

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

Auftraggeber:
Bevollmächtigte:
.....
(Auftraggeber – AG)

Dienstleistungsauftrag: *Fachplanung Technische Ausrüstung, TED: vom,
Vergabenummer*
und
*Fachplanung Technische Ausrüstung, TED: vom,
Vergabenummer*

Vergabeverfahren: **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt aufgrund mündliche Verhandlung vom 07.06.2024 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer am 07.06.2024 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.

S a c h v e r h a l t :

1.

Die VSt schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom (TED: ..., Vergabenummer ...) europaweit die Vergabe der HOAI-Fachplanung „Technische Ausrüstung“ iSv § 55 HOAI 2021 für den 2. Bauabschnitt zum Bauvorhaben „Sanierung und Erweiterung“ aus.

Dieser Ausschreibung ist eine außerordentliche Kündigung des alten TA-Fachplaners, nämlich der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) „.....“ bestehend aus den beiden Mitgliedern X und Y1 GmbH, im Juli xxxx vorausgegangen.

Die ASt ist Mitglied der Y-Gruppe. Die Y-Gruppe besteht u.a. aus der ASt, der Y1 und der Y2.

In Ziffer III. 1.3) der Auftragsbekanntmachung werden u.a. folgende Nachweise verlangt:

„2. Referenzen über die Fachplanung Technische Ausrüstung (LP 6 bis 8 für die Anlagengruppen 4 und 5) für ein großvolumiges Hochbauvorhaben nach näherer Beschreibung in Formblatt 1 "Teilnahmeantrag" (dort Ziffer 7.2).“

„4. Referenzen über die Fachplanung Technische Ausrüstung (LP 5 für die Anlagengruppen 4 und 5) für ein großvolumiges Hochbauvorhaben nach näherer Beschreibung in Formblatt 1 "Teilnahmeantrag" (dort Ziffer 7.4).“

Das Formblatt 1 „Teilnahmeantrag“ lautet in Ziffer 7.2 und Ziffer 7.4 jeweils: „Referenzzeitraum: nicht älter als 10 Jahre, das heißt Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherrn nicht vor dem 14. November 2013“ und „Abgabe des vollständig ausgefüllten Formblattes 5 „Referenzbogen“ (ein Bogen je Projekt)“. Als Mindestanforderung wurden zwei Referenzen gefordert.

In den Bewerbungsbedingungen „D. Verfahrensbrief zur Einreichung der verbindlichen Angebote“ lautet Ziffer 7.2 wie folgt: „Der Auftraggeber behält sich vor, nach pflichtgemäßen Ermessen Aufklärung von den Bietern über das verbindliche Angebot zu verlangen. Für die Beantwortung der Aufklärungsfragen wird den Bietern eine angemessene Frist gesetzt. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Ausschlussfrist, bei deren Nichteinhaltung der Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren erfolgt, es sei denn, der Bieter hat die Fristversäumnis nicht zu vertreten.“

2.

Die ASt reichte am 17.11.2023 einen Teilnahmeantrag ein.

Das Formblatt 5 „Referenzbogen“ (zu Ziffer 7 des Formblattes 1 Teilnahmeantrag) wurde von der ASt für die Leistungsphase 5 sowie für die Leistungsphasen 6 bis 8 eingereicht. Hierbei benannte die ASt jeweils das „Z....“ als eine von zwei Referenzen. Im Punkt „Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherrn am“ gab die ASt jeweils „09/2014“ an. Im Punkt „Kurzbeschreibung des Vorhabens“ war jeweils „Neubau eines Campus-....., – Verwaltungsgebäude, Labor- und Forschungshalle, Hörsaal“ eingetragen.

3.

Mit Schreiben vom 29.11.2023 informierten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt die ASt darüber, dass die Eignung der ASt festgestellt worden sei. Die ASt wurde zur Abgabe eines indikativen Angebots aufgefordert und zu einem Verhandlungsgespräch eingeladen.

Im Dezember 2023 erhob die VSt gegen die ARGE und deren Mitglieder eine Zivilklage.

Mit Schreiben vom 15.01.2024 wurde die ASt darüber informiert, dass das Verhandlungsgespräch zusätzlich für eine Anhörung genutzt werde.

Am 17.01.2024 fand das Verhandlungsgespräch statt.

4.

Die ASt reichte am 25.01.2024 als einzige Bieterin ein Angebot ein.

5.

Mit Schreiben vom 15.02.2024 teilten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt der ASt mit, dass die VSt entschieden habe, das Angebot der ASt auszuschließen und das Vergabeverfahren mangels zuschlagsfähiger Angebote aufzuheben (§ 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV). Der Ausschluss wurde mit zu erwartender Schlechtleistung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB und wegen Interessenkonflikts nach § 46 Abs. 2 VgV begründet.

Wegen der engen rechtlichen, wirtschaftlichen und personellen Verflechtungen zwischen der ASt und dem vormals beauftragten ARGE-Mitglied pi new energy GmbH seien beide Gesellschaften ungeachtet der eigenständigen Rechtspersönlichkeiten hier als „ein Unternehmen“ im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu betrachten. Die mangelhafte Leistungserbringung der ARGE bzw. der Y1 im Vorauftrag in Verbindung mit der weitgehenden Übereinstimmung des angebotenen Projektteams zum vormals in der ARGE tätigen Personal führe zu der Prognose, dass mit einer erneuten Schlechtleistung zu rechnen sei.

Zudem bestehe auf Seiten der ASt ein Interessenkonflikt, der nach Einschätzung der VSt die Ausführung der Leistungserbringung beeinträchtigen werde (§ 46 Abs. 2 VgV). Die Interessen als beklagte Partei bzw. als deren Gesellschafter in einem Schadensersatzprozess wegen mangelhafter vorheriger Leistung und die Aufgaben des im Verfahren gesuchten TA-Fachplaners seien unvereinbar, da die ausgeschriebenen Leistungen insbesondere die Überprüfung dieser vorherigen Leistungen beinhalten würden.

6.

Mit Schreiben vom 21.02.2024 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt den Ausschluss des Angebotes der ASt sowie die Aufhebung des Vergabeverfahrens (1. Rüge).

7.

Mit Schreiben vom 15.03.2024 half die VSt der Rüge nicht ab (1. Nichtabhilfe).

8.

Die VSt schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx (TED:, Vergabenummer ...) europaweit erneut die Vergabe der HOAI-Fachplanung „Technische Ausrüstung“ iSv § 55 HOAI 2021 für den 2. Bauabschnitt zum Bauvorhaben „Sanierung und Erweiterung“ aus.

9.

Mit Schreiben vom 26.03.2024 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt die Neuausschreibung (2. Rüge).

10.

Mit Schreiben vom 27.03.2024 half die VSt der Rüge vom 26.03.2024 nicht ab (2. Nichtabhilfe).

11.

Am 28.03.2024 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt einen Antrag auf Nachprüfung und beantragen:

I. Die Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, in dem EU-Vergabeverfahren „Fachplanung Technische Ausrüstung (= TED: ... vom ...) den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin vom 15.02.2024 zurückzunehmen, um das Angebot wieder in die Wertung aufzunehmen und die Aufhebung der am 15.02.2024 gleichzeitig erfolgten Verfahrensaufhebung zu erklären, um sodann das Ausgangsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

II. Der Antragsgegnerin wird unter entsprechender Verfahrensverbindung vorläufig untersagt, in dem von ihr – unmittelbar nach Aufhebung des unter Ziffer I. näher bezeichneten Ausgangsverfahren – am als inhaltsgleiches EU-Vergabeverfahren veröffentlichten Folgeverfahren (TED:) den Zuschlag zu erteilen.

