



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 29/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Ochner auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 2020 am 28. Mai 2020 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehendem Vergabewillen das Vergabeverfahren in den Stand vor Durchführung der Wertung unter Ausschluss der Beigeladenen zurück zu versetzen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin als Gesamtschuldner.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zum oben genannten Beschaffungsvorhaben durch. Hierzu heißt es in der Auftragsbekanntmachung unter II.2.4 (und vergleichbar in der Leistungsbeschreibung unter 1.):

[...]

Der Dienstleistungsauftrag soll am 1. August 2020 beginnen und eine Laufzeit von vier Jahren haben. Zuschlagskriterium ist der Preis.

- a) Soweit für das vorliegende Verfahren von Relevanz, enthalten die Auftragsbekanntmachung bzw. die Vergabeunterlagen folgende Eignungsanforderungen:

- Es waren Referenzen vorzulegen (III.1.3). Hierzu galt folgende Einschränkung:

„Leistungen, welche für Unternehmen erbracht wurden, die mit dem Bieter konzernmäßig oder sonst wirtschaftlich verbunden sind, können nicht als Referenzauftrag akzeptiert werden, da es sich um Aufträge für wirtschaftlich unabhängige Dritte handeln muss.“

- Außerdem waren ein aktuelles Zertifikat nach DIN EN ISO 9001:2015 oder gleichwertig sowie ein aktuelles Zertifikat nach DIN ISO 14001:2015 oder gleichwertig mit dem Angebot einzureichen.
- Gleiches galt für eine aktuelle [...].
- Im Angebotsvordruck wurden unter Punkt 4 Angaben zu Unterauftragnehmern abgefragt. Sofern zumutbar war der Unterauftragnehmer zu benennen. Weiter waren die betreffende Leistung und der Anteil am Gesamtauftrag in Prozent anzugeben. Bezüglich des Unterauftragnehmers war weiter eine Erklärung des Bieters hinsichtlich des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB abzugeben.

- Für den Fall einer Eignungslleihe war vorgegeben, dass die geforderten Nachweise zur Eignung hinsichtlich des Eignungsverleihers insoweit beigebracht werden müssen, als sie einen Teilbereich der Leistung betreffen, für den der Eignungsverleiher benannt ist.

b) Antragstellerin (ASt) und Beigeladene (Bg) reichten fristgerecht Angebote ein.

Relevant für das vorliegende Nachprüfungsverfahren sind folgende Aspekte aus dem Angebot der Bg:

- Das von der Bg mit dem Angebot eingereichte Zertifikat eines akkreditierten Zertifizierungsunternehmens lautet im Wesentlichen:

[...]

Die Bg führte in einem Begleittext „*Eigenerklärung – ISO Zertifikate*“ aus:

„Anbei finden Sie das gültige Zertifikat nach DIN EN ISO 9001 : 2015 und DIN ISO 14001 : 2015 der [...], welches jedoch noch auf die Firmierung der „[...]“ ausgestellt wurde.

Die [...] entstand 2019 durch die Ausgliederung des Geschäftsbereichs „[...]“ der [...] in Wege der Ausgliederung nach Umwandlungsgesetz auf die neu gegründete [...].“

Die Bg hatte in ihrem Angebot zwei Unterauftragnehmer zur Auftragsdurchführung vorgesehen, die zusammen 100 % der Leistung erbringen sollen.

- Des Weiteren reichte die Bg mit ihrem Angebot eine Referenz eines Unternehmens ein, mit dem die [...] konzernmäßig verflochten ist. Die Referenz bezog sich auf einen Zeitraum, in dem der damalige Geschäftsbereich Business [...] die Leistung erbracht hatte.
- Die Bg hatte keine aktuelle [...] vorgelegt, aber eine Eigenerklärung zum Vorhandensein der Lizenz.

c) Die Ag richtete am 31. Januar 2020 ein Schreiben an die Bg. Danach bedurfte das Angebot der Bg „in den nachfolgenden Punkten jedoch der Aufklärung beziehungsweise der Übersendung von Unterlagen: (...).“ Konkret in Bezug auf die Vorlage von Zertifikaten sowie

der [...] nimmt die Ag Bezug darauf, dass die Bg das Vorhandensein der Zertifikate und der Lizenz in Form einer Eigenerklärung bestätigt habe. Die Ag führt des Weiteren aus:

„Ich bitte Sie aber nunmehr um Vorlage einer Kopie der Zertifikate und der [...] sowohl für Ihr Unternehmen als auch für die Unternehmen, die Sie als Unterauftragnehmer benannt haben. Soweit die aktuellen Zertifikate und Lizenzen noch nicht vorliegen, bitte ich um Übersendung der entsprechenden Nachweise aus dem Jahr 2019.“

Ein weiterer Punkt der Rückfrage bezieht sich auf einen Referenzauftraggeber, mit dem die Bg nach Kenntnis der Ag im Zeitpunkt der Leistungserbringung konzernmäßig verbunden gewesen sei.

Die Bg beantwortete die Anfrage fristgerecht am 10. Februar 2020. Zu den Zertifikaten nach DIN ISO führte die Bg aus:

„Die [...] ist nach der ISO-Norm 9001 : 2015 und 14001 : 2015 zertifiziert. Der Nachweis hierüber liegt Ihnen bereits vor. Die von uns angegebenen Unterauftragnehmer (...) und sind zum derzeitigen Zeitpunkt noch nicht eigenzertifiziert. Die Zertifizierung dieser beiden Unternehmen wird im Rahmen der Rezertifizierung der [...] im Laufe des Jahres 2020 erfolgen. Gleichwohl können wir Ihnen versichern, dass die beiden von uns benannten (...) Unterauftragnehmer bereits zum heutigen Zeitpunkt nach den Vorgaben der ISO-Norm 9001 : 2015 und 14001 : 2015 arbeiten.“

In einem zweiten Aufklärungsersuchen vom 13. Februar 2020 bat die Ag um Bestätigung des Verständnisses der Ag, dass die Bg die gesamte Leistungserbringung zu 100 % durch die beiden Subunternehmer erbringen wolle. Dies bestätigte die Bg fristgerecht.

Im Aktenvermerk „Auswertung der Aufklärungen durch die [...] vom 10.2.2020 und vom 17.2.2020 hinsichtlich der Eignung des Bieters“ (Bl. 285 der Vergabeakte) kommt die Ag zu dem Ergebnis, die Aufklärung durch die Bg habe ergeben, dass die Bg ihre Eignung ausreichend nachgewiesen habe. Bezüglich der Zertifikate und der [...] führt die Ag aus, dass die Bg das Vorhandensein im Angebot mit Eigenerklärungen bestätigt habe und im Rahmen der Aufklärung weitere Nachweise und Erklärungen hinsichtlich ihrer Eignung vorgelegt habe. Eine Eignungsleihe gem. § 47 VgV sei nicht gegeben, da sich die Bg im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit nicht der Eignung eines anderen Unternehmens bediene. Im Rahmen der Aufklärung vom 31. Januar 2020 seien sicherheitshalber die Nachweise sowohl vom Bieter als auch von den angegebenen Unterauftragnehmern erbeten worden, für den Fall, dass sich die Bg hinsichtlich der geforderten Eignungsnachweise auf

die Unterauftragnehmer hätte stützen müssen. Der Unternehmensübergang durch die Ausgliederung des Geschäftsbereichs der [...] der [...] im Jahre 2019 sei angesichts der durch den Bieter vorgelegten Eigenerklärungen und Nachweise unerheblich. Die Aufklärung bezüglich der Referenz habe ergeben, dass die Bg zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht mehr wirtschaftlich mit dem Referenzbeauftragter verbunden gewesen sei; nach dem Wortlaut der Klausel in Ziffer 11.1.c) der Aufforderung zur Angebotsabgabe, wonach es sich bei den Referenzgebern um wirtschaftlich unabhängige Dritte handeln müsse, sei allein der Zeitpunkt der Angebotsabgabe relevant, nicht dagegen der Zeitpunkt der Erbringung der Referenzleistung. Denn eine wirtschaftliche Abhängigkeit in der Vergangenheit stelle die Neutralität der Aussage des Referenzgebers nicht in Frage.

