

VK Bund, Beschluss vom 04.09.2019 - VK 2-54/19

1. Einem Bieter kann auf Referenzaufträge von übernommenen Unternehmen verweisen. Er trägt dann allerdings die Darlegungslast dafür, dass die technische und berufliche Leistungsfähigkeit etwa in Form des Personals weitgehend unverändert auf ihn übergegangen ist und auch im konkret vorliegenden Auftrag zum Tragen kommt.
2. Eine Referenz ist wertbar, wenn die für die Wertung maßgebliche Leistung ausgeführt wurde. Es ist nicht unbedingt erforderlich, dass diese vom Auftraggeber bereits abgenommen wurde.
3. Allein aus der Tatsache eines anhängigen Rechtsstreits kann weder generell auf mangelnde Zuverlässigkeit noch auf mangelnde technische und berufliche Leistungsfähigkeit geschlossen werden.
4. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht dazu verpflichtet, eine materielle Bewertung der Referenzen vorzunehmen und hierzu eigene Ermittlungen bei den Referenzgebern durchzuführen. Bevor er aber im Rahmen der materiellen Überprüfung eine negative Wertungsentscheidung zu Lasten des Bieters trifft, muss er den zu bewertenden Sachverhalt zutreffend und vollständig ermitteln.
5. Die Rügeobliegenheit entfällt, wenn der öffentliche Auftraggeber eindeutig zu erkennen gibt, dass er unter keinen Umständen - auch nicht auf eine Rüge hin - gewillt ist, eine etwa vorliegende Vergaberechtsverletzung abzustellen.

VK Bund, Beschluss vom 04.09.2019 - VK 2-54/19

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

wegen der Vergabe "Planungsleistungen [...],

hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Twele auf die mündliche Verhandlung am 21. August 2019 am 4. September 2019

beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 10. Juli 2019, die Antragstellerin vom Vergabeverfahren auszuschließen, rechtswidrig war.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen die Verneinung ihrer Eignung durch die Antragsgegnerin (Ag). Diese habe zu Unrecht die von der ASt vorgelegten Referenzen über vergleichbare ingenieurtechnische Leistungen im [...] negativ gewertet.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe "Planungsleistungen [...] als Ausschreibung im Offenen Verfahren im Supplement zum Amtsblatt der EU ([...]) gemeinschaftsweit bekannt.

Unter Ziffer III.1.3) "Technische und berufliche Leistungsfähigkeit" wird den Bietern als Mindestanforderung aufgegeben:

"geeignete Referenzen über vergleichbare Ingenieurtechnische Leistungen [...] (Bauwerke mit anrechenbaren Kosten von mind. 900.000,00 Euro, mindestens Honorarzone 2) innerhalb der letzten 5 Jahre, gerechnet vom Tag der Bekanntmachung, die mit der vergebenden Leistung vergleichbar sind" (nachfolgend: "Referenzen im Bereich [...]") einzureichen.

Weiterhin waren unter derselben Ziffer entsprechende Referenzen über "vergleichbare Ingenieurtechnische Leistungen im Bereich von [...] der letzten 10 Jahre" (nachfolgend: "Referenzen im Bereich [...]") beizufügen.

Die ASt gab fristgerecht ein Angebot ab. Dem Angebot fügte die ASt fünf Referenzen zum Beleg der geforderten technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit vor. Bei diesen Referenzen handelte es sich um folgende Bauvorhaben:

[...]

In der Folge sprach die Ag Ansprechpartner der Auftraggeber dieser Referenz-Bauvorhaben telefonisch an, zog Erkundigungen über die Leistungen der ASt ein und legte die Erkenntnisse in einer E-Mail vom 4. Juni 2019 nieder.

In dieser E-Mail heißt es:

"Referenz 1: [...]

Ansprechpartner [...]

- Keine Empfehlung für das Planungsbüro [...]
- Weiterführende Aussagen wurden aufgrund eines laufenden Rechtsstreites nicht getätigt

Referenz 2: [...]

- Referenz aus seiner Sicht nicht wertbar, da die Planung von einem Büro [...] angefertigt wurde, welches jedoch insolvent war und durch [...] aufgekauft wurde zu einem Zeitpunkt als die Planung schon weit fortgeschritten war.
- Zudem wurden die planenden Ingenieure wohl nicht übernommen, so dass hier kaum Rückschlüsse möglich sind.

Referenz 3: [...]

Ansprechpartner [...]

- Bedingte Empfehlung für [...] (vorrangig aus persönlichem Empfinden des Ansprechpartners), wenig Büroengagement, planerische Fachkunde aus Sicht AN nicht richtig befriedigend
- Planung läuft noch und ist qualitativ in Ordnung

Referenz 4 [...]

Ansprechpartner [...],[...]

- Empfehlung für [...]

Grund: Planung und Ausführung gut, keine wesentlichen Planungsfehler, gute Ausschreibung mit Planwert nahe Vergabewert, gute Bauleitung, Baubegleitung

Referenz 5: [...]

Ansprechpartner [...],[...]

- Nur bedingt Empfehlung für das Planungsbüro [...]

Grund: wechselnde Ansprechpartner ohne Info an den AN, schlechte Kommunikation mit anderen Planungsbeteiligten, aus Sicht des AN ungerechtfertigte Nachtragsforderung

- Positiv: Sehr gute Bauleitung/Baubegleitung"

Im Rahmen der weiteren Prüfung wurde durch die Ag im Formular "Prüfung der Eignung nach VgV §§ 44-49" vom 11. Juni 2019 durch Setzung entsprechender Kreuze festgehalten, dass die ASt geeignete Referenzen im Bereich instabiler Baugründe in den letzten 10 Jahren vorgelegt habe, nicht aber im Bereich [...] innerhalb der letzten fünf Jahre.

