



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 119/24

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] nach Lage der Akten am 5. Februar 2025 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen jeweils zur Hälfte.

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig.
5. Der Antrag der Beigeladenen auf ergänzende Akteneinsicht in die Referenzen der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe [...] gemeinschaftsweit bekannt. Insgesamt sind [...] aufzunehmen, zu transportieren und auf definierten Umlagerungsstellen umzulagern. Als Vertragsbeginn war der 1. Januar 2025 vorgesehen.

Die Auftragsbekanntmachung sieht, soweit vorliegend von Interesse, hinsichtlich der Anforderungen an die Eignung insbesondere vor:

„5.1.9. Eignung zur Berufsausübung:

(A).....

(B) Nicht präqualifizierte Unternehmen haben zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Bei Einsatz von Nachunternehmern sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärungen auch für diese abzugeben.....

(C) Der Bieter erklärt, dass ihm bekannt ist, dass die jeweils genannten Bestätigungen/Nachweise zu den Eigenerklärungen auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle innerhalb der gesetzten angemessenen Frist vorgelegt werden müssen und sein Angebot/Teilnahmeantrag ausgeschlossen wird, wenn

- die Unterlagen nicht vollständig innerhalb dieser Frist vorgelegt werden oder*
- die Information für die Vergabestelle nicht gebührenfrei bei einer Datenbank abrufbar sind bzw.*

- die Zuschlag erteilende Stelle nicht bereits im Besitz der Informationen ist.

5.1.9. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

(A)

(B) Angaben zu Arbeitskräften: Der Bieter erklärt, dass ihm die für die Ausführung der Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte zur Verfügung stehen. Auf Verlangen wird der Bieter die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Kalenderjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte gegliedert nach Lohngruppen mit extra ausgewiesenem Leitungspersonal angeben.....

5.1.9. Technische und berufliche Leistungsfähigkeit:

Angaben zu Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind: Der Bieter erklärt, dass er in den letzten fünf Kalenderjahren bzw. in dem in der Bekanntmachung genannten ggf. abweichenden Zeitraum Leistungen erbracht hat, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind. Diese sind nachzuweisen durch mindestens 3 Referenzen. Auf Verlangen wird der Bieter zu den o.g. Eigenerklärungen jeweils eine schriftliche Referenz vorlegen.....“

Das Formblatt „*Aufforderung zur Abgabe des Angebots*“ sieht dementsprechend vor, dass mit dem Angebot - soweit erforderlich - einzureichen sind das Angebotsschreiben (Formblatt 331-B), das Bieterangabenverzeichnis (Formblatt 361), die Eigenerklärung zur Eignung (Formblatt 333b-B) sowie das Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen (Formblatt 392-B). Fehlende Unterlagen, deren Vorlage mit dem Angebot gefordert war, würden nachgefordert werden (Rn. 3.3 der „*Aufforderung zur Abgabe des Angebots*“).

Die Baubeschreibung sieht unter Rn. 3.5.1 vor, dass die eingesetzten [...] ein Laderaumvolumen von mind. 4.500 m³ aufweisen müssen.

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Antragstellerin (ASt) ist Anbieterin von [...]. Die ASt ist [...], der – soweit vorliegend von Interesse – auch die [...] angehören.

Die ASt gab ihr Angebot fristgerecht unter dem 29. August 2024 ab.

In dem Formblatt „Angebotsschreiben“ gab die ASt an, dass die Anlagen „Verzeichnis Nachunternehmerleistungen“ und „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“, wo jeweils die [...] als Unterauftragnehmer eingetragen war, Vertragsbestandteil werden sollten. Außerdem erklärte sie unter Rn. 7 des Formblatts, alle Leistungen selbst auszuführen, die nicht im „Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen“ bzw. im „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“ aufgeführt wurden.

Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ reichte die ASt sowohl für sich selbst als Bieterin als auch für die [...] als anderes Unternehmen (Unterauftragunternehmen) ein. In der als Bieterin abgegebenen Eigenerklärung benannte die ASt zwei eigene Referenzen (Geschäftsgeheimnis), jeweils versehen mit dem Zusatz: „[...]“.

In der für die [...] als anderes Unternehmen abgegebenen Eigenerklärung benannte die ASt insgesamt drei Referenzen (Geschäftsgeheimnis).

Im „Verzeichnis über Art und Umfang der Leistungen, für die sich der Bewerber/Bieter der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen bedienen wird“ (Formblatt 392-B), machte die ASt folgende Angaben:

[...]

Die durch die [...] unterschriftlich vollzogene „Verpflichtungserklärung Nr. 1 anderer Unternehmen“ fügte die ASt dem Angebot ebenfalls bei. Die Angaben in den Textfeldern „OZ/Leistungsbereich“ und „Beschreibung der Teilleistungen“ waren inhaltsgleich mit denjenigen im Verzeichnis gem Formblatt 392-B.

In einer sog. „Geräteliste“ waren seitens der Bieter die einzusetzenden [...] aufzuführen, differenziert nach „Eigene Geräte“ und „Fremde Geräte“. Hier gab die ASt unter „Fremde Geräte: mit Angabe der Eigentümer“ [...] an. Als Eigentümerin des [...] wies sie die [...] aus.

Nach dem vorliegenden Submissionsergebnis ist das Angebot der ASt das preisgünstigste, gefolgt von dem Angebot der Beigeladenen (Bg).

In einem Schreiben vom 18. September 2024 teilte die Ag der ASt mit, dass deren Angebot ausgeschlossen werde. Zur Begründung führte die Ag im Wesentlichen aus, dass das in den Angebotsunterlagen angegebene [...], ein nicht den Mindestanforderungen der Baubeschreibung (dort. Rn. 3.5.1) entsprechendes Laderaumvolumen von 4.500 m³ aufweise. Die beim [...] angeforderte Laderaumtabelle des Schiffes weise das Laderaumvolumen mit 4.473 m³ aus. Im Übrigen bestehe zwischen dem [...] und der ASt ein bis Ende Februar 2025 laufendes Auftragsverhältnis für Arbeiten auf [...], in dem die [...] zum Einsatz komme. Da dieses Schiff somit bis Ende Februar 2025 für [...] vertraglich gebunden sei, könne es nicht bereits ab dem 1. Januar 2025 für die streitgegenständlichen Arbeiten zur Verfügung gestellt werden. Ein anderes Schiff, das in dem Überlappszeitraum (1. Januar bis 28. Februar 2025) die ausgeschriebenen Arbeiten ersatzweise erledigen könne, habe die ASt nicht angeboten.