III. Weiterhin wird die Antragsgegnerin unter entsprechender Verfahrensbindung entsprechend verpflichtet, auch dass unter Ziff. II. näher bezeichnete Folgeverfahren aufzuheben, um das unter Ziff. I. näher bezeichnete Ausgangsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer rechtskonform zu beenden.

IV. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin im EU-Vergabeverfahren „Fachplanung Technische Ausrüstung“ (TED: vom) vom 15.02.2024 rechtswidrig war.

V. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht gem. § 165 GWB gewährt.

VI. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Der Ausschluss des letztverbliebenen Angebots der ASt und die anschließende Aufhebung des Vergabeverfahrens seien rechtswidrig.

Ein Ausschluss wegen prognostizierter Schlechtleistung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sei rechtswidrig. Dies scheitere bereits am Wortlaut, denn es fehle an einem Unternehmen als Auftragnehmer in einem vorangehenden Auftragsverhältnis. Unbeschadet dessen bestehe für ARGE-Mitglieder keine vergaberechtliche „sippenhaft“. Dies müsse erst recht für die ASt gelten, die am Vorauftrag überhaupt nicht beteiligt gewesen sei.

Es bestehe auch kein ausschlusswürdiger Interessenkonflikt nach § 46 Abs. 2 VgV. Hinzu komme, dass die VSt im Teilnahmewettbewerb die Eignung der ASt bejaht habe und hieran gebunden sei.

Zudem sei die bisherige Begründung der diesbezüglichen Ermessensentscheidungen „Ausschluss“ und „Aufhebung“ unzureichend.

Nach alledem sei der Aufhebungsgrund nach § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV lediglich vorgeschoben, es handle sich um eine rechtswidrige und unwirksame Scheinaufhebung.

12.

Mit Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der VSt vom 04.04.2024 wurde die ASt wegen Nichterfüllung von Mindestanforderungen ausgeschlossen (§ 57 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VgV).

Gefordert seien zwei Mindestreferenzen jeweils für die Fachplanung TA LP 5 gemäß Ziffer 7.4 des Teilnahmeantrages sowie für die Fachplanung TA LP 6 bis 8 gemäß Ziffer 7.2 des Teilnahmeantrages gewesen. Die Referenzen hätten hierbei zum Zeitpunkt des Ablaufs der Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge nicht älter als 10 Jahre alt sein dürfen. Die

Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherren hätte nicht vor dem 14. November 2013 erfolgen dürfen. Die ASt habe das Projekt „Z.....“ eingereicht. Im Referenzbogen habe sie angegeben, dass das fertig gestellte Gebäude im September 2014 an den Bauherrn übergeben worden sei. Die Überprüfung der Referenz habe jedoch ergeben, dass die Übergabe bereits am 21.05.2012 erfolgt sei und die Referenz damit nicht mehr aus dem zulässigen Referenzzeitraum stamme. Damit fehle der ASt eine zweite erforderliche Mindestreferenz sowohl für Ziffer 7.2 als auch Ziffer 7.4 des Teilnahmeantrags.

Des Weiteren wurde die ASt mit Frist bis 11.04.2024 dazu aufgefordert: „eine Liste mit den Namen der angegebenen 37 Ingenieure, sieben technischen Zeichnern sowie drei Auszubildenden, der sechs kaufmännischen Mitarbeiter und des kaufmännischen Auszubildenden einzureichen. Hierbei ist hinter jedem Namen anzugeben, bei welcher Gesellschaft diese Personen fest angestellt sind. Sollten einzelne Personen bei mehreren Gesellschaften prozentual beschäftigt sein, geben Sie die jeweiligen prozentualen Anteile an“.

Begründet wurde die Aufklärung damit, dass die ASt in der Angebotspräsentation auf Slide 4 angegeben habe, dass bei ihr 37 Ingenieure, sieben technische Zeichner sowie drei Auszubildenden und sechs kaufmännische Mitarbeiter und ein Auszubildender tätig seien. Auf Slide 63 heiße es dagegen, dass es über 50 festangestellte Mitarbeiter in der Y-Gruppe gäbe. Die VSt wies daraufhin, „dass der Auftraggeber die Nichteinreichung der Antworten ebenfalls mit einem Ausschluss sanktionieren wird“.

13.

Mit Schreiben vom 10.04.2024 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt das Vorgehen der VSt vom 04.04.2024 (3. Rüge).

Insbesondere sei der Ausschluss nach § 57 VgV rechtswidrig, da aus Sicht der ASt das angegebene Übergabedatum „09/2014“ der Wahrheit entsprechen würde. Überdies sei der „...-...prüfstand“ als Teil der einheitlichen Baumaßnahme „Z...“ anzusehen. Die VOB-Abnahmen zu diesem Ergänzungsbau seien „09/2014“ erfolgt, bauliche Restleistungen seien sogar noch bis „09/2015“ erfolgt. Im Übrigen wäre die Mindestanforderung „Übergabe nach Fertigstellung“ unklar gewesen, sodass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorgelegen habe.

Für die Aufklärung „Mitarbeiter“ bestünde kein Aufklärungsbedürfnis, weshalb auf die ASt auf die geforderte Aufstellung verzichte. Stattdessen versichere die ASt abschließend nochmals ausdrücklich, dass sie im Auftragsfall über eine ausreichende Anzahl an qualifizierten Personal verfüge.

14.

Mit Schriftsatz vom 15.04.2024 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt und beantragen:

1. Die Anträge I., II., III., IV. der Antragstellerin aus dem Nachprüfungsantrag gemäß § 160 GWB werden zurückgewiesen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Der Ausschluss der ASt sei zu Recht erfolgt.

Die ASt sei auch nach § 57 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VgV auszuschließen, da sie die Mindestanforderungen nicht erfülle. Die ASt habe mit ihrem Teilnahmeantrag als eine von zwei erforderlichen Mindestreferenzen in der Referenzkategorie 2 sowie in der Referenzkategorie 4 das Referenzprojekt „Z...“ eingereicht. Im jeweiligen Referenzbogen habe sie als Datum für die Übergabe des fertiggestellten Gebäudes an den Bauherrn „09/2014“ eingetragen. Diese Angabe sei falsch. Tatsächlich sei das Referenzprojekt deutlich vor dem September 2014 abgeschlossen worden und stamme nicht mehr aus dem zulässigen Referenzzeitraum. Der Forschungsneubau sei bereits am xx. xx 2012 mit einer Einweihungsfeier eröffnet worden.

Aufgrund des rechtmäßigen Ausschlusses des Angebots der ASt habe kein zuschlagsfähiges Angebot vorgelegen. Daher sei die Verfahrensaufhebung nach § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV sowie die Neuausschreibung des Folgeverfahrens rechtmäßig gewesen.

15.

Am 15.04.2024 wurde der ASt teilweise Akteneinsicht gewährt.

16.

Mit Schreiben vom 22.04.2024 half die VSt der Rüge vom 10.04.2024 nicht ab (3. Nichtabhilfe).

Insbesondere sei der Ausschluss wegen fehlender Mindestreferenzen zulässig. Die VSt habe sich im Rahmen der Vorbereitung der Zivilklage mit den Sachverhalten auseinandergesetzt.

Die Feststellung der Eignung sei bereits am 29.11.2023 erfolgt und somit einen Monat vor der Erhebung der Zivilklage.

