

Update Vergaberecht

Eignung: Vertrauensschutz und Referenzenvergleichbarkeit

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2022 - Verg 25/21

A schrieb im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb dem SGB V unterfallende Leistungen der telemedizinischen Versorgung von gesetzlich Krankenversicherten mit bestimmten chronischen Erkrankungen aus. Als Eignungsnachweis hatten die Bieter nach „Art und Größe vergleichbare Referenzprojekte“ nachzuweisen, wobei A ausdrücklich als geeignet Projekte benannte, bei denen u.a. Versicherte mit mindestens einer chronischen Erkrankung (darunter „möglichst“ eine der auftragsgegenständlichen) telemedizinisch betreut wurden. Im Falle des Einsatzes von Nachunternehmern sah die Bekanntmachung vor, dass entsprechende Verpflichtungserklärungen gegenüber dem Auftragnehmer „spätestens vor Zuschlagserteilung“ einzureichen seien. A ließ u.a. K und B zu Verhandlungen zu und teilte nach Wertung der Angebote K mit, dass B für den Zuschlag vorgesehen sei. Nach Rüge stellte K Nachprüfungsantrag u.a. mit der Begründung, dass B sich in unzulässiger Weise der Eignungsleihe durch ein Drittunternehmen bedient habe. Nachdem der Antrag vor der VK erfolglos blieb, erhob K sofortige Beschwerde und führte ergänzend aus, dass die eingereichten Referenzen des Eignungsleihegebers - die sich nur teilweise auf eine der auftragsgegenständlichen Erkrankungen bezogen - zudem nicht ausreichten.

Ohne Erfolg! Zwar sei K hier nicht gehindert, die Eignung des B anzugreifen. Die Zulassung eines Bewerbers zur Angebotsabgabe begründe nach dem Teilnahmewettbewerb zwar einen auch für dritte Bewerber hinzunehmenden Vertrauensstatbestand, dies allerdings nur dann, wenn der Auftraggeber die Eignung abschließend bejaht habe. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen, weil A erforderliche Verpflichtungserklärungen nicht bereits mit dem Teilnahmeantrag abforderte, sondern (insoweit gemäß der Ermächtigung in § 69 Abs. 4 S. 3 SGB V von den Vorgaben der VgV abweichend) eine spätere Einreichung zuließ. Gleichwohl dringe K nicht durch. Die Bekanntmachung sei so zu verstehen, dass A trotz fehlender Vorgaben das von der VgV als Regelfall vorgesehene Institut der Eignungsleihe nicht ausschließen wollte und auch entsprechende Eignungsleiherklärungen noch mit dem Angebot eingereicht werden konnten. Die insoweit zulässige Eignungsleihe für B rechtfertige auch inhaltlich die positive Eignungsfeststellung durch A. Dieser habe keine im Hinblick auf den Auftragsgegenstand „gleichen“ oder „identische“ Referenzen verlangt. Vielmehr seien „vergleichbar“ dem Auftrag ähnelnde und einen ausreichenden Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit für den hiesigen Auftrag erlaubende Leistungen, was A hier beurteilungsfehlerfrei für die für B eingereichten Referenzen bejaht habe.

Bedeutung für die Praxis

Das OLG hält - letztlich ohne Entscheidungsrelevanz - seine nicht unumstrittene Aufassung zur Setzung von Vertrauenstatbeständen bei der Eignungsprüfung im Teilnahmewettbewerb aufrecht; mit Gegenargumenten oder jüngeren Entscheidungen etwa der VK Bund setzt es sich dabei, soweit ersichtlich, nicht auseinander. Die Ausführungen zur Referenzenvergleichbarkeit entsprechen indes dem Rechtsprechungs-„Mainstream“.