Den Angebotsausschluss rügte die ASt mit anwaltlichem Schreiben vom 26. September 2024. Sie machte darin insbesondere geltend, in der Geräteliste das Laderaumvolumen der [...] korrekt mit 4.670 m³ angegeben zu haben. Damit werde den Anforderungen der Baubeschreibung (Rn. 3.5.1) Genüge getan. Bei den der Ag vom [...] zur Verfügung gestellten Unterlagen handle es sich nicht um geeichte Daten, sondern um Angaben des Herstellers [...]. Die Herstellerangaben seien jedoch nicht maßgeblich. Abzustellen sei vielmehr auf die von dem [...] ausgestellte

geeichte Laderaumtabelle, die das Laderaumvolumen mit 4.668,24 m³ angebe. Außerdem versicherte die ASt, dass die [...] – wie vorgegeben – ab dem 1. Januar 2025 für den ausgeschriebenen Einsatz zur Verfügung stehen werde.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2024 setzte die Ag die ASt darüber in Kenntnis, dem Rügevorbringen abzuhelpen und das Angebot der ASt in der Wertung zu belassen.

Einen Tag später, mit Schreiben vom 2. Oktober 2024, lud die Ag die ASt zu einem Gespräch zur Aufklärung des Angebots ein. Das Gespräch fand am 9. Oktober 2024 statt. Themenschwerpunkte waren u.a. die beabsichtigte bautechnische Abwicklung des Vorhabens, aber auch Fragen der Ag hinsichtlich des tatsächlichen Laderaumvolumens [...].

Im Nachgang zum Aufklärungsgespräch forderte die Ag die ASt in einem Schreiben vom 9. Oktober dazu auf, die widersprüchlichen Angaben zur Laderaumgröße [...] aufzuklären. Die ASt ergänzte und vertiefte in einem Schreiben vom 11. Oktober 2024 ihren Vortrag, dass maßgeblich alleine das von der [...] ermittelte Laderaumvolumen sei.

Mit Schreiben vom 8. November 2024 forderte die Ag die ASt erneut zur Aufklärung der Angaben im Angebot auf. Die detaillierten Fragen betrafen u.a. die Angaben zu den eigenen Referenzen der ASt und zu den Referenzen des von ihr benannten Nachunternehmens, der [...]. Darüber hinaus sollte die ASt Angaben zum aktuellen Eigentümer der [...] machen.

Die ASt beantwortete die Fragen mit Schreiben vom 14. November 2024 unter Beifügung diverser Unterlagen. Darin führte die ASt u.a. aus, die Hauptauftragnehmerin des Auftrags zu sein und sich bei der Durchführung teilweise der im Formblatt 392-B benannten [...] bedienen zu wollen. Zu dem [...] machte die ASt folgende Angaben: [...]. Nach Angaben der ASt werde die Eigentümerstellung der [...] dokumentiert in dem von der zuständigen [...] Behörde erstellten [...].

Die Ag beabsichtigte nunmehr, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen. Nachdem die der Ag übergeordnete Mittelbehörde [...] unter dem 15. November 2024 der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die ASt zugestimmt hatte, versandte die Ag noch am selben Tag die Information nach § 134 GWB an die unterlegenen Bieter, darunter auch die Bg.

Mit anwaltlichen Rügeschreiben vom 20. und 29. November 2024 banstandete die Bg die beabsichtigte Zuschlagserteilung. Sie machte insbesondere die mangelnde Eignung der ASt geltend. Die ASt sei schon deshalb nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 und 7 GWB auszuschließen, weil zu vermuten sei, dass die ASt in ihrem Angebot nicht offengelegt habe, dass zwei ihrer Konzernunternehmen, die [...], wegen unzutreffender Angaben zu den Referenzen von der zuständigen [...] Behörde von Vergabeverfahren ausgeschlossen worden seien. Die Verfügungen der Behörde seien in gerichtlichen Entscheidungen [...] bestätigt worden. Zu vermuten sei ferner, dass die ASt für die Arbeiten das [...] angeboten habe. Öffentlich zugängliche Quellen ließen den Schluss zu, dass dieses Schiff nicht die Mindestanforderungen an die Laderaumkapazität (d.h. mindestens 4.500 m³) erfülle. Außerdem sei dieses Schiff bis Ende Februar 2025 für einen anderen öffentlichen Auftrag, d.h. [...], im Einsatz, stünde daher nicht zum 1. Januar 2025 für den streitgegenständlichen Auftrag zur Verfügung. Eigentümer der [...] sei zudem ein anderes Unternehmen, die [...].

Im Lichte der Rüge der Bg machte die Ag am 21. November 2024 die Aufhebung des Informationsschreibens allen Bietern über die elektronische Vergabepattform bekannt.

Nach einer am 6. Dezember 2024 erfolgten internen Abstimmung über das weitere Vorgehen te[...]-e die Ag der Bg am 9. Dezember 2024 mit, deren Rüge abzuhelpfen.

Außerdem informierte die Ag die ASt am 9. Dezember 2024 gem. § 134 GWB darüber, dass auf deren Angebot der Zuschlag nicht erte[...]-en werden könne, da die Mindestanforderungen an die Eignung (mind. drei Referenzprojekte für vergleichbare Leistungen) nicht erfüllt seien. Soweit die ASt sich auf Referenzen der [...] berufe, könnten diese nicht berücksichtigt werden, weil die [...] die streitgegenständlichen Arbeiten nicht ausführen werde (§ 6d EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A). Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Die ASt rügte die Entscheidung der Ag mit anwaltlichem Schreiben vom 12. Dezember 2024.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2024 te[...]-e die Ag der ASt mit, dem Rügevorbringen nicht abhelfen zu wollen. Zur Begründung führte die Ag aus, dass zwar die beiden von der ASt im Formblatt 333b-B angegebenen eigenen Referenzen die bekanntgemachten Eignungsanforderungen erfüllten. Entgegen der Annahme der ASt sei eine dritte eigene Referenz nicht anzuerkennen; dem stünde schon entgegen, dass die ASt diese Referenz nicht im Formblatt 333b-B aufgeführt habe. Eine Nachforderung von Unterlagen nach § 16a EU Abs. 1 Satz 1, 1.

Alt. VOB/A komme nicht in Betracht. Die Referenzen der [...] seien nicht berücksichtigungsfähig. Das ergebe sich daraus, dass die [...] nicht als Unterauftragnehmer eingesetzt werde. Die [...] werde nur insoweit in die Abwicklung des Auftrags eingebunden, als sie der ASt die [...] zur Verfügung stelle; das erforderliche Personal werde von der [...] gestellt. Die Voraussetzung des § 6d EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A sei daher nicht erfüllt, wonach das die Eignung verleihende Unternehmen die Arbeiten ausführen müsse, für welche die Kapazitäten benötigt werden.

2. Mit einem am 19. Dezember 2024 an das besondere elektronische Behördenpostfach der Vergabekammer des Bundes übermittelten Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt trägt vor, die für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags erforderliche Antragsbefugnis liege vor. Ihr Interesse am Auftrag habe sie durch die Angebotsabgabe dokumentiert. Der Ausschluss der erstplatzierten ASt wegen vermeintlich fehlender Eignung sei vergaberechtswidrig, da sie ihre Eignung hinreichend nachgewiesen habe. Durch den ungerechtfertigten Ausschluss werde sie in ihren Bieterrechten verletzt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die ASt habe den Nachweis der geforderten drei Referenzen bereits für die ASt selbst als Bieterin im Formblatt 333b-B erbracht. Die beiden eigenen Referenzen seien im Formblatt 333b-B korrekt angegeben worden. Nicht im Formblatt 333b-B aufgeführt worden sei ein dritter Referenzauftrag der ASt für ein anderes [...] (Geschäftsgeheimnis). Einer expliziten Erwähnung dieses Auftrags im Formblatt 333b-B habe es nicht bedurft, weil die Ag ohnehin im Besitz der erforderlichen Nachweise sei, § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A. Dies ergebe sich zweifelsfrei aus dem Protokoll der Ag über ein Aufklärungsgespräch mit der ASt, in dem über einen Informationsaustausch zwischen der Ag und dem für den betreffenden Auftrag zuständigen WSA berichtet worden sei.

Selbst wenn die eigenen Referenzen der ASt nicht bereits ausreichend sein sollten, genügten die drei Referenzen der [...] den bekanntgemachten Anforderungen. Die ASt habe die [...] im Formblatt 333b-B als Nachunternehmen angegeben. Nicht zutreffend sei die Annahme der Ag, die [...] werde sich auf die Bereitstellung der [...], des erforderlichen Personals sowie reine Hilfstätigkeiten beschränken. Dies ergebe sich weder aus der Geräteliste noch aus der Anlage 4 zum Schreiben vom 14. November 2024 (Anlage AS 8 zum Nachprüfungsantrag). Zutreffend sei vielmehr, dass die [...] die ausgeschriebenen Baggerarbeiten mit dem [...] in erheblichem Umfang eigenständig

ausführen werde. Wie die [...] den Auftrag als Nachunternehmen erfüllen werde, stehe ihr offen. Das auf dem Schiff eingesetzte Personal unterstehe den Weisungen der [...].

Die Annahme der Bg, die [...] sei kein operativ tätiges Unternehmen, sei unzutreffend. Die vorgelegten Referenzen und die zu der [...] gemachten Umsatzangaben belegten das Gegenteil.

Da die Ag nach erfolgter Aufklärung zu dem Ergebnis gekommen sei, dass alle Fragen in einem positiven Sinne beantwortet seien und auch keine Zweifel an der Eignung der ASt mehr gehabt habe (vgl. Genehmigung der Mittelbehörde vom 15. November 2024), hätte sie der ASt im Falle erneuter Zweifel an der Eignung Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Das habe sie jedoch unterlassen.

Zu den Eigentumsverhältnissen an dem für die Auftragsausführung vorgesehenen Schiff trägt die ASt vor, dass die Vergabeunterlagen schon keinen Nachweis gefordert hätten, in wessen Eigentum das Fremdgerät stehe. Relevant sei nicht das Eigentum im sachenrechtlichen Sinn, sondern das wirtschaftliche Eigentum. Die [...] sei dem Gesellschaftsvermögen der [...] zugeordnet, was sich neben dem [...] auch aus der notariellen Kaufurkunde ergebe.

Zum Laderaumvolumen verweist die ASt auf ein von ihr vorgelegtes Dokument der [...] hin. Diese Behörde sei [...] ausschließlich für die Erstellung amtlicher, geeichter Laderaumtabellen zuständig. Danach liege das Laderaumvolumen der [...] bei 4670 m³.

Die ASt beantragt,

1. gegen die Ag ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten, verbunden mit einer unverzüglichen Information der Ag gemäß § 169 GWB in Textform,
2. die Ag zu verpflichten, den Ausschluss des Angebots der ASt zurückzunehmen und das Angebot im Rahmen der Wertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu berücksichtigen,
3. die Vergabeakten der Ag beizuziehen und der ASt Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen, sowie
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der ASt für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

b) Die Ag beantragt,

die Anträge der ASt als unbegründet zurückzuweisen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag erachtet den Nachprüfungsantrag als unbegründet. Der Ausschluss der ASt sei zu Recht erfolgt, weil diese die Mindestanforderung an die Eignung nicht erfüllt habe. Die ASt habe in ihrem Angebot zwei eigene Referenzen benannt, die seitens der Ag als vergleichbar anerkannt worden seien.

Eine dritte Referenz über [...] habe die ASt im Formblatt 333b-B nicht benannt, so dass diese nicht habe berücksichtigt werden können. Fehl gehe die Ansicht der ASt, die Vorlage der dritten Referenz [...] sei aufgrund der Vorschrift des § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A entbehrlich gewesen. Die Vorschrift gehe zurück auf Art. 59 Abs. 5 der Richtlinie 2024/24 EU. Nach dieser Vorschrift müssten Wirtschaftsteilnehmer keine zusätzlichen Unterlagen vorlegen, wenn der den Auftrag vergebende öffentliche Auftraggeber bereits im Besitz der Unterlagen ist. Vorliegend gehe es nicht darum, dass die Ag bereits im Besitz des Nachweises des betreffenden Referenzauftrags gewesen sei, sondern darum, dass die ASt es in ihrem Angebot - unstreitig - unterlassen habe, diese Referenz im Formblatt 333b-B zu erwähnen. Daher sei § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A vorliegend nicht einschlägig. Die bloße Kenntnis der Ag von der Tatsache, dass die ASt für ein anderes [...] durchgeführt habe, sei unerheblich. Hinzu komme, dass sich die Ag mit dem anderen [...] nicht über Referenzen der ASt ausgetauscht habe, sondern über das Ladevolumen des von der ASt vorgesehenen [...] und die Arbeitszeiten der Mitarbeiter der ASt.