Bei dem als Referenz angegebenen Projekt „Z...“ und der Errichtung des „Z.....-.....prüfstand“ handele es sich um zwei getrennte Projekte. Ein einheitliches Projekt habe es nicht gegeben. Vielmehr sei der „Z.....-.....prüfstand“ später und gesondert beauftragt worden. Derprüfstand sei für sich genommen kein referenzfähiges Projekt, da es nicht dem gleichzeitigen Aufenthalt einer Vielzahl von Personen im Gebäude diene. Derprüfstand sei in den Referenzbögen auch nicht erwähnt worden. Entsprechend würden die in den Referenzbögen enthaltenen Grundrisse nur die Werkstatt und das Verwaltungsgebäude umfassen. Der ...prüfstand sei schon nach der Selbstdarstellung kein Bestandteil der Referenz gewesen. Schließlich sei die Werkstatt und das Verwaltungsgebäude mit einer offiziellen Feier am xx.xx.2012 eingeweiht worden.

Des Weiteren wurde die ASt nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB wegen einer schwerwiegenden Täuschung über Eignungskriterien wegen der Darstellung der Referenzen zum Z... in sowie nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB ausgeschlossen.

Zudem wurde die ASt nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB wegen einer schwerwiegenden Täuschung über Eignungskriterien wegen des Verschweigens von Interessenkonflikten durch die Gesellschafterstellung von Herrn N..... und Herrn S..... bei der Y1 sowie nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB ausgeschlossen.

Auch wurde die ASt wegen Nichtbeantwortung von Bieterfragen zum Angebot nach Ziffer 7.2 des Verfahrensbriefes zur Einreichung der verbindlichen Angebote (Bewerbungsbedingungen Teil D.) ausgeschlossen.

17.

Mit Schreiben vom 30.04.2024 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt das Vorgehen der VSt vom 22.04.2024 (4. Rüge).

18.

Mit Schriftsatz vom 03.05.2024 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt.

Die eignungsbezogenen Ausschlüsse wegen Interessenkonflikt nach § 46 Abs. 2 VgV und fehlender Mindestreferenz nach § 57 VgV seien rechtswidrig, da diesen ein Vertrauenstatbestand der ASt entgegenstünde. Im damaligen Teilnahmewettbewerb zum zweistufigen

Verhandlungsverfahren sei mit Schreiben vom 29.11.2023 bereits die Eignung der ASt positiv festgestellt worden. Der maßgebliche Sachverhalt nach dem 29.11.2023 sei seitdem unverändert.

Soweit die VSt im Nichtabhilfes Schreiben vom 22.04.2024 vortrage, dass die Feststellung der Eignung am 29.11.2023 und somit einen Monat vor Erhebung der Zivilklage am 29.12.2023 erfolgt sei, deren Vorbereitung neue eignungsrelevante Erkenntnisse und damit einen neuen Beurteilungssachverhalt ergeben habe, greife diese Darstellung zu kurz. Richtig sei vielmehr, dass die außerordentliche Kündigung des Vorauftrages gegenüber der ARGE bereits am 28.07.2023 erfolgt sei und somit die kündigungsrelevanten Tatsachen zu diesem Zeitpunkt schon bekannt gewesen wären.

Ein Vertrauenstatbestand ergebe sich auch daraus, dass das Ausgangsverfahren nach Auffassung der VSt mangels wertungsfähiger Angebote – nicht mangels geeigneter Bieter – aufgehoben worden sei. Ein Rückgriff auf das bereits abgeschlossene Ausgangsverfahren sei daher treuwidrig i.S.d. § 242 BGB, da hierin ein widersprüchliches Verhalten liege.

Der Ausschluss wegen Nichtbeantwortung des Aufklärungsverlangens „Mitarbeiterzahlen“ sei mangels Aufklärungsbedürfnis und Mitwirkungspflicht ebenfalls rechtswidrig. Ausweislich der Vergabeunterlagen seien keine Mitarbeiterzahlen gefordert gewesen. Ungeachtet dessen könne die Regelung in Ziffer 7.2 Verfahrensbrief nicht als „Freibrief“ zu verstehen sein, erst im Nachgang willkürlich Fragen zu erheben, auf deren unzureichende Beantwortung prompt der Ausschluss vom Verfahren folge. Grundsätzlich dürfe die VSt dem Leistungsversprechen eines Bieters vertrauen. Dies müsse insbesondere dann gelten, wenn der Bieter – wie hier – seine personelle Leistungsfähigkeit auf Nachfrage nochmals ausdrücklich versichert habe. Zudem verbiete der Vertrauenstatbestand „Eignung“ gleichermaßen eine nachträgliche eignungsbezogene Aufklärung über Mitarbeiterzahlen.

Im Übrigen würden die Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 bzw. Nr. 8 bzw. Nr. 9 c) GWB nicht vorliegen.

19.

Mit Schreiben vom 03.05.2024 half die VSt der Rüge vom 30.04.2024 nicht ab (4. Nichtabhilfe).

20.

Mit Schriftsatz vom 08.05.2024 regten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt die vorläufige Aussetzung des Nachprüfungsverfahrens an.

21.

Am 10.05.2024 teilte die Vergabekammer der ASt im Rahmen eines schriftlichen Hinweises ihre vorläufige Rechtsauffassung mit, wonach der Ausschluss des Angebotes der ASt, die Aufhebung des Ausgangsvergabeverfahrens und die Neuausschreibung des Folgevergabeverfahrens durch die VSt zu recht erfolgt sei.

22.

Mit Schriftsatz vom 22.05.2024 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der ASt zum Hinweis der Vergabekammer Stellung und teilten mit, dass der Nachprüfungsantrag nicht zurückgenommen werde.

Die ASt genieße vollen Vertrauensschutz. Die ASt habe davon ausgehen dürfen, der VSt bereits sämtliche für die Eignungsprüfung geforderten Unterlagen übermittelt zu haben. Die ASt habe daher auf ihre festgestellte Eignung vertrauen dürfen. Im Übrigen biete sich aus Wertungsgesichtspunkten eine Parallele zum Bieterschadensersatz an. Die VSt habe eine Rücksichtnahmepflicht verletzt, indem sie die beanstandete „Z...-Mindestreferenz“ nicht schon während des Ausgangsvergabeverfahrens aufgeklärt habe. Das nachträgliche Berufen auf den neuen Ausschlussgrund sei daher rechtsmissbräuchlich. Das Motiv der Referenzaufklärung sei einzig und allein ein Obsiegen im Nachprüfungsverfahren. Es würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wenn es der VSt stets erlaubt wäre, sich nach Verfahrensaufhebung mit ihren früheren Erklärungen und ihrem früheren Verhalten in Widerspruch zu setzen. Das Berufen auf den neuen Ausschlussstatbestand sei infolge Zeitablaufs nun verwirkt. Zumindest, weil die VSt viel zu spät von ihrem Recht zur Aufklärung Gebrauch gemacht habe, handele es sich bei den um die Referenz gewonnen Erkenntnissen um keine neuen Tatsachen, die im Nachprüfungsverfahren für den Ausschluss mangels Eignung berücksichtigt werden dürften.

Der Vertrauensschutz stehe auch einem Ausschluss wegen verweigerter Aufklärung entgegen. Zudem mangle es an einem berechtigten Aufklärungsverlangen. Der VSt hätte aus der bisherigen Geschäftsbeziehung mit der ARGE hinreichend bekannt sein müssen, dass sämtliche angebotenen Projektmitarbeiter (Herr N.../Herr S.../Herr .../Frau ...) bei der ASt festangestellt seien. Daher hätte ohne Aufklärung ausgeschlossen werden können, dass es sich um einen unzulässigen Nachunternehmereinsatz handele. Jedenfalls sei das Aufklärungsverlangen in seiner Dimension unverhältnismäßig gewesen. Ausführliche Listen mit personenbezogenen Daten zu sämtlichen Mitarbeitern der Y-Gruppe habe es nicht bedurft. Im

Übrigen habe eine derartige Zuarbeit innerhalb der gesetzten Aufklärungsfrist nicht mit der gebotenen Sorgfalt erstellt und übermittelt werden können. Die VSt habe dem Leistungsversprechen vertrauen dürfen.

Im Übrigen wurde der Vortrag zu den Ausschlüssen nach § 46 Abs. 2 VgV und § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vertieft.

23.

Mit Schriftsatz vom 22.05.2024 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der VSt zum Hinweis der Vergabekammer Stellung und wiederholten oder vertieften ihren bisherigen Vortrag.

Insbesondere sei der Ausschluss wegen Nichtbeantwortung der gestellten Aufklärungsfrage rechtmäßig gewesen, da die Aufklärungsfrage zulässig gewesen sei, ein Aufklärungsinteresse bestanden habe und der Ausschluss aus Gründen der Selbstbindung geboten gewesen sei.

In Ziffer 7.2 des Verfahrensbriefes sei ausdrücklich vorbehalten gewesen, Aufklärung über das Angebot zu verlangen. Ausdrücklich sei bestimmt gewesen, dass es sich bei der Frist zur Beantwortung um eine Ausschlussfrist handele, bei deren Nichteinhaltung ein Bieter ausgeschlossen werde. Auf die drohende Konsequenz des Ausschlusses sei die ASt im Schreiben vom 04.04.2024 nochmals ausdrücklich hingewiesen worden. Die ASt habe ein Angebot abgegeben, ohne die Regelung zu rügen.

Es bestehe auch ein Aufklärungsinteresse der VSt an der gestellten Frage nach den konkreten Mitarbeitern der ASt. Zum einen interessiere es die VSt, über wieviel Personal die ASt verfüge. In der Präsentation habe die ASt mit der Möglichkeit des Einsatzes weiterer Mitarbeiter geworben. Insofern bestehe ein Aufklärungsinteresse, welche Mitarbeiter die ASt habe, die die Leistungsfähigkeit gewährleisten. Dies gelte umso mehr, als dass die Y1, die sich selbst auf ihren Briefbögen als ein Unternehmen der ASt bezeichne, offensichtlich nicht über ausreichendes Personal verfüge, sondern bei der Auftragserfüllung im Vorprojekt stets zu wenig Personal gehabt habe.

Zum anderen seien Herrn T..... als Fachplaner und Frau W..... als Mitarbeiterin für das Controlling und kaufmännische Fragen im Vorprojekt als Mitarbeiter der Y1 aufgetreten. Deshalb habe die VSt ein Interesse daran zu erfahren, wo diese Mitarbeiter angestellt seien. Sofern Herr T..... und Frau W..... Mitarbeiter der ASt seien, hätten Mitarbeiter der ASt direkt am Vorauftrag der Y1 mitgewirkt. Das Bild der jeweils völlig getrennten Auftragserfüllung durch beide Gesellschaften würde weiter zerstört werden. Zudem hätte die Y1 im Vorprojekt die Nachunternehmerstellung der ASt nicht angegeben. Sofern Herr T..... und Frau keine

Mitarbeiter der ASt seien, hätte es die ASt unterlassen, einen Nachunternehmer im Angebot anzugeben. Nach Ziffer 6.2 Verfahrensbrief sei dies im verbindlichen Angebot gefordert gewesen. Das Angebot der ASt wäre auch aus diesem Grund auszuschließen.

Das Aufklärungsersuchen sei verhältnismäßig gewesen. Gefordert sei eine Namensliste der Mitarbeiter der ASt. Eine Mitarbeiterliste sei in der Buchhaltung der ASt vorhanden und könne ohne weiteres innerhalb von Minuten bereitgestellt werden. Ebenfalls sei bekannt, wenn Mitarbeiter nur zu einem gewissen Prozentsatz bei der ASt beschäftigt seien.

Ein Auftraggeber dürfe zwar auf die Angaben eines Bieters vertrauen, er müsse es jedoch nicht.

Aufgrund der Selbstbindung in Ziffer 7.2 des Verfahrensbriefes habe die VSt das Angebot der ASt ausschließen müssen.

24.

Mit Schriftsatz vom 28.05.2024 wiederholten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt ihre bisherige Rechtsauffassung und bestritten, dass der VSt bekannt gewesen sei soll, dass sämtliche angebotenen Projektteammitglieder (Herr N...../Herr S...../ Herr/ Frau) bei der ASt festangestellt gewesen seien. Gerade weil die VSt keine Kenntnis über die interne Mitarbeiterorganisation der Y-Gruppe gehabt habe, sei die entsprechende Aufklärungsfrage gestellt worden. Im aktuellen Teilnahmeantrag habe die ASt wiederum nur Herrn S..... und Herrn T..... angeboten. Dadurch verfestige sich bei der VSt der Eindruck, dass die Angabe von 37 angestellten Ingenieuren bei der ASt nicht richtig sein könne.

25.

Mit Schriftsatz vom 29.05.2024 wiederholten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt ihre bisherige Rechtsauffassung.

26.

Mit Schreiben vom 29.05.2024 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt im Vergabeverfahren mit Vergabenummer der ASt aufgrund ihrer Ausführungen im Schriftsatz vom 22.05.2024 folgende Aufklärungsfragen: „a) Ist es richtig, dass die angebotenen Projektmitglieder (Herr N...../Herr S...../Herr T...../ Frau W.....) nicht bei der Y1 angestellt sind und auch nicht angestellt waren? b) Bitte stellen Sie uns dar, wie die angebotenen Projektmitglieder Herr T... und Frau W... im Vorauftrag (Fachplanungsvertrag TGA vom xx.xx.xxxx) für die Y1 eingebunden waren. c) Bitte teilen Sie uns auch mit, bei welcher Y-Gesellschaft Frau

H..... angestellt ist, und stellen Sie uns dar, wie Frau H..... im Vorauftrag für die Y1 eingebunden war“. Die Frist zur Stellungnahme wurde bis 05.06.2024, 12:00 Uhr gewährt. Auf einen Ausschluss bei Nichtbeantwortung der Aufklärungsfragen wurde hingewiesen.

27.

Mit Schreiben vom 04.06.2024 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt das weitere Aufklärungsverlangen der VSt vom 29.05.2024 (5. Rüge).

28.

Mit Schreiben vom 06.06.2024 half die VSt der Rüge vom 04.06.2024 nicht ab (5. Nichtabhilfe).

Die ASt wurde wegen erneut Nichtbeantwortung von Aufklärungsfragen aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

29.

Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB wurde wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB am 25.04.2024 und 07.06.2024 bis einschließlich 12.07.2024 verlängert.

30.

In der mündlichen Verhandlung am 07.06.2024 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

Die Parteien bleiben bei ihren schriftsätzlich gestellten Anträgen.

31.

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

Begründung:

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 im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB, denn sie hat ihr Interesse an dem öffentlichen Auftrag mit der Abgabe eines Angebotes nachgewiesen und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Sie hat zudem dargelegt, dass ihr durch den Ausschluss ihres Angebotes und Aufhebung des Ausgangsvergabeverfahrens sowie Neuausschreibung des Folgevergabeverfahrens ein Schaden zu entstehen droht.

f)

Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB genügt. Die ASt hat den Ausschluss ihres Angebotes und die Aufhebung des Ausgangsvergabeverfahrens sowie die Neuausschreibung des Folgevergabeverfahrens rechtzeitig gerügt. Ebenso

wurden während des Nachprüfungsverfahrens die weiteren seitens der VSt geltend gemachten Ausschlussgründe rechtzeitig gerügt.

g)

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 28.03.2024 war die 15-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen.

h)

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

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

a)

Der Ausschluss des Angebotes der ASt ist rechtmäßig.

aa)

Die VSt hat das Angebot der ASt zu Recht ausgeschlossen, weil die beigebrachte Referenz den Mindestanforderungen nicht genügt.

Das Angebot der ASt ist zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Halbsatz 1 i.V.m. Abs. 3 VgV auszuschließen, da die Eignungskriterien nicht erfüllt werden.

In der Auftragsbekanntmachung wurde in Ziffer III.1.3) für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit unter anderem Referenzen über die Fachplanung Technische Ausrüstung LP 6 bis 8 bzw. LP 5 für die Anlagegruppen 4 und 5 für ein großvolumiges Hochbauvorhaben nach näherer Beschreibung in Formblatt 1 „Teilnahmeantrag“ Ziffer 7.2 bzw. 7.4 gefordert.

In Ziffer 7.2 bzw. 7.4 Formblatt 1 „Teilnahmeantrag“ wurden u.a. folgende Vorgaben gestellt: „Referenzzeitraum: nicht älter als 10 Jahre, das heißt Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherrn nicht vor dem 14. November 2013“ sowie „Das Gebäude muss als Arbeitsstätte, Versammlungsstätte, Kultureinrichtung, Einrichtung der Daseinsvorsorge oder der öffentlich zugänglichen Infrastruktur (beispielhafte Aufzählung) dem gleichzeitigen Aufenthalt einer Vielzahl von Personen in dem Gebäude dienen und aufgrund der Nutzung einen erhöhten Bedarf an technischer Gebäudeausrüstung aufweisen“. Die Abgabe des vollständig ausgefüllten Formblattes 5 „Referenzbogen“ (ein Bogen je Projekt) wurde gefordert.

Die ASt reichte jeweils ein ausgefülltes Formblatt 5 „Referenzbogen“ für die Fachplanung Technische Ausrüstung LP 6 bis 8 (gemäß Ziffer 7.2 des Teilnahmeantrages) bzw. LP 5 (gemäß Ziffer 7.4 des Teilnahmeantrages) ein. In beiden Referenzbögen wurde das „Z.....“ als Referenz benannt. In der „Kurzbeschreibung des Vorhabens“ wurde jeweils „Neubau eines Campus, T..... – Verwaltungsgebäude, Labor- und Forschungshalle, Hörsaal“ angegeben. Im Punkt „Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherrn am:“ gab die ASt jeweils „09/2014“ an. In der beigefügten Objektbeschreibung gab die ASt für die Planungs- und Bauzeit die Jahre 2009-2014 an und dass das Gebäude sich grundsätzlich in zwei Bereiche – die eingeschossige Versuchshalle und das dreigeschossige Bürogebäude unterteile. Auf dem Dach sei eine Technikzentrale im 3. OG geplant und umgesetzt worden. Es wurden ein Grundriss „Werkstatt EG/Ausführungsplanung – Starkstromanlagen“ und ein Auszug „Grundriss Neubau EG – Starkstromanlagen Verwaltungsgebäude/Versuchshalle Teil 1“ sowie Bilder beigefügt.

Die ASt hat zwar schon in der mündlichen Sitzung ihre Rechtsauffassung insoweit revidiert, dass ihr „nichts unklar“ gewesen sei und daher keine Bieterfrage erforderlich gewesen sei, aber zur Klarstellung wird hiermit festgehalten, dass die Vorgabe „Referenzzeitraum: nicht älter als 10 Jahre, das heißt Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherrn nicht vor dem 14. November 2013“ entgegen der in der Rüge vom 10.04.2024 vorgetragenen Rechtsauffassung der ASt nicht unklar gewesen ist. Die ASt hatte insoweit zunächst geäußert, dass an keiner Stelle der Vergabeunterlagen hinreichend transparent gemacht worden sei, was konkret mit „Übergabe nach Fertigstellung“ gemeint sei. Unabhängig davon, dass die Möglichkeit einer Bieterfrage bestanden hatte, hat die ASt die Vergabeunterlagen jedenfalls nicht gerügt. Überdies ergibt die Auslegung der Vergabeunterlagen nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont (vgl. BGH, Beschluss vom 15.01.2013, X ZR 155/10), dass der Begriff „Übergabe“ vorliegend unmissverständlich ist. Für die Auslegung von Vergabeunterlagen ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Maßgeblich ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Vergabeunterlagen versteht (vgl. OLG Karlsruhe, NZBau 2016, 449). Aus Sicht eines verständigen und fachkundigen Bewerbers ist vorliegend klar erkennbar, dass der Begriff „Übergabe“ nicht die Erfüllung aller Leistungsverpflichtungen, die nach dem HOAI-Vertrag bestehen, bedeutet, sondern in dem Sinne zu verstehen ist, dass dem Bauherrn nach Abschluss der Bauarbeiten das Gebäude zur Nutzung zurückgegeben wurde. Entgegen der Auffassung der ASt kommt es für die „Übergabe“ daher auch nicht auf die

seitens der ASt vorgebrachten abschließenden Revisionszeichnungen oder die Schlussrechnungslegung an.

Die von der ASt eingereichte Referenz „Z.....“ erfüllt den geforderten Referenzzeitraum nicht, denn die Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherrn erfolgte bereits vor dem 14. November 2013. Der von der ASt im Formblatt 5 „Referenzbogen“ für die Referenz „Z.....“ angegebene Übergabezeitpunkt „09/2014“ ist nach Auffassung der Vergabekammer unzutreffend.

Zur Überzeugung der Vergabekammer erfolgte die Übergabe der Baumaßnahme „Z.....“ am xx.xx.2012. Zu diesem Zeitpunkt wurde das fertig gestellte Gebäude mit einer offiziellen Feier eingeweiht. Die entsprechende mediale Berichterstattung hat die VSt dokumentiert. Auch die ASt gibt insoweit zu, dass im Jahr 2012 das Auditorium „politisch übergeben“ worden sei. Entgegen der Auffassung der ASt kann aber der Übergabezeitpunkt des „.....prüfstandes“ nicht als maßgebliches Übergabedatum berücksichtigt werden. Bei der Baumaßnahme „Z.....“ und dem „.....prüfstand“ handelt es sich nicht um ein einheitliches Projekt, sondern um zwei getrennte Projekte. Der „.....prüfstand“ wurde erst später und gesondert beauftragt. Dies und das Übergabedatum wird objektiv belegt durch die seitens der VSt ausführlich dokumentierte Aufklärung beim Referenzgeber (..... - Herr). Der Referenzgeber hat dies auch in einem Telefonat mit dem Vorsitzenden der Vergabekammer auf Nachfrage bestätigt. Nach der dortigen Auskunft habe es sich beim Neubau des Auditoriums einerseits und dem „.....prüfstand“ andererseits um zwei eigenständige Projekte und zwei getrennt vergebene Planungsaufträge für die technische Gebäudeausrüstung gehandelt. Bei der Ausschreibung für das Auditorium sei noch gar nicht klar gewesen, dass auch ein „.....prüfstand“ gebaut werde. Der Bau des „.....prüfstands“ klärte sich erst mit der späteren Berufung des Professors für den Campus Für beide Projekte habe es daher zwei völlig eigenständige HOAI-Verträge gegeben. Der Referenzgeber hat zur Überzeugung der Vergabekammer die Aussagen der ASt glaubhaft widerlegt und als falsch enttarnt. Insbesondere sind beide Vorhaben nicht untrennbar und wurden nicht von Anfang zusammen geplant. Das Auditorium ist ohne denprüfstand nicht funktionslos.

Überdies kann der Übergabezeitpunkt des „.....prüfstandes“ auch deshalb nicht als maßgebliches Übergabedatum berücksichtigt werden, da der „.....prüfstand“ im streitgegenständlichen Vergabeverfahren gar nicht Bestandteil der eingereichten Referenz war. Zu dieser Auffassung ist die Vergabekammer nach objektiver Auslegung der eingereichten Unterlagen der ASt gekommen. Hinsichtlich des Angebots eines Bieters ist Maßstab der Auslegung, wie ein

mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017, Verg 54/16). Die VSt durfte zu Recht davon ausgehen, dass nur das „Z...“ als Referenz eingereicht worden ist. Im Formblatt 5 „Referenzbogen“ wird der „.....prüfstand“ an keiner Stelle erwähnt. Die in den Referenzbögen enthaltenen Grundrisse umfassen nur die Werkstatt und das Verwaltungsgebäude des „Z.....“. Weder die Objektbeschreibung noch die beigelegten Unterlagen enthalten einen Hinweis auf den „.....prüfstand“. Hingegen findet die Auffassung der ASt, die eingereichte Referenz hätte auch den „.....prüfstand“ umfasst, keinerlei Grundlage in den eingereichten Unterlagen.

Im Übrigen hat die Vergabekammer Zweifel an der Darstellung der ASt, dass der „.....prüfstand“ bereits Teil der Referenz gewesen sein soll. Würde man der Argumentation der ASt insoweit und auch bezüglich der Auslegung des Übergabezeitpunktes folgen, dann wäre die Angabe der ASt im Referenzbogen zur Übergabe am „09/2014“ falsch, denn der „.....prüfstand“ wurde erst später „technisch“ übergeben.

Gegen die Darstellung der ASt spricht auch, dass die ASt durchaus zwischen beiden Projekten trennt. So hat die ASt bereits in ihrer damaligen Angebotspräsentation gegenüber der VSt den „.....prüfstand“ gesondert aufgezählt. Bei der Vorstellung des Projektleitungsteams wird sowohl bei Herrn N..... als auch bei Herrn S..... bei den persönlichen Referenzen neben dem „Z.....“ ausdrücklich der „.....prüfstand“ benannt.

Hierfür spricht auch die in der mündlichen Verhandlung an die Vergabekammer übergebene Kopie einer Referenz, die laut ASt von ihr in einer Ausschreibung als Bewerbungsunterlage eingereicht worden sein soll. Zwar sieht die Aufmachung dieser Referenz auf den ersten Blick optisch sehr ähnlich mit der im streitgegenständlichen Verfahren eingereichten Referenz aus, allerdings ergeben sich relevante Unterschiede: Anders als in der streitgegenständlichen Referenz „Z.....“ hat die ASt in der H..... Ausschreibung den „.....prüfstand“ eindeutig sowohl mit einer eigenständigen Beschreibung und als auch mit eigenen Bildern kenntlich gemacht. Darin wird auch ausdrücklich zwischen dem „Neubau eines Campus, – Verwaltungsgebäude, Labor- und Forschungshalle, Hörsaal“ und „Neubau/Erweiterung einesprüfstandes am Campus,“ unterschieden. Dies hat in der streitgegenständlichen Referenz „Z.....“ aber gerade gefehlt. Die Vergabekammer hat Zweifel, dass es überhaupt zulässig ist, das Verwaltungsgebäude des Z..... und denprüfstand als einheitliche Referenz zu betrachten. Die Aufmachung der vorgelegten H..... Referenz verschleiern, dass es sich um zwei verschiedene Aufträge handelt.

Der ASt ist der Unterschied zwischen beiden Projekten durchaus bewusst. Im verfahrensgegenständlichen Referenzbogen wurde nur das „Z.....“ benannt. Der „.....prüfstand“ findet darin weder mit Worten noch mit Bildern Erwähnung; was nach Auffassung der Vergabekammer auch richtig ist. Denn die beiden Aufträge wurden gesondert beauftragt. Die Vergabekammer wertet die Einlassungen der ASt im laufenden Nachprüfungsverfahren, dass das Verwaltungsgebäude des Z..... und derprüfstand untrennbar miteinander verbunden seien, als Schutzbehauptung, die nicht den Tatsachen entspricht.

Nach Ansicht der Vergabekammer steht dem Ausschluss vorliegend auch kein Vertrauensstatbestand entgegen: Grundsätzlich wird in der Rechtsprechung ein Vertrauensstatbestand angenommen, wenn in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Teilnehmer geprüft und die Eignung – wie hier – bejaht hat. Mit der positiven Eignungsprüfung wird ein Vertrauensstatbestand für die zugelassenen Unternehmen dahingehend begründet, dass sie nicht damit rechnen müssen, der ihnen durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand könnte dadurch nachträglich nutzlos werden, dass der Auftraggeber ihre Eignung auf gleichbleibender tatsächlicher Grundlage später nochmals abweichend beurteilt (vgl. BGH, Beschluss vom 07.01.2014, X ZB 15/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2022, Verg 25/21).

Im vorliegenden Fall vertritt die Vergabekammer die Auffassung, dass die seitens der VSt nachträglich festgestellte fehlende Eignung der ASt berücksichtigt werden darf. Bei der Erkenntnis der VSt, dass die Angaben der ASt in den oben genannten Referenzbögen hinsichtlich der Übergabe des fertig gestellten Gebäudes an den Bauherren unzutreffend waren, handelt es sich um einen neuen Umstand. Die Ausschlussentscheidung der VSt beruht somit auf einer neuen Tatsachengrundlage. Dies erachtet die Vergabekammer – auch unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes – für zulässig.

Der Auffassung der ASt, dass es sich bei den um die Referenz gewonnen Erkenntnissen um keine neuen Tatsachen handelt, allein deshalb, weil die VSt „zu spät“ von ihrem Recht zur Aufklärung Gebrauch gemacht haben soll, folgt die Vergabekammer nicht. Zum Zeitpunkt der Erkenntniserlangung hat es sich für die VSt um eine neue Tatsache gehandelt. Zwar hätte die VSt bereits zuvor im Teilnahmewettbewerb die Unrichtigkeit der Angaben zur Referenz durch eine sorgfältigere Prüfung erkennen können, allerdings führt dieses Versäumnis – entgegen der Auffassung der ASt – nicht dazu, dass ein Ausschluss der

ASt infolge Zeitablaufs verwirkt oder durch eine vermeintliche Rücksichtnahmepflichtverletzung ausgeschlossen sein soll. Auch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten seitens der VSt kann die Vergabekammer hierin nicht erkennen.

Überdies kann sich vorliegend die ASt auch nicht auf einen Vertrauenstatbestand berufen, weil sie unrichtige Angaben getätigt hat. Nach Auffassung der Vergabekammer entsteht ein entsprechender Vertrauenstatbestand nur dann, wenn der Bewerber im Teilnahmewettbewerb alle erforderlichen Unterlagen rechtzeitig übermittelt und wahre Angaben getätigt hat. Im Falle von unrichtigen Angaben zu seinen Referenzen kann sich ein Bewerber nicht uneingeschränkt auf einen Vertrauensschutz bezüglich seiner zunächst festgestellten Eignung berufen. Bei fahrlässig getätigten Falschangaben und erst recht bei arglistigen Handeln bzw. vorsätzlicher Täuschung ist der Bewerber jedoch nicht schutzwürdig, weshalb insoweit kein Vertrauenstatbestand gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber entstehen kann. Insofern darf sich die VSt daher ausnahmsweise auch nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs noch auf den Ausschlussgrund der fehlenden Eignung berufen.