In einer hausinternen Mitteilung der Ag vom 11. Juni 2019 heißt es:

"Das Angebot [der ASt] wurde formell korrekt eingereicht und durch die Abteilungen [...] geprüft.

Die Einbindung der Rechtsabteilung wurde erforderlich, der [die ASt sich] derzeit in einem laufenden Rechtsstreit mit der [Ag...] befindet. Aus diesem Grund wurde es u.a als notwendig erachtet, dass die durch den Bieter vorgelegten Referenzen gesondert geprüft werden mussten, da die Referenzen ohne Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers vorgelegt wurden."

Im Entscheidungsvorschlag der Ag vom 11. Juni 2019 wurde auf die Ergebnisse der Ermittlungen bei den Referenzgebern Bezug genommen und diese wie folgt bewertet:

"Von 5 vorgelegten Referenzen wurden vier mit Mangelleistung, fehlender Fachkunde und fehlender Kommunikationswille durch [...]durch die Referenzgeber eingeschätzt. Mit diesen Aussagen bzw. den Erfahrungen im eigenen Haus zu den Planungsleistungen für [...] kann keine positive Prognose für den einzig verbliebenen Bieter erstellt werden und somit ist keine Bestätigung der Fachkunde weder durch die Bedarfsstelle noch durch den Einkauf möglich. Somit ist die Vergabe nach § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV aufzuheben."

Mit Schreiben vom 19. Juni 2019 (Formblatt Nr. 352) teilte die Ag der ASt mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben wurde, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspräche. Das Angebot der ASt könne nicht berücksichtigt werden, weil

"die vorgelegten Referenzen durch die Referenzgeber auf telefonische Nachfrage nicht als positiv eingeschätzt wurden. Mit diesen Aussagen bzw. den Erfahrungen in unserem Haus zu den Planungsleistungen für die [...] konnten wir keine positive Prognoseentscheidung zur Auftragsvergabe geben. Die Fachkunde wurden Ihnen nicht bestätigt."

Bei [...] handelt es sich um einen gesonderten Auftrag der Ag zur Errichtung von "Überleitern", den die ASt erhalten hat und der weder mit dem verfahrensgegenständlichen noch mit den die Referenzen betreffenden Aufträgen in einem unmittelbaren Zusammenhang steht. Die Bauvorhaben [...] haben zu einem Rechtsstreit zwischen der ASt und der Ag geführt, indem die Ag wegen eines behaupteten Schadenseintritts vor über drei Jahren auf Schadensersatz (bezüglich [...]) und die ASt auf ausstehendes Honorar (bezüglich [...]) klagen.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2019 rügte die ASt die Vergabeentscheidung, das Angebot der ASt nicht zu berücksichtigen, als nicht differenziert genug und bat um Aufklärung.

Die Ag teilte mit Schreiben vom 20. Juni 2019 mit, der Rüge nicht abzuweichen, worauf die ASt mit Schreiben vom 21. Juni 2019 bekräftigte, an ihrer Rüge festzuhalten. Daraufhin setzte die Ag das Vergabeverfahren in das Stadium der Eignungsprüfung zurück und prüfte die Eignung der ASt erneut.

In einem hausinternen Entscheidungsvorschlag der Ag vom 28. Juni 2019 wurde auf die fünf Referenzen der ASt Bezug genommen und diesbezüglich festgestellt:

"Die anrechenbaren Baukosten liegen bei allen 5 Referenzen über den geforderten 900.000 Euro. Gemäß E-Mail [der ASt] vom 04.06.2019 sind alle Referenzen in die Honorarzone 3 eingeordnet. Alle Referenzen wurden im geforderten Leistungszeitraum, < 5 Jahre gerechnet vom Tag der Auftragsbekanntmachung, erbracht" (Entscheidungsvorschlag der Ag vom 28. Juni 2019, Seite 3).

Weiterhin wurde erneut auf die von den Referenzgebern ermittelten Informationen eingegangen und festgestellt, dass nur vier der fünf eingereichten Referenzen - mit Ausnahme der Referenz Nr. 2 "[...]" - in die Wertung einbezogen werden könnten, allerdings keine positive Eignungsprognose ausgestellt werden könne (Ebenda, Seite 4).

Am 10. Juli 2019 versandte die Ag erneut das Formblatt 352 und teilte mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben wurde, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspräche. In der Anlage führte die Ag aus, weshalb das Angebot der ASt nicht berücksichtigt werde. Darin wurden die fünf Referenzen aufgelistet und das Ergebnis der Ermittlungen bei den Referenzgebern wieder gegeben und wie folgt bewertet:

"Von den 5 angegebenen Referenzen der [ASt] können nur 4 in die Wertung einbezogen werden.

Die Leistung zur Referenz Nr. 2 - [...] - ist weitestgehend durch ein anderes Planungsbüro erbracht worden, erst später ist [die ASt] in die Leistungspflicht eingetreten. Laut Aussage des Referenzgebers können die Leistungen [der ASt] daher noch nicht beurteilt werden. Insofern ist die Referenz nicht geeignet, um daraus Rückschlüsse auf die berufliche und technische Leistungsfähigkeit zu schließen und kann folglich nicht gewertet werden.