Die im Formblatt 333b-B für die [...] genannten Referenzen seien nicht berücksichtigungsfähig. Die Voraussetzungen einer Eignungsleihe gem. § 6d EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A lägen nicht vor. Aus der Gesamtschau der Angebotsunterlagen der ASt, insbesondere der Geräteliste (NPA Anlage AS 8), sowie den im Rahmen der Angebotsaufklärung eingereichten Schreiben vom 14. November 2024 sowie der beigefügten Anlage 4 (NPA, Anlagen AS 11 und 12), ergebe sich zweifelsfrei, dass sich die Aufgabe der [...] darin erschöpfe, der ASt das im Eigentum der [...] zur Verfügung zu stellen. Das für den [...] benötigte Personal werde auch nicht von der [...], sondern von dem [...] gestellt. Mit dem auf die Bereitstellung des [...] beschränkten Aufgabenbereich könne die Leistung der [...] nicht als Nachunternehmerleistung qualifiziert werden, sondern als bloße Gestellung von Gerät. Daher scheide eine Anerkennung der [...] als Referenzgeber aus.

c) Die mit Beschluss vom 3. Januar 2025 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Bg für erforderlich zu erklären,
3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen,
4. die Gewährung von Akteneinsicht.

Die Bg meint, die ASt erfülle nicht die bekanntgemachten Anforderungen an die Bieterleistung. Die ASt habe weder die geforderten Referenzen beibringen können, noch könne sie über das für die Durchführung der Arbeiten erforderliche Gerät (i. E. das Nassbaggerschiff) verfügen.

Hinsichtlich der Referenzen führt die Bg aus, dass als „vergleichbare“ Referenzen nur solche in Betracht kämen, deren Auftragsvolumen demjenigen der streitgegenständlichen Ausschreibung entsprechen. Die Ag habe das Auftragsvolumen auf rd. [...] €. geschätzt. Über die im Bereich [...] ausgeschriebenen und vergebenen Aufträge gebe die EU-Datenbank Tenders Electronic Daily Auskunft. Diese Datenbank enthalte zu der [...], nur einen Eintrag, die [...] Diese [...] seien mit dem vorliegenden Auftrag nicht vergleichbar. Im Übrigen könne die ASt sich auf die Referenz [...] auch deshalb nicht berufen, weil sie diese – so interpretiere sie die diesbezüglichen Andeutungen im Vortrag von ASt und Ag im Nachprüfungsverfahren – gar nicht benannt habe. Mit den im Angebot nicht benannten Referenzen könne der Auftraggeber sich nicht befassen. Ein Nachreichen von Unterlagen sei nicht statthaft, weil die ASt ihrem Angebot zwei eigene und Referenzen der [...] beigefügt habe. Damit fehlten weder Unterlagen im Sinne des § 16a EU Abs. 1 VOB/A, noch seien Unterlagen unvollständig oder fehlerhaft.

Das gelte erst Recht für einen weiteren in Betracht kommenden Auftrag, den das [...] vergeben habe. In einer von der Bg zu den Akten gereichten Pressemitteilung des [...] sei das Auftragsvolumen auf rd. [...] € und das Baggergut auf ca. 70.000 m³ beziffert worden. Das Auftragsvolumen sowie das Baggervolumen seien folglich erheblich niedriger als der streitgegenständliche Auftrag. Da zu vermuten sei, dass auch etwaige andere von der ASt benannten Referenzen nicht „vergleichbar“ seien, beantragt die Bg erweiterte Akteneinsicht in die entsprechenden Angaben im Angebot der ASt.

Eine Eignungsleihe bei der [...] komme nicht in Betracht, weil die [...] selbst ungeeignet sei. Eine Abfrage bei Tenders Electronic Daily habe auch bzgl. der [...] keine Auskünfte über vergleichbare Aufträge zutage gefördert. Nach Kenntnis der Bg sei die [...] auch kein am Markt aktiv tätiges Unternehmen. Als ausführendes Unternehmen innerhalb des [...].

Die Ausführungen der Ag ließen den Schluss zu, dass die ASt sich entgegen § 6d EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A i.V.m. § 6a EU Nr. 3 lit. a VOB/A nicht auf die berufliche und technische Leistungsfähigkeit der [...] als Nachunternehmer berufen habe. Dafür spreche auch der Umstand, dass die ASt auf Anforderung der Ag im Formblatt 393b die von der [...] zu erbringenden Teilleistungen wohl erst nachträglich spezifiziert habe. Die nachträgliche Zuordnung von Leistungen zu einem Nachunternehmen stelle aber eine Angebotsänderung dar.

Die ASt könne den Nachweis der Verfügbarkeit [...] nicht erbringen, da sie nicht Eigentümerin [...] sei. Ausweislich eines Auszugs aus [...] (Anlage Bg 6) seien insgesamt fünf Unternehmen [...] mit je einem Fünftel der Anteile an dem [...] beteiligt. Folglich sei die [...] rechtlich nicht in der Lage, das Schiff für die Baggerarbeiten zur Verfügung zu stellen.

Mit Schriftsatz vom 27. Januar 2025 reichte die Bg ein Rechtsgutachten [...] zu den Akten (Anlage Bg 10), aus dem sich ergebe, dass das Eigentum [...]. Aus dem von der Bg zu den Akten gereichten Auszug aus [...] gehe hervor, dass fünf [...] juristische Personen gemeinsam Eigentümer der [...] seien; die [...] hingegen sei nicht Eigentümerin des Schiffes. Mit ihren falschen Angaben, die [...] sei Eigentümerin der [...], habe die ASt somit nicht nachgewiesen, dass sie [...] verfügen könne.

Ferner bestreitet die Bg, dass die [...] das geforderte Laderaumvolumen von mindestens 4.500 m³ erfülle. Sämtliche öffentlich zugänglichen Informationen ließen den Schluss zu, dass das Laderaumvolumen der Mindestanforderung nicht genüge. Der Hersteller [...], gebe dessen Kapazität mit 4.000 m³ an. Die ASt selbst habe in einer unternehmenseigenen Mitarbeiter-Zeitung vom [...] das Fassungsvermögen mit 4.000 m³ angegeben. Entgegen der Annahme der ASt bestätige das Dokument der [...] nicht, dass das Laderaumvolumen den Vorgaben entspreche. [...]

3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach Anhörung der Ag Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht betroffen waren. Den im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens von ASt und Bg gestellten Anträgen auf erweiterte Akteneinsicht wurde teilweise entsprochen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die elektronische Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen.

Mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten konnte die Vergabekammer nach Lage der Akten entscheiden (§ 166 Abs. 1 Satz 3 GWB). Im Rahmen eines am 27. Januar 2025 stattgefundenen Rechtsgesprächs, das mit der Vorsitzenden und dem hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer geführt wurde, hatten alle Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zum Sachverhalt mündlich zu äußern. Der ASt wurde antragsgemäß Schriftsatznachlass bis zum 31. Januar 2025 gewährt, um zu dem Schriftsatz der Bg vom 27. Januar 2025, welcher der ASt unmittelbar vor dem Rechtsgespräch zugeing, Stellung nehmen zu können. Die ASt reichte ihre Stellungnahme fristgerecht ein.

Die Bg reichte ebenfalls am 31. Januar 2025 einen Schriftsatz ein, der nicht nachgelassen war. Soweit die Bg in diesem Schriftsatz an Äußerungen der Ag im Rechtsgespräch anknüpft, so hat das Rechtsgespräch bereits am Montag, dem 27. Januar 2025, stattgefunden. Der in § 167 Abs. 2 GWB normierten Verfahrensförderungspflicht hätte es entsprochen, bei Gewinnung neuer Erkenntnisse aus dem Rechtsgespräch unmittelbar im Nachgang hierzu, nicht erst im Laufe des 31. Januar 2025, einen Schriftsatz einzureichen. Der Schriftsatz gibt aber in der Sache keinen Anlass zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung. Die aus dem Rechtsgespräch abgeleiteten Vermutungen der Bg in Bezug auf das Ausfüllen der von der ASt mit ihrem Angebot eingereichten Formblätter 392-B und 393-B sind in der Sache nicht zutreffend, was die Vergabekammer anhand des ihr vorliegenden elektronischen Angebots der ASt nochmals überprüft hat. Sowohl im Formblatt 392-B als auch im Formblatt 393-B finden sich in den fraglichen Kästen in jeweils beiden Spalten Eintragungen durch die ASt bzw. durch die [...] als Nachunternehmer. Hieran hat die Ag nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zulässigerweise eine Aufklärung angeknüpft, da es um Fragen der Eignungslieferung und damit der Eignung ging. Auch das Angebot der Bg selbst wäre ansonsten vor dem Hintergrund ihrer Einlassung, keine Nachunternehmer einzusetzen, formal möglicherweise überprüfungsbedürftig.

Die Entscheidungsfrist, die regulär am 23. Januar 2025 geendet hätte, wurde mit Schreiben der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 16. Januar 2025 verlängert bis zum 7. Februar 2025 einschließlich.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, das Nachprüfungsverfahren ist eröffnet.

a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach §§ 155, 106 Abs. 1 GWB, ein der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnender öffentlicher Bauauftrag mit einem oberhalb der für die gemeinschaftsweite Vergabe geltenden Auftragsschwellenwert, liegen vor.

b) Die ASt ist antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB.

Ein Unternehmen ist antragsbefugt, wenn es geltend machen kann, ein Interesse an dem Auftrag zu haben und in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften verletzt worden zu sein. Durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften muss dem Unternehmen zudem ein Schaden entstanden sein.

Das erforderliche Interesse der ASt am Auftrag ergibt sich aus der fristgerechten Abgabe ihres Angebots sowie aus dem gegen die Vergabeentscheidung gerichteten Rügevorbringen. Die ASt hat auch die Verletzung in eigenen Rechten geltend gemacht. Mit ihrem Vorbringen wendet die ASt sich gegen den Ausschluss wegen fehlender Eignung. Durch den Angebotsausschluss droht der ASt auch die Entstehung eines Schadens. Nach dem vorliegenden Submissionsergebnis hat die ASt das preisgünstigste Angebot gelegt. Der Ausschluss nimmt ihr die Chance auf Erteilung des Zuschlags.

c) Die ASt hat den sich aus § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB ergebenden Rügeobliegenheiten genügt. Kenntnis von dem Angebotsausschluss erlangte die ASt erst durch das Informationsschreiben vom 9. Dezember 2024. Hiergegen wandte die ASt sich mit Rügeschreiben vom 12. Dezember 2024.

d) Die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist ebenfalls gewahrt. Auf das Nicht-Abhilfeschreiben der Ag vom 16. Dezember 2024 hin stellte die ASt mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2024 bei der Vergabekammer des Bundes einen Nachprüfungsantrag.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die ASt hat die geforderten Referenzen beigebracht und das geforderte Laderaumvolumen des für die Ausführung vorgesehenen Schiffes belegt, so dass hier auch kein Abweichen des Angebots von den Vergabeunterlagen vorliegt. Die Ag hat die ASt zu Unrecht wegen fehlender Eignung ausgeschlossen.

a) Die Referenzen waren wirksam gefordert. Ausweislich Rn. 5.1.9. der Bekanntmachung sollten die Bieter erklären, in den letzten fünf Kalenderjahren Leistungen erbracht zu haben, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind. Diese Leistungen waren nachzuweisen durch mindestens 3 Referenzen. Die entsprechenden Angaben waren im Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ zu machen.

aa) Die ASt führte in der „Eigenerklärung zur Eignung“ zwei eigene Referenzen auf. Beide Referenzen (Geschäftsgeheimnis) wurden von der Ag als mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar akzeptiert. Die Ag ist der Ansicht, dass der Umfang der Referenzen keine Rolle spiele und nicht in den Vergleichbarkeitsmaßstab einfließen könne, denn die Ag habe insoweit keine expliziten Vorgaben gemacht. Die Ansicht ist rechtsfehlerhaft, so dass lediglich eine der beiden benannten Referenzen berücksichtigungsfähig ist.

Die maßgeblichen Anhaltspunkte zur Bestimmung dessen, was vergleichbar ist, ergeben sich aus der Bekanntmachung. Rn. 2.1 der Bekanntmachung ist zu entnehmen, dass die auszuführenden Leistungen [...]. Auch wenn der Auftraggeber - wie hier - keine weiteren Spezifikationen zum Vergleichbarkeitsmaßstab vorgegeben hat, sondern sich auf die Forderung vergleichbarer Referenzen beschränkt hat, ist der Umfang des Referenzauftrags stets ein Gesichtspunkt, der im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung zu berücksichtigen ist (vgl. OLG Düsseldorf; Beschluss vom 8. Juni 2022 – Verg 19/22). Es genügt demnach nicht, wenn ein Anbieter überhaupt Erfahrungen in [...] hat; hinzu kommen muss vielmehr, dass der Bieter über die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Kapazitäten in personeller und sachlicher Hinsicht verfügt. Ein umfangreiches Bauvorhaben stellt insgesamt andere Anforderungen an die Leistungsfähigkeit und Logistik eines Unternehmens als ein lediglich punktueller Einsatz (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2022, a.a.O.).

Wie bereits erwähnt, genügt eine der beiden Referenzen, die von der ASt als eigene angegeben wurde, diesen Anforderungen nicht. Das in dem betreffenden Auftrag aus [...] beträgt nur einen Bruchteil der 13 Mio. m³ [...], die im Zuge des streitgegenständlichen Auftrags zu baggern und zu fördern sind.

bb) Nicht zu folgen ist der Ansicht der ASt, dass eine weitere eigene Referenz der ASt (Geschäftsgeheimnis) berücksichtigungsfähig sei, die zwar in ihrer Eigenerklärung nicht aufgeführt worden ist, die der Ag aber aufgrund ihrer Kontakte zu dem anderen [...], der Auftraggeberin des betreffenden Auftrags, bekannt gewesen sei. Wie die Ag zu Recht meint, ist

der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A, auf die sich die ASt zur Stützung ihrer Rechtsauffassung beruft, nicht eröffnet.

Dem § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A zufolge sind Nachweise dann nicht vorzulegen, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz der Nachweise ist. Die Vorschrift ist nicht anwendbar auf eine Situation, in der – auf der vorgelagerten Stufe – bieterseitig gar keine Angaben zu einer Referenz gemacht worden sind. So liegt es hier, denn die ASt hat es in der Eignungserklärung versäumt, die geforderten Angaben zu der betreffenden Referenz zu machen.

Eine Berücksichtigung von Amts wegen durch die Ag auf Basis von § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A wäre vergaberechtswidrig, selbst wenn man zugunsten der ASt unterstellen würde, die Ag in Gestalt des hier beschaffenden WSA würde diese Referenz kennen. § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A bietet keine Rechtsgrundlage dafür, bieterseitig nicht benannte Referenzen durch eigene Kenntnis des Auftraggebers hiervon zu ersetzen. Es ist vielmehr der jeweilige Bieter, der sein Angebot gestaltet und entscheidet, welche Referenzen er benennt. § 6b EU Abs. 3, 2. Anstrich VOB/A kann ausschließlich die Nachweisführung für eine benannte Referenz ersetzen, nicht aber die Benennung der Referenz selbst. Dies macht bereits die Überschrift der Norm deutlich: „Mittel der Nachweisführung“.

Im Ergebnis liegt somit nur eine vergleichbare eigene Referenz der ASt selbst vor.

b) Entgegen der Annahme der Ag kann sich die ASt aber auf drei Referenzen der [...] (Geschäftsgeheimnis) berufen, welche die ASt in ihrem Angebot benannt hat, denn es liegt ein Fall der Eignungsleihe vor.

Die fehlende Zurechenbarkeit begründet die Ag in der Information nach § 134 GWB wie folgt: *„Die Referenzen der [...] können keine Berücksichtigung finden, da die [...], für die die Referenzen vorgelegt worden sind, nicht ausführt (§ 6d EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A.“* Daraus leitet die Ag das Fehlen der geforderten Referenzen ab, denn es liege kein Fall der Unterauftragnehmerschaft und kein Fall der Eignungsleihe vor. Die ASt könne sich daher nicht auf die Referenzen der [...] berufen.

aa) Die Annahme der Ag, die [...] führe die streitgegenständlichen [...] nicht aus, stimmt nicht mit dem Angebotsinhalt überein. Die ASt hat die [...] im Verzeichnis anderer Unternehmen (Formblatt 392-B) als Unterauftragnehmer für „[...]“ benannt. Die „Verpflichtungserklärung

anderer Unternehmen“ (Formblatt 393-B) wurde durch die [...] ausgefüllt und von der ASt mit ihrem Angebot eingereicht. Gleiches gilt für die Eigenerklärung der [...] zur Eignung (Formblatt 333b-B), in welcher drei Referenzen benannt wurden. Es liegt mithin nach der Angebotslage eine Eignungsleihe vor.

bb) Die Ag leitet indes aus einer Antwort der ASt, die diese auf das Aufklärungsersuchen der Ag vom 8. November 2024 mit Schreiben vom 14. November 2024 gegeben hat, ab, dass der [...] keine Unterauftragnehmereigenschaft zukomme. Die [...] sei vielmehr – so die Ag im Rügeantwortschreiben vom 16. Dezember 2024, dort S. 3 f. – lediglich die Verleiherin von Gerät (d.h. dem Schiff); das Personal [...] werde ausweislich der Angaben der ASt im Aufklärungsschreiben nicht durch die [...], sondern durch die [...] gestellt. § 6d EU Abs. 1 S. 3 VOB/A sehe jedoch vor, dass die Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen für die berufliche Erfahrung nur dann möglich sei, wenn diese anderen Unternehmen die Arbeiten ausführen, die für diese Kapazitäten benötigt würden. Das bedeute, dass das eignungsverleihende Unternehmen die operativen Arbeiten ausführen müsse, für die die Kapazitäten benötigt würden.

Vom rechtlichen Ansatz ist der Ag hier vollumfänglich zuzustimmen. Die Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen zwecks Herstellung der auftraggeberseitig geforderten beruflichen Erfahrung ergibt in der Sache nur Sinn, wenn diese Kapazitäten bei der Auftragsausführung auch tatsächlich zum Einsatz kommen sollen und dem Bieterunternehmen nicht nur „auf dem Papier“ zugerechnet werden. Die hinter den Referenzen stehende Expertise soll ja gerade in die Auftragsausführung eingebracht werden.

Nicht gefolgt werden kann aber der Annahme der Ag, die [...] erbringe keine Leistungen, sondern stelle lediglich das [...] zur Verfügung. Fehlerhaft ist damit die sachverhaltsbezogene Annahme der Ag, die [...] erbringe die Leistungen nicht selbst und sei erst recht keine Unterauftragnehmerin der ASt.

Zur Begründung ihrer Ansicht stützt die Ag sich zunächst darauf, dass sich aus der Geräteliste (Anlage AS 8) sowie der von der ASt vorgelegten Tabelle (Anlage AS 12) ergebe, dass die Tätigkeit der [...] sich auf die Zurverfügungstellung der [...] beschränke.

In der Geräteliste waren in tabellarischer Form diverse, vorwiegend technische Angaben zu den angebotenen [...] zu machen, getrennt nach „Eigene Geräte“ und „Fremde Geräte mit Angabe

der Eigentümer“. Die ASt machte in der Rubrik „Name bzw. Bezeichnung“ unter „Fremde Geräte mit Angabe der Eigentümer“ die Angabe: [...] (vgl. Anlage AS 8). Der Aussagegehalt der Geräteliste erschöpft sich in der Angabe, dass das von der ASt angebotene [...] nicht in deren Eigentum steht, sondern im Eigentum der [...]. Weitergehende Schlussfolgerungen, die eine Unterauftragnerschaft der [...] ausschließen könnten, lassen sich aus der Geräteliste nicht ziehen.

Die als Anlage AS 10 dem Nachprüfungsantrag beigefügte „Tabelle der Teileleistungen“ war veranlasst durch ein Aufklärungsersuchen der Ag vom 8. November 2024. Darin hatte die Ag moniert, dass die ASt es im Verzeichnis anderer Unternehmen (Formblatt 392-B) versäumt habe, positionsweise (OZ) aufzuführen, für welche der im Angebot enthaltenen Leistungen die ASt sich anderer Unternehmen bedienen werde. Deshalb hatte die Ag die ASt aufgefordert, Art und Umfang der jeweiligen Teileleistungen zu benennen (vgl. Schreiben vom 8. November 2024, Rn. 5). Dem kam die ASt mit Schreiben vom 14. November 2024 nach. Darin findet sich bei fast allen OZ (mit Ausnahme Baustelleneinrichtung und Baustellenräumung) in der Rubrik „Teilleistung“ die Angabe „Operationelle Baggerarbeiten“, und in der Rubrik „Teilleistung durch“ die Angabe: „[...]“.

Die Annahme der Ag, aus den Angaben der ASt in der Tabelle ergebe sich, dass die Tätigkeit der [...] sich auf die Bereitstellung des [...] beschränke, trifft nicht zu. Die von der ASt in der Rubrik „Teilleistung“ gewählte Formulierung „Baggerarbeiten“ (Anm.: Hervorhebung nicht im Original) legt nahe, dass die [...] in dem betreffenden Baggerbereich Tätigkeiten verrichten wird, die über die bloße Zurverfügungstellung [...] hinausgehen. Die Erwähnung der [...] durch die ASt in der Rubrik „Teilleistung durch“ diene erkennbar dem Zweck, zu verdeutlichen, dass die Arbeiten im Baggerbereich mit Hilfe dieses Schiffs durchgeführt werden sollen. Hätte die ASt die Absicht gehabt, die Rolle der [...] auf die von der Ag angenommene Aufgabe zu beschränken, hätte es näher gelegen, die Teilleistung als „Bereitstellung Baggergerät“ o.ä. zu beschreiben und die [...] im Übrigen nicht als Unterauftragnehmer zu benennen.

Auch die Erwägung der Ag, aus der Antwort der ASt im Schreiben vom 14. November 2024 zu Frage 4 der Ag ergebe sich, dass das Bedienpersonal [...] nicht von der [...] gestellt werde, sondern von der [...] (vgl. Anlage AS 11), vermag nicht zu überzeugen.

Frage Nr. 4 im Aufklärungsschreiben der Ag vom 8. November 2024 lautete:

„Bitte teilen Sie mir zum angebotenen Baggergerät „[...]“ das Unternehmen unter Angabe einer eindeutigen Bezeichnung und der Gesellschaftsform mit, das dieses Gerät aktuell betreibt und deren Eigentümer.“

Die ASt antwortete hierauf in Rn. 4 ihres Schreibens vom 14. November 2024:

„Betreiber und Eigentümer [...]:

[...]

Der Nachweis der Eigentümer ist aufgenommen in [...] (bereits am 11.10.2024 übermittelt.“

Der Ansicht der Ag, das Bedienpersonal werde nicht durch die [...] gestellt, sondern durch die [...], ist nicht zuzustimmen.

Wie die ASt in dem Rechtsgespräch am 27. Januar 2025 ausgeführt hat, erbringt die [...] sowie dem Personal, das die ständige [...] darstellt. Dass die [...] jedenfalls in Teilen bei der [...] angestellt ist, steht der Annahme einer Ausführung der [...] nicht entgegen, die [...] ist auch keine Unterauftragnehmerin der ASt. Die [...] stellt die [...] vielmehr in einem Innenverhältnis der [...] zur Verfügung, nicht dagegen unmittelbar der ASt. In dem Rechtsgespräch wurde seitens der Bg dargelegt, dass [...] in der täglichen Praxis eine Einheit bildeten, da [...] nicht, jedenfalls nicht zuverlässig, ohne die in Bezug auf [...] bedient werden könnten. Üblich ist somit eine Einheit von [...].

Die [...] hat die Referenzaufträge mit der [...] erbracht, die [...] sollen auch im streitgegenständlichen Auftrag in gleicher Weise durch die [...] erbracht werden. Bei diesen [...], positionsbezogen aufgezählt in Anlage 4 zur Antwort vom 14. November 2024 auf die Aufklärungsanfrage, welche die ASt mit der [...] und diese wiederum mit der [...] zu erbringen gedenkt, handelt es sich um die maßgeblichen Leistungen, deren Ausführung der zukünftige Auftragnehmer der Ag vertraglich schulden wird. Folglich ist die [...] Unterauftragnehmer der ASt, denn die selbständige Ausführung eines Teils des in der Leistungsbeschreibung festgelegten Leistungsumfangs ist das Differenzierungskriterium, welches die Unterauftragnehmerschaft abgrenzt von der bloßen Zurverfügungstellung von Gerät (vgl. zu dieser Abgrenzung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Oktober 2021 – Verg 4/21, sub II.2.d) bb)). Dass die [...] in diesem Sinne selbständig erbringt, ergibt sich bereits daraus, dass die erfahrene [...] ja gerade

benötigt wird, um die [...] auszuführen, denn die ASt selbst hat hier ausweislich der Referenzlage keine ausreichende eigene Expertise. Nach Rn 3.2.1 der Baubeschreibung ist es im Übrigen die Ag selbst, die dem Auftragnehmer die Einsatzanweisungen und die konkreten Baggeraufträge erteilt [...], so dass Einsatzanweisungen der ASt gegenüber der [...], die der Annahme einer selbständigen Ausführung der [...] entgegen stehen könnten, nicht in Betracht kommen; die ASt als Hauptauftragnehmerin und damit als Ansprechpartnerin der Ag gegenüber würde die Einsatzanweisungen der Ag lediglich weitergeben an die [...].

Nach alledem steht fest, dass die [...] Unterauftragunternehmerin der ASt ist. Da die Ag auf Nachfrage der Vergabekammer im Rechtsgespräch am 27. Januar 2025 bestätigt hat, dass die drei Referenzen der [...] „vergleichbar“ sind, kann sich die ASt mit Erfolg auf die Referenzen der [...] berufen, § 6d EU Abs. 1 S. 1, 3 VOB/A.

c) Es ist auch nicht erkennbar, dass der ASt das für die Auftragsausführung erforderliche Arbeitsgerät, [...], nicht zur Verfügung stehen und sie damit nicht in der Lage sein könnte, den Auftrag auszuführen; ebenso wenig ist eine Verpflichtung der Ag erkennbar, das Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 9 GWB anzunehmen und zu prüfen. Zwar ist der Vortrag der Bg belastbar und seitens der ASt im Schriftsatz vom 31. Januar 2025 nicht bestritten worden, wonach sich [...] die Eigentümerstellung an einem [...] ausschließlich aus dem [...] ergibt; die Bg hat diese Aussage über ein Gutachten einer [...] glaubhaft gemacht. Im [...] eingetragen ist indes nicht die [...], sondern eingetragen sind die fünf Gesellschafter der [...]. Auch wenn man zugunsten der Bg davon ausgehen kann, dass in einem streng formalen Sinn die Gesellschafter der [...] Eigentümer der [...] sind, so ist die Eintragung der [...] durch die ASt in der Geräteliste in der dortigen Rubrik „*Fremde Geräte: mit Angabe der Eigentümer*“ nicht falsch. Die ASt hat mit Schriftsatz vom 31. Januar 2025 vorgetragen und belegt, dass die Gesellschaftsform der [...] ein von den Gesellschaftern getrenntes Sondervermögen haben kann. Die [...] ist hier dem Sondervermögen der [...] zugeordnet, was sich bereits aus dem [...] ergibt („owned by“). Zusätzlich hat die ASt mit Anlage 17 eine Kopie der notariellen Kaufurkunde vorgelegt, in welcher die [...] als Käufer definiert wird. Die Angabe der ASt in der Geräteliste war somit durchaus zutreffend, denn die [...] ist dem Sondergesellschaftsvermögen der [...] zugeordnet. Die Aussage wird auch nicht dadurch falsch, dass – die Ausführungen der Bg zugrundelegend – auch die Benennung der fünf Gesellschafter, die ohne [...] -Zusatz im [...] aufgeführt sind, streng sachenrechtlich betrachtet vermutlich ebenso eine zutreffende Antwort gewesen wäre. Die Zwecke der in der Geräteliste geforderten Angabe nach dem Eigentümer bei Einsatz von Fremdgerät für das Vergabeverfahren sind erfüllt, denn aufgrund der Zuordnung zum

Gesellschaftsvermögen der [...] kommt es auf die Verfügungsgewalt der [...], nicht der formalen Eigentümer an. Eine abschließende Aufklärung der gesellschaftsrechtlichen Eigentumsverhältnisse [...] durch die Vergabekammer ist daher obsolet. Die ASt hat nachgewiesen, dass ihr die [...] über die als Unterauftragnehmer eingesetzte [...] für den Auftrag zur Verfügung steht und keine falschen Angaben gemacht.

d) Ein Ausschluss des Angebots der ASt nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen kommt nicht in Betracht.

Die Baubeschreibung sieht unter Rn. 3.5.1 vor, dass das angebotene Baggerschiff ein Laderaumvolumen von mind. 4.500 m³ aufweisen muss. Während die ASt sich zum Beleg dafür, dass die [...] den Anforderungen genügt, auf die geeichten Daten der zuständigen [...] beruft, verweist die Bg zum Beweis des Gegenteils auf öffentlich zugängliche Quellen. Dabei bestreitet die Bg auch, dass sich der Feststellung der [...] die Aussage entnehmen lasse, dass die [...] ein entsprechendes Laderaumvolumen habe. Die Ag ihrerseits hat die Feststellung der [...] nicht in Zweifel gezogen. Dies ist auch richtig, denn die Ag durfte sich auf die Angaben der geeichten Laderaumtabelle verlassen, die von der hierfür zuständigen [...] Behörde erstellt wurde. Es handelt sich um ein amtliches Dokument, das ein Laderaumvolumen von 4670 m³ ausweist.

e) Soweit die Bg ergänzende Akteneinsicht beantragt hat, insbesondere in die von der ASt aufgeführten Referenzen, war der Antrag zum Schutze der Geschäftsgeheimnisse der ASt zurückzuweisen, § 165 Abs. 2 GWB.

Nach alledem ist dem Nachprüfungsantrag stattzugeben. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag ihre Wertungsentscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB. Danach haben die Ag und die Bg als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch zu tragen sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt jeweils zur Hälfte.

Was die Bg anbelangt, so hat diese schriftsätzlich vorgetragen und sich in dem am 27. Januar 2025 stattgefundenen Rechtsgespräch dem Vortrag der Ag angeschlossen, und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Die Bg ist daher als mit der Ag unterliegende Partei anzusehen und damit an der Kostenentscheidung zu beteiligen.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die ASt war notwendig, da sich Rechtsfragen stellten, die ein durchschnittlicher Bieter nicht kennen muss damit nicht selbst im Nachprüfungsverfahren bearbeiten kann.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies g[...] nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies g[...] nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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 Beschwer-

degericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

[...]

[...]