

Leitsätze:

1. Stellt ein Mitglied einer Bietergemeinschaft einen Nachprüfungsantrag, so hat es den Nachprüfungsantrag im eigenen Namen gestellt, wenn aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers weder aus dem Nachprüfungsantrag selbst noch aus den diesem als Anlage beigefügten Unterlagen erkennbar war, dass der Antrag namens der Bietergemeinschaft gestellt werden sollte.
2. Eine von den Bietergemeinschaftsmitgliedern unterschriebene Vollmacht kann nur ab ihrer Offenlegung Außenwirkung entfalten. Der Rechtsprechung des OLG München (B.v. 14.01.2015, Verg 15/14) folgend wirkt eine nachträglich erteilte Vollmacht ohne Offenlegung der Vertretung bzw. der Prozessstandschaft nicht auf den Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrags zurück. Nur dann, wenn die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag hat erkennen lassen (oder es offenkundig gewesen wäre), dass sie als Bevollmächtigte Rechte der Bewerbungsgemeinschaft wahrnimmt, hätte sie eine Vollmachtsurkunde nachreichen können, um den Einwand mangelnder Bevollmächtigung zu widerlegen.
3. Das im Zivilprozess anerkannte Institut der gewillkürten Prozessstandschaft findet analog auch im Nachprüfungsverfahren Anwendung.
Das Institut der gewillkürten Prozessstandschaft verlangt, dass der Antragsteller offenlegt, dass er im Verfahren im eigenen Namen fremde Rechte geltend macht. Ergibt sich weder aus dem Nachprüfungsantrag selbst noch mittelbar aus den beigefügten Anlagen ein Anhalt dafür, dass der Antragsteller nicht ein eigenes, sondern ein fremdes Recht einer Bewerbungsgemeinschaft geltend macht, mangelt es an der erforderlichen Offenlegung der Prozessstandschaft, sofern eine Prozessstandschaft auch nicht aus sonstigen Gründen offenkundig war.
4. Unternehmen, die keinen Teilnahmeantrag oder kein Angebot abgegeben haben, aber substantiiert rügen, gerade hieran durch vergaberechtswidriges Verhalten der Vergabestelle gehindert worden zu sein, sind insoweit grundsätzlich antragsbefugt. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist insoweit die schlüssige Behauptung der Rechtsverletzung erforderlich, aber regelmäßig auch ausreichend.
5. Bei der Auswahl der Eignungskriterien steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. Gemäß § 122 Abs. 4 S. 1 GWB ist allerdings erforderlich, dass die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu dem Auftragsgegenstand in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Überprüfung der Festlegung der Eignungskriterien durch die Nachprüfungsinstanzen ist auf die Kontrolle der Einhaltung dieser Grenzen beschränkt.

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

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(Vergabestelle – VSt)

Vorhaben: **Relaunch Homepage**

Vergabeverfahren: **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 04.03.2022 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 und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb europaweit den „Relaunch Homepage“ (Vergabenummer) im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus.

Der Auftragsgegenstand war bereits zuvor von der VSt unter der Vergabenummer europaweit ausgeschrieben worden. Hiergegen hatte die ASt erfolgreich einen Nachprüfungsantrag erhoben. Mit Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 20.08.2021 (Az.: RMF-SG21-3194-6-29) wurde festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die ASt in ihren Rechten verletzt. Die VSt wurde bei Festhalten an der Vergabeabsicht verpflichtet, das Verfahren in den Stand vor der Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen.

Mit Schreiben vom 21.10.2021 hatte die VSt im Ausgangsverfahren (Vergabenummer) den beteiligten Bietern mitgeteilt, dass das Vergabeverfahren aufgrund des Beschlusses der Vergabekammer Nordbayern vom 20.08.2021 eingestellt worden ist und beabsichtigt ist, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

2.

Unter Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung (technische und berufliche Leistungsfähigkeit) bestimmte die VSt:

(...)

„Folgende Mindestanforderungen werden im Besonderen an die genannten Referenzen gestellt:

a) mindestens bei zwei der eingereichten Referenzen:

Zusammenarbeit mit kommunalen Auftraggebern vergleichbarer Größe mit mindestens xxx 000 Einwohnern oder Realisierung von Internetportalen in vergleichbarer Größe von öffentlichen Auftraggebern. Als geeignete Referenz bzw. Referenzen werden anerkannt, wenn die Projekte mit Hilfe des klassischen Projektmanagements realisiert wurden“.

(...)

3.

Mit Schreiben vom 16.11.2021 rügte die ASt gegenüber der VSt insbesondere ein fehlendes Lasten- und Pflichtenheft sowie die Diskriminierung der „..... GmbH“. „Eine eigenständige Teilnahme derselben“ sei gänzlich ausgehebelt worden.

Im Briefkopf wird als Absender die „..... GmbH“ benannt. Jede Seite des Rügeschreibens enthält am oberen Seitenrand die Anschrift der „..... GmbH“. Das Schreiben wurde vom Geschäftsführer der „..... GmbH“ unterschrieben.

Die ASt forderte die VSt unter Fristsetzung wie folgt auf:

- „- das Vergabeverfahren entsprechend dem Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 20.08.2021 (Az.: RMF-SG 21-3194-6-29) erneut vor die Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen
- die ursprünglichen Eignungs- und Auswahlkriterien wiederherzustellen
- die GmbH über die erfolgte Korrektur und die Vervollständigung der Vergabeunterlagen um ein konkretes Lasten- und Pflichtenheft und somit über die Wiederaufnahme / Fortführung des Vergabeverfahrens ordnungsgemäß zu informieren
- es der GmbH als per Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 20.08.2021 (Az.: RMF-SG 21-3194-6-29) gesetzten Bieter zu ermöglichen ein wirtschaftliches Angebot für den Leistungsgegenstand „Relaunch Homepage“ abzugeben.

Bei nicht fristgerechter Abhilfe werden wir erneut das Nachprüfungsverfahren beantragen“.

4.

Mit Schreiben vom 17.11.2021 wies die VSt die Rüge zurück. Das Nichtabhilfes Schreiben war an die „..... GmbH“ adressiert.

5.

Am 26.11.2021 nahm eine Bewerbergemeinschaft bestehend aus GmbH, X und Y am Vergabeverfahren teil. Dem am 26.11.2021 von allen Mitgliedern unterschriebenen Formblatt L 1314 ist zu entnehmen, dass die „..... GmbH“ der bevollmächtigte Vertreter der Bewerbergemeinschaft ist. Zudem wurde erklärt, „dass der bevollmächtigte Vertreter die Mitglieder gegenüber der Vergabestelle rechtsverbindlich vertritt“.

6.