Nach v. g. Recherchen erfolgte lediglich für eine Referenz (Referenz Nr. 4 - [...]) eine durchweg positive Bewertung durch den Auftraggeber.

Für die Referenzen Nr. 1 und Nr. 5 wurde keine bzw. nur eine bedingte Empfehlung ausgesprochen. Die bedingte Empfehlung bezog sich lediglich auf positive Erfahrungen mit [der ASt] bei der Bauleitung/Baubegleitung. Zwar ist die LPh 8 ebenfalls Bestandteil der vorgesehenen Leistungen, den Schwerpunkt bilden jedoch die Planungsleistungen für die Beladestellen, so dass die ansonsten negative Bewertung des Referenzgebers bezogen auf diese Leistungsart hier stärker ins Gewicht fällt.

Die Planungsleistungen zur Referenz Nr. 3 sind ähnlich wie in der Referenz Nr. 2, nämlich ebenfalls nicht abgeschlossen. Laut Schreiben [der ASt] vom 21.06.2019 könne der Referenzgeber insoweit noch keine Einschätzung abgeben. Gegenüber der [...] hat sich der Referenzgeber jedoch in dem vorstehend benannten Sinne geäußert. Somit ist diese

Referenz nicht als geeigneter Nachweis im Sinne des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV anzusehen, da § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV auch von früher ausgeführten bzw. erbrachten Leistungen spricht, was die Abgeschlossenheit dieser Leistungen nahelegt.

Fazit:

Insgesamt stehen sich damit eine positive, eine durchweg negative und eine nur bedingt positive Referenz gegenüber. Letztere betrifft in ihren positiven Aspekten jedoch Bauleitungs-/Baubegleitungsaufgaben, die bei der hier zu vergebenden Leistung nicht im Vordergrund stehen, so dass insoweit der negativ belegte Aspekt dieser Referenz in den Vordergrund tritt.

Auf Grundlage der aufgeführten Sachverhalte bestehen Bedenken, dass die ausgeschriebene Leistung für die Planung zur Errichtung der [...] durch [die ASt] qualitätsgerecht ausgeführt wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Referenz Nr. 3, zu der gegenüber [der Ag] trotz fehlender Abgeschlossenheit der Maßnahme dennoch eine Einschätzung des Referenzgebers abgegeben wurde, in die Wertung einbezogen werden würde.

Denn auch diesbezüglich wurde nur eine bedingte Empfehlung ausgesprochen, insbesondere wurde die teils geringe Fachkunde sowie fehlendes Büroengagement benannt, eingereichte Unterlagen sollen jedoch in Ordnung sein. Die benannten negativen Aspekte führen dazu, dass sich an der bisherigen Einschätzung (also der Einschätzung ohne Berücksichtigung der Referenz Nr. 3) nichts ändern würde.

Zwar ist es durchaus als positiv zu bewerten, wenn eingereichte Unterlagen letztlich stimmig sind, jedoch ist auch die qualitätsgerechte und kooperative Zusammenarbeit im Planungsprozess ein wichtiger Bestandteil der Leistungserbringung. Hieran verbleiben nach der Betrachtung der Referenz Nr. 3 Zweifel. Mit den o. g. Ausführungen konnte durch die Vergabestelle keine positive Prognoseentscheidung für die Eignung Ihres Unternehmens zur Durchführung der in Rede stehenden Maßnahme getroffen werden, da für die eingereichten Referenzen nach Rücksprache mit den genannten Auftraggebern nur bedingte Empfehlung für Ihr Planungsbüro ausgesprochen wurden."

2. Mit Schreiben vom 12. Juli 2019, eingegangen bei der Vergabekammer des Bundes am 15. Juli 2019, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 16. Juli 2019 an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet die ASt im Einzelnen:

aa) Ein zum Ausschluss der ASt berechtigender Grund liege nicht vor. Die Ag habe die Aufhebung zu Unrecht auf § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV gestützt. Die gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 VgV aufgestellten Anforderungen an die technisch und berufliche Leistungsfähigkeit habe die ASt erfüllt. Die Ag habe den Sachverhalt schlicht falsch ermittelt. Eine Mindestanzahl an Referenzen sei nicht festgelegt, so dass eine wertungsfähige Referenz genügen müsse. Es sei auch nicht ausgeschlossen, dieselbe Referenz sowohl im Bereich [...] als auch im Bereich [...] zu werten.

bb) Die Ag habe ihren Beurteilungsspielraum bei der Wertung der materiellen Qualität der Leistungserbringung überschritten, weil diesbezüglich an hinreichend konkretisierten besonderen Anforderungen in der Auftragsbekanntmachung fehle. Die Referenzen wiesen auch

sämtlich die allein in der Bekanntmachung geforderte Vergleichbarkeit auf. Eine "Empfehlung" sei ebenso wenig gefordert gewesen wie Büro- oder Mitarbeiterreferenzen.

Bei der Eignungsbewertung dürfe die Ag gem. § 126 GWB nicht auf die Erfahrungen mit dem [...] zurückgreifen, weil das behauptete Schadensereignis im [...] länger als drei Jahre zurück liege und zudem noch kein Schadensersatzanspruch der Ag festgestellt worden sei.

cc) Insbesondere habe die Ag den Sachverhalt zu den Referenzen nicht richtig ermittelt:

- Hinsichtlich der Referenz Nr. 2 "[...]" und Nr. 3 "[...]" sei der Auftrag nach Übernahme vom insolventen bisherigen Planungsbüro ([...]) übernommen worden und werde fortgeführt. Nach Auskunft des Referenzgebers habe dieser keine Angaben dazu gemacht, welche Leistungsphasen durch [...] oder die ASt erbracht wurden. Die Planungen seien nun der ASt zuzuordnen und müssten positiv gewertet werden. Überdies habe eine zwischenzeitliche Planungsberatung am 25. Juni 2019 ergeben, dass der Referenzgeber mit der Leistung der ASt zufrieden sei.

- Die Baumaßnahme Referenz Nr. 3 "[...]" sei auch weitgehend abgeschlossen. Es fehlten lediglich noch Pflegearbeiten von Pflanzungen. Der angeblich vom Referenzgeber erhobene Vorwurf vermeintlich zu geringen Büroengagements und teils geringer planerischer Fachkunde werde mit Nichtwissen bestritten. Auf erneute Befragung seitens der ASt habe der Referenzgeber angegeben, dass vorliegende Mängel am Bauvorhaben nicht auf die Tätigkeit der ASt zurückzuführen seien.

- Hinsichtlich der Referenz Nr. 5 "[...]" bleibe in der Wertung der Ag unklar, ob eine positive oder negative Bewertung vorgenommen wurde. Die ASt habe termin- fach- und kostengerecht gearbeitet. Dies gelte insbesondere für die Planung (Bauabschnitt 2). Später habe die ASt der Ag Behinderungsanzeigen zukommen lassen, weil extern mit Zuarbeiten beauftragte Planungsbüros ihren Pflichten nicht nachgekommen seien. Daraus resultierende, gerechtfertigte Nachtragsforderungen begründeten keine negative Wertung der Referenz. Gleiches gelte für die weitergehende Kritik an der Kommunikation der ASt. Diese beziehe sich auf einen Personalwechsel, der nach Ansicht des dortigen Auftraggebers zeitiger hätte angezeigt werden müssen. Die Referenz sei somit positiv zu werten.

- Hinsichtlich der Referenz Nr. 1 "[...]" sei der Hafen betriebsfertig errichtet. Die dortige Auftraggeberin habe die ASt auf Schadensersatz verklagt und ihr eine nicht ausreichende fachliche Beratung vorgeworfen. Dies werde bestritten. Eine Entscheidung über den Rechtsstreit stünde aus und der zum damaligen Zeitpunkt verantwortliche Projektleiter sei nicht mehr bei der ASt beschäftigt. Ein anhängiger Rechtsstreit könne externe Gründe haben und sei für die Beurteilung der Leistungserbringung neutral zu werten.

- Bei der Referenz Nr. 4 "[...]" handele es sich um eine Eigenreferenz der Ag. Es sei eine komplett mangelfreie Leistung erbracht worden und dies habe sich auch in einem Folgeauftrag zugunsten der ASt manifestiert. Entsprechend sei die Referenz positiv zu werten.

- Vor diesem Hintergrund müsse das Gesamtergebnis der Prüfung der Referenzen positiv ausfallen.

dd) Es bestehe auch keine Verpflichtung zur erneuten Rüge nachdem die Ag ihre Ausschlussentscheidung am 10. Juli 2019 erneut bestätigte.

Die ASt beantragen über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Es wird festgestellt, dass die ASt durch die von der Ag durchgeführte Aufhebung des o.g. Vergabeverfahrens und den Ausschluss aus dem o.g. Verfahren in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Ag ist verpflichtet, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht Dienstleistungen in dem o.g. Bereich nur nach einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.

b) Die Ag beantragt:

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

Die Ag macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig und jedenfalls unbegründet sei:

aa) Der Antrag sei gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB unzulässig, weil die Ausschlussentscheidung der Ag nach erneuter Eignungsprüfung nicht mehr mit der Rüge angegriffen wurde.

bb) Der Antrag sei unbegründet, weil die Eignungsprüfung der Ag anhand der eingereichten Referenzen nicht zu beanstanden sei. Die Ag sei berechtigt gewesen, die von der ASt vorgelegten Referenzen durch Nachfrage bei den jeweiligen Referenzgebern zu verifizieren und darüber hinaus nicht verpflichtet gewesen, durch eigene Ermittlungen den objektiven Gehalt der abgegebenen Einschätzungen zu verifizieren. Dies gelte auch dann, wenn die angerufenen Ansprechpartner bei den Referenzgebern ihre Aussagen nachträglich in Gesprächen mit der ASt relativiert haben sollten.

Zu Recht habe die Ag nur vier Referenzen bei der Prüfung als nicht positiv berücksichtigt.

- Die Referenz Nr. 2 "[...]" habe nicht berücksichtigt werden können, weil diese noch nicht beurteilt werden konnte. Der Ansprechpartner habe ausgeführt, dass die ASt seit Übernahme des Auftrags von dem vorherigen, zwischenzeitlich insolventen Planungsbüro, keine substantiellen Planungsleistungen mehr erbracht habe, die dieser bewerten könne.
- Zur Referenz Nr. 1 "[...]" habe der Ansprechpartner keine Empfehlung abgeben können und auf einen laufenden Rechtsstreit verwiesen.

- Die bedingte Empfehlung zu Referenz Nr. 5 "[...]" beziehe sich lediglich auf positive Erfahrungen bei der Bauleitung, wobei dieser Leistungsteil für das vorliegende Verfahren weniger bedeutsam sei, so dass die negative Bewertung im Übrigen - insbesondere des Kommunikationsverhaltens der ASt - stärker ins Gewicht falle. Zudem habe der Ansprechpartner aus seiner Sicht ungerechtfertigte Nachtragsforderungen bemängelt.

