

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 04.04.2022
Aktenzeichen: Verg 35/21
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:0404.VERG35.21.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitievorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. April 2022 – Verg 35/21 –, juris

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 08.06.2021 (Bundeskartellamt VK 1-38/21) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Beigeladenen, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin begeht, der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die Beigeladene zu erteilen.
- 2 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 11.09.2020 im offenen Verfahren Wasserbauarbeiten zum Ausbau der Stauhaltung E. im Bereich der Stromkilometer 286, 285 bis 308, 390 im Zuge der Mittelweseranpassung von N. bis I. für den Verkehr von Großmotorgüterschiffen EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ...). Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen nach Ziff. II.2.4 der Bekanntmachung Erdarbeiten, Nassbaggerarbeiten, Ufersicherung, Böschungssicherung und Bepflanzungsarbeiten an der Bundeswasserstraße X. und sollten gemäß Ziff. II.2.7 der Bekanntmachung in der Zeit vom 01.03.2021 bis zum 30.06.2024 durchgeführt werden. Das geschätzte Gesamtauftragsvolumen belief sich auf 12.800.000,00 EUR ohne Mehrwertsteuer (Ziff. II.1.5 und Ziff. II.2.6 der Bekanntmachung). Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium (Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung). Ausweislich der in Bezug genommenen Beschaffungsunterlagen ging der Preis mit 80 Prozent in die Bewertung ein, weiteres Zuschlagskriterium war mit 20 Prozent der technische Wert, wozu die Erstellung eines Bauablaufplans gehörte. Nach Ziffer III.1.2. der Bekanntmachung "Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" hatten die Bieter gemäß Formblatt "Eigenerklärung zur Eignung" unter anderem anzugeben:
 - 3 "*1.Umsatz des Unternehmens in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren, soweit er Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, unter Einschluss des Anteils bei gemeinsam mit anderen Unternehmen ausgeführten Leistungen.*"
 - 4 Nach Ziffer III.1.3. der Bekanntmachung "Technische und berufliche Leistungsfähigkeit" hatten die Bieter gemäß Formblatt "Eigenerklärung zur Eignung" unter anderem folgende Angaben zu machen:

- 5 "1. Erklärung, dass in den letzten fünf Kalenderjahren Leistungen erbracht wurden, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind. Dies ist durch mindestens 3 Referenzen nachzuweisen. Auf Verlangen sind die Referenzen mit mindestens folgenden Angaben vorzulegen: ..."
- 6 Nach Ziffer 7.1 der Teilnahmebedingungen konnte die Eignung auch durch Eintrag in das Präqualifikationsverzeichnis nachgewiesen werden, in diesem Fall war im Formblatt "Angebotsschreiben" unter Ziff. 6 die Nummer anzugeben, unter der sie im Präqualifizierungsverzeichnis eingetragen sind.
- 7 Die Antragstellerin und die Beigedane gab neben drei weiteren Unternehmen Angebote ab, wobei sie jeweils im Angebotsschreiben eine Präqualifikationsverzeichnisnummer eintrugen. Die Antragstellerin sowie die weiteren drei Bieter sind - anders als die Beigedane - für die Komplettleistung "614-04 Umfassende Bauleistungen für Häfen, Wasserstraßen, Dämme und andere Wasserbauten" präqualifiziert. Die Beigedane ist im Präqualifikationsverzeichnis unter anderem für die Einzelleistungen "211-03 Nassbaggerarbeiten" und "413-01 Böschungs- und Sohlensicherung an Wasserstraßen sowie Sicherungsarbeiten an Gewässern, Deichen und Küstendünen" als präqualifiziert eingetragen, nicht aber für die Einzelleistung "211-01 Erdarbeiten". Die Beigedane erklärte im Angebot, das "Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmer" beizufügen und alle Leistungen, die nicht im "Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmer" aufgeführt sind, im eigenen Betrieb auszuführen. Auf dem Formblatt 392-B V1.1 "Verzeichnis über Art und Umfang der Leistungen, für die sich der Bewerber/Bieter der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen bedienen wird" gab sie entsprechend an, sich zur Ausführung der Erdarbeiten sowie der Landschaftsbauarbeiten anderer Unternehmer zu bedienen, und legte in Bezug auf die Erdarbeiten eine Präqualifizierungsbestätigung der Nachunternehmerin mit Angabe der Präqualifizierungsnummer sowie die Verpflichtungserklärung der Nachunternehmerin, mit den erforderlichen Kapazitäten für die Nachunternehmerleistung zur Verfügung zu stehen, gemäß Formblatt 393-B "Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen" vor.
- 8 Mit Schreiben vom 14.01.2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass der Zuschlag der Beigedane erteilt werden solle. Nach erfolgloser Rüge mangelnder Eignung der Beigedane beantragte die Antragstellerin am 22.01.2021 bei der Vergabekammer des Bundes erstmals die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, welches unter dem Aktenzeichen VK 1 - 8/21 geführt wurde. Nachdem die Vergabekammer Bedenken hinsichtlich der Vergleichbarkeit einer der drei gewerteten Referenzen der Beigedane geäußert hatte, erklärte die Antragsgegnerin, dass sie das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotswertung zurücksetze und eine neue Angebotswertung vornehmen werde. Die Antragstellerin erklärte daraufhin am 26.02.2021 den Nachprüfungsantrag für erledigt.
- 9 Mit Schreiben ebenfalls vom 26.02.2021 wies die Antragstellerin die Antragsgegnerin auf die nach ihrer Auffassung bestehenden Unzulänglichkeiten beim Eignungsnachweis der Beigedane hin. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestünden erhebliche Zweifel, dass die im Präqualifizierungsverzeichnis hinterlegten Angaben zutreffend seien.