Mit Schreiben vom 30.11.2021 stellte die ASt einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und beantragte:

1. Ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. festzustellen, dass die am 26.10.2021 veröffentlichte Ausschreibung mit der Vergabenummer vergaberechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

3. die Aufhebung der Aufhebung und somit die Weiterführung des Vergabeverfahrens mit der Vergabenummer, wobei die Antragsgegnerin dazu verpflichtet wird, das Vergabeverfahren nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,
4. hilfsweise die geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der festgestellten Rechtsverletzungen zu treffen, bspw. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen und ein Lastenheft sowie ein Pflichtenheft den Vergabeunterlagen beizufügen bzw. die Eignungs- und Auswahlkriterien diskriminierungsfrei zu gestalten,
5. festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Verfahrenskosten zu tragen hat.

Im Adressfeld wird als Absender die „..... GmbH“ benannt. Das Schreiben wurde vom Geschäftsführer der „..... GmbH“ unterschrieben. Dem Schreiben wurde keine Bevollmächtigung beigefügt.

Im Nachprüfungsantrag wird ausdrücklich als „Antragstellerin“ die „..... GmbH“ benannt.

Unter ausdrücklicher Verweisung auf das Rügeschreiben vom 16.11.2021 wiederholte die ASt die Hauptpunkte ihrer Rüge: Fehlendes Lasten- und Pflichtenheft sowie Diskriminierung der „Antragstellerin“.

Zum Punkt Diskriminierung wurde vorgetragen, dass die VSt die Aufhebung des Vergabeverfahrens mit der Vergabenummer gezielt dazu missbrauche, die ASt zu diskriminieren. Die VSt habe die Eignungs- und Auswahlkriterien mit dem Wissen aus dem vormals gescheiterten Vergabeverfahren um die Unternehmensgröße und Projekterfahrung der ASt derart manipuliert, dass eine eigenständige Teilnahme derselben gänzlich ausgehebelt oder im Zweifelsfall zumindest über Gebühr erschwert worden sei. Die Anforderungen seien ohne sachlichen Grund erhöht worden und stünden nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand. Auch sei die ASt nicht über die neue Auftragsbekanntmachung in Kenntnis gesetzt worden.

7.

Mit Schreiben vom 13.12.2021 beantragen die Verfahrensbevollmächtigten der VSt:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 30.11.2021 wird abgelehnt.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Nachprüfungsantrag sei mangels Rechtsverletzung der ASt unzulässig und unbegründet.

Ein Lastenheft sei nicht erforderlich, da die Leistung hinreichend eindeutig und erschöpfend beschrieben sei und es sich um eine funktionale Leistungsbeschreibung handle.

Es lägen keine willkürlichen Eignungskriterien vor. Die VSt habe die Eignungskriterien nach Vergleichbarkeit gewählt. Sie gehe davon aus, dass die Anforderungen einer Kommune anders seien als beispielsweise solche eines IT-Dienstleisters. Selbst die einschlägige Rechtsnorm (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV) differenziere nach öffentlichen oder privaten Empfängern der Leistung, sehe also eine Unterscheidung der Referenzen nach dem Leistungsempfänger vor. Die weiteren Referenzvorgaben seien sachlich gerechtfertigt.

Das Vorgehen der VSt stehe im Einklang mit der Entscheidung der Vergabekammer Nordbayern vom 20.08.2021. Das Vergabeverfahren sei in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückversetzt worden. Dies könne nur durch eine Aufhebung realisiert werden. Die mitgeteilte Aufhebung habe die ASt nicht gerügt. Die EU-weite Neuausschreibung müsse den Bietern des aufgehobenen Verfahrens nicht mitgeteilt werden. Die Leistungsbeschreibung sei nur geringfügig verändert worden. Die ASt werde nicht diskriminiert.

8.

Mit Schriftsatz vom 22.12.2021 zeigten sich die Verfahrensbevollmächtigten der ASt an. Eine Vollmacht war nicht beigelegt. Im Rubrum des Schriftsatzes wird ausdrücklich die „..... GmbH“ als „Antragstellerin“ genannt.

„Namens und in Vollmacht der Antragstellerin“ ergänzen und ändern die Verfahrensbevollmächtigten die Anträge wie folgt:

1. die Vergabeakten der Antragsgegnerin beizuziehen und der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in einen in das Ermessen der Vergabekammer gestellten Zeitpunkt zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,

3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen, sowie
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Antragstellerin für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

An den Anträgen Nr. 3 und Nr. 4 „im Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 30.11.2021“ werde nicht mehr festgehalten.

Die Leistungsbeschreibung verstoße gegen § 121 Abs. 1 GWB. Die Wahl der funktionalen Leistungsbeschreibung sei unzulässig und die Leistungsbeschreibung sei weder erschöpfend noch eindeutig.

9.

Mit außerprozessualen Schreiben vom 03.01.2022, adressiert an die „..... GmbH“, teilte die VSt die Gründe für die Ablehnung des Teilnahmeantrages vom 26.11.2021 gem. § 62 VgV mit. Der Teilnahmeantrag könne nicht berücksichtigt werden, weil die Eignung nicht nachgewiesen sei und Ausschlussgründe nach § 42 Abs. 1 VgV i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 9 lit. a) und lit. b) GWB vorliegen würden.

10.

Mit Schreiben vom 12.01.2022 erklärte die X gegenüber der VSt: „(...) wir ziehen hiermit unser Angebot und die Teilnahme an der Bietergemeinschaft zurück“.

Mit Schreiben vom 21.01.2022 erklärte die X gegenüber der VSt: „(...) wir widerrufen hiermit die (...) erklärte Mitteilung, dass wir uns aus der Bietergemeinschaft zurückziehen wollen. Wir sind weiterhin Teil der Bietergemeinschaft (...)“.

11.

Mit Schriftsatz vom 13.01.2022 traten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt erstmalig namens und im Auftrag der Bewerbergemeinschaft bestehend aus der GmbH, Y und X auf. Im Rubrum wurde nunmehr – ohne weiteren Sachvortrag oder prozessuale Erklärungen hierzu im Schriftsatz – ausdrücklich die oben genannte Bewerbergemeinschaft als Antragstellerin angeführt. Die Anträge aus dem Schriftsatz vom 22.12.2021 wurden aufrechterhalten.

Dem Schriftsatz wurde eine Vollmacht der Verfahrensbevollmächtigten beigelegt, die von den Geschäftsführern der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft am 11.01.2022 bzw. 12.01.2022 unterschrieben war. Die Vollmacht wurde für die Vertretung der „1. GmbH (...) 2. Y (...) 3. X (...)“ in der Sache „Nachprüfungsverfahren GmbH u.a. ./“ erteilt.

Der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren werde gerügt. Eine Rügeobliegenheit bestehe insoweit nicht. Die Eignung sei gegeben und lägen keine Ausschlussgründe nach § 124 GWB vor.

12.

Mit Schriftsatz vom 14.01.2022 führten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt aus, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei.

Die ASt allein sei als unselbständiger Teil der Bewerbergemeinschaft nicht antragsbefugt, denn ein Interesse am Auftrag könne nur der potentielle Auftragnehmer haben.

Ein Vertreter, der von der Bietergemeinschaft bevollmächtigt worden sei, seine Mitglieder vor dem Auftraggeber zu vertreten, habe nicht die erforderliche Vollmacht, für die Bietergemeinschaft ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen. Hierfür bedürfe es einer weiteren Vollmacht, die nicht vorliege. Eine Vollmacht könne nur ab Offenlegung Außenwirkung entfalten. Ein Handeln für die Bewerbergemeinschaft sei nicht offengelegt worden.

Ein Handeln in gewillkürter Prozessstandschaft bedürfe ebenso einer Ermächtigung. Auch müssten die Vergabekammer und die Gegner davon Kenntnis erlangen. Eine nachträgliche Heilung sei nicht möglich.

Zudem fehle es an einer Rüge der Bewerbergemeinschaft. Das Schreiben vom 16.11.2021 enthalte keinen Hinweis darauf, dass die den Teilnahmeantrag einreichende Bewerbergemeinschaft gerügt habe. Dieser Mangel sei nicht heilbar. Im Übrigen enthalte das anwaltliche Schreiben vom 22.12.2021 neuen jedoch präkludierten Vortrag.

Hilfsweise sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Bewerbergemeinschaft sei aus dem Verfahren ausgeschlossen worden. Der Ausstieg des Mitglieds der Bewerbergemeinschaft führe nach Ablauf der Teilnahmefrist unmittelbar zum Ausschluss der Bewerbergemeinschaft. Auch sei die Eignung der Bewerbergemeinschaft neu zu prüfen. Es fehle nunmehr an der Mindestanforderung von fünf vorzulegenden Referenzen. Ein Verstoß gegen § 121 GWB liege nicht vor.

13.

Mit Schriftsatz vom 24.01.2022 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt.

Antragstellerin sei nicht die GmbH als Einzelbieterin, sondern die Bewerbergemeinschaft selbst. Diese sei antragsbefugt und habe eine Verletzung in eigenen Rechten geltend gemacht. Im Nachprüfungsantrag vom 30.11.2021 sei ausreichend zu verstehen gegeben worden, dass der Nachprüfungsantrag im Namen und im Auftrag der Bewerbergemeinschaft erfolge. So heiÙe es im Schriftsatz ausdrücklich und unmissverständlich: „Am 26.11.2021 hat sich die Antragstellerin [...] in einer Bewerbergemeinschaft mit Y [...] und X [...] für den Teilnahmewettbewerb angemeldet. Die Antragstellerin ist bevollmächtigt, die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft zu vertreten“. Der Nachprüfungsantrag könne daher nur in der Weise zu verstehen und auszulegen sein, dass die Bewerbergemeinschaft handle und nicht die GmbH als Einzelbieterin. Im Übrigen sei bereits aus der mit dem Teilnahmeantrag eingereichten Bewerbergemeinschaftserklärung (Formblatt L 1314) die Rüge- und Antragsbefugnis hervorgegangen. Auch habe zum Zeitpunkt des Schreibens vom 16.11.2021 eine mündlich geäußerte Bevollmächtigung für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vorgelegen. Eine mündliche Bevollmächtigung reiche aus, da es kein Schriftformerfordernis gebe. Eine anwaltliche Bevollmächtigung sämtlicher Mitglieder der Bewerbergemeinschaft liege ebenfalls vor.

Das Schreiben vom 16.11.2021 sei als Rüge der Bewerbergemeinschaft auszulegen. Dem stehe nicht entgegen, dass die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft im Rügeschreiben nicht ausdrücklich genannt worden seien. Es habe die GmbH gerügt, die mit dem Teilnahmeantrag ausdrücklich als Vertreterin der Bewerbergemeinschaft benannt worden sei. Damit sei nicht nur die Ermächtigung offenkundig gewesen. Vielmehr folge daraus auch, dass die Rügende Rechte der Bewerbergemeinschaft und nicht vermeintlich eigene habe wahrnehmen wollen. Es wäre reine Förmerei, wenn dieselbe Rüge vor Einreichung des Nachprüfungsantrags noch einmal wiederholt werden müsste. Die Rüge sei auch nicht aufgrund Inhaltsmängeln präkludiert. Ausreichend seien laienhafte Umschreibung des Vergabeverstoßes. Diesen geringen Anforderungen sei gerecht worden.

Die Kündigung sei nicht wirksam erfolgt. Ungeachtet dessen, habe die X zwischenzeitlich der VSt mitgeteilt, dass sie weiterhin Teil der Bewerbergemeinschaft sei.

Die Anforderung, wonach mindestens fünf Referenznachweise einzureichen seien, sei in der EU-Bekanntmachung nicht als Mindestanforderungen gekennzeichnet gewesen. Unklarheiten würden zu Lasten der VSt gehen.

14.

Mit Schriftsatz vom 24.01.2022 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt.

Der mit Schriftsatz vom 13.01.2022 vorgenommene stillschweigende Parteiwechsel von der ASt hin zur Bewerbergemeinschaft sei unzulässig und unwirksam. Das nachträgliche Auswechseln im Wege der Klageänderung sei nicht möglich. Darüber hinaus habe die Bietergemeinschaft keine Rüge innerhalb von 15 Tagen Kalendertagen erhoben (§ 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB).

Es liege auch keine gewillkürte Prozessstandschaft der ASt für die Bewerbergemeinschaft vor, denn diese hätte rechtzeitig – mit Einreichung des Nachprüfungsantrags – offengelegt werden müssen. Der Nachprüfungsantrag vom 30.11.2021 enthalte aber keinen Hinweis darauf, dass die ASt für die Bewerbergemeinschaft gehandelt habe.

Hilfsweise: Kündigung und Auflösung der Bewerbergemeinschaft durch das Schreiben der Firma X vom 12.01.2022.

Auch werde eine vollmachtslose Vertretung gerügt. Eine Anwaltsvollmacht für die Bewerbergemeinschaft, die als GbR (BGB-Gesellschaft) eine eigene Rechtspersönlichkeit besitze, sei nicht vorgelegt worden. Vorgelegt sei nur eine Anwaltsvollmacht für 1. GmbH, 2. Y und 3. X. Die Vollmacht sei nur für die Angelegenheit der GmbH u.a. / ausgestellt.

Hilfsweise: Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, da der Ausschluss der Bewerbergemeinschaft zu Recht erfolgt sei. Die Mindestanzahl an Referenzen sei nicht erfüllt und es lägen Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 9 lit. a) und b) GWB vor.

15.

Mit Schriftsatz vom 01.02.2022 vertieften die Verfahrensbevollmächtigten der VSt ihre bisherigen Ausführungen.

Es liege keine Rüge und kein Nachprüfungsantrag der Bewerbergemeinschaft vor. Eine Auslegung, wonach das Rügeschreiben vom 16.11.2021 und der Nachprüfungsantrag für die Bewerbergemeinschaft erfolgt sein sollen, sei nicht möglich. Dagegen stehe der Wortlaut als

Grenze jeder Auslegung. Die Schreiben würden keine Hinweise auf die Bewerbergemeinschaft enthalten. Eine Ermächtigung liege nicht vor und hätte offengelegt werden müssen. Das Formblatt L 1314 sei nicht ausreichend, weil es sich nur auf Erklärungen im Vergabeverfahren und nicht gegenüber Dritten beziehe. Die von der ASt behauptete mündliche intern erteilte Vollmacht werde mit Nichtwissen bestritten und sei nicht ausreichend.

Der Bewerbergemeinschaft fehle es auch an der Eignung. Die Mindestanforderung „5 Referenzen“ sei ausreichend in der EU-Bekanntmachung bekannt gegeben worden. Ungeachtet dessen, stehe der VSt bei der Eignungsprüfung ein Beurteilungsspielraum zu. Diese Prognose sei negativ.

16.

Mit Schriftsatz vom 01.02.2022 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt.

Nicht die GmbH als Einzelbieter, sondern die Bewerbergemeinschaft sei von Beginn an Antragstellerin gewesen. Sowohl das Rügeschreiben vom 16.11.2021 als auch der Nachprüfungsantrag seien dahingehend auszulegen. Ein Parteiwechsel habe zu keinem Zeitpunkt vorgelegen. Die mit Schriftsatz vom 13.01.2022 vorgelegte Anwaltsvollmacht sei von allen Mitgliedern der Bewerbergemeinschaft unterschrieben worden. Es sei fernliegend, diese nicht als Bevollmächtigung für die Bewerbergemeinschaft zu verstehen.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Bei der Referenzprüfung sei der Beurteilungsspielraum überschritten worden. Für die Vergleichbarkeit seien keine Anforderungen bekannt gemacht worden.

17.

Mit Schriftsatz vom 08.02.2022 wiederholten und vertieften die Verfahrensbevollmächtigten der VSt ihre bisherigen Ausführungen.

18.

Mit Schriftsatz vom 09.02.2022 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt.

Der Nachprüfungsantrag vom 30.11.2021 sei dahingehend auszulegen, dass dieser im Namen der Bewerbergemeinschaft gestellt worden sei. Unschädlich für dieses Auslegungsergebnis sei, dass der Nachprüfungsantrag auf dem Briefbogen der GmbH verfasst sei und nur die GmbH im Rubrum des Schreibens aufgeführt sei. Aus „die Antragstellerin ist bevollmächtigt die vorgenannten Mitglieder zu vertreten“ ergebe sich ausdrücklich, dass die

..... GmbH die Bewerbergemeinschaft vertrete. Weiter laute es im Nachprüfungsantrag: „Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Das Interesse am Auftrag ergibt sich daraus, dass sie sich mit einem Angebot am Wettbewerb beteiligt“. Mit „Angebot“ sei der Teilnahmeantrag gemeint. Den Teilnahmeantrag habe die Bewerbergemeinschaft gestellt. Auch aus der Anwaltsvollmacht vom 12.01.2022 folge, dass die Bewerbergemeinschaft als Antragstellerin auftrete.

Hilfsweise liege eine gewillkürte Prozessstandschaft vor. Bereits vor Erhebung der Rüge hätten die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft die GmbH zur Rüge und zur Stellung eines Nachprüfungsantrags ermächtigt. Die Bevollmächtigung sei auch rechtzeitig im Nachprüfungsantrag offengelegt worden. Auch enthalte der Teilnahmeantrag vom 26.11.2021 eine Bevollmächtigung der GmbH als Vertreterin der Bewerbergemeinschaft. Unschädlich sei, dass sich daraus nicht ausdrücklich eine Vertretungsbefugnis gegenüber Dritten ergebe. Im Übrigen sei auch eine nachträgliche Offenlegung der Bevollmächtigung zulässig.

Die Bewerbergemeinschaft habe ordnungsgemäß mit Schreiben vom 16.11.2021 gerügt. Es sei unschädlich, dass sich aus dem Rügeschreiben nicht ausdrücklich ergebe, dass es sich um eine Rüge der Bewerbergemeinschaft handle. Spätestens aus der mit dem Teilnahmeantrag eingereichten Bewerbergemeinschaftserklärung ergebe sich die Bevollmächtigung der GmbH. Es sei auch unschädlich, dass die Bewerbergemeinschaftserklärung erst mit dem Teilnahmeantrag, also nach erhobener Rüge, eingereicht worden sei. Denn spätestens dann habe die VSt die Rüge als Rüge der Bewerbergemeinschaft verstehen dürfen. Im Übrigen sei eine Rüge der Bewerbergemeinschaft bereits telefonisch am 15.11.2021 vorgetragen worden.

Eine (erneute) Rüge durch die Bewerbergemeinschaft sei entbehrlich gewesen. Mit Nichtabhilfeschriften vom 17.11.2021 habe die VSt zu erkennen gegeben, der Rüge vom 16.11.2021 nicht abzuweichen. Es wäre reine Förmerei, für diesen Fall eine erneute Rüge der Bewerbergemeinschaft zu verlangen.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Die Eignungsprognose der VSt sei fehlerhaft. Auch liege ein Verstoß gegen § 121 Abs. 1 GWB und das Diskriminierungsverbot vor. Die Eignungskriterien seien trotz gleichgebliebenem Auftragsgegenstand, in einer Weise verschärft worden, die der GmbH als Einzelbewerberin die Teilnahme versagt. Dies sei ersichtlich unangemessen. Die GmbH als möglicherweise für die VSt unangenehmer Teilnehmer habe offenkundig aus dem Vergabeverfahren geschafft werden sollen.

19.

Mit Schriftsatz vom 16.02.2022 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt.

In der Rüge vom 16.11.2021 mit überwiegend beleidigenden und persönlich herabsetzenden Inhalt finde sich kein Hinweis und keine Offenlegung, dass eine Bewerbergemeinschaft beteiligt sein könnte. Eine Ermächtigung / Vollmacht habe der Rüge nicht beigelegt. Der Teilnahmeantrag der Bewerbergemeinschaft sei erst viel später – am 26.11.2021 – eingereicht worden. Eine Offenlegung des Handelns für die Bewerbergemeinschaft sei erst am 09.02.2022 und damit offensichtlich zu spät erfolgt. Auch bei der telefonischen Rüge am 15.11.2021 sei mit keinem Wort auf eine Bewerbergemeinschaft eingegangen worden. Die Rüge sei nicht entbehrlich gewesen. Es liege auch eine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB vor.

Die Eignungsprognose sei nicht fehlerhaft und § 124 GWB sei erfüllt.

20.

Mit Schriftsatz vom 24.02.2022 wiederholten und vertieften die Verfahrensbevollmächtigten der ASt ihre bisherigen Ausführungen.

21.

Die Verfahrensbeteiligten haben jeweils am 14.02.2022 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt.

22.

Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB wurde wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten am 22.01.2022, 08.02.2022 und 09.03.2022 bis einschließlich 08.04.2022 verlängert.

23.

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die Verfahrensakte der Vergabekammer und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

Begründung:

Die erkennende Vergabekammer konnte gemäß § 166 Abs. 1 S. 3 GWB ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil die Verfahrensbeteiligten einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt haben.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

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 Nr. 1 GWB.

c)

Bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB.

d)

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

e)

Die ASt ist antragsbefugt.

aa)

Die Verfahrensbevollmächtigten der ASt vertreten zwar die Ansicht, dass die Bewerbergemeinschaft (bestehend aus der GmbH, Y und X) Antragstellerin sei und nicht die GmbH als Einzelbewerber. Ein Parteiwechsel habe nicht stattgefunden, vielmehr habe die GmbH von Anfang an den Nachprüfungsantrag im Namen der Bewerberge-

meinschaft gestellt (a) bzw. hilfsweise habe die GmbH in gewillkürter Prozessstandschaft Rechte der Bewerbergemeinschaft geltend gemacht (b). Dies ist vorliegend jedoch beides nicht der Fall.

Entgegen der Ansicht der Verfahrensbevollmächtigten der ASt hat die ASt den Nachprüfungsantrag vom 30.11.2021 nicht im Namen der Bewerbergemeinschaft erhoben (a). Ebenso wenig hat die ASt im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft Rechte der Bewerbergemeinschaft geltend gemacht (b).

Dies ergibt die Auslegung des Nachprüfungsantrags vom 30.11.2021 unter Berücksichtigung der Gesamtumstände. Sowohl Rubrum, Antrag als auch der weitere Inhalt der Antragschrift sowie der beigefügten Anlagen lassen aus Sicht des maßgeblichen objektiven Empfängers kein anderes Verständnis zu, als dass die ASt im eigenen Namen als Partei des Nachprüfungsverfahrens eigene Rechte verfolgt.

(a)

Aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers hat die ASt den Nachprüfungsantrag vom 30.11.2021 im eigenen Namen gestellt. Es war weder aus dem Nachprüfungsantrag selbst noch aus den diesem als Anlage beigefügten Unterlagen erkennbar, dass dieser namens der Bietergemeinschaft gestellt werden sollte.

Diese Auslegung wird insbesondere von dem Wortlaut des Nachprüfungsantrags getragen. Der Antragschriftsatz benennt im Rubrum als „Antragstellerin“ ausdrücklich die „..... GmbH“. Als Absender wird die „..... GmbH“ angezeigt und der Schriftsatz wurde vom Geschäftsführer der „..... GmbH“ unterschrieben. Sogar die Verfahrensbevollmächtigten der ASt selbst benannten in ihrem darauffolgenden Schriftsatz vom 22.12.2021 im Rubrum die „..... GmbH“ ausdrücklich als „Antragstellerin“ und bezogen sich auf den „Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 30.11.2021“. Erst im Schriftsatz vom 13.01.2022 wurde die Bewerbergemeinschaft als Antragstellerin benannt. Zuvor war im Nachprüfungsverfahren von der Bewerbergemeinschaft nicht die Rede.

Auch der Inhalt der Antragschrift vom 30.11.2021 verdeutlicht, dass die ASt als eigene Partei aufgetreten ist. In Ziffer 3 wurde „die Aufhebung der Aufhebung und somit die Weiterführung des Vergabeverfahrens mit der Vergabenummer“ beantragt. Im Vergabeverfahren beteiligte sich allerdings nur die ASt als Einzelbieterin. Die Bewerbergemeinschaft existierte damals noch gar nicht. Insofern ist auch im Nachprüfungsantrag an mehreren Stellen die Rede von „der Antragstellerin als Einzelbieter“.

Ein Antrag auf „Fortführung“ des ursprünglichen Vergabeverfahrens macht daher nur für die ASt als Einzelbieterin Sinn. Auch der Hauptkritikpunkt „Diskriminierung der Antragstellerin“ und das ausdrückliche Verlangen „der Antragstellerin im Rahmen einer zweiten Chance die Abgabe eines wirtschaftlicheren Angebotes zu ermöglichen“ betrifft allein die ASt als Einzelbewerberin und gerade nicht die Bewerbergemeinschaft.

Die dem Nachprüfungsantrag beigefügten Anlagen, insbesondere das Rügeschreiben vom 16.11.2021, enthalten ebenfalls keine ausreichenden objektiven Anhaltspunkte dafür, dass die ASt im Namen der Bewerbergemeinschaft den Nachprüfungsantrag gestellt hat.

Der Inhalt des Rügeschreibens vom 16.11.2021 gleicht im Wesentlichen dem Inhalt der Antragschrift. Insbesondere der Kritikpunkt Diskriminierung der Antragstellerin betrifft allein die ASt als Einzelbewerberin. Ausdrücklich werde die Diskriminierung „der GmbH“ gerügt und dass „eine eigenständige Teilnahme derselben“ gänzlich ausgehebelt werde. Auch ist die Rede davon, dass bei nicht fristgerechter Abhilfe „erneut“ das Nachprüfungsverfahren beantragt werde. Nur die ASt hat gegen die VSt ein Nachprüfungsverfahren beantragt gehabt. Das Rügeschreiben erwähnt ebenfalls an keiner Stelle die Bewerbergemeinschaft. Die Bewerbergemeinschaft hat auch erst später am 26.11.2021, also nach der Rüge vom 16.11.2021, am Vergabeverfahren teilgenommen. Für den maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont sind daher auch im Rügeschreiben vom 16.11.2021 keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die ASt im Namen der Bewerbergemeinschaft aufgetreten ist. Das Rügeschreiben ist daher ebenfalls allein der ASt zuzurechnen. Infolgedessen kann das Rügeschreiben auch nicht als Nachweis für eine Vertretung der Bewerbergemeinschaft herangezogen werden.

Auch aus dem Teilnahmeantrag der Bewerbergemeinschaft vom 26.11.2021 ergibt sich keine Bevollmächtigung der ASt zur Führung des streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahrens im Namen der Bewerbergemeinschaft. Zum einen war der Teilnahmeantrag dem Nachprüfungsantrag schon gar nicht als Anlage beigefügt gewesen. Zum anderen ist die Bevollmächtigung der ASt als bevollmächtigte Vertreterin der Bewerbergemeinschaft im Teilnahmeantrag ausdrücklich darauf beschränkt, dass „der bevollmächtigte Vertreter die Mitglieder gegenüber der Vergabestelle rechtsverbindlich vertritt“. Eine Bevollmächtigung der ASt die Bewerbergemeinschaft auch gegenüber der Vergabekammer in einem eigenständigen Nachprüfungsverfahren zu vertreten, ist hiervon eindeutig nicht umfasst.

Aus diesem Grund kann auch nicht der Einwand der Verfahrensbevollmächtigten der ASt genügen, dass die ASt im Nachprüfungsantrag vorgetragen hat, dass sie mit einer Bewerbergemeinschaft am Teilnahmewettbewerb teilgenommen hat und diese vertreten kann. Die diesbezüglich zitierte Passage wurde im Nachprüfungsantrag unter der Rubrik „I. Sachverhalt“ vorgebracht und ist erkennbar lediglich Teil einer chronologischen Sachverhaltsdarstellung ohne weiteren Erklärungsgehalt. Entgegen der Ansicht der Verfahrensbevollmächtigten der ASt ergibt sich allein daraus gerade nicht, dass die Bewerbergemeinschaft gehandelt hat und dass der Nachprüfungsantrag nur dahingehend ausgelegt werden kann.

Ebenso wenig genügt der Einwand, dass die ASt im Nachprüfungsantrag vorgetragen hat, dass sich ihr Interesse am Auftrag daraus ergibt, „dass sie sich mit einem Angebot am Wettbewerb beteiligt“. Diese Aussage beinhaltet keinerlei Aussagekraft dahingehend, ob der Nachprüfungsantrag im eigenen oder fremden Namen erhoben worden ist. Im Übrigen hat die Bewerbergemeinschaft gerade kein Angebot, sondern nur einen Teilnahmeantrag abgegeben. Hingegen hat sich die ASt als Einzelbieterin im vorangegangenen Vergabeverfahren tatsächlich mit einem eigenen Angebot am Wettbewerb beteiligt. Insofern bekräftigt die zitierte Passage vielmehr die Auslegung dahingehend, dass die ASt als Einzelbewerberin den Nachprüfungsantrag gestellt hat und sie das vorangegangene Vergabeverfahren - wie im Nachprüfungsantrag auch beantragt - hat fortsetzen wollen.

Es kommt auch nicht auf die strittige Behauptung an, die ASt sei bereits im Zeitpunkt der Rüge mündlich von der Bewerbergemeinschaft zur Vertretung bevollmächtigt worden. Denn eine bloß intern gebliebene Ermächtigung genügt nicht (Offenkundigkeitsprinzip). Unbehilflich ist auch die strittige Behauptung, die VSt hätte durch ein Telefonat am 15.11.2021 Kenntnis von der Ermächtigung erhalten.

Ebenso wenig genügt die nach Erhebung des Nachprüfungsantrags am 13.01.2022 von den Verfahrensbevollmächtigten der ASt vorgelegte Vollmacht. Die Vollmacht, die von den Gemeinschaftsmitgliedern erst am 11.01.2022 bzw. 12.01.2022 unterschrieben worden ist, kann nur ab ihrer Offenlegung Außenwirkung entfalten. Der Rechtsprechung des OLG München (B.v. 14.01.2015, Verg 15/14) folgend, wirkt eine nachträglich erteilte Vollmacht ohne Offenlegung der Vertretung bzw. der Prozessstandschaft (hierzu siehe unten Punkt (b)) gerade nicht auf den Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrags zurück. Nur dann, wenn die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag hätte erkennen lassen (oder es offenkundig gewesen wäre), dass sie als Bevollmächtigte Rechte der Bewerbergemeinschaft wahrnimmt, hätte sie eine Vollmachtsurkunde nachreichen können, um den

Einwand mangelnder Bevollmächtigung zu widerlegen. Dies ist vorliegend aber gerade nicht der Fall. Die hiervon abweichende Entscheidung der VK Bund (B.v. 03.02.2017, VK 2 - 139/16), wonach eine nachträgliche Offenlegung der Bevollmächtigung zulässig sein soll, lehnt die Vergabekammer ab. Im Übrigen wird in der vorgelegten Vollmacht die Bewerbergemeinschaft nicht ausdrücklich benannt. Die Vollmacht wurde zur Vertretung der „1. GmbH (...) 2. Y (...) 3. X (...)“ in der Sache „Nachprüfungsverfahren GmbH u.a. ./“ erteilt. Ob die Vollmacht überhaupt die Bewerbergemeinschaft umfasst, kann aber letztlich dahinstehen.

(b)

Auch die hilfswise vorgetragene Auffassung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt, dass die ASt im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft Rechte der Bewerbergemeinschaft geltend gemacht haben soll, ist abzulehnen.

Das im Zivilprozess anerkannte Institut der gewillkürten Prozessstandschaft findet analog auch im Nachprüfungsverfahren Anwendung (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB Rn. 54 m.w.N.). Hierbei macht der Antragsteller im eigenen Namen fremde Rechte geltend. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

Aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts ergibt die Auslegung der Antragschrift und ihrer Anlagen, dass die ASt nur eigene Rechte geltend gemacht hat. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen unter Punkt (a) verwiesen werden, da die gleiche Argumentation auch hier Anwendung findet.

Im Übrigen – selbst wenn die ASt fremde Rechte hätte geltend machen wollen – fehlt es an einer rechtzeitigen – zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags – Offenlegung einer gewillkürten Prozessstandschaft.

Das Institut der gewillkürten Prozessstandschaft verlangt, dass der Antragsteller offenlegt, dass er im Verfahren im eigenen Namen fremde Rechte geltend macht (vgl. BGHZ 94, 122; BGHZ 125,20; OLG München B.v. 14.01.2015, Verg 15/14).

Ergibt sich weder aus dem Nachprüfungsantrag selbst noch mittelbar aus den beigefügten Anlagen ein Anhalt dafür, dass der Antragsteller nicht ein eigenes, sondern ein fremdes Recht einer Bewerbergemeinschaft geltend macht, mangelt es an der erforderlichen Offenlegung der Prozessstandschaft, sofern eine Prozessstandschaft auch nicht aus sonstigen Gründen offenkundig war (vgl. 2. Leitsatz in NZBau 2015, 575).

Aus der Antragsschrift vom 30.11.2021 ergibt sich weder direkt noch mittelbar ein Anhalt dafür, dass die ASt nicht eigenes, sondern ein fremdes Recht geltend macht. Auch die Anlagen zum Nachprüfungsantrag enthalten hierzu keine Hinweise. Auch sind keine sonstigen Umstände gegeben, die eine Prozessstandschaft offenkundig gemacht hätten. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

(c)

Infolgedessen ist die Bewerbergemeinschaft mangels Antragstellereigenschaft nicht Teil des streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahrens. Insbesondere der Ausschluss der Bewerbergemeinschaft wegen mangelnder Eignung und Verstoßes gegen § 124 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 9 lit. a) und b) GWB sowie die Problematik der Zusammensetzung der Bewerbergemeinschaft im Zusammenhang mit dem Schreiben der X vom 12.01.2022 („(...) wir ziehen hiermit unser Angebot und die Teilnahme an der Bietergemeinschaft zurück“) sind daher nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

bb)

Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen, bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen dadurch entstandenen oder drohenden Schaden darlegt.

Ein Interesse am Auftrag im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB liegt grundsätzlich immer dann vor, wenn sich der Bieter an der Ausschreibung beteiligt und ein ernst zu nehmendes Angebot abgegeben hat (Möllenkamp in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 160 GWB Rn. 43).

Im vorliegenden Teilnahmeverfahren hat die ASt zwar keinen Teilnahmeantrag abgegeben. Dies hindert aber nicht ihr Interesse am Auftrag.

Unternehmen, die keinen Teilnahmeantrag oder kein Angebot abgegeben haben, aber substantiiert rügen, gerade hieran durch vergaberechtswidriges Verhalten der Vergabestelle gehindert worden zu sein, sind insoweit grundsätzlich antragsbefugt (vgl. BayObLG, B.v. 04.02.2003 – Verg 31/02).

Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist insoweit die schlüssige Behauptung der Rechtsverletzung erforderlich, aber regelmäßig auch ausreichend (BGH, B.v. 26.09.2006 – X ZB 14/06). Ob der Rechtsverstoß tatsächlich vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit.

Die ASt hat in ihrem Nachprüfungsantrag schlüssig behauptet, dass sie keinen Teilnahmeantrag abgeben konnte, weil die Bedingungen der Ausschreibung dies verhindert haben. Daraus folgt ferner ein der ASt drohender Schaden wegen fehlender Teilnahmemöglichkeit.

f)

Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB genügt. Mit Schreiben vom 16.11.2021 und damit rechtzeitig vor Ablauf der Teilnahmefrist am 26.11.2021 rügte die ASt insbesondere ein fehlendes Lasten- und Pflichtenheft sowie ihre Diskriminierung als Einzelanbieterin. Damit rügte die ASt laienhaft eine wegen unzureichender Konkretisierung zu unbestimmte Leistungsbeschreibung sowie diskriminierende Eignungskriterien zu Lasten der ASt als Einzelanbieterin.

g)

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 30.11.2021 war die 15-Tagesfrist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 17.11.2021 zur Verfügung stand.

h)

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

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

a)

Die Eignungskriterien sind nicht zu beanstanden. Die ASt wurde nicht durch vergaberechtswidrige Eignungskriterien an der Teilnahme am Vergabeverfahren als Einzelbewerberin gehindert.

Ohne Erfolg rügte die ASt, dass die VSt das Vergabeverfahren mithilfe der Eignungskriterien manipuliert hat und hierdurch die ASt gezielt diskriminiert.

(a)

Entgegen der Auffassung der ASt setzte die VSt den Beschluss der Vergabekammer vom 20.08.2021 (RMF-SG21-3194-6-29) ausreichend um. Bei Festhalten an der Vergabeabsicht wurde die VSt verpflichtet, das Verfahren in den Stand vor der Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen. Dies umfasst – wie vorliegend erfolgt – eine vollständige Neuausschreibung. Eine Benachrichtigung der Teilnehmer des vorangegangenen Vergabeverfahrens (Vergabenummer) hierüber ist nicht erforderlich.

(b)

Die unter Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung gerügten Eignungskriterien begegnen keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken.

Gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB wurden die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt.

Die ASt rügt in Ziffer III.1.3) lit. b) (Referenzliste) insbesondere folgende Mindestanforderung: „mindestens bei zwei der eingereichten Referenzen: Zusammenarbeit mit kommunalen Auftraggebern vergleichbarer Größe mit mindestens xxx.000 Einwohnern oder Realisierung von Internetportalen in vergleichbarer Größe von öffentlichen Auftraggebern“.

Die ASt sieht sich durch diese Mindestanforderung an der Teilnahme am Vergabeverfahren als Einzelbewerber gehindert und nahm daher als Teil einer Bergewerkschaft am Vergabeverfahren teil. Die ASt vertritt die Ansicht, dass die VSt durch das vorangegangene Vergabeverfahren (Vergabenummer) Kenntnis dahingehend erlangt hat, dass sie nur eine derartige Referenz vorweisen kann. In Kenntnis dessen soll die VSt die geforderte Mindestanzahl an Referenzen gezielt erhöht haben, um eine Teilnahme der vermeintlich unliebsamen ASt zu verhindern.

Im vorangegangenen Vergabeverfahren (Vergabenummer) lautete an entsprechender Stelle die Mindestanforderung: „Zusammenarbeit mit Kommunen bzw. öffentlichen Auftraggebern in vergleichbarer Größe (ca. yyy.000 Einwohnern), mind. 1 Projekt“.

Insofern ist zwar zutreffend, dass die VSt die Mindestanforderung nicht unverändert in die streitgegenständliche Vergabeverfahren (Vergabenummer) übernommen hat. Dies stellt allerdings keinen Vergaberechtsverstoß dar. Bei einer Neuausschreibung kann der

Auftraggeber, auch wenn der Auftragsgegenstand der gleiche bleibt, neue Eignungskriterien bestimmen. Im Beschluss der Vergabekammer vom 20.08.2021 (RMF-SG21-3194-6-29) erfolgten insoweit keine einschränkenden Vorgaben.

Gemäß § 122 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmer zu vergeben. Bei der Auswahl der Eignungskriterien steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. Gemäß § 122 Abs. 4 S. 1 GWB ist allerdings erforderlich, dass die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu dem Auftragsgegenstand in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Überprüfung der Festlegung der Eignungskriterien durch die Nachprüfungsinstanzen ist auf die Kontrolle der Einhaltung dieser Grenzen beschränkt.

§ 46 Abs. 1 Satz 1 VgV bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter Anforderungen stellen kann, die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. Gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VgV kann der Auftraggeber als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters die Vorlage von Referenzen über früher ausgeführte Aufträge verlangen. Allerdings darf die Forderung von Nachweisen die Bieterunternehmen nicht unzumutbar belasten (BGH, U.v. 03.04.2012, X ZR 130/10). Zumutbarkeit und Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand unterliegen als unbestimmte Rechtsbegriffe der uneingeschränkten Rechtskontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 25.06.2014, VII-Verg 38/13).

Gemessen an den vorgenannten Voraussetzungen ist die gerügte Forderung einer Vorlage von mindestens zwei Referenzen über die Zusammenarbeit mit kommunalen Auftraggebern vergleichbarer Größe mit mindestens xxx.000 Einwohnern oder Realisierung von Internetportalen in vergleichbarer Größe von öffentlichen Auftraggebern, nicht zu beanstanden.

Auftragsgegenstand ist der Relaunch der Homepage der VSt. Die VSt ist eine kommunale Gebietskörperschaft und Großstadt. Die Forderung einer Vorlage von mindestens zwei Referenzen über die Zusammenarbeit mit kommunalen Auftraggebern vergleichbarer Größe mit mindestens xxx.000 Einwohnern oder die Realisierung von Internetportalen in vergleichbarer Größe von öffentlichen Auftraggebern steht somit eindeutig mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung.

Die Forderung einer Vorlage von mindestens zwei solcher Referenzen steht auch in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand und verstößt nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Das Erfordernis, dass die vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen müssen, ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dabei sind u.a. die Art und Komplexität des Auftrags (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 101) sowie das Gewicht, das eine ordnungsgemäße Auftragserfüllung für den Auftraggeber hat (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 27.06.2018, VII-Verg 4/18), in den Blick zu nehmen. Je komplexer der Auftragsgegenstand ist, desto höhere Eignungsanforderungen können gestellt werden (OLG Frankfurt, B.v. 23.12.2021, 11 Verg 6/21).

Die umfangreiche Leistungsbeschreibung macht deutlich, dass der zu vergebende Auftrag als komplex anzusehen ist. Auch für die VSt handelt es sich bei dem Relaunch der Homepage der um ein anspruchsvolles Projekt mit komplexer Leistung. Die ordnungsgemäße Auftragserfüllung hat für die VSt zudem ein hohes Gewicht. Laut Leistungsbeschreibung stellt das neue Internetportal die zentrale Einstiegsstelle für alle digitalen Angebote und Services der Kommune dar. Wegen seiner Außenwirkung handelt es sich für die VSt um ein extrem wichtiges Projekt. Aufgrund der Komplexität des Auftrags und der Bedeutung des Auftrags für die VSt sind hohe Eignungsanforderungen gerechtfertigt.

In die Angemessenheitsprüfung sind auch die Auswirkungen der Eignungsanforderungen auf den Wettbewerb einzubeziehen. Je einschneidender der Wettbewerb beschränkt wird, desto höhere Anforderungen sind an das Vorliegen gewichtiger Gründe zu stellen. Besonders hohe Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit können insbesondere dann unangemessen sein, wenn nur ein oder wenige Unternehmen diese Anforderungen erfüllen (OLG Düsseldorf, B.v. 27.06.2018, VII-Verg 4/18).

Auch insoweit ist die gerügte Mindestanforderung als angemessen einzustufen, da sie keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfaltet bzw. jedenfalls gerechtfertigt ist. Der Relaunch einer Homepage fällt in den Bereich der IT-Branche. Dieser Markt ist groß und es gibt viele Anbieter. Eine Einschränkung der Anzahl der Bewerber durch eine höhere Mindestanzahl bestimmter Eignungsnachweise ist daher nachvollziehbar. Der Nachweis von zwei Referenzen über die Zusammenarbeit mit kommunalen Auftraggebern oder die Realisierung von Internetportalen in vergleichbarer Größe von öffentlichen Auftraggebern

stellt aus Sicht der Vergabekammer auch keine besonders hohe Anforderung dar. Selbst wenn es sich um eine hohe Anforderung handelnd würde, wäre diese aufgrund der Komplexität des Auftrags und der Bedeutung des Auftrags für die VSt gerechtfertigt (s.o.).

Die VSt begründet ihre Abfrage von Referenzen für städtische Auftritte damit, dass die Anforderungen einer Kommune anders sind als beispielsweise solche eines IT-Dienstleisters und dass selbst die einschlägige Rechtsnorm § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV nach öffentlichen oder privaten Empfängern differenziert, also eine Unterscheidung der Referenzen nach dem Leistungsempfänger vorsieht. Durch die Anzahl der Referenzen soll erreicht werden, dass sich nur für die Aufgabenstellung hoch qualifizierte Bieter bewerben.

Die Begründung der VSt basiert auf nachvollziehbaren, objektiven und auftragsbezogenen Gründen. Es handelt sich gerade nicht um willkürliche, sachfremde und manipulative Erwägungen, die mit den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung unvereinbar sind. Aus Sicht des maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts sind die Anforderungen an die Referenzen sachlich gerechtfertigt.

Zwar sieht sich die ASt in ihrer subjektiven Wahrnehmung benachteiligt und vermutet, dass ihre Teilnahme am Vergabeverfahren als unliebsame Bewerberin gezielt verhindert werden soll. Bloße Vermutungen genügen jedoch nicht als Nachweis. Allein der Umstand, dass die ASt gegen die VSt bereits ein Nachprüfungsverfahren erfolgreich geführt hat und deshalb das vorangegangene Vergabeverfahren aufgehoben werden musste, reicht nicht. Ebenso wenig, dass sich der Geschäftsführer der ASt gegenüber der VSt teilweise grenzwertig geäußert hat. Auch die Behauptung, die VSt und die Bestbieterin des vorangegangenen Vergabeverfahrens hätten offensichtlich den Zuschlag bereits unter sich gedealt, ermangelt jeglicher Grundlage. Aus objektiver Sicht ist daher eine gezielte Diskriminierung der ASt nicht feststellbar.

Ob zusätzlich die Forderung von 5 Referenznachweisen eine Mindestanforderung darstellt, kann dahinstehen.

(c)

Der Teilnahmeantrag der Bewerbergemeinschaft ist zwar nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens (s.o.). Ungeachtet dessen, erfüllen die in diesem Zusammenhang eingereichten Referenzen der ASt nicht die Eignungskriterien. Die Referenzen weichen vom Umfang (Online-Terminvergabe und geplanter Ausbau zum Service Portal) und Auftragswert (Internetseite des Landkreis R) deutlich vom Auftragsgegenstand ab. Bei

der Bewertung der Frage der Vergleichbarkeit der Referenz kommt der Vergabestelle, die regelmäßig über spezifisches Fachwissen und fachliche Erfahrung verfügt, ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkt überprüft werden kann (BayObLG, B.v. 09.11.2021 – Verg 5/21 m.w.N.). In Anbetracht dessen ist die Entscheidung der VSt, die genannten Referenzen als unzureichend einzustufen, nicht zu beanstanden.

b)

Ob das Leistungsverzeichnis fehlerhaft ist, braucht nicht entschieden zu werden - etwaige Fehler würden die ASt mangels eigener Zuschlagschance nicht in ihren Rechten verletzen. Überdies kann eine Heilung vermeintlicher Fehler durch die VSt im Rahmen der Verhandlungsphase nicht ausgeschlossen werden.

c)

Die ASt wurde nicht vergaberechtswidrig an der Teilnahme am Vergabeverfahren als Einzelbewerberin gehindert. Eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB liegt nicht vor. Der Nachprüfungsantrag ist daher unbegründet.

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 GWB.

c)

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 182 Abs. 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 nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Auch die ASt war gleichermaßen rechtsanwaltschaftlich vertreten.

d)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen.

Da die ASt kein Angebot abgegeben hat, konnte die Vergabekammer zur Berechnung der Verfahrenskosten ein solches nicht heranziehen. Die Vergabekammer ist zur Berechnung der Verfahrenskosten daher von dem geschätzten Auftragswert der VSt ausgegangen. Unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Da ohne mündliche Verhandlung und ohne Beiladung entschieden werden konnte, wird die Gebühr jeweils um xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert.

e)

Der überschießende Kostenvorschuss von xxx,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....