehmen die Eignung zu überprüfen, s. § 6d EU Abs. 1 Satz 4 VOB/A, der auf § 6a EU VOB/A verweist. Angesichts dieser Verweisung wären gem. § 6a EU Nr. 3a VOB/A geforderte Referenzen hinsichtlich dieser Unternehmen auch von diesen für die von diesen abgedeckten Leistungsbereiche zu verlangen.

Nach Auffassung der Vergabekammer kann hinsichtlich der Frage der Vergleichbarkeit von Leistungen u.A. darauf abgestellt werden, ob die in den Referenzbescheinigungen dargestellten Leistungen im technischen und organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten (vgl. jurisPK-Vergaberecht, § 6a EU VOB/A, Rn. 76). Der Gesetzgeber sieht gem. § 6a EU Nr. 3 VOB/A als prägende Elemente für die berufliche und technische Leistungsfähigkeit u. A. Art, Menge oder Umfang der ausgeschriebenen Leistung an.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist der Leistungsbereich der Montage derart wesentlich, dass ohne Abdeckung dieser Leistungsbereiche durch Eignungsnachweise der Nachweis der Eignung nicht erbracht ist, da die Leistungen dann nicht mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind.

Dies ergibt sich maßgeblich aus folgendem Gesichtspunkt: Die Bekanntmachung kennzeichnet die hier ausgeschriebene Leistung hinsichtlich der zu beschaffenden Systemtrennwände als Bauauftrag und spricht ausdrücklich von Bautischlerei-Einbauarbeiten bzw. von einem Einbau. Die Leistung ist damit wesentlich durch Bauleistungen bzw. dem Einbau bzw. der Montage gekennzeichnet. Diese sich aus der Bekanntmachung ergebende Prägung wird dadurch unterstrichen, dass im Leistungsverzeichnis bei den einzelnen Positionen jeweils auch die Montage vorgesehen ist. Die Montagearbeiten, also die händisch durchgeführten Arbeiten, prägen daher die Ausschreibung so, dass zur Beurteilung der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit auch insoweit eine Unterlegung mit bzw. durch Referenzbescheinigungen notwendig gewesen wäre.

Dieses Ergebnis der Wesentlichkeit und der Bedeutung der Montagearbeiten zur Beurteilung der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit wird durch den Umfang der Montagearbeiten bei der ausgeschriebenen Leistung unterstützt. Dieser Umfang zeigt sich auch an dem Angebot der ASt. Die ASt hatte im vorliegenden Verfahren angegeben, die Montagearbeiten durch einen Nachunternehmer durchzuführen und im Schriftsatz vom 08.02.2026 angegeben, dass die Montageleitung immer aus eigenem Haus komme. Daraus ergibt sich, dass der von der ASt im Formblatt 221 angegebene Betrag für Nachunternehmerleistungen ausschließlich auf die reinen Montageleistungen entfällt. Dieser Betrag beläuft sich auf etwa 25 % der Gesamtauftragssumme. Dieser Anteil bleibt gleich, wenn man den Betrag für die Nachunternehmerleistungen jeweils mit oder ohne die ausgewiesenen kalkulatorischen Zuschläge ins Verhältnis zu den übrigen Kos-

ten setzt. Die Montageleistungen machen daher einen erheblichen Umfang der Gesamtauftragssumme aus, so dass die berufliche und technische Leistungsfähigkeit ohne Referenznachweise für diesen Leistungsbereich nicht nachgewiesen ist.

Für die Wesentlichkeit spricht auch der Schwierigkeitsgrad der Montagearbeiten in technischer und organisatorischer Hinsicht. Dafür spricht das Vorbringen der BGI in der mündlichen Verhandlung. Die BGI hat – unwidersprochen – vorgetragen, dass ihre Trennwände sehr ähnlich zu denen der ASt seien; sie setze bei der Montage ebenfalls einen Montageleiter aus eigenem Haus ein. Die BGI ist zudem dem Vorbringen der ASt substantiiert entgegengetreten, wonach die Montage von untergeordneter Bedeutung sei, weil die vorgefertigten Elemente auf der Baustelle nur noch aufgestellt und verschraubt werden müssen. Insbesondere der letztlich unwidersprochene Vortrag der BGI dazu, dass bei der Montage die Abdichtung und die Schalldämmung anzubringen seien, ist nachvollziehbar und vermag angesichts dessen, dass explizit Systemtrennwände mit Schallschutz ausgeschrieben wurden, zu überzeugen.

Aus diesen Gründen ändert auch die Tatsache, dass hinsichtlich der bezeichneten Referenzen die Montageleitung aus dem Haus der ASt stammt und der Vortrag, dass die ausführenden Unternehmen zuvor von der ASt geschult werden, nichts an dieser Bewertung; aus den genannten Gründen kann die Durchführung der Montage, auch wenn die Montageleitung durch ein anderes Unternehmen übernommen wird bzw. zuvor eine Schulung stattfand, nicht als von untergeordneter Bedeutung angesehen werden.

Da gegenständlich die Prüfung der Eignung anhand der vorgelegten Nachweise erfolgt ist, hat die Frage, ob die ASt grundsätzlich in der Lage ist, den ausgeschriebenen Leistungsumfang selbst zu erbringen, keinen Einfluss auf die Bewertung, ob die vorgelegten Nachweise als Eignungsnachweis genügen; im Fall der Eignungslleihe sieht § 6d EU Abs. 1 Satz 4 VOB/A i. V. m. § 6a EU Nr. 3 a VOB/A die Prüfung der Referenzen der Nachunternehmer unabhängig davon vor, von wem diese ausgestellt wurden. Letzterer Gedanke macht auch deutlich, dass es plausibel ist, dass Referenzen der Nachunternehmer von dem Bieter selbst für Nachunternehmer ausgestellt werden können und dass dies nicht gegen die Erforderlichkeit einer Eignungslleihe spricht.

Angesichts dieses Ergebnisses bedarf es nicht der Klärung der Frage, ob es auf die Eignungsprüfung Einfluss hat, dass die ASt hinsichtlich der bezeichneten Referenzen nicht Vertragspartner des betreffenden Auftrags ist, sondern Unterauftragnehmer.

b)

Im Übrigen würde auch der (auch) auf § 16 EU Nr. 4 VOB/A gestützte Ausschluss wegen Nichtvorlage der Nachunternehmerverpflichtungserklärung keinen vergaberechtlichen Bedenken begegnen.

Die ASt hat die mit Schreiben vom 28.10.2025 angeforderte Nachunternehmerverpflichtungserklärung nicht binnen der gesetzten Frist vorgelegt. Die ASt hatte gemäß den Vergabeunterlagen mit dem Angebot angegeben, auf Verlangen der VSt eine entsprechende Verpflichtungserklärung vorzulegen.

Da die entsprechende Passage in den Vergabeunterlagen zu dem Einsatz von Nachunternehmern den Fall der Eignungslleihe betrifft und hinsichtlich der gegenständlichen Montageleistungen ein Fall der Eignungslleihe gegeben wäre, bestehen vor diesem Gesichtspunkt keine vergaberechtlichen Bedenken gegen die Berechtigung der Anforderung der Nachunternehmerverpflichtungserklärung. Die entsprechende Passage in den Vergabeunterlagen betrifft den Fall der Eignungslleihe, da die Angabe den Einsatz der Fähigkeiten anderer Unternehmen betrifft. Dieser Begriff findet im Begriff der Leistungsfähigkeit, der synonym zum Begriff der Eignung ist (s. § 6 EU Abs. 1 VOB/A), seine Entsprechung. Dafür spricht auch, dass in Ziffer 1.9 die Nachunternehmerverpflichtungserklärung und der Einsatz von Fähigkeiten anderer Unternehmen ausdrücklich dem Fall der Eignungslleihe zugeordnet werden. Vor diesem Gesichtspunkt bestehen daher keine vergaberechtlichen Bedenken gegen die Berechtigung der Anforderung der Nachunternehmerverpflichtungserklärung. Auch unter der von der ASt getätigten Annahme, die bezeichneten Montageleistungen betreffen nicht den Fall der Eignungslleihe, könnte die Forderung einer Nachunternehmerverpflichtungserklärung auf Grundlage der zitierten Passagen aus den Vergabeunterlagen Bestand haben. Denn die ASt hat die Abgabe einer derartigen Verpflichtungserklärung mit Angebotsabgabe zugesagt, obwohl sie nach ihrem Vortrag davon ausgeht, dass kein Fall der Eignungslleihe vorliegt, was eine Erkennbarkeit eines möglichen Vergaberechtsverstoßes im Rahmen des Präklusionstatbestandes des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB begründen könnte. Für die Erkennbarkeit einer möglichen Problematik durch die ASt könnte auch sprechen, dass die ASt im Rahmen des Schriftverkehrs mit der VSt angegeben hat, den Montagepartner erst kurz vor Auftragsausführung benennen zu können.

Im Hinblick auf formelle Vorgaben der VSt an die Nachunternehmerverpflichtungserklärung ist keine Rechtsverletzung der ASt ersichtlich. Nach § 6d EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A ist dem öffentlichen Auftraggeber im Fall der Eignungslleihe nachzuweisen, dass ihm die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stehen, indem beispielsweise die verpflichtenden Zusagen dieser Unternehmen vorgelegt werden. Vorgaben an die Form dieses Nachweises stellt die Vorschrift nicht auf. Die VSt hat mit Nachricht vom 28.10.2025 von

der ASt die Abgabe einer Nachunternehmerverpflichtungserklärung gemäß einem gewissen Formblatt verlangt. Eine Rechtsverletzung durch diese Vorgabe ist nicht ersichtlich, denn es ist nicht ersichtlich, wie die ASt dadurch zu Schaden gekommen sein sollte bzw. an der (zeitgerechten) Abgabe des Kapazitätsnachweises gehindert worden sein sollte: Die ASt hatte insoweit mit Schreiben vom 29.11.2025 erklärt, sie könne den Nachunternehmer noch nicht benennen, die Nachunternehmerplanung erfolge nach Vergabe; das zurückgeschickte Formblatt zur Nachunternehmererklärung war durch die ASt selbst ausgestellt.

Die Nachricht der VSt vom 06.11.2025 ist nicht als Verzicht auf die Vorlage einer Nachunternehmerverpflichtungserklärung zu deuten. Denn ungeachtet der Nachfrage, ob die in Frage kommenden zwei bis drei Nachunternehmen die erforderlichen Kapazitäten zur termingerechten Ausführung haben, hat die VSt damit nicht (abschließend) mitgeteilt, ob sie im Fall einer positiven Antwort auf die Vorlage einer Nachunternehmerverpflichtungserklärung verzichten will. Hinzu kommt, dass sie zu einem derartigen Verzicht auch nicht berechtigt wäre, nachdem die Vorlage der Verpflichtungserklärung in den Vergabeunterlagen gefordert war; ein Verzicht würde daher gegen den Wettbewerbsgrundsatz und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Ein Verzicht würde auch gegen die gesetzliche Vorgabe des § 6d EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A verstoßen. Denn die Vorschrift verlangt ausdrücklich den Nachweis, dass die erforderlichen Kapazitäten der anderen Unternehmen zur Verfügung stehen, etwa durch Vorlage von Verpflichtungszusagen, lässt also reine Angaben, insbesondere hinsichtlich zu benennender Unternehmen, nicht genügen.

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. Die Kostenerstattungspflicht erstreckt sich nicht auf die Aufwendungen der BGI. Billigkeitsgründe, die nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB die Anordnung der Erstattung der Aufwendung der Beigeladenen rechtfertigen würden, bestehen nicht; die BGI hat keinen eigenen Antrag gestellt und sich damit auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt.

c)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von xxxxxxx,- €.

d)

Der von der ASt geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Die ASt erhält über den Differenzbetrag eine Kostenrechnung i.H.v. xxxxxxx,- €.

Rechtsmittelbelehrung:

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX