



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 - 114/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene zu 1) -

[...],

- Beigeladene zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene zu 3) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Daferner auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2017 am 30. Oktober 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 2) und der Beigeladenen zu 3).
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin sowie durch die Beigeladene zu 2) und die Beigeladene zu 3) war jeweils notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Beschaffung der Leistungen Planung, Entwicklung, Errichtung, Betrieb und Unterhaltung [...] durch, das mit Auftragsbekanntmachung vom [...] europaweit bekannt gemacht wurde. Unter Ziffer II.2.9) der Auftragsbekanntmachung ist vorgesehen, dass aus dem Kreis der erfolgreichen Bewerber drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden; für nähere Angaben zu den objektiven Kriterien für die Auswahl aus dem Kreis der geeigneten Unternehmen wird verwiesen auf Ziffer 6 des Informationsmemorandums, das unter Abschnitt I.3 der Auftragsbekanntmachung als Bestandteil der Auftragsunterlagen unter dem dort angegebenen Link abgerufen werden konnte.

Laut Informationsmemorandum (Ziffer 5.6) ist die technische und berufliche Leistungsfähigkeit durch Referenzprojekte in folgenden Bereichen zu belegen, wobei für jeden Bereich ein Formblatt auszufüllen war:

- *„Referenzprojekte Entwicklung/Beschaffung und Integration von technischen Hard- und Softwarekomponenten zu einem Gesamtsystem mit Bezug [...], Formblatt 14*
- *Referenzprojekte Betrieb eines Kontrollsystems [...], Formblatt 15*
- *Referenzprojekte Wartungs- und Reparaturarbeiten von räumlich verteilten Einrichtungen [...], Formblatt 16*
- *Referenzprojekte Planung, Bau und Errichtung von [...], Formblatt 17“*

Unter der auf das Formblatt 17 bezogenen Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums ist Folgendes ausgeführt:

**„5.6.4 Referenzprojekte Planung, Bau und Errichtung [...] –Formblatt 17**

*Es sind mit Formblatt 17 Referenzprojekte aus den letzten 10 Jahren (2008 bis einschließlich 2017) vorzulegen, die Planung, Bau und Errichtung von [...] einschließlich der bauaufsichtlichen Abnahme oder einer gleichwertigen Bestätigung in einer ausländischen Rechtsordnung, im Bereich von [...] betreffen. **Mindestanforderungen an die Referenzprojekte Planung, Bau und Errichtung von [...]***

*Von den vorgenannten Referenzprojekten müssen mindestens **zwei Referenzprojekte** einen projektbezogenen Umsatz bzw. Umsatzanteil des Unternehmens von **mindestens EUR 2,5 Mio. (netto) je Referenzprojekt** umfassen. Von diesen mindestens zwei Referenzprojekten muss **mindestens ein Referenzprojekt** die Anbindung der errichteten Stahlbauträger (bzw. der darauf oder daran befindlichen technischen Einrichtungen) an Strom- und/oder Datennetze (d.h. Planung und Erstellung der entsprechenden Leitungsverlegung) enthalten.“*

Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums regelt die „*Wertung der Eignung gemäß Wertungskriterien*“, die dann zum Tragen kommt, wenn mehr als drei Bewerber geeignet sind. In tabellarischer Form werden hier insgesamt vier „*Wertungskriterien für die objektive Auswahl der Bewerber*“ aufgeführt, die „*max. erreichbare Punktzahl*“ sowie zu jedem Wertungskriterium die Rubrik „*Unterkriterium und Maßstab zur Vergabe der Wertungspunkte*“. Alle vier Wertungskriterien beziehen sich auf Referenzprojekte zu verschiedenen Sachverhalten, konkret das für das vorliegende Nachprüfungsverfahren relevante Wertungskriterium

„*Nr. 4: Referenzprojekte Planung, Bau und Errichtung von [...] (siehe Ziffer 5.6.4)*“,

bei dem mit drei Referenzen maximal neun Punkte (maximal 3 Punkte pro Referenz) erreicht werden konnten; die Anzahl der Referenzen, die vorgelegt werden durften, war nicht begrenzt. Zu diesem Wertungskriterium ist in der Rubrik „*Unterkriterium und Maßstab zur Vergabe der Wertungspunkte*“ ausgeführt:

„*Wertung von bis zu drei Referenzen (Punktereferenzen), die nicht bereits zur Erfüllung der Mindestanforderungen vorgelegt wurden nach Höhe ihres projektbezogenen Umsatzes bzw. Umsatzanteil des Unternehmens.*

- *Projektbezogener Umsatz bis zu EUR 0,5 Mio. (netto) in Referenzprojekt: 1 Punkt*
- *Projektbezogener Umsatz mehr als EUR 0,5 Mio. (netto) bis zu EUR 2,5 Mio. (netto) in Referenzprojekt: 2 Punkte*
- *Projektbezogener Umsatz mehr als EUR 2,5 Mio. (netto) in Referenzprojekt: 3 Punkte“*

Für den Referenzbereich Nr. 4 war das Formblatt 17 auszufüllen; hier war u.a. der „*Gesamtauftragswert im Falle einer Bearbeitung als Hauptauftragnehmer*“ bzw. „*Teilauftragswert im Falle einer konsortialen Bearbeitung*“ sowie der „*projektbezogene*

Umsatz“ anzugeben sowie das „Referenzprojekt, das die Anbindung der errichteten [...] (bzw. der darauf oder daran befindlichen technischen Einrichtungen) an Strom- und/oder Datennetze (d.h. Planung und Erstellung der entsprechenden Leitungsverlegung) enthält (...)“, inhaltlich aussagekräftig zu beschreiben. In dem Formblatt wird differenziert zwischen Referenz „zur Erfüllung der Mindestanforderungen (wird nicht als Punktereferenz für die Wertungskriterien gewertet)“ und „als Punktereferenz für die Wertungskriterien“ vorgelegten Referenzen. Zu den Mindestanforderungen im Referenzbereich 4 sowie zum Zusammenspiel zwischen Referenzen, welche die Erfüllung der Mindestanforderungen belegen sollen, und solchen, die zwecks Erlangung von Wertungspunkten gemäß Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums angegeben werden, führt das Formblatt 17 analog zu Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums Folgendes aus:

*„Es sind Referenzprojekte aus den letzten 10 Jahren (2008 bis einschließlich 2017) vorzulegen, die Planung, Bau und Errichtung von [...] einschließlich Rechtsordnung, im Bereich von [...] betreffen.*

**Mindestanforderungen an die Referenzprojekte Planung, Bau und Errichtung von [...]:** Von den vorgenannten Referenzprojekten müssen **mindestens zwei Referenzprojekte** einen projektbezogenen Umsatz bzw. Umsatzanteil des Unternehmens von **mindestens EUR 2,5 Mio. (netto) je Referenzprojekt** umfassen. Von diesen mindestens zwei Referenzprojekten muss **mindestens ein Referenzprojekt** die Anbindung der errichteten [...] (bzw. der darauf oder daran befindlichen technischen Einrichtungen) an Strom- und/oder Datennetze (d.h. Planung und Erstellung der entsprechenden Leitungsverlegung) enthalten.

**Hinweis:** Für die Erlangung von Wertungspunkten gemäß Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums können **zusätzlich zu den zwei vorgenannten Referenzprojekten weitere Referenzprojekte** angegeben werden, auch solche, die die Mindestanforderung hinsichtlich der Umsatzanforderung nicht erfüllen.“

In Bezug auf die vorzulegenden Referenzen ist die Antwort auf Bewerberfrage Nr. 52 relevant, in der die Ag auszugsweise - soweit für das vorliegende Nachprüfungsverfahren relevant - folgende Zusatzinformationen gegeben hat:

*„(...) Sofern eine für die Erfüllung der Mindestanforderungen eingereichte Referenz aus irgendeinem Grund nicht berücksichtigt werden kann, wird der Auftraggeber eine andere Referenz in die Prüfung einbeziehen. (...) Sofern die vom Bewerber als zur Erfüllung der Mindestanforderung eingereichten Referenzen allesamt nicht ausreichen, um eine Erfüllung der Mindestanforderungen nachzuweisen, wird der Auftraggeber auch die als Punktereferenz bezeichneten Referenzen bei der Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen berücksichtigen.*

*Allerdings wird der Auftraggeber eine Referenz, die für die Erfüllung der Mindestanforderungen herangezogen wird, nicht zusätzlich auch als Punktereferenz berücksichtigen (...).“*

Auf die Bewerberfrage Nr. 8, die sich auf die „genauere Definition“ des projektbezogenen Umsatzes in der Referenzkategorie 5.6.2 („Betrieb eines Kontrollsystems [...], Formblatt 15“) bezog, antwortete die Ag auszugsweise wie folgt:

*„Unter „projektbezogener Umsatz bzw. projektbezogener Umsatzanteil des Unternehmens“ ist der Wert des Vertrags zu verstehen, den das die Referenz bebringende Unternehmen als Auftragnehmer abgeschlossen hat, bereinigt um die Vergütung für Leistungen, die nicht Gegenstand der geforderten Referenz (Betrieb eines Kontrollsystems [...] sind. (...)*

*Die Beantwortung dieser Frage gilt entsprechend auch für die Referenzprojekte gemäß Ziff. 5.6.1, 5.6.3 und 5.6.4 des Informationsmemorandums.“*

Ebenfalls auf die zu machenden Umsatzangaben bezog sich die Bewerberfrage Nr. 53, die von der Ag mit *„Ja, bei entsprechender Bestätigung durch den Auftraggeber“* beantwortet worden war:

*„In den Formblättern 14 bis 17 wird die Höhe des projektbezogenen Umsatzes für das jeweils dargestellte Referenzprojekt in EUR (netto) abgefragt. Aufgrund von Geheimhaltungsvereinbarungen ist uns bei bestimmten Projekten jedoch eine Offenlegung des konkreten Umsatzes nicht möglich. Gehen wir recht in der Annahme, dass in den Formblättern eine Angabe des jedenfalls umfassten Umsatzes in „≥...EUR (netto) ausreichend ist, wenn der so angegebene Wert den geforderten Mindestumsatz erreicht? Gehen wir weiterhin recht in der Annahme, dass dann dieser angegebene, jedenfalls erreichte Umsatzwert für die Wertung der Referenz herangezogen wird?“*

Die maximal erreichbare Punktzahl im Teilnahmewettbewerb beläuft sich auf 39 Wertungspunkte. Die Teilnahmeanträge der geeigneten Bewerber werden, so das Informationsmemorandum (S. 66), entsprechend der erreichten Punktzahl in eine Rangfolge gebracht, die drei Teilnehmer mit der höchsten erreichten Punktzahl werden zur Abgabe eines Erstangebots aufgefordert. Bei Punktegleichstand auf dem dritten Platz ist eine nachgelagerte Regelung vorgesehen, auf welche Referenzen in diesem Fall vorrangig abzustellen ist; falls über keines der aufgeführten Entscheidungsparameter eine Auswahl erfolgen kann, so entscheidet das Los.