Im Übrigen ergibt sich ein Vertrauensschutz für die ASt auch nicht dadurch, dass sich die VSt laut ASt vermeintlich widersprüchlich verhalten haben soll. Das Ausgangsvergabeverfahren wurde mangels zuschlagsfähiger Angebote aufgehoben. Allein der Umstand, dass sich die VSt zunächst auf die Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 GWB und § 46 Abs. 2 VgV gestützt hat, verwehrt der VSt nicht, sich nachträglich zusätzlich auf neue Ausschlussgründe – hier fehlende Eignung des letztverbliebenen Bieters – zu berufen. Ein widersprüchliches Verhalten der VSt kann die Vergabekammer hierin nicht erkennen.

bb)

Auch der Ausschluss des Angebotes der ASt mit Schreiben vom 22.04.2024 wegen Nichtbeantwortung der im Schreiben vom 04.04.2024 gestellten Aufklärungsfrage nach Ziffer 7.2 des Verfahrensbriefes zur Einreichung der verbindlichen Angebote (Bewerbungsbedingungen Teil D.) ist rechtmäßig.

Die VSt hat sich in den Bewerbungsbedingungen Teil D. vorbehalten, nach pflichtgemäßen Ermessen Aufklärung von den Bietern über das verbindliche Angebot zu verlangen. Es wurde darauf hingewiesen, dass es sich bei der Frist zur Beantwortung der Aufklärungsfragen um eine Ausschlussfrist handelt, bei deren Nichteinhaltung der Ausschluss

des Bieters aus dem Vergabeverfahren erfolgt, es sei denn, der Bieter hat die Fristversäumnis nicht zu vertreten.

Mit Schreiben vom 04.04.2024 erfolgte eine Aufklärung zur Mitarbeiteranzahl der ASt. Die ASt wurde mit Frist bis 11.04.2024, 16:00 Uhr, dazu aufgefordert: „eine Liste mit den Namen der angegebenen 37 Ingenieure, sieben technischen Zeichnern sowie drei Auszubildenden, der sechs kaufmännischen Mitarbeiter und des kaufmännischen Auszubildenden einzureichen. Hierbei ist hinter jedem Namen anzugeben, bei welcher Gesellschaft diese Personen fest angestellt sind. Sollten einzelne Personen bei mehreren Gesellschaften prozentual beschäftigt sein, geben Sie die jeweiligen prozentualen Anteile an“. Auf einen Ausschluss des Angebotes bei Nichteinreichung der Antworten wurde im Schreiben nochmals ausdrücklich hingewiesen.

Zwar ist der ASt zuzustimmen, dass ein Auftraggeber grundsätzlich den Angaben eines Bieters vertrauen darf und es keinen „Freibrief für willkürliche Fragen“ gibt. Allerdings besteht keine Pflicht des Auftraggebers den Angaben eines Bieters zu vertrauen. Insbesondere wenn sich – wie hier – begründete Zweifel aus dem Angebot ergeben, die das Leistungsversprechen eines Bieters als nicht plausibel erscheinen lassen, ist der Auftraggeber zur Aufklärung berechtigt.

Nach Auffassung der Vergabekammer ist das Aufklärungsinteresse der VSt an den konkreten Beschäftigtenzahlen und Beschäftigungsverhältnisse der ASt berechtigt. Die VSt hat dies nachvollziehbar damit begründet, dass die Angaben der ASt hinsichtlich ihrer Mitarbeiter unklar gewesen sind und die Angabe von 37 angestellten Ingenieuren bei der ASt nicht richtig sein kann. Die VSt beabsichtigte mit der Aufklärungsfrage die Gewährleistung der Leistungsfähigkeit der ASt zu überprüfen und ob die ASt es eventuell unterlassen hat, einen Nachunternehmer im Angebot anzugeben. Der Anlass und die Begründung für die Aufklärung sind somit sachlich gerechtfertigt und nicht willkürlich.

Auch die Vergabekammer sieht insoweit ein Aufklärungsbedürfnis gegeben. Daran ändert auch die mehrmals ausdrücklich geäußerte Versicherung der ASt hinsichtlich ihrer persönlichen Leistungsfähigkeit nichts. Die Angaben der ASt bezüglich ihrer Mitarbeiter sind unklar. Die interne Mitarbeiterorganisation der Y-Gruppe ist undurchsichtig gestaltet. Mangels klarer Trennung zwischen der ASt und den weiteren Unternehmen in der Y-Gruppe kann die Beschäftigtenzahl und die Beschäftigungsverhältnisse bei der ASt nicht eindeutig festgestellt werden. Dies hat sich auch dadurch bestätigt, dass die ASt selbst in der

mündlichen Verhandlung nicht in der Lage war, die konkreten Beschäftigungsverhältnisse ihres Personals, in Abgrenzung zur Y-Gruppe transparent und nachvollziehbar darzulegen. Einerseits ist die Rede vom Personal der ASt, andererseits ist die Rede vom ausgeliehenen Personal der Y-Gruppe. Die Angaben der ASt zur Mitarbeiterorganisation sind daher auch weiterhin widersprüchlich und intransparent.

Das Aufklärungsersuchen ist verhältnismäßig gewesen. Die VSt hat von der ASt eine Namensliste mit entsprechenden Angaben zu deren Beschäftigungsverhältnis gefordert. Die Namensliste bezieht sich auf Mitarbeiter, die die ASt selbst in ihrer Angebotspräsentation erwähnt hat. Die Angebotspräsentation erweckt auch den Eindruck, dass die erwähnten Mitarbeiter bei der ASt angestellt sind, schließlich handelt es sich um ein Angebot der ASt und nicht der Y-Gruppe. Insofern stellt die Forderung der Auflistung von eigenen Mitarbeitern keine unzumutbare Aufgabe dar.

Die hierfür gesetzte Frist von 7 Tagen ist auch angemessen gewesen. Ein Antrag auf Fristverlängerung wäre laut VSt sogar möglich gewesen, wurde aber seitens der ASt nicht gestellt.

Die ASt ist dem zulässigen Aufklärungsverlangen der VSt nicht nachgekommen.

Der Ausschluss ist aus Gründen der Selbstbindung in Ziffer 7.2 des Verfahrensbriefes zur Einreichung der verbindlichen Angebote (Bewerbungsbedingungen Teil D.) zwingend geboten gewesen. Die Möglichkeit einer Ermessensentscheidung bestand nicht. Die ASt wurde auch im Aufklärungsschreiben auf die drohende Konsequenz bei Nichtbeantwortung der Aufklärungsfrage nochmals hingewiesen.

Im Übrigen steht entgegen der Auffassung der ASt auch kein Vertrauensschutz einem Ausschluss wegen verweigerter Aufklärung entgegen. Wie bereits unter Ziffer 2. a) aa) dargelegt, liegt bereits kein Vertrauenstatbestand bezüglich der Eignung der ASt vor, der einer nachträglichen eignungsbezogenen Aufklärung über Mitarbeiterzahlen entgegenstehen könnte. Überdies geht es vorliegend bei der Aufklärung der Mitarbeiteranzahl um die Gewährleistung der Leistungsfähigkeit der ASt und ob die ASt möglicherweise einen Nachunternehmereinsatz verschwiegen hat.

cc)

Des Weiteren ist der Ausschluss des Angebotes der ASt mit Schreiben vom 06.06.2024 wegen Nichtbeantwortung der im Schreiben vom 29.05.2024 gestellten Aufklärungsfrage rechtmäßig.