- Bei der Referenz Nr. 3 "[...]" sei die teils geringe planerische Fachkunde und die Zusammenarbeit im Planungsprozess negativ bewertet worden. Die gute Bewertung der Qualität der bislang vorgelegten Planungsunterlagen habe in der Gesamtbewertung zurücktreten müssen.

- Im Ergebnis verbliebe lediglich die Referenz Nr. 4 "[...]" als positive Referenz. Dass die Ag insgesamt zu keiner positiven Eignungsprognose gelangte, sei vom ihr zustehenden Beurteilungsspielraum gedeckt.

3. Die Vergabekammer hat der ASt am 23. Juli Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 22. Juli 2019 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 6. September 2019 verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

4. In der mündlichen Verhandlung hat die Verfahrensbevollmächtigte der ASt zu Protokoll gegeben, dass "die Referenz Nr. 3 der Antragstellerin "[...]" in Bezug auf die Planungsleistung, die mit dieser Referenz belegt werden sollte, abgeschlossen und erbracht sei, denn das gesamte Bauvorhaben werde bereits in ca. einem Monat vollständig abgeschlossen sein." Dies wird von der Ag unter Verweis auf die schriftsätzlichen Ausführungen bestritten.

In der mündlichen Verhandlung haben die Verfahrensbeteiligten unstreitig gestellt, dass die Referenz Nr. 4 "[...]" geeignet ist, die Fachkunde für im "[...]" zu belegen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zunächst statthaft (a). Die ASt ist antragsbefugt (b), verfügt über ein Feststellungsinteresse (c) und hat ihrer Rügeobliegenheit genügt (d).

a) Der Antrag ist statthaft. Der für Liefer- und Dienstleistungsaufträge i.S.d. § 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 und Abs. 3 i.V.m. 103 Abs. 4 GWB einschlägige Schwellenwert von 221.000 Euro (Art. 1 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie 2017/2365/EU i.V.m. Art. 4 lit c) der Richtlinie 2014/24/EU) wird nach der Auftragswertschätzung der Ag (Vergabeakte, Entscheidungsvorschlag vom 12. Juni 2019) überschritten. Die Ag ist als 100%iger Eigenbetrieb des Bundes [...] öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB.

Die übrigen allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind unzweifelhaft erfüllt.

b) Die ASt ist gem. § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Auftragsinteresse durch die Abgabe eines Angebots belegt und durch ihre vorprozessuale Rüge sowie ihren

Nachprüfungsantrag geltend gemacht, dass das Vergabeverfahren gegen Vergaberecht verstoße und sie in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletze (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013 - Verg 22/13 m.w.N.).

c) Die ASt verfügt auch über ein hinreichendes Feststellungsinteresse. Ein Feststellungsinteresse der ASt ist vorliegend zu bejahen, weil ihr infolge der Verfahrensaufhebung nutzlose Aufwendungen entstanden sein können, der Feststellungsantrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dienen kann und auch die Gefahr nicht ausgeschlossen ist, dass die Ag erneut bei zukünftigen Ausschreibungen eine Wertungsentscheidung aufgrund desselben Rechtsverstoßes trifft.

d) Die ASt hat auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1-3 GWB mit Schreiben vom 19. und 21. Juni 2019 genügt. Insbesondere war nach erstmaliger Rüge am 19. Juni 2019 und deren Bestätigung vom 21. Juni 2019 eine abermalige Rüge entbehrlich, nachdem die Ag nach erneuter Eignungsprüfung dasselbe abschlägige Ergebnis am 10. Juli 2019 mitteilte.

Nach der Rechtsprechung und einhelliger Meinung entfällt eine Rügeobliegenheit nach Treu und Glauben, "wenn die Vergabestelle eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass sie unumstößlich an ihrer Entscheidung festhalten wird, dass sie also unter keinen Umständen - auch nicht auf eine Rüge hin - gewillt ist, eine etwa vorliegende Verletzung des Vergaberechts abzustellen" (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.05.2017 - Verg 36/16 m.w.N.). Dies wird insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden bejaht, in denen die Vergabestelle nach erstmaliger Rüge und erneuter Prüfung unverändert an ihrer Entscheidung festhält (Wiese in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, 4. Aufl. 2016, § 160 Rn. 186, s.a. Rn. 185; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, 4. Aufl. 2018, § 160 Rn. 69).

Schließlich hat die ASt den Nachprüfungsantrag auch rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nach der abschließenden Nichtabhilfeentscheidung der Ag gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Ag hat den ihr grundsätzlich zustehenden Beurteilungsspielraum bei der materiellen Überprüfung der Referenzen überschritten, indem sie auf der gegebenen Basis die Eignung der ASt verneint hat.

a) Die Anforderungen an die Eignung der Bieter und der von diesen vorzulegenden Referenzen wurden in der Auftragsbekanntmachung wirksam aufgestellt (§ 122 Abs. 4 Satz 2 GWB i.V.m. § 46 Abs. 1 und 3 Nr. 1 VgV). Die sachlichen und zeitlichen Anforderungen an diese Referenzen, insbesondere die zeitliche Einschränkung auf fünf Jahre stehen mit dem Auftragsgegenstand in angemessener Verbindung (§ 122 Abs. 4 Satz 1 GWB i.V.m. § 46 Abs. 1 und 3 Nr. 1 VgV) und stehen darüber hinaus nicht im Streit.

b) Ausweislich der Vergabeakte erfüllt die ASt die Referenzanforderungen in formeller Hinsicht, d.h. es wurden - eine Mindestanzahl war nicht gefordert - Referenzen im allein streitigen Referenzbereich "[...]" vorgelegt, die sachlich mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar sind und innerhalb der letzten fünf Jahre erbracht wurden. Auch die übrigen formalen Anforderungen (hinsichtlich des Auftragswerts und der Honorarzone) sind nach den Feststellungen der Ag erfüllt (hausinterner Entscheidungsvorschlag der Ag vom 28. Juni 2019, Seite 3).

aa) Im Rahmen der (wiederholten) Eignungsprüfung wurde lediglich die Referenz Nr. 2 "[...]" von der Wertung ausgenommen, weil die für die Beurteilung der Vergleichbarkeit erhebliche Planungsleistung nicht von der ASt, sondern einem nachträglich übernommenen, zwischenzeitlich insolventen Planungsbüro erbracht wurde, wobei die planenden Ingenieure "wohl nicht" übernommen wurden. Die Nichtberücksichtigung dieser Referenz war richtig, denn diese Referenz kann nicht der ASt zugerechnet werden. Zwar ist einem Bieter nicht verwehrt, auf Referenzaufträge von übernommenen Unternehmen zu verweisen werden, allerdings trägt er insofern die Darlegungslast dafür, dass die - in diesem Fall technische und berufliche Leistungsfähigkeit - etwa in Form des Personals auf den Bieter weitgehend unverändert übergegangen ist und auch im konkret vorliegenden Auftrag zum Tragen kommt (vgl. Opitz in Burgi/Dreher, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 122 Rn. 71 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Januar 2006 - Verg 93/05). Dies hat die darlegungsbelastete ASt nicht vorgebracht. Insbesondere ist sie dem Vortrag der Ag, wonach die planenden Ingenieure nicht übernommen wurden, nicht substantiiert entgegen getreten, sondern hat lediglich schriftsätzlich geltend gemacht, dass die Referenz gleichwohl gelten müsse. Daher kann die Vermutung, dass die planenden Ingenieure nicht übernommen wurden, im Nachprüfungsverfahren als zutreffend unterstellt werden. Kommt aber das Personal, das die Referenz erarbeitet hat, bei der Auftragsausführung gar nicht zum Einsatz, so ist die Fachkunde, die mit der Referenz belegt werden soll, gerade nicht nachgewiesen (vgl. zu einer ähnlichen Problematik bei einer im Konzern vorhandenen Referenz OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2019 - Verg 36/18). Die Referenz Nr. 2 "[...]" stellt keine eigene Referenz der ASt dar.

bb) Nicht mit Erfolg konnte die Ag dagegen im Nachprüfungsverfahren geltend machen, dass weitere Referenzen in zeitlicher Hinsicht aufgrund eines zu lange zurückliegenden Abschlusses (Referenz Nr. 4 "[...]") oder mangels Abschlusses der Leistung aus formalen Gründen von der Wertung auszunehmen seien (Referenz Nr. 3 "[...]"). Grundsätzlich ist eine Referenz wertbar, wenn die für die Wertung maßgebliche Leistung ausgeführt wurde. Es ist nicht unbedingt erforderlich, dass diese auch bereits vom Ag abgenommen wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2018 - Verg 28/18; Opitz in Burgi/Dreher, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 122 Rn. 68).

Ausweislich des Entscheidungsvorschlags der Ag vom 28. Juni 2019 (Seite 3) wurde für alle fünf Referenzen in Kenntnis der von der ASt angegebenen, teilweise noch fortlaufenden Leistungszeiträume, ausdrücklich festgestellt:

"Alle Referenzen wurden im geforderten Leistungszeitraum, < 5 Jahre gerechnet vom Tag der Auftragsbekanntmachung, erbracht."

Lediglich hinsichtlich der Referenzen Nr. 3 "[...]" (und Nr. 2 "[...]", die der ASt ohnehin nicht zurechenbar ist, s.o.) wurde im Rahmen der weiteren materiellen Wertung problematisiert, ob die mangelnde Abgeschlossenheit der Leistungserbringung die Wertung ausschließen könne, ohne jedoch eine Entscheidung hierüber zu treffen (Ebenda, Seite 4 f.). Auch die Mitteilung der Ag über die Ausschlussentscheidung vom 10. Juli 2019 verhält sich hierzu ambivalent. Einerseits wird bestätigt, dass vier Referenzen in die Wertung einbezogen wurden, andererseits wird erneut der mögliche Ausschluss der Referenz aufgrund der Angaben des Referenzgebers erwogen. Schriftsätzlich wurde dies von der Ag im Nachprüfungsverfahren nicht weiter aufgegriffen, sondern auf eine negative materielle Wertung der Referenz Nr. 3 "[...]" abgestellt (vgl. Schriftsatz der Ag vom 18. Juli 2019, Seite 11 und Schriftsatz vom 8. August 2019, Seite 5).

Im Ergebnis hat die Referenz Nr. 3 in der materiellen Wertung zu verbleiben, denn diese Referenz ist zugunsten der ASt als abgeschlossen anzusehen. Wie die ASt in der mündlichen Verhandlung substantiiert dargelegt hat, war der Leistungszeitraum von 2014 bis 09/2019, so dass die Planungsleistungen, um die es vorliegend geht und für die die Fachkunde nachgefragt wird, abgeschlossen sind. Die ASt hat dargelegt, dass nur noch Pflegearbeiten an Pflanzungen ausstehen.

Gleiches gilt hinsichtlich der Referenz Nr. 4 "[...]". Auch diesbezüglich wurden erstmals in der mündlichen Verhandlung seitens der Ag - nicht weiter konkretisierte - Zweifel daran geäußert, ob dieses Referenzprojekt möglicherweise schon vor mehr als fünf Jahren abgeschlossen wurde und daher nur noch im (unstreitigen) Referenzbereich "[...]", nicht dagegen mehr im Bereich "[...]" gewertet werden könne.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass im Einklang mit der formellen Wertungsentcheidung der Ag, vier Referenzen einer materiellen Eignungsprüfung zugänglich sind.

c) Die von der Ag vorgenommene materielle Eignungsprüfung überschreitet den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum und verstößt sowohl gegen den durch § 122 Abs. 1 i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB und § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB i.V.m. § 46 Abs. 1 und 3 Nr. 1 VgV vorgegebenen Prüfungsmaßstab (aa) als auch gegen die Verpflichtung zur zutreffenden und vollständigen Sachverhaltsermittlung (bb). In der Folge überschreitet die Ag in ihrer Gesamtbeurteilung den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum (cc).

aa) Die Eignungsprüfung hat nach der durch § 122 GWB entsprechend der Richtlinie 2014/24/EU vorgegebenen Prüfungssystematik zu erfolgen. Seit der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz ist gemäß § 122 Abs. 1 und 2 GWB im Rahmen der Eignungsprüfung zwischen der Prüfung des Vorliegens von gesetzlichen Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB und der konkreten auftragsbezogenen Prüfung der Fachkunde und Leistungsfähigkeit anhand der vom Auftraggeber für das konkrete Beschaffungsvorhaben aufgestellten Eignungskriterien zu differenzieren. Die Prüfung der Fachkunde und Leistungsfähigkeit erfolgt konkret auftragsbezogen anhand der Kriterien, die der Auftraggeber für den konkreten Auftrag gemäß der in § 122 Abs. 2 GWB i.V.m. § 44 bis § 46 VgV festgelegt hat.

Dieser Prüfungssystematik wird die Eignungsprüfung der Ag nicht gerecht, denn sie vermengt auf unzulässige Art und Weise den Prüfungsmaßstab, der gemäß § 122 Abs. 1 i.V.m. 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB an den Ausschluss eines Bieters wegen genereller Unzuverlässigkeit aufgrund erheblicher Schlechtleistung mit dem strikt auftragsbezogenen Prüfungsmaßstab, der bei der materiellen Prüfung technischer und beruflicher Leistungsfähigkeit des Bieters anhand vorgelegter Referenzen gemäß § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB i.V.m. § 46 Abs. 1 und 3 Nr. 1 VgV vorzunehmen gewesen wäre.

So ist die Wertung der Referenz Nr. 1 "[...]" als "durchweg negativ" schon deshalb zu beanstanden, weil die Aussagen des Referenzgebers unergiebig sind, denn er hat allein auf das bloße Vorliegen eines Rechtsstreits abgestellt, ansonsten jedoch Aussagen abgelehnt. Allein aus der Tatsache eines anhängigen Rechtsstreits kann aber weder generell auf mangelnde Zuverlässigkeit noch auf mangelnde technische und berufliche Leistungsfähigkeit geschlossen werden. Sofern der Ag aufgrund der Auskunft des Referenzgebers Zweifel an der gene-

rellen Zuverlässigkeit des Bieters hegen sollte, steht es in ihrem Ermessen einen fakultativen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu prüfen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen zum Beleg einer erheblichen und fortdauernden nicht vertragsgerechten Erfüllung einer wesentlichen Anforderung (vgl. hierzu eingehend: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juni 2018 - Verg 7/18) sind allerdings nicht dargetan. Darüber hinaus fehlt es an einer konkret auftragsbezogenen Beurteilung der Referenz, aus der sich Rückschlüsse auf eine unzureichende technische und berufliche Leistungsfähigkeit der ASt mit Bezug auf den ausgeschriebenen Auftrag ergeben könnten. In Ermangelung solcher Feststellungen ist die Ausschlussentscheidung zu Lasten der ASt auf der gegebenen Basis beurteilungsfehlerhaft.

Gleiches gilt grundsätzlich auch für die beiden Referenzen Nr. 5 ("[...]") und Nr. 3 ("[...]"). Auf der Grundlage der aktenkundigen Informationen, die von den Referenzgebern übermittelt worden sein sollen und auch nach Einschätzung der Ag eine bedingte Empfehlung der ASt beinhalten, kann nicht ohne Weiteres auf eine generelle Unzuverlässigkeit der ASt oder einen Mangel auftragsbezogener Leistungsfähigkeit geschlossen werden. Bei der geäußerten Kritik (zu Referenz Nr. 5 "[...]": "wechselnde Ansprechpartner", "eher schlechte Kommunikation bzw. geringer Kommunikationswille mit anderen Planungsbeteiligten" sowie zu Referenz Nr. 3 "[...]": "wenig Büroengagement, planerische Fachkunde aus Sicht AN nicht richtig befriedigend") ist bereits eine hinreichend erhebliche und fortdauernde Schlechtleistung § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB fraglich, selbst wenn man die Kritik als unstrittig unterstellen würde.

Dabei entspricht es dem ausdrücklichen Willen des Richtlinien- und Gesetzgebers eine Ausschlussentscheidung gemäß des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur bei schwerwiegendem Fehlverhalten und allenfalls ausnahmsweise bei kleineren Unregelmäßigkeiten vorzunehmen (Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund Nr. 101; BT-Drs. 18/6281, Seiten 106 f.).

Zwar ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, bei der Prüfung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auch auf die Zuverlässigkeit der Bieter abzustellen (vgl. Art. 58 Abs. 4 UAbs. 3 Richtlinie 2014/24/EU, § 46 Abs. 1 Satz 2 VgV). Dies setzt allerdings voraus, dass der öffentliche Auftraggeber hinreichend konkretisierte Anforderungen mit Bezug zum Auftragsgegenstand vorab bekannt, entsprechend der bekannt gemachten Anforderungen beurteilt und nachvollziehbar begründet (vgl. § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB; s.a. OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2018, 13 Verg 8/17).

bb) Die Ag hat bei der Bewertung der Referenzen auch gegen die Verpflichtung zur Ermittlung des zutreffenden und vollständigen Sachverhalts verstoßen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2018 - Verg 28/18).

Grundsätzlich ist der öffentliche Auftraggeber nur dazu berechtigt, aber nicht dazu verpflichtet, eine materielle Bewertung der Referenzen vorzunehmen und hierzu eigene Ermittlungen bei den Referenzgebern durchzuführen. Die Entscheidung hierüber obliegt seinem pflichtgemäßen Ermessen. Bevor der öffentliche Auftraggeber aber im Rahmen der materiellen Überprüfung eine negative Wertungsentscheidung zu Lasten des Bieters trifft, ist er verpflichtet, den zu bewertenden Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln. Defizite hierbei gehen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers, der die Darlegungslast für die den Ausschluss begründenden Tatsachen trägt.

Vor diesem Hintergrund ist eine frühzeitige Anhörung des mit einem drohenden Wettbewerbsausschluss belasteten Bieters nicht nur verfahrensrechtlich geboten, sondern auch zur Sachverhaltsaufklärung im Interesse des öffentlichen Auftraggebers dienlich.

Im vorliegenden Fall bestreitet die ASt substantiiert, die von den Referenzgebern vorgetragenen Kritikpunkte. Hinsichtlich Referenz 1 "[...]" wird ausgeführt, dass der anhängige Rechtsstreit sich auf eine vorgeblich nicht ausreichende fachliche Beratung beziehe und der betroffene Projektleiter überdies nicht mehr für die ASt tätig werde.

Hinsichtlich der Referenz 5 "[...]" wird seitens der ASt vorgetragen, dass die vorgeworfene unzureichende Kommunikation und die wechselnden Ansprechpartner auf Behinderungsanzeigen gegenüber dritten Planern wegen Schlechtleistung und einen Personalwechsel mit einem Vorlauf von vier Wochen zurückzuführen seien. Vor diesem Sachverhalt seien auch die Nachtragsforderungen gerechtfertigt.

Dieses substantiierte Bestreiten der ASt hat die Ag nicht gewürdigt. Sie hatte diesen Einlassungen im Nachprüfungsverfahren auch sachlich nichts entgegenzusetzen. Zu Unrecht zieht sich die Ag lediglich darauf zurück, dass eine nachträgliche Relativierung der Informationen der Referenzgeber belanglos sei, weil eine eingehendere Ermittlung des Sachverhalts nicht von der Ag erwartet werden könne.

Bezüglich der Referenz Nr. 3 "[...]" ist zudem schon die Auskunft des Referenzgebers widersprüchlich. So wird einerseits die nicht befriedigende planerische Fachkunde bemängelt als auch die Planung selbst als "qualitativ in Ordnung" gewürdigt. Auch diesen Widerspruch hätte die Ag aufklären müssen, bevor sie ihre Wertung auf eine in sich widersprüchliche Auskunft stützt.

cc) Die vorgenannten Verstöße resultieren in einer nach anerkannten Bewertungsmaßstäben Gesamtabwägung, mit der die Ag auf der Basis der von ihr getroffenen Feststellungen ihren Beurteilungsspielraum überschritten hat.

In der Gesamtabwägung hatte die Ag eine unstreitig in jeder Hinsicht positive Eigenreferenz (Referenz Nr. 4 "[...]") und drei weitere (Fremd-)Referenzen zu berücksichtigen, bei denen eine negative Prognose für die Erfüllung des streitgegenständlichen Auftrags aufgrund der getätigten Feststellungen nicht nachvollziehbar begründet ist. Diese drei Referenzen wären nach dem aktenkundigen Ermittlungsstand zumindest dahingehend zu werten, dass die ASt über die in der Bekanntmachung geforderte Erfahrung mit vergleichbaren Aufträgen im Bereich "[...]" verfügt. Darüber hinaus fehlt es nach dem aktenkundigen Ermittlungsstand derzeit an belegbaren Anhaltspunkten dafür, dass es der ASt generell an Zuverlässigkeit oder auftragsbezogen an Fachkunde und Leistungsfähigkeit mangeln könnte.

Antragsgemäß ist festzustellen, dass die Ag gegen Vergaberecht verstoßen hat, indem sie den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum bei der Prüfung der angeforderten Referenzen überschritten hat.

III.

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

Die Ag hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig, weil sich bei der materiellen Eignungsprüfung von Referenzen im Spannungsverhältnis zwischen § 124 Abs. 1 Nr. 7 und § 46 Abs. 1 und 3 Nr. 1 VgV um eine noch recht neue und komplexe rechtliche Abgrenzungsfrage handelt. Überdies entspricht es dem Grundsatz der Waffengleichheit, wenn die ASt ebenso wie die Ag sich eines anwaltlichen Beistandes bedient.

IV.

(...)