



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 20/18

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Rönnauf auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 2018 am 28. März 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird teilweise als unzulässig verworfen und, soweit er zulässig ist, zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin war nicht notwendig.

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen die Verneinung ihrer Eignung durch die Antragsgegnerin (Ag), weil die Ag zu Unrecht eine eigene Referenz der ASt sowie Referenzen ihres Nachunternehmers nicht akzeptiert habe.

1. Die Ag veröffentlichte am [...] eine EU-weite Auftragsbekanntmachung für ein offenes Verfahren zur Vergabe von Arbeiten [...]. Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen umfangreiche Erdbauarbeiten [...] mittels Fallgewichtsverdichtung (FGV) im Umfang von ca. 1,182 Mio. m<sup>3</sup>.

Nach Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung forderte die Ag zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit Folgendes:

*„ Folgende Nachweise/Angaben hat der Bieter mit dem Angebot einzureichen:*

- *Prüfbare Referenzen (nach Art und Umfang) der letzten 5 Kalenderjahre, die mit der zu vergebenden Bauleistung vergleichbar sind.*

...

*Folgende Nachweise/Angaben/Unterlagen hat der Bieter auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle einzureichen:*

- *Eignungsnachweise/Referenzen Nachunternehmer;*
- *Formblatt 236 – Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen*

...

*Möglicherweise geforderte Mindeststandards:*

*Prüfbare Referenzen für folgende Teilleistungen:*

- ...

- *Mindestens 1 FGV-Leistung (Fallgewichtsverdichtung) in den letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahren mit einer Fallhöhe von mindestens 10m und einem Fallgewicht von mindestens 10 Tonnen.*

- ...“

Die ursprünglich auf den 22. November 2018 festgesetzte Angebotsfrist verlängerte die Ag nach verschiedenen Bieterfragen auf den 11. Januar 2018.

ASt und Beigeladene (Bg) gaben fristgemäß Angebote ab. Die ASt fügte ihrem Angebot keine Nachweise für Referenzen bei. Das Angebot der ASt lag nach dem Submissionsprotokoll vom 11. Januar 2018 auf dem ersten Rang, das Angebot der Bg auf Rang 2.

Das Angebot der Bg enthielt eine Auflistung von drei speziellen Referenzen für FGV-Leistungen, für die die Ag als Referenzbeauftragte angegeben war. Die Referenzen enthielten u.a. Angaben zum Ausführungszeitraum, zwei davon gelegen zwischen 2011 und 2012, sowie zum eingesetzten Fallgewicht, nicht aber zur Fallhöhe.

Mit Schreiben vom 12. Januar 2018 forderte die Ag die ASt auf, u.a. folgende Unterlagen nachzureichen:

- „- *Prüfbare Referenzen (nach Art und Umfang) der letzten 5 Kalenderjahre, die mit der zu vergebenden Bauleistung vergleichbar sind.*
- *Geforderte Mindeststandards: Prüfbare Referenzen für folgende Teilleistungen:*
  - ...
  - *Mindestens 1 FGV-Leistung ... in den letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahren mit einer Fallhöhe von mindestens 10m und Fallgewicht von mindestens 10 Tonnen.*
  - ...
- *Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen (Formblatt 236)*
- *Eignungsnachweise/Referenzen Nachunternehmer.*
- ...“

Mit Schreiben vom 18. Januar 2018 übermittelte die ASt der Ag fristgemäß eine Reihe von Unterlagen, darunter u.a. Folgendes:

- Eine Eigenreferenz für den Leistungsbereich FGV betr. das Projekt [...] als Ausführungszeitraum war der Zeitraum Dezember 2017 bis Februar 2018 angegeben (im Folgenden: FGV-Eigenreferenz [...]). Die Arbeiten sollten bis zum 16. März 2018 abgeschlossen sein.
- Eine Eigenreferenz der von der ASt mit Schreiben vom 18. Januar 2018 u.a. für die FGV-Leistungen namentlich benannte Nachunternehmerin [...] in Form einer Referenzliste. Die Referenzliste enthielt u.a. Angaben zu zwei Referenzprojekten [...], für die als Ausführungszeitraum 2010 bis 2012 bzw. 2012 angegeben und für deren Ausführung das

Unternehmen [...] benannt wurde. Für das Projekt [...] waren Angaben zum Fallgewicht enthalten, die den geforderten Vorgaben entsprachen, Angaben zur Fallhöhe fehlten. Für das Projekt Hagenwerder waren zu Fallhöhe und Fallgewicht keine Angaben in der Referenzliste enthalten. Als Bauherr dieser beiden Referenzaufträge nannte die Referenzliste die Ag. Ein weiteres Referenzprojekt dieser Liste wurde nach den Angaben für einen weiteren Auftraggeber im Zeitraum 2011/2012 erbracht; hierzu enthielt die Referenzliste als Angabe zum ausführenden Unternehmen den Namen des von der [...] ebenfalls benannten Projektleiters als „Bauleiter für Fallgewichtsverdichtung“; Angaben zu Fallhöhe und Fallgewicht fehlten.

Zusätzlich zur Referenzliste legte die Ag eine Eigenerklärung „Projekte Fallgewichtsverdichtung“ der [...] vor. Darin enthalten war die Erklärung, dass zu den in der Projektliste enthaltenen Angaben keine projektbezogenen Kontaktdaten mehr angegeben werden könnten, da das ausführende Unternehmen „durch Konkurs erloschen“ sei. Des Weiteren wurden die Kontaktdaten des Projektleiters der Nachunternehmerin angegeben, mit dem Zusatz „Beschäftigungsverhältnis besteht“, sowie verantwortliches Aufsichtspersonal namentlich benannt.

Bei der [...] handelt es sich um die ehemalige [...]. Das Handelsregister B des Amtsgerichts [...] weist für dieses Unternehmen aus, dass durch Beschluss des Amtsgerichts [...] ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde und durch Beschluss des Amtsgerichts [...] das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet und diese aufgelöst wurde (Eintrag im Handelsregister B des Amtsgerichts [...]).

Zur FGV-Eigenreferenz Tagebau [...] der ASt übermittelte die Ag am 25. Januar 2018 eine Anfrage an die von der ASt hierzu benannte Referenzgeberin, die [...], worin sie um eine Bestätigung der Eigenreferenz der ASt bat und um eine Erklärung, ob die Arbeit „*qualitätsgerecht ausgeführt wird/wurde*“. Diese antwortete der Ag am 29. Januar 2018 und teilte mit, die ASt habe im Jahr 2017 keine FGV im besagten Projekt ausgeführt. Die Arbeiten seien vielmehr erst am 25. Januar 2018 begonnen worden. Vor Abschluss der Arbeiten könnten keine Referenzen gegeben werden.

Am 29. Januar 2018 dokumentierte die Ag das Ergebnis der Eignungsprüfung zur ASt in einem eigenen Vermerk und stellte u.a. fest, dass der geforderte Mindeststandard einer FGV-Leistung in den letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahren mit einer Fallhöhe

von mindestens 10m und Fallgewicht von mindestens 10 Tonnen nicht erfüllt ist. Als Grund hielt die Ag unter Hinweis auf die Antwort der Referenzgeberin der ASt vom 29. Januar 2018 fest, die ASt sei *„mangels Referenz bezüglich einer FGV im abgeschlossenen Kalenderjahr 2017 nicht geeignet und daher auszuschließen.“* Die [...] habe zur angegebenen FGV-Referenz im Tagebau [...] angegeben, die Arbeiten hätten erst am 25. Januar 2018 begonnen. Die ASt sei daher mangels Referenz einer FGV im Jahr 2017 nicht geeignet und daher auszuschließen.

Ebenfalls am 29. Januar 2018 dokumentierte die Ag das Ergebnis der Eignungsprüfung zur Bg und stellte u.a. fest, dass die geforderten Mindeststandards für mindestens eine FGV-Leistung im Sinne der Auftragsbekanntmachung erbracht worden sei. Zu zwei der von der Bg mit ihrem Angebot benannten FGV-Referenzen, für die die Ag als Referenzauftraggeberin angegeben worden war, vermerkte die Ag ihre Vertragsnummer und die Fallhöhe. Die Fallhöhe sowie die von der Bg gemachten Angaben zum Fallgewicht entsprachen den Vorgaben für die Mindeststandards unter Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung.

In einem Vermerk zur Angebotsprüfung vom 1. Februar 2018 dokumentierte die Bedarfsstelle der Ag zu der Eigenreferenz Tagebau [...], die Maßnahme der ASt sei zwar noch nicht abgeschlossen, dies sei aber grundsätzlich unschädlich, da in der Auftragsbekanntmachung nicht die Vorlage einer abgeschlossenen erfolgreichen FGV-Maßnahme gefordert worden sei. Die Nachfrage bei der [...] habe aber ergeben, dass die ASt in 2017 im Tagebau [...] keine FGV ausgeführt habe. Die Arbeiten der referenzierten Baumaßnahme würden erst am 25. Januar 2018 begonnen und eine Referenz nicht vor Abschluss der Arbeiten bestätigt werde. Zur Referenzliste der [...] enthielt der Vermerk den Hinweis auf eigene Recherchen der Ag zu den referenzierten Aufträgen der [...]. Zu [...] habe nur ein Vertrag „FGV [...]“ recherchiert werden können, der bereits 2010 schlussgerechnet worden sei. Zur Referenz [...] seien keine relevanten Angaben ermittelbar gewesen. Diese Rechercheergebnisse finden sich auch handschriftlich notiert auf einer Kopie der „Referenzliste Fallgewichtsverdichtung“ der [...], die dem Vermerk der Bedarfsstelle bzw. dem Vergabevermerk anhängt. Hierauf wird im Einzelnen Bezug genommen.

In ihrem Vergabevermerk vom 5./7. Februar 2018 dokumentierte die Ag unter Ziff. 3.3 abschließend zusammenfassend das Ergebnis der Eignungsprüfung u.a. der ASt und ord-

nete diese als „nicht geeignet“ ein. Hinsichtlich der Eigenreferenz der ASt zum Leistungsbereich FGV (Projekt [...]) sei durch die Referenzgeberin bestätigt worden, dass im Jahr 2017 noch keine FGV-Arbeiten am benannten Projekt ausgeführt worden seien. Mit diesen sei vielmehr erst am 25. Januar 2018 begonnen worden. Daher sei die entsprechende Referenz der ASt ungeeignet.

Im Vergabevermerk dokumentierte die Ag ebenfalls im Hinblick auf die Referenzen der Nachunternehmerin der ASt, der [...], es verblieben lediglich drei Referenzprojekte als potentieller Nachweis für die FGV-Leistung innerhalb des fünfjährigen Referenzzeitraums. Hinsichtlich zweier Projekte [...] berufe sich die [...] auf Aufträge der [...]. Insofern sei aus den vorgelegten Erklärungen der [...] nicht ersichtlich, dass die Aufträge durch das Personal der [...] durchgeführt worden seien. Darüber hinaus habe die Ag in ihrer SAP-Datenbank nach Verträgen mit der [...] als Auftragnehmerin oder Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft gesucht. Es sei festgestellt worden, dass es mit Stand Dezember 2011 keine laufenden Verträge mit dem Leistungsspektrum FGV gegeben habe und ab diesem Zeitpunkt auch keine weiteren Verträge mit der [...] geschlossen worden seien. Die vorgelegten Referenzen für die Projekte [...] und [...] seien daher unzutreffend bzw. ungeeignet.

Der Vergabevermerk empfahl abschließend den Zuschlag an die Bg.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2018 teilte Ag der ASt mit, das Angebot der ASt werde ausgeschlossen, da geforderte Nachweise weder im Angebot enthalten gewesen seien noch auf Anforderung rechtzeitig vorgelegt worden seien. Der Zuschlag solle am 27. Februar 2018 an die Bg erteilt werden.

Die ASt rügte ihren Ausschluss mit anwaltlichem Schreiben vom 21. Februar 2018. Mit ihrer Rüge legte sie ein Schreiben der von ihr benannten Nachunternehmerin [...] vom 21. Februar 2018 vor, dem wiederum die bereits erwähnte Referenzliste in einer ergänzten Fassung beilag. Diese Liste enthielt nunmehr zusätzlich Angaben zu dem Aufsichtspersonal der [...], das bereits in der Referenzdarlegung benannt war, das die ASt mit ihrem Schreiben vom 18. Januar 2018 übermittelt hatte. Diese zusätzlichen Angaben legen dar, dass die in der Referenzliste der [...] aufgeführten Referenzprojekte, für die überwiegend die [...] als ausführendes Unternehmen angegeben war, im Einzelnen von dem benannten [...] -Aufsichtspersonal durchgeführt worden ist.

Die Ag wies die Rüge der ASt mit Schreiben vom 22. Februar 2018 zurück. Darin führt die Ag u.a. aus, bei Angebotswertung habe es an einem Nachweis gefehlt, aus dem klar ersichtlich gewesen sei, dass das in der Referenzliste der [...] genannte Aufsichtspersonal die in der Liste aufgeführten Referenzaufträge der [...] durchgeführt hat. Die Ag sei zu weiteren Aufklärungsmaßnahmen nicht verpflichtet. Die Ag führt an, das Wettbewerbsergebnis wäre verfälscht gewesen, wenn nochmals Aufklärung darüber verlangt worden wäre, die nachgereichte Referenzliste durch zusätzliche Erklärungen zu ergänzen, inwieweit auf dasselbe Personal zurückgegriffen werde. Die mit der Rüge der ASt übermittelten Erklärungen und Nachweise wäre von der ASt auf die erste Nachforderung einzureichen gewesen.

2. Die ASt hat mit anwaltlichem Schreiben vom 23. Februar 2018, eingegangen bei der Vergabekammer per Telefax am selben Tag, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Die Vergabekammer hat diesen Antrag der Ag am 26. Februar 2018 übermittelt.
  - a) Die ASt hat ihren Vortrag aus dem Nachprüfungsantrag mit anwaltlichem Schreiben vom 12. März 2018 ergänzt und vertieft. Sie hält ihren Ausschluss für vergaberechtswidrig. Sowohl die Eigenreferenz der ASt zum [...] als Nachweis für den Leistungsbereich FGV als auch die der Nachunternehmerin [...] zu Referenzprojekten betr. den Leistungsbereich FGV seien zu Unrecht nicht berücksichtigt worden.
    - Hinsichtlich der FGV-Eigenreferenz [...] seien die maßgeblichen Tätigkeiten von der ASt bereits im Dezember 2017 ausgeführt worden. Es sei zwar richtig, dass die im Referenzauftrag beauftragte Serienverdichtung erst ab dem 25. Januar 2018 begonnen worden sei. Die Ag sei allerdings unzutreffend davon ausgegangen, dass mit dem gesamten Referenzauftrag erst zu diesem Zeitpunkt begonnen worden sei. Bereits im Dezember 2017 habe die ASt mit maßgeblichen vorbereitenden Arbeiten begonnen, die für die Beurteilung der Referenz ausschlaggebend seien. Die ASt habe im Dezember 2017 neben dem für diesen Referenzauftrag benötigten Fallgewicht auch den 90t Bagger angeliefert und aufgebaut. Ebenso sei die erforderliche Technik zur Erfassung der Prozessdaten der Fallgewichtsverdichtung eingebaut, kalibriert und getestet worden. Dies beziehe die Erfassung von Fallhöhe, Fallgeschwindigkeit, Zahl der Schläge sowie Ort und Uhrzeit ein. Die Aufschlagpunkte seien generiert und in die zuvor installierte GPS-Steuerung der Maschine integriert worden. Auch seien Tests erfolgt und der Untergrund sei durch Bodenaustausch und Bekiesung für das Befahren mit dem

schweren Trägergerät vorbereitet worden. Schließlich habe die ASt erste Verdichtungswürfe durchgeführt.

- Die Ag gehe fälschlich davon aus, die Referenzleistung müsse bereits abgeschlossen sein. Dies gehe aber weder aus der Auftragsbekanntmachung hervor noch sei dies bei Referenzen generell geboten.
- Schließlich müsse die Leistungsfähigkeit erst zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung bestehen, was hier der Fall sei. Das Ziel der Verdichtungswürfe im benannten Referenzprojekt sei erreicht worden, was sich aus dem als Anlage ASt 12 vorgelegten Protokoll zum Verdichtungsnachweis zum benannten Referenzprojekt ergebe. Jedenfalls aber sei der Ag eine Prognoseentscheidung auf der Grundlage der zum Referenzprojekt [...] schon im Dezember 2017 vorgenommenen vorbereitenden Arbeiten möglich.
- Schließlich sei die Referenz für die FGV-Leistung zum [...] auch mit den zu vergebenden Bauleistungen vergleichbar.
- Die Nichtberücksichtigung der in der Referenzliste der Nachunternehmerin [...] benannten Referenzprojekte sei ebenfalls vergaberechtswidrig. Die Liste enthalte drei Projekte mit Ausführungs-/Abschlusszeitraum 2012, die somit ausgehend vom ursprünglichen Angebotstermin von dem in der Auftragsbekanntmachung vorgegebenen bis zu fünf jährigen Referenzzeitraum umfasst seien. Dies betreffe die für die Ag ausgeführten Referenzprojekte [...] sowie das für einen anderen Bauherrn ausgeführte [...], das als Referenz des für das streitgegenständliche Projekt vorgesehenen und benannten Bauleiters angegeben worden sei. Diese Projekte seien zeitlich in jedem Fall berücksichtigungsfähig, weil bereits die Beschränkung auf einen bis zu fünfjährigen Referenzzeitraum in der Auftragsbekanntmachung, so die ASt erstmals in ihrer anwaltlichen Stellungnahme vom 12. März 2018, vergaberechtswidrig zu kurz bemessen gewesen sei.
- Aus der von ihr eingereichten Referenzdarstellung ergebe sich letztlich, dass die in der Referenzliste genannten Projekte durch das in der Erklärung der [...] namentlich aufgeführte Personal ausgeführt worden seien. Aus dem ebenfalls benannten Umstand, dass die Projekte durch die insolvente [...] ausgeführt worden seien, sei zu entnehmen, dass das aufgeführte ausführende Personal von der [...] stamme. Die Referenzdarstellung ergebe zudem, dass das aufgeführte Aufsichtspersonal auch bei den in der Referenzliste benannten Referenzprojekten der [...] im Einsatz gewesen sei. Da damit Personenidentität zwischen der [...], die die Referenzprojekte ausgeführt

habe, und der ASt, die diese Referenzen benannt habe, bestehe, seien diese Referenzen zu berücksichtigen.

- Schließlich habe die Ag in ihrer Rügeantwort vom 22. Februar 2018 in der Sache bestätigt, dass die von der ASt weiter vorgelegten Unterlagen für einen Eignungsnachweis ausreichend seien.
- Letztlich habe die Ag vor einem Ausschluss der ASt bei ihr im Hinblick auf die vorgelegten Referenzunterlagen bestehende Zweifel über die Eignung der ASt aufklären müssen. Dies sei ohne Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot möglich gewesen.
- Soweit die Ag behaupte, die Angaben der Referenzliste seien unvollständig, weil entweder keine Angaben zu Fallhöhe bzw. Fallgewicht enthalten seien, sei dies unbeachtlich. Derartige Angaben seien weder nach der Auftragsbekanntmachung noch nach dem Aufforderungsschreiben vom 12. Januar 2018 für die Nachunternehmer zwingend beizubringen gewesen.
- Abschließend ist die ASt der Ansicht, eine Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter der Ag sei nicht notwendig, was im Einzelnen in der anwaltlichen Stellungnahme vom 12. März 2018 ausgeführt wird.

Die ASt beantragt:

1. Der Ag wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.
2. Die Ag wird verpflichtet, die Prüfung und Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten seitens der ASt wird für notwendig erklärt.
4. Die Ag trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens nebst der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt.

Des Weiteren beantragt die ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag wird für notwendig erklärt.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag in ihren anwaltlichen Stellungnahmen vom 5. und 20. März 2018 für unzulässig, soweit die ASt erst im Nachprüfungsverfahren einen zu kurzen Referenzzeitraum bemängelt habe. Mit diesem Vorbringen sei sie präkludiert. Denn dies habe sie nicht rechtzeitig vor Angebotsabgabe gerügt.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der ASt sei zu Recht nach § 16b VOB/A-EU iVm § 6 VOB/A-EU auszuschließen gewesen:

- Die FGV-Eigenreferenz [...] für den Leistungsbereich FGV belege nur die vorbereitenden Arbeiten im Dezember 2017. Die vertraglich geschuldete Leistung sei aber die Bodenverdichtung mittels Fallgewicht. Da die Referenzgeberin den Beginn dieser Leistung erst ab dem 25. Januar 2018 bestätigt habe und diese Arbeiten somit zum Zeitpunkt der Angebotswertung noch nicht abgeschlossen gewesen sei, erlaube die Referenz keinen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit der ASt. Die Ag habe auf dieser Grundlage keine positive Eignungsprognose zugunsten der ASt abgeben können.
- Schließlich sei diese Eigenreferenz der ASt auch mit der ausgeschriebenen Leistung nicht dem Umfang nach vergleichbar. Der von ihr benannte Referenzauftrag komme dem zu vergebenden Auftrag, der eine Oberflächenverdichtung für eine Fläche von 1,182 Mio. m<sup>3</sup> erfordere, nicht nahe.
- Von den Referenzen der Nachunternehmerin [...] fielen allenfalls die Projekte [...] in den fünfjährigen Referenzzeitraum, sofern man als Bezugspunkt auf das Datum der Angebotsabgabe abstelle. Diese Referenzen seien aus folgenden Gründen nicht berücksichtigungsfähig:
  - Die hier als ausführendes Unternehmen angegebene [...] habe die FGV-Leistungen tatsächlich nicht ausgeführt, daher seien die Angaben in der Referenzliste unrichtig.
  - Darüber hinaus fehlten für das Projekt [...] Angaben zur Fallhöhe und zum Umfang der ausgeführten FGV sowie für das Projekt [...] Angaben zu Fallgewicht, Fallhöhe und Umfang. Damit seien die Referenzen auch nicht prüfbar.
  - Schließlich seien diese Referenzen nicht unternehmensbezogene Referenzen der ASt, da die Aufträge von der [...] erbracht worden sein sollen. Soweit die ASt mit Schreiben vom 18. Januar 2018 Nachweise nachgereicht habe, sei daraus nicht ersichtlich gewesen, dass das zur Auftragsausführung benannte Aufsichtspersonal der Nachunternehmerin [...] identisch mit dem Personal der für die Referenzprojekte als ausführend genannten [...] gewesen sei. Zwar

habe die ASt in ihrem Rügeschreiben vom 21. Februar 2018 entsprechende Erklärungen nachgereicht. Diese habe die Ag allerdings nicht berücksichtigen dürfen, um nicht gegen die vergaberechtlichen Grundsätze nach § 97 Abs. 1, 2 GWB zu verstoßen. Eine Berücksichtigung der Angaben hätte nachträglich zu einer vergaberechtlich unstatthaften inhaltlichen Änderung/Ergänzung des Angebotes geführt.

- Auch eine Nachforderung der entsprechenden Angaben scheidet aus, weil die ASt ihre Referenzen ohnehin erst auf Nachforderung durch die Ag vorgelegt habe.
- c) Die mit Beschluss vom 26. Februar 2018 zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg stellt weder Anträge noch hat sie Ausführungen zur Sache gemacht.
3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 21. März 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Die Bg hat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage der Vergabekammer erklärt, dass der nach ihren internen Recherchen ermittelte Zeitpunkt für die Ausführung von FGV-Leistungen für den in der Referenzliste der [...] referenzierte FGV-Auftrag [...] im Jahr 2010 liegt. Ebenfalls hat die Ag erklärt, dass sie bei ihren internen Recherchen nach dem Projekt [...] die korrekte Schreibweise berücksichtigt habe. Man habe die Datenbanken der Ag, die vollständig seien, bis Ende 2012 durchsucht.

Die ASt hat mit nachgelassenem Schriftsatz vom 26. März 2018 auf die Stellungnahme der Ag vom 20. März 2018 erwidert. Hierzu hat sie in Ergänzung ihres bisherigen Vortrags ausgeführt, dass die Nichtberücksichtigung der Eigenreferenz [...] aus folgenden Gründen fehlerhaft sei:

- Die ASt meint, die Ag sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass die Referenz zum [...] allein deshalb unberücksichtigt geblieben ist, weil die ASt im Jahr 2017 dort keine FGV ausgeführt habe. Die ASt habe in 2018 FGV-Leistungen ausgeführt,

die zu berücksichtigen seien. Insbesondere seien die Probewürfe vor dem Beginn der Serienverdichtung als Fallgewichtungsverdichtungen zu beachten.

- Zudem sei die [...] auf die Anfrage der Ag unzutreffend davon ausgegangen, es sei um eine Referenz für einen abgeschlossenen Auftrag gegangen. Die Frage der Ag sei jedoch darauf gerichtet gewesen, ob die Arbeiten „qualitätsgerecht ausgeführt wird/wurde“. Vor diesem Hintergrund gehe die Ag selbst davon aus, auch eine laufende Referenz berücksichtigen zu können und sei zu einer klärenden Rückfrage bei der [...] verpflichtet gewesen.
- Schließlich habe die ASt bereits vor Auskunft der [...] am 29. Januar 2018 mit der Serienverdichtung begonnen. Daher dürfe die Eignung der ASt nicht versagt werden. Denn die Leistungsfähigkeit müsse zum Zeitpunkt der späteren Vergabeentscheidung bestehen.
- Die Ag habe außerdem den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, indem sie einerseits moniere, dass die ASt unvollständige Angaben zur Fallhöhe gemacht habe, während sie das Fehlen dieser Angaben bei der Bg nicht moniert habe. Das Vergabeverfahren müsse insofern zurückversetzt werden, damit die Ag die Eignungsprüfung der Bieter sachgerecht wiederholen könne.

Zu den Eigenreferenzen der Nachunternehmerin [...] hat die ASt ausgeführt, aus den Angaben der [...] gehe bereits hervor, dass die Aufträge der [...] der ASt zuzurechnen seien. Es seien alle Aufträge in der Liste zu berücksichtigen, da die Begrenzung des Referenzzeitraums auf 5 Jahre zu kurz bemessen sei. Jedenfalls komme es hinsichtlich des Referenzauftrages [...] aus dem Zeitraum 2010-2012 nicht auf den konkreten Ausführungszeitpunkt der FGV-Leistung an, sondern auf den Abschluss des Projektes. Da die [...] erst im Januar 2012 wegen Insolvenz aufgelöst worden sei, sei davon auszugehen, dass dieses Referenzprojekt erst mit Auflösung des Unternehmens abgeschlossen worden sei. Die Ag habe nicht belegt, dass dieses Projekt tatsächlich vorher beendet worden sei.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig (1.), aber, soweit zulässig, unbegründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

- a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Bauauftrag im Anwendungsbereich der VOB/A-EU – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2

GWB, die Vergabekammer des Bundes ist demnach gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB – wie in der Bekanntmachung korrekt angegeben - zuständig.

- b) Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Denn sie hat ein Angebot abgegeben, das preislich noch vor der Bg lag, und somit eine realistische Chance auf den Zuschlag gehabt, der ihr nach den von ihr behaupteten Vergaberechtsverstößen zu entgehen droht.
- c) Verstöße gegen die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB durch die ASt sind – bis auf den von ihr erstmalig im Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Punkt, der fünfjährige Referenzzeitraum sei zu kurz bemessen (hierzu sogleich unter d) – nicht ersichtlich. Sie hat den ihr mit Schreiben vom 16. Februar 2018 mitgeteilten Ausschluss rechtzeitig binnen der 10-Kalendertagefrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Der Nachprüfungsantrag vom 23. Februar 2018 ist auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 22. Februar 2018 ebenfalls innerhalb der 15-Kalendertagesfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bei der Vergabekammer eingereicht worden.
- d) Soweit die ASt erstmals in ihrer anwaltlichen Stellungnahme vom 12. März 2018 vorträgt, der in der Auftragsbekanntmachung gesetzte fünfjährige Referenzzeitraum sei zu kurz bemessen und im Hinblick auf § 6a Nr. 3 lit. a) Satz 2 VOB/A-EU – wie es die Ag auch in anderen jüngeren Vergabeverfahren getan habe – auf 15 Jahre anzusetzen, ist diese Rüge nicht mehr rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB erfolgt und daher unbeachtlich.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt worden sind. Danach waren entsprechende Fehler hier bis zu der in der Auftragsbekanntmachung benannten Angebotsfrist zu rügen, die nach Ziff. IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung zunächst auf den 22. November 2017 gesetzt wurde und von der Ag später bis zum 11. Januar 2018 verlängert worden ist.

Bis zum 11. Januar 2018 hat die ASt den von ihr bemängelten Punkt des zu kurz bemessenen Referenzzeitraums allerdings unstreitig nicht gerügt. Ihre erstmals mit

Stellungnahme vom 12. März 2018 im Nachprüfungsverfahren erhobene Rüge war danach verspätet, weil dieser von der ASt behauptete Vergaberechtsverstoß bereits aufgrund der Auftragsbekanntmachung erkennbar war.

Die Rügeobliegenheit dient dem Zweck, den öffentlichen Auftraggeber auf etwaige Verstöße gegen das Vergaberecht frühzeitig hinzuweisen, um ihm die Möglichkeit zu einer Abhilfe zu geben. Für die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes ist auf die Erkenntnismöglichkeit bei Anwendung der üblichen Sorgfalt abzustellen. Die Erkennbarkeit muss sich auf die den Verstoß begründenden Tatsachen und deren rechtliche Beurteilung erstrecken. Letztere muss dem mit der Rügeobliegenheit belasteten Bieter, zumindest laienhaft, den Schluss auf einen Verstoß gegen das Vergaberecht ermöglichen.

Nach diesen Maßstäben war der von der ASt erst am 12. März 2018 gerügte Aspekt des zu kurzen Referenzzeitraums bereits aufgrund der Auftragsbekanntmachung erkennbar. Die Auftragsbekanntmachung enthielt in Ziff. III.1.3 ausdrückliche Angaben zu dem fünfjährigen Zeitraum für die angeforderten Referenzen bzw. Mindeststandards. Bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ist davon auszugehen, dass ein in der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren erfahrener Bieter wie die ASt bei der Angebotserstellung die Auftragsbekanntmachung liest und gründlich abarbeitet. Dabei musste der ASt der entsprechend angegebene fünfjährige Referenzzeitraum in tatsächlicher Hinsicht auffallen. Dies hat die ASt in der mündlichen Verhandlung letztlich auch nicht in Abrede gestellt. Sie hat allerdings bestritten, dass ihr eine laienhafte vergaberechtliche Einschätzung möglich gewesen sei. Der ASt habe nicht auffallen müssen, dass die Ag hinsichtlich der Festlegung des Referenzzeitraums ein Ermessen habe, das hier von der Ag fehlerhaft ausgeübt worden sei.

Der ASt ist zwar zuzugeben, dass die Ag nach § 6a Nr. 3 lit. a) Satz 2 VOB/A-EU den nach Satz 1 grundsätzlich auf bis zu fünf Jahre festgelegten Referenzzeitraum bei Vorliegen sachlicher Gründe auch auf mehr als fünf Jahre ausdehnen kann. Dies kann im Einzelfall geboten sein, um eine Beschränkung des Vergabewettbewerbs zu verhindern. Für die nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB erforderliche laienhafte rechtliche Beurteilung kommt es allerdings nicht darauf an, dass ein Bieter wie die ASt nicht weiß oder nicht wissen muss, dass ein solcher Zeitraum vom Auftraggeber nach der benannten Rechtsvorschrift auch ausgedehnt werden kann. Es genügt, wenn dem Bieter

aus den Umständen ersichtlich ist, dass ihm die Vorgaben der Auftragsbekanntmachung die Vorlage geeigneter Referenzen unmöglich machen oder auch nur unnötig erschweren. In diesem Fall wird es ihm nicht oder nur schwer möglich sein, ein den Vorgaben der Auftragsbekanntmachung entsprechendes Angebot abzugeben, so dass seine Teilnahme am Vergabewettbewerb verhindert bzw. gefährdet wird. Dies ermöglicht gleichzeitig die Einschätzung, dass der Vergabewettbewerb unstatthaft beschränkt worden sein könnte. Dies reicht für die nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB erforderliche laienhafte rechtliche Beurteilung aus, zumal es sich bei den Maßgaben für die Referenzzeiträume um eine direkt in den vergaberechtlichen Vorschriften normierte Vorgabe handelt. Es ist nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der ASt in ihrer nachgelassenen Stellungnahme vom 26. März 2018 nicht ersichtlich, dass sich dies bei der ASt anders darstellt. Vor diesem Hintergrund war der ASt der von ihr behauptete Vergaberechtsverstoß im Hinblick auf den Referenzzeitraum schon frühzeitig aufgrund der Auftragsbekanntmachung erkennbar, ohne dass sie diesen bis zur Angebotsabgabe am 11. Januar 2018 gerügt hat. Sie kann daher mit diesem Vorbringen nicht mehr im Nachprüfungsverfahren gehört werden.

2. Der danach überwiegend zulässige Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Die Ag hat zu Recht angenommen, dass die Eignung der ASt nicht der geforderten Form genügt hat, weil diese die nach Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung geforderten Referenzen bzw. Mindeststandards für mindestens eine FGV-Leistung nicht nachgewiesen und die Ag auf dieser Grundlage keine positive Eignungsprognose erstellt hat.

Weder enthält die von der ASt vorgelegte Eigenreferenz zum Projekt [...] den Nachweis einer entsprechenden Referenz bzw. eines Mindeststandards für eine FGV-Leistung (a) noch hat die ASt mit den für ihre Nachunternehmerin [...] vorgelegten Eigenreferenzen einen entsprechenden Nachweis erbracht (b). Die Entscheidung der Ag ist insofern nicht zu beanstanden. Die Ag hat auch nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung des § 97 Abs. 2 GWB verstoßen (c).

a) Die Ag hat die von der ASt vorgelegte Eigenreferenz zum Projekt [...] zu Recht nicht als geeignete Referenz für eine FGV-Leistung akzeptiert wie die Ag dies in Ziff. III.1.3

der Auftragsbekanntmachung zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit gefordert hatte.

aa) Nach § 122 Abs. 1 GWB, § 6 Abs. 1 VOB/A-EU werden öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmen vergeben. Geeignet ist ein Unternehmen nach § 122 Abs. 2 GWB, § 6 Abs. 2 VOB/A-EU, wenn es die dementsprechend in der Auftragsbekanntmachung festgelegten Kriterien – u.a. zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erfüllt. Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit können nach § 6a Nr. 3 lit. a) VOB/A-EU entsprechende Angaben über die Ausführung von Leistungen in den letzten bis zu fünf abgeschlossenen Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, vom Auftraggeber gefordert werden (Referenzen).

Um festzustellen, ob ein Bieter geeignet ist, hat der öffentliche Auftraggeber auf der Grundlage der ihm zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung verfügbaren Informationen eine in die Zukunft auf die mögliche Auftragsausführung gerichtete Prognose vorzunehmen. Nach § 16b Abs. 1 Sätze 1 und 2 VOB/A-EU hat der Auftraggeber die Prüfung der Eignung anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet, was bedeutet, dass sie u.a. die erforderliche Leistungsfähigkeit besitzen müssen. Hierbei kommt dem öffentlichen Auftraggeber eine Einschätzungsprärogative zu, die von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt dahin überprüfbar ist, ob die Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Prognose fehlerfrei erfolgt ist. Dazu gehört die Prüfung, ob der Auftraggeber den für die Prognose entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und die von ihm bekanntgemachten Nachweise, hier also im Hinblick auf die als Mindeststandards geforderten Referenzen für mindestens eine FGV-Leistung, beachtet hat.

(1) Die dementsprechenden Vorgaben der Ag in Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung als solche sind insoweit nicht zu beanstanden. Dort fordert die Ag „prüfbare Referenzen (nach Art und Umfang) der letzten 5 Kalenderjahre, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind“. Dieser Maßstab wird im Hinblick auf mögliche Mindeststandards konkretisiert, indem „mindestens 1 FGV-Leistung... in

*den letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahren mit einer Fallhöhe von mindestens 10m und einem Fallgewicht von mindestens 10 Tonnen“* gefordert wird.

Die derart geforderten Eignungsnachweise stehen mit dem Auftragsgegenstand ersichtlich in Verbindung und sind angemessen, mithin mit den Maßgaben des § 6 Abs. 2 Satz 3 VOB/A-EU vereinbar.

- (2) Die Ag hat die von der ASt als Nachweis für eine FGV-Leistung vorgelegte Eigenreferenz für den [...] auch überprüft und fehlerfrei als ungeeignet abgelehnt bzw. auf dieser Grundlage die Eignungsprognose verneint. Sie hat den entscheidungserheblichen Sachverhalt insofern zutreffend und vollständig ermittelt.

Die Ag ist insofern von folgendem Sachverhalt ausgegangen. Sie hat den von der ASt mit Schreiben vom 18. Januar 2018 fristgemäß vorgelegten Eigenreferenz-Nachweis zum [...] geprüft und im Hinblick auf ihre Vorgabe in Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung, die Referenz für die Mindeststandards müsse „prüfbar“ sein, durch eine Anfrage bei der von der ASt benannten Referenzgeberin [...] nachvollziehen wollen und sich im Ergebnis maßgeblich auf die aus diesem Vorgang erhaltenen Informationen gestützt. Daran ist nichts Fehlerhaftes erkennbar.

Im Einzelnen:

- In ihrer Anfrage vom 25. Januar 2018 an die [...] hat die Ag um eine kurze Bestätigung der Referenz gebeten. Ferner äußerte die Ag, es sei hilfreich, wenn die Bestätigung *„Angaben darüber enthalten würde, dass diese Fallgewichtsverdichtung bereits im Kalenderjahr 2017 begonnen wurde und qualitätsgerecht ausgeführt wird/wurde“*.
- Die [...] hat am 29. Januar 2018 geantwortet, dass die ASt im Jahr 2017 im [...] keine FGV ausgeführt habe. Mit den Arbeiten sei erst am 25. Januar 2018 begonnen worden. *„Vor Abschluss der Arbeiten können keine Referenzen gegeben werden.“*

Anschließend hat die Ag die Eignung der ASt geprüft:

- Im Vermerk zur Eignungsprüfung der ASt vom 29. Januar 2018 hat die ASt den geforderten Mindeststandard für eine FGV-Leistung verneint und als Grund für

die nicht bestätigte Eignung unter Verweis auf die Antwort der [...] vom 29. Januar 2018 angegeben, der Bieter sei *„mangels Referenz bezüglich einer FGV im abgeschlossenen Kalenderjahr 2017 nicht geeignet und daher auszuschließen.“* Die [...] habe zur angegebenen FGV-Referenz im [...] angegeben, die Arbeiten hätten erst am 25. Januar 2018 begonnen und sie könne keine Aussage zur Leistung der ASt machen.

- Die Bedarfsstelle der Ag hat in einem eigenen Vermerk zur Angebotsprüfung vom 1. Februar 2018 dokumentiert, die Maßnahme der ASt sei zwar noch nicht abgeschlossen, was aber unschädlich sei, da in der Auftragsbekanntmachung nicht die Vorlage einer abgeschlossenen erfolgreichen FGV-Maßnahme gefordert worden sei. Die Nachfrage bei der [...] habe dann aber ergeben, dass die ASt in 2017 im [...] keine FGV ausgeführt habe. Die Arbeiten der referenzierten Baumaßnahme seien erst am 25. Januar 2018 begonnen worden und eine Referenz daher nicht vor Abschluss der Arbeiten bestätigt.
- Im abschließend maßgeblichen Vergabevermerk vom 5./7. Februar 2018 hat die Ag sodann dokumentiert, die ASt habe als FGV-Referenz die Arbeiten im [...] mit Ausführungszeitraum Dezember 2017 bis Februar 2018 angegeben. Man habe die [...] um Bestätigung der Referenz gebeten. Diese habe erklärt, *„dass die ASt im Jahr 2017 keine FGV im [...] ausgeführt hat. Die Arbeiten wurden erst am 25.01.2018 begonnen, sodass vor Abschluss der Arbeiten keine Referenzbestätigung erfolgen kann. Die vorgelegte Referenz ist somit ungeeignet.“*

Diese Vorgehensweise der Ag zeigt, dass sie bei der Prüfung der Eignung im Ergebnis maßgeblich von der Antwort der [...] ausgegangen ist. Im Ergebnis zeigt sich, dass die Ag sich außer Stande sah, auf der Grundlage der vorgelegten FGV-Eigenreferenz zum [...] die ASt im Hinblick auf die Maßgaben des § 16b Abs. 1 VOB/A-EU als leistungsfähig einzuschätzen. Die internen Prüfvermerke zeigen, dass die Ag sich hierbei gerade nicht ausschließlich, wie die ASt in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, von der Überlegung hat leiten lassen, dass die ASt im Jahr 2017 noch keine FGV-Leistung ausgeführt hat. Vielmehr hat die Ag stets maßgeblich berücksichtigt, dass die [...] vor Abschluss der von der ASt referenzierten Baumaßnahme die Referenz gar nicht bestätigt. Vor diesem Hintergrund ist kein Prognosefehler zu erkennen, da – wie maßgeblich der Vergabevermerk vom 5./7. Februar 2018 erkennen lässt – die Ag sich nicht in der Lage sah, die von

der ASt vorgelegte Eigenreferenz ohne Bestätigung durch den von der ASt benannten Referenzgeber [...] als geeigneten Nachweis anzuerkennen und somit im Ergebnis keine die Leistungsfähigkeit der ASt bestätigende Prognose abgeben zu können. Es ist gerade Sinn und Zweck einer Referenz, dass diese durch Rückfrage beim Referenzgeber verifiziert werden kann („prüfbar“).

- bb) Es ist nicht erkennbar, dass die Ag bei der Prüfung der Eignung bzw. Leistungsfähigkeit der ASt Anhaltspunkte unberücksichtigt gelassen hätte, die ihr bereits auf der Grundlage der von der ASt zum 18. Januar 2018 vorgelegten Eigenreferenz eine (positive) Eignungsprognose hätten ermöglichen müssen.

Die ASt hat zwar ausgeführt, die Ag habe bereits durch ihre Frage an die [...] offenbart, ihr genüge auch eine noch nicht abgeschlossene FGV-Maßnahme. In diesem Sinne liest sich zunächst auch der zitierte Vermerk der Bedarfsstelle der Ag vom 1. Februar 2018, der im Ergebnis wie der abschließend maßgebliche Vergabevermerk aber davon ausgeht, dass die von der ASt benannte Referenz von der Referenzgeberin [...] nicht bestätigt wurde und der Ag damit eine Grundlage für eine substantiierte Eignungsprognose fehlte. Wenn sich die Ag unter ausdrücklicher Berücksichtigung dieses Hintergrundes entschließt, eine Referenz letztlich nicht anzuerkennen und die Eignung/Leistungsfähigkeit zu verneinen, ist daran nichts Fehlerhaftes zu erkennen.

- cc) Es ist ferner unerheblich, dass die ASt – wie von ihr vorgetragen – bereits im Zuge ihrer Vorarbeiten im Dezember 2017 bzw. vor Beginn der Serienverdichtung am 25. Januar 2018 einzelne Probewürfe unternommen haben mag. Die Nachweis-anforderung der Auftragsbekanntmachung für die Mindeststandards („prüfbare Referenzen für mindestens ...1 FGV-Leistung“) bezog sich nach dem insoweit maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont nicht auf derartige Probewürfe zur Vorbereitung referenzierter Aufträge. Vielmehr kommt es darauf an, dass sich die Ag zu dem referenzierten Auftrag bei der [...] erkundigt, aber keine Bestätigung der Referenz bzw. keine Einschätzung über die qualitätsgerechte Ausführung bekommen hat. Vor diesem Hintergrund ist es nicht unsachgemäß, wenn die Ag als Ergebnis ihrer Eignungsprüfung die von der ASt benannte Eigenreferenz für „ungeeignet“ und damit insofern nicht nachgewiesen hält. Auf dieser Grundlage keine Prognose über die bestehende Eignung abzugeben, ist mithin kein Prognosefehler.

dd) Die hier unstreitig noch nicht abgeschlossene Baumaßnahme [...] war schließlich als FGV-Referenz gar nicht berücksichtigungsfähig, ohne gegen die Grundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB zu verstoßen.

Maßgeblich ist darauf abzustellen, dass die Ag in Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung grundsätzlich den maßgeblichen Zeitpunkt festgelegt hat, zu dem die geforderten Referenzen/Mindeststandards tatsächlich vorhanden sein mussten. Für die vergleichbaren Referenzen war dort die Vorlage „mit dem Angebot“ vorgesehen. Dies war im Ergebnis der 11. Januar 2018. Für die Teilleistungs-Referenzen zum Nachweis der „möglicherweise geforderten Mindeststandards“ war dieser Zeitpunkt von der Ag allerdings nicht ausdrücklich konkretisiert. Zwar handelt es sich bei der Formulierung der „möglicherweise geforderten Mindeststandards“ um eine formularmäßig in der Auftragsbekanntmachung enthaltene Klausel unter der ein Auftraggeber bei Bedarf entsprechende Anforderungen formulieren kann, ohne die formularmäßige Überschrift („möglicherweise...“) abändern zu können. Gleichwohl ist aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts eines fachkundigen Bieters dem Umstand, dass solche Referenzen von der Ag nur möglicherweise angefordert werden konnten, nicht zwingend zu entnehmen, dass sie wie die mit der ausgeschriebenen Maßnahme vergleichbaren Referenzen bereits mit dem Angebot vorzulegen waren. Vielmehr schließt die möglicherweise-Anforderung nicht aus, dass die speziellen Teilleistungsreferenzen für die Mindeststandards wie „mindestens eine FGV-Leistung“ spätestens auf eine derartige Anforderung, wie hier mit dem Schreiben der Ag vom 12. Januar 2018, fristgemäß vorzulegen waren. Dies war hier dementsprechend die im Schreiben gesetzte Frist bis zum 18. Januar 2018.

Mit den sich so ergebenden Vorgaben zur Vorlage der Teilleistungs-Referenz für mindestens eine FGV-Leistung hat die Ag nicht nur den grundsätzlichen Zeitpunkt für die Vorlage der Referenzen, sondern auch festgelegt, dass die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über entsprechende Referenzen tatsächlich verfügen müssen, um der Ag eine Einschätzung der Eignung bzw. Leistungsfähigkeit ermöglichen zu können (vgl. OLG München, Beschluss vom 21. April 2017, Az.: Verg 2/17, sub B.III.2.2.6.2).

Die Ag hat mit dieser zeitlichen Vorgabe die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz des Vergabeverfahrens dahin konkretisiert und damit für alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens verbindlich festgelegt, dass die von ihr geforderten Referenzen vor Ablauf der Angebotsabgabe existieren müssen und diese Existenz auch objektiv nachprüfbar ist (in diesem Sinne bereits: EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2013, Rs. C-336/12, Rdnr. 25-42 (42) – Manova). Den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz in § 97 Abs. 1, 2 GWB folgend bedeutet das, dass auf Nachforderung nachgereichte Referenzen eines Bieters objektiv nachprüfbar vor Ablauf der Angebots- bzw. Nachlieferungsfrist existiert haben müssen, mithin der dementsprechend referenzierte Auftrag zu dem sich aus der Auftragsbekanntmachung erkennbaren Zeitpunkt bereits erteilt und – zumindest im Wesentlichen – abgeschlossen war, so dass dem Auftraggeber eine substantiierte Eignungsprognose und nicht nur eine bloße Vermutung möglich ist.

Damit gilt hier, dass die in der Auftragsbekanntmachung und konkretisiert durch das Aufforderungsschreiben der Ag vom 12. Januar 2018 geforderten Referenzen für „mindestens 1 FGV-Leistung“ zum Nachweis des geforderten Mindeststandards spätestens mit der im Aufforderungsschreiben gesetzten Frist des 18. Januar 2018 objektiv nachweisbar existent sein mussten. Dies war aber bei der von der ASt benannten Eigenreferenz zum [...] nicht der Fall.

Zwar hat die ASt mit dem Schreiben 18. Januar 2018 die Maßnahme [...] mit dem Ausführungszeitraum vom Dezember 2017 bis zum Februar 2018 als Eigenreferenz benannt. Im Nachprüfungsverfahren hat sie ausgeführt, dass die Maßnahme sogar erst zum 16. März 2018 abgeschlossen sein sollte. Allerdings war diese Referenz bzw. der referenzierte Auftrag vor Ablauf der im Nachforderungsschreiben vom 12. Januar 2018 gesetzten Frist bis zum 18. Januar 2018 nicht in einer objektiv nachprüfaren Weise existent. Zwar ist unstrittig, dass der ASt dieser Auftrag von der [...] bereits erteilt worden war. Auch mag die ASt die von ihr näher aufgeführten Vorarbeiten ausgeführt haben. Allerdings fehlt es an einem objektiv nachvollziehbaren Nachweis dieser Angaben, aus denen hervorgeht, dass die benannte Referenz zum [...] bzw. der damit referenzierte Auftrag spätestens bis zum 18. Januar 2018 substantiell ausgeführt worden war und damit von der Ag als Grundlage für eine entsprechende Eignungsprognose genommen werden konnte. Dies resultiert letztlich aus der in der Vergabeakte dokumentierten Weigerung der

[...], die Referenz nicht zu bestätigen, weil der Auftrag im Zeitpunkt ihrer Antwort, dem 29. Januar 2018, immer noch nicht abgeschlossen war, sondern im Gegenteil ein nachvollziehbar zentraler Bestandteil des referenzierten Auftrags, die Serienverdichtung, erst am 25. Januar 2018 begonnen hatte. Dies alles ist zwischen den Verfahrensbeteiligten auch unstrittig. Auch die von der ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag als Anlage ASt11 vorgelegten [...] aus dem Zeitraum vom 1. bis 19. Dezember 2017 geben, worauf die Ag in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen hat, lediglich Aufschluss darüber, dass vorbereitende Arbeiten ausgeführt wurden, ohne aber mit der Ausführung der referenzierten FGV-Leistungen überhaupt begonnen zu haben.

Vor diesem Hintergrund kommt es auch nicht darauf an, wie ASt in ihrer nachgelassenen Stellungnahme vom 26. März 2018 näher ausführt, dass die Eignung der ASt im Zeitpunkt der Angebotsprüfung gegeben sein müsse. Die ASt habe mit der FGV-Serienverdichtung am 25. Januar 2018 begonnen und damit vor der Antwort der [...] vom 29. Januar 2018. Es sei somit bereits eine FGV-Verdichtung vorher ausgeführt worden, weshalb die Eignung fehlerhaft versagt worden sei. Dieser Ansatz setzt allerdings voraus, dass die ASt bis zu dem in der Auftragsbekanntmachung bzw. im Aufforderungsschreiben vom 12. Januar 2018 gesetzten Frist für die Einreichung der FGV-Referenzen bis zum 18. Januar 2018 überhaupt eine geeignete Referenz vorgelegt hätte, die bis zum Ablauf dieser Frist objektiv nachvollziehbar existent war. Dies war nach der Antwort der [...] vom 29. Januar 2018, wie festgestellt, nicht der Fall.

ee) Die Ag war außerdem nicht gehalten, die ASt nach Erhalt des Schreibens der ASt vom 18. Januar 2018 nochmals aufzufordern, etwaige Angaben zu ausgeführten Arbeiten bei dem laufenden referenzierten FGV-Auftrag im [...] nachzutragen. Dies wäre wegen § 97 Abs. 1, 2 GWB im Grundsatz nur möglich gewesen, wenn sich bei einem wegen widersprüchlicher Angaben an sich ausschließlichen Angebot überhaupt entsprechend aufklärungsbedürftige Inhalte ergeben können (zu so einem Fall vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, Az.: Verg 35/15, sub II.2.b).bb)).

Die Grundsätze dieser Rechtsprechung lassen sich hier aber nicht anwenden, da bereits die von der ASt benannte Referenz nicht belegt worden ist und somit ohne Verstoß gegen § 97 Abs. 1, 2 GWB nicht nachbesserungsfähig war. Wenn sich ein

Bieter wie die ASt binnen der vom Auftraggeber für die Einreichung solcher Referenzen festgesetzten Fristen auf laufende Baumaßnahmen als Referenz beziehen will, obliegt es ihm, die notwendigen Ausführungen binnen der vorgegebenen Fristen zu machen, um dem Auftraggeber eine substantiierte Eignungsprognose zu ermöglichen. Dazu gehört u.a. die Information, inwieweit die laufende Baumaßnahme bereits ausgeführt worden ist, damit der Auftraggeber ermessen kann, ob diese derart substantiell ausgeführt worden ist, dass ihm eine substantiierte Eignungsprognose möglich ist. Ergibt sich im Zuge der Eignungsprüfung, dass sich eine derart als Referenz benannte laufende Maßnahme nicht bestätigt, z.B. wenn – wie hier – der benannte Referenzauftraggeber mangels abgeschlossener Arbeiten am referenzierten Auftrag keine Referenz geben will, dann hat der Bieter von vornherein keine geeignete Referenz vorgelegt. So liegt der Fall hier. Die Ag hätte anderenfalls mit der Eignungsprüfung und Angebotswertung warten müssen, bis die Referenzmaßnahme abgeschlossen ist.

- ff) Es ist auch nicht ersichtlich, dass die [...] als von der ASt benannte Referenzgeberin die Bestätigung der Referenz für die Ag offensichtlich willkürlich verweigert hätte oder – wie die ASt in ihrer nachgelassenen Stellungnahme vom 26. März 2017 vorträgt – bei ihrer Antwort davon ausgegangen sei, es solle nur ein abgeschlossener Auftrag bewertet werden, während die Ag in ihrer Anfrage an die [...] vom 25. Januar 2018 sich ausdrücklich auf laufende Arbeiten bezogen habe, indem sie danach gefragt habe, ob dieser Auftrag „qualitätsgerecht ausgeführt wird/wurde“. Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass die [...] die Anfrage der ASt falsch aufgefasst hat. Der in der Vergabeakte dokumentierten Antwort der [...] vom 29. Januar 2018 ist vielmehr zu entnehmen, dass von ihr im Ergebnis „*vor Abschluss der Arbeiten keine Referenzen gegeben werden.*“ Die so erhaltenen Informationen mussten die Ag bei der gegebenen Sachlage nicht veranlassen, erneut bei der [...] rückzufragen. Denn die Antwort der [...] ist im Hinblick auf die gestellte Frage der Ag, mit der es dieser darum ging zu erfahren, ob der von der ASt referenzierte FGV-Auftrag überhaupt existiert und qualitätsgerecht ausgeführt wird oder wurde, nicht sachwidrig. Die Ag hat zunächst, wofür der Prüfansatz im bereits erwähnten Vermerk der Bedarfsstelle der Ag vom 1. Februar 2018 spricht, die von der ASt als in Ausführung begriffen benannten FGV-Arbeiten im [...] zum Anlass für weitere Überprüfungen genommen. Sie hat somit ermittelt, ob in diesem Fall die Referenz der ASt bestätigt werden kann und qualitätsgerecht ausgeführt

wird/wurde. Damit hat die Ag versucht nachzuvollziehen, ob diese benannte Referenz spätestens bei Aufforderung zur Benennung der FGV-Referenz in einer Weise existent war, die ihr eine substantiierte Eignungsprognose ermöglicht. Hierzu sah sich die Ag nicht in der Lage, da die Referenzgeberin mit nicht sachwidrigen Erwägungen die Referenz nicht bestätigt hat. Vor diesem Hintergrund war die Ablehnung der vorgelegten Eigenreferenz zum [...] als Nachweis für eine FGV-Leistung gemäß den definierten Mindeststandards fehlerfrei.

b) Die Ag hat auch die Eignung der von der ASt im Schreiben vom 18. Januar 2018 als Nachunternehmerin für die Ausführung der FGV-Leistungen benannten [...] im Hinblick auf §§ 6, 6d VOB/A-EU zu Recht verneint (vgl. Ziff. 3.3, Seite 3 f. des Vergabevermerks vom 5./7. Februar 2018). Die ASt hat mit den für ihre Nachunternehmerin [...] in Gestalt einer Liste vorgelegten Eigenreferenzen ebenfalls keine geeigneten Referenz-Nachweise für eine FGV-Leistung im Sinne der in Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung von den Bietern geforderten Mindeststandards vorgelegt.

aa) Nach § 6d Abs. 1 Satz 1 VOB/A-EU kann sich ein Unternehmen auf die Eignung anderer Unternehmen im Wege der Eignungsleihe berufen. Ein öffentlicher Auftraggeber hat daher nach § 6d Abs. 1 Satz 4 VOB/A-EU zu überprüfen, ob das andere Unternehmen die entsprechenden Anforderungen an die Eignung gemäß § 6a VOB/A-EU erfüllt.

Die ASt hat in ihrem Angebot u.a. angegeben, Nachunternehmer mit den FGV-Leistungen zu betrauen. Nach Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung waren „Eignungsnachweise/Referenzen“ etwaiger Nachunternehmer „auf gesondertes Verlangen“ der Ag vorzulegen. Die Vorlage des entsprechenden Formblattes 236 für die Verpflichtung der [...] sowie von Referenzen für FGV-Leistungen erfolgte durch die Ag im Schreiben vom 12. Januar 2018; die ASt überreichte darauf mit dem Schreiben vom 18. Januar 2018 u.a. eine „Referenzliste Fallgewichtungsverdichtung“ fristgemäß.

bb) Die Ag hat die Eignung der von ASt für die FGV-Leistungen benannten Nachunternehmerin [...] geprüft und fehlerfrei verneint.

(1) Die Ag ist dabei von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Die Ag hat ausweislich des Vergabevermerks vom 5./7. Februar 2018 alle Einträge der Referenzliste der [...] geprüft (vgl. Seite 4 des Vergabevermerks). Sie hat dabei drei Projekte identifiziert, die in den von ihr festgelegten Referenzzeitraum der letzten bis zu fünf abgeschlossenen Kalenderjahre fallen. Dieser Zeitraum ergab sich aus von den Bietern unter Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung angeforderten Nachweisen für die Referenzen bzw. Mindeststandards. Dieser galt somit auch für etwaige Nachunternehmer.

Danach hat die Ag die folgenden drei Projekte näher geprüft:

- [...]
- [...]
- [...]

Die Einbeziehung dieser Projekte in die Eignungsprüfung verstieß nicht gegen die Vorgabe des fünfjährigen Referenzzeitraums. Ausgehend vom Jahr 2017 als dem Jahr der Auftragsbekanntmachung bzw. des (ursprünglichen) Angebotsabgabetermins, das nach dem objektiven Empfängerhorizont mangels anderer Anhaltspunkte den maßgeblichen zeitlichen Bezugspunkt bildet, liegt das Jahr 2012 noch innerhalb dieses zeitlichen Referenzrahmens.

Für [...] hatte die [...] die Ag als Bauherr angegeben und sich auf Aufträge der [...] berufen. Für das Bauvorhaben [...] war ein anderer Bauherr als die [...] angegeben.

- Hinsichtlich der der Ag als Bauherrn zugeschriebenen Projekte [...] dokumentierte die Ag neben der Erwägung, es sei aus den vorgelegten Unterlagen der ASt nicht ersichtlich, dass die referenzierten Aufträge der [...] von Personal der ASt ausgeführt worden seien, auch das Ergebnis ihrer Recherchen in ihrer SAP-Datenbank. Es sei festzustellen gewesen, dass es ab dem Zeitpunkt des Insolvenzantrags der [...] mit Stand Dezember 2011 keine laufenden Verträge mit dem Leistungsspektrum FGV mit der [...] Auftragnehmerin oder Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft gegeben habe. Daher seien diese Referenzen ungeeignet.

Die Ag hat hierzu in der Vergabeakte ihre Rechercheergebnisse in der Angebotsprüfung der Bedarfsstelle vom 1. Februar 2018 und zusätzlich handschriftlich auf einer zum Vergabevermerk hinzugenommenen Kopie der „Referenzliste Fallgewichtsverdichtung“ der [...] vermerkt. Diesen handschriftlichen Vermerk hat die Ag auf Nachfrage der Vergabekammer auch in der mündlichen Verhandlung als Rechercheergebnisse bestätigt und erläutert:

Für das Projekt [...] fand die Ag nach diesen Vermerken lediglich einen Vertrag mit FGV-Leistungen im Bereich [...], für den die Ag u.a. vermerkte, dass diese FGV-Leistung im Jahr 2010 erbracht bzw. schlussgerechnet worden sei. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage ausdrücklich bestätigt, dass die Ausführung der FGV-Leistungen im Jahr 2010 erfolgt sind.

- Für das in der Referenzliste der [...] ebenfalls der Ag zugeordnete Referenzprojekt [...] vermerkte die Ag, die Angaben zum Vertrag seien nicht ermittelbar. Sie hat auf entsprechende Nachfrage der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, sie habe die von der ASt falsch vorgegebene Schreibweise [...] bei ihren Datenbankrecherchen berücksichtigt und die Datenbank im Zeitraum bis 2012 nach einem etwaigen solchen Referenzauftrag durchsucht, sei aber schlichtweg nicht fündig geworden, da es keinen entsprechenden Auftrag in diesem Zeitraum gegeben habe; die Datenbank der Ag sei vollständig.
  - Zu dem in der Referenzliste enthaltenen Projekt [...] eines anderen Bauherrn vermerkte die Ag im Vergabevermerk (Ziff. 3.3, Seite 4), dass es sich um eine personenbezogene Referenz für eine Bauleitung zur FGV handele. Damit sei aber keine FGV-Leistung nachgewiesen. Die Referenz war dem von der [...] benannten Projektleiter zugeordnet mit der Bemerkung „Bauleiter für Fallgewichtsverdichtung“. Diese Referenz sei daher ungeeignet, da sie nicht die nachgefragte Leistung abdecke.
- (2) Es ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, dass die Ag bei der Eignungsprüfung von einem falschen Sachverhalt oder unsachgemäßen Erwägungen ausgegangen ist.

Die Ag hat für die Projekte, für die sie in der Referenzliste der [...] als Referenzbeauftragterin der [...] benannt wurde, ihre Datenbanken durchsucht und gelangte auf der Grundlage ihrer Rechercheergebnisse dazu, dass die Referenzen der [...] ungeeignet seien. Auf dieser Grundlage die Eignung der [...] als Nachunternehmerin zu verneinen ist nicht unsachgemäß, da die Ag von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist und dementsprechend keine Prognosefehler ersichtlich sind.

Im Einzelnen:

- Für [...] kam die Ag auf der Grundlage ihrer Rechercheergebnisse dazu, dass diese Referenz außerhalb des fünfjährigen Referenzzeitraums liegt. Die ASt hat hierzu in der mündlichen Verhandlung sowie in ihrer nachgelassenen Stellungnahme vom 26. März 2018 zwar vorgetragen, es komme nicht auf das genaue Jahr der Ausführung der FGV-Leistung (in 2010) an, sondern darauf, wann das Referenzprojekt als Ganzes abgeschlossen worden sei, so dass davon auszugehen sei, dass dieser erst mit der Insolvenz der [...] im Januar 2012 abgeschlossen worden sei.

Dieser Einwand geht jedoch fehl. Die Auftragsbekanntmachung definiert für die zu fordernden Mindeststandards ausdrücklich, dass Referenzen für die dort spezifizierten „Teilleistungen“ („mindestens eine FGV-Leistung ... in den letzten bis zu fünf abgeschlossenen Kalenderjahren“) nachzuweisen sind. Nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont erschließt die Formulierung „Teilleistung“ einem fachkundigen Bieter die Notwendigkeit, eine Referenz nachzuweisen, die sich auf eine spezifische FGV-Leistung innerhalb des fünfjährigen Referenzzeitraums bezieht. Daraus ergibt sich, dass damit die konkreten FGV-Leistungen innerhalb einzelner Referenzaufträge in Bezug genommen werden und es somit auf deren Zeitpunkt ankommt, nicht aber auf den Abschluss des Projektes, innerhalb dessen diese FGV-Leistungen (irgendwann) durchgeführt worden sind. Dies gilt ersichtlich auch für die in Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung definierten Referenzen der Nachunternehmer.

- Für [...] konnte die Ag in Ermangelung anderer Anhaltspunkte in der Referenzliste der [...] keinen Vertragsnachweis für die referenzierte Baumaßnahme der [...] im Zeitraum bis 2012 finden. Vor diesem Hintergrund diese Referenz als ungeeignet einzustufen und darauf beruhend die Eignung der [...] als Nachunternehmerin abzulehnen, ist ebenfalls unbedenklich.
  - Auch an der Begründung, die Referenz [...] für einen anderen Bauherrn als die [...] als ungeeignet abzulehnen und daraufhin die Eignung der [...] zu verneinen, weil hier lediglich für den Projektleiter der [...] angegeben sei, dass dieser Bauleiter für eine FGV gewesen sei, ist nichts Sachfremdes zu erkennen. Die Ag hat – wie schon zu Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung ausgeführt – als Mindeststandard Referenzen für „Teilleistungen“ (u.a. „mindestens 1 FGV-Leistung“) gefordert. Es ist nachvollziehbar, wenn die Ag vor diesem Hintergrund schon auf der Grundlage der Angabe „Bauleiter für Fallgewichtsverdichtung“ keine Eignungsprognose für die [...] als Nachunternehmerin der ASt abzugeben vermag; es waren keine Bauleiterleistungen, sondern die Durchführung von FGV-Leistungen gefordert. Es kommt hinzu, dass die Referenzliste der [...] insoweit keine weiteren Angaben enthält, mit denen seitens der Ag die referenzierte Maßnahme nachvollzogen werden könnte, was die Angaben im Sinne der Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung aus dem Blickwinkel des objektiven Empfängerhorizonts überhaupt erst „prüfbar“ gemacht hätte.
- cc) Es kommt vor diesem Hintergrund nicht mehr darauf an, ob sich die ASt zutreffend auf die Aufträge der [...] berufen kann bzw. ob die von ihr eingereichten Unterlagen zweifelsfrei erkennen lassen, dass das von der [...] in den mit Schreiben vom 18. Januar 2018 übermittelten Unterlagen benannte Personal für die Ausführung der FGV-Leistungen auch schon die Aufträge der [...] ausgeführt hat. Dies wäre nur relevant, wenn die ASt Nachunternehmerreferenzen aus dem geforderten Referenzzeitraum bzw. dem geforderten Leistungsspektrum vorgelegt hätte. Dies ist, wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich, allerdings nicht der Fall.
- dd) Die Ag war schließlich nicht gehalten, die Angaben zu den referenzierten Aufträgen in der Referenzliste der [...] ggf. nach § 16a VOB/A-EU nachzufordern oder im Hinblick auf § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU aufzuklären.

- (1) Eine Nachforderungspflicht nach § 16a Satz 1 VOB/A-EU für fehlende geforderte Erklärungen oder Nachweise kommt im Hinblick auf die Referenzliste der [...] schon deshalb nicht in Betracht, weil hinsichtlich der geforderten Nachunternehmer-Referenzen nichts fehlt, da Referenzen grundsätzlich benannt worden sind. Jedenfalls aber greift § 16a VOB/A-EU für die nach Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung gerade auf gesondertes Verlangen und nicht mit dem Angebot vorzulegenden Nachunternehmer-Referenzen deshalb nicht, weil die Vorschrift nach Wortlaut und Sinn und Zweck lediglich für solche fehlenden Erklärungen und Nachweise gilt, die mit dem Angebot abzugeben sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, Az.: Verg 35/15, sub II.2.b).
- (2) Auch zu einer nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU möglichen weitergehenden Aufklärung über die eigenen Recherchemaßnahmen der ASt hinaus, war die Ag nicht verpflichtet.

Das OLG Düsseldorf hat in seiner soeben zitierten Entscheidung zwar betont, dass Angebotsausschlüsse aus lediglich formalen Gründen möglichst zu vermeiden sind und öffentliche Auftraggeber Angebote, die bei Vorliegen formaler Mängel wegen widersprüchlicher Angaben „an sich ‚ausschlusswürdig‘ sind“ nicht ohne Weiteres von der Wertung ausgenommen werden dürfen, ohne zuvor zu einer Aufklärung der Widersprüche aufgefordert zu haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, Az.: Verg 35/15, sub II.2.b.bb).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist im Hinblick auf die Referenzliste der [...] nicht von einer Aufklärungspflicht auszugehen.

Bei den zwei Aufträgen der [...] sowie hinsichtlich des dritten Referenzauftrags zum [...] sind bereits keine aufklärungsbedürftigen Widersprüchlichkeiten erkennbar. Überdies hat die Ag durch ihre internen Datenbankrecherchen zu den ihr zugeschriebenen Referenzprojekten [...] bereits Aufklärung erfolglos betrieben, konnte aber keine Ausführung im Zeitraum bis 2012 feststellen. Weitergehende Aufklärungsmaßnahmen von Seiten der Ag sind vor diesem Hintergrund nicht geboten.

Es kommt hinzu, dass weitere aufklärende Nachfrage bei der ASt nach den Erklärungen der ASt bzw. der [...] hinsichtlich der referenzierten Aufträge an die [...] ohnehin zwecklos gewesen wären. Das ergibt sich aus Folgendem: Die ASt hatte bereits mit dem Schreiben vom 18. Januar 2018 die Erklärung der [...] „Projekte Fallgewichtsverdichtung“ vorgelegt, der die „Referenzliste Fallgewichtsverdichtung“ anlag (vgl. Anlage ASt 6 zum Nachprüfungsantrag). Darin war angegeben, dass projektbezogene Kontaktdaten nicht wiedergegeben werden könnten, da Auftraggeber und Firma der Auftragnehmerin [...] durch Konkurs erloschen seien. Damit stand von vornherein fest, dass die ASt Angaben, mit denen die Referenzen durch die Ag im Sinne einer „Prüfbarkeit“ nachvollzogen werden können, nicht zur Verfügung stellen kann.

- c) Der Ag ist auch kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB vorzuwerfen.

aa) Soweit die ASt in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 26. März 2018 im Zusammenhang mit ihrem Vortrag zur Eigenreferenz [...] bemängelt (siehe dort Seite 7/8), die Ag habe den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, weil sie in ihrem Schriftsatz vom 20. März 2018 einerseits moniert habe, die ASt sei wegen fehlender Mindestangaben zur Fallhöhe auszuschließen, während demgegenüber – was in der mündlichen Verhandlung auf Hinweis der Vergabekammer erörtert worden ist – die fehlenden Angaben zur Fallhöhe bei den FGV-Referenzen der Bg nicht zu deren Ausschluss geführt hätten, ist dieses Vorbringen im Hinblick auf die Prüfung der Eigenreferenz [...] ersichtlich verfehlt. Die Thematik betraf, wie auch in der mündlichen Verhandlung erörtert, ausschließlich die Berücksichtigungsfähigkeit der Referenzen der Nachunternehmerin [...].

bb) Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB liegt aber auch nicht im Hinblick auf diese Referenzen der Nachunternehmerin [...] vor. Es fehlt an einer Ungleichbehandlung. Wie bereits in der mündlichen Verhandlung erörtert, ist der Vergabeakte zu entnehmen, dass die Ag bei der Prüfung der Referenzen der Bg und der ASt im Hinblick auf die fehlenden Angaben zur Fallhöhe in gleicher Weise vorgegangen ist. Bei der Bg hat die Ag für die berücksichtigten zwei Referenzaufträge, deren Auftraggeber die Ag selbst war, die zugehörigen Vertragsnum-

mern und Fallhöhen ausweislich der handschriftlichen Notizen auf dem zu dem zweiseitigen Vermerk zur Eignungsprüfung der Bg vom 29. Januar 2018 hinzugenommenen Referenzblatt der Bg sowie der Ausführungen der Ag in der mündlichen Verhandlung selbst ermittelt. Für die ASt hat die Ag – wie die bisherigen Feststellungen ergeben haben – genau dieselbe Prüfung durchgeführt, allerdings war das Ergebnis hierzu ausweislich der obigen Feststellungen negativ. Eine unterschiedliche Behandlung von Bg und ASt ist danach gerade nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund geht die Annahme der ASt fehl, die Argumentation der Ag im Nachprüfungsverfahren sei widersprüchlich.

Nach allem ist die Entscheidung der Ag, die ASt als nicht geeignet einzuordnen, nicht zu beanstanden.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Die Bg trägt ihre Aufwendungen selbst. Nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen eines Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegen. Da die Bg hier weder Anträge gestellt noch sich zur Sache geäußert hat, sie das Verfahren mithin nicht gefördert hat, entspricht es hier der Billigkeit, dass die Bg ihre Aufwendungen selbst trägt.

Dem Antrag der Ag, die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären, wird nicht entsprochen. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag war nicht notwendig. Das Nachprüfungsverfahren betraf vergaberechtliche Fragen der Eignungsprüfung, die eine Vergabestelle wie die Ag ohnehin zu beachten hat und daher auch in einem Nachprüfungsverfahren vertreten kann. Es kommt hinzu, dass die Ag ausweislich der Dokumentation des Vergabeverfahrens in der Vergabekarte über eine eigene Fachreferentenstelle Recht verfügt, die sich mit vergaberechtlichen Fragen befasst (vgl. Anlage 7 zum Vergabevermerk). Im Nachprüfungsverfahren stellten sich zudem keine wesentlichen spezifisch prozessualen Fragen, die eine Hinzuziehung anwaltlichen Beistands geboten erscheinen ließ. Die Ag war somit in der Lage, sich aus eigener Kraft angemessen gegen das Vorbringen des Nachprüfungsantrags zu verteidigen.

#### 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, einzu-legen.

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

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Verga-bekammer. 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.

**Der hauptamtliche Beisitzer Dr. Brauser-Jung  
ist wegen Ortsabwesenheit an der  
Unterschriftsleistung gehindert.**

Dr. Herlemann

Dr. Herlemann