

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Schleswig-Holstein (ab 2018) > 2020 > 10.12.2020 - 54
Verg 4 / 20

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20

(Bieter unterliegt)

Normen:

§ 6a EU VOB/A

Vorangegangene Entscheidung:

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.09.2020, VK - SH 14 / 20

Stichwort:

Dreijährige Geschäftstätigkeit als Eignungskriterium

Leitsatz (redaktionell):

1. Es kann nicht von der Erkennbarkeit eines etwaigen Vergaberechtsverstößes ausgegangen werden, soweit es um Einzelheiten der Rechtslage zu der Zulässigkeit des Eignungskriteriums einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit geht.
2. Die Dauer der Geschäftstätigkeit kann bei der wirtschaftlich/finanziellen und der technisch/beruflichen Leistungsfähigkeit relevant sein.
3. Jedenfalls bei einem komplexen Bauvorhaben und hohen Anforderungen an die Ausführung und Koordinierung des Gewerkes kann eine dreijährige Geschäftstätigkeit als Mindesteignung verlangt werden.
4. Die Festsetzung einer dreijährigen auftragsspezifischen Geschäftstätigkeit für die Bieter und die von den Bietern eingesetzten anderen Unternehmen schließt die Eignungslieferung für den Mindestzeitraum aus.

Entscheidungstext:

In Sachen

pp.

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht XXX, den Richter am Oberlandesgericht XXX und den Richter am Oberlandesgericht XXX aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26.11.2020 beschlossen:

1) Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 29. September 2020 gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 15. September 2020 wird zurückgewiesen.

2) Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB (Senatsaktenzeichen 54 Verg 3/20).

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

3) Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf € 30.265,85 festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner, eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts, schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 2. April 2020 (Anlage ASt1 zum Nachprüfungsantrag vom 14. Juli 2020) für das Bauvorhaben „Neubau eines Laborgebäudes, Leibniz-Respiratorium“ in Sülfeld im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2020/S 060-156518) im offenen Verfahren einen Bauauftrag zur Installation von Gasanlagen zur Druckluft- und Laborgasversorgung aus. Gegenstand waren unter anderem die Druckluftherzeugung (vier Schraubenkompressoren, Druckluftbehälter und Adsorptionstrockner), Druckluftversorgungsleitungen, Laborgasversorgungsleitungen, eine zentrale Gasflaschenanlage für O₂, N₂ und CO₂, Begasungsleitungen (Wasserstoffperoxid) sowie Kernbohrungen. Der geschätzte Gesamtwert netto wurde mit € 325.000,00 angegeben. Zuschlagskriterium war gemäß Ziffer II.2.5 der Auftragsbekanntmachung der Preis. In der Auftragsbekanntmachung heißt es ferner unter

„Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

III.1) Teilnahmebedingungen

III.1.1) „Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister“

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:

„Präqualifizierte Unternehmen führen mit dem Angebot den Nachweis der Eignung ...

Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen Nachweis der Eignung für die zu vergebende Leistung mit dem Angebot entweder die ausgefüllte „Eigenerklärung zur Eignung“ oder eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE), jeweils ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise vorzulegen. Bei Einsatz von anderen Unternehmen, deren Kapazitäten sich der Bewerber zwecks Erfüllung der Eignungsanforderungen bedient, sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärungen auch für diese anderen Unternehmen abzugeben. 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. (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden. Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der anderen Unternehmen) auf gesondertes Verlangen durch die Vorlage der im Formblatt „Eigenerklärungen zur Eignung“ bzw. in der EEE genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen, zu bestätigen. Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist erhältlich als Bestandteil der Vergabeunterlagen zu diesem Vergabeverfahren sowie unter [https://www.e-vergabe-sh.de/fileadmin/content/ Service/ GMSH_VHB-124EigenerklaerungZurEignung.pdf](https://www.e-vergabe-sh.de/fileadmin/content/Service/GMSH_VHB-124EigenerklaerungZurEignung.pdf)

Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Voraussetzung für die Auftragserteilung ist eine mindestens 3 Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter und der von ihnen eingesetzten anderen Unternehmen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe."

III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Text wie zu III.1.1)

Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Text wie zu III.1.1)

III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

„Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Text wie zu III.1.1)

Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Text wie zu III.1.1)“

Die Formulierung „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ ist in dem nach von der Europäischen Kommission festgelegten Standardformular „Auftragsbekanntmachung“ (Anlage Ag 5 zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 21. Juli 2020) nicht abänderbar. Das Formular ist von dem Auftraggeber gemäß § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A zwingend zu verwenden und elektronisch an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu übermitteln.

Die Auftragsunterlagen standen nach den Angaben in Ziffer I.3) der Auftragsbekanntmachung „Kommunikation“ unter einer Internetadresse elektronisch zur Verfügung. Dort lag vor das von den Bietern u.a. auszufüllende Formular (Anlage ASt 2 zum Nachprüfungsantrag vom 14. Juli 2020) „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ (211 EU). Hiernach waren „Anlagen“ (lit. C), soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen, darunter auch das Formular 124 „Eigenerklärung zur Eignung“, das Vertragsformular für Instandhaltung sowie Anlagen d und e zur Wartung.

Am 5. Mai 2020 gab die Mitte 2019 gegründete Antragstellerin ein Angebot ab, beinhaltend das Angebotsschreiben (Anlage ASt 3 zum Nachprüfungsantrag vom 14. Juli 2020), eine Eigenerklärung zur Eignung „Eigenerklärung für nicht präqualifizierte Unternehmen...“ (Formular 124, Anlage ASt 4 zum Nachprüfungsantrag vom 14. Juli 2020), wobei die Eigenerklärung zur Eignung von der Antragstellerin zu den Fragestellungen „Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren“ und „Angaben zu Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind“ nicht ausgefüllt worden war.

Es wurden drei elektronische Angebote eingereicht. Nach dem Ergebnis der Submission vom 6. Mai 2020 liegt das Angebot der Antragstellerin auf dem ersten Platz, es folgt die Beigeladene (Anlage ASt 5 zum Nachprüfungsantrag).

Mit Schreiben vom 7. Mai 2020 (Anlage ASt 6 zum Nachprüfungsantrag) wandte sich die von dem Antragsgegner beauftragte G. (nachfolgend: G.) an die Antragstellerin und forderte diese unter Hinweis auf die Unvollständigkeit des Angebots zur Vorlage einer Eigenerklärung zur Eignung (Formblatt 124) sowie zur Vorlage weiterer Unterlagen auf.

Die Antragstellerin legt mit Schreiben vom 12. Mai 2020 (Anlage ASt 7 zum Nachprüfungsantrag) das Formblatt 124 vor mit Angaben zu den Jahresumsätzen für 2019 von € 165.505,63 und für die Jahre 2017 und 2018 von jeweils € 0,00 (Anlage ASt 8 zum Nachprüfungsantrag).

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Mit Schreiben vom 3. Juli 2020 (Anlage ASt 9 zum Nachprüfungsantrag) teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot vom 5. Mai 2020 nach § 134 GWB von der Wertung ausgeschlossen werde und die Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen für den 15. Juli 2020 beabsichtigt sei. Dort heißt es weiter:

„1. Angebotsprüfung

Ihr Angebot wird von der Wertung ausgeschlossen, weil

es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfüllt.

Erläuterung:

Es fehlen die Nachweise für eine Erbringung der Leistung in den letzten 3 Jahren. Im Formblatt 124 sind nur Umsätze für das Jahr 2019 angegeben worden ...“

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 6. Juli 2020 den Ausschluss, forderte unter Fristsetzung auf den 9. Juli 2020 erfolglos zu dessen Rückgängigmachung auf (Anlage ASt 10 zum Nachprüfungsantrag) und stellte bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein mit Schriftsatz vom 14. Juli 2020 Nachprüfungsantrag nach § 160 Abs. 1 GWB. Die Antragstellerin hat dort im Wesentlichen geltend gemacht:

Der Ausschluss wegen der angeblichen Nichterfüllung von Bedingungen sei vergaberechtswidrig erfolgt, da der Antragsgegner im Hinblick auf die Eignung der Bieter Mindeststandards nicht wirksam festgelegt habe.

Die Antragstellerin habe das Formblatt 124 vergabekonform ausgefüllt. Die fehlenden Umsatzzahlen für 2017 und 2018 rechtfertigten keinen Ausschluss. Auch eine Präklusion könne nicht greifen. Die mindestens drei Jahre bestehende Geschäftstätigkeit sei nicht als Mindeststandard vorgegeben gewesen. Aus Sicht eines verständigen Bieters lasse die einleitende Formulierung in der Bekanntmachung „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ nur den Schluss zu, dass sich der Auftraggeber die Vorgabe dieses Standards vorbehalte.

Das Formblatt 124 zur Eigenerklärung zur Eignung sei im Hinblick auf § 6a EU Nr. 2c VOB/A europarechtskonform auszulegen. Der Drei-Jahres-Zeitraum sei keine Mindestvoraussetzung, sondern nur eine Begrenzung. Sie sei hinreichend geeignet, wie sich aus den von ihr auf die Anforderung des Antragsgegners vom 7. Mai 2020 mit Schreiben vom 12. Mai 2020 überreichten Unterlagen entnehmen werden könne. Obwohl erst in 2019 gegründet, verfüge sie über Fachpersonal, das schon seit mehreren Jahren erfolgreich Reinstgassysteme installiere. Sie habe per 31. Mai 2020 für 2020 Umsatzerlöse von € 874.604,26 sowie halb fertige Leistungen in Höhe von ca. € 115.000,00 aufzuweisen und sei Teil der W., die zu den führenden Anbietern von Labortechnik in Europa zähle.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin vom 05.05.2020 zu erteilen;
2. hilfsweise: dem Antragsgegner zu untersagen, das o.a. Angebot der Antragstellerin wegen fehlender Nachweise für die Erbringung von Leistungen in den letzten drei Jahren von der Angebotswertung auszuschließen;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner gem. § 182 Abs. 4 GWB für erforderlich zu erklären.