- 10 Nach erneuter Prüfung der Angebote einschließlich der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 12.03.2021 mit, dass wiederum die Beigeladene für den Zuschlag vorgesehen sei.
- 11 Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 16.03.2021 (Anlage AST 4 Nachprüfungsantrag), dass die Vorabinformationen nicht hinreichend aussagekräftig seien, um die Richtigkeit der Vergabeentscheidung zu überprüfen. Daraufhin teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.03.2021 (Anlage AST 5 Nachprüfungsantrag) mit, dass die nachfolgenden Referenzen der Beigeladenen "Instandsetzung der Tidestrecke 7.-10. Bauabschnitt (F.)", "E.1", "Ufersicherung E.2, Rhein-km 775,1" und "Strandherstellung Weiche Kante, C." als vergleichbare Leistungen in der Eignungsprüfung gewertet worden seien. Die ursprünglich einbezogene Referenz "Durchführung von Kollschutzarbeiten im Windpark O." sei nach Erledigung des ersten Nachprüfungsverfahrens und im Rahmen der erneuteten Angebotswertung nicht mehr Gegenstand der Eignungsprüfung gewesen.
- 12 Mit Schreiben vom 19.03.2021 (Anlage AST 6 Nachprüfungsantrag) rügte die auf dem zweiten Rang platzierte Antragstellerin wiederum unter Verweis auf ihr bisheriges Vortragen die fehlerhafte Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen. Die von der Beigeladenen zum Nachweis ihrer Eignung vorgenommene Bezugnahme auf ihre Eintragung im Präqualifizierungsverzeichnis genüge nicht, um ihre Eignung für das streitgegenständliche Verfahren nachzuweisen. Sie sei weder für die Komplettleistung noch für alle Einzelleistungen präqualifiziert.
- 13 Nach Zurückweisung der Rüge beantragte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 22.03.2021 die Einleitung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens. Zu dessen Begründung trug sie vor, die Beigeladene sei nicht geeignet, weil sie keinen Nachweis über Leistungen erbracht habe, die nach Art und Umfang mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar seien. Ihr fehle jedenfalls die Präqualifikation für den Erdbau. Es reiche insoweit nicht, einen entsprechend präqualifizierten Nachunternehmer einzubeziehen, ein Bieter könne sich nicht auf das Instrument der Eignungsleihe berufen, um einzelne Teile eines fehlenden Eignungskriteriums auszugleichen. Die Beigeladene sei zudem ausweislich ihrer veröffentlichten Jahresabschlüsse der Geschäftsjahre 2014 bis 2018 auch finanzieller Hinsicht nicht geeignet.
- 14 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 15 1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten;
- 16 2. der Antragsgegnerin aufzugeben, den Zuschlag nicht auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, sondern die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und das Vergabeverfahren fortzuführen;
- 17 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für erforderlich zu erklären.
- 18 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 19 die Anträge der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen.
- 20 Die durch Beschluss vom 24.03.2021 hinzugezogene Beigeladene hat beantragt,

- 21 1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen;
- 22 2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer zum Zwecke der entsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.
- 23 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene.
- 24 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 08.06.2021 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag, soweit sich die Antragstellerin gegen einen unzureichenden Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen wendet, als unzulässig und im Übrigen als unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Antragsgegnerin habe die Eignung der Beigeladenen vergaberechtskonform geprüft. Die Antragsgegnerin habe die im Präqualifizierungsverzeichnis für die Beigeladene hinterlegten Referenzen nicht nur als Präqualifizierung für diejenige Einzelleistung, für die sie hinterlegt worden seien, sondern hinsichtlich aller im jeweiligen Referenzauftrag erbrachten Leistungen würdigen dürfen. Damit sei die Antragsgegnerin bereits aufgrund der hinterlegten Referenzen auch für die Erdarbeiten qualifiziert. Zudem habe die Beigeladene, die die Erdbauarbeiten nicht selbst, sondern durch ein drittes Unternehmen durchführen lasse, sich die Eignung von diesem Unternehmen gemäß § 6d EU VOB/A geliehen. Ein darüber hinausgehender Nachweis, dass die Beigeladene in der Lage sei, den Eignungsverleiher beziehungsweise dessen Tätigkeiten innerhalb der Gesamtbaumaßnahme zu koordinieren, sei vergaberechtlich nicht vorgesehen und von der Antragsgegnerin auch nicht verlangt worden. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen sei erforderlich gewesen.
- 25 Hiergegen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 22.06.2021 - eingegangen am selben Tag - sofortige Beschwerde eingelegt. Zur Begründung der sofortigen Beschwerde führt die Antragstellerin aus, die Vergabekammer hätte den Nachprüfungsantrag hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen nicht als unzulässig zurückweisen dürfen, da sie zuvor mehrfach unter anderem mit Schreiben vom 26.02.2021 sowie im vorangegangenem Nachprüfungsverfahren darauf hingewiesen habe, dass die Beigeladene in wirtschaftlicher Hinsicht nicht geeignet sei. In der Sache fehle der Beigeladene sowohl die finanzielle und wirtschaftliche als auch die technische und berufliche Eignung. Die Vergabekammer habe vergaberechtsfehlerhaft angenommen, die Antragsgegnerin dürfe bei der Prüfung der Eignung der Beigeladenen die im Präqualifizierungsverzeichnis hinterlegten Referenzen für alle Leistungsbereiche berücksichtigen und nicht nur für diejenigen, für die sie zur Präqualifizierung hinterlegt seien. Dies lasse die vom Unternehmen selbst gewählte und beantragte Zuordnung einer Referenz für bestimmte Leistungen unbeachtlich. Tatsächlich ergebe sich auch aus den gewerteten Referenzbescheinigungen nicht, dass die Beigeladene Erdarbeiten im nennenswerten Umfang ausgeführt habe. Die Beigeladene könne sich betreffend die Erdarbeiten auch nicht auf die Eignung ihres Nachunternehmers berufen. Eine Teileignungsleihe sei nicht möglich. Insbesondere ergebe sich daraus nicht eine Referenz für die komplette Leistung, wie unter Ziff. III.1.3.Nr. 1 gefordert, wonach durch mindestens drei Referenzen nachzuweisen sei, dass in den letzten fünf Jahren Leistungen erbracht wurden, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar seien. Im Wege der Eignungsleihe ließe sich das nur gewährleisten, wenn der Entleiher dem leihenden Unternehmer komplett Referenzobjekte liefere. Eine teilweise Eignungsleihe sehe § 6a EU Nr. 3 lit.) VOB/A nicht vor. Mehrere Teilreferen-

zen könnten nicht zu einer Gesamtreferenz zusammenaddiert werden, zumal die Beigefügte Referenzvorhaben nicht mit dem Nachunternehmer gemeinsam ausgeführt habe. Insgesamt beträfen die Referenzobjekte damit jeweils nur Teile der ausgeschriebenen Leistung und stellten damit keine mit der zu vergebenden Leistung vergleichbare Leistung dar. Das ergebe sich aus dem Präqualifizierungsverzeichnis, das zwischen Einzelleistung und Komplettleistung differenziere und damit klarstelle, dass das Management von Nachunternehmerleistungen eine andere Qualifikation darstelle als die Ausführung von Einzelleistungen im eigenen Betrieb. Dass die Beigefügte, die weder für die Einzelleistung Erdbauleistungen noch für die Komplettleistung präqualifiziert sei, einen Nachunternehmer für diese Einzelleistung koordinieren könne, habe sie nicht nachgewiesen. Schließlich habe sich die Beigefügte in ihrem Angebot nicht auf die Eignung ihres Nachunternehmers berufen, sondern habe erst auf Nachfrage durch die Antragsgegnerin dessen Nachweis für seine Eignung für die Erdarbeiten vorgelegt.

- 26 Die Antragstellerin beantragt,
- 27 1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 08.06.2021 (VK 1-38/21) aufzuheben;
- 28 2. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag für die Ausbauarbeiten im Rahmen der Mittelweseranpassung URV 2.2, 2.3 und 2.5 bis 2.7 sowie E4 auf das Angebot der Beigefügten zu erteilen;
- 29 3. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen;
- 30 4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für erforderlich zu erklären.
- 31 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 32 die Anträge der Beschwerdeführerin aus der Beschwerdeschrift vom 22.06.2021 zurückzuweisen.
- 33 Die Beigefügte beantragt,
- 34 die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 08.06.2021 (VK 1-38/21) zurückzuweisen.
- 35 Die Antragsgegnerin und die Beigefügte verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Die Beigefügte ist zudem der Ansicht, dem Nachprüfungsantrag stehe insgesamt die Rügepräklusion des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entgegen, da die Antragsgegnerin bereits im ersten Nachprüfungsverfahren mit Schriftsatz vom 29.01.2021 vorgetragen habe, dass sich die Beigefügte bei den Eignungsnachweisen der Kapazitäten Dritter bediene und die Eignung des Nachunternehmers nachgewiesen sei. Dass auch die erneute Eignungsprüfung in jedem Fall unter Berücksichtigung einer Eignungsleihe erfolge, habe die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 23.02.2021 mitgeteilt, mit dem sie das Verfahren in den Stand der Angebotswertung zurückversetzt habe. Die Rüge dieses Verstoßes mit Schreiben vom 18.03.2021 sei verspätet.

II.

- 36 Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag vom 22.03.2021 im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.
- 37 1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur teilweise zulässig. Soweit er sich gegen die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit richtet, ist er - wie die Vergabekammer zutreffend festgestellt hat - präkludiert. Die Antragstellerin hat der Rügeobligienheit des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB lediglich in Bezug auf die gerügte mangelnde technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Beigeladenen genügt.
- 38 a. Das Rügeschreiben vom 19.03.2021 (Anlage AST 6 Nachprüfungsantrag) beinhaltete lediglich eine Rüge der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen, nicht aber eine Rüge der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit.
- 39 Das Rügeschreiben ist unter Berücksichtigung des nach dem objektiven Empfängerhorizont maßgeblichen und erkennbaren wirklichen Willens des Erklärenden auszulegen (§§ 134, 157 BGB). Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (BGH, Urt. v. 09.12.2010 - VII ZR 189/08 m.w.N., NJW-RR 2011, 309; Busch, in: MünchKomm, 9. Aufl., § 134 Rn 33).
- 40 Der erste einleitende Absatz des Rügeschreibens handelt ausschließlich von der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen. Dieser einleitende Absatz schließt mit dem Satz: "*Vor diesem Hintergrund rügen wir die Wertung des Angebotes der Firma I.1 als vergaberechtswidrig.*" Sodann folgt die Begründung im Einzelnen, die sich über weitere sechs Seiten ausschließlich mit der Frage der technischen Eignung der Beigeladenen befasst. Auf Seite 7 nimmt dann die Antragstellerin ausdrücklich auf ihre bisherigen Rügen und Ausführungen wie folgt Bezug:
- 41 "*Im Ergebnis stellen wir unter Bezugnahme auf die bisherigen Rügen und die Ausführungen der Partei im Vergabenachprüfungsverfahren fest, dass die Berücksichtigung der Bieterin [...] im laufenden Vergabeverfahren rechtswidrig ist, da das Unternehmen seine Eignung für die ausgeschriebene Leistung nicht nachgewiesen hat. ...*"
- 42 Auch diese Bezugnahme erfolgt, indem die vorherigen Ausführungen "im Ergebnis" noch einmal zusammengefasst werden. Zudem heißt es weiter:
- 43 "*Die teilweise bestehende Präqualifikation des Bieters I.1 für Einzelleistungen und die ergänzende Präqualifikation durch einen Nachunternehmer stellt keinen Nachweis einer Eignung für die kompletten Leistungen, mithin die Komplettleistung Mittelweseranpassung, dar.*"
- 44 Damit wird auch diese Inbezugnahme auf die bisherigen Rügen in den Zusammenhang der behaupteten mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen gestellt. Angesichts dessen kann unter Berücksichtigung des nach dem objektiven Empfängerhorizont maßgeblichen und erkennbaren wirklichen Willens des Erklärenden (§§ 134, 157 BGB) dem Schreiben vom 19.03.2021 eine Rüge der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nicht entnommen werden.
- 45 b. Die Antragstellerin kann sich vorliegend auch nicht darauf berufen, dass sie mit der Rüge, die Anlass für das erste Nachprüfungsverfahren war, bereits die finanzielle und

wirtschaftliche Eignung der Beigeladenen gerügt hatte. In Fällen, in denen der Auftraggeber den betreffenden Vergabeverfahrensabschnitt erneut durchführt, hat der Bieter den Vergabefehler ein weiteres Mal zu rügen (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 26.02.2004 - 1 Verg 17/03, NJOZ 2004, 1839; *Gabriel/Mertens*, in: BeckOK Vergaberecht, 22. Aufl., § 160 Rn 141). So war es vorliegend, denn die Antragsgegnerin hat - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - nach dem Termin zur mündlichen Verhandlung in dem ersten Nachprüfungsverfahren mit Schreiben vom 23.02.2021 das Verfahren insgesamt in den Stand der Angebotswertung zurückversetzt. Für eine teilweise Zurückversetzung liegen keine Anhaltspunkte vor.

- 46 c. Schließlich beinhaltet auch das Schreiben der Antragstellerin vom 26.02.2021 keine wirksame Rüge im Sinne des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB in Bezug auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Grundsätzlich können künftige Vergaberechtsfehler nicht vorsorglich gerügt werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.05.2009 - VII Verg 68/08, BeckRS 2009, 24305; *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 160 Rn 63). Zwar wird dem Rügefordernis auch dann Genüge getan, wenn ein Bieter erkennt, dass mit einer bevorstehenden Handlung des Auftraggebers ein Vergaberechtsverstoß droht, und er diesen dann rügt. In diesem Fall muss er die Rüge nicht wiederholen, nachdem sich der Rechtsverstoß realisiert hat, weil es eine sinnlose Förmel darstellen würde (OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.02.2008 - Verg W 22/07, BeckRS 2008, 3398, Rn 43; *Dicks*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 41). So liegt der Fall vorliegend jedoch nicht, denn unmittelbar nach der Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand der Angebotswertung war eine Vergaberechtsverletzung der Antragsgegnerin durch eine bevorstehende Handlung weder zu erkennen noch drohte eine solche unmittelbar, da das Ergebnis der Wertung zu diesem Zeitpunkt am 26.02.2021 gänzlich offen war.
- 47 d. Entgegen der Ansicht der Beigeladenen erfolgte die Rüge der technischen Leistungsfähigkeit auch innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Weder der Umstand, dass die Antragsgegnerin bereits im ersten Nachprüfungsverfahren mit Schriftsatz vom 29.01.2021 vorgetragen hatte, dass die Eignung der Beigeladenen unter Berücksichtigung der Eignung des Nachunternehmers gegeben sei, noch der Umstand, dass die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 23.02.2021 mitgeteilt hatte, dass sich die Beigeladene bei den Eignungsnachweisen der Kapazitäten Dritter bediene, haben vorliegend eine Rügeobligieheit ausgelöst. Eine Rügeobligieheit besteht nur gegenüber Entscheidungen oder Zwischenentscheidungen des öffentlichen Auftraggebers. Entscheidend ist, dass es sich dabei um solche Entscheidungen des Auftraggebers handelt, die geeignet sind, mit Blick auf die Auftragschancen der Bewerber oder Bieter Rechtswirkungen zu entfalten. Daran fehlt es bei lediglich vorbereitenden Akten. Eine vorsorgliche Rüge künftigen fehlerhaften Verhaltens sieht das Vergaberecht nicht vor (OLG Koblenz, Beschl. v. 18.09.2003 - 1 Verg 4/03, ZfBR 2003, 822; *Dicks*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 41 m.w.N.). Die Antragstellerin durfte vorliegend die Vorabinformation der Antragsgegnerin über die beabsichtigte Zuschlagserteilung abwarten. Die bloße Mitteilung über die beabsichtigte Berücksichtigung der Eignung Dritter stellt keinen eigenen rügefähigen Sachverhalt dar.
- 48 Den Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin schließlich innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingereicht.
- 49 2. Der betreffend die technische und berufliche Eignung zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Beigeladenen durfte sich auf die technische Eignung ihrer Nach-

- unternehmerin betreffend die Erdarbeiten stützen. Die Prognose der Antragsgegnerin, dass die Beigefügte zur Auftragsausführung in technischer Hinsicht geeignet ist, erfolgte vergaberechtsfehlerfrei.
- 50 a. Die zu prüfenden Eignungskriterien ergeben sich aus der EU-Bekanntmachung (§ 122 Abs. 4 S. 2 GWB). Nach Ziffer III.1.3. der Bekanntmachung hatten die Bieter zum Nachweis ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit zum Formblatt "Eigenerklärung zur Eignung" unter anderem folgende Angaben zu machen:
- 51 "*1. Erklärung, dass in den letzten fünf Kalenderjahren Leistungen erbracht wurden, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind. Dies ist durch mindestens 3 Referenzen nachzuweisen. Auf Verlangen sind die Referenzen mit mindestens folgenden Angaben vorzulegen: ...*"
- 52 Nach Ziff. 7.1 der "Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen - einheitliche Fassung - Wasserstraßen" führen präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung für die zu vergebende Leistung durch den Eintrag in das Präqualifizierungsverzeichnis und gegebenenfalls ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise. Dementsprechend konnten die Bieter entweder unter Ziff. 6 des Formblatts zur Angebotsabgabe (Anlage ASt 38) Angaben zu ihrer Präqualifikation unter Angabe der Präqualifizierungsnummern machen oder im Rahmen der "Eigenerklärung zur Eignung" (Anlage ASt 40) ihre Eignung durch mindestens drei Referenzen nachweisen. Die Beigefügte hat zum Nachweis ihrer Eignung auf ihren Eintrag in das Präqualifizierungsverzeichnis verwiesen, wo sie für die Einzelleistungen "211-03 Nassbaggerarbeiten" und "413-01 Böschungs- und Sohlensicherung an Wasserstraßen sowie Sicherungsarbeiten an Gewässern, Deichen und Küstendünen" als präqualifiziert eingetragen ist. Betreffend die Einzelleistung "211-01 Erdarbeiten" hat sie auf den Nachunternehmer verwiesen, der hierfür im Präqualifizierungsverzeichnis eingetragen ist. Dass sie weder für die Komplettleistung "614-04 umfassende Bauleistungen für Häfen, Wasserstraßen, Dämme und andere Wasserbauten" präqualifiziert ist, noch für alle ausgeschriebenen Einzelleistungen, steht einer positiven Eignungsprüfung nicht entgegen.
- 53 b. Die Antragsgegnerin durfte in Bezug auf die Prüfung der Eignung der Beigefügten die Qualifikation der Nachunternehmerin in Bezug auf die Einzelleistung "211-01 Erdarbeiten" nach § 6 d EU VOB/A berücksichtigen. Die Eignungsleihe ist vorliegend auch als Teileignungsleihe zulässig.
- 54 aa. Grundsätzlich kann sich ein Bewerber oder Bieter gemäß § 6 d Abs. 1 S. 1 EU VOB/A zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen stützen - ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindung (Eignungsleihe). Das gilt nach § 6 d Abs. 1 S. 3 EU VOB/A auch für eine Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen für die berufliche Erfahrung gemäß § 6 a Nr. 3 a EU VOB/A, wenn dieses Unternehmen die Arbeiten ausführt. Dabei ist eine Eignungsleihe nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auch für Teilleistungen möglich (vgl. zu Art 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge: EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C 94/12 NZBau 2014, 114 Rn 29 ff. - Swm Construzioni 2; EuGH, Urt. v. 7.04.2016, C-324/14, NZBau 2016, 373 Rn. 37 -Partner Apelski Dariusz).
- 55 Grundsätzlich erlaubt nämlich die RL 2004/18/EG es, Kapazitäten (mehrerer Wirtschaftsteilnehmer) zu kumulieren, um die von dem öffentlichen Auftraggeber festgelegten Min-

- destanforderungen an die Leistung zu erfüllen (EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C 94/12 NZ-Bau 2014, 114 Rn 33 - Swm Construzioni 2). Dies steht im Einklang mit dem Ziel der Richtlinie, den Bereich des öffentlichen Auftragswesens einem möglichst umfassenden Wettbewerb zu öffnen, das im Interesse der Wirtschaftsteilnehmer und der öffentlichen Auftraggeber angestrebt wird. Außerdem dient dies auch dazu, kleineren und mittleren Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern, was mit der Richtlinie ebenfalls beabsichtigt ist (EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C 94/12 NZBau 2014, 114 Rn 34 - Swm Construzioni 2). Es stellt demgegenüber einen Ausnahmefall dar, dass Arbeiten auf Grund ihrer Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer nicht erlangen lassen (EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C 94/12 NZBau 2014, 114 Rn 36 - Swm Construzioni 2). In einem solchen Fall wäre der öffentliche Auftraggeber berechtigt zu verlangen, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderungen hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt gegebenenfalls unter Rückgriff auf eine begrenzte Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern (EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C 94/12 NZBau 2014, 114 Rn 35 - Swm Construzioni 2; EuGH, Urt. v. 7.04.2016, C-324/14, NZBau 2016, 373 Rn. 40 -Partner Apelski Dariusz).
- 56 bb. Derartige Anforderungen hat die Antragsgegnerin an die Eignung der Bieter vorliegend allerdings nicht gestellt.
- 57 (a) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergibt sich aus Ziff. III.1.3 Nr. 1 der Bekanntmachung zur "Technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit", wonach durch mindestens drei Referenzen nachzuweisen ist, *"dass in den letzten fünf Kalenderjahren Leistungen erbracht wurden, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind"*, nicht, dass Referenzen für die Komplettleistung beziehungsweise zumindest gemeinsame Referenzen des Bieters mit seinem Nachunternehmer vorzulegen sind. Der Wortlaut von Ziff. III.1.3 Nr. 1 der Bekanntmachung gibt dies nicht her, sondern wiederholt vielmehr den Wortlaut des § 6 a Nr. 3 lit. a EU VOB/A und verweist somit auf die gesetzliche Regelung. Die Gesetzeslage sieht jedoch in Verbindung mit § 6 d Abs. 1 S. 1 und 3 AU VOB/A vor, dass Kapazitäten anderer Unternehmen zur Eignung - auch teilweise - in Anspruch genommen werden können, wie es in der Richtlinie 2014/24 EU (nachfolgend Richtlinie 2004/18/EG) vorgesehen ist. Hätte der Antragsgegner etwas anderes gewollt, wäre dies nur in den engen Grenzen des § 6 d Abs. 4 EU VOB/A bei der Vergabe kritischer Aufgaben zulässig gewesen und hätte erkennbar zum Ausdruck gebracht werden müssen. Nähere Konkretisierungen dessen, wann eine Leistung mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar ist, enthält Ziff. III.1.3) demgegenüber nicht.
- 58 (b) Vorliegend weisen auch die weiteren Ausschreibungsunterlagen nicht auf eine Einschränkung in Bezug auf den Einsatz der Kapazitäten andere Unternehmen hin, sondern sehen in Ziff. 6 der "Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen - einheitliche Fassung - Wasserstraßen" den Einsatz von Nachunternehmern sowie eine Eignungsleihe vielmehr wie folgt vor:
- 59 **"Ziff. 6 Kapazitäten anderer Unternehmen (Unteraufträge, Eignungsleihe)**
- 60 Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung von anderen Unternehmen ausführen zu lassen oder sich bei der Erfüllung eines Auftrages im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen zu bedienen, so muss er die hierfür vorgesehenen Leistungen/Kapazitäten in seinem Angebot benennen. Der Bieter hat auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle zu

einem von ihr bestimmten Zeitpunkt nachzuweisen, dass ihm die erforderlichen Kapazitäten der anderen Unternehmen zur Verfügung stehen und diese Unternehmen geeignet sind. Er hat den Namen, den gesetzlichen Vertreter ... vorzulegen. ...

61 Ziff. 7 Eignung

62 7.1 offenes Verfahren

63 Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung für die zu vergebende Leistung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifizierungsverzeichnis) und ggf. ergänzt durch geforderte auftragspezifische Einelnachweise. Bei Einsatz von anderen Unternehmen ist auf gesondertes Verlangen nachzuweisen, dass diese präqualifiziert sind oder die Voraussetzungen für die Präqualifikation erfüllen, ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einelnachweise.

64 Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen Nachweis der Eignung für die zu vergebende Leistung mit dem Angebot

entweder

65 die ausgefüllte "Eigenerklärung zur Eignung", ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einelnachweise

oder

66 eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

67 vorzulegen.

68 Bei Einsatz von anderen Unternehmen gemäß Nummer 7 sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärung auch für diese abzugeben ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einelnachweise. Sind die anderen Unternehmen präqualifiziert, reicht die Angabe der Nummer, unter der diese in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifizierungsverzeichnis) geführt werden ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einelnachweise.

69 Ziff. 6 Der Teilnahmebedingungen sieht ausdrücklich vor, dass Teile der Leistungen von anderen Unternehmen ausgeführt werden dürfen, für die dann entsprechend Ziff. 7 der Teilnahmebedingungen die jeweiligen Eignungen nachzuweisen sind. Damit ist eine Kummulation von Referenzen möglich.

70 c. Die konkrete Wertung der Antragsgegnerin, dass die Beigedane entsprechen Ziff. III.1.3 Nr. 3 der EU-Bekanntmachung hinreichend dargelegt hat, in den letzten fünf Kalenderjahren Leistungen erbracht zu haben, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, und dass sie dies durch Bezugnahme auf ihre Eintragungen im Präqualifizierungsverzeichnis sowie die Eintragung ihres Nachunternehmers hinreichend belegt hat, ist nicht zu beanstanden.

71 aa. Bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters, zu seiner technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit, handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann. Dem öffentlichen Auftraggeber steht ein Beurteilungsspielraum zu,

- der von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (vgl. Senat, Beschl. v. 05.09.2018 - VII Verg 14/18; OLG München, Beschl. v. 05.11.2009, Verg 13/09, juris Rn. 69; *Dittmann*, in: *Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, Kommentar zur VgV, § 57 VgV Rn. 120 nwN).
- 72 bb. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Entscheidung der Vergabestelle, die technische Leistungsfähigkeit der Beigeladenen anhand der im Präqualifizierungsverzeichnis für die einzelnen Leistungsbereiche hinterlegten Referenzen zu bejahen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Einzelreferenzen verhalten sich über Leistungen, die mit den ausgeschriebenen Teilleistungen vergleichbar sind (siehe unter (1)). Auch lässt die von der Vergabestelle getroffene Prognoseentscheidung, dass die Summe der Einzelreferenzen, die ordnungsgemäße Erfüllung der Gesamtmaßnahme erwarten lässt, keinen Vergaberechtsfehler erkennen (siehe unter (2)).
- 73 (1) Ausweislich des Vergabevermerks vom 08.03.2021 (vgl. S. 10 ff. Vergabevermerk) hat die Antragsgegnerin die jeweiligen im Präqualifizierungsverzeichnis hinterlegten Referenzen "211-03 Nassbaggerarbeiten" und "413-01 Böschungs- und Sohlensicherung an Wasserstraßen sowie Sicherungsarbeiten an Gewässern, Deichen und Küstendünen" der Beigeladenen sowie "211-01 Erdarbeiten" des Drittunternehmens vergaberechtsfehlerfrei auf ihre Vergleichbarkeit mit den ausgeschriebenen Leistungen gewürdigt.
- 74 (2) Auch ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin aufgrund der Gesamtschau der Referenzen für die einzelnen Teilbereiche zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Beigeladenen für die Erbringung der Gesamtleistung technisch geeignet ist. Sie hat insbesondere die von ihr aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet und den zugrundeliegenden Sachverhalt zutreffend ermittelt.
- 75 Ob die Summe vorgelegter Referenzen für Teilleistungen eine Qualifikation für die ausgeschriebene Gesamtleistung begründen kann, hängt zum einen von der ausgeschriebenen Leistung und zum anderen von den konkret vorgelegten Einzelqualifikationen ab. So können beispielsweise im Einzelfall mehrere sogenannte "Kleinreferenzen", die sich über mehrere kleine und lediglich Teilbereiche umfassende, verhältnismäßig kurzzeitige Aufträge verhalten, nicht mit komplexen Großaufträgen zu vergleichen sein, wenn die Großaufträge ganz andere und weitaus höhere Anforderungen unter anderem an die geschäftliche und betriebliche Organisation des Auftragnehmers, an die Koordination, Kommunikation und das Zeitmanagement sowie an die Projektabwicklung und die Ausführung darstellen (vgl. Senat, Beschl. v. 13.08.2014 - VII Verg 10/14).
- 76 Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt hat, stellen die auszuführenden Wasserbauarbeiten in ihrer Gesamtheit keine besonderen Anforderungen an die Koordinierung der Einzelleistungen. Vielmehr sei eine Ausführung der Arbeiten durch die Beigeladene und ein Drittunternehmen ohne weiteres möglich. Nach ihrer langjährigen Erfahrung mit der Beschaffung nach Art und Umfang unterschiedlicher Wasserbauarbeiten handele es sich vorliegend um eine kleinere Maßnahme, die ohne einen über das gewöhnliche Maß hinausgehenden Abstimmungsaufwand zwischen den einzelnen Gewerken durchzuführen sei. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt der Einwand der Antragstellerin, die Arbeiten - insbesondere die Nassbaggerarbei-

ten, Erdarbeiten und Ufer-/Böschungssicherungsarbeiten - ließen sich nicht voneinander abgrenzen und seien eng ineinander verzahnt, keine abweichende Entscheidung.

- 77 d. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Beigeladene habe sich in ihrem Angebot tatsächlich nicht auf die Eignung ihres Nachunternehmers berufen, sondern habe erst auf Nachfrage durch die Antragsgegnerin dessen Nachweis für seine Eignung für die Erdarbeiten vorgelegt, wird hierdurch ein Vergaberechtsverstoß nicht begründet, da dieses Vorgehen Ziff. 6 und Ziff. 7 der Teilnahmebedingungen entspricht.
- 78 e. Soweit die Vergabekammer die im Präqualifizierungsregister hinterlegten Referenzen eigenständig auch für die Leistungsbereiche (hier "211-01 Erdarbeiten") herangezogen und die Referenzen im Hinblick auf die Komplettleistung gewürdigt hat, war ihr dies nicht gestattet. Die Vergabestelle selbst hat ausweislich des Vergabevermerks vom 08.03.2021 eine solche Entscheidung nicht getroffen. Die Vergabekammer ist nicht befugt, eine eigene Wertungsentscheidung an die Stelle der Vergabestelle zu setzen.

III.

- 79 Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Antragstellerin vom 09.03.2022 sowie die ebenfalls nicht nachgelassenen Schriftsätze der Antragsgegnerin vom 15.03.2022 und der Beigeladenen vom 16.03.2022 geben dem Senat keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung entsprechend § 156 ZPO. Auch im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren gilt der in § 296 a ZPO normierte Grundsatz, dass nach Schluss der mündlichen Verhandlung Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden können. Die Möglichkeit der Wiedereröffnung dient nicht dazu, einem nachlässigen Beteiligten die Berücksichtigung neuen Vortrags zu ermöglichen. Die Antragstellerin hatte wie alle Beteiligten die Gelegenheit, in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Sach- und Rechtslage umfassend zu erörtern.

IV.

- 80 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen.
- 81 Der Beschwerdewert wird auf bis 650.000,00 EUR festgesetzt. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senat, Beschl. v. 10.02.2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56).