



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 40/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag über die Lieferung von [...]“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und die ehrenamtliche Beisitzerin Mundt auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2018 am 14. Mai 2018 entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe eines Rahmenvertrags über die Lieferung von [...] im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem

Teilnahmewettbewerb nach der VSVgV im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] gemeinschaftsweit bekannt. Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags aufgrund von fehlenden Angaben in den von ihr mit dem Teilnahmeantrag eingereichten „Vorlagen für Referenzen“.

1. Die EU-Bekanntmachung enthält in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit folgende Anforderungen an deren Nachweis (Ziff. III.2.3).

„Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Der Bewerber hat mindestens 4 Referenzen zur Lieferung von [...] an Behörden mit Sicherheitsaufgaben, mit einem Volumen von mind. 200.000 € netto, die nicht vor dem 21.03.2013 beauftragt wurden, zu benennen. Benennen Sie auch einen Ansprechpartner des damaligen Auftraggebers! Hierzu ist das Formular „Projektreferenzen“ zu nutzen.“

Diese Vorgabe wird in Ziff. B.2.1.3 der Unterlagen für den Teilnahmewettbewerb wiederholt. Die den Bietern zur Verfügung gestellten Vorlagen für die Referenzen verlangen u.a. Angaben zur „auftraggebenden Behörde“, zum „Ansprechpartner beim Kunden, Telefon, Email“ und zum „Auftragsvolumen in €“.

Die ASt gab am 13. März 2018 und damit innerhalb der [...] Bewerbungsfrist einen Teilnahmeantrag ab. In der Spalte der Referenzformulare „Ansprechpartner beim Kunden, Telefon, Email“ findet sich für die von ihr eingereichten Projektreferenzen Nr. 1 bis 4 jeweils die Angabe

„Kann nicht bekanntgegeben werden“.

Bei der Referenz Nr. 3 fehlt zusätzlich die Angabe der auftraggebenden Behörde.

In die Spalte „Auftragsvolumen in €“ hat die ASt bei den vier Referenzen jeweils Stückzahlen eingetragen.

Des Weiteren hat die ASt in zwei zusätzlichen Formularen (Projektreferenz 1 und 2) die Lieferung einer [...] an eine Dienststelle der Ag aus dem November 2016 unter Nennung eines konkreten Ansprechpartners (Nr. 1) sowie div. Aufträge an „entsprechende

Bestellungsbehörden der Ministerien der Verteidigung der jeweiligen Länder“ aus den Jahren 2016/17 ohne Nennung von Ansprechpartner, Telefonnummern oder Emailadressen angeführt (Sammelreferenz Nr. 2). Die Länder lassen sich aus der Spalte der Beschreibung der Technik über die angegebenen Länderkürzel [...] ableiten. In Bezug auf das Auftragsvolumen der Aufträge findet sich in der Sammelreferenz Nr. 2 die Angabe

„Alle der aufgeführten sind grösser EUR 200'000,--.“

Mit Schreiben vom 23. März verlangte die Ag von der ASt die Nachforderung von Angaben zu den von ihr eingereichten Referenzen wie folgt:

„zu den Referenzen 1, 2, 3 und 4 haben Sie keine Ansprechpartner mit Telefonnummer und E-Mail beim Auftraggeber angegeben. Bitte reichen Sie diese Angaben nach. Sofern es Ihnen nicht möglich ist, konkrete Ansprechpartner zu benennen, können Sie auch die allgemeinen Telefonnummern und E-Mail-Adressen der Auftraggeber benennen.

Des Weiteren haben Sie in diesen Referenzen das Auftragsvolumen in Stück und nicht, wie gefordert, in Euro angegeben. Bitte reichen Sie diese Angaben in Euro nach. In der Referenz 3 haben Sie keinen Auftraggeber benannt. Bitte reichen Sie diese Angabe nach.

In der Anlage Projektreferenzen zusätzlich haben Sie auf der 2. Seite insgesamt 5 Aufträge als Referenzen aufgeführt. Es fehlen jedoch die spezifischen Angaben zum Auftraggeber, zum Ansprechpartner, zum Zeitpunkt der Lieferung, zum Auftragsvolumen in Euro und zur vereinbarten Lieferzeit. Bitte reichen Sie diese Angaben nach.

(...)

Bitte beantworten Sie meine Fragen bzw. reichen Sie die Unterlagen bis zum 27.03.2018 ein.“

Am 27. März 2018, 16.17 Uhr, fragte die ASt per Email bei der Ag an, ob es möglich sei, eine Fristverlängerung für die Einreichung der fehlenden Angaben zu erhalten, da die Anfrage der Ag zunächst im Spam-Ordner gelandet sei. Ebenfalls unter dem 27. März 2018, 17 Uhr, übersandte die ASt nochmals die unveränderten zusätzlichen Projektreferenzen

Nr. 1 und 2. Die Verlängerung der Frist für das Nachreichen der geforderten Unterlagen und Angaben lehnte die Ag mit Email vom 28. März 2018 unter Verweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und § 22 Abs. 6 S. 2 VSVgV ab.

Mit Email vom 28. März 2018 fragte die ASt bei der Ag an, welche Möglichkeiten zur Korrektur der Formfehler bestünden. Am gleichen Tag übersandte die ASt der Ag neue Referenzlisten in Bezug auf die ersten vier Projektreferenzen. Diese enthielten im Vergleich zu den Vorgängerversionen nunmehr eine Begründung, weshalb Ansprechpartner und Auftragsvolumen nicht aufgeführt werden könnten: Die Aufträge seien über lokale Vertreter bzw. in einem Fall über eine im Ausland ansässige Tochter abgewickelt worden, so dass das Auftragsvolumen nicht angegeben werden dürfe. Einen Hinweis, dass die jeweiligen Auftraggeber eine Offenlegung des Auftragsvolumens untersagt hätten, findet sich nicht.

Mit Email vom selben Tag antwortete die Ag auf die von ihr als Rüge aufgefasste Mail der ASt und führte aus, dass nach Ablauf der Frist keine nochmalige Nachfrist gewährt werden könne. Zeitpunkt der abschließenden Bewertung der Teilnahmeanträge sei somit der 27. März 2018, 12 Uhr.

Mit Schreiben vom 6. April 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass deren Bewerbung nicht weiter berücksichtigt werden könne, da bei allen von ihr eingereichten Referenzen Angaben fehlten, welche auch nicht fristgerecht von ihr nachgereicht worden seien.

Die Nichtberücksichtigung ihres Teilnahmeantrags rügte die ASt mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 10. April 2018 gegenüber der Ag. Dieser Rüge half die Ag nicht ab und teilte dies der ASt mit Schreiben vom 11. April 2018 mit.

2. Mit einem am 11. April 2018 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.
 - a) Die ASt trägt vor, dass die Angaben bei den von ihr eingereichten Referenzen vollständig seien bzw. schon nicht hätten vorgelegt werden müssen. Jedenfalls hätte

den Bewerbern eine längere Bewerbungsfrist zugestanden werden müssen, so dass die Ag erneut in den Teilnahmewettbewerb eintreten müsse. Im Einzelnen:

Das von der Ag in der Bekanntmachung geforderte zu referenzierende Auftragsvolumen von mind. 200.000 Euro netto beziehe sich zunächst nach dem Wortlaut auf das Gesamtvolumen der vier Referenzen, nicht auf eine einzelne Referenz. Hinsichtlich Referenz 1 – Lieferung einer [...] in 11/2016 – sei der Ag das Auftragsvolumen angesichts des ihr gegenüber gebotenen Preises selbst bekannt. Referenz 2 betreffe diverse Aufträge für die [...]. Die ASt habe in der Kürze der Zeit nicht die Einwilligung der beteiligten Ministerien für die Benennung der jeweiligen Ansprechpartner einholen können. Soweit die Ag im Rahmen ihrer Nachforderung zugelassen habe, dass die ASt auch allgemeine Telefonnummern und Mailadressen der Auftraggeber angeben dürfen, seien diese Angaben von der ASt nicht vorzulegen gewesen, weil sie gem. § 22 Abs. 4, letzter HS VSVgV elektronisch im Internet verfügbar seien. Referenz 3 etwa betreffe [...] für das Verteidigungsministerium [...], dessen Email-Anschrift und Telefonnummer im Internet verfügbar seien. Die Ag verlange von den Bietern eine Fleißarbeit, die ihr materiell keinen Mehrwert bringe und die sie ohne Weiteres im Wege einer einfachen Internetrecherche ohne Zeitverlust selbst hätte ermitteln können.

Die Ag schließe ein anerkannt leistungsfähiges Unternehmen aus rein formalen Gründen aus, obwohl es die neuere Linie im Vergaberecht sei, zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs formale Ausschlüsse grundsätzlich vermeiden zu wollen. Zudem diskriminiere die Ag faktisch Unternehmen, die – wie die ASt – vorrangig europäische und amerikanische Referenzaufträge vorweisen könnten, da die jeweiligen Auftraggeber die freizugebenden Informationen sehr restriktiv handhabten. Unternehmen mit asiatischen oder deutschen Referenzen würden mangels entsprechender Restriktionen daher bevorteilt.

Die Angabe der Stückzahlen statt des Auftragsvolumens in Euro sei ebenfalls ausreichend; denn die Ag habe in der Bekanntmachung nicht vorgeschrieben, wie das Mindestauftragsvolumen von 200.000 € nachgewiesen werden müsse. Soweit die Ag in den Formblättern daher die Angabe des „Auftragsvolumens in Euro“ verlangt habe, stelle dies eine unzulässige Verschärfung gegenüber der Bekanntmachung dar. Auch habe die Ag selbst eine Mindestbestellmenge von „60 Stück“ festgelegt; die

ASt habe mit ihren Referenzen die Lieferung von mehr als 150 Stück belegt, was weit über dem Schwellenwert für ein europaweites Vergabeverfahren nach der VSVgV liege. Der Ag seien auch die Preise der ASt aus früheren Aufträgen bekannt, so dass sie selbst ableiten könne, dass das Mindestauftragsvolumen eingehalten sei. Der Auftrag sei zudem über Handelsvertreter in den einzelnen Ländern abgewickelt worden, so dass die ASt selbst das Auftragsvolumen nicht exakt angeben können. Zwar kenne man die eigenen Preise, wisse jedoch nicht, welche Aufschläge der Handelsvertreter gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber habe durchsetzen können. Außerdem sei in der Kürze der Zeit die Einwilligung der Ministerien für die Bekanntgabe des Auftragsvolumens nicht einholbar gewesen. Die Ag hätte die Stückzahlangabe als anderen Nachweis i.S.d. § 27 Abs. 5 VSVgV im Rahmen ihres pflichtgemäß auszuübenden Ermessens akzeptieren müssen. Soweit die Norm das Vorliegen eines „berechtigten Grundes“ für den alternativ vorzulegenden Nachweis verlange, sei dieses Vorliegen nicht zeitlich eingeschränkt. Die ASt habe daher nicht bereits mit dem Teilnahmeantrag auf die Unmöglichkeit der Vorlage des Auftragsvolumens hinweisen müssen, sondern könne sich auch noch im Nachgang hierauf berufen.

Auch wenn der Ag zuzugestehen sei, dass sie von gesetzten Fristen nachträglich nicht abweichen dürfe, habe sie schon im Ausgangspunkt eine unzulässig kurze Bewerbungsfrist gesetzt. Die in § 20 Abs. 1 VSVgV genannten Fristen seien lediglich Mindestfristen, die vom Auftraggeber sinnvoll und angemessen zu verlängern seien. Die Ag habe sogar die Mindestfrist von 37 Tagen unterschritten. Angesichts der Komplexität des Auftrags, seiner Sensibilität und der für die Ausarbeitung der Teilnahmeanträge erforderlichen Zeit, insbesondere für die Einholung der Zustimmung der früheren Auftraggeber zur Offenlegung von Ansprechpartnern und der Auftragsvolumina, seien die gesetzten 30 Tage zu kurz. Aus den gleichen Gründen hätte die Ag auch die Nachfrist großzügiger bemessen müssen.

Mit ihrem diesbezüglichen Vortrag sei die ASt auch nicht präkludiert, da für einen juristischen Laien, der zudem aus dem Ausland komme, nicht erkennbar gewesen sei, dass die Ag über die gesetzlichen Mindestfristen hinaus hätten weiträumigere Fristen setzen müssen. Aus Sicht der ASt seien die gesetzte Frist „fix“ gewesen, so dass man sich bemüht habe, diese zu halten, auch wenn die Ag unmöglich zu erfüllende Anforderungen aufgestellt habe. Aus diesem Grund habe man auch den

Teilnahmeantrag sehr frühzeitig eingereicht, obwohl nicht alle Angaben hätten gemacht werden können.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, die ASt entsprechend ihrem Teilnahmeantrag zur Abgabe eines Angebotes über den von der Ag ausgeschriebenen „Rahmenvertrag über die Lieferung von [...]“ aufzufordern;

hilfsweise: es der Ag zu untersagen, das v.g. Vergabeverfahren fortzusetzen und andere Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern;

2. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzugeben;
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären;
4. vorab der ASt Einsicht in die Vergabeakten der Ag zu gewähren.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen;
2. Der ASt werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Die Ag verteidigt ihre Ausschlussentscheidung in Bezug auf die Bewerbung der ASt. Aufgrund der nicht ausgeräumten Mängel der Referenzen sei der Ausschluss zwingend, § 22 Abs. 6 S. 2 VSVgV.

Zunächst sei die für das Einreichen des Teilnahmeantrags gesetzte Frist angemessen. Es seien Angaben und Erklärungen verlangt worden, die im normalen Geschäftsbetrieb einer Firma vorhanden seien, zumal Referenzschreiben als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit standardmäßig verlangt würden. Komplexe Ausarbeitungen seien nicht gefordert worden, ebenso wenig habe die Ag Beglaubigungen o.ä. verlangt (§ 27 Abs. 2 VSVgV) und sich stattdessen mit Eigenerklärungen begnügt. Auch die Anforderung von Referenzen führe nicht dazu, dass eine längere Frist als die Mindestfrist von 30 Tagen hätte gesetzt werden müssen. Bei der Anforderung von Referenzen sei die Nennung von

Auskunftspersonen gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 1 VSVgV zudem als gesetzlicher Regelfall vorgesehen. Ihrem Nachprüfungsantrag habe die ASt eine Liste mit Referenzen beigefügt, welche (teilweise) nunmehr die notwendigen Informationen enthielten. Anscheinend habe sie die Zustimmung zwischen dem 27. März und dem 11. April 2018 einholen können, was die Angemessenheit der Fristlänge bestätige. Die ASt verkenne bei ihrem Vortrag zudem, dass die gesetzliche Mindestfrist nicht 37 Tage betrage, da aufgrund der elektronischen Erstellung und Übermittlung der Bekanntmachung die Frist um sieben Tage verkürzt werden könne, wovon die Ag Gebrauch gemacht habe.

Ebenso sei die Nachforderungsfrist angemessen gesetzt worden. Denn diese sei nicht so zu bemessen, dass die Unternehmen sich die Unterlagen neu beschaffen könnten. Die Nachreichungsmöglichkeit heile nur fälschlicherweise nicht übermittelte Unterlagen und helfe daher nicht bei nicht vorhandenen Nachweisen. Vier Kalendertage seien für die Nachreichung daher angemessen gewesen. Dass die Nachforderung – so die ASt – in ihrem Spamordner gelandet sei, müsse sie sich selbst zurechnen lassen. Ohnehin hätte sie bei regelmäßiger Anmeldung auf der Vergabepattform (AnA-Web) – wozu sie sich durch die Teilnahme am Vergabeverfahren verpflichtet habe – die Nachricht unabhängig von der Einstellung ihres Spamfilters erhalten. Nach den Ausführungen der ASt schein sie davon auszugehen, dass ihr jedenfalls bis zum 11. April 2018 eine Nachfrist hätte gesetzt werden müssen, was eine Frist von 19 Tagen bedeutet hätte. Hierzu sei die Ag keinesfalls verpflichtet gewesen; ebenso wenig zu einer Verlängerung der Nachfrist nach deren Ablauf, da diese eine materiellrechtliche Ausschlussfrist darstelle, bei der eine Wiedereinsetzung nicht möglich sei.

Die von der ASt vorgelegten Referenzen seien fehlerhaft bezüglich der Angaben zum Auftragswert und der zu benennenden Ansprechpartner. Zu einer Aufklärung innerhalb des eigenen Geschäftsbereichs bzw. im Internet sei die Ag nicht verpflichtet gewesen. Schon aus Gründen der Gleichbehandlung könne es nicht dem Auftraggeber überlassen werden, unvollständige Angaben durch eigene Recherchen zu vervollständigen bzw. Unklarheiten zu beseitigen. Auch sei die Ag nicht gehalten gewesen, aus dem aufgrund eines Vorauftrags „amtsbekanntem“ Stückpreis und der angegebenen Stückzahl ein fiktives Auftragsvolumen der jeweiligen Referenz selbst

zu ermitteln. Es sei das Recht gewesen, diese Angabe von der ASt im Rahmen der Aufklärung bzw. Nachforderung zu verlangen.

Die ASt könne sich auch nicht mit Erfolg auf § 22 Abs. 4 VSVgV berufen. Soweit sie argumentiere, dass die Kontaktdaten der ausländischen Behörden im Internet und damit elektronisch verfügbar seien, weshalb sie – die ASt – diese Angaben nicht hätte machen müssen, gehe dies am Sinn und Zweck der Norm vorbei. § 22 Abs. 4 VSVgV diene der rechtlichen Berücksichtigung von Präqualifikationssystemen, bei denen über die IHK-Zertifikatsnummer auf die notwendigen Dokumente zugegriffen werden könne. Nicht jedoch soll dem Ag hierdurch eine Recherchepflicht in Bezug auf alles im Internet verfügbare auferlegt werden, zumal die ASt in den zusätzlichen Referenzen 1 bis 4 nur auf „*entsprechende Bestellungsbehörden der Ministerien der Verteidigung der jeweiligen Länder*“ hingewiesen habe. Die Ag hätte folglich zunächst die zuständige Behörde für die Beschaffung ermitteln müssen und hätte dann teilweise auch nur auf englischsprachigen Seiten die Kontaktdaten recherchieren müssen. Nach den Bewerbungsbedingungen seien Nachweise jedoch auf deutsch zu erbringen. Selbst die ASt sei anscheinend nicht in der Lage gewesen, allgemeine Ansprechpartner bei den Behörden elektronisch zu ermitteln, da sie mit dem Nachprüfungsantrag in den zusätzlichen Referenzen nur ihre lokalen Vertriebspartner benannt habe.

Es sei auch abwegig, den Auftraggeber selbst nach einem Ansprechpartner suchen zu lassen. Denn die Eignung könne nicht nachgewiesen werden, wenn die Referenz nicht überprüfbar sei. Soweit die Ag im Rahmen der Nachforderung auf die Angabe eines konkreten fachlichen Ansprechpartners verzichtet habe, habe sie nicht auf die Überprüfung der Referenz an sich verzichtet.

Die ASt könne sich auch nicht mit Erfolg auf ein „*berechtigtes Interesse*“ i.S.d. § 27 Abs. 5 VSVgV stützen, um ein Abweichen von der geforderten Auftragssumme zu rechtfertigen. Dass diese Begründung nur vorgeschoben sei, ergebe sich schon daraus, dass sie mit ihrem Nachprüfungsantrag vier diesbezüglich vollständige Referenzen vorgelegt habe. Ebenso wenig sei die Angabe einer Stückzahl ein gleichwertiger Ersatz für das Auftragsvolumen in Euro. Auch wenn das Geschäft über einen Vertreter oder eine Tochtergesellschaft gelaufen sein sollte, lasse sich nicht nachvollziehen, weshalb im internen Buchhaltungssystem der ASt keine Buchung in

Euro existieren solle. Selbst wenn man grundsätzlich die Stückzahl als Alternative zum Auftragsvolumen ansähe, bedürfe die Abweichung nach § 27 Abs. 5 VSVgV eines berechtigten Interesses für die Nichterbringbarkeit der geforderten Angabe. Die ASt habe sich jedoch erst im Nachprüfungsverfahren zu den (schlanken) Gründen für die Stückzahlangabe geäußert. Zu diesem Zeitpunkt habe die Ag dies schon aus Gründen der Gleichbehandlung nicht mehr berücksichtigen dürfen. Darüber hinaus habe die ASt auch keinen alternativen „Nachweis“ in Bezug auf die Ansprechpartner angeboten, sondern diese Angabe schlicht unterlassen.

3. Die Vergabekammer hat der ASt in Abstimmung mit der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 7. Mai 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Im Nachgang zur Verhandlung reichte die ASt drei Bestätigungen lokaler Vertriebspartner aus [...] ein, in der diese zum Ausdruck brachten, keine Erlaubnis zur Weitergabe von Informationen bezüglich der abgewickelten Aufträge zu haben. Des Weiteren übersandte die ASt einen Abdruck des Beschlusses des LG Bonn vom 7. November 2014, 6 T 308/14, zur Frage der Offenkundigkeit i.S.d. §§ 727, 291 ZPO von im Internet verfügbaren amtlichen Daten. Auf die Vergabeakte, die der Vergabekammer vorgelegen hat, auf die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die ausgetauschten Schriftsätze wird ergänzend Bezug genommen.
4. Der von der ASt unter dem 11. Mai 2018 bei der Kammer eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz wurde bei der Entscheidungsfindung nicht mehr berücksichtigt. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Beschlussentwurf auch bereits bei der ehrenamtlichen Beisitzerin.

II.

Der weitestgehend zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist weitestgehend zulässig.

Was die Zulässigkeit anbelangt, so sind die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des im Rahmen der VSVgV einschlägigen Schwellenwerts – zweifelsfrei und unstreitig gegeben.

- a) Die ASt ist auch antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Ihr droht durch den ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrigen Ausschluss ihres Teilnahmeantrags auch ein Schaden.

- b) Sie ist auch größtenteils ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB. Die Kammer geht hierbei zugunsten der ASt davon aus, dass die Problematik der Verlängerungsmöglichkeit der Mindestfrist des § 20 Abs. 2 VSVgV in rechtlicher Hinsicht für sie nicht erkennbar war. Denn für die Frage der Erkennbarkeit ist mit Rücksicht auf die Zielsetzung des Gesetzes, effektiven Bieterschutz zu gewähren und dies nicht einzuschränken, ein objektiver Maßstab anzulegen. Dementsprechend ist auf einen durchschnittlich fachkundigen, die übliche Sorgfalt anwendenden Bieter abzustellen, der mit den wichtigsten Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe vertraut ist. Erkennbarkeit ist gegeben, wenn ein solches Unternehmen den Vergabeverstoß (in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht) erkennen kann, ohne besonderen Rechtsrat einholen zu müssen (vgl. zum Ganzen grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juni 2017, VII-Verg 6/16; Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16; jeweils mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 12. März 2015, Rs. C-538/13). Angesichts dessen, dass es sich bei der ASt um ein ausländisches Unternehmen handelt, dass nicht mit den Feinheiten des deutschen Vergaberechts vertraut sein muss, steht jedenfalls die rechtliche Erkennbarkeit des Verstoßes nicht fest.

Gleiches gilt in Bezug auf die Alternativangabe der Stückzahl und auf das Unterlassen der Angabe der Ansprechpartner aus – wie die ASt vorträgt – Gründen der Geheimschutzvereinbarungen. Auch wenn anzunehmen ist, dass diese objektiven Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht von der ASt erkannt wurden, ist die rechtliche Beurteilung auch im Hinblick der angeführten Normen der VSVgV (s.u.) nicht trivial und daher nicht ohne Weiteres einem ausländischen Unternehmen als „erkennbar“ zu unterstellen.

Den ihr am 6. April 2018 mitgeteilten Ausschluss ihres Teilnahmeantrags hat sie am 10. April 2018 und damit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt.

Soweit die ASt jedoch erstmals im Nachprüfungsverfahren eine generelle Diskriminierung ihres Unternehmens gegenüber Unternehmen mit asiatischen oder deutschen Referenzen geltend gemacht hat, ist sie präkludiert. Denn diesen von ihr vorgebrachten Vergaberechtsverstoß hat sie vor Stellung des Nachprüfungsantrags nicht gegenüber der Ag geltend gemacht.

- c) Die ASt hat auch die 15-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eingehalten, indem sie noch am Tag der Nichtabhilfemitteilung den Nachprüfungsantrag gestellt hat.
2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die ASt ist von der Ag zu Recht wegen fehlender und von dieser nicht fristgerecht nachgereichter Angaben ausgeschlossen worden (§ 22 Abs. 6 S. 2 VSVgV). Auch war die Teilnahmefrist für die Bewerbung nicht unangemessen kurz, § 20 Abs. 1, 2, 4 VSVgV, so dass kein Wiedereintritt in die Bewerbungsphase geboten ist.
- a) Die Ag hatte bereits in der Bekanntmachung (vgl. § 122 Abs. 4 S. 2 GWB), dort unter Ziff. III. 2.3) für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vier Referenzen unter Nennung des Ansprechpartners des damaligen Auftraggebers verlangt. Diese Vorgabe wurde in den Unterlagen für den Teilnahmewettbewerb wiederholt und weiter konkretisiert, indem die Ag den Bewerbern u.a. das Formular „*Vorlagen für Referenzen*“ zur Verfügung stellte. Die dortige Forderung nach der „*Auftragssumme in Euro*“ bedeutet daher keine Verschärfung gegenüber den in der Bekanntmachung an die Referenzen aufgestellten Anforderungen. Denn auch in dieser wurde für die vier Referenzen eine Mindestauftragssumme von 200.000 Euro gefordert, so dass die Abfrage des Auftragsvolumens in Euro folgerichtig ist, um die Einhaltung dieser Mindestforderung überprüfen zu können.
 - aa) Die ASt hat in Bezug auf die Forderung nach der Benennung der „*Ansprechpartner beim Kunden, Telefon, E-Mail*“ in den vier von ihr eingereichten Projektreferenzen Nr. 1 bis 4 und der zusätzlichen Projektreferenz Nr. 2 („Sammelreferenz“) eine Angabe abgelehnt, indem sie die betreffende Zeile mit dem Vermerk „*Kann [bzw. Können] nicht bekannt gegeben werden*“ versehen hat. Lediglich für die zusätzliche Projektreferenz Nr. 1 [...] findet sich ein Ansprechpartner

mit Telefonnummer. Diese Referenz ist jedoch schon wegen ihres zu geringen Auftragsvolumens untauglich und daher nicht weiter zu betrachten.

In der Projektreferenz Nr. 3 fehlt zusätzlich die Angabe des Auftraggebers.

bb) In der „Sammelreferenz“ Nr. 2 hat die ASt unter „*auftraggebende Behörde*“ auf die „*entsprechenden Bestellungsbehörden der Ministerien der Verteidigung der jeweiligen Länder*“ verwiesen. Die „jeweiligen Länder“ ergeben sich aus den Länderkürzeln bei der Beschreibung der [...]. Hieraus lässt sich aber nicht ableiten, welche Behörde in dem jeweiligen Land Vertragspartner wurde. Ob es sich hierbei um das Ministerium selbst oder – analog etwa zur Behördenstruktur in Deutschland – um eine mit dem BeschA (BMI) oder BAAINBw (BMVg) vergleichbare Institution handelt – wird nicht ersichtlich. Denn anders als die Projektreferenzen Nr. 1, 2 und 4, in denen ausdrücklich die Verteidigungsministerien [...] genannt werden, sollen Auftraggeber der jeweiligen „Sammelreferenzen“ „*Bestellbehörden der Ministerien*“ sein. Ausweislich der mit dem Nachprüfungsantrag beigefügten Anlage [...] ist jedenfalls in [...] nicht das Ministerium, sondern eine [...] Auftraggeber und damit gerade kein Ministerium.

cc) Darüber hinaus hat die ASt in den von ihr eingereichten Formblättern jeweils Stückzahlen anstelle des geforderten Auftragsvolumens in Euro angegeben. Die ASt hat jedoch lediglich in der „Sammelreferenz“ Nr. 2 durch die Angabe, „*alle der aufgeführten [Aufträge] sind grösser EUR 200.000,-*“, eine für sich genommen ausreichende Auftragswerthöhe benannt.

Die ASt selbst hat vorgetragen, dass aufgrund der höchst unterschiedlichen Preise die Angabe von Stückzahlen ein deutlich besseres Bild von der Leistungsfähigkeit der Bewerber hätte abgeben können, da die Anzahl der erfolgreich produzierten Geräte eine höhere Aussagekraft zukomme als die Fähigkeit hohe Preise durchzusetzen. Dies ist für sich genommen vollkommen zutreffend. Der Vortrag der ASt belegt allerdings auch, dass Stückzahlen nicht per se mit Auftragswerten vergleichbar sind, da der sich letztlich ergebende Auftragswert von der Preisgestaltung der Unternehmen abhängt. Die Ag hat zudem in der Bekanntmachung die Auftragssummen zum Vergleichsmaßstab für die Referenzaufträge erhoben, worauf sich die ASt rügelos eingelassen hat. Insofern bedienen die Stückzahl-Angaben der

ASt auch in diesem Punkt nicht die Anforderungen der Ag (zur Alternativität der Angaben s.u. c) bb)).

Bei Gesamtbetrachtung der eingereichten Referenzen ist zu konstatieren, dass keine der mit dem Teilnahmeantrag eingereichten Referenzen vollständig den Vorgaben der Ag entspricht.

- b) Soweit die Ag bei dieser Ausgangslage den Schluss gezogen hat, dass sie die unzureichenden Angaben in Bezug auf die Ansprechpartner und deren Kontaktdaten von der ASt nachfordern kann, ist dies schon fraglich, da sich § 22 Abs. 6 auf nicht vorgelegte Erklärungen und sonstige Unterlagen bezieht. Da die ASt ausdrücklich „*kann nicht benannt werden*“ in die jeweilige Zeile eingetragen hatte und somit keine Erklärung fehlt, ist schon fraglich, ob die nochmalige Anforderung der Ansprechpartner überhaupt zulässig war. Ebenso fraglich ist, ob die Ag ihre ursprünglichen Anforderungen an die Eigenerklärung zugunsten der ASt abmildern durfte, indem sie auf Angaben zu konkreten Ansprechpartnern und deren Kontaktdaten proaktiv verzichtet hat und sich mit den allgemeinen Kontaktdaten der Behörden zufrieden geben wollte.

Aus Sicht der Kammer wäre in Bezug auf die angegebenen Stückzahlen eine Aufklärung der jeweiligen Auftragssummen durchaus zulässig gewesen. Denn diese ließe sich bei Bekanntgabe des Preises seitens der ASt durch einfache Umrechnung aus den Stückzahlen ermitteln, da im Referenzvordruck jedenfalls eine Angabe vorhanden ist.

- c) Wenn man ungeachtet dessen den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 6 S. 1 VSVgV dennoch für tatbestandlich einschlägig erachtete, ist die ASt innerhalb der von der Ag gesetzten und auch nach Ansicht der ASt selbst nicht verlängerbaren Frist der Nachforderung nicht nachgekommen, so dass ihr Teilnahmeantrag zwingend auszuschließen ist, § 22 Abs. 6 S. 2 VSVgV.

Unerheblich ist dabei, dass die Aufforderung der Ag zur Nachreichung nach dem Vortrag der ASt zunächst in deren Spamordner gelandet ist. Dieser Umstand betrifft allein den Verantwortungsbereich der ASt und kann damit dem Fristablauf nicht entgegengehalten werden, zumal die Nachforderung seitens der Ag auch auf dem

Vergabeportal zum Download der ASt bereitstand. Auch diese Möglichkeit hat die ASt indes nicht wahrgenommen.

aa) Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass die Angaben zu den Ansprechpartnern der Referenzauftraggeber grundsätzlich im Internet vorhanden sind und sich die Ag die allgemeinen Kontaktdaten der Referenzgeber bei entsprechender Recherche selbst hätte beschaffen können. § 22 Abs. 4 VSVgV, der im Ausgangspunkt die Vorlagezeitpunkte für die Nachweise definiert, am Ende die Vorlagepflicht unter den zusätzlichen Vorbehalt stellt, dass die Nachweise nicht elektronisch verfügbar sind, ist insoweit nicht einschlägig. Denn die Daten in Bezug auf Ansprechpartner bei den Referenzauftraggebern sind nicht als „elektronisch verfügbar“ i.d.S. anzusehen.

Hintergrund der Norm ist es, einem Unternehmen zu ersparen, jedem Teilnahmeantrag aufs Neue immer wieder die gleichen Eignungsnachweise beifügen zu müssen. Stattdessen kann ein Bewerber Unterlagen, die üblicherweise in einem Vergabeverfahren als Eignungsnachweise verlangt werden, einer unabhängigen Stelle zum Zwecke der Prüfung vorlegen. Erfüllen die Unterlagen bestimmte Anforderungen, wird das Unternehmen als präqualifiziert zertifiziert und in einer Datenbank aufgeführt, auf die auch Auftraggeber Zugriff haben (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 22 VSVgV, Rn. 29). Elektronisch verfügbar in diesem Sinne ist ein Nachweis auch nur dann, wenn der Bewerber anstelle der geprüften Unterlagen seinem Teilnahmeantrag entweder eine Kopie des Zertifikats beifügen oder die Zertifikatsnummer angibt, unter der der öffentliche Auftraggeber auf den Nachweis zugreifen kann (Summa ebda. § 22 VSVgV, Rn. 32). Der Bewerber muss also auch bei grundsätzlich gegebener elektronischer Verfügbarkeit dem Auftraggeber einen Zugriff auf die Information ermöglichen und kann nicht – wie vorliegend geschehen – Angaben schlicht unterlassen. Nicht zum Ausdruck bringen soll die Norm daher einen generellen Rechercheauftrag zulasten des öffentlichen Auftraggebers, wenn und soweit der Bewerber keine Angaben macht. Wenn der Auftraggeber von den Bietern eine Angabe verlangt hat, muss dieser daher nicht prüfen, ob und inwieweit diesbezügliche Informationen im Internet verfügbar sind, bevor er bei fehlenden Angaben zur Ausschlussentscheidung gelangen darf.

Hinzu kommt, dass die ASt bezüglich der in der Sammelreferenz Nr. 2 zusammengefassten Aufträge allgemein „*Bestellbehörden der Ministerien*“ als Auftraggeber benannt hat, ohne diese näher zu bezeichnen. Insoweit müsste die Ag, bevor sie allgemeine Ansprechpartner im Internet finden könnte, zunächst die konkrete Behörde herausfinden. Auch insofern liegt keine Verfügbarkeit vor.

Untauglich ist insoweit auch der Verweis der ASt auf den Beschluss des LG Bonn (vom 7. November 2014, 6 T 308/14) bezüglich der Beweisführung im Rahmen eines Umschreibungsantrags eines Vollstreckungsbescheides auf den Rechtsnachfolger. Soweit in diesem Beschluss zum Ausdruck gebracht wurde, dass – entgegen der noch herrschenden Meinung (so die Kammer unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 5. Juli 2005, VII ZB 16/05, ZIP 2005, 1474) – Informationen aus amtlichen Veröffentlichungen im Internet (Bundesanzeiger, Handelsregister) offenkundig i.S.d. §§ 729, 291 ZPO sind und daher keines weiteren Beweises seitens des Antragstellers bedürfen, ist dies auf die vorliegende Konstellation nicht übertragbar. Zum einen handelt es sich bei den Kontaktdaten der Ansprechpartner schon nicht um amtliche Informationen einer zentral verfügbaren Datenbank, die „gerichtsbekannt“ sein müssen, sondern lediglich um ggf. im Internet recherchierbare Daten. Zum anderen hat der Antragsteller im Verfahren des LG Bonn die Informationen in Bezug auf die Rechtsnachfolge in seinem Umschreibungsantrag verbalisiert, lediglich aus Sicht der ersten Instanz keine deutsche Übersetzung sowie keine öffentliche mit einer Apostille versehene Beglaubigung vorgelegt. Die notwendige Information wurde vom dortigen Antragsteller demzufolge offengelegt, lediglich deren Beweiswert war umstritten. Vorliegend hat die ASt jedoch die Angabe vollständig unterlassen und die Recherche der Ag anheimgestellt. Dies verschiebt jedoch die Rollen bei der Bewerbung: Es obliegt nicht dem Auftraggeber, den Teilnahmeantrag durch eigene Recherchen zu vervollständigen, sondern vielmehr dem Bewerber, die angeforderten Informationen zu liefern.

bb) Ebenso wenig kann sich die ASt mit Erfolg darauf berufen, dass die unterlassene Angabe der Auftragssumme in Euro gemäß § 27 Abs. 5 VSVgV durch die alternativ von ihr erklärte Stückzahlangabe habe ersetzt werden dürfen.

Diese Regelung zur Vorlagemöglichkeit alternativer Nachweise soll insbesondere eine Benachteiligung von Unternehmen verhindern, die in einem anderen EU-Staat

ansässig sind als der Auftraggeber und aus Gründen, die im dortigen nationalen Recht zu finden sind, ein bestimmtes Beweismittel nicht vorlegen können (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 27 VSVgV, Rn. 80 i.V.m. § 26 VSVgV, Rn. 35; vgl. auch Erwägungsgrund 64 der Richtlinie 2009/81/EG). Primäre Zielrichtung der Norm sind daher etwa Studien- und Ausbildungsnachweise, die in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können, und spiegelt damit die in der Richtlinie 2005/36/EG enthaltenen Regeln für die gegenseitige Anerkennung von Ausbildungs- und Qualifikationsnachweisen innerhalb der Union wider. Ebenso denkbar sind unterschiedliche Zertifizierungsanforderungen oder Gütezeichen in den jeweiligen Mitgliedstaaten als Anwendungsbereich. Auch wenn man zugunsten der ASt unterstellte, dass auch der Ersatz von Angaben, wie hier in Form von Eigenerklärungen, durch alternative Erklärungen grundsätzlich unter die Norm fiele, hat sie dessen Voraussetzungen nicht eingehalten.

Denn wenn man sich als Bewerber auf andere als die geforderten Nachweise stützen will, muss man – neben der Einreichung des Nachweises – binnen der vom Auftraggeber festgelegten Frist hinreichend darlegen, dass und warum man zur Vorlage des geforderten Nachweises nicht in der Lage ist. Dies könnte allenfalls entfallen, wenn der Grund für die Unmöglichkeit offensichtlich ist (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 27 VSVgV, Rn. 80 i.V.m. § 26 VSVgV, Rn. 40; Rosenkötter in: Ziekow/Völlink; Vergaberecht, § 26 VSVgV, Rn. 3; Wagner in: Dippel/Sterner/Zeiss (Hrsg.) Praxiskommentar Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich; § 26 VSVgV, Rn. 13). Aus den Angaben in der Sammelreferenz Nr. 2 ergibt sich jedoch, dass die ASt in fünf Fällen durchaus das Überschreiten der geforderten Mindestauftragssumme von 200.000 Euro in ihrem Teilnahmeantrag hat angeben können. Die konkreten Summen hat sie auch mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegt (vgl. Anlage [...]). Mithin ist nicht offensichtlich, dass objektiv eine generelle Unmöglichkeit besteht, Auftragssummen oder Ansprechpartner mangels Freigabe des Referenzgebers anzugeben, eine Begründung, die sie letztlich auch erst in ihrer Rüge vom 10. April 2018 abgegeben hat. Die ASt war jedoch gehalten, in Bezug auf die von ihr angenommene (Teil-)Unmöglichkeit der Angabe der Auftragssummen glaubhafte Ausführungen bereits in ihrem Teilnahmeantrag zu machen. Denn § 27 Abs. 5 VSVgV setzt – ebenso wie § 26 Abs. 2 VSVgV und § 45 Abs. 5 VgV – voraus, dass der Auftraggeber bei Vorliegen

eines berechtigten Grundes diese alternativen Nachweise zulassen kann. Um diese Zulassungsentscheidung jedoch treffen zu können, d.h. ob die ASt berechtigterweise nur die Stückzahlangabe anstelle der Auftragssumme bei einzelnen Referenzen verwenden durfte, hätte die ASt ihre Schwierigkeiten, die Freigabe in Bezug auf die Auftragssumme von den jeweiligen Auftraggebern erhalten zu können, der Ag gegenüber kommunizieren müssen. Jedenfalls auf der Basis der Nachforderung der Ag vom 23. März 2018, die dezidiert die Angabe der Stückzahlen und das Fehlen der Auftragssumme moniert hat, hätte die ASt eine Erklärung abgeben müssen, weshalb ihr die Angabe des Auftragsvolumens nicht möglich ist. Dies ist indes nicht geschehen.

- d) Das Vergabeverfahren ist auch nicht deswegen in den Stand des Teilnahmewettbewerbs zurückzusetzen, weil die von der Ag gesetzte Frist für die Einreichung der Anträge nicht angemessen i.S.d. § 20 VSVgV war. Eine zu kurze Teilnahmefrist kann zwar grundsätzlich den Bewerber in seinen Beteiligungsrechten verletzen, insbesondere dann, wenn er nicht in die Lage versetzt wird, die geforderten Unterlagen rechtzeitig beizubringen. Allerdings trägt der Bewerber hierfür die Beweislast (Contag, in: Dippel/Sterner/Zeiss (Hrsg.) Praxiskommentar Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, § 20 VSVgV, Rn. 33). Die Kammer sieht es vorliegend nicht als erwiesen an, dass die Frist tatsächlich unangemessen kurz war. Im Einzelnen:

Die Ag hat zunächst die Mindestfrist des § 20 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 1 VSVgV von 30 Tagen (37 Tage abzüglich sieben Tage für die elektronisch übermittelte Bekanntmachung) eingehalten. Dass sie aufgrund der von der ASt vorgetragenen besonderen Sensibilität des Auftrags zu einer Verlängerung der Frist aufgrund der in § 20 Abs. 1 VSVgV genannten Komplexität des Auftrags verpflichtet gewesen wäre, vermag die Kammer nicht festzustellen. Denn die Ag hat keine besonders hohen Hürden bezüglich der Art der zu erbringenden Nachweise (z.B. beglaubigte Bescheinigungen des öffentlichen Auftraggebers i.S.d. § 27 Abs. 2 VSVgV) aufgestellt, sondern vielmehr Eigenerklärungen der Bewerber ausreichen lassen. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist dem Grunde nach auch unstrittig, dass für entsprechende Aufträge grundsätzlich auch Referenzen gefordert werden, so dass sich die Wirtschaftsteilnehmer hierauf einstellen können. Soweit die ASt die ungewöhnliche Abfrage des Volumens statt der Stückzahl moniert, war sie in

jedenfalls den fünf Fällen der Sammelreferenz in der Lage, ein Überschreiten der Auftragssumme zu erklären, was für sich genommen ausreichend gewesen wäre.

Zudem hat die ASt ihren Teilnahmeantrag bereits sieben Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist bei der Ag eingereicht, ohne die Vorgaben der Ag einer Bieterfrage zuzuführen oder diese zu rügen, was jedenfalls als Indiz für eine nicht zu kurze Frist gewertet werden kann.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 GWB.

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.

**Die Vorsitzende Dr. Herlemann ist
wegen Ortsabwesenheit an der
Unterschriftsleistung gehindert.**

Zeise

Zeise