Mit Schreiben vom 29.05.2024 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt im Ausgangsvergabeverfahren zur weiteren Aufklärung der Mitarbeiterkonstellation folgende Aufklärungsfragen: „a) Ist es richtig, dass die angebotenen Projektmitglieder (Herr N...../Herr S...../Herr T...../ Frau W.....) nicht bei der Y1 angestellt sind und auch nicht angestellt waren? b) Bitte stellen Sie uns dar, wie die angebotenen Projektmitglieder Herr T..... und Frau W..... im Vorauftrag (Fachplanungsvertrag TGA vom) für die Y1 eingebunden waren. c) Bitte teilen Sie uns auch mit, bei welcher Y-Gesellschaft Frau H..... angestellt ist, und stellen Sie uns dar, wie Frau H..... im Vorauftrag für die Y1 eingebunden war“. Auf einen Ausschluss des Angebotes bei Nichtbeantwortung der Aufklärungsfragen wurde im Schreiben nochmals ausdrücklich hingewiesen.

Die VSt begründete ihr Aufklärungsinteresse damit, dass sie wissen möchte, wo die abgefragten Personen tatsächlich angestellt sind und wie sie im Vorauftrag für die Y1 eingebunden waren. Die genannten Personen sind gegenüber der VSt bislang als Mitarbeitende der Y1 aufgetreten. Anlass der Nachfrage ist, dass die ASt in ihrer Stellungnahme vom 22.05.2024 vorträgt, dass die abgefragten Personen alle bei der ASt angestellt sind („sämtliche angebotenen Projektmitglieder (Herr N...../Herr/ Herr T...../ Frau W.....) der Antragstellerin bei dieser als Y1 festangestellt sind“). Das ursprüngliche Aufklärungsinteresse bestehe insoweit fort.

Unter Bezugnahme auf die obigen Darstellungen unter Ziffer 2. a) bb) ist nach Auffassung der Vergabekammer auch das weitere Aufklärungsinteresse der VSt berechtigt und das Aufklärungsersuchen verhältnismäßig. Für die ASt stellt die geforderte Aufklärung zur Mitarbeiterkonstellation keine unzumutbare Aufgabe dar, zumal sie selbst im Schriftsatz vom 22.05.2024 die Mitarbeiter genannt und somit den Grund zur Aufklärung veranlasst hat.

Die hierfür gesetzte Frist von 7 Tagen ist auch angemessen gewesen. Ein Antrag auf Fristverlängerung wäre laut VSt sogar möglich gewesen, wurde aber seitens der ASt nicht gestellt.

Die ASt ist dem zulässigen Aufklärungsverlangen der VSt nicht nachgekommen.

Die Vergabekammer merkt in diesem Zusammenhang an, dass das Verständnis der ASt vom Übermittlungsschreiben der Vergabekammer am 29.05.2024 völlig unzutreffend ist. Die ASt hat insoweit in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, dass sie das Übermittlungsschreiben der Vergabekammer dahingehend verstanden habe, dass sie die Aufklärungsfrage in der mündlichen Verhandlung beantworten kann.

Bei dem Übermittlungsschreiben der Vergabekammer vom 29.05.2024 handelte es sich um ein prozessuales Standardschreiben mit dem der Schriftsatz der VSt vom 28.05.2024 an die ASt zur Kenntnisnahme übersendet worden ist. Der Zusatz „Sofern Sie hierzu eine ergänzende Stellungnahme vortragen möchten, besteht dazu die Möglichkeit in der mündlichen Verhandlung“ hat sich allein auf den übermittelten Schriftsatz der VSt vom 28.05.2024 bezogen, in dem die VSt auf den Schriftsatz der ASt vom 22.05.2024 erwidert hat. Der übermittelte Schriftsatz der VSt vom 28.05.2024 hat keinerlei Bezug zu der ohnehin erst zeitlich später gestellten Aufklärungsfrage der VSt im außerprozessualen Schreiben vom 29.05.2024. Wie die anwaltlich vertretene ASt zu der Schlussfolgerung kommen konnte, die erst im Nachgang und außerprozessual im Ausgangsvergabeverfahren gestellte Aufklärungsfrage der VSt im Schreiben vom 29.05.2024 nicht fristgerecht beantworten zu müssen, kann die Vergabekammer nicht nachvollziehen. Vor allem auch im Hinblick darauf, dass das Nachprüfungsverfahren einerseits und das Vergabeverfahren andererseits jeweils unabhängige Verfahren darstellen. Die Anmerkung der Vergabekammer erfolgte lediglich aus prozessökonomischen Gründen, da der Sitzungstermin kurz bevorstand. Im Übrigen erhielt auch die VSt spiegelbildlich ein gleichlautendes Übermittlungsschreiben, in dem der Schriftsatz der ASt vom 29.05.2024 an die VSt zur Kenntnisnahme übersendet worden ist.

Der Ausschluss ist aus Gründen der Selbstbindung in Ziffer 7.2 des Verfahrensbriefes zur Einreichung der verbindlichen Angebote (Bewerbungsbedingungen Teil D.) zwingend geboten gewesen. Die Möglichkeit einer Ermessensentscheidung bestand nicht. Die ASt wurde auch im Aufklärungsschreiben auf die drohende Konsequenz bei Nichtbeantwortung der Aufklärungsfrage nochmals hingewiesen.

Im Übrigen steht entgegen der Auffassung der ASt auch kein Vertrauensschutz einem Ausschluss wegen verweigerter Aufklärung entgegen. Wie bereits unter Ziffer 2. a) aa) dargelegt, liegt bereits kein Vertrauenstatbestand bezüglich der Eignung der ASt vor, der einer nachträglichen eignungsbezogenen Aufklärung entgegenstehen könnte. Überdies

geht es vorliegend bei der Aufklärung zur Mitarbeiterkonstellation um die Gewährleistung der Leistungsfähigkeit der ASt und ob die ASt möglicherweise einen Nachunternehmer-einsatz verschwiegen hat.

b)

Die Entscheidung der VSt das Ausgangsvergabeverfahren mangels zuschlagsfähiger Angebote nach § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV aufzuheben ist rechtmäßig.

Wie bereits oben unter Ziffer 2. a) dargelegt, erfolgte der Ausschluss des Angebotes der ASt zu Recht. Infolgedessen durfte die VSt mangels zuschlagsfähiger Angebote das Vergabeverfahren rechtmäßig aufheben. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

Unabhängig von der – hier ohnehin gegebenen – Rechtmäßigkeit ist die Aufhebungsentscheidung jedenfalls wirksam. Entgegen der Auffassung der ASt liegt keine Scheinaufhebung vor. Wie bereits unter Ziffer 2. a) dargelegt, erfolgte der Ausschluss des Angebotes der ASt rechtmäßig. Eine willkürliche oder rechtsmissbräuchliche Aufhebung zum Nachteil der ASt liegt nicht vor. Eine Aufhebung der Aufhebungsentscheidung kommt daher vorliegend nicht in Betracht.

c)

Auch die Neuausschreibung des Folgevergabeverfahrens ist rechtmäßig.

Wie unter Ziffer 2. b) dargelegt, war die Aufhebung des Ausgangsvergabeverfahrens wirksam und rechtmäßig. Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Ausschreibung des Folgevergabeverfahrens sind nicht ersichtlich.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihrem Nachprüfungsantrag 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 rechtsanwaltlich vertreten.

d)

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 x.xxx,- EUR. Da ohne Beiladung entschieden werden konnte, wird die Gebühr um xxx,- EUR auf x.xxx,- EUR reduziert.

Der Berechnung der Verfahrenskosten liegt kein kumulativer Auftragswert beider Vergabeverfahren zu Grunde. Nach Auffassung der Vergabekammer liegt der streitgegenständliche Schwerpunkt des Nachprüfungsverfahrens allein im Ausgangsvergabeverfahren. Das Folgevergabeverfahren stellt lediglich einen Annex dar (Zuschlagsverbot). Aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise handelt es sich im Ausgangs- und Folgevergabeverfahren letztlich um ein und denselben Auftrag.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX