

Titel:

Leistungen, Haftpflichtversicherung, Versicherungsschutz, Vergabekammer, Bieter, Vorhaben, Leistungsphase, Haftung, Verletzung, Bewerber, Bekanntmachung, Versicherer, Ausschluss, Frist, gesamtschuldnerische Haftung, Kosten des Verfahrens, Gelegenheit zur Stellungnahme

Normenkette:

VgV § 45

VgV § 46

VgV § 48

Leitsatz:

Regelt der Auftraggeber nicht nach § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV, dass der Nachweis einer ausreichenden Haftpflichtversicherung von allen Mitgliedern einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft erbracht werden muss, kann es für den Nachweis der Eignung ausreichen, wenn nur ein Mitglied der Bewerber- oder Bietergemeinschaft über einen ausreichenden Versicherungsschutz verfügt. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Versicherungsschutz von Mitgliedern der Bewerber- oder Bietergemeinschaft auch Ansprüche gegen die Gemeinschaft wegen Schadensverursachung durch andere Partner der Bewerber- oder Bietergemeinschaft umfasst.

Schlagworte:

Leistungen, Haftpflichtversicherung, Versicherungsschutz, Vergabekammer, Bieter, Vorhaben, Leistungsphase, Haftung, Verletzung, Bewerber, Bekanntmachung, Versicherer, Ausschluss, Frist, gesamtschuldnerische Haftung, Kosten des Verfahrens, Gelegenheit zur Stellungnahme

Fundstelle:

BeckRS 2020, 48875

Tenor

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Teilhabeantrag der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu bewerten.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Sie ist von Zahlung der Gebühr befreit.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von...,00 EUR festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

1

Die Antragsgegnerin beabsichtigt die Leistungen der Objektplanung Freianlagen gem. § 38 HOAI, Leistungsphasen 1-9 für den Neubau eines Schulzentrums an der H.-K...-Str. für die Grund- und Mittelschule in Bad E... im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben. Eine entsprechende Bekanntmachung erfolgte am 24.07.2020 im Supplement des Amtsblattes der EU. Nach Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung soll die Beauftragung stufen- und abschnittsweise erfolgen. Ein Anspruch auf (Weiter-) Beauftragung besteht nicht. Eine Aufteilung in Losen ist nicht vorgesehen.

2

Nach Ziffer III.1.2) der Bekanntmachung wurde hinsichtlich der Eignungskriterien unter anderem unter - Möglicherweise geforderte Mindeststandards - folgendes mitgeteilt:

„Nachweis über bestehende Haftpflichtversicherung für Personenschäden mind. 2,5 Mio. EUR, für sonstige Schäden mind. 2,0 Mio. EUR, oder eine Erklärung, dass die bestehende Versicherung im Auftragsfall angepasst wird.“

3

Unter Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung wurde hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit unter anderem bekanntgegeben:

„Es sollen max. 3 Referenzen eingereicht werden. Gewertet werden max. 2 Referenzen, welche die Mindestanforderungen erfüllen und die höchste Punktzahl gemäß nachfolgender Kriterien erreichen.

... Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

- Referenzzeitraum: Abschluss der LPH 8 zwischen 2015 bis zum Abgabetermin des Teilnahmeantrags;
- Die Leistungsphase 2-8 (Objektplanung Freianlagen) sind voll beauftragt nachzuweisen.“

4

Unter Ziffer III.2.1) der Bekanntmachung wurde unter der Überschrift Angaben zu einem besonderen Berufsstand im letzten Satz darauf hingewiesen, dass bei Arbeitsgemeinschaften jedes Mitglied genannt und teilnahmeberechtigt sein muss.

5

In den Teilnahmebedingungen, Seite 1, wurde mitgeteilt, dass nur vollständig ausgefüllte Teilnahmeanträge mit vollständigen Nachweisen und Anlagen berücksichtigt werden.

6

Weiter wurde darauf hingewiesen, dass durchgehende Referenzen zu LPH 2 - 8 nachzuweisen seien und bei Arbeitsgemeinschaften wurde explizit darauf hingewiesen, dass ein ARGE-Partner oder die ARGE in dieser Konstellation eine durchgehende Referenz nachweisen müsse.

7

Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde in der Bekanntmachung der 24.08.2020, 09:40 Uhr, festgelegt.

8

Mehrere Bewerber reichten fristgerecht Teilnahmeangebote ein, unter anderem die Antragstellerin.

9

Mit Schreiben vom 14.09.2020 erhielt die Antragstellerin von dem mit der Vergabe betrauten Büro eine Absagemitteilung gemäß 62 VgV, dass ihr Teilnahmeantrag ausgeschlossen wurde und nicht weiter am Verfahren berücksichtigt werde. Der Ausschluss wurde damit begründet, dass die Haftpflichtversicherung gemäß der Anlage 13 des Teilnahmeantrags nicht die geforderten Deckungssummen enthalten habe und eine Erklärung über die Anpassung im Auftragsfall nicht beigefügt gewesen sei.

10

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.09.2020 gegenüber dem mit der Vergabe beauftragten Büro den Ausschluss vom weiteren Verfahren, und forderte Aufklärung, weshalb die Erklärung über die Erhöhung des Versicherungsrahmens nicht während der Wertungsphase nachgefordert worden sei, sowie die detaillierten Gründe für den Ausschluss.

11

Mit Schreiben vom 28.09.2020 half die Antragsgegnerin der Rüge der Antragstellerin nicht ab.

12

Kurz danach reichte die Antragstellerin einen auf den 21.09.2020 datierten Nachweis für eine bestehende Haftpflichtversicherung der S... H... Landschaftsarchitektur nach, die die geforderte Deckungssumme ausweist.

13

Daraufhin hielt die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.09.2020 ihre Rüge aufrechterhalt und bat um Übermittlung der Bewertungsunterlagen.

14

Mit Schreiben vom 01.10.2020 wurde der Rüge der Antragstellerin erneut nicht abgeholfen. Der Antragstellerin wurde mitgeteilt, dass ihr Teilnahmeantrag auch ohne den Ausschluss wegen der fehlenden Deckungssumme der Haftpflichtversicherung, die Antragstellerin auszuschließen wäre, da sämtliche Referenzen nicht wertbar seien, da keine Referenz der Leistungsphasen 2 bis 8 von der Antragstellerin vollständig erbracht worden sei und darüber hinaus fehle es an den in der Bekanntmachung angeforderten Angaben zu dem Leistungszeitraum der Leistungsphase 8.

15

Daraufhin stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer Südbayern mit Schreiben vom 13.10.2020 einen Nachprüfungsantrag und beantragte,

- I. Ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten.
- II. Der Antragsgegnerin aufzugeben, die Bewertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu vorzunehmen.
- III. Hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebots in ihren Rechten verletzt wird.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für erforderlich zu erklären.
- V. Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- VI. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren.

16

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere habe sie mit Schreiben vom 21.09.2020 den Ausschluss unverzüglich gerügt.

17

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da der Ausschluss der Antragstellerin aus dem Verfahren rechtswidrig gewesen sei.

18

Die Antragsgegnerin erkenne, dass die R... GmbH eine mit ausreichenden Deckungssummen versehene Versicherungsbestätigung bereits mit Einreichung der Teilnahmeunterlagen vom 24.08.2020 übermittelt habe. Da die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für die Verletzung der Pflichten aus dem abzuschließenden Landschaftsplanervertrag als Gesamtschuldner haften, werde dem berechtigten Sicherungsinteresse der Antragsgegner bereits durch die von dem oben genannten Partner vorgelegten Versicherungsbestätigung ausreichend Rechnung getragen. Ob die S... H... Landschaftsarchitektur daneben eine Versicherungsbestätigung über ausreichende Deckungssummen vorgelegt habe, sei insoweit rechtlich ohne Bedeutung. Weiter sei es nach § 47 Abs. 1 S. 1 VgV möglich, dass ein Bieter im Wege der Eignungsleihe bei einem Dritten auf Kapazitäten zur Gewährleistung der notwendigen wirtschaftlichen Eignung, auch des Versicherungsschutzes, zurückgreifen und der Auftraggeber in diesem Fall nach § 47 Abs. 3 VgV die gesamtschuldnerische Haftung beider Unternehmen fordern könne. Unabhängig davon, dass es hier aufgrund des Vorliegens einer Arbeitsgemeinschaft schon gar nicht mehr auf die Eignungsleihe ankomme, zeige dies doch, dass nach der gesetzlichen Wertung hinsichtlich des Ausschlusses der Antragstellerin nicht darauf abzustellen sei, dass die Versicherungssumme nur für die R... GmbH vorgelegen habe. Denn selbst bei einer Eignungsleihe sei eine gesamtschuldnerische Haftung ausreichend.

19

Zumindest aber hätte die Antragsgegnerin, wenn sie tatsächlich auf eine entsprechende Deckungssumme bei beiden Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft Wert legen sollte, die fehlende Deckung der Versicherung der S... H... Landschaftsarchitektur gemäß § 56 Abs. 1 VgV nachfordern müssen. Die Nachforderung stehe zwar im Ermessen des Auftraggebers, sei aber hier aufgrund der vorstehenden Argumente dahingehend reduziert, dass eine Nachforderung vorzunehmen gewesen sei. Ein Nachweis für die S... H... Landschaftsarchitektur habe für die Antragsgegnerin lediglich eine klarstellende Funktion gehabt und sei damit für andere Mitbewerber nicht benachteiligend gewesen. Eine solche Versicherung habe die S... H...

Landschaftsarchitektur mit Vorlage der Versicherungsbestätigung vom 21.09.2020 nachgereicht, die aber von der Antragsgegnerin nicht mehr berücksichtigt worden sei.

20

Auch seien die Referenzen der Antragstellerin entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin bei der Wertung zu berücksichtigen.

21

Im Hinblick auf die geforderten Referenznachweise übersehe die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 VgV wie ein Einzelbewerber zu behandeln sei. Es komme bei der Bietergemeinschaft auf die Gesamtbetrachtung der eingereichten Referenzen an. Die Antragsgegnerin habe offenbar die Bewertung der Referenzen getrennt nach den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft vorgenommen. Zwar könne der Auftraggeber gemäß § 43 Abs. 2 S. 3 VgV gesonderte Bedingungen für die Erfüllung von Eignungskriterien bei Arbeitsgemeinschaften aufstellen, dies habe der Auftraggeber aber nicht getan.

22

Insoweit habe die Antragstellerin mit den von ihr eingereichten Referenzprojekten nachgewiesen, dass sie bei vergleichbaren Bauvorhaben Planungsleistungen der Leistungsphasen 2 bis 8 der Freianlagenplanung ausgeführt habe. Je Mitglied seien 3 Referenzen angegeben worden. Dass die Leistungsphasen 2 bis 5 von dem anderen Partner der Bietergemeinschaft und die Leistungsphasen 6 bis 8 von Herrn S... H..., Inhaber der S... H... Landschaftsarchitektur, bearbeitet worden seien, stelle den Nachweis der fachlichen Eignung nicht in Frage. Etwaige besondere Anforderungen an die Referenzen von Bietergemeinschaften, etwa, dass von jedem Mitglied die Leistungsphasen 2 bis 8 erbracht worden sein müssen oder dass nur Referenzen gewertet werden, die von der Arbeitsgemeinschaft erbracht worden seien, seien von der Antragsgegnerin nicht gefordert gewesen. Es sei damit unschädlich, dass es sich um verschiedene Vorhaben gehandelt habe, die jeweils getrennt von den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft bearbeitet worden seien. Überzogene Anforderungen an die Referenzen von Arbeitsgemeinschaften, wie die Beschränkung der Wertung auf bereits gemeinsam realisierte Projekte, würden dem Schutzzweck zuwiderlaufen, da somit nur etablierte Arbeitsgemeinschaften eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätten.

23

Bei den Referenzprojekten bei denen die Leistungsphasen 8 erbracht wurden, sei dies innerhalb des von der Antragsgegnerin geforderten Zeitraum der Fall.

24

Am 13.10.2020 übermittelte die Vergabekammer Südbayern den Nachprüfungsantrag an die Antragsgegnerin.

25

Mit Schreiben vom 19.10.2020 teilte die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin ihre Mandatierung mit.

26

Die Antragsgegnerin beantragte mit Schreiben vom 27.10.2020,

I. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

II. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeunterlagen versagt.

III. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung werden der Antragstellerin auferlegt und die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

27

Die Antragsgegnerin führte aus, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet sei, da die Antragstellerin zurecht mit ihrem Teilnahmeantrag ausgeschlossen worden sei.

28

Zwar habe die mit dem Teilnahmeantrag abgegebene Versicherungsbestätigung hinsichtlich des Haftpflichtversicherungsnachweises der R... GmbH den Anforderungen in der Bekanntmachung

entsprochen, nicht aber die abgegebene Versicherungsbestätigung für die S... H... Landschaftsarchitektur, die bei sonstigen Schäden lediglich 1,0 Mio. € je Versicherungsfall, jedoch nicht die geforderten 2,0 Mio. EURO abdecke.

29

Bei der abgegebenen Erklärung zur gesamtschuldnerischen Haftung, unterzeichnet von Herrn S... H..., wonach Teilnahmen an Arbeitsgemeinschaften durch die Versicherung des Büros H... mitversichert seien, handle es sich um eine Eigenerklärung, die nicht Ziffer III.1.2 der Bekanntmachung entspreche.

30

Die Antragsgegnerin sei entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht verpflichtet und auch nicht berechtigt gewesen, einen ausreichenden Nachweis nachzufordern. Mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 56 Abs. 2 S. 1 VgV habe für die Antragsgegnerin schon keine rechtliche Möglichkeit bestanden, die inhaltlich unzureichende Versicherungsbestätigung für die S... H... Landschaftsarchitektur, die zwar formal den Angaben in der Auftragsbekanntmachung entsprochen habe, aber hinsichtlich der Deckungssumme unzureichend gewesen sei, nachbessern zu lassen. Aus gleichen Gründen sei die Antragsgegnerin nicht berechtigt gewesen, die von der Antragstellerin nachgereichte Versicherungsbestätigung vom 21.09.2020, die erst nach Ablauf der Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge eingereicht wurde, zu berücksichtigen. Weiter wurde ausgeführt, dass der Teilnahmeantrag deshalb nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV, zwingend von weiteren Verfahren auszuschließen.

31

Aufgrund dieses zwingenden Ausschlusses komme es im Ergebnis nicht darauf an, dass die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen auch ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass ein Teilnahmeantrag bei zu geringer Versicherungsdeckung (Nr. 6.1, S. 1) aus der Wertung ausgeschlossen werde.

32

In der Bekanntmachung in Ziffer III.1.2 sei die jeweils geforderte Höhe der Haftpflichtversicherung ausdrücklich gefordert worden. Unschädlich sei dabei, dass das EU-Standardformular von „Möglicherweise geforderte Mindeststandards“ spreche, und dies nicht abgeändert werden könne.

33

Die Antragstellerin sei auch wegen unzureichender Referenzen und damit zu geringer Gesamtpunktzahl nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. In Ziffer III.1.3 der Auftragsbekanntmachung seien die Leistungsphasen 2 bis 8 (Objektplanung Freianlagen) voll beauftragt nachzuweisen gewesen und die Leistungsphase 8 zwischen 2015 und dem Abgabetermin des Teilnahmeantrags nachgewiesenermaßen abgeschlossen sein müssen. Darüber hinaus seien entgegen der Behauptung der Antragstellerin spezielle Anforderungen im Sinne des § 43 Abs. 2 S. 3 VgV an Arbeitsgemeinschaften gestellt worden, da nach dem Teilnahmeantragsformular eine durchgehende Referenz nachzuweisen sei.

34

Anders als in dem vom OLG Celle mit Beschluss vom 12.04.2016 entschiedenen Fall habe die Antragsgegnerin mit dieser Vorgabe Bietergemeinschaften auch nicht schlechter gestellt, weil es die Antragsgegnerin habe ausdrücklich ausreichen lasse, wenn nur einer der ARGE-Partner die durchgehende Referenz nachweisen könne.

35

Die Antragstellerin habe selbst vorgetragen, weder für die ARGE selbst noch für einen der beiden ARGE-Partner durchgehende Referenzen betreffend die geforderten Leistungsphasen 2 bis 8 der Objektplanung Freianlagen mit einer abgeschlossenen Leistungsphase 8 zu erfüllen. Der Antragsgegnerin sei deshalb keine Prognose dahingehend möglich, dass auf der von der R... GmbH ausgearbeiteten Planung eine funktionierende Ausführung möglich sei. Die Referenzen hätten deshalb nicht gewertet werden können.

36

Der ehrenamtliche Beisitzer hat mit Schreiben vom 29.10.2020 die Entscheidung über die Beiladung, den Umfang auf Akteneinsicht sowie im Falle einer Verfahrenseinstellung auf den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin übertragen.

37

Mit Verfügung vom 03.11.2020 wurde die Frist bis zur Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 S. 2 GWB bis zum 22.01.2021 verlängert.

38

Mit Schreiben vom 12.11.2020 teilte die Antragstellerin mit, dass nach wie vor ihr Ausschluss wegen des unzureichenden Nachweises der Deckungssummen ihrer Haftpflichtversicherung nicht gerechtfertigt sei. Die Antragsgegnerin habe nun selbst zugegeben, dass die Versicherungsbestätigung der R... GmbH die in der Auftragsbekanntmachung geforderte Versicherungshöhen umfasse. Damit sei der Nachweis der ausreichenden Versicherung der Antragstellerin als Bietergemeinschaft erbracht worden, wie bereits im Nachprüfungsantrag ausgeführt worden sei. Auf die vorgebrachten Argumente der Antragsgegnerin hinsichtlich der Erklärungen der S... H... Landschaftsarchitektur diesbezüglich komme es nicht an. Der in der Bekanntmachung geforderte Nachweis sei durch die Versicherungsbestätigung der R... GmbH erbracht worden. Auf die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Überlegungen für die Beurteilung dieses Nachweises komme es nicht an. Die Antragsgegnerin habe Bietergemeinschaften nach § 42 Abs. 2 S. 1 VgV wie einen Einzelbieter zu behandeln. Entgegen den Äußerungen im Schriftsatz vom 27.10.2020 hätte die Antragsgegnerin bei der S... H... Landschaftsarchitektur einen Versicherungsnachweis nachfordern können. Die Nachforderung sei auch deshalb geboten, da es sich um ein fehlendes, aber für die Bewertung nicht mehr maßgebliches Dokument handle, das der Bieter zur Vervollständigung seiner Unterlagen eingereicht habe. Da der Versicherungsnachweis durch die R... GmbH bereits erbracht worden sei, liege in der Nachforderung bzw. Berücksichtigung der nachgereichten Unterlage der S... H... Landschaftsarchitektur auch keine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bietern vor.

39

Auch sei die Antragstellerin nicht wegen ungenügender Referenzen auszuschließen. Maßgeblich sei nur die in der Bekanntmachung aufgestellten Kriterien, nicht die in dem Teilnahmeantragsformular. In der Bekanntmachung seien gerade für Arbeitsgemeinschaften keine speziellen Anforderungen gestellt worden. Hinsichtlich der Referenzen habe die Antragstellerin die in der Bekanntmachung geforderten Nachweise erbracht. Sie habe in der Zusammenschau der Referenzen die Leistungsphasen 1 bis 8 insgesamt drei Mal voll nachgewiesen. Dass sie keine Referenzen in der Konstellation der Bietergemeinschaft vorgelegt habe, sei unschädlich, da dies nicht in der Bekanntmachung gefordert gewesen sei.

40

Hilfsweise wurde noch darauf hingewiesen, dass die auf Seite 1 des Teilnahmeantragsformulars aufgeführten gesonderten Kriterien für Referenzen von Arbeitsgemeinschaften nicht zulässig seien. Dies wurde noch näher begründet.

41

Weiter vertrat die Antragstellerin die Ansicht, dass sie mit ihren Einwendungen gegen die Vorbehalte der Antragsgegnerin auch nicht präkludiert sei. Ob es aufgrund des Widerspruches zwischen den Anforderungen aus der Bekanntmachung und dem Teilnahmeantragsformular überhaupt noch auf die Rüge ankomme, könne dahinstehen, da die Rügepflicht nur insoweit bestehe, als ein Verstoß für den Bieter überhaupt erkennbar sei, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei. Eine Kenntnis der Rechtsprechung hinsichtlich der vergaberechtlichen Zulässigkeit von Referenzen für Arbeitsgemeinschaften sei nicht von der Antragstellerin zu fordern gewesen.

42

Auch sei der Antragstellerin zur Wahrung ihrer rechtlichen Interessen Akteneinsicht zu gewähren.

43

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin sei kein zwingendes Erfordernis, da diese als öffentlicher Auftraggeber über eine ausreichende Expertise auf dem Gebiet des Vergaberechts verfüge und zudem durch einen Projektsteuerer unterstützt werde.

44

Die Vergabekammer Südbayern erteilte mit Schreiben vom 12.11.2020 den rechtlichen Hinweis, dass nach erster Prüfung der Nachprüfungsantrag begründet sei, da der Teilnahmeantrag der Antragstellerin nach vorläufiger Rechtsauffassung weder wegen eines für die Bietergemeinschaft unzureichenden Nachweises der Haftpflichtversicherung noch wegen der Einreichung ungenügender Referenzen auszuschließen sei.

45

Auf den Inhalt des rechtlichen Hinweises wird Bezug genommen. Die Antragsgegnerin erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme, ob Sie dem Nachprüfungsantrag abhelfen wolle.

46

Daraufhin äußerte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.11.2020, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet sei, da der Teilnahmeantrag der Antragstellerin zu Recht von dem weiteren Verfahren wegen unzureichender Haftpflichtversicherung ausgeschlossen worden sei.

47

Vorzulegen sei von Einzelbieterinnen wie auch von Bewerbergemeinschaften ein Nachweis, aus dem sich die Versicherungsdeckung in der geforderten Höhe für die gesamte zu vergebende Dienstleistung ergebe. Mit ihrem Teilnahmeantrag habe die Antragstellerin nachgewiesen, dass betreffend die von der R... GmbH im Rahmen der ARGE zu erbringenden Leistungen die geforderte Versicherungsdeckung bestehe, betreffend die von S... H... Landschaftsarchitektur im Rahmen der ARGE zu erbringenden Leistungen nicht die geforderte Versicherungsdeckung für sonstige Schäden bei der VHV bestehe und durch die S... H... Landschaftsarchitektur verursachte Haftungsfälle auch dann von der Versicherung gedeckt sind, wenn er seine Leistungen im Rahmen einer ARGE erbringe, jedoch auch hier hinsichtlich der sonstigen Schäden auch nur mit der unzureichenden Versicherungsdeckung bei der ACI.

48

Die Antragstellerin sei damit wegen unzureichender Versicherungsdeckung zwingend auszuschließen, nachdem die Antragsgegnerin zu einer Nachforderung einer den Mindestanforderungen genügenden Haftpflicht weder verpflichtet noch berechtigt gewesen sei. Insoweit werde auf die Ausführungen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 27.10.2020 verwiesen.

49

Der Argumentation der Antragstellerin und dem Hinweis der Vergabekammer liege die Annahme zugrunde, dass eine zwischen ARGE-Partnern bestehende Gesamtschuld automatisch dazu führe, dass die jeweiligen Versicherer für den jeweils anderen ARGE-Partner einstehen müssten. Das würde zu dem Ergebnis führen, dass Unternehmen, indem sie sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen, den Versicherern auch gegen deren Willen einen weiteren Versicherungsnehmer aufdrängen könnten. Dies sei nicht so. Dazu verwies die Antragsgegnerin auf die Empfehlung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) zur Mitversicherung des Risikos an der Teilnahme an Arbeitsgemeinschaften in seiner Fassung vom 2020. Danach müsste die Antragsgegnerin die Antragstellerin wegen eines von dem ARGE-Partner S... H... verursachten Schadens in Anspruch nehmen, würde die AIC den Schaden nur bis zu einem Betrag von 1,0 Mio. € decken. Die VHV der R... GmbH würde die Regulierung ablehnen, weil insoweit kein Versicherungsschutz bestehe. Ließe sich nicht ermitteln, wer der beiden Partner den Schaden verursacht habe, würden die Versicherer erklären den Schaden nur nach Quote zu regulieren.

50

Entgegen der Darstellung der Antragstellerin liege nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VgV keine unzulässige Ungleichbehandlung der Antragstellerin als Bewerbergemeinschaft vor, vielmehr behandele die Antragsgegnerin die Antragstellerin genau gleich einem Einzelbieter, der die geforderte Versicherungsdeckung nur für Teilbereiche nachgewiesen habe. Auch der Einzelbieter sei in diesem Fall zwingend auszuschließen.

51

Weiter stellte die Antragsgegnerin klar, dass die ungenügenden Referenzen nicht zu einem Ausschluss vom weiteren Verfahren geführt hätten. Die Antragstellerin habe jedoch mit den angegebenen Referenzen nicht die volle Punktzahl erreichen können.

52

Die Vergabekammer gehe in ihrem Schreiben davon aus, dass im Formblatt nicht abgefragt worden sei, wann die Leistungsphase 8 begonnen habe. Die Abfrage von Terminen zu der Leistungsphase 8 sei jedoch erfolgt und im Referenzformular sei dafür eine eigene Zeile vorgesehen gewesen. Diese Zeile sei bei der Bearbeitung des Formulars jedoch von der Antragstellerin gelöscht worden. Auch hier liege keine Ungleichbehandlung einer Bewerbergemeinschaft im Vergleich zu einem Einzelbieter vor, nachdem auch

der Einzelbieter nach Ziffer II.1.4 der Bekanntmachung „voll beauftragte“ und damit durchgehende Referenzen nachweisen müsse.

53

Die Antragsgegnerin erklärte sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden.

54

Die Antragstellerin teilte mit Schreiben vom 26.11.2020 mit, dass ihr Nachprüfungsantrag weiterhin begründet sei. Die Partner der Bietergemeinschaft seien nicht füreinander, wie die Antragsgegnerin meine, sondern nebeneinander als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Arbeitsgemeinschaft haftbar. Es müsse kein ARGE-Partner für den anderen eintreten, vielmehr haften beide ARGE-Partner als Gesamtschuldner nebeneinander für Verbindlichkeiten der Antragstellerin. Versicherungsnehmer der VHV sei allein die R... GmbH, die im Falle einer Pflichtverletzung als Gesamtschuldnerin für die Verbindlichkeiten der Antragstellerin (der Arbeitsgemeinschaft) in voller Höhe von der Antragsgegnerin im Schadensfall in Anspruch genommen werden könnte. Die mit ausreichenden Deckungssummen versehene Versicherung der R... GmbH vom 14.01.2020 genüge den Sicherungsinteresse der Antragsgegnerin. Selbst wenn der Versicherungsschaden auf einen Planungsfehler der S... H... Landschaftsarchitektur beruhen sollte, liege eine Pflichtverletzung der Antragstellerin vor. Die Versicherung (VHV) werde demgemäß auch nicht für ein Fehlverhalten der S... H... Landschaftsarchitektur in Anspruch genommen, sondern aufgrund der Teilnahme ihres Versicherungsnehmers, der R... GmbH, an der Antragstellerin.

55

Auch aus der Empfehlung der Deutschen Versicherungswirtschaft zur Mitversicherung des Risikos ergebe sich nichts Anderes, da sich die zitierte Empfehlung nur mit der Frage beschäftige, ob und wie bestimmte Schadensfälle zu regulieren seien, und es darauf vorliegend nicht ankomme.

56

Tatsächlich enthalte der Versicherungsnachweis der VHV vom 14.01.2020, dass die dem Vertrag zugrundeliegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Berufs-Haftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und Beratenden Ingenieure gelten. Diese enthielten unter A1-6.1 hinsichtlich Arbeitsgemeinschaften, Planungsringe und Partnergesellschaften die Regelung, dass, die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der Teilnahme an Arbeitsgemeinschaften versichert sei. Weiter zitierte die Antragstellerin: „Dies gelte auch, wenn sich der Haftpflichtanspruch gegen die Arbeitsgemeinschaft selbst richte.“ Die Versicherung der R... GmbH folge damit, der Empfehlungen der Deutschen Versicherungswirtschaft offensichtlich nicht. Der Versicherungsschutz gelte damit für die Teilnahme an Arbeitsgemeinschaften, auch wenn sich der Schadensanspruch gegen die Arbeitsgemeinschaft selbst richte.

57

Auch habe die Antragstellerin keine ungenügenden Referenzen nachgewiesen. Es komme bezüglich den Anforderungen allein auf die Bekanntmachung an, danach sei lediglich der Abschluss der Leistungsphase 8 abgefragt worden und nicht der Beginn. Im Übrigen habe die Antragstellerin bei drei, die Leistungsphase 8 betreffenden Referenzen sowohl das Start- als auch das Enddatum der Leistungsphase 8 benannt.

58

Auf Anfrage der Vergabekammer stimmte die Antragstellerin mit Schreiben vom 01.12.2020 einer Entscheidung nach Aktenlage zu.

59

Mit Beschluss vom 01.12.2020 wurde der Umfang der Akteneinsicht festgelegt und der Antragstellerin entsprechende Akteneinsicht gewährt.

60

Die Antragsgegnerin teilte mit Schreiben vom 02.12.2020 mit, dass die Ausführungen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 26.11.2020 belegten, dass der Teilhabeantrag der Antragstellerin zu Recht von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen worden sei.

61

Die Antragstellerin habe dort erstmals Versicherungsbedingungen der VHV vorgelegt, aus denen sich ergebe, dass auch Haftpflichtansprüche gegen die ARGE wegen Schlechtleistung des ARGE-Partner S...

H... über die VHV-Versicherung mitversichert seien. Von einer solchen Regelung habe die Antragsgegnerin nicht ausgehen müssen, was die Empfehlungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft gezeigt hätten. Zum Ablauf der Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge sei neben der ungenügenden Versicherungsbestätigung der AIC vom 21.08.2020 nur die Bescheinigung der VHV vom 14.01.2020 (Anlage AG 1) vorgelegen, aus der sich gerade nicht die Mitversicherung von Haftpflichtansprüchen aus der Teilnahme an Arbeitsgemeinschaften ergeben habe. Es sei nicht Aufgabe der Antragsgegnerin Nachforschungen darüber anzustellen, ob ein Versicherungsschutz für die ARGE in ausreichendem Maße bestehe.

62

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

63

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

64

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i. V. m. §§ 1 und 2 BayNpV.

65

Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB. Die Antragsgegnerin ist Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Gesamtauftragswert überschreitet den gemäß § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwert in Höhe von 214.000 Euro.

66

Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 - 109 GWB liegt nicht vor.

67

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

68

Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

69

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe ihres Teilnahmeantrags nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags geltend gemacht.

70

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entgegen, da die Antragstellerin den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags, der ihr am 14.09.2020 mitgeteilt wurde, am 21.09.2020 rechtzeitig gerügt hat und weitere Rügepflichten nicht bestanden.

71

Insbesondere war die Antragstellerin nicht verpflichtet, die Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der Bekanntmachung und den Teilnahmebedingungen bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe des Teilnahmeantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB zu rügen. Angesichts des klaren Wortlauts des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB kann sich ein Bieter grundsätzlich darauf verlassen, dass nur die Mindestanforderungen an die Eignung zu erfüllen sind, die in der Bekanntmachung enthalten sind. Von etwaigen weiteren in den Vergabeunterlagen enthaltenen Mindestanforderungen an die Eignung ist er so lange nicht beschwert, so lange der Auftraggeber seinen Teilnahmeantrag oder sein Angebot deswegen nicht ausschließt.

72

Im Übrigen sind Fragen, wann noch eine zulässige Konkretisierung einer Mindestanforderung an die Eignung durch Regelungen in den Vergabeunterlagen vorliegt und wann von einer unzulässigen Verschärfung auszugehen ist, für einen durchschnittlichen Bieter zumindest in rechtlicher Hinsicht nicht erkennbar. Der Bieter müsste hierzu nämlich die Rechtsprechung der Vergabekammern und -senate kennen, was von einem durchschnittlichen Bieter nicht zu fordern ist (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.06.2016, VII-Verg 6/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2019 Verg 47/18; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, 5. Aufl. 2016, § 160 GWB, Rn. 274).

73

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

74

Die Antragsgegnerin hat den Teilnahmeantrag der Antragstellerin zu Unrecht von der Bewertung im Teilnahmewettbewerb ausgeschlossen.

75

2.1 Der Teilnahmeantrag war nicht wegen eines für die Bietergemeinschaft unzureichenden Nachweises der Haftpflichtversicherung auszuschließen. Bereits der von der R... mbH mit dem Teilnahmeantrag vorgelegte Nachweis der VHV-Versicherungen erfüllt die Anforderungen, die sich aus der maßgeblichen Vergabebekanntmachung ergeben.

76

Mittlerweile unstreitig erfüllt der Haftpflichtversicherungsschutz der R... GmbH inhaltlich die Anforderungen, die sich aus Ziffer III.1.2 der Bekanntmachung ergeben. Es besteht eine Haftpflichtversicherung für Personenschäden vom mind. 2,5 Mio. € und für sonstige Schäden von mind. 2,0 Mio. €. Diese Haftpflichtversicherung deckt auch Haftpflichtansprüche gegen die Antragstellerin als ARGE wegen evtl. Schadensverursachung durch den ARGE-Partner S... H... ab.

77

Die Antragstellerin hat insoweit zu Recht darauf hingewiesen, dass die Partner der Bietergemeinschaft nicht füreinander, sondern nebeneinander als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Arbeitsgemeinschaft haften. Es muss kein ARGE-Partner für den anderen eintreten, vielmehr haften beide ARGE-Partner als Gesamtschuldner nebeneinander für Verbindlichkeiten der Antragstellerin. Versicherungsnehmer der VHV ist allein die R... GmbH, die im Falle einer Pflichtverletzung als Gesamtschuldnerin für die Verbindlichkeiten der Antragstellerin (der Arbeitsgemeinschaft) in voller Höhe von der Antragsgegnerin im Schadensfall in Anspruch genommen werden könnte. Die mit ausreichenden Deckungssummen versehene Versicherung der R... GmbH vom 14.01.2020 genügt damit dem Sicherheitsinteresse der Antragsgegnerin. Selbst wenn der Versicherungsschaden auf einem Planungsfehler der S... H... Landschaftsarchitektur beruhen sollte, liegt eine Pflichtverletzung der Antragstellerin vor. Die Versicherung der R... GmbH wird demgemäß auch nicht für ein Fehlverhalten der S... H... Landschaftsarchitektur in Anspruch genommen, sondern aufgrund der Teilnahme ihres Versicherungsnehmers, der R... GmbH, an der Antragstellerin für deren Verschulden.

78

Soweit die Antragsgegnerin meint, die Antragstellerin hätte auf diese Vertragsmodalitäten unaufgefordert hinweisen müssen und da sie dies unterlassen hat, hätte deshalb ein Nachweis über eine bestehende Haftpflichtversicherung für Personenschäden vom mind. 2,5 Mio. € und für sonstige Schäden von mind. 2,0 Mio. € gefehlt, ist ihr nicht zu folgen.

79

Die von den Bietern für den Nachweis ihrer Eignung vorzulegenden Unterlagen sind nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VgV in der Auftragsbekanntmachung anzugeben. Eine Regelung dahingehend, dass Mitglieder einer ARGE zusätzliche Unterlagen, wie z.B. Versicherungsbedingungen, einreichen müssten, die belegen, dass der Versicherungsschutz von Mitgliedern der ARGE auch Ansprüche gegen die ARGE u.a. wegen Schadensverursachung durch andere ARGE-Partner umfasst, besteht weder in der Bekanntmachung noch in den Teilnahmebedingungen. Die Antragstellerin konnte sich, gerade auch angesichts der Vorgabe in den Teilnahmebedingungen, dass Arbeitsgemeinschaften je Mitglied einen Formularsatz einreichen müssen, darauf beschränken, die üblichen Haftpflichtnachweise der Versicherungen der ARGE-Partner vorzulegen. Es fehlten daher keine wirksam geforderten Unterlagen.

80

Soweit für den Auftraggeber danach die - durchaus bedeutsame - Frage offenblieb, inwieweit die einzelnen Versicherungen auch Ansprüche gegen die ARGE an sich abdecken, stand ihm hierfür die Aufklärung über die Eignung entsprechend § 16 Abs. 9 VgV i.V.m. § 15 Abs. 5 VgV zur Verfügung. Diese ist auch im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs in einem Verhandlungsverfahren zulässig (OLG München, Beschluss vom 17.09.2015 - Verg 3/15). Von ihrer Verpflichtung, vor dem Ausschluss eines Teilnahmeantrags die Eignung der Bewerber aufzuklären, um vermeidbare Ausschlüsse aus formalen Gründen zu vermeiden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015 - Verg 35/15), konnte sich die Antragsgegnerin auch nicht durch die Passage in den Teilnahmebedingungen freizeichnen, dass nur vollständig ausgefüllte Teilnahmeanträge mit vollständigen Nachweisen und Anlagen berücksichtigt werden. Denn allein wegen einer durch kurze Nachfrage klärbaren - wenn auch bedeutsamen - Unklarheit darf der Auftraggeber nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB einen Teilnahmeantrag nicht ohne jeden Aufklärungsversuch ausschließen. Dies gilt umso mehr, wenn der Auftraggeber es bzgl. der Frage des Versicherungsschutzes der ARGE-Mitglieder für Schäden durch die ARGE unterlassen hat, nach § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV die Bedingungen festlegen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen haben.

81

Eine Aufklärung über die Eignung hätte im Falle des Versicherungsnachweises der R... GmbH (anders als möglicherweise bei einer Berücksichtigung des nachgereichten Nachweises der S... H... Landschaftsarchitektur) auch nicht zu einer unzulässigen Nachverhandlung geführt, da keine inhaltliche Änderung des eingereichten Nachweises erforderlich war, um den Mindestanforderungen an die Eignung zu genügen, da ja bereits bei Einreichung des Nachweises ausreichender Versicherungsschutz bestand.

82

Auf die unzureichende Versicherungsbescheinigung der S... H... Landschaftsarchitektur und etwaige Fragen der Nachreichung kommt es damit nicht mehr an.

83

Nichts Anderes ergibt sich aus III.2.1 der Bekanntmachung, wo sich unter der Überschrift „Angaben zu einem besonderen Berufsstand“ die Passage findet: „Bei Arbeitsgemeinschaften muss jedes Mitglied genannt und teilnahmeberechtigt sein.“

84

Aus dieser Passage kann nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit geschlossen werden, dass bei Bietergemeinschaften alle Mitglieder alle Mindestanforderungen an die Eignung jeweils selbst vollständig erfüllen müssen. In einer solchen pauschalen Forderung läge ein Verstoß gegen § 43 Abs. 2 Satz 1 VgV, so dass ein Bieter die Passage so verstehen durfte, dass sie sich ausschließlich auf die Anforderung aus Ziffer III.2.1 der Bekanntmachung (Führung der Berufsbezeichnung Architekt oder Ingenieur) bezieht.

85

Selbst wenn man von einer fehlenden Unterlage darüber, dass der Versicherungsschutz auch Ansprüche gegen die ARGE umfasst, die u.U. durch schädigendes Handeln des anderen ARGE-Partners entstanden sind, ausgehen würde, hätte die Antragsgegnerin vor einem Ausschluss immer noch nach pflichtgemäßen Ermessen entscheiden müssen, ob sie diese Unterlage nach § 56 Abs. 2 Satz 1 nachfordert. Die Nachforderung einer fehlenden unternehmensbezogenen Unterlage wäre grundsätzlich zulässig und es ist sehr zweifelhaft, ob der Hinweis in den Teilnahmebedingungen, dass nur vollständig ausgefüllte Teilnahmeanträge mit vollständigen Nachweisen und Anlagen berücksichtigt werden, als vorab getätigter Ausschluss jeglicher Nachforderung zu verstehen ist. Da eine solche Unterlage aber nicht mit ausreichender Deutlichkeit gefordert war, muss hierüber nicht entschieden werden.

86

2.2 Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin durfte auch nicht wegen der Einreichung ungenügender Referenzen nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

87

Nach Ziffer III.1.3) der europaweiten Bekanntmachung sollten maximal 3 Referenzen eingereicht werden, wobei maximal 2 Referenzen gewertet werden, welche die Mindestanforderungen erfüllen. In dieser Ziffer ist unter der Zwischenüberschrift „Möglicherweise geforderte Mindeststandards, Mindestanforderungen Referenzen“ ausgeführt, dass „der Abschluss der LPH 8 zwischen 2015 bis zum Abgabetermin des

Teilnahmeantrags“ erfolgt sein muss und die „Leistungsphasen 2-8 (Objektplanung Freianlagen) voll beauftragt nachzuweisen“ sind.

88

Unschädlich ist es dabei, dass das EU-Standardformular in der Überschrift in Ziffer III.1.2.) von „Möglicherweise geforderte Mindeststandards“ spricht, nachdem die Überschrift zum einen unveränderbar durch das Formular vorgegeben ist und zum anderen die Anforderungen durch die dann folgende Aufzählung der Mindeststandards erst näher konkretisiert werden (vgl. VK Bund, 17.12.2008 VK 3- 167/08).

89

Hingegen wird nur in den Teilnahmebedingungen ausgeführt: „Durchgehende Referenzen zu LPH 2 - 8 sind nachzuweisen.“ Ebenfalls nur in den Teilnahmebedingungen S. 1, wird darauf hingewiesen, dass bei Arbeitsgemeinschaften ein ARGE-Partner oder die ARGE in dieser Konstellation eine durchgehende Referenz nachweisen müssen.

90

Lediglich diese weitergehenden Anforderungen in den Teilnahmebedingungen erfüllt der Teilnahmeantrag der Antragstellerin nicht. Vorliegend hat die Antragstellerin Referenzen für Freianlagenplanungsleistungen von sechs unterschiedlichen Baumaßnahmen in ihrem Teilnahmeantrag genannt (je ARGE-Mitglied drei Referenzen). Nur die Referenz „Schulcampus Würmtal. Gauting“ erfüllt die Anforderung einer durchgehenden Referenz zu den Leistungsphasen 2 - 8. Bei den übrigen fünf Referenzen wurden jeweils nur die Leistungsphasen 2 - 5 oder 4 - 9 genannt. Damit hat die ARGE der Antragstellerin selbst keine Referenz nachgewiesen, bei der ihre Mitglieder gemeinsam eine Leistung für die Leistungsphasen 2 - 8 durchgehend durchgeführt haben. Ebenso hat nur ein Mitglied der ARGE (R... Landschaftsarchitekten und Stadtplaner GmbH) eine Referenz vorgelegt, bei der durchgehend die Leistungsphasen 2 - 8 durchgeführt wurden.

91

Dies darf aber nicht zum Ausschluss des Teilnahmeantrags nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV führen, da die weitergehenden Anforderungen nicht wirksam bekanntgemacht waren.

92

Nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sind die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Nach § 48 Abs. 1 VgV ist in der Auftragsbekanntmachung neben den Eignungskriterien ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 VgV und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben.

93

Die Angaben der Bekanntmachung zu den mit dem Angebot vorzulegenden Eignungsnachweisen müssen zudem klar und widerspruchsfrei sein. Der Auftraggeber ist an seine Festlegung in der Bekanntmachung gebunden und darf in den Verdingungsunterlagen keine weiteren Anforderungen stellen, sondern die in der Bekanntmachung verlangten Eignungsnachweise nur konkretisieren (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 24.04.2014 - 13 Verg 2/14; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2012 - VII-Verg 8/12; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 28.06.2016 - 54 Verg 2/16).

94

Die Anforderung der durchgehenden Referenzen zu LPH 2 - 8 ist aber keine zulässige Konkretisierung der in der Bekanntmachung enthaltenen Mindestanforderung „Leistungsphasen 2-8 (Objektplanung Freianlagen) voll beauftragt“, sondern eine erhebliche Verschärfung. Die Mindestanforderung „Leistungsphasen 2-8 (Objektplanung Freianlagen) voll beauftragt“ bedeutet nämlich nur, dass nicht lediglich Teilleistungen dieser Leistungsphasen Gegenstand der Referenzen sein dürfen. Diese voll beauftragten Leistungsphasen können aber aus mehreren Referenzprojekten stammen. Eine durchgehende Referenz erfordert hingegen, dass sämtliche Leistungsphasen voll in einem Referenzprojekt abgeleistet wurden.

95

Diese Verschärfung wird für die Antragstellerin noch durch die weitere Anforderung nach § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV verstärkt, dass bei Arbeitsgemeinschaften ein ARGE-Partner oder die ARGE in dieser Konstellation eine durchgehende Referenz nachweisen müssen.

96

Die Anforderung der durchgehenden Referenzen zu LPH 2 - 8 war daher nicht wirksam gefordert. Gleiches gilt damit für die darauf aufbauende Forderung, dass bei Arbeitsgemeinschaften ein ARGE-Partner oder die ARGE in dieser Konstellation eine durchgehende Referenz nachweisen müssen. Zwar können Anforderungen an Gruppen von Unternehmen nach § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV nach dem Wortlaut auch in den Vergabeunterlagen gestellt werden, damit darf aber nicht die Verpflichtung zur Benennung der Mindestanforderungen über die Eignung in der Bekanntmachung nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB umgangen werden.

97

2.3 Aus den genannten Gründen wird die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die Antragsgegnerin hat daher wieder in die Prüfung der Teilnahmeanträge einzusteigen und den Teilnahmeantrag der Antragstellerin zu bewerten. Sollte sich hierdurch eine Veränderung der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Büro ergeben, wäre das Vergabeverfahren in den Stand des Teilnahmewettbewerbs zurückzusetzen.

3. Kosten des Verfahrens

98

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies ist vorliegend die Antragsgegnerin.

99

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag vom 100.000 Euro erhöht werden kann.

100

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Aus Gründen der Billigkeit (keine mündliche Verhandlung, keine Beiladung) vermindert sich die Gebühr auf ...,00 Euro.

101

Die Antragsgegnerin ist als Gemeinde von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit.

102

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskräften stattet.

103

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin beruht auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

104

Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i. S. v. § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 BayVwVfG angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da aufgrund der komplexen Rechtsmaterie im Vergaberecht für die Auftragstellerseite im Nachprüfungsverfahren praktisch immer anwaltlicher Rat erforderlich ist. Die Antragstellerin besteht aus zwei mittelständischen Landschaftsarchitekturbüros, für die generell und auch aus Gründen der „prozessualen Waffengleichheit“ mit der anwaltlich vertretenen Antragsgegnerin die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters als notwendig anzusehen ist.