Mit Aktenvermerk vom 11. März 2020 (Bl. 294 der Vergabeakte) wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bg getroffen, da diese das wirtschaftlichere Angebot abgegeben habe.

- d) Am 19. März 2020 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass der Zuschlag an die Beigeladene (Bg) erteilt werden solle, da diese das wirtschaftlichere Angebot abgegeben habe.

Mit Schreiben vom 23. März 2020 rügte die ASt den vorgesehenen Zuschlag. Sie führte aus, aus dem Markt heraus Kenntnis davon zu haben, dass nicht die Bg selbst sondern ein anderes Unternehmen als Unterauftragnehmer den Auftrag zu 100 % ausführen werde. Dieser Subunternehmer sei selbst nicht nach DIN ISO 9001 und 14001 zertifiziert, was jedoch bei leistungsbezogenen Eignungskriterien erforderlich sei. Der Zuschlag dürfe daher nicht an die Bg erteilt werden.

Mit Schreiben vom 26. März 2020 wies die Ag die Rüge zurück. Sie begründete dies insbesondere damit, dass die Vergabeunterlagen im Fall einer Unterauftragsvergabe lediglich vorsähen, dass Art und Umfang des Auftragsverhältnisses und der Subunternehmer benannt würden. Eignungsnachweise seien vom Subunternehmer jedoch nicht zu verlangen. Hierin unterscheide sich der (einfache) Nachunternehmer gerade vom Eignungsleiher.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 2. April 2020 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

- a) Die ASt rügt dabei im Ausgang, dass nach ihrer Marktkenntnis nicht die Bg, sondern ein Subunternehmer die ausgeschriebene Leistung zu 100 % erbringen werde, welcher jedoch nicht nach DIN ISO 9001 und 14001 zertifiziert sei. Dies stelle einen Verstoß gegen § 36 Abs. 5 VgV, § 122 Abs. 1 GWB sowie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar.

§ 36 Abs. 5 VgV sei drittschützend. Dies ergebe sich einmal aus einem Vergleich mit den Fällen unauskömmlicher Angebote, in denen die Prüfungspflicht des Auftraggebers in der Rechtsprechung ebenfalls als drittschützend anerkannt sei. Auch sei § 36 Abs. 5 VgV Ausfluss des bieterschützenden Grundsatzes der Eignung aus § 122 GWB.

Unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung führt die ASt aus, dass § 36 Abs. 5 VGV vom Auftraggeber verlange, neben den Ausschlussgründen der §§ 123, 124 GWB auch die Eignung der Nachunternehmer zu prüfen, wobei eine Orientierung an den als für die Leistungserbringung in der Auftragsbekanntmachung benannten wesentlichen Eignungskriterien zu erfolgen habe, nicht nur an den ausdrücklich in Hinblick auf die Nachunternehmer benannten Kriterien. Im Rahmen der Auftragsbekanntmachung wie auch der Leistungsbeschreibung habe die Ag darauf hingewiesen, dass ihr die Einhaltung ihrer Vorgaben wichtig sei, was auch die Qualität der Leistung und damit die Zertifizierung der Unternehmen nach DIN 9001 wie auch 14001 umfasse. Sofern der Nachunternehmer diese leistungsbezogenen Eignungskriterien nicht erfülle, sei er gem. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB auszuschließen. Bei einer 100 %-igen Übertragung der Leistungserbringung könne als „erforderlicher“ Nachweis i.S. dieser Norm nicht nur die Eigenerklärung zum beabsichtigten Einsatz von Nachunternehmern gelten. In Konsequenz sei die Ag verpflichtet, von der Bg den Austausch des ungeeigneten Nachunternehmers zu verlangen. Insoweit bestehe eine Ermessensreduzierung auf null, da die Ag die Wichtigkeit der Einhaltung ihrer Vorgaben in den Vergabeunterlagen besonders betont habe.

Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Eignungsprüfung auch beim Nachunternehmer bestehe nicht nur im Rahmen der Eignungsleihe. Der Umkehrschluss aus der gesetzlichen Regelung in § 47 Abs. 2 GWB darauf, dass das Fehlen einer solchen Regelung in § 36 GWB eine entsprechende Prüfung dort ausschließen würde, verfange nicht. Vielmehr ergebe u.a. das Zusammenspiel von § 36 Abs. 5 mit § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB, dass auch im Falle eines Unterauftragnehmers, der nicht gleichzeitig Eignungsverleiher sei, die zum Eig-

nungsnachweis erforderlichen Unterlagen geprüft werden müssten, Eignungsanforderungen also auch für den Unterauftragnehmer gelten. Es sei auch teleologisch verfehlt, mit dem Argument der Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen auf die Prüfung der Eignung der Nachunternehmer zu verzichten, während § 36 GWB doch dem Schutz des Auftraggebers vor ungeeigneten Nachunternehmern diene.

Da § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB von „erforderlichen“ Nachweisen, nicht von „geforderten“ spreche, verfange auch die Argumentation der Ag nicht, erforderlich seien nur diejenigen Nachweise, die der Auftraggeber explizit vom Nachunternehmer verlangt habe. Der Auftraggeber könne bei Aufstellen der Eignungsanforderungen auch noch gar nicht wissen, welche Auftragsteile eventuell von einem Nachunternehmer übernommen würden und welche Eignungsanforderungen so an diesen zu stellen seien. Der Nachunternehmer müsse jedoch für den Teil der Aufgaben, die er übernehme, denselben Eignungsanforderungen genügen wie der Bieter.

Es würde auch eine Umgehung der Regelung des § 122 Abs. 1 GWB bedeuten, wenn die Ag die Eignung des Nachunternehmers der Bg nicht prüfen würde, obwohl die aufgestellten Eignungskriterien Leistungsbezug hätten und effektiv nur der Nachunternehmer, nicht die Bg die Leistung erbringen würde.

Der Verzicht der Ag auf eine Eignungsprüfung hinsichtlich des Nachunternehmers der Bg stelle auch einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- wie auch den Wettbewerbsgrundsatz dar. Während die ASt die Eignungskriterien erfüllen müsse, könnte sich der Nachunternehmer der Bg unter dem Mantel der Bg letztlich auf die Ausschreibung bewerben, ohne die benötigten Zertifikate zu besitzen.

Die ASt ergänzt aufgrund der zusätzlich im Nachprüfungsverfahren erlangten Informationen ihren Vortrag dahin, dass die Bg nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen sei, da sie selbst nicht die nötigen Zertifizierungen besitze und auch eine unzulässige Referenz vorgelegt habe. Da die Ag hinsichtlich der Umsetzung der DIN-Normen 9001 und 14001 Zertifikate verlangt habe, reichten die Eigenerklärungen der Bg nicht aus. Gleiches gelte für die Eigenerklärung zur [...].

Zur vorgelegten Zertifizierung gem. DIN 9001 und 14001, die auf ein anderes Unternehmen ausgestellt sei, aus dem die Bg inzwischen ausgegliedert ist, führt die ASt aus, dass sich die Bg hierauf nicht berufen könne. Dies ergebe sich schon aus der Nennung des

Unternehmensnamens im Zertifikat. Der [...] werde bescheinigt, dass ihr Managementsystem den Anforderungen entspreche. Lediglich der Geltungsbereich des Zertifikates sei auf Business Travel beschränkt.

Durch die Ausgliederung habe ein Wechsel der Bieteridentität stattgefunden. Auch knüpfe das Zertifikat inhaltlich-gegenständlich an das zertifizierte Unternehmen in seiner konkreten Struktur an. Auch wenn laut Ausgliederungsvertrag der Betriebsteil [...] im Ganzen auf die Bg übergegangen sei, sei doch völlig intransparent, schon aufgrund der inzwischen von der [...] abweichenden Anteilseigner der Bg, ob die Strukturen noch mit dem übereinstimmen, was damals bei der [...] zertifiziert worden sei.

Auch könne das vorgelegte Zertifikat der [...] nicht als gleichwertig zu einem eigenen Zertifikat der Bg angesehen werden. Die Gleichwertigkeit betreffe die Gesichtspunkte Inhalt und Gegenstand der Zertifikate. Ein fremdes Zertifikat könne jedoch nicht gleichwertig sein. Auch könne ein laufendes Zertifizierungsverfahren nicht als gleichwertig angesehen werden, da dann das Ergebnis des Verfahrens vorweggenommen würde.

Hinsichtlich der eingereichten Referenz genüge es nicht, wenn die Ag darauf abstelle, dass die Bg zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht mehr wirtschaftlich mit dem Referenzgeber verbunden war, dessen Neutralität daher zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht in Frage zu stellen sei. Gemäß der Vorgabe in der Auftragsbekanntmachung müsse es sich bei den Referenzaufträgen „um Aufträge für wirtschaftlich unabhängige Dritte handeln“. Entscheidend sei somit, dass der Auftrag bereits für einen wirtschaftlich unabhängigen Dritten erbracht worden sei.

Die ASt beantragt:

1. Der Ag wird untersagt, im Vergabeverfahren [...] den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.
2. Die Ag wird verpflichtet, die Angebote einer erneuten Wertung zu unterziehen, das Angebot der Bg auszuschließen und das Angebot der ASt bei der Zuschlagsentscheidung in vergaberechtsfehlerfreier Weise zu berücksichtigen.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten seitens der ASt vor der Vergabekammer wird für erforderlich erklärt.
4. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens.

Ferner beantragt die ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

b) Die Ag beantragt,

1. die Anträge der ASt zu 1 und 2 zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Sie vertritt die Ansicht, dass der ASt bereits die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB fehle, da § 36 Abs. 5 VgV keinen Drittschutz für Bieter erzeuge, die die Erteilung von Unteraufträgen durch andere Bieter angreifen wollen. Der Nachprüfungsantrag sei daher bereits unzulässig.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag jedoch auch unbegründet.

Die Bg könne sich auf die Zertifizierungen nach DIN EN ISO 9001 und 14001 berufen, auch wenn diese auf die [...], nicht auf die Bg selbst ausgestellt seien. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ordne für den Fall der Ausgliederung eine Gesamtrechtsnachfolge an, hier konkret bezogen auf den Vermögensteil „[...]“. Die Zertifizierung erfolgte ausweislich der Angaben auf der Urkunde nicht für das Gesamtunternehmen, sondern für den Bereich [...]. Eben-dieser Teilbereich sei auf die Bg übergegangen, so dass die Bg daher als Inhaberin der Zertifizierungen anzusehen sei.

Ohne die Anerkennung dieser Rechtsnachfolge hätten auch Unternehmen, die kurz vorher durch Umstrukturierungen anderer Unternehmen entstanden sind, aufgrund der Dauer der Zertifizierungsprozesse keine Möglichkeit, eigene Zertifikate vorzulegen. Auch die Wertung des § 132 Abs. 2 Nr. 4 lit. b GWB spreche dafür, dass Eignungsnachweise übertragen werden könnten. Auch knüpften die Zertifikate nicht, wie die ASt vorbringe, an das zertifizierte Unternehmen an, sondern lediglich an den zertifizierten Teil, hier die Geschäftsreiseparte.

Die von der ASt angeführten DIN-Zertifikate müssten die Unterauftragnehmer der Bg nur in dem Falle besitzen, in dem sie als Eignungsverleiher für die Bg aufträten, was hier jedoch nicht der Fall sei.

Es handele sich hierbei auch nicht um „erforderliche Unterlagen“ i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB, die von den Unterauftragnehmern vorzulegen wären. Erforderlich seien solche Unterlagen, die der Auftraggeber verlange und in der Auftragsbekanntmachung benannt habe. Hier habe die Ag in der Auftragsbekanntmachung jedoch lediglich die Eigenerklärung des Bieters hinsichtlich des Einsatzes von Unterauftragnehmern verlangt. Die anderen Eignungsnachweise bezögen sich nur auf den Bieter selbst.

Eine umfassende Eignungsprüfung des „einfachen“ Nachunternehmers gem. § 36 VgV sei auch deshalb nicht angebracht, weil sich sonst die gesetzliche Unterscheidung zur Eignungsleihe gem. § 47 VgV auflöse. Die mit der Neufassung des Vergaberechts 2016 eingeführte strikte Trennung zwischen Eignungsleihe und dem Fall eines reinen Unterauftragnehmers wäre überflüssig, wenn auch der Unterauftragnehmer stets Eignungsnachweise vorlegen müsste.

Die Gesetzesbegründung zu § 36 Abs. 5 VgV (BT-Drs. 18/7318, S. 175) mache deutlich, dass der Gesetzgeber zwar neben den Ausschlussgründen nach §§ 123 f. GWB auch die Eignung des Nachunternehmers im Blick hatte, insoweit jedoch eine Eigenerklärung durch den Auftragnehmer ausreichen lasse. Soweit man denn einen Eignungsnachweis auch der Subunternehmer fordere stelle jedenfalls die Erklärung der Bg, dass sich die vorgesehenen Nachunternehmer im Zertifizierungsprozess befänden, der voraussichtlich zum Leistungsbeginn abgeschlossen sei und die Subunternehmer auch derzeit schon die in den Zertifikaten dargelegten Prozesse einhielten, jedenfalls einen gleichwertigen Nachweis dar, der in den Vergabeunterlagen zugelassen sei.

Soweit die ASt die Anwendung der Eignungskriterien jedenfalls insoweit auf Nachunternehmer beziehe, als es sich um leistungsbezogene Eignungskriterien handele, sei bereits festzustellen, dass Eignungskriterien stets unternehmensbezogen seien, es sich bei leistungsbezogenen Kriterien vielmehr um Zuschlagskriterien handele. Da gerade im Sinne eines intensiven Wettbewerbs keine Vorgaben zum möglichen Umfang eingesetzter Subunternehmer bestünden könne insoweit auch nicht maßgeblich sein, ob die Bg die Leistung zu 100 % an andere Unternehmen ausgelagert habe.

Soweit die ASt darauf abstelle, dass die Ag laut Auftragsbekanntmachung und Leistungsbeschreibung besonderen Wert auf die Einhaltung ihrer „Vorgaben“ lege, beziehe sich dies auf die Umsetzung der internen [...], nicht auf die Anforderungen aus der Vergabebekanntmachung.

Da alle Bieter zu diesen Bedingungen auch Unterauftragnehmer einsetzen könnten, insbesondere auch keine Selbstvornahme vorgegeben war, liege keine Ungleichbehandlung vor. Der Verzicht auf das Vorhandensein der Eignungsanforderungen bei Subunternehmern diene gerade dem Wettbewerb und vergrößere das Bieterfeld.

Hinsichtlich der streitigen Referenz führt die Ag aus, dass sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Bekanntmachung wie auch der Aufforderung zur Angebotsabgabe ergebe, dass sich die Referenzen auf solche Leistungen beziehen müssten, die für Unternehmen erbracht wurden, die mit dem Bieter nicht konzernmäßig oder sonst wirtschaftlich verbunden „sind“. Die Formulierung im Präsens stelle klar, dass diese Verbindung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht mehr bestanden haben dürfe. Der Referenzzeitraum sei insoweit unerheblich. Die Neutralität des Referenzgebers stehe bei nunmehr aufgelösten wirtschaftlichen Verbindungen nicht in Frage.

c) Die Bg beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigte,

1. den Antrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Bg für notwendig zu erklären.

Hinsichtlich des Nichterfordernisses einer eigenen Zertifizierung der Nachunternehmer schließt sie sich den Ausführungen der Ag an. Sie weist darauf hin, dass in Bezug auf Unterauftragnehmer in den Vergabeunterlagen nur eine entsprechende Eigenerklärung des Bieters verlangt sei. Auch das Gesetz verlange keine Eignungsprüfung der Nachunternehmer, was schon daraus folge, dass der Auftraggeber sich diese gar nicht benennen lassen müsse, was eine Überprüfung ausschließe. Auch sei hinsichtlich ISO-Zertifizierungen eine Eignungslieferung möglich. Somit müsse es auch genügen, wenn der Bieter zertifiziert sei und diese Kapazität seinem nicht zertifizierten Nachunternehmer dann bei der Leistungserbringung zur Verfügung stelle.

Die [...] habe unter der Bezeichnung [...] den Geschäftsbereich [...] betrieben. Dieser sei schon vor der Ausgliederung so organisiert gewesen, dass er selbständig betrieben werden konnte. Im Rahmen der Ausgliederung seien auch sämtliche immateriellen Vermögensgegenstände an die Bg übertragen worden. Schon aus dem Zertifikat selbst ergebe sich, dass dieses nicht die gesamte OHG betreffe sondern gerade den später ausgegliederten Geschäftsbereich „[...]“. Der Beleg über den Nachweis der Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung sei ein immaterieller Vermögensgegenstand, der im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf die Bg übergegangen sei. Die Zertifizierung beziehe sich auch nicht auf ein bestimmtes Unternehmen, sondern auf ein Managementsystem.

Auch die [...] sei auf die Bg im Rahmen der Ausgliederung übergegangen.

Hinsichtlich der streitigen Referenz verweist die Bg in Übereinstimmung mit der Ag darauf, dass die Formulierung der Vergabeunterlagen eindeutig erkennen lasse, dass nur solche Referenzen ausgeschlossen seien, die von aktuell noch wirtschaftlich verbundenen Unternehmen abgegeben würden. Eine wirtschaftliche Verbindung in der Vergangenheit, vor Angebotsangabe, sei hingegen unschädlich. Auch dürften eventuelle Unklarheiten in den Vergabeunterlagen nicht zulasten der Bieter ausgelegt werden. Im Übrigen sei die Bg selbst nie mit dem Referenzgeber verbunden gewesen. Die Referenz sei vor Ausgliederung der Bg erbracht worden. Auch hätte die Bg weitere Referenzen beibringen können. Die Beschränkung auf fünf zu benennende Referenzen durch die Ag sei unzulässig. Gleiches gelte für die Vorgabe, keine Referenzen wirtschaftlich verbundener Unternehmen anzugeben (vgl. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV).

3. Der ASt wurde Akteneinsicht gewährt. Die Entscheidungsfrist wurde durch Verfügung der Vorsitzenden vom 8. April 2020 bis zum 29. Mai 2020 einschließlich verlängert. In der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 2020 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Auf die Verfahrensakte und die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorlag, wird Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Antrag ist zulässig.

Es handelt sich um eine Ausschreibung eines dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Auftraggebers, deren Auftragsvolumen oberhalb des Schwellenwertes für eine europaweite Ausschreibung bei Dienstleistungsverträgen liegt. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind damit problemlos erfüllt.

Die ASt ist auch antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Dafür genügt es, die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften schlüssig vorzutragen und darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Vergaberechtsverletzung ein Schaden zu entstehen droht.

Die ASt hat selbst ein Angebot abgegeben, würde jedoch, aufgrund der Zuschlagsentscheidung der Ag, den Zuschlag nicht erhalten, so dass ihr insoweit ein Schaden droht. Dabei kann sie auch subjektive Rechte geltend machen. Die ASt stützt ihren Antrag darauf, dass die Ag den Auftrag an ein ungeeignetes Unternehmen vergeben wolle. Soweit die ASt nach entsprechender Offenlegung des Sachverhaltes ihr gegenüber vorbringt, dass die Bg selbst nicht geeignet sei, da sie, u.a., nur über nicht auf sie selbst ausgestellte Zertifikate verfüge, kann sie sich unmittelbar auf den drittschützenden Charakter von § 122 Abs. 1 GWB stützen. Soweit die ASt mit ihrem ursprünglichen Vorbringen „lediglich“ die fehlende Eignung des Nachunternehmers der Bg bemängelt gilt für die Frage der Antragsbefugnis letztlich nichts Abweichendes. Die ASt bemängelt im Ergebnis, dass die Zuschlagerteilung an die Bg dazu führe, dass ungeeignete Unternehmen mit der Auftragsausführung beauftragt werden. Damit rügt sie auch in dieser Konstellation einen Verstoß gegen § 122 Abs. 1 GWB. Ob im Rahmen der Eignungsprüfung des Bieters tatsächlich auch die Eignung eventueller Nachunternehmer überprüft werden muss ist eine Frage der Begründetheit des Antrags.

Die ASt hat den bemängelten Verstoß rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt und auch fristgerecht im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB den Nachprüfungsantrag gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache begründet. Dem Angebot der Bg darf der Zuschlag nicht erteilt werden, da sie die von der Ag zulässigerweise aufgestellten Eignungsvorgaben hinsichtlich der Zertifikate nach DIN EN 9001 und 14001 im Ergebnis nicht erfüllt. Die Bg hat nämlich jedenfalls nicht die geforderten Eignungsnachweise in Form von Zertifikaten vorgelegt, so dass ihr Angebot jedenfalls nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV und mithin auf der formellen Eignungsebene auszuschließen ist. Möglicherweise stellt sich daneben auch ein über die rein formelle Frage der Vorlage von Eignungsnachweisen hinausgehendes materielles Eignungsproblem, wenn die Bg selbst nicht zertifiziert sein sollte. Im letztgenannten Fall müsste die

Eignung der Bg in inhaltlicher Hinsicht vor dem Hintergrund der seitens der Ag aufgestellten Vorgaben verneint werden, denn nach § 122 Abs. 1 GWB dürfen nur geeignete Unternehmen den Zuschlag erhalten. Die Frage nach der materiellen Eignung kann aber mangels Entscheidungserheblichkeit offen bleiben, da der Ausschluss des Angebots jedenfalls nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV geboten ist.

Die Forderung der Ag nach Vorlage von Zertifikaten nach DIN EN 9001 sowie 14001 ist zulässig (dazu unter a). Die Bg hat mit dem vorgelegten Zertifikat, welches auf eine andere Firma ausgestellt ist, nicht den geforderten Eignungsnachweis führen können (dazu unter b). Soweit die Bg mit Schriftsatz vom 12. Mai 2020 eine Erklärung des Zertifizierers vom 6. Mai 2020 vorgelegt hat, wonach die Bg als zertifiziert gelten soll, so ist diese verspätet vorgelegt worden (dazu unter c).

- a) Die Ag hat zulässigerweise in der Auftragsbekanntmachung verlangt, als Nachweis über die Einhaltung von Qualitäts- bzw. Umweltmanagementmaßnahmen Zertifikate nach DIN EN ISO 9001 sowie 14001 mit dem Angebot einzureichen.

Aus § 46 Abs. 3 Nr. 3 und 7 VgV ergibt sich, dass die Ag die Aspekte Qualitäts- und Umweltmanagement als Eignungskriterien aufstellen durfte.

§ 48 Abs. 2 S. 1 VgV bestimmt zwar, und hierauf beruft sich die Bg nunmehr im Nachprüfungsverfahren, dass zum Beleg der Eignung grundsätzlich die Vorlage einer Eigenerklärung akzeptiert wird. Bereits die Formulierung unter Verwendung des Wortes „grundsätzlich“ macht aber deutlich, dass im Einzelfall doch statt einer Eigenerklärung Fremdbelege gefordert werden dürfen; ferner benennt auch § 48 Abs. 1 VgV ausdrücklich Unterlagen in Gestalt von Bescheinigungen und sonstigen Nachweisen, die zum Beleg der Eignung gefordert werden dürfen.

Für diese Forderung gibt es vorliegend auch eine ausreichende Rechtfertigung. Bei der Frage, ob ein Unternehmen ein Qualitäts- bzw. Umweltmanagement im Sinne der DIN EN ISO 9001 bzw. 14001 eingerichtet hat, handelt es sich nicht um eine einfach festzustellende Sachverhaltsbeschreibung wie z.B. bei der Frage nach der Anzahl der im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter. Neuzertifizierungen erfolgen in einem Prüfungsverfahren, welches in der Regel mehrere Wochen in Anspruch nimmt. Neben dem Umfang des zu berücksichtigenden Sachverhaltes ist auch eine wertende Entscheidung zu treffen, ob die

eingesetzten Maßnahmen im Ergebnis ausreichen, um den Vorgaben, welche die DIN-Normen aufstellen, zu entsprechen. Ein Auftraggeber selbst dürfte kaum über die erforderliche Sachkunde verfügen, die vollständige Umsetzung der Anforderungen der DIN 9001 bzw. 14001 selbst zu beurteilen. Insbesondere auch dürfte es ihm regelmäßig an der erforderlichen Zeit fehlen, auch nur einen, je nach Bieterfeld auch eine große Anzahl von Ausschreibungsteilnehmern vollständig zu prüfen. Der Auftraggeber hat somit ein berechtigtes Interesse, die aufwändige Prüfung der Einhaltung der DIN-Normen aus dem Vergabeverfahren „auszulagern“ und stattdessen die Vorlage von bereits im Vorfeld erlangten Prüfungsergebnissen in Form von Zertifikaten zu verlangen, welche durch speziell hierauf ausgerichtete Fachunternehmen, die akkreditierten Zertifizierungsunternehmen, nach entsprechender fachkundiger Prüfung ausgestellt werden.

Dieses Verständnis wird bestätigt durch § 49 Abs. 1 S. 1 sowie Abs. 2 S. 1 VgV. Dort wird, ohne Aufstellen besonderer Voraussetzungen, davon ausgegangen, dass der Auftraggeber speziell für die Bereiche Qualitätssicherung sowie Umweltmanagement Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen kann. Vor diesem Hintergrund ist es unschädlich, dass die Ag die Forderung nach Zertifikaten nicht begründet hat.

Im Rahmen der Angemessenheit der Forderung ist auch zu berücksichtigen, dass ein nicht zertifiziertes Unternehmen sich mittels einer Eignungsleihe die zertifizierte Befähigung eines anderen Unternehmens für diesen Auftrag hätte verschaffen können.

Die Bg hat die Forderung der Ag nach der Vorlage von Zertifikaten im Übrigen weder vor Angebotsabgabe gerügt oder sonst in irgendeiner Weise der Ag gegenüber thematisiert.

- b) Diese zulässig geforderten Nachweise hat die Bg nicht erbracht (dazu unter aa), auch nicht in Form gleichwertiger Bescheinigungen (dazu unter bb).

aa) Mit ihrem Angebot hat die Bg ein Zertifikat über die Erfüllung der Normen ISO 9001 und 14001 eingereicht, welches nicht auf sie selbst, sondern auf die Firma [...] ausgestellt ist. Es fehlt somit an einem auf die Bg ausgestellten Zertifikat – das Zertifikat weist ausdrücklich ein anderes, derzeit auch noch bestehendes Unternehmen als zertifiziert aus.

Die Bg meint aber, sich aufgrund der Tatsache, dass sie sich von der [...] als dem in dem Zertifikat genannten Unternehmen abgespalten hat, dennoch wie auf ein eigenes Zertifikat berufen zu können. Sie führt hierfür einmal den Ausgliederungsvertrag an, nach dessen § 4 Abs. 1 die [...] als übertragende Gesellschaft der Bg als der übernehmenden Gesellschaft alle dem Geschäftsbereich der [...] zuzuordnenden immateriellen Vermögensgegenstände nebst deren Verkörperungen überträgt. Beispielhaft genannt werden Marken, Domains, gewerbliche Schutzrechte, Konzessionen und Lizenzen an solchen Rechten, EDV-Programme und Software-Nutzungsrechte sowie Rechte aus geleisteten Anzahlungen. Ferner beruft sich die Bg auf die gesetzliche Regelung in §§ 125, 20 UmwG, wonach eine Rechtsnachfolge der übernehmenden Gesellschaft vorgesehen sei.

Beide Argumente vermögen in der Sache jedoch wenig zu überzeugen. Bei einer Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG kann es nie eine vollständige Gesamtrechtsnachfolge geben, denn die übertragende Gesellschaft bleibt bestehen. Richtigerweise kann nur von einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge gesprochen werden. Allerdings ist bei der Rechtsnachfolge, egal aus welchem Grund, anerkannt und in der Sache selbstverständlich, dass höchstpersönliche Rechte und Pflichten einem Übergang auf den Rechtsnachfolger nicht zugänglich sind. Diskutiert wurden hier in der mündlichen Verhandlung die Beispiele „Staatsexamen“ und „Goldmedaille“, die im Erbfall nicht auf den Erben übergehen. Nach Auffassung der Vergabekammer handelt es sich bei der hier streitgegenständlichen Zertifizierung ebenso um einen nicht durch reines Rechtsgeschäft übertragbaren Umstand. Das Zertifikat wird erstellt, nachdem ein Unternehmen daraufhin geprüft wurde, ob es seine internen Strukturen anhand der Vorgaben der beiden DIN-Normen ausgerichtet hat. Gegenstand der Prüfung ist also ein Unternehmen, wobei durchaus auch nur Teile eines Unternehmens Prüfungsgegenstand sein können. Wird jedoch ein Gesellschaftsteil im Wege der Ausgliederung auf ein anderes Unternehmen übertragen, das andere Gesellschafter hat, so ist jedenfalls nach Auffassung der Vergabekammer nicht selbsterklärend, dass dieses neue Unternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge das Zertifikat, das auf das fortbestehende übertragende Unternehmen ausgestellt ist, „erbt“. Ebenso wenig ist ein auf ein Unternehmen oder auf einen Unternehmensteil ausgestelltes Zertifikat ein handelsfähiges Gut, das verkauft werden könnte. Denn die Erteilung des Zertifikates ist an unternehmensinterne Strukturen und Abläufe geknüpft, deren Kompatibilität mit den DIN-Normen der Zertifizierer prüft und bestätigt. Herr über das Zertifikat ist danach der Zertifizierer.

Letztendlich kann diese Frage, ob die Bg sich aufgrund des für die [...] ausgestellten Zertifikats bei einer materiellen Betrachtung als zertifiziert ansehen darf, jedoch offen bleiben. Auch wenn man zugunsten der Bg unterstellt, sie sei im Wege der partiellen Rechtsnachfolge materiell zertifiziert, so hätte es ihr obliegen, diese Änderung des zertifizierten Unternehmens auch formal nachzuvollziehen, indem eine Umschreibung des Zertifikats auf die Bg herbeigeführt wird. Die gesellschaftsrechtliche Umwandlung war am 31. Juli 2019 abgeschlossen. Die Bekanntmachung des vorliegenden Vergabeverfahrens erfolgte am 12. September 2019, Ablauf der Angebotsfrist war der 23. Januar 2020. Es bestand mithin ausreichend Zeit, um mit dem zertifizierenden Unternehmen in Kontakt zu treten und eine formale Bereinigung herbeizuführen. Eine solche formale Bereinigung ist auch über das vorliegende Vergabeverfahren hinaus bedeutsam, denn derartige Zertifikate werden unter einer Registernummer in einem öffentlich einsehbaren Register geführt. Auf der Internetseite des Zertifizierers ist, wie die Vergabekammer geprüft hat, nach wie vor das auf die [...] ausgestellte Zertifikat hinterlegt, so dass sich diese auch im Rechtsverkehr auf die Zertifizierungen berufen könnte. Der These der Bg folgend, wonach sie sich als zertifiziert bezeichnen darf, käme es damit zu einer Verdoppelung der Unternehmen, die sich auf ein für ein Unternehmen ausgestelltes Zertifikat berufen könnten; dabei wäre nur ein Unternehmen in das Register eingetragen.

Hinzuweisen ist auch auf den oben dargestellten Zweck der verlangten Zertifizierung, der Auftraggeberin eigene aufwändige Ermittlungen zu ersparen. Dies kann nur ein aus sich heraus verständliches und aussagekräftiges Dokument bewirken. Unabhängig davon, ob insoweit überhaupt ergänzende Darstellungen in anderen Unterlagen als dem Zertifikat, hier also Eigenerklärung und Handelsregisterauszug, berücksichtigt werden können, ergibt sich jedoch auch unter Einbeziehung dieser Erläuterungen keine klare, von unabhängigen Dritten bestätigte Angabe zur Frage der Zertifizierung der Bg. Für ein Verständnis des vorgelegten Zertifikates dahingehend, dass sich dieses nunmehr auf die Bg bezieht, wären weitere tatsächliche und rechtliche Klärungen erforderlich gewesen, welche die Ag hätte vornehmen müssen und die nichts mit Vergaberecht, sondern mit Fragen des Umwandlungsrechts und der Rechtsnachfolge zu tun haben. In tatsächlicher Hinsicht hätte die Ag insbesondere den Ausgliederungsvertrag daraufhin zu überprüfen, ob und ggf. welche Regelung er für die Zuordnung des Zertifikates trifft. Der Ausgliederungs- und Übernahmevertrag lag der Ag jedoch schon nicht mit

Angebotsabgabe vor. Auch hätte die Ag zu prüfen gehabt, ob die damals zertifizierten Umstände nach der Ausgliederung bei der Bg unverändert fortbestehen. In rechtlicher Hinsicht hätte die Ag zu prüfen, ob ein Zertifikat im Rahmen der aus der Ausgliederung resultierenden (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG überhaupt übergehen kann. Gerade dafür dient aber das auch formal auf einen Bieter ausgestellte Zertifikat, denn derartige Prüfungen sind für einen öffentlichen Auftraggeber nicht leistbar und auch nicht geschuldet. Zu berücksichtigen sind hier nämlich auch Wertungen des Vergaberechts. Insoweit sei noch einmal auf den Sinn der Zertifikatforderung hingewiesen, dem Auftraggeber eine schnelle und sichere Abprüfung von Eignungskriterien zu ermöglichen.

Hinsichtlich des in der mündlichen Verhandlung von der Bg vorgebrachten Gesichtspunkts, dass dem Zertifikat ein Vertrag mit dem Prüfunternehmen zugrunde liegt, ist anzumerken, dass hier zu differenzieren sein dürfte. Auch wenn der zugrundeliegende Prüfungsvertrag mit dem Zertifizierer dem Geschäftsbereich [...] zuzuordnen sein sollte und im Rahmen der Ausgliederung übergegangen sein sollte, handelt es sich bei dem Zertifikat doch weniger um ein Rechtsverhältnis als um das Ergebnis der geschuldeten Prüfung, welches eine Sachverhaltserfassung und anschließende Würdigung des bei der damaligen Prüfung festgestellten Sachverhaltes umfasst.

Schon die Frage, ob ein Zertifikat im Rahmen einer Ausgliederung auf ein anderes Unternehmen übergehen kann, erfordert insoweit vom Auftraggeber nicht zu verlangenden Prüfungsaufwand. Neben der reinen Gesetzeslage müsste hierzu insbesondere auch der dem Angebot nicht beigefügte Ausgliederungsvertrag ausgewertet werden und die Entscheidung getroffen werden, ob das Zertifikat dem übertragenen Geschäftsbereich zuzuordnen ist. Auch dies führt vorliegend jedoch zu tatsächlichen Schwierigkeiten. Das auf die [...] ausgestellte Zertifikat weist folgenden Zusatz auf: „Geltungsbereich: [...]“. Vor dem Hintergrund, dass das übertragende Unternehmen, die [...], vor der Abspaltung und auch derzeit noch Reisevermittlung für Privatkunden anbot und anbietet, ist schon unklar, ob die Zertifizierung ausschließlich für den Bereich [...] gelten soll oder auch das Privatkundensegment betreffen soll. In letzterem Fall wäre zu erwägen, ob es zu einer „Verdopplung“ des Zertifikates kommen kann dergestalt, dass nunmehr sowohl das übertragende Unternehmen, die [...], als auch die Bg sich auf das identische Zertifikat berufen könnten. Dies würde gleichzeitig vorausset-

zen, dass der übertragene wie auch der bei der [...]verbliebene Geschäftsbereich, jedenfalls in Hinblick auf die zertifizierten Vorgänge betreffend Qualitäts- und Umweltmanagement, vollständig getrennt waren, so dass durch die Übertragung keine Änderungen erfolgten. Eine solche Prüfung hat die Ag nicht durchgeführt, was auch nicht verlangt werden kann, da sie ja gerade die Vorlage von Zertifikaten zum Nachweis der Eignung forderte. Insoweit wäre die Ag auch nicht verpflichtet gewesen, beispielsweise den Auditbericht des Zertifizierers oder den mit diesem geschlossenen Vertrag zu prüfen, um den Gegenstand der Zertifizierung festzustellen.

Somit bleibt festzuhalten, dass das Zertifikat selbst nicht für die Bg ausgestellt ist. Die enthaltene Angabe zum Geltungsbereich ist für sich genommen bereits nicht eindeutig. Sie sagt auch nichts zu einer möglichen oder erfolgten Übertragung des Zertifikates auf die Bg aus. Auch die mit dem Zertifikat eingereichten Unterlagen, sofern diese denn als außerhalb des Zertifikates liegende Umstände überhaupt berücksichtigungsfähig sein sollten, können dem Zertifikat jedenfalls nicht den Inhalt geben, dass es nach Ausgliederung des Geschäftsbereichs [...] der [...] auf die Bg nunmehr für die Bg gelten soll.

- bb) Die von der Bg mit ihrem Angebot eingereichten Unterlagen sind auch nicht „gleichwertig“ mit einem auf sie ausgestellten Zertifikat.

Die Auftragsbekanntmachung forderte ein „aktuelles Zertifikat nach DIN EN ISO 9001:2015 oder gleichwertig“, ebenso nach DIN ISO 14001. Rein vom Wortlaut her wäre denkbar, dass sich „gleichwertig“ nicht auf die jeweilige DIN-Norm bezieht sondern auf das Erfordernis eines Zertifikates, mithin auch ein anderer Nachweis außer einem Zertifikat ausreichend sein könnte. Vergabeunterlagen sind jedoch nach den für die Auslegung von Willenserklärungen gelten Grundsätzen, abstellend auf den objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, auszulegen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. November 2018 – Verg 35/18, juris-Rn. 38). Für die Bieter ist erkennbar, welchen Hintergrund die Forderung nach einem „Zertifikat“ hat, dass nämlich der Auftraggeber die komplexe Beurteilung, ob ein Unternehmen ein DIN-konformes Qualitäts- und Umweltmanagement eingeführt hat, weder selbst leisten kann noch möchte, gleichwohl aber nicht nur eine Eigenerklärung der Bieter zur Ausrichtung ihres Betriebes an den einschlägigen Normen sondern die Bescheinigung eines außenstehenden, fachkundi-

gen Dritten in dieser Frage verlangt. Besteht der Wert eines Zertifikates für den Auftraggeber aber erkennbar u.a. darin, dass es von einem unabhängigen Sachverständigen stammt, wird deutlich, dass insbesondere Eigenerklärungen für den Auftraggeber nicht den gleichen Wert haben, es sich insoweit um ein Minus zu einem Zertifikat handelt. Die Möglichkeit, gleichwertige Nachweise einzureichen, kann sich damit erkennbar nur auf die Norm beziehen, auf deren Grundlage das Unternehmen geprüft wurde, nicht auf den Umstand der Zertifizierung selbst.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Regelungen in § 49 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 VgV. Auch dort werden als gleichwertig nur „Bescheinigungen von akkreditierten Stellen aus anderen Staaten“ (so in Abs. 1) bzw. „Bescheinigungen von Stellen in anderen Staaten“ anerkannt. Gleichwertig ist damit nur ein Zertifikat nach einer anderen als der geforderten Norm, wenn diese vergleichbare Standards setzt. Das Fehlen eines Zertifikates ist hingegen nicht gleichwertig mit dem Vorhandensein eines Zertifikates.

Es ist auch nicht möglich, einen laufenden Zertifizierungsvorgang als gleichwertig mit dem Vorhandensein eines Zertifikates nach abgeschlossenem Prüfungsvorgang zu betrachten. Solange die Prüfung noch andauert steht deren Ergebnis gerade nicht fest. Selbst wenn der Prüfer einen positiven Verlauf der Prüfung erwartet ist dieser doch nicht sicher, andernfalls wäre bereits ein Zertifikat zu erteilen.

Dass die Bg infolge der Unternehmensumstrukturierung nicht in der Lage gewesen wäre, die verlangten Zertifikate rechtzeitig vorzulegen, ist nicht vorgetragen worden und auch nicht ersichtlich; wie dargelegt, hätte zwischen Ende Juli 2019 und dem Ablauf der Angebotsfrist Ende Januar 2020 Zeit bestanden für eine Korrektur/Umschreibung des Registers und der Zertifikatsurkunde. In der mündlichen Verhandlung hat die Bg vielmehr erklärt, bislang keine Notwendigkeit gesehen zu haben, das auf die [...] ausgestellte Zertifikat auf sich „umschreiben“ zu lassen.

- c) Die von der Ag mit Schreiben vom 31. Januar 2020 betriebene Aufklärung hat bestätigt, dass die Bg nicht etwa versehentlich eine auf die [...] ausgestellte Urkunde eingereicht hat, sondern dass dies bewusst geschah, weil die Bg nicht über ein eigenes Zertifikat verfügt. Raum für eine Nachforderung war bei dieser Sachlage nicht gegeben.

§ 56 Abs. 2 S. 1 VgV bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern kann, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren.

Die Bg hat mit ihrem Angebot ein Zertifikat betreffend ISO 9001 und 14001 eingereicht, welches auf die [...] lautet. Wie sich auch schon aus der gleichzeitig eingereichten Eigenklärung ergibt, wollte sie auch das auf die [...] lautende Zertifikat einreichen, so dass eine Interpretation, nach der die Bg versehentlich das Zertifikat eines anderen Unternehmens eingereicht habe, ein eigenes Zertifikat daher „fehle“, schon rein tatsächlich nicht in Betracht kommt. Diese Unterlage war auch ihrem ganzen Inhalt nach uneingeschränkt lesbar und somit vollständig eingereicht.

Eine Nachforderung mit dem Ziel, eine vollständig eingereichte unternehmensbezogene Unterlage inhaltlich zu ändern/korrigieren, ist nicht zulässig. Insoweit ist § 56 Abs. 2 VgV richtlinienkonform auszulegen (s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. März 2018 – Verg 42/17, juris-Rn. 44 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14. August 2019 – 15 Verg 10/19, juris-Rn. 32). Hatte die Bg also mit ihrem Angebot ein Zertifikat eingereicht, aus dem sich gerade nicht ergab, dass sie selbst zertifiziert ist, durfte die Ag insoweit keine weiteren Unterlagen nachfordern.

Gleichgültig ob auf Nachforderung des Auftraggebers hin oder aus eigenem Antrieb eingereicht darf der Auftraggeber solche nachträglich eingereichten Unterlagen nicht berücksichtigen. Dies ergibt sich schon daraus, dass andernfalls der Ausschlussgrund des § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV unterlaufen würde, wenn die geforderten, jedoch im Angebot nicht enthaltenen Unterlagen jederzeit nachgereicht werden könnten.

Hinsichtlich des Schreibens des Zertifizierers vom 6. Mai 2020, nach dem die Zertifizierung der [...] im Rahmen der Ausgliederung des Geschäftsbereichs [...] auf die Bg übergegangen sei, ist nicht von vornherein auszuschließen, dass eine solche Bestätigung des Erstellers des Ursprungszertifikates ausreichend sein könnte, um dem äußerlich unveränderten, auf die [...] lautenden Zertifikat, welches auch derzeit noch in dieser Gestalt auf der Homepage des Zertifizierers abrufbar ist, den Sinngesamt zu geben, dass nunmehr die Bg Inhaberin des Zertifikates ist. Den Testaten akkreditierter Prüfstellen wird besonderes Vertrauen entgegengebracht, was ja auch der Grund dafür ist, dass der Auftraggeber gerade

ein solches Testat verlangt. Vor diesem Hintergrund wäre grundsätzlich auch der Bestätigung der Prüfstelle zu vertrauen, dass das Zertifikat auf ein anderes Unternehmen übergegangen ist. Von der Möglichkeit eines solchen Überganges auf Grundlage der einschlägigen DIN-Normen sowie auch von einer abschließenden Prüfung der den Übergang tragenden rechtlichen und tatsächlichen Umstände könnte dann auszugehen sein. Eine solche Inhaltsänderung des eingereichten Zertifikates ist aber, wie dargestellt, nicht mehr nachträglich zulässig, so dass die Bedeutung und Wirksamkeit des Schreibens des Zertifizierers nicht abschließend beurteilt werden müssen. Auf die insoweit aus Sicht der Vergabekammer bestehenden Probleme der Berücksichtigung von außerhalb des Zertifikates liegenden Umständen und der möglichen „Verdoppelung“ des Zertifikates, einer im Rechtsverkehr relevanten Urkunde, kommt es insoweit nicht entscheidend an. Die im Vergabeverfahren gesetzten Fristen würden in gleichheitswidriger Weise unterlaufen, wenn ein Bieter relevante Unterlagen, die er bereits mit Angebotsabgabe hätte einreichen müssen, erst unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer bringt.

Das Angebot der Bg ist unabhängig von deren materieller Eignung auszuschließen nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV, da die Bg keine auf ihr Unternehmen ausgestellte Zertifikate eingereicht hat, weder mit dem Angebot noch im Rahmen des (im Übrigen auch unzulässigen) Aufklärungsersuchens der Ag vom 31. Januar 2020.

- d) Auf die weiteren hier streitigen Eignungsfragen hinsichtlich Vorhandenseins einer [...], der Vorlage zulässiger Referenzen sowie der Beauftragung von selbst nicht die Eignungskriterien erfüllenden Subunternehmern kommt es somit nicht mehr entscheidend an.

Nach Auffassung der Vergabekammer müssen die Subunternehmer jedoch entgegen der Auffassung der ASt nicht die an den Bieter/Hauptauftragnehmer gestellten Eignungsanforderungen erfüllen (vgl. VK Bund, Beschl. v. 28. September 2017 – VK1-93/17). Die Gesetzesbegründung stellt zur Unterscheidung zwischen reiner Unterauftragsvergabe nach § 36 VgV und Eignungsleihe nach § 47 VgV darauf ab, dass sich im Rahmen der Eignungsleihe der Bieter auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen kann, ohne diese zugleich zwingend auch im Rahmen eines Unterauftrages mit der Ausführung zu betrauen (vgl. BT-Drs. 18-7318, S. 175 u. 184). Eine Ausnahme bilden insoweit Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung, s. §§ 47 Abs. 1 S. 3 i.V.m. 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV. Folglich geht der Gesetzgeber davon aus,

dass, mit vorgenannter Ausnahme, Eignungsgesichtspunkte an andere Unternehmen verliehen werden können, ohne dass der Eignungsverleiher selbst die vom Eignungskriterium betroffene Aufgabe im Rahmen der Auftragsdurchführung übernimmt. Dann muss jedoch auch andersherum gelten, dass Hauptauftragnehmer/Bieter ihre Eignung auf Nachunternehmer übertragen können. Eine Verpflichtungserklärung erübrigt sich in dieser Konstellation, in der der Bieter selbst die nötige Eignung aufweist und als Vertragspartner dafür einzustehen hat, dass die Leistung die geforderte Qualität aufweist.

Der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass der Auftraggeber die Eignung des Nachunternehmers prüft (BT-Drs. 18-7318, S. 175 zu § 36 Abs. 5), beschränkt sich dann auf Fälle, die gleichzeitig Eignungslleihe betreffen.

Bezüglich der Referenzen durch ein bei Leistungserbringung konzernverbundenes Unternehmen teilt die Vergabekammer die Auffassung von Ag und Bg, wonach auf den Zeitpunkt der Angebotslegung abzustellen ist; ist der Referenzauftraggeber im Zeitpunkt einer Anfrage eines anderen Auftraggebers nicht mehr mit dem Bieter verbunden, so besteht kein Anlass für eine Gefälligkeitsreferenz, ebenso wenig hat der alte Auftraggeber eigene wirtschaftliche Interessen. Ohne abschließend hierüber zu befinden, erscheint die Vorgabe der Ag auch im Ansatz als problematisch, denn konzernverbundene Unternehmen werden im Vergaberecht wie dritte Unternehmen behandelt, vgl. z.B. § 47 Abs. 1 S. 2 VgV. Grundsätzlich dürfen Wertungen, die das Vergaberecht an einer Stelle trifft, nicht in anderem Zusammenhang unterlaufen werden, was dafür spräche, dass auch konzernverbundene Unternehmen als „echte“ Referenzgeber anzusehen sind.

Eine [...] hat die Bg ihrem Angebot nicht beigefügt, aber im Rahmen der insoweit wohl zulässigen Aufklärung durch die Ag eine „[...]“ [...] vorgelegt.

III.

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

Die Kosten sind der Ag und der Bg als Gesamtschuldner aufzuerlegen, da sie im Nachprüfungsverfahren mit ihren Anträgen unterlegen sind. Da die Bg hier selbst Anträge gestellt hat entspricht

es auch der Billigkeit, sie in die Kostentragung mit einzubeziehen. Gleiches gilt für die notwendigen Aufwendungen der ASt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen aufgeworfen hat, die ein durchschnittlicher Antragsteller nicht sachgerecht beurteilen kann.

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 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.