Der Antragsgegner hat im Wesentlichen vorgetragen:

Der Nachprüfungsantrag sei bereits präkludiert und somit unzulässig. Jedenfalls aber sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Er habe das Angebot der Antragstellerin zu Recht von der Wertung ausgeschlossen. Es fehlten Nachweise für eine Erbringung der ausgeschriebenen Leistung in den letzten drei Jahren und damit der Beleg für die geforderte mindestens drei Jahre bestehende Geschäftstätigkeit. Angesichts der besonderen Anforderungen an die geplanten Labore der Klassen S2 und S3 sei die Forderung nach einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit auch angemessen.

Mit Beschluss vom 24. Juli 2020 hat die Vergabekammer Schleswig-Holstein die Zuschlagsprätendentin beigeladen. Die Beigeladene hat mit Schreiben vom 9. September 2020 Stellung genommen und auf die Bedeutung der sog. Arbeitskarte hingewiesen. Sie hat weder an der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer teilgenommen noch Anträge gestellt.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag auf den Termin zur mündlichen Verhandlung vom 10. September 2020 zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Der zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei nicht begründet, die Antragstellerin sei durch den Ausschluss ihres Angebots nicht im Sinne von § 97 Absatz 6 GWB in ihren Rechten verletzt.

Allerdings habe die Antragstellerin entgegen der Auffassung des Antragsgegners rechtzeitig gemäß § 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 GWB gerügt. Den Ausschluss durch das Schreiben nach § 134 GWB vom 3. Juli 2020 habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 6. Juli 2020 und somit fristgerecht gerügt.

Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß § 16a Absatz 5 EU VOB/A von der Wertung auszuschließen, weil nachgeforderte Unterlagen nicht innerhalb der Frist vorgelegt worden seien.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe der Antragsgegner in der Auftragsbekanntmachung, deren Formulierung „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ eine mindestens drei Jahre bestehende Geschäftstätigkeit gefordert, was deren Auslegung ergebe. In diesem Zusammenhang sei hervorzuheben, dass der Antragsgegner im Anschluss an die formularbedingt vorgegebene Einleitung formuliert habe: „Voraussetzung für die Auftragserteilung ist eine mindestens 3 Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter (...).“ Der Antragsgegner habe sich nicht damit begnügt, nach der Einleitung lediglich zu schreiben „eine mindestens 3 Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter“. Stattdessen habe er, um die Verbindlichkeit dieser Forderung klarzustellen, seine Forderung mit den Worten „Voraussetzung für die Auftragserteilung ist“ unterstrichen. Der Antragsgegner hätte sich die spätere Aufstellung von Eignungskriterien nach § 12 EU

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Absatz 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A, Artikel 49 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU gar nicht vorbehalten dürfen. Diese Forderung habe nicht im Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ wiederholt werden müssen.

Der Antragsgegner habe diesen Mindeststandard im Rahmen der Eignung fordern dürfen. Ein öffentlicher Auftraggeber dürfe zwecks Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer in einem Vergabeverfahren grundsätzlich Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit stellen, wie sich aus Artikel 44 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG ergebe. Auch Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU, auf deren Grundlage die aktuelle Fassung der VOB/A 2. Abschnitt erlassen worden sei, regele zu den Eignungskriterien, dass der öffentliche Auftraggeber die zu erfüllenden Eignungskriterien in Form von Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit ausdrücken könne. Gemäß § 6 EU Absatz 1 VOB/A würden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben. Mit der Pflicht des Auftraggebers, die Eignung der am Auftrag interessierten Unternehmen zu prüfen, korrespondiere das Recht, die Vorlage von Eignungsnachweisen zu fordern. So sei ein Unternehmen nach Absatz 2 der Vorschrift geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfülle. Die Eignungskriterien dürften nach Satz 2 Nr. 2 die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit betreffen. Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit könne der öffentliche Auftraggeber gemäß § 6a Absatz 2 Buchstabe c) EU VOB/A eine Erklärung über den Umsatz des Unternehmens jeweils bezogen auf die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre verlangen. Nach § 6 EU Absatz 1 Satz 3 VOB/A 3 müssten die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.

In diesem Zusammenhang habe der Auftraggeber vorgetragen, dass es sich bei dem der Ausschreibung zu Grunde liegenden Neubau des Leibniz-Respiratoriums um ein Forschungsgebäude mit sogenannten S2- und S3-Laborflächen handele, in dem die Versorgung mit den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Laborgasen einen wesentlichen Bestandteil der Gebäudefunktion darstelle. Neben den allgemeinen Gasanschlüssen seien hochanspruchsvolle labortechnische Einrichtungen einschließlich diverser Analysegeräte zu versorgen. Damit würden an die Verarbeitung der Leitungssysteme auf der Baustelle höchste Anforderungen gestellt. Dies beginne bei der Arbeitsvorbereitung im Zuge der Werk- und Montageplanung und setze sich fort bei der Anlieferung, Baustellenlogistik und Lagerung der einzusetzenden Materialien. Die Installation der Leitungen stelle entsprechend der geforderten Gasreinheit 5.0 für die Medien an den Entnahmestellen sehr hohe Anforderungen an die Erfahrungen des Montagepersonals des Auftragnehmers. Darüber hinaus erfolge die überwiegende Ausführung in Sichtinstallation mit Anforderungen an die äußerliche Reinigungs- und Desinfizierbarkeit. Weiterhin gebe es eine Vielzahl von zu koordinierenden Schnittstellen mit beteiligten Gewerken, welche zuverlässig abgedeckt werden müssten. Hervorzuheben seien darüber hinaus Abstimmungen mit dem Gewerk Gebäudeleittechnik für die Inbetriebnahme und den Probetrieb der zentralen Anlagentechnik im Bereich der Labore der Sicherheitsstufe 3. Das verfahrensgegenständliche Projekt erfordere damit insgesamt und gerade hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistungen eine besondere Erfahrung und Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Diese Ausführungen seien plausibel und stünden mit dem Auftragsgegenstand sowohl in Verbindung als auch zu diesem in einem angemessenen Verhältnis.

Korrespondierend mit § 6 EU Absatz 1 VOB/A sei gemäß § 16 b EU VOB/A beim offenen Verfahren zwingend die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei seien anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten biete. Vergabekammern und -senate seien nicht befugt, die Entscheidung des Auftraggebers, einen bestimmten Nachweis für erforderlich zu halten, durch eine eigene zu ersetzen oder Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen. Sie dürften nur eingreifen, wenn eine Forderung unzumutbar sei oder nicht mehr der Befriedigung eines mit Blick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben berechtigten

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Informationsbedürfnisses des Auftraggebers diene, sondern ohne jeden sachlichen Grund ausgrenzend und damit wettbewerbsbeschränkend wirke. Das sei nicht der Fall.

Unvollständige und nicht den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechende Eignungsnachweise und Eigenerklärungen erlaubten der Vergabestelle keine positive Prognose über das Vorliegen der abgefragten Eigenschaften. Gemäß § 16a Absatz 1 EU VOB/A müsse der öffentliche Auftraggeber Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, allerdings unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen – insbesondere Erklärungen, Angaben oder Nachweise – nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren. Nachdem die Antragstellerin ihrem Angebot das Formblatt 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ in einer Ablichtung ohne die geforderten Eintragungen beigefügt hätte, habe der Antragsgegner das ausgefüllte Formblatt mit Schreiben vom 7. Mai 2020 nachgefordert. Die Antragstellerin habe in dem am 12. Mai 2020 vorgelegten Formblatt 124 ihre Umsätze für die Jahre 2017 und 2018 mit „0,00 €“ angegeben. Trotz Nachforderung habe die Antragstellerin somit keinen Nachweis für eine Erbringung der Leistung in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren und somit für die Erfüllung des geforderten Mindeststandards einer mindestens drei Jahre bestehenden Geschäftstätigkeit nachgereicht. Das Angebot der Antragstellerin sei daher nach § 16a EU VOB/A zwingend auszuschließen gewesen.

Gegen den ihr am 15. September 2020 zugestellten Beschluss der Vergabekammer wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 29. September 2020, in der sie im Wesentlichen geltend macht:

Die von der Vergabekammer zur Begründung für den Ausschluss ihres Angebotes herangezogene Anforderung, wonach ein Bieter mindestens drei Jahre am Markt habe tätig sein müssen, stelle keinen vergaberechtlich zulässigen Mindeststandard dar.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet gewesen. Das Angebot der Antragstellerin hätte nicht von der Wertung ausgeschlossen werden dürfen. Der Antragsgegner habe als Eignungsnachweis nicht eine mindestens drei Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter fordern dürfen, da der in seiner Regelung insoweit abschließende § 6a EU Abs. 2 VOB/A einen solchen Eignungsnachweis nicht vorsehe. Hiernach könne lediglich eine Erklärung über den Umsatz in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahre verlangt werden. Der Grund für den zulässigen Nachweis zum Umsatz liege darin, dass der Umsatz eines Unternehmens etwas über dessen Leistungsstärke verrate und dazu inwieweit es fähig sei, einen Auftrag mit einem bestimmten Auftragsvolumen abzuwickeln. Der Auftraggeber habe die Möglichkeit, dahingehend Mindestanforderungen zu formulieren, um eine solche Eignung festzustellen. Hiervon habe der Antragsgegner jedoch keinen Gebrauch gemacht. Die Anforderung einer 3 Jahre bestehenden Geschäftstätigkeit stehe nicht im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, wie es in § 6 EU Abs. 2 VOB/A am Ende verlangt werde. Lediglich weil ein Unternehmen am Markt drei Jahre existiere, lasse das nicht den Rückschluss zu, dass das Unternehmen geeignet sei, das Forschungszentrum mit allgemeinen Gasanschlüssen und hochanspruchsvoller labortechnischer Einrichtung einschließlich diverser Analysegeräte zu versorgen. Die für das Projekt erforderliche „besondere Erfahrung und Leistungsfähigkeit des Unternehmens“ lasse sich nicht durch die bloße Geschäftstätigkeit belegen. Der Auftraggeber müsste dann etwa Referenzen fordern, wie es im Übrigen § 6a EU VOB/A im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit erlaube, um eine solche besondere Erfahrung Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Davon habe der Antragsgegner keinen Gebrauch gemacht. Die Forderung nach einer dreijährigen Geschäftstätigkeit sei nicht nur ungeeignet, sondern auch ohne sachlichen Grund und wettbewerbsbeschränkend. Darüber hinaus widerspräche ein solcher Nachweis auch den Grundsätzen zu der nach § 6d EU VOB/A zulässigen Eignungslieferung.

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Unabhängig davon, dass es sich um keinen zulässigen Nachweis handele, habe der Antragsgegner auch keinen konkreten Nachweis zur Geschäftstätigkeit gefordert. Die Antragstellerin habe das Formularblatt 124 vollständig ausgefüllt, die Umsatzzahlen angegeben. Der Antragsgegner habe insoweit keine Mindestanforderung bestimmt. Hiernach habe die Antragstellerin alle von ihr zulässig geforderten Unterlagen vorgelegt. Ein Ausschlussgrund nach § 16a EU Abs. 5 VOB/A liege nicht vor.

Sollte der Antragsgegner nunmehr behaupten, die Antragstellerin wäre aufgrund fehlender Eignung ausgeschlossen, könne das nicht verfangen. Denn das Angebot der Antragstellerin sei bereits vor der eigentlichen Eignungsprüfung ausgeschlossen worden, nachdem es in dem Absageschreiben heiße: „Es fehlen die Nachweise für eine Erbringung der Leistungen letzten drei Jahren. Im Formblatt 124 sind nur Umsätze für das Jahr 2019 angegeben worden.“ Wie ein Blick in das Absageschreiben zeige, das keine Eintragung unter Ziffer 2 „Eignung des Bieters“ aufweise, sei die Eignung der Antragstellerin nicht geprüft worden.

Eine dreijährige Geschäftstätigkeit sei kein im Sinne des § 6 EU Abs. 2 VOB/A geeignetes Eignungskriterium. Die reine Dauer der Geschäftstätigkeit sei in dem abschließenden Katalog des § 6a EU Nr. 2 Satz 2 VOB/A nicht aufgeführt und lasse weder Rückschlüsse auf die wirtschaftlich/finanzielle noch auf die technisch/berufliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens zu. Mangels Eignung lasse sich der Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch nicht über § 6a EU Nr. 2 Satz 2 VOB/A führen. Hierdurch wäre eine nach § 6d EU VOB/A zulässige Eignungsleihe zur wirtschaftlich/finanziellen und beruflich/technischen Leistungsfähigkeit ausgeschlossen. Das hiesige Eignungskriterium betreffe nicht die Befähigung und Erlaubnis der Berufsausübung und schließe dennoch die Eignungsleihe aus. Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16. November 2011 (Az. Verg 60/11) sei durch die Reform des Vergaberechts - darunter die Novellierung des § 6d EU VOB/A - überholt.

Selbst wenn das Eignungskriterium der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit nicht vollkommen ungeeignet sein sollte, verstieße es gegen essentielle vergaberechtliche Grundsätze, nämlich gegen den Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB und den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB. Die Forderung nach einer dreijährigen Geschäftstätigkeit ziele allein darauf ab, Newcomer vom weiteren Verfahren auszuschließen. Das Kriterium sei unverhältnismäßig im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB, da dem Auftraggeber andere Mittel wie Referenzen oder ein Mindestumsatz zur Verfügung stünden, ohne den Wettbewerb derart einzuschränken.

Bei Durchführung einer Eignungsprüfung durch den Antragsgegner wäre er zu dem Ergebnis gelangt, dass die Antragstellerin geeignet sei. Der Umstand, dass die Antragstellerin nur für das Jahr 2019 einen Umsatz eingetragen habe, führe nicht zu einer negativen Eignungsprognose. Denn ein Bieter könne auch wirtschaftlich leistungsfähig sein, ohne in den letzten drei Jahren Umsätze erzielt zu haben (vergleiche VK Sachsen, Beschluss vom 20. Januar 2017 - 1/SVK/030-16). Halte der Auftraggeber Angaben zum Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre für entscheidend, müsse er entsprechende Mindestanforderungen formulieren. Tue er dies nicht, müsse er die Eignung ergebnisoffen prüfen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein (VK-SH 14/20) vom 15.09. 2020 aufzuheben,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin von dem Vergabeverfahren „Druckluft- und Laborgasversorgung für den Neubau des Laborgebäudes, Leibniz-Respiratorium, Vergabe-Nr. 320000910V“ zurückzunehmen und die Prüfung und Wertung der Angebote unter Einbindung des Angebotes der Antragstellerin zu wiederholen,

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

3. hilfsweise, das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin erforderlich war und
5. dem Antragsgegner und der Beigeladenen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens sofortigen Beschwerde, einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendung der Antragstellerin als Gesamtschuldner aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 29. September 2020 gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 15.09.2020 (VK-SH 14/20) zurückzuweisen.

Er trägt im Wesentlichen vor:

Die sofortige Beschwerde sei unbegründet. Die Vergabekammer habe den Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin in dem angefochtenen Beschluss zu Recht zurückgewiesen.

Die inhaltliche Anforderung bzw. den Eignungsnachweis einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit lasse § 6a EU VOB/A zu. Der Katalog an Nachweisen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in § 6a EU Nr. 2 Satz 1 a) - c) VOB/A sei nicht abschließend formuliert. Das in § 6a EU VOB/A einleitend formulierte „nur“, wonach der örtliche Auftraggeber Unternehmen nur die in den Nrn. 1 - 3 genannten Aufforderung an die Teilnehmer auferlegen könne, werde spätestens durch § 6a EU Nr. 2 Satz 2 VOB/A verdrängt.

Es komme hinzu, dass er für das verfahrensgegenständlichen Projekt insgesamt und gerade hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistungen eine besondere Erfahrung und Leistungsfähigkeit der Bieter und der von ihnen eingesetzten nach Unternehmer festgelegt habe. Diese Entscheidung sei vom Beurteilungsspielraum des Auftraggebers gedeckt. Die Möglichkeit der Vorgabe einer mehrjährigen Geschäftstätigkeit - so wie für drei Jahre in § 6a EU Satz 1 Nr. 2 c) VOB/A vorgesehen - ermögliche die Abfragung von Erfahrung und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens. Sie sei zulässig, wenn eine derartige mehrjährige Erfahrung für die zu erbringende Leistung erforderlich sei (Heiermann/Riedel/Rusam, VOB, § 6a VOB/A-EU Rn. 22), jedenfalls nicht von vorneherein unzulässig (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 25. September 2012 - 1 Verg 5/12). Erfülle ein Bauprojekt im Hinblick auf Bauvolumen und Kostenaufwand alle Merkmale eines Großbauvorhabens sei die Vorgabe einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit vergaberechtlich nicht als unangemessen oder mit dem Auftragsgegenstand nicht zusammenhängend zu beanstanden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2011 - VII Verg 60/11). Es treffe nicht zu, dass das bloße Bestehen eines Unternehmens am Markt nichts über die Eignung eines Bieters aussage und die Anforderung einer dreijährigen Geschäftstätigkeit nicht im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehe.

Die Beigeladene hat sich an dem Beschwerdeverfahren nicht beteiligt. Der Senat hat in der Sache am 26. November 2020 mündlich verhandelt. Wegen des weiteren Parteivorbringens im Beschwerdeverfahren wird auf die Schriftsätze der Parteien und das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen. Der Schriftsatz der Antragstellerin vom 27. November 2020 bietet keine Veranlassung dazu, nach § 156 ZPO erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten.

II.

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 29. September 2020 gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein ist zulässig aber nicht begründet.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 172 Abs. 1 bis 3 GWB zulässig. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach der Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer am 15. September 2020 erhoben, gleichzeitig begründet und durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet worden.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Ihr Nachprüfungsantrag war zulässig (A), aber nicht begründet (B).

A) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war nach Maßgabe der §§ 106, 155 GWB statthaft und auch im Übrigen zulässig.

1) Nach § 106 GWB gelten der Teil 4 des GWB (§§ 97 - 184 GWB) und damit auch die Vorschriften für das Nachprüfungsverfahren für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet. Für die Vergabe von Bauaufträgen liegt der Schwellenwert nach § 103 Abs. 3 GWB, § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU (Art. 4 a) in der seit dem 1. Januar 2020 geltenden Fassung bei € 5.350.000. Bei der nach § 3 VgV vorzunehmenden Schätzung ist auf den Auftragswert der gesamten Baumaßnahme, den Laborneubau „Leibniz-Respiratorium“, abzustellen, der mit mindestens € 40 mio über dem Schwellwert liegt.

2) Der Nachprüfung durch die Vergabekammern unterliegt nach § 155 GWB die Vergabe öffentlicher Aufträge. Der Antragsgegner - als Stiftung nach bürgerlichem Recht eine juristische Person des Privatrechts nach den §§ 80 ff BGB - handelt hier als ein öffentlicher Auftraggeber nach Maßgabe von § 99 Nr. 4 GWB. Hiernach sind öffentlichen Auftraggeber u. a. auch juristische Personen des privaten Rechts in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden.

Das ist hier der Fall. Bund und Land, öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB, tragen mehr als 50 % der Baukosten für den Neubau des zentralen Laborgebäudes „Leibniz-Respiratorium“ des Antragsgegners. Laut einer Pressemitteilung des Landes Schleswig-Holstein vom 3. August 2018 bezuschussen Bund und Land den Neubau mit einer jeweils hälftig getragenen Fördersumme von insgesamt € 40 mio (https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/III/_startseite/Artikel_2018/Aug_18/180803_neubau_forschungszentrum_borstel.html).

3) Die nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis der Antragstellerin ist zu bejahen, da sie als Bieterin mit dem günstigsten Angebot ein Interesse an dem verfahrensgegenständlichen Auftrag hat und eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, aus der ihr ein Schaden zu entstehen droht, indem sie geltend gemacht, dass ihr Angebot von dem Antragsgegner zu Unrecht ausgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin hat eine mögliche Beeinträchtigung ihrer Aussicht auf den Zuschlag und hiermit einen ihr drohenden Schaden schlüssig dargelegt.

4) Der sich gegen den Ausschluss vom 3. Juli 2020 richtende Nachprüfungsantrag war nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB unzulässig.

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

a) Der Nachprüfungsantrag war nicht § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzulässig. Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB muss der Bieter einen geltend gemachten Verstoß innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen nach positiver Kenntniserlangung gegenüber dem Auftraggeber rügen. Eine Präklusion der Rüge einer Vergaberechtswidrigkeit des Ausschlusses des Angebots der Antragstellerin durch das Schreiben des Antragsgegners vom 3. Juli 2020 nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB liegt nicht vor, nachdem die Antragstellerin den Ausschluss mit Schreiben vom 6. Juli 2020 als vergaberechtswidrig gerügt hat.

b) Der Nachprüfungsantrag war nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB unzulässig. Hiernach ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt worden sind.

Die Eignungsanforderung einer mindestens drei Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter und der von Ihnen eingesetzten anderen Unternehmen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in Ziffer III 1.1 - III.1.3 der Auftragsbekanntmachung vom 2. April 2020 hat nicht für die Antragstellerin erkennbar gegen Vergabevorschriften, hier § 6a EU VOB/A, verstoßen und steht daher nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB der Zulässigkeit der Geltendmachung der Vergaberechtswidrigkeit des Ausschlusses vom 3. Juli 2020 nicht entgegen.

Allerdings kann ein Bieter mit der Rüge eines auf ein in der Auftragsbekanntmachung mitgeteiltes Eignungskriterium gestützten Ausschlusses nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB auch dann ausgeschlossen sein, wenn er den Ausschluss rechtzeitig gerügt hat. Das Gesetz bezieht die Rügeobliegenheit auf den vom Antragsteller geltend gemachten „Verstoß gegen Vergabevorschriften“. Das Entstehen der Rügeobliegenheit ist für jeden einzelnen mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Vergaberechtsverstoß gesondert zu prüfen. Die dem Ausschluss vom 3. Juli 2020 zugrundeliegende Eignungsanforderung aus der Auftragsbekanntmachung der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit ist von der Antragstellerin bis zum Schlusstermin für die Abgabe der Angebote am 6. Mai 2020 nicht gerügt worden.

Nach einer in der neueren obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur vertretenen Auffassung kann aus dem Versäumnis der rechtzeitigen Rüge eines Vergaberechtsverstoßes auch die Präklusion eines späteren Vergaberechtsverstoßes folgen, sofern dieser sich gleichsam als Fortsetzung des früheren Verstoßes darstellt, es sich mithin um einen (Folge-)Fehler handelt, der untrennbar mit dem nicht gerügten Vergaberechtsverstoß zusammenhängt und/oder sich zwingend aus ihm ergibt (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 12. April 2016 - 13 Verg 1/16, juris Rn. 21; Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 Rn. 50; Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand 22. September 2020, § 160 GWB Rn. 314 ff.).

Ein an die Eignungsanforderung der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit anknüpfender Vergaberechtsverstoß war für die Antragstellerin jedoch nicht erkennbar. Die Erkennbarkeit ist dabei auf die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen und deren rechtliche Bewertung als Vergaberechtsverstoß zu beziehen. Maßgeblich ist, ob der Verstoß gegen Vergabevorschriften aufgrund der Bekanntmachung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht dem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei üblicher Sorgfalt erkennbar war und die Nichtfeststellung dieses Verstoßes insoweit vorwerfbar ist (vgl. EuGH, Urteil vom 12. März 2015 - C-538/13 „eVigilo“, Rn. 55, 58 = EuZW 2015, 391, 394). Hiernach sind als vergaberechtswidrig Verstöße gegen Vergabevorschriften erkennbar, die sich auf eine allgemeine Überzeugung der Vergabepaxis gründen und gewissermaßen laienhaft und ohne Anwendung juristischen Sachverstands ins Auge fallen. Bei einem Durchschnittsbietler ist eine umfassende Kenntnis der vergaberechtlichen Literatur und Rechtsprechung nicht vorauszusetzen, insbesondere auch nicht im Einzelnen die Rechtsprechung zur Auslegung dieser Bestimmungen. Von Unternehmen, die sich an (europaweiten) Ausschreibungsverfahren beteiligen, ist jedoch

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

zu erwarten, dass sie zumindest über einen aktuellen Text der einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnung verfügen und auch wissen, welchen Mindestanforderungen die Bekanntmachung eines Auftrags im offenen Verfahren genügen müssen. Ein Vergaberechtsverstoß, der sich durch bloßes Lesen der einschlägigen Normen und einem Vergleich mit dem Text der Bekanntmachung und Vergabeunterlagen ohne Weiteres feststellen lässt, ist für jeden erkennbar, der über die intellektuellen Fähigkeiten verfügt, die notwendig sind, um ein Angebot zu erstellen oder ein Unternehmen zu leiten (vgl. Senat, Beschluss vom 22. Januar 2019 - 54 Verg 3/18 Rn. 47 f; OLG Sachsen-Anhalt, 7 Verg 6/16, juris Rn. 53 ff; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 16. Februar 2015 - 11 Verg. 11/14, juris Rn. 61 f; 2. VK des Landes Hessen, Beschluss vom 15. Dezember 2014 - 69 d VK 36/2014, juris Rn. 57 f.; OLG Celle, Beschluss vom 16. Juni 2011 - 13 Verg 3/11; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 14. Januar 2014 - VK 2 - 118/13; OLG Thüringen, Beschluss vom 16. September 2013 - 9 Verg 3/13 - jeweils juris).

Gemessen an diesen Anforderungen war ein in der Eignungsanforderung in der Auftragsbekanntmachung liegender etwaiger Vergaberechtsverstoß nicht erkennbar. Allerdings waren die den etwaigen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen der Antragstellerin bekannt. Der Bieter musste hier auch trotz des Wortes „möglicherweise“ vor „geforderte Mindeststandards“ aufgrund der diese Formulierung bekannterweise zwingend vorgebenden Formularstruktur des EU-Formulars zur Auftragsbekanntmachung und der Angabe „Voraussetzung für die Auftragserteilung“ von einem verbindlichen Eignungskriterium ausgehen. Die Antragstellerin wusste auch, dass sie im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht drei Jahre, sondern nicht einmal ein Jahr geschäftlich tätig war. Allerdings kann auch angesichts der nach § 6a EU Nr. 2 c VOB/A dem Auftraggeber als Eignungsnachweis eröffneten Erklärung über den Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre nicht erwartet werden, dass dem Bieter Einzelheiten der Rechtslage zu der Zulässigkeit des Eignungskriteriums einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit nach Maßgabe der §§ 6, 6a EU VOB/A und die hierzu ergangene Rechtsprechung bekannt ist, so dass von einer Erkennbarkeit eines etwaigen Vergaberechtsverstoßes nicht ausgegangen werden kann.

B) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nicht begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB begründet, wenn die Antragstellerin durch den von dem Antragsgegner vorgenommenen Ausschluss ihres Angebots aus der Wertung in ihren Rechten verletzt ist. Das ist der Fall, wenn nach § 97 Abs. 6 GWB bieterschützende Vorschriften zum Vergabeverfahren von dem Antragsgegner nicht eingehalten worden sind und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt worden ist, mithin eine nicht ausschließbare Beeinträchtigung der Chance der Antragstellerin auf den Erhalt des Auftrages vorliegt (vgl. allg.: Prelll in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 18. Edition, Stand 31. Juli 2020, § 168 GWB Rn. 25 ff.).

Für die Vergabe von Bauaufträgen sind nach § 2 VgV (Stand 18. Juli 2019) abgesehen von Abschnitt 1 und Abschnitt 2, Unterabschnitt 2 der VgV nach dessen Satz 2 Teil A Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19. Februar 2019 B2), die VOB/A EU anzuwenden. Nach der Legaldefinition von § 103 Abs. 3 GWB und auch in § 1 EU Abs. 1 VOB/A handelt es sich um einen Bauauftrag. Ein die Rechte der Antragstellerin verletzender Verstoß des Antragsgegners gegen bieterschützende Vorschriften zum Vergabeverfahren liegt nicht vor. Im Einzelnen:

1) Allerdings konnte der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht - so wie in dem Schreiben des Antragsgegners vom 3. Juli 2020 angegeben - nach Maßgabe von § 16a EU Abs. 5 VOB/A vorgenommen werden. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von der Wertung mit dem Schreiben vom 3. Juli