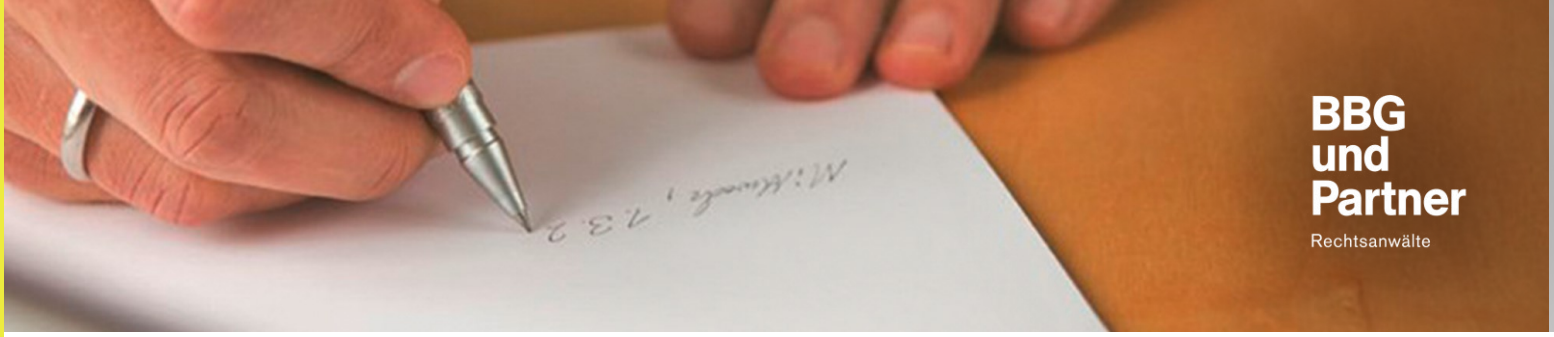

BBG und Partner
Rechtsanwälte

Update Vergaberecht

Intransparente Eignungskriterien wegen fehlerhafter Auslegung durch den Auftraggeber?

OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.09.2023 – 11 Verg 2/23

Der AG schrieb die Übernahme und Verwertung von Bioabfällen aus. Als Eignungskriterien waren zwei Referenzen im Umfang von jeweils 9.000 t/a verlangt. Einzelne Referenzen konnten in Summe betrachtet werden, wenn sie in der Summe 9.000 t/a erreichen, „sofern die Mindestkriterien nicht von einer einzigen Referenz erfüllt werden“. Die einzelnen Referenzen mussten dann jedoch einen Mindestumfang von 4.500 t/a haben. Die Bestandsauftragsnehmerin B legte mehrere Referenzen vor, mit einem Umfang von 5.700 t/a. B ist von der AG für den Zuschlag vorgesehen, was Bieter AS erfolglos rügt. Im Nachprüfungsverfahren meint AS, dass die vorgelegten Referenzen von B nicht die Mindestanforderungen von 9.000 t/a erfüllen, weswegen B hätte ausgeschlossen werden müssen. Die AG und B meinen, dass die Ausschreibungsbedingungen so zu verstehen gewesen seien, dass lediglich eine Mindesttonnage von 4.500 t/a gefordert wurde. Die Vergabekammer lehnt das Nachprüfungsverfahren als unbegründet ab. Die AS erhebt daraufhin sofortige Beschwerde.

Das OLG hebt das Vergabeverfahren auf und versetzt es in den Stand von vor Bekanntmachung der Ausschreibung zurück. Aufträge dürften nur an fachkundige und leistungsfähige geeignete Unternehmen vergeben werden. Der AG habe vergaberechtswidrig intransparente Regelungen in Bezug auf die technische und berufliche Eignung aufgestellt. Die Bedingungen sind aus Sicht eines verständigen, durchschnittlich erfahrenen Bieters auszulegen. Der AG müsse bei der Eignungsprüfung der B eine Unterschreitung der Anforderungen für zulässig gehalten haben. Dies führe zur Intransparenz der Vergabeunterlagen, weil das Begriffsverständnis des AG von dem eines durchschnittlichen Bieters abweicht. Dass auch Referenzen mit einer Tonnage von insgesamt 4.500 t/a ausreichen könnten, war für die Bieter nicht erkennbar. Das von B angenommene Verständnis sei widersprüchlich, weil so der Mindesttonnage von 9.000 t/a die Grundlage entzogen und zudem ein intransparentes und nicht diskriminierungsfreies Eignungskriterium aufgestellt worden wäre. Dass B nicht ausgeschlossen wird, das Vergabeverfahren dagegen aufgehoben wird, begründet das OLG damit, dass der AG die Bedingung der Summierungsmöglichkeit intransparent aufgestellt habe. Der AG selbst habe angenommen, bei einer Summierung sei die Mindesttonnage auf 4.500 t/a reduziert.

Bedeutung für die Praxis

Der Beschluss überrascht. Das OLG zieht in seine Überlegungen zur Begründung der Intransparenz der Eignungskriterien die Auffassung des Auftraggebers mit ein. Allerdings waren die Anforderungen für verständige, durchschnittliche Bieter verständlich und entsprechend anzuwenden. Dies hätte dazu geführt, den für den Zuschlag vorgesehenen Bieter vom Verfahren auszuschließen und dem zweitplatzierten den Zuschlag zu erteilen.