Die Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge lief am 20. Juli 2017 ab. Die ASt reichte ihren Teilnahmeantrag vom 19. Juli 2017 fristgerecht ein. Für die Referenzkategorie Nr. 4 benannte sie auf den hierfür vorgesehenen Formblättern 17.1 bis 17.7 sieben Referenzprojekte, wobei sie die Referenzen 17.1 und 17.2 durch Ankreuzen der entsprechenden Option als *„Referenz zur Erfüllung der Mindestanforderungen“* auswies, die weiteren fünf Referenzen als *„Punktereferenz für die Wertungskriterien“*.

Mit Schreiben vom 2. August 2017 forderte die Ag die ASt zur Aufklärung der Referenzprojekte 17.1 bis 17.4 auf, denn es lasse sich nicht zweifelsfrei ermitteln, wie hoch der Anteil des Projektumsatzes sei, der auf *„Planung, Bau und Errichtung von [...] entfalle*, weil in den Projektbeschreibungen auch – teilweise umfangreich – Leistungen enthalten seien, die für Formblatt 17 nicht relevant seien. Die ASt antwortete mit Schreiben vom 6. August 2017. Zu den Referenzen des Formblattes 17 führte die ASt aus, dass sie die

Vorgaben aus dem Informationsmemorandum und aus Formblatt 17 so verstanden habe, dass sämtliche Leistungen im Sinne eines schlüsselfertigen Produkts für den projektbezogenen Umsatz anzugeben seien, einschließlich der Anbindung an Strom- und/oder Datennetze. Der in Feld 7 von Formular 17 auszuweisende Gesamtumsatz entspreche daher dem in Feld 8 auszuweisenden projektbezogenen Umsatz. Aus der Rückfrage der Ag entnehme die ASt aber, dass die Ag nicht alle Umsätze als projektrelevant verstehe, wenngleich die Abgrenzung nicht deutlich werde. Daher würden im Folgenden die Umsätze angegeben und belegt, die ausschließlich auf Planung, Bau und Errichtung der [...] entfielen einschließlich der notwendigen Fundamente, jedoch exklusive etwaiger Anbauten oder Bedienungsanweisungen; ferner seien die Umsätze für die Anbindung der [...] an Strom- und/oder Datennetze enthalten. Die danach für die Referenz relevanten Leistungen wiesen ein Auftragsvolumen über EUR 2,5 Mio. auf.

Mit Schreiben vom 9. August 2017 bat die Ag um weitere Aufklärung u.a. bezüglich der Projekte 17.2 und 17.3. In Bezug auf Projekt 17.3 habe die ASt in ihrem Schreiben vom 6. August 2017 nicht plausibel dargelegt, dass der von der ASt ausgewiesene projektrelevante Umsatz ausschließlich die in Formblatt 17 verlangten Anforderungen „Planung, Bau und Errichtung von [...] einschließlich deren Anbindung an Strom- und/oder Datennetze“ enthalte. Die ASt werde aufgefordert, den Betrag, der auf die in Formblatt 17 verlangten Anforderungen entfalle, anzugeben und plausibel zu begründen. Hierauf antwortete die ASt mit Schreiben vom 11. August 2017 und bat die Ag unter Bezugnahme auf die Antwort der Ag auf Bieterfrage 52 u.a. darum, nicht mehr die Referenz 17.2, sondern stattdessen die Referenz 17.3 als Referenz für die Erfüllung der Mindestanforderungen heranzuziehen; die Referenzen 17.4 bis 17.6 sollten danach für die Punktwertung herangezogen werden. In Bezug auf die Referenz 17.2 sei es zu einem Missverständnis gekommen, der Umsatz entfielen in Teilen auf einen Konsortialpartner. In Bezug auf die Referenz 17.3 legte die ASt weitere Unterlagen bei, aus denen sich der projektbezogene Umsatz ergab.

Mit Schreiben vom 17. August 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass deren Teilnahmeantrag für das weitere Verhandlungsverfahren nicht berücksichtigt werden könne, da die ASt zwar die Mindestbedingungen erfüllt habe, die Teilnahmeanträge von drei anderen Bewerbern aber mit der Höchstpunktzahl von 39 Punkten bewertet worden seien, derjenige der ASt dagegen nur mit 38 Punkten. Ursächlich hierfür sei, dass weder die Referenz 17.2 noch die Referenz 17.3 die Anforderung an die Mindestbedingungen erfülle, wonach ein projektbezogener Umsatz in Höhe von mindestens EUR 2,5 Mio. erforderlich sei. Daher habe die Ag zum Nachweis der Mindestbedingungen die Referenzen 17.1 und 17.5

herangezogen, als Punktereferenz die Projekte 17.3, 17.4 und 17.6. Das Projekt 17.5 stehe für die Eignungswertung nach den Wertungskriterien nicht mehr zur Verfügung, da es als Beleg für die Erfüllung der Mindestbedingungen herangezogen worden sei. Das Projekt 17.3 sei lediglich mit zwei Punkten bewertet worden, denn der projektbezogene Umsatz liege auch unter Berücksichtigung der Beantwortung der Aufklärungsersuchen der Ag durch die ASt und bei bewerberfreundlicher Einschätzung unter der für das Erreichen von drei Punkten notwendigen Schwelle von EUR 2,5 Mio. Die Einordnung des projektbezogenen Umsatzes aus der Gesamtaufstellung sei auch nach Aufklärung nicht nachvollziehbar und nicht plausibel. Die erforderliche Abgrenzung für Leistungen, die nicht zu den in der Referenz geforderten Leistungen gehörten, sei nicht durchgehend und nicht nach einem einheitlichen Maßstab vollzogen worden, namentlich bei den nicht einschlägigen Leistungen zum Rückbau, Wiederaufbau, Lieferung und Montage von [...].

Die ASt rügte die Entscheidung mit anwaltlichem Schreiben vom 24. August 2017. Das Referenzprojekt 17.3 erfülle die Mindestanforderungen, weil der projektbezogene Umsatz mehr als EUR 2,5 Mio. betrage. Kernelemente dieses Projektes seien nachweislich die Planung, der Bau und die Errichtung von [...]. Damit untrennbar verbunden seien die integralen Bestandteile dieser [...] nämlich die [...] nebst eingebauter Elektronik und die verbaute Elektronik selbst [...]. Eine künstliche Trennung der einzelnen Bestandteile dieser [...] existiere weder in der Praxis noch sei dies gemäß Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums gefordert gewesen, es seien vielmehr Projekte gefordert, welche die Planung, den Bau und die Errichtung von [...] betreffen, das hieße, die damit zusammenhängen oder einen Bezug dazu hätten. Dort sei auch und insbesondere auf die Anbindung der errichteten [...] an Strom- und/oder Datennetze abgestellt. Damit werde bestätigt, dass diese technischen Einrichtungen integrale Bestandteile der zu planenden und zu errichtenden [...] seien. Ein Ausschluss dieser Projektleistungen oder des damit verbundenen Umsatzes vom projektbezogenen Umsatz sei weder nach dem Informationsmemorandum noch nach Formblatt 17 gefordert und auch nicht schlüssig. Die Ag habe sich eine gegenteilige Auffassung offenbar erst im Zuge der Prüfung der Teilnahmeanträge gebildet, denn sie habe erstmalig im Absageschreiben vom 17. August 2017 angenommen, dass die Leistungen zum Rückbau, Wiederaufbau, Lieferung und Montag von [...] nicht den geforderten Referenzleistungen hinzuzurechnen seien. Hierauf habe die Ag in den Aufklärungsschreiben vom 2. und 9. August 2017 nicht hingewiesen, die von der Ag vertretene Auffassung finde in Ziffer 5.6.4 des Informationsreferendums keine Stütze. Das Absageschreiben vom 17. August 2017 enthalte keine nachvollziehbare

Begründung. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sei gegeben, weil laut Antwort auf Bewerberfrage Nr. 53 einigen Bewerbern gestattet worden sei, den projektbezogenen Umsatz lediglich in einer Größenordnung anzugeben, wohingegen die ASt eine positionsgenaue Aufschlüsselung habe vornehmen müssen, welche die Ag nunmehr gegen sie verwende.

Mit Schreiben vom 4. September 2017 hat die Ag es abgelehnt, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 19. September 2017 stellte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes einen Nachprüfungsantrag, der der Ag am selben Tag übermittelt wurde.
  - a) Im Rahmen der Zulässigkeit trägt die ASt neben Darlegung der übrigen Voraussetzungen vor, dass sie nach Erhalt des Absageschreibens vom 17. August 2017 mit Schreiben vom 24. August 2017 binnen der Zehn-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB und damit rechtzeitig gerügt habe. Gegenstand ihrer Rüge und ihres Nachprüfungsbegehrens sei ausschließlich die fehlerhafte Prüfung und Wertung des von ihr vorgelegten Referenzprojekts 17.3, nicht dagegen und anders als die Ag meine wende sie sich gegen die Vorgaben der Ag im Formblatt 17 oder im Informationsmemorandum, die klar gewesen, von der Ag jedoch nachträglich umgedeutet worden seien. Der Gegenstand der Beanstandung ergebe sich eindeutig aus einer Analyse ihres Rügeschreibens. Davon, wie die Ag die klaren Vorgaben tatsächlich angewandt habe, habe die ASt erstmalig aus dem Absageschreiben vom 17. August 2017 erfahren.

In der Sache ergebe sich aus Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums sowie aus Formblatt 17, dass Referenzprojekte vorzulegen seien, welche die Planung etc. von [...] „beträfen“, d.h. das Projekt müsse einen Bezug zu einer solchen [...] haben, es müsse sich um eine solche drehen, es müsse mit ihr zusammenhängen. Die weite Formulierung Im Informationsmemorandum - „betreffen“ - entspreche der Motivation der Ag wie im Vergabevermerk und im Nachprüfungsverfahren dargelegt, nämlich einen breiten Markt anzusprechen und einen breiten Wettbewerb herzustellen. Das mit der Referenz 17.3 vorgelegte Projekt der ASt sei auch in Gänze geeignet, die Kenntnisse und Erfahrungen des Bewerbers nachzuweisen, welche die Ag laut Vergabevermerk mit den Referenzen abfragen wolle, nämlich Kenntnisse über



Planung, Bau und Errichtung von [...] und zwar unabhängig von der Realisierungsvariante [...]. Die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts ergäbe sich bereits aus der EU-Vorinformation zu diesem Referenzprojekt, das dort mit „Demontage, Lieferung und Montage von [...] (...)“ beschrieben sei. Das Projekt sei auch ohne Weiteres geeignet, die von der Ag im Vergabevermerk dokumentierten Kenntnisse und Erfahrungen des Bewerbers nachzuweisen, wobei zu berücksichtigen sei, dass Kenntnisse und Erfahrung des einzusetzenden Personals zur Gewährleistung der [...], der Vermeidung von [...], der Höhentauglichkeit und bei der Abstimmung mit den zuständigen Behörden nicht nur durch die Errichtung und den Bau von [...] nachgewiesen würden, sondern gleichermaßen durch den projektgegenständlichen Rückbau und/oder durch Demontageleistungen. Auch sei die (teilweise) Demontage existierender [...] zwingende Voraussetzung für die Montage geänderter oder neu zu liefernder [...]. Auch im streitgegenständlichen Auftrag bestünde die Möglichkeit, dass vorhandene [...] zu demontieren oder zu ändern seien.

Die ASt habe daher keine Zweifel gehabt, dass alle Projektleistungen in diesem Zusammenhang zu den geforderten Referenzleistungen gehörten und als projektbezogener Umsatz einzustufen seien, ansonsten hätte sie statt der Referenz 17.3 ohne Weiteres ein anderes Referenzprojekt einreichen können. Weder Informationsmemorandum noch Formblatt sei im Wege einer Generalklausel oder als Negativkatalog von Leistungen zu entnehmen, dass die Ag bestimmte Leistungen nicht berücksichtigen wolle. Auch die Antwort auf die Bewerberfrage Nr. 8 ergebe lediglich einen Zirkelschluss, denn die Antwort stelle in Bezug auf den projektbezogenen Umsatz lediglich klar, dass hierunter der Wert des Vertrages zu verstehen sei; ausgenommen hiervon werde nach der Klarstellung der Ag in der Beantwortung der Frage lediglich die Vergütung für Leistungen, die nicht dem „projektbezogenen Umsatz“ hinzuzurechnen seien, was etwa der Fall sei, wenn das Projekt sich auf die Realisierung eines [...] bezöge, so dass in diesem Fall z.B. der Erdaushub, das Herstellen des Schotterbetts und das Planieren und Teeren der [...] der Referenz und damit dem projektbezogenen Umsatz nicht zuzurechnen seien.

Die Ag versuche, die klaren Referenzvorgaben des Informationsmemorandums nachträglich einzuengen. Hinzu komme nämlich auch, dass für mindestens ein Referenzprojekt die Anbindung an Strom- und/oder Datennetze gegeben sein müsse. Bei diesen technischen Einrichtungen, die selbst Gegenstand der [...] seien, handle

es sich um die in den [...] verbaute Elektronik und die übrige, an und in den [...] verbaute Elektronik wie [...] die integrale Bestandteile der [...] und damit der [...] seien. Ausschreibungen allein zur Errichtung schlichter [...] existierten nicht, sondern zu Planung, Bau und zur Errichtung von [...] gehörten zwingend auch die dort anzubringenden Anzeigegeräte und sonstige Anbauteile, welche zwingend im Rahmen der Planung zu berücksichtigen seien. Die geforderte Anbindung an Strom- und Datennetze ergebe nur dann Sinn, wenn die [...] die entsprechende Technik aufweise, deren Anbindung gerade gewährleistet werden solle; ein [...] für sich betrachtet könne nicht an ein Strom- oder Datennetz angebunden werden, sondern nur gemeinsam mit seinen anzusteuern den technischen Einrichtungen. Wenn gerade die Anbindung nachzuweisen sei, so sei es widersprüchlich, die technischen Einrichtungen vom relevanten projektbezogenen Umsatz auszunehmen. Dass die [...] nebst eingebauter Elektronik ebenso wie die übrige verbaute Elektronik [...] integrale Bestandteile der [...] und damit der [...] seien, folge bereits aus dem Umstand, dass für sämtliche Teile eine einheitliche Statikberechnung erfolge und damit die technischen Daten jeder einzelnen Komponente die technischen Eigenschaften der jeweils anderen Komponente unmittelbar beeinflusse. Somit seien auch die [...] und die verbaute Elektronik wesentliche und integrale Bestandteile der projektgegenständlichen [...]; der Planung etc. von [...] wohne stets auch die Planung etc. der [...] und der zu verbauenden Elektronik inne. Eine künstliche Trennung der einzelnen Bestandteile dieser [...] existiere weder in der Praxis noch sei diese Trennung in Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums gefordert. Auch im Kontext der ausgeschriebenen Leistung sei eine Komplettleistung gefordert. Die Einzelkomponenten, die in Summe das Projekt auszeichneten, ließen sich daher planungs- und ausführungstechnisch und damit auch hinsichtlich ihres Anteils am Auftragsvolumen nicht sinnvoll voneinander trennen. Auch eine von der ASt vorgelegte Stellungnahme eines unabhängigen Planungsbüros belege, dass ein verständiger Bieter die Vorgaben nur so verstehen konnte, dass als projektrelevante Leistung die Planung der gesamten [...] einzustufen und daher auch der gesamte insoweit anfallende Umsatz als „projektbezogen“ anzusehen sei. Wäre das nicht der Fall, so hätte die Ag im Informationsmemorandum Vorgaben machen können und müssen, welche Teilleistungen keine Berücksichtigung als Projektleistung finden dürften. Das habe die Ag aber nicht getan.

Der Bau von [...] schlieÙe jedenfalls dann den Rückbau und Demontageleistungen mit ein, wenn diese bereits vor Ort existierten und im Zuge des Referenzprojekts umzubauen oder neu zu errichten seien; hier seien insgesamt ineinander greifende und nicht trennbare Umbauleistungen gegeben. Ferner sei die Durchführung von Rückbauleistungen bei vorhandenen [...] gleichzusetzen mit der Beschaffung neuer [...], so dass der Rückbau der Beschaffung des für die Errichtung notwendigen Materials diene und sich als Äquivalent zur Lieferung von neu zu beschaffendem Stahl darstelle. Der strikten Ausschlussfolge für – hier – Teilnahmeanträge korrespondiere die Pflicht des Auftraggebers, eindeutige Vorgaben zu machen, welche Nachweise und Erklärungen die Bieter einzureichen hätten.

Ausweislich der mit dem Teilnahmeantrag eingereichten Beschreibung des Projektes 17.3 sei der Bezug zur Planung etc. von [...] zweifellos gegeben, denn die ASt habe dort die [...] zurückgebaut und entsprechend der verschobenen [...] wieder neu errichtet. Damit umfasse der Projektinhalt die Demontage, den Neubau, die Aufbereitung und den Wiederaufbau von [...]. Kernelement der Referenz 17.3 sei damit die Planung etc. von [...]. Untrennbar verbunden damit und als projektbezogener Umsatz zu werten seien die integralen Bestandteile dieser [...] nämlich

- die [...] nebst eingebauter Elektronik [...]
- die verbaute Elektronik [...]
- Leistungen für den Anschluss dieser technischen/elektronischen Bestandteile der [...] an Strom- und Datennetze.

Die Bildung von Referenzkategorien stelle ohne einen entsprechenden Hinweis der Ag keinen Beleg dafür dar, dass die nachzuweisenden Referenzprojekte keine Schnittmengen aufweisen dürften.

Die Aufklärungsversuche der Ag seien untauglich gewesen. Die Ag habe auch nach positionsgenauer Aufschlüsselung der Leistungen des Referenzprojektes 17.3 durch die Ag in keinem der beiden Aufklärungsschreiben erkennen lassen, welche Leistungen sie nicht als projektrelevant ansehe, und die ASt damit im Ungewissen gelassen, was gegen den Grundsatz der Fairness und Gleichbehandlung verstoÙe. Obwohl die Ag keine Abgrenzungskriterien genannt habe, habe die ASt versucht, etwaige Annahmen der Ag zu antizipieren und habe bestimmte Projektleistungen,

nämlich den Umsatz bezüglich der [...] – den die ASt aber nach wie vor für projektbezogen halte - extrahiert, womit der projektbezogene Umsatz immer noch ohne Probleme über EUR 2,5 Mio. liege.

Die Begründung der Ag im Absageschreiben vom 17. August 2017 sei vage und unbestimmt, indem die Ag lediglich mitteile, dass der projektbezogene Umsatz erheblich unter der für den Erhalt von drei Punkten erforderlichen Schwelle von EUR 2,5 Mio. liege, wohingegen nach richtigem Verständnis das Referenzprojekt 17.3 vollständig als projektbezogener Umsatz zu werten sei. Welche der projektbezogenen Leistungen aus Sicht der Ag nicht tauglich seien sollten, werden nicht mitgeteilt. Die verklausulierte Andeutung in diesem Schreiben, wonach Leistungen zum Rückbau, Wiederaufbau, Lieferung und Montag von [...] nicht einschlägige Leistungen seien sollen, sei unbeachtlich und unzutreffend. Die Ag habe es versäumt, der ASt im Zuge der Aufklärung ihre persönliche Auslegung des Informationsmemorandums offen zu legen und damit der ASt die Möglichkeit zu geben, den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags zu verhindern. Auch aus den beiden Aufklärungsschreiben ergebe sich trotz der von der ASt nachgelieferten positionsgenauen Angaben nämlich nur pauschal, dass der Umsatz nicht zur Gänze als projektrelevant angesehen werde. Aufgrund der schwerwiegenden Konsequenzen, die ein Angebotsausschluss habe, komme dieser nur in Betracht, wenn die Ausschreibungsbedingungen so klar formuliert seien, dass fachkundige Bieter keine Verständnisschwierigkeiten hätten. Die Regeln für Willenserklärungen gälten entsprechend für die Vergabeunterlagen.

Im Übrigen sei es der Ag von vornherein verwehrt, den Teilnahmeantrag der ASt unter Verweis auf Nichterreichen der maßgeblichen Umsatzschwelle auszuschließen bzw. von der Vergabe der Maximalpunktzahl abzusehen. Denn im Bewerberfragen- und Antwortkatalog habe die Ag mitgeteilt, dass in dem Fall, in dem einem Teilnehmer ein Offenlegen des konkreten Umsatzes aufgrund von Geheimhaltungsvereinbarungen nicht möglich sei, eine pauschale Angabe des jedenfalls umfassten Umsatzes erlaubt sei und einer Wertung der Referenz nicht entgegen stehe. Es sei daher davon auszugehen, dass die Ag in derartigen Fällen auf eine dezidierte Erläuterung der projektbezogenen Umsätze für die eingereichten Referenzen verzichtet habe. Darin liege eine ungleiche und diskriminierende Behandlung der ASt, die aufgrund detaillierter Umsatznachweise vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werde, wohingegen andere Bewerber nahezu vollständig vom Nachweis des projektbezogenen Umsatzes freigestellt worden seien. Die Ag habe damit bei den

einzelnen Bewerbern unterschiedliche Maßstäbe an die Offenlegung von projektbezogenem Umsatz angelegt; nach Antwort auf Frage Nr. 53 sei davon auszugehen, dass die Ag vermutlich in Bezug auf die Teilnahmeanträge aller präqualifizierten Bewerber auf eine dezidierte Erläuterung der projektbezogenen Leistungen und Umsätze verzichtet habe. Dies bestätige die Bg zu 3) mit ihrem Vortrag, die einräume, von der Möglichkeit der Angabe einer Größenordnung des projektspezifischen Umsatzes Gebrauch gemacht zu haben, was im Ergebnis dazu habe führen können, dass die Bg zu 3) eine Offenlegung des projektbezogenen Umsatzes einschließlich von möglicherweise nicht projektrelevanten Leistungspositionen unter Berufung auf eine Geheimhaltungsvereinbarung hätte verweigern können, so dass eine Aufklärung der wertungsrelevanten Umsatzzahlen nicht hätte erfolgen können. Anders sei man bei der ASt verfahren, die den beiden Aufklärungsversuchen nur habe entsprechen können, indem sie alle projektgegenständlichen Leistungspositionen offengelegt habe und insofern eine entsprechende Zuordnung zu den projektrelevanten Umsätzen ermöglicht habe, wobei nach ihrer Auffassung alle Projektleistungen dem projektrelevanten Umsatz zuzurechnen seien. Die von der ASt eingereichte Aufstellung habe die Ag zum Gegenstand einer erweiterten Prüfung gemacht und anhand der Zuordnung der Leistungspositionen und der Umsatzangaben letztendlich nicht die Maximalpunktzahl vergeben. Damit sei der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, der Ausschluss der Bg zu 3) sei in einer vergleichbaren Situation nicht möglich gewesen.

Gleiches gelte für die erstmals im Absageschreiben vorgenommene Ausweitung des Wortlauts des Informationsmemorandums, wonach Projektleistungen zum Rückbau, Wiederaufbau, Lieferung und Montag von [...] nicht einschlägige Leistungen seien sollten. Dieser neue und unzutreffende Bewertungsmaßstab sei wohl exklusiv nur auf die Referenz 17.3 der ASt angewandt worden. Es werde bestritten, dass die Referenzprojekte der übrigen Bewerber plausible und nachvollziehbare Angaben zur Höhe des projektrelevanten Umsatzes enthielten. Insgesamt habe die Ag versucht, mit der Nichtberücksichtigung des Teilnahmewettbewerbs der ASt einen Losentscheid zu umgehen, der bei mehr als drei gleich qualifizierten Bewerbern gegriffen hätte. Die Vorwürfe, die ASt habe falsche Angaben gemacht und es läge ein Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 bzw. Nr. 9 GWB vor, seien unsubstantiiert und gingen auf ein fehlerhaftes, vom Verständnis der ASt abweichendes Verständnis der Vorgaben der Ag zurück.

Die ASt beantragt,

1. die Vergabestelle zu verpflichten, den Ausschluss des Teilnahmeantrags der ASt vom Vergabeverfahren zurückzunehmen und den Teilnahmeantrag der ASt unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten,
2. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die ASt notwendig gewesen ist.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt keine weitergehende Akteneinsicht zu gewähren, als zur Überprüfung der von ihr beanstandeten Wertung der Referenz 17.3 notwendig ist,
3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die ASt mache tatsächlich nicht eine fehlerhafte Wertung ihres Teilnahmeantrags geltend, sondern in Wahrheit bestünde der Kern ihrer Beanstandung in einer angeblich unklaren Anforderung in Bezug auf die von der Referenz erfassten Leistungen. Eine Unklarheit der Vorgaben aus Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen hätte die ASt jedoch nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB binnen der Teilnahmefrist rügen müssen, also bis zum 20. Juli 2017, tatsächlich sei die Rüge aber erst am 24. August 2017 erfolgt. Die Erkennbarkeit des vermeintlichen Verstoßes sei bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt gegeben gewesen, denn hierfür reiche es aus, dass ein Antragsteller eine von der Vergabestelle geforderte Erklärung in irgendeiner Form für ungeeignet oder missverständlich gehalten habe. Unzulässig sei die alleinige Zugrundelegung des eigenen Verständnisses durch den Antragsteller, denn Sinn der Rügeobliegenheit sei es gerade, ein Taktieren eines Antragstellers zu verhindern. Hier sei nach dem eigenen Vortrag der ASt der Wortlaut der Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums angeblich unklar gewesen, so dass

sie sich mit einer Frage an die Ag hätte wenden müssen. Stattdessen habe sie ihr eigenes Verständnis von Planung, Bau und Errichtung von Stahlbauträgern zugrunde gelegt. Jedenfalls hätte die ASt nach Erhalt des Aufklärungsschreibens vom 2. August 2017 gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bis zum 12. August 2017 rügen müssen, denn daraus habe sich ergeben, dass die Ag bestimmte Umsätze aus der Referenz 17.3 als nicht relevant ansehe.

Der ASt fehle es daneben an der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, denn angesichts der zu Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums von der ASt angegebenen Referenzen sei anzunehmen, dass die ASt keine weiteren Referenzen habe, die zur Erzielung von 3 Punkten ausreichend gewesen wären.

In der Sache sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums sei eindeutig zu entnehmen, welche Leistungsbestandteile eines Referenzprojekts für den Nachweis des projektbezogenen Umsatzes relevant seien. Dies ergebe sich nach einer Wortlautauslegung, wonach es ausschließlich um Planungs-, Bau- und Errichtungsleistungen gehe, so dass das Verständnis der ASt, auch Demontage und Rückbauleistungen sowie die Bereitstellung und Installation von [...] seien umfasst, nicht nachvollziehbar sei. Auch aus dem Klammernachsatz – „(d.h. Planung und Erstellung der entsprechenden Leitungsverlegung)“ – ergebe sich, dass an den [...] angebrachte technische Komponenten keine relevanten Leistungen seien. Aus dem Verb „betreffen“ ergebe sich nichts anderes; das diesbezügliche Wortverständnis der ASt würde das Spektrum der relevanten Leistungen nahezu grenzenlos ausweiten. Der Begriff „betreffen“ sei vielmehr eng auf den konkret in Bezug genommenen Gegenstand, hier [...], zu verstehen, die auch preislich für sich auszuweisen seien und lediglich den konstruktiven Unterbau darstellten, auf dem diverse Technik angebracht werden könne. Auch eine systematische Auslegung im Kontext der vier Kompetenzfelder ergebe, dass die von der ASt in Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums hineingelesenen Leistungsbestandteile, so die an den [...] angebrachte Systemtechnik und somit das technische Herzstück des Beschaffungsvorhabens [...] bereits in der Referenzkategorie 5.6.1 mit Formblatt 14 anzugeben gewesen sei. Das Verständnis der ASt hätte eine nicht intendierte Doppelbewertung von Leistungsbestandteilen ohne Mehrwert für die Eignungsprüfung zur Folge gehabt. Ein verständiger Bieter habe erkennen können, dass in den Formblättern 14 und 17 jeweils verschiedene Leistungsbestandteile

nachzuweisen seien. Es habe der ASt auffallen und sie zu einer Bieterfrage veranlassen müssen, dass die von der ASt in Ziffer 5.6.4 einbezogene [...] bereits in Ziffer 5.6.1 abgefragt worden sei. U.a. mit der Bieterfrage Nr. 8 habe die Ag nochmals zusätzlich auf die klare Abgrenzung zwischen den Referenzbereichen hingewiesen. Der Punktabzug für das Projekt 17.3 sei zu Recht erfolgt, da die in der Referenz 17.3 enthaltenen Leistungsbestandteile Rückbau, Wiederaufbau, Lieferung und Montage [...] sowie weitere Demontage-, Rückbau- und Entsorgungsleistungen gerade nicht Gegenstand dieser Referenz seien, sie seien vielmehr das genaue Gegenteil, auch seien Demontagearbeiten im streitgegenständlichen Auftrag nicht relevant, insbesondere nicht in Bezug auf [...], die lediglich optional in eng begrenztem Umfang mitgenutzt werden dürften, was sich aus dem technischen Teil des Informationsmemorandums, dort Ziffer 2, ergebe. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich nichts anderes. Der Aufbau von [...] erfordere entgegen der Auffassung der ASt nicht dieselben Kenntnisse wie der Rückbau, denn viele Arbeitsschritte beim Aufbau fielen beim Rückbau gar nicht an, so beispielsweise Bemessung und Konstruktionsplanung, Bauausführungsplanung unter Beachtung der EN 1991 sowie Statik Planung und Statik Prüfung, Materialbeschaffung, Korrosionsschutz. Der Nachweis, dass ein Bewerber [...] auseinanderschrauben, verschweißte Einzelteile voneinander trennen und entsorgen könne, erlaube keinen Schluss darauf, dass er auch [...] errichten könne, weshalb die Demontage auch nicht von der Referenz 5.6.4 erfasst sei. Im Übrigen sei die an [...] entgegen der Auffassung der ASt nicht untrennbar mit den [...] verbunden, die hierfür anfallenden Kosten seien vielmehr – wie die von der ASt mit Schreiben vom 13. August 2017 vorgelegte Kostenaufstellung belege – isolierbar. Die von der Ag vorgenommene funktionale und monetäre Abgrenzung zwischen [...] einerseits und [...] andererseits sei gängige Praxis, unterschiedliche Unternehmen führten diese völlig verschiedenen Gewerke – [...] – aus, unterschiedliche personelle Qualifikationen seien gefordert, verschiedene Normen, Standards Regelwerke würden gelten. Die von der ASt vorgelegte Stellungnahme eines Ingenieurbüros sei nicht aussagekräftig, denn aufgrund der von der ASt abgegebenen Vertraulichkeitserklärung in Formblatt 8, dort insbesondere Ziffer 8, gehe die Ag davon aus, dass diesem Büro die Vergabeunterlagen nebst Bewerberfragen und Antworten hierauf nicht vorgelegen hätten. Die Tatsache, dass die ASt die differenzierte Beschreibung des projektbezogenen Umsatzes sehr wohl im Sinne der Ag verstanden habe, ergebe sich auch daraus, dass sie auf die erste Aufklärungsaufforderung der Ag hin von sich aus einige Leistungsbestandteile aus



dem projektbezogenen Umsatz herausgerechnet habe, die Streichungen dann aber nicht konsequent durchgeführt habe, weil sie sonst nicht die geforderte Höhe des projektbezogenen Umsatzes erreicht hätte.

Mit den Aufklärungsgesuchen habe die Ag nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen, diese seien auch nicht intransparent gewesen. Gleichbehandlung bedeute keine schematische Gleichbehandlung aller Wettbewerbsteilnehmer, sondern eine einzelfallbezogene Entscheidung je nach Aufklärungsbedarf. Alle Referenzprojekte aller Bewerber seien nach einem einheitlichen Maßstab und mit gleichmäßiger Intensität auf Plausibilität und Nachvollziehbarkeit hin überprüft worden; mangelnde Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der gemachten Angaben seien auch Auslöser für Aufklärungen gewesen. Die an die ASt gerichteten Aufklärungsersuchen seien gerade durch den Gleichbehandlungsgrundsatz geboten gewesen, denn es hätten sich bei Referenz 17.3 angesichts des Einbezugs der Ausstattung der [...] sowie der Demontage Zweifel am projektbezogenen Umsatz ergeben. Die Ag habe nicht die Aufschlüsselung der einzelnen Leistungspositionen von der ASt verlangt, sondern die ASt lediglich dazu aufgefordert, den projektbezogenen Umsatz plausibel und nachvollziehbar darzulegen. Die diesbezügliche Kostenaufstellung für Referenz 17.3 habe die ASt von sich aus eingereicht, so dass die Ag sich damit habe auseinandersetzen müssen, um den projektrelevanten Umsatz überprüfen zu können. Diese Überprüfung habe nach einer weiteren Aufklärung einen projektrelevanten Umsatz von unter EUR 2,5 Mio. ergeben, so dass die Referenz 17.3 zu Recht lediglich mit 2 Punkten bewertet worden sei. Insgesamt hätten sich Zweifel an der Belastbarkeit der Angaben der ASt ergeben, die schon bei der Referenz 17.2 den projektbezogenen Umsatz deutlich reduziert und schließlich darum gebeten habe, dieses Projekt nicht weiter zu berücksichtigen. Die Antwort auf die Bieterfrage Nr. 53 habe nur von der Pflicht entbunden, den genauen Umsatzbetrag anzugeben, nicht jedoch von der Pflicht, plausibel und nachvollziehbar zu belegen, dass dieser Umsatz auch tatsächlich mit für die Referenz relevanten Leistungen erwirtschaftet worden sei.

- c) Mit Beschluss vom 22. September 2017 wurden die drei Bewerber, die im Teilnahmewettbewerb erfolgreich waren, als Bg zu 1) bis 3) zum Verfahren hinzugezogen, da es im Fall eines erfolgreichen Nachprüfungsantrags der ASt in letzter Konsequenz zu einem Losentscheid und damit zu einem potentiellen

Ausscheiden kommen kann. Darin liegt eine schwerwiegende Interessensbeeinträchtigung i.S.v. § 162 GWB.

aa) Die Bg zu 1) trägt ohne nähere Begründung vor, dass sie den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet halte.

bb) Die Bg zu 2) meint, die Ag sei der ASt im Rahmen der wiederholten Aufklärung sehr weit entgegengekommen, indem sie der ASt eine inhaltliche Anpassung ihrer Angaben zu den Referenzprojekten ermöglicht habe. Soweit die ASt selbst eingeräumt habe, mit ihrem Teilnahmeantrag fehlerhafte Angaben in Bezug auf die Referenzen 17.2 und 17.3 gemacht zu haben, so sei der Teilnahmeantrag der ASt bereits wegen falscher und irreführender Angaben sowie zurückgehaltener Auskünfte nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 bzw. Nr. 9 GWB auszuschließen.

Der Nachprüfungsantrag sei nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig, denn Gegenstand des Nachprüfungsantrags sei bereits die Frage nach dem „projektbezogenen Umsatz“ i.S.v. Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums, so dass eine Rüge bis zum Ablauf des Teilnahmewettbewerbs hätte erfolgen müssen. Spätestens mit dem Aufklärungsschreiben der Ag vom 2. August 2017 habe die ASt Kenntnis davon gehabt, dass die Ag nicht den von der ASt angegebenen Gesamtumsatz als einschlägig betrachte. Hinzuweisen sei ferner auf die Beantwortung der Bewerberfrage Nr. 8 am 26. Juni 2017 durch die Ag, in der sie für alle Referenzen klargestellt habe, dass als projektbezogener Umsatz nur der Wert des Vertrags bereinigt um Vergütungen für Leistungen, die nicht Gegenstand der geforderten Referenz seien, zu verstehen sei. Es handle sich begrifflich bei den von der ASt als projektbezogenem Umsatz herangezogenen Leistungen des Rückbaus sowie der Lieferung und Montage von [...] damit um andere Leistungen, ein derartiger bloßer Zusammenhang reiche nicht für die Berücksichtigung als projektbezogener Umsatz aus. Falsch sei vor diesem Hintergrund die Aussage der ASt, sie habe erstmals im Absageschreiben der Ag vom 17. August 2017 erfahren, was die Ag nicht als projektbezogen werten wolle.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag evident unbegründet, denn lediglich „im Zusammenhang“ mit der geforderten Referenz stehende Leistungen beträfen eben nicht die projektbezogenen Umsätze. Eine Auslegung dahin, dass auch lediglich mit der Referenz im Zusammenhang stehende Leistungen als Gegenstand der Referenz

anzusehen seien, sei ausgeschlossen. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass für ein Referenzprojekt die „Anbindung der errichteten Stahlbauträger an Strom- und/oder Datennetze“ gefordert gewesen sei. Denn insoweit sei in Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums ausdrücklich klargestellt worden, dass nur „Planung und Erstellung der entsprechenden Leistungsverlegung“ berücksichtigt werde.

Die Bg zu 2) beantragt:

1. die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sowie die der Bg zu 2) zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen,
3. die Anerkennung der Notwendigkeit der Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg zu 2).

cc) Die Bg zu 3) hält den Nachprüfungsantrag für präkludiert, da die ASt das Informationsmemorandum bereits seit 12. Juni 2017 gekannt habe und vermeintliche Unklarheiten bis zum Ablauf der Teilnahmefrist am 20. Juli 2017 hätte rügen müssen. Spätestens mit dem zweiten Aufklärungsschreiben vom 2. August 2017 sei der ASt das Verständnis der Ag vom Begriff des projektbezogenen Umsatzes bekannt geworden; die ASt habe daraufhin nicht relevante Leistungen gestrichen und den projektbezogenen Umsatz reduziert. Die ASt habe damit gewusst, dass die Ag den projektbezogenen Umsatz nicht im Sinne eines Gesamtumsatzes verstanden habe. Dennoch habe die ASt erst am 24. August 2017 und damit außerhalb der 10-Tagesfrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Aus Sicht der Bg zu 3) sei die Vorgabe der Ag eindeutig gewesen, dass nämlich nur Leistungen in den projektbezogenen Umsatz einfließen, die Planung, Bau und Errichtung von [...] betreffen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, die Vorgabe klar aufgrund des Wortlauts und auch aufgrund von Sinn und Zweck von Referenzen, den Beleg für die gesammelten Erfahrungen zu führen. Diese Intention würde konterkariert, wenn der projektbezogene Umsatz auf den Gesamtumsatz eines Projekts bezogen würde anstatt auf die für die Referenz relevanten Leistungen. Umsatz für Leistungen wie Lieferung und Montage von [...] sowie Demontage, Rückbau- und Entsorgungsleistungen seien nicht projektbezogen und dürften nicht berücksichtigt werden. Nicht nachvollziehbar sei, wieso die ASt meine, dem Wortlaut der Vorgaben u.a. entnehmen zu können, dass Demontage- und Rückbauleistungen umfasst seien;

eine Gleichstellung der Begrifflichkeiten „Bau“ und „Rückbau“ sei weder branchenüblich noch sachgerecht. Das Begriffsverständnis der ASt entspreche nicht ansatzweise dem der Bg zu 3). Da Demontageleistungen nicht vom Informationsmemorandum erfasst seien, sei es entgegen der Auffassung der ASt auch nicht erforderlich, diese ausdrücklich auszunehmen. Möglicherweise würden [...] üblicherweise „im Zusammenhang mit“ weiteren Leistungen wie der [...] beauftragt, aber dennoch sei das für alle Bewerber erkennbare Grundverständnis der Referenzen gemäß den Formblättern 14 bis 17, dass Leistungen, die möglicherweise auf Grundlage eines Vertrags vergeben würden, in verschiedenen Referenzkategorien abgefragt würden. Die Splittung auf vier Referenzkategorien habe gerade der Förderung auch kleinerer Unternehmen gedient, die möglicherweise nicht alle Leistungen in einem Projekt vorweisen könnten. Die [...] sei Gegenstand der Referenz nach Formblatt 14 gewesen.

Indem die Ag mit Antwort auf Bewerberfrage Nr. 53 die Angabe des projektbezogenen Umsatzes als Größenordnung habe ausreichen lassen, habe sie die ASt nicht diskriminiert, denn die Frage nach der Höhe des Umsatzes sei zu trennen von der Frage, ob dieser Umsatz inhaltlich überhaupt als Referenzleistung zu akzeptieren sei. Richtig sei, dass die Bg zu 3) mehrfach von der Möglichkeit der Angabe einer Größenordnung über EUR 2,5 Mio. Gebrauch gemacht habe. Sachgerecht sei aber gewesen, dass die Ag keine weitere Erläuterung bei der Bg zu 3) nachgefragt habe, denn aus den Referenzen selbst nebst der Beschreibung der Referenzprojekte sowie insbesondere auch aus den Auftraggeberbestätigungen habe sich ergeben, dass der Gesamtauftragswert sich auf ein Vielfaches des geforderten produktspezifischen Mindestumsatzes belaufen habe. Die in diesem Zusammenhang relevante Referenz der Bg zu 3) umfasse nicht nur eine einzige [...] sondern diverse/unzählige solcher [...]. Es sei nicht ansatzweise daran zu zweifeln, dass der projektspezifische Mindestumsatz erfüllt sei. Hinzu komme, dass sich die Referenzprojekte der Bg zu 3) insgesamt exakt auf Projekte beziehe, die exakt solche Leistungen umfassten wie die Ag sie hier – aufgesplittet auf vier Referenzkategorien – abgefragt habe. Rückbaumaßnahmen seien nicht Teil der Referenzen der Bg zu 3) gewesen. Eine weitere Rückfrage durch die Ag habe sich vor diesem Hintergrund erübrigt, die Bewertung der Referenzen der Bg zu 3) sei sorgfältig und fehlerfrei erfolgt.

Mit der Bg zu 2) gehe die Bg zu 3) davon aus, dass ohnehin ein Ausschluss der ASt nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 und eventuell auch nach Nr. 8 GWB erfolgen könne bzw.

unter Umständen sogar erfolgen müsse, weil die ASt falsche und irreführende Angaben zu den Referenzen 17.2 und 17.3 gemacht habe, aber auch zu 17.2, wo die ASt in den projektbezogenen Umsatz auch die Leistungen von Drittunternehmen mit einbezogen habe. Auch die fahrlässige Falschangabe erfülle den Ausschlussstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB. Ferner habe die ASt gegen die Verschwiegenheitserklärung in Formblatt 8 verstoßen, denn die von der ASt als Anlage C 14 vorgelegte Stellungnahme eines unabhängigen Planungsbüros habe nur unter Missachtung der Vertraulichkeitserklärung eingeholt werden können; das Planungsbüro sei offensichtlich kein „Beauftragter“ im Sinne der Verschwiegenheitserklärung.

3. In der mündlichen Verhandlung am 19. Oktober 2017 wurde der Sachverhalt umfassend besprochen. Es wurde eingegrenzt auf Ziffer II. des Schriftsatzes der Bg zu 3) vom 18. Oktober 2017 Schriftsatznachlass gewährt. Soweit die Ag in ihrem daraufhin eingereichten Schriftsatz vom 24. Oktober 2017 auch zum übrigen Streitstoff Stellung nimmt, ist dies durch den Schriftsatznachlass nicht gedeckt und wird – wie die ASt mit Schriftsatz vom 26. Oktober 2017 zutreffend beantragt hat – zurückgewiesen; dieser Vortrag wurde bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt. Die Entscheidungsfrist wurde mit Protokoll zur mündlichen Verhandlung verlängert bis zum 30. Oktober 2017 einschließlich. Soweit beantragt, wurde den Verfahrensbeteiligten im gesetzlich zulässigen Umfang und in Absprache mit der Ag Einsicht in die Vergabeakte gewährt. Auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

1. Im Rahmen der Zulässigkeit zu thematisieren sind ausschließlich die individuellen, auf den jeweiligen Antragsteller bezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Antragsbefugnis und der Frage nach der Erfüllung der Rügeobliegenheit, denn die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des für Dienstleistungen einschlägigen Auftragschwellenwerts – sind eindeutig und unstrittig erfüllt.

- a) Die ASt ist als Teilnehmerin am Wettbewerb antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Die ASt macht geltend, ihre Referenz 17.3 sei fehlerhaft bewertet worden, was zum Abzug eines Wertungspunktes geführt hat mit der Folge, dass die ASt nicht zu den besten drei Bewerbern gehört und daher nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden soll. Ein Schaden durch den von der ASt angeführten Vergabefehler ist damit gegeben.

Entgegen der Auffassung der Ag ist die ASt nicht weitergehend im Obligo, zwecks Nachweises eines Schadens oder einer Schadensmöglichkeit darzulegen, dass sie bei einem anderen und im Sinne der Ag korrekten Verständnis der Vorgaben andere Referenzen im Referenzbereich 5.6.4 hätte benennen können, denn es geht der ASt um die korrekte Bewertung der eingereichten Referenz. Im Übrigen hat die ASt in der mündlichen Verhandlung angeboten und sich hierauf vorbereitet, andere vorhandene und dem Verständnis der Ag entsprechende Referenzen vorzulegen, um den Nachweis eines Schadens im Sinne der Ag führen zu können, was aus Sicht der Vergabekammer als nicht erforderlich angesehen wurde.

- b) Die fehlerhafte Bewertung der Referenz 17.3 hat die ASt auch rechtzeitig gerügt. Dass hier ein Punktabzug erfolgen würde, wusste die ASt erst mit Erhalt des Absageschreibens der Ag vom 17. August 2017; die Rüge erfolgte am 24. August 2017 und damit innerhalb der Zehn-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

Richtig ist zwar, dass im Zusammenhang mit der inhaltlichen Prüfung, ob der Punktabzug zu Recht erfolgte oder nicht, inzidenter auf die in den Grundlagen des Vergabeverfahrens, konkret im Informationsmemorandum und dem Formblatt 17, enthaltenen Vorgaben zurück zu kommen ist. Die ASt beanstandet aber nicht die Vorgaben als solche, sondern deren konkrete Anwendung auf ihre Referenz. Aus der Ergänzung der Vorgaben mit der Antwort der Ag auf Bewerberfrage Nr. 8 wurde zwar deutlich, dass der Gesamtumsatz eines Referenzprojekts nicht zwangsläufig und nicht automatisch gleichzusetzen ist mit dem projektbezogenen Umsatz. Dass die Ag aber ganz konkret bestimmte Umsätze der Referenz 17.3 der ASt als nicht projektbezogen ansehen würde, ergab sich erst aus dem Absageschreiben.

- c) Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB, wonach der Nachprüfungsantrag binnen 15 Tagen nach Erhalt einer ablehnenden Rügeantwort, die hier am 4. September

2017 erfolgte, zu stellen ist, wurde mit dem am 19. September 2017 bei der Vergabekammer eingereichten Nachprüfungsantrag gewahrt.

2. In der Sache ist der Nachprüfungsantrag nicht begründet. Die Prüfung des Teilnahmeantrags der ASt ist in einem korrekten Verfahren erfolgt und die streitgegenständliche Referenz 17.3 der ASt wurde inhaltlich zutreffend bewertet.

a) Die Faktenbasis, auf der die Ag die Teilnahmeanträge beurteilt hat, war belastbar und die Bewertung erfolgte in einem korrekten Verfahren.

aa) Die Ag hatte im Formblatt 17 u.a. um eine aussagekräftige Kurzbeschreibung des jeweiligen, vom Bewerber benannten Referenzprojektes gebeten. Nur wenn die Beschreibung des Projekts in irgendeiner Hinsicht Unklarheiten aufwarf, etwa im Sinne einer möglicherweise fehlenden Kompatibilität zwischen Projektbeschreibung und ausgewiesenen Umsatzzahlen, waren für die Ag weitere Nachfragen indiziert. So verhielt es sich bei der ASt, denn aus deren Projektbeschreibung zur Referenz 17.3 ergab sich, dass neben dem [...] diverse andere Leistungen erbracht worden waren. Da somit einerseits der von der ASt ausgewiesene Gesamtumsatz identisch mit dem ausgewiesenen projektbezogenen Umsatz war, andererseits aber laut Beschreibung nicht ausschließlich [...] erbracht wurden, stellte sich aus Sicht der Ag richtigerweise die Frage, welche Umsatzanteile dem [...] zuzuordnen sind. Eine „Aufgreifschwelle“ für Nachfragen war überschritten, die Referenz war aus Sicht der Ag in sich nicht stimmig. Die Ag hatte Zweifel, ob der gesamte Umsatz, den die ASt hier als projektbezogen ausgewiesen hatte, auch tatsächlich als projektbezogen einzustufen war. Die Ag hat die ASt daraufhin richtigerweise um weitere Erläuterungen gebeten, was der Sache nach eine eignungsbezogene Aufklärung darstellt. Eine solche eignungsbezogene Aufklärung ist, wie die §§ 15 Abs. 5, 16 Abs. 9 VgV zeigen, sogar im offenen Verfahren und auch im Teilnahmewettbewerb des nichtoffenen Verfahrens zulässig, so dass beim hier vorliegenden Teilnahmewettbewerb eines Verhandlungsverfahrens nichts anderes gelten kann; einer expliziten Rechtsgrundlage im Sinne einer „Erlaubnis“ zur Durchführung von Eignungsaufklärungsmaßnahmen im Rahmen des § 17 VgV bedarf es in dieser Vergabeverfahrensart nicht, denn in der Nichtgeltung des Verhandlungsverbots ist die Befugnis zur Durchführung von Aufklärungsmaßnahmen als Minus mitenthalten.

In der Durchführung der Aufklärungsmaßnahmen liegt keine Diskriminierung der ASt. Aufklärungsmaßnahmen sind nur dann indiziert, wenn im Sinne einer „Aufgreifschwelle“ überhaupt Unklarheiten vorhanden sind. Die Ag ist bei anderen Bewerbern in identischer Art und Weise vorgegangen, wenn Unklarheiten gegeben waren. In Fällen, in denen die Referenzen selbsterklärend waren und sich mithin keine Fragen stellten, waren weitere Aufklärungen naturgemäß nicht erforderlich.

bb) Es bestand auch keine Verpflichtung der Ag, sämtliche Referenzen aller Bewerber auf deren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen. Im Gegenteil hat ein öffentlicher Auftraggeber sich grundsätzlich auf das Abfordern von Eigenerklärungen zu beschränken, um die Eignung zu überprüfen, § 48 Abs. 2 S. 1 VgV. Er darf darauf vertrauen und muss auch darauf vertrauen dürfen, dass die Bieter - bzw. vorliegend die Bewerber - wahrheitsgemäße Angaben machen. Denn eine Verifizierung aller Bewerberangaben würde die Möglichkeiten, die Kapazitäten und die zeitlichen Grenzen eines Auftraggebers regelmäßig überschreiten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Dezember 2009, Verg 39/09). Vor diesem Hintergrund ist es besonders wichtig, dass die Bieter bzw. die Bewerber korrekte Angaben machen. Die Tatbestände von § 124 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 lit. c) GWB, wonach fahrlässige oder gar vorsätzliche Falschangaben mit dem – nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens durch den Auftraggeber - einschneidenden Ausschluss sanktioniert werden, unterstreichen die Bedeutung korrekter Eigenerklärungen. Es war vorliegend folglich in keiner Weise geboten, dass die Ag sich von vornherein von allen Bewerbern für sämtliche Referenzen Leistungsbeschreibungen, Abrechnungen oder andere, den von der ASt im Rahmen der Aufklärungen eingereichten vergleichbare Dokumente hätte vorlegen lassen müssen. Die Antwort auf Bieterfrage Nr. 53, wonach bei bestehenden Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber den Referenzgebern im Formular 17 der Gesamt- bzw. der projektbezogene Umsatz nicht exakt beziffert werden musste, sondern als über EUR 2,5 Mio. liegend im Sinne einer Größenordnung angegeben werden konnte, stellte daher keine unzulässige Besserbehandlung dieser Bewerber dar, denn – wie ausgeführt – die Ag durfte sich darauf beschränken, die Angaben anhand der Referenzbeschreibungen zu plausibilisieren. Gab es keinen Anlass, so wurde nicht nachgefragt, egal ob die Umsatzzahlen exakt beziffert wurden oder ob sie als pauschale Größenordnung angegeben wurden. Mit anderen Worten: auch konkret bezifferte Umsätze wurden



weder auf deren Wahrheitsgehalt hin überprüft noch mussten sie daraufhin überprüft werden, wenn es anhand der Angaben keine Unstimmigkeiten gab. Nichts anderes gilt, wenn der als Größenordnung angegebene Umsatz angesichts des beschriebenen Referenzprojektes nachvollziehbar und plausibel war.

Die Bg zu 3) hat offengelegt, dass sie diejenige war, die Umsätze aufgrund ihrer Geheimhaltungsverpflichtungen teilweise in pauschalierter Form ausgewiesen hat. Angesichts des Projekts, um das es geht (insoweit Geschäftsgeheimnis der Bg zu 3)), ist nicht im entferntesten anzuzweifeln, dass die Ausweisung des projektbezogenen Umsatzes über EUR 2,5 Mio. liegt; wie die Bg zu 3) selbst vorgetragen hat, wurde im Rahmen dieses Projekts eine Vielzahl von [...] errichtet. Die Bg zu 3) hatte ihrer Referenz im Übrigen auch eine Bestätigung des Referenzgebers beigefügt. Die Ag hatte keinerlei Veranlassung, hier weitere Aufklärung zu betreiben.

- b) Die Ag hat die Referenz 17.3 korrekt mit 2 Punkten bewertet. Der für die Punktevergabe relevante „projektbezogene Umsatz“ liegt unter EUR 2,5 Mio. und damit unter der für den Erhalt von 3 Punkten relevanten Umsatzschwelle.

aa) Vorab und ohne dass dies im Nachprüfungsverfahren bis auf einen in diese Richtung gehenden Hinweis der Bg zu 2) nennenswert thematisiert worden wäre, ist klarzustellen, dass die Heranziehung der Referenz 17.3 als Punktereferenz für die Wertungskriterien zulässig war. Die ASt hatte zwar in ihrem Teilnahmeantrag zunächst die Referenzen 17.1 und 17.2 als Nachweis für die Mindestanforderungen an die Eignung ausgewiesen, im Zuge der zweiten Aufklärung die Referenz 17.2 aber fallen gelassen. Stattdessen benannte sie die Referenz 17.3 für die Mindestbedingungen, die Referenzen 17.4 bis 17.6 für die Punktwertung. Die Ag hat sodann eigeninitiativ die Referenz 17.3 mit der Referenz 17.5 als Nachweis für die Mindestbedingungen ausgetauscht, da die Referenz 17.3 die Mindestbedingung – projektbezogener Umsatz von mindestens EUR 2,5 Mio. – nicht erfüllte, so das Absageschreiben an die ASt vom 17. August 2017. Dies hatte zur Folge, dass das von der ASt benannte Referenzprojekt 17.5 nicht mehr als Punktereferenz zur Verfügung stand, da ein Projekt nur alternativ zum Nachweis der Mindestbedingungen oder als Punktereferenz für Wertungskriterien herangezogen wurde, nicht kumulativ, so die Antwort der Ag auf Bewerberfrage 52. Somit war die

Referenz 17.5 bereits für die Mindestanforderungen verbraucht. Die Referenz 17.7 war thematisch nicht einschlägig und konnte daher nicht für die Punktwertung herangezogen werden, was die ASt nicht streitig gestellt hat und daher nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist.

Sowohl die Bitte der ASt um Austausch der Referenz 17.2 durch 17.3 als auch die Vorgehensweise der Ag, auch ohne entsprechende Aufforderung der ASt auf die Referenz 17.5 statt 17.3 zum Nachweis der Mindestbedingungen umzuschwenken, war durch die Antwort auf Bewerberfrage 52 gedeckt; denn es ging nicht um ein Nachreichen neuer, im Teilnahmeantrag noch nicht benannter Referenzen, sondern lediglich um das Abstellen auf andere, von vornherein benannte Referenzen.

bb) Die Ag hat mit ihren Vorgaben definiert, was ein „Projekt“ im Sinne des Referenzblocks 5.6.4 und des Formblatt 17 ist. Dies ist durch die Erläuterungen in Ziffer 5.6.4 des Informationsmemorandums sowie durch die Überschrift des Formblattes 17 geschehen, wonach als „Referenzprojekte“ die „Planung, Bau und Errichtung von [...]“ ausgewiesen werden. Diese Leistungen sind Projekt im Sinne des Formblattes. In Bezug genommen werden mit dem „projektbezogenen Umsatz“ folglich ausschließlich Umsätze, die das so definierte Projekt als Bezugspunkt haben. Zwar konnten die Bewerber auch Aufträge auswählen und als Referenzen anführen, die nicht ausschließlich Leistungen im Sinne des im Referenzblock 5.6.4 und in Formblatt 17 definierten Projektes enthielten, sondern umfassender waren, also auch andere Leistungsbestandteile inkludierten als den reinen – kurz gefasst – Bau von Stahlträgern. „Projektbezogen“ im Sinne der von der Ag im Referenzblock 5.6.4 mit Formblatt 17 vorgenommenen Referenzdefinition war dann aber nur der Umsatzanteil, der auch wirklich in die Referenzdefinition der Ag hineinfiel, der also im Sinne der Kurzdefinition mit dem Bau von [...] erwirtschaftet wurde. Konsequenterweise differenziert das Formblatt zwischen dem „Gesamtauftragswert“, Ziffer 7 des Formblattes 17, bei welcher der komplette Auftragswert anzugeben war, und dem „projektbezogenen Umsatz“, Ziffer 8 des Formblattes, bei der die mit dem Stahlträgerbau erwirtschafteten und für die Bewertung der Referenz allein relevanten Umsatzbestandteile anzugeben waren.

Auf entsprechende Nachfrage – Bewerberfrage 8 – hat die Ag dies nochmals zusätzlich und ganz explizit erläutert. Danach ist der projektbezogene Umsatz der

Wert des Vertrags, „bereinigt um die Vergütung für Leistungen, die nicht Gegenstand der geforderten Referenz (Betrieb eines [...]) sind“. Im Klammerzusatz wird auf die konkrete Fragestellung hin die Referenzkategorie 5.6.2 in Bezug genommen, sodann aber darauf hingewiesen, dass die Beantwortung analog u.a. für die Referenzkategorie 5.6.4 gilt. Projektbezogener Umsatz ist danach ganz klar ausschließlich die Vergütung für Leistungen, die Gegenstand der jeweiligen Referenz sind, hier also [...].

Die ASt ging dagegen davon aus, Bezugspunkt für „Projekt“ sei ihre eigene Referenz im Sinne ihres Referenzauftrags aus der Vergangenheit. Dementsprechend hat sie alle Umsätze, die sie mit ihrem Referenzauftrag erzielt hat, als „projektbezogen“ ausgewiesen, unabhängig davon, mit welcher Art von Leistung dieser Umsatz erzielt worden war. Dieses Verständnis ergibt sich aus ihrer Antwort vom 6. August 2017 auf das erste Aufklärungsersuchen der Ag, in der die ASt ausführt, sie habe die Vorgaben dahingehend verstanden, dass sämtliche Leistungen im Sinne eines schlüsselfertigen Produkts für den projektbezogenen Umsatz anzugeben seien. Ebenso wird dieses Verständnis dadurch belegt, dass die ASt in allen Referenzen 17.1 bis 17.7 beim „Gesamtauftragswert“ und beim „projektbezogenen Umsatz“ den identischen Umsatz ausgewiesen hat.

Die ASt ist ein fachkundiges Unternehmen, deren Eignung für die Ausführung des streitgegenständlichen Auftrags nicht in Frage steht und die auch im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs durch die Ag festgestellt wurde, denn die ASt hat nicht nur die Mindestbedingungen erfüllt, sondern auch 38 von 39 möglichen Bewertungspunkten erzielt. Sie prägt den objektiven Empfängerhorizont, an den sich die Teilnahmebedingungen richten und aus dessen Sicht die Vergabeunterlagen auszulegen sind, mit. Dennoch lässt sich die Verständnisvariante, die die ASt dem Begriff „Projekt“ beimisst, nicht mit den Vorgaben der Ag in Einklang bringen. Wäre jeweils der gesamte Referenzauftrag als „Projekt“ anzusehen, so wäre die Differenzierung im Formblatt 17 zwischen „Gesamtauftragswert“ und „projektbezogenem Umsatz“ nicht erforderlich und ergäbe keinen Sinn, denn beides wäre zwangsläufig identisch. Die ASt ergänzt im Nachprüfungsverfahren ihr Verständnis von den Vorgaben dahin, dass Umsatzanteile, die auf Leistungsteile ohne jeden Zusammenhang und eher am Rande mit dem streitgegenständlichen Auftrag anfallen, wie fiktiv [...] herauszurechnen seien und nicht dem

projektbezogenen Umsatz zuzurechnen seien. Also war auch aus ihrer Sicht eine grundsätzliche Differenzierung geboten. Angesichts dieser Erkenntnis, vermittelt durch die Differenzierung zwischen Gesamtauftragswert und projektbezogenem Umsatz, zusammengenommen mit der eindeutigen Bezugnahme im Formblatt 17 auf [...] kann auch aus dem objektiven Empfängerhorizont heraus nicht angenommen werden, dass zwar einerseits nicht alle Leistungen des Referenzauftrags und die Umsätze hierfür als projektbezogen gelten, aber andererseits doch weitere Leistungen als [...]. Es erschließt sich nicht, wieso bei dem Grundverständnis einer Ausklammerung „artfremder“ Leistungsumsätze aber dennoch weitere Umsätze neben dem Stahlträgerbau Berücksichtigung finden sollen; es sind dann eben alle anderen Leistungen als der [...] „artfremd“ im Sinne der Referenzkategorie 5.6.4. Die Argumentation der ASt ist in sich nicht schlüssig und kann bei objektivem Verständnis ihre Auslegungsvariante nicht stützen.

cc) Dies leitet über zu der Frage, ob die konkreten Leistungspositionen, die von der Ag aus dem in 17.3 angegebenen projektrelevanten Umsatz ausgenommen wurden, zu Recht nicht berücksichtigt wurden. Dies ist der Fall, da es sich dabei nicht um Leistungspositionen handelt, die „*Planung, Bau und Errichtung von [...]*“ betreffen. Weder die [...] noch die Demontageleistungen sind projektbezogen im Sinne des Referenzblocks 5.6.4 bzw. des Formblatts 17.

(1) Die Lieferung und die Montage von [...] hat nichts mit [...] zu tun, auch wenn [...] teilweise und auch im vorliegenden Kontext gerade dafür errichtet werden, derartige Komponenten daran zu befestigen. Selbstverständlich erfolgt die Errichtung von [...] stets zu einem Zweck, deren Errichtung dürfte – mit Ausnahme von wie auch immer gearteten Kunstobjekten aus [...] falls es solche geben sollte – nie zum Selbstzweck geschehen. Der Hinweis der ASt auf diese Zusammenhänge, wonach [...] stets einem Zweck dienen, kann aber nicht dazu führen, dass die auf die Realisierung dieses Zwecks bezogenen Umsatzanteile automatisch dem auf den [...] begrenzten Referenzbereich zuzuordnen sind. Die dienende, einem weiterführenden Zweck untergeordnete Funktion von [...] hat nicht zur Folge, dass der Wert der zu montierenden Komponenten im Sinne einer „Infizierung“ nun ebenfalls als Bau von [...] anzusehen wäre. Wenn die ASt sich insoweit auf die von der Ag verwendete Begrifflichkeit „betreffen“ bezieht und daraus in der Sache ableitet, dass die [...] in einem weiteren Sinn auch den [...]

betreffen, so lässt sich das in Einklang bringen mit ihrem eigenen Begriffsverständnis von Projekt im Sinne ihres früheren Auftrags, der auch die Lieferung und Montage dieser Komponenten beinhaltete; die Ag hat mit „betreffen“ jedoch eindeutig nicht nur einen losen Zusammenhang zu dem [...] hergestellt, sondern wollte an dieser Stelle ausschließlich die Umsätze mit dem Bau etc. von [...] ausgewiesen bekommen. Es fragt sich, welche Begrifflichkeit die Ag alternativ zu „betreffen“ hätte wählen können oder sollen, um ihre Intention noch klarer zu machen. Die Ag hat hier positiv definiert, was sie an dieser Stelle abfragt; die Ansicht der ASt, die Ag hätte negativ abgrenzen müssen, was sie nicht als projektrelevant ansieht, könnte nur dann zutreffen, wenn die [...] eigentlich dem [...] zuzurechnen wären, dann aber im Sinne einer Rückausnahme doch nicht gelten sollten. Eine negative Abgrenzung in dem Sinne, was alles nicht gelten soll, ist weder geboten noch wäre das in der Praxis leistbar, denn die Ag kann im Vorhinein nicht wissen, welche Leistungsbestandteile die von den Bewerbern angeführten Referenzaufträge beinhalten und welche sie somit konsequent im Sinne der Auffassung der ASt explizit hätte ausschließen müssen.

Sehr deutlich wird die Begrenzung auf den [...] im Block 5.6.4 mittels der Gesamtschau, denn die Ag hatte vier Referenzblöcke gebildet. Die [...] waren richtigerweise dem eigens hierfür vorgesehenen Referenzblock 5.6.1 mit Formblatt 14 zuzuordnen, der sich auf Referenzprojekte zur Entwicklung, Beschaffung oder Integration von [...] bezog. Es fragt sich, welchen Sinn eine spezielle Referenzkategorie für die [...] haben sollte, wenn diesbezügliche Umsätze auch dem [...] hätten zugeordnet werden können. Die Ag hat unmissverständlich vier differenzierte Referenzkategorien vorgegeben, so dass die Bewerber nicht befugt waren, alle möglicherweise relevanten Umsätze beliebig zuzuordnen; sie hatten im Gegenteil differenzierte Umsatzzuweisungen im Sinne einer Aufteilung auf die Referenzkategorien vorzunehmen, wenn eine Referenz Umsätze generierte, die thematisch für mehrere Referenzkategorien relevant waren.

Der Umstand, dass eines der beiden, für die Mindestbedingungen erforderlichen Referenzprojekte die Anbindung der [...] an Strom- und/oder Datennetze aufweisen musste, hat ebenso wenig zur Folge, dass der Wert der [...] nebst Montage der Referenz [...] zuzuordnen ist. Die Ag hat die Anbindung an diese

Netze durch Klammerzusatz dahin definiert, dass darunter Planung und Erstellung der entsprechenden Leitungsverlegung zu verstehen ist; nur die Vergütung für diese Leistungsbestandteile zählen zum projektbezogenen Umsatz. Die Argumentation, wonach die [...] eine feste Einheit mit dem [...] bilden und angesichts der Anbindung an Daten-/Stromleitungen zwangsläufig zum Projekt gehören, verfängt vor diesem Hintergrund nicht, ganz abgesehen davon, dass die [...] nicht zum festen Bestandteil der Brücken werden dürften.

- (2) Auch die Demontage von [...], die Bestandteil der Referenz 17.3 der ASt ist, ist nicht im Sinne der Referenzkategorie 5.6.4, Formblatt 17 projektbezogen. Zwar ist die Sachnähe zum [...] diesbezüglich deutlich enger als bei den [...], so dass der Entscheidung, ob die Demontage als projektrelevant anzusehen ist, für die ASt eine große Bedeutung zukommt: Auch wenn ausschließlich die demontagebezogenen Leistungspositionen ihrer Referenz berücksichtigt würden, würde sie anhand ihrer Berechnungen, die auf die Akteneinsicht und die dort offen gelegte Auswertung des Referenzleistungsverzeichnisses durch die Ag zurückgeht, die für die Erfüllung der Mindestbedingungen nötige Grenze von EUR 2,5 Mio. projektbezogenen Umsatzes überschreiten. Die Referenz 17.3 würde dann zum Nachweis der Mindestbedingungen dienen können, die Referenz 17.5 wäre wieder frei als Punktereferenz. Auch das Argument der ASt überzeugt, wonach bestimmte Erfahrungen des Bewerbers und des von ihm einzusetzenden Personals, die für die Errichtung von [...] notwendig sind, auch bei der Demontage gewonnen werden können, so beispielhaft die Vermeidung von [...] und die Höhentauglichkeit.

Die Ag ist aber bereits aus Gleichbehandlungsgründen verpflichtet, ihre eigenen Vorgaben exakt einzuhalten. Demontage ist das Gegenteil von dem hier geforderten Bau und der Errichtung; Demontage einschließlich der zugehörigen Leistungen wie z.B. Entsorgung von Erdaushub ist Ab-, nicht Aufbau. Ebenso wenig kann die Demontage gleichgesetzt werden bzw. als Alternative angesehen werden mit der Beschaffung von Material. Eine Referenz ist vielmehr so, wie der Altauftrag tatsächlich ausgestaltet war, zu werten, und hier war die in dem Referenzauftrag der ASt [...] vor der Umsetzung Eigentum des damaligen Auftraggebers als auch nach der Umsetzung dessen Eigentum; eine diesbezügliche Materialbeschaffung durch die ASt als Auftragnehmer fiel nicht an,

die Demontgearbeiten dürfen nicht fiktiv in eine alternative Materialbeschaffung umgedeutet werden. Wenn die ASt eine Materialbeschaffung für [...] Rahmen des Referenzblocks 17.3 hätte in Ansatz bringen wollen, so hätte sie eine Referenz wählen und anbieten müssen, die eine Materialbeschaffung beinhaltet. Dies wäre der ASt auch ohne weiteres möglich gewesen, denn die Ag hatte die Anzahl der Referenzen, welche ein Bewerber vorlegen durfte, nicht begrenzt; die ASt hätte somit problemlos weitere Altaufträge benennen können und – entsprechend der Antwort der Ag auf Bewerberfrage Nr. 52 – die Ag hätte auch alle Referenzen in der angegebenen Reihenfolge durchgeprüft sowie die gegebenenfalls passenden Referenzen ihrer Bewertungsentscheidung zugrunde gelegt. Ein „Mehr an Bewerberfreundlichkeit“ ist an dieser Stelle nicht denkbar. Würde die Ag dagegen Abbauleistungen als projektrelevanten Umsatz akzeptieren, so würde sie zulasten der anderen Bewerber, die sich an die vorgegebene Definition des Referenzprojekts gehalten haben, über den Wortlaut ihrer eigenen Vorgaben hinausgehen. Schon aus diesem Gesichtspunkt heraus war die Nichtberücksichtigung der abbaubezogenen Leistungsteile richtig.

Hinzu kommt die wichtige Überlegung, dass es mit dem vorliegenden Teilnahmewettbewerb nicht nur darum geht, die Eignung generell nachzuweisen. Der Teilnahmewettbewerb hat hier vielmehr den weiterführenden Zweck, eine Auswahl unter den Bewerbern zu treffen, wenn sich mehr als drei Bewerber als grundsätzlich geeignet qualifizieren; es sollen nur die drei besten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Es geht folglich darum, eine abgestufte Eignungsprüfung im Sinne eines „Mehr an Eignung“ durchzuführen. Grundsätzlich ist die Berücksichtigung eines „Mehr an Eignung“ nicht zulässig, die Eignungsprüfung endet mit „geeignet“ oder „nicht geeignet“. Der Teilnahmewettbewerb stellt eine Ausnahme dar; hier ist eine vergleichende und bewertende Eignungsprüfung nicht nur zulässig, sondern geboten. Ein Losentscheid zwecks Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern kommt – so wie vorliegend vorgesehen – nur dann in Betracht, wenn eine bewertende Eignungsprüfung zu dem Ergebnis führt, dass mehr Bewerber als die zur Angebotsabgabe aufzufordernde Anzahl sich als gleich geeignet qualifizieren. Es geht also darum, im Teilnahmewettbewerb zu differenzieren und herauszufiltern, welcher Bewerber als geeigneter anzusehen ist, und zwar auf der Basis der Vorgaben, die der Auftraggeber hierfür aufgestellt hat. Es wäre vor diesem

Hintergrund auch abgesehen von Gleichbehandlungsaspekten nicht zielführend, wenn die Ag ihre eigenen Vorgaben zugunsten eines Bewerbers überdehnen würde und, auf den vorliegenden Fall bezogen, eine Demontage unter „Bau und Errichtung“ subsumieren würde. Denn es geht bei dem zu vergebenden Auftrag um Aufbau. Aufbauleistungen sind somit vollständig deckungsgleich mit den hier zu vergebenden Arbeiten und damit „am vergleichbarsten“ im Sinne eines „Mehr an Eignung“ im Teilnahmewettbewerb, wohingegen die „Demontage“ – wenn auch sachnäher als die Lieferung der sub (1) behandelten [...] – definitiv weniger vergleichbar ist. Auch aus dem Sinn und Zweck des Teilnahmewettbewerbs heraus war die Ag in der Pflicht zu differenzieren und denjenigen Umsatz, der sachlich vom hiesigen Auftrag entfernt ist, nicht zu berücksichtigen. Dieser Pflicht ist die Ag mit der Bereinigung des von der ASt ausgewiesenen projektbezogenen Umsatzes um die Demontageleistungen nachgekommen.

- (3) Um welche Leistungspositionen die Ag den projektbezogenen Umsatz, den die ASt in Referenz 17.3 entsprechend ihres oben dargelegten Verständnisses von „Projekt“ deckungsgleich mit dem Gesamtumsatz ausgewiesen hat, konkret bereinigt hat, hat die Ag sorgfältig und übersichtlich in der Excel-Tabelle mit Stand vom 16. August 2017 *„Anhang 1 zu Bewerber 3; Formblatt 17; Projekt Nr. 3: Aufstellung aller Abgrenzungs-relevanten Positionen aus der vom Bewerber mit Schreiben vom 6.8.2017 bereitgestellten Begleitdokumentation/Leistungsverzeichnis (...)“* (Anm. der Vergabekammer: Benennung des Referenzprojekts der ASt, Geschäftsgeheimnis) in Ordner 2. der Vergabeakte aufgearbeitet. Dort wurde für jede exakt bezifferte Position eine Zuordnung z.B. zu *„Demontage/Rückbau“*, zu [...] oder zu [...] vorgenommen, und zwar in einer Spalte *„von [...] nach 1. Aufklärung abgegrenzt“*, in einer zweiten Spalte *„nach 2. Aufklärung noch zusätzlich abzugrenzen“*. Soweit die Ag die Leistungen als projektbezogen angesehen hat, wurde grün hinterlegt „ok“ vermerkt.

Diese Excel-Tabelle wurde der ASt im Wege der Akteneinsicht zugeleitet, welche die ASt am 2. Oktober 2017 erhalten hat. Soweit die ASt ein Defizit in Bezug auf die Aufklärungsschreiben insoweit sieht, als diese nach Meinung der ASt eine Konkretisierung vermissen ließen, welche Umsätze als nicht projektrelevant anzusehen seien, so hat die ASt jedenfalls und spätestens im Rahmen der Akteneinsicht über die genannte Excel-Tabelle eine exakte und detaillierte



Aufschlüsselung erhalten. Die ASt hat die von der Ag vorgenommenen Zuordnungen nicht im Einzelnen in dem Sinne problematisiert, dass konkrete Positionen fehlerhaft zugeordnet worden seien; die Tabelle in sich wurde nicht beanstandet. Es verbleibt somit bei dem grundlegenden Aspekt, ob [...]Demontagearbeiten generell dem projektbezogenen Umsatz hinzuzurechnen sind oder nicht.

- c) Soweit insbesondere die Bg zu 2) und zu 3) den Ausschluss der ASt gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 8 bzw. Nr. 9 GWB thematisiert haben, hat die Ag hierüber (bislang) nicht befunden, so dass es keine Grundlage für eine diesbezügliche Befassung der Kammer gibt.

### III.

Die Kostenentscheidung basiert auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB. Danach hat die ASt als unterliegende Partei die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, ebenso wie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 2) und der Bg zu 3) sind aus Billigkeitsgründen ebenfalls der ASt aufzuerlegen. Die ASt hat zu allen Bg einen direkten Interessengegensatz hergestellt, da sie die Tauglichkeit von deren Referenzen pauschal bestritten hat. Die Bg zu 1) hat in der Sache jedoch nicht vorgetragen und auch keine Anträge gestellt, so dass sie kein Kostenrisiko auf sich genommen hat und daher keinen Aufwendungsersatz beanspruchen kann. Anders bei der Bg zu 2), die das Verfahren mit Sachvortrag wesentlich gefördert sowie Anträge gestellt hat, sowie bei der Bg zu 3), die das Verfahren durch Parteivortrag wesentlich gefördert hat.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. Es handelt sich um ein wichtiges und exponiertes Beschaffungsvorhaben der Ag, die im durch kurze Fristen geprägten Nachprüfungsverfahren äußerst schnell reagieren musste. Dies lässt die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten als notwendig erscheinen. Hinzu kommt der Aspekt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt. Diese Überlegungen gelten in gleicher Weise für die Bg zu 2) und die Bg zu 3), die als Bieterunternehmen das Vergaberecht

ohnehin nicht beherrschen müssen. Hinzu kommt der Aspekt, dass beide Bg ausländische Unternehmen sind.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.