



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 109/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „[...] Neubau Institutsgebäude, [...], Vorgehängte hinterlüftete Fassade“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Frerick aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 2018 am 22. Januar 2019 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der mit der Beigeladenen durch Zuschlagsschreiben vom 23. Oktober 2018 geschlossene Vertrag „[...]“ unwirksam ist.
2. Dem Antragsgegner wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Der Antragsgegner (Ag) führt derzeit ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zur Vergabe des Bauvorhabens „[...] Neubau Institutsgebäude, [...] Vorgehängte hinterlüftete Fassade“ durch. Ausgeschrieben ist die Installation einer Fassade aus Textilbeton-Fertigteilen. Das Verfahren folgt auf ein zunächst EU-weit bekannt gemachtes offenes Verfahren ([...]), auf das keine Angebote abgegeben wurden (Bekanntmachung der Ergebnisse des Vergabeverfahrens, EU-Amtsblatt vom [...]). Das nachfolgende Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wurde am 2. August 2018 eingeleitet.

Die Antragstellerin (ASt) wurde als eines von vier Unternehmen zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU) aufgefordert. Im beizufügenden Formblatt 124 (Eigenerklärung für nicht präqualifizierte Unternehmen) hieß es:

„Angaben zu Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind

Ich/Wir erkläre(n), dass ich/wir in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vergleichbare Leistungen Ausgeführt habe/haben.

Falls mein/unser Angebot in die engere Wahl kommt, werde ich/werden wir drei Referenznachweise aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren mit mindestens folgenden Angaben vorlegen:

Ansprechpartner; Art der ausgeführten Leistung; Auftragssumme; Ausführungszeitraum; stichwortartige Benennung des mit eigenem Personal ausgeführten maßgeblichen Leistungsumfanges einschl. Angabe der ausgeführten Mengen; Zahl der hierfür durchschnittlich eingesetzten Arbeitnehmer; stichwortartige Beschreibung der besonderen technischen und gerätespezifischen Anforderungen bzw. (bei

Komplettleistung) Kurzbeschreibung der Baumaßnahme einschließlich eventueller Besonderheiten der Ausführung; Angabe zur Art der Baumaßnahme (Neubau, Umbau, Denkmal); Angabe zur vertraglichen Bindung (Hauptauftragnehmer, ARGE-Partner, Nachunternehmer); ggf. Angabe der Gewerke, die mit eigenem Leitungspersonal koordiniert wurden; Bestätigung des Auftraggebers über die vertragsgemäße Ausführung der Leistung“

Die ASt gab am 3. September 2018 ein Angebot ab. Daneben gingen zwei weitere Angebote, das der Beigeladenen (Bg) und ein weiteres Angebot ein. Das Angebot der ASt wies den günstigsten Preis aus. Mit Schreiben vom 10. September 2018 forderte der Ag unter Ziffer 2. (Geforderte Nachweise/Angaben/ Unterlagen, die auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle einzureichen sind) sowohl von der ASt als auch von der Bg mit einer Frist von 12 Kalendertagen die Vorlage von:

„2.1 Einzelnachweise und Bescheinigungen Ihres Unternehmens:“

Nachweise und Bescheinigungen gemäß Formblatt 124

- bestätigter Umsatz der letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahre
- drei Referenznachweise von durchgeführten Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind
- gegliederte Aufstellung der Anzahl der Arbeitskräfte der letzten 3 Geschäftsjahre
- Gewerbeanmeldung (kein Gewerbezentralregisterauszug)
- Handelsregisterauszug
oder
formlose Erklärung, dass Ihr Betrieb nicht zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet ist
- Eintragung in die Handwerksrolle oder IHK
oder
formlose Erklärung, dass eine Eintragung in die Handwerksrolle oder bei der IHK für Sie nicht verpflichtend ist
- Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse
oder
formlose Erklärung, dass Ihr Betrieb nicht beitragspflichtig ist
- Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes oder Bescheinigung in Steuersachen
oder
formlose Erklärung, dass Ihr Finanzamt keine derartigen Bescheinigungen ausstellt
- Freistellungsbescheinigung nach § 48 EStG
- Qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft“

Mit Schreiben vom 14. September 2018 reichte die ASt Unterlagen ein. Bei den vorgelegten drei Referenznachweisen machte die ASt keine Angaben zum maßgeblichen Leistungsumfang einschließlich ausgeführter Mengen, zur Zahl der durchschnittlich eingesetzten Arbeitnehmer und zu den besonderen technischen und gerätespezifischen

Anforderungen. Eine Bestätigung des Auftraggebers über die vertragsgemäße Ausführung der Leistung fehlte. Die von der ASt eingereichte qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft war im Zeitpunkt der Absendung (Hochladen auf der Vergabeplattform) gültig. Ihr Gültigkeitszeitraum lief allerdings in den nächsten Tagen ab. In einer E-Mail vom 19. September 2018 des mit der Prüfung beauftragten Ingenieurbüros wurde die ASt aufgefordert, aktuelle und vergleichbare Referenzen im Hinblick auf eine Betonfassade einzureichen. Die ASt übersandte mit E-Mail vom 21. September 2018 eine um zusätzliche Referenzen ergänzte Liste.

Auch die Bg reichte die angeforderten Unterlagen ein. Für die in Formblatt 124 aufgeführten Angaben zu drei vergleichbaren Referenzen verwendete sie ein Formblatt (444). In diesem Formblatt ließ sie Angaben zur Zahl der durchschnittlich eingesetzten Arbeitnehmer sowie eine stichwortartige Beschreibung der besonderen technischen und gerätespezifischen Anforderungen offen.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2018 informierte der Ag die ASt mit formlosen Schreiben darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Es liege ein Hauptangebot mit einem niedrigeren Preis vor. Angaben zum beabsichtigten Zeitpunkt der Erteilung des Zuschlags sowie zum Zuschlagsdestinatär enthielt das Schreiben nicht. Am 23. Oktober 2018 wurde an die Bg per Telefax ein Schreiben des Ag (Datum vom 15. Oktober 2018) versandt, in dem dieser der Zuschlag („[...]“) erteilt wurde.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Oktober 2018 rügte die ASt gegenüber dem Ag die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig, weil sie das preislich günstigste Angebot abgegeben habe. Der Ag half der Rüge mit Schreiben vom 26. Oktober 2018 nicht ab. Es bestehe nunmehr Zweifel an der Eignung der ASt im Hinblick auf ihre technische Leistungsfähigkeit. Mit weiterem Schreiben vom 30. Oktober 2018 rügte die ASt durch ihren Verfahrensbevollmächtigten den Ausschluss des Angebots im Hinblick auf unklare Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen und forderte den Ag auf, von dem beabsichtigten Zuschlag auf ein Angebot eines anderen Bieters Abstand zu nehmen.

Mit Schreiben vom 31. Oktober 2018 erklärte der Verfahrensbevollmächtigte des Ag, bislang sei kein den Anforderungen des § 134 GWB entsprechendes Absageschreiben ergangen, so dass eine Zuschlagserteilung nicht möglich sei. Es wurde zugesagt, dass ein Zuschlag vorerst nicht erteilt werde. Mit Schreiben vom 6. November 2018 erklärte der Ag, dass die ASt auch aus formellen Gründen auszuschließen sei.

Mit Schreiben vom 8. November 2018 informierte der Ag die ASt mit förmlichem Absageschreiben darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da begründete Zweifel an ihrer Eignung bestünden. Der erfolgreiche Bieter (die Bg) wurde in diesem Schreiben nicht genannt. Die ASt rügte mit weiterem Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 14. November 2018. Der Ag half mit anwaltlichem Schreiben vom 15. November 2018 nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30. November 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an den Ag übermittelt.
3. Nach der Erörterung des Sach- und Streitstands in der mündlichen Verhandlung am 20. Dezember 2018 regte der Verfahrensbevollmächtigte des Ag die Verlängerung der Entscheidungsfrist der Vergabekammer über die anstehenden Feiertage an, um die weitere Vorgehensweise mit seiner Mandantin besprechen zu können. Der Ag sei erst im neuen Jahr wieder erreichbar. Das Anliegen des Verfahrensbevollmächtigten des Ag erging vor dem Hintergrund der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Rechtsauffassung der Vergabekammer, dass die Anforderung der Eignungsnachweise an einem Transparenzmangel leide oder jedenfalls das Angebot der Bg gleichermaßen auszuschließen sei.

Am 21. Dezember 2018 versandte die Vergabestelle des Ag über die Vergabepattform eine Nachricht an die ASt: „fordern wir Sie hiermit – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – vorsorglich noch einmal auf, 3 Referenznachweise von durchgeführten Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, bis zum 09.01.2019 einzureichen“. Als Referenznachweise sollten Referenzbescheinigungen nach dem Formblatt 444 vorgelegt werden. Bestimmte Angaben im Formblatt wurden als entbehrlich erklärt. Vorzulegen waren aber insbesondere Angaben zum im eigenen Betrieb erbrachten Leistungsumfang, zum Auftragswert und Angaben des Referenzgebers.

Im Nachprüfungsverfahren erklärte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt mit Schriftsatz vom 9. Januar 2019 die Nachforderung im Hinblick auf die Weihnachtsfeiertage, den Jahreswechsel und die Betriebsferien von Bauunternehmen als unangemessen kurz hinsichtlich der Fristsetzung. Die ASt habe die angeforderten Referenzbescheinigungen gleichwohl wie gefordert an den Ag versandt.

Am nächsten Tag, 10. Januar 2019, übersandte der Ag der Vergabekammer die Prüfung und Bewertung der eingereichten Referenzbescheinigungen. Die Feststellung, dass die

nachgewiesenen Referenzen nicht vergleichbar seien, weil sie keinen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die konkret ausgeschriebenen Leistungen zuließen, sei von dem Beurteilungsspielraum des Ag gedeckt. Das Angebot der ASt sei aufgrund fehlender materieller Eignung auszuschließen.

4. Nach Auffassung der ASt ist der Nachprüfungsantrag weiterhin begründet. Der mit der Bg geschlossene Vertrag sei nach § 135 Abs. 1 GWB unwirksam. Der Ag habe mehrfach unzutreffende Begründungen für die von ihm favorisierte vergaberechtliche Entscheidung angeführt. Die zuletzt getroffene Ausschlussentscheidung des Ag sei vergaberechtswidrig und verletze die ASt in ihren Rechten, weil die Nachforderung von Referenzbescheinigungen unangemessen kurz gewesen sei.

- a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig.

Bei der Ag handele es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB. Die ASt sei antragsbefugt. Wirksame Ausschlussgründe nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A lägen nicht vor. Die ASt habe, wie im Schreiben der Ag vom 10. September 2018 gefordert, die jeweiligen Unterlagen nachgereicht. Nachforderungen seien hinsichtlich der Referenzen nicht erfolgt. Die ASt sei zutreffend zunächst im Wettbewerb belassen worden.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Ein Vertrag mit dem für den Zuschlag ausgewählten Unternehmen sei von Anfang an unwirksam. Die Bieterinformation vom 8. November 2018 habe nicht den Vorgaben des § 134 GWB entsprochen, da dort der Name des obsiegenden Bieters nicht genannt worden sei.

Der mit dem Vergabevermerk des Ag vom 10. Januar 2019 dokumentierte Ausschluss der ASt sei vergaberechtswidrig und verletze diese in ihren Rechten.

Die Nachforderung von Referenzbescheinigungen nach der mündlichen Verhandlung am 21. Dezember 2018 und deren Berücksichtigung im laufenden Nachprüfungsverfahren sei prozessual als verspäteter Vortrag zu betrachten. Angesichts der bereits erfolgten Zuschlagserteilung im Oktober 2018 und der damit verbundenen Beendigung des Vergabeverfahrens hätten Verfahrenshandlungen, wie die Nachforderung von Referenzen nicht nachgeholt werden können, bevor die verfahrensbeendende Zuschlagserteilung nach § 135 GWB durch die Vergabekammer nicht für unwirksam erklärt worden sei. Im Übrigen sei das Nachfordern von Referenzbescheinigungen durch den Ag im Hinblick auf die Weihnachtsfeiertage, den

Jahreswechsel und die allgemein bekannten Betriebsferien von Bauunternehmen unangemessen kurz gewesen. Die ASt habe keine Möglichkeit gehabt, innerhalb der zuletzt genannten Frist zum 9. Januar 2019 die geforderten Referenzen zu vergleichbaren Bauleistungen vorlegen zu können. Aufgrund des Erfordernisses der Bestätigung durch den jeweiligen Auftraggeber habe sie aufgrund der Feiertage und der Ferienzeit keine positiveren Referenznachweise zusammentragen können. Bei Einräumung einer angemessenen Frist wäre es ihr möglich gewesen, Referenzen einschließlich der geforderten Bescheinigungen vorzulegen, die die Vergleichbarkeit bisher ausgeführter Leistungen zu denen des Vergabeverfahrens nachweisen könnten.

Die ASt beantragt nunmehr:

1. Festzustellen, dass der von dem Antragsgegner mit der Beigeladenen geschlossene Bauvertrag zum [...] - unwirksam ist.
2. Festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist.
3. Hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.
4. Dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt sei notwendig.

b) Der Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 30. November 2018 wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird für notwendig erklärt.

Nach Auffassung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag hat sich der Nachprüfungsantrag in sonstiger Weise erledigt. Es lägen keine Rechtsverletzungen der ASt mehr vor.

Der Ag sei öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB. Aufgrund der für das Haushaltsjahr 2018 veranschlagten Zuwendungen von Bund und Ländern sei der Ag

davon ausgegangen, dass er in diesem Jahr zu mehr als 50% und damit überwiegend von Bund und Ländern finanziert werde. Eine Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 4 GWB liege hingegen nicht vor. Zwar sei eine Subventionierung von mehr als 50% des Bauvorhabens durch öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB gegeben. Dies sei der Fall, weil die Kosten für die Erschließung und Erstausrüstung nicht eingerechnet seien, aber auch von Bund und Land [...] getragen würden. Allerdings sei hier keines der aufgezählten Bauvorhaben betroffen. Das Institutsgebäude diene der Forschung und Entwicklung und sei keine zu einer Hochschule gehörende oder mit einer Hochschule vergleichbare Bildungseinrichtung. Es handele sich auch nicht um ein dem Allgemeininteresse dienendes Verwaltungsgebäude.

Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls nun unbegründet. Die im Vergabenaachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße seien durch die nochmalige Anforderung der Referenzbescheinigungen geheilt worden.

Das Angebot der ASt sei aufgrund fehlender materieller Eignung auszuschließen und der Nachprüfungsantrag zumindest aus diesem Grund zurückzuweisen. Die Prüfung und Bewertung der nach der mündlichen Verhandlung nachgeforderten drei Referenzen habe ergeben, dass diese nicht vergleichbar seien. Die Referenzen ließen keinen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit der ASt für die konkret ausgeschriebene Leistung zu. Die Bewertung sei von dem dem Ag zustehenden Beurteilungsspielraum gedeckt. Der Verfahrensbevollmächtigte des Ag verzichtete auf die Durchführung einer erneuten mündlichen Verhandlung und stimmte einer Entscheidung nach Lage der Akten zu.

- c) Mit Beschluss vom 10. Dezember 2018 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg weist darauf hin, dass aufgrund der 3 cm dünnen Fertigteile aus Beton das Handling der Platten sehr schwierig sei. Diese könnten schon bei unsachgemäßen Anheben leicht zerbrechen. Die Bg habe auftragsgemäß im Oktober mit den Arbeiten begonnen. Die technische Bearbeitung sei abgeschlossen. Sämtliche Zulieferer der Baustoffe und Bauteile seien beauftragt. Die Bg nehme an Baubesprechungen teil.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit diese entscheidungsrelevant war und keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 20. Dezember 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 20. Dezember 2018 wurde die Entscheidungsfrist zunächst bis zum 18. Januar 2019 verlängert. Infolge der während des Verfahrens vorgenommenen Nachforderung weiterer Referenznachweise bei der ASt und deren Prüfung und Bewertung durch den Ag hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist durch Verfügung vom 18. Januar 2019 wegen der Einräumung weiterer Schriftsatzfristen für ASt und Ag noch einmal bis zum 25. Januar 2019 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist im Hinblick auf den von der ASt zuletzt geltend gemachten Vergabeverstoß (unangemessene kurze Frist für die Einreichung von Referenzen nebst Auftraggeberbescheinigungen) statthaft und zulässig (hierzu 1.) sowie begründet (hierzu 2.). Der ASt ist eine angemessene Frist zur Vorlage der von ihr geforderten Nachweise und Bescheinigungen zu gewähren. Der bereits mit der Bg erfolgte Vertragsschluss steht dem nicht entgegen, da Erteilung des Zuschlags gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam ist (hierzu 3.).

1. Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft und zulässig.

a) Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft. Der Ag ist jedenfalls in diesem Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB. Nach der Erklärung des Ag im Nachprüfungsverfahren ist er aufgrund der für das Haushaltsjahr 2018 veranschlagten Zuwendungen von Bund und Ländern davon ausgegangen, in diesem Jahr zu mehr als 50% und damit überwiegend von Bund und Ländern finanziert zu werden. Die Vergabekammer hat keinen Anlass hieran zu zweifeln und geht daher für das vorliegende Verfahren von einer Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB aus.

b) Der Nachprüfungsantrag ist auch zulässig.

Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Sie hat Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt haben können.

Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen. Im Hinblick auf die nachgeholte Einforderung von Referenznachweisen hat die ASt die zu kurz bemessene Frist für die Einreichung der Referenzbescheinigungen einschließlich Bestätigungsvermerk der jeweiligen Auftraggeber im Schriftsatz am 9. Januar 2019 im Nachprüfungsverfahren gerügt. Eine gesonderte Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB war nicht erforderlich. Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit besteht darin, Vergaberechtsfehler in einem möglichst frühen Stadium zu korrigieren und unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB („vor Einreichen des Nachprüfungsantrags“) kann der Antragsteller einen im bereits anhängigen Nachprüfungsverfahren erkannten Verstoß sofort zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens machen, ohne ihn gegenüber der Vergabestelle rügen zu müssen (vgl. Wiese in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum Vergaberecht. 4. Auf. 2016, § 160 Rn. 180). Ein Verstoß gegen die Verfahrensförderpflicht gemäß §§ 175 Abs. 2, 167 Abs. 2 S. 1 GWB durch die ASt ist hier nicht erkennbar. Insbesondere hat sie zunächst versucht, trotz der von ihr letztlich beanstandeten Fristsetzung, dem Anliegen des Ag nachzukommen und zum von der Ag gesetzten Zeitpunkt die bis dahin von ihr eingeholten Unterlagen nachgereicht. Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt hat sodann mit Schriftsatz vom 9. Januar 2019 – also am Tag des Ablaufs der dem ASt vom Ag gesetzten Frist - die unangemessene kurze Fristsetzung in das Nachprüfungsverfahren eingebracht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Das Angebot der ASt ist weder wegen einer mittlerweile abgelaufenen qualifizierten Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft auszuschließen (hierzu a)) noch ist es wegen des am 10. Januar 2019 erfolgten negativen Befundes hinsichtlich der am 9. Januar 2019 von der ASt vorgelegten Referenzen auszuschließen, da die Vorlagefrist hierfür unangemessen kurz bemessen war (hierzu b)).
 - a) Einer Rechtsverletzung der ASt steht nicht entgegen, dass sie eine in den Vergabeunterlagen geforderte qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegt hat, deren Gültigkeitszeitraum kurz nach Vorlage abgelaufen ist. Mit der Unbedenklichkeitsbescheinigung ist die Information der jeweiligen Berufsgenossenschaft über die Mitgliedschaft des Unternehmens verbunden. Gleichzeitig wird bescheinigt, dass bis zum Tag der Ausstellung der Bescheinigung die Beiträge gezahlt wurden. Während der Laufzeit der sogenannten qualifizierten

Unbedenklichkeitsbescheinigung erfolgt ferner eine gesetzliche Entlastung von der Hauptunternehmerhaftung nach § 150 Abs. 3 Sozialgesetzbuch VII im gewerblichen Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer. Nach derzeitiger Sachlage werden sogenannte qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigungen von den verschiedenen zuständigen tariflichen Sozialkassen nicht gleichermaßen ausgestellt. Einige Sozialkassen stellen offenbar noch keine qualifizierten Unbedenklichkeitsbescheinigungen aus. Andere stellen zum Teil Bescheinigungen nur mit einer Gültigkeit von wenigen Monaten aus (vgl. Informationen der Deutschen Gesellschaft für Qualifizierung und Bewertung mbH, www.home.dqb.info). Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass sie eine neue Bescheinigung erst nach Ablauf der gültigen beantragen/erlangen kann. Eine Klärung der Frage, ob aufgrund dieser Umstände ein Angebot aus formellen Gründen wegen Nichtvorlage einer geforderten Erklärung auszuschließen ist, kann hier allerdings offen bleiben: Jedenfalls im Zeitpunkt der Vorlage war die qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung gültig. Eine Erneuerung einer zwischenzeitlich abgelaufenen Bescheinigung ist durch die Vergabestelle bei Bedarf entsprechend einzufordern.

- b) Die von der Vergabestelle des Ag am Tag nach der mündlichen Verhandlung gegenüber der ASt erklärte Nachforderung von drei Referenznachweisen bis zum 9. Januar 2019 war unangemessen kurz.

Im Hinblick auf die anstehenden Weihnachtsfeiertage sowie den Jahreswechsel und die damit ebenfalls verbundenen Feiertage bestand für die ASt für die Vorlage der vollständigen Referenzbescheinigungen das Problem der Erreichbarkeit der jeweiligen Referenzgeber. Hinzu kommt, dass es sich hier um einen Zeitraum handelt, der durch stark erhöhte Urlaubsabwesenheiten oder vollständige Betriebsschließungen gekennzeichnet ist. Auch die Ag selbst war nach Auskunft ihres Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung am 20. Dezember 2018 bis ins neue Jahr nicht erreichbar. Im Fall einer von der Vergabestelle in Kenntnis der Umstände gesetzten knappen Frist kann es unter Umständen zu einer vergaberechtswidrigen Benachteiligung des Bieters kommen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05. Oktober 2016, VII-Verg 24/16 zur unzulässigen Verkürzung der Wartefrist § 101a GWB a.F. während gesetzlicher Feiertage). Die ASt hat insoweit nachvollziehbar vorgetragen, dass die Nachforderung der Referenzbescheinigungen im Hinblick auf die Weihnachtsfeiertage, den Jahreswechsel und die Betriebsferien von

Bauunternehmen sowie Abwesenheitszeiten von öffentlichen Auftraggebern unangemessen kurz war. Bei Einräumung einer angemessenen Frist wäre es ihr möglich gewesen, Referenzen vorzulegen, die die Vergleichbarkeit bisher ausgeführter Leistungen zu denen des Vergabeverfahrens nachweisen könnten. Die Einräumung einer Frist bis Dienstag, den 9. Januar 2019, ist aus Sicht der Vergabekammer im Hinblick auf die Notwendigkeit, externe Bestätigungen der Referenzauftraggeber einzuholen in der Tat zu knapp bemessen. Der ASt ist darin zu folgen, dass sie mit einem längeren Zeitraum bessere Möglichkeiten gehabt hätte, um aus ihrer Sicht positivere Referenzen auszuwählen und vorzulegen. Der Ag hätte der ASt insoweit einen angemessen langen Zeitraum einräumen müssen.

Die auf der Basis der zum 9. Januar 2019 eingereichten Referenznachweise schon am 10. Januar 2019 durchgeführte und der Vergabekammer sofort vorgelegte neuerliche Prüfung der Eignung ist daher vergabefehlerhaft. Die damit verbundene Entscheidung, den Zuschlag weiterhin an die Bg zu erteilen, ist damit vergaberechtswidrig.

Bei einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens ist die Ag verpflichtet, der ASt eine angemessene Frist zur Vorlage einzuräumen. Die Eignungsprüfung ist auf der Basis der neu eingereichten Referenznachweise durchzuführen.

3. Der bereits mit der Bg abgeschlossene Vertrag steht der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens nicht gemäß § 168 Abs. 2 S. 1 GWB entgegen. Der Ag hat gegen § 134 GWB verstoßen, indem er die ASt vor der Erteilung des Zuschlags an die Bg unzureichend über die Nichtberücksichtigung des eigenen Angebots informierte. Zu einer korrekten Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 GWB und Einhaltung einer Wartefrist nach Absatz 2 war der Ag verpflichtet. Beide an die ASt übermittelten Informationsschreiben waren angesichts der in § 134 GWB aufgestellten Anforderungen mit schwerwiegenden Fehlern behaftet. Das Schreiben vom 22. Oktober 2018 enthielt weder die Nennung eines Zuschlagsdestinatärs noch die Nennung eines Zeitpunktes für den vorgesehenen Zuschlag; zudem enthielt es einen objektiv falschen Ablehnungsgrund (den Angebotspreis der ASt). Das zweite Informationsschreiben vom 8. November 2018 enthielt zwar den tatsächlichen Grund für die Ablehnung des Angebots der ASt, aber wiederum keine Angabe eines Zuschlagsempfängers. Zudem erging dieses Schreiben als der Zuschlag längst erteilt war. Die Durchführung des Vertrags wurde entgegen anders lautender Erklärungen im Rügeschriftverkehr zwischen den Verfahrensbevollmächtigten der ASt und Ag nicht einmal ausgesetzt. Vielmehr hat die Bg die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten nach Zuschlagserteilung im Oktober

2018 – offenbar mangels anderer Informationen – aufgenommen und bis zur mündlichen Verhandlung fortgesetzt. So hat sie z.B. die benötigten Textilfaser-Betonelemente bereits bestellt und auch bis zuletzt an Baubesprechungen teilgenommen.

Des Weiteren sind die für das vorliegende Verfahren besonderen Fristen des § 135 Abs. 2 GWB gewahrt. Die ASt hat erst durch die im Nachprüfungsverfahren erfolgte Akteneinsicht erfahren, dass der Zuschlag bereits kurz nach der ersten Mitteilung über die Vergabeentscheidung erteilt wurde.

Das für einen Antrag nach § 135 Abs. 2 GWB erforderliche schutzwürdige Feststellungsinteresse der ASt liegt vor. Die ASt macht geltend, durch den Vertragsschluss mit der Bg, über den sie nicht korrekt informiert worden sei, in ihren eigenen Zuschlagschancen beeinträchtigt worden zu sein. Wenn die Vergabekammer die Unwirksamkeit dieses Vertrags feststellt, besteht die Möglichkeit, dass die ASt den entsprechenden Auftrag noch erlangt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11).

Nach alledem ist der zwischen dem Ag und der Bg geschlossene Vertrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

Die Bg hat sich zwar mit eigenem Sachvortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt, der allerdings nicht als derart substantiell angesehen werden kann, dass sie hierdurch ein eigenes Prozessrechtverhältnis zur ASt begründet hat. Die Bg hat zudem keine Sachanträge gestellt. Sie ist daher nicht als unterliegende Partei anzusehen und an den Kosten des Verfahrens und den Aufwendungen des ASt zu beteiligen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren aufgrund der Komplexität des Sachverhalts und der damit einhergehenden Rechtsfragen die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.

Behrens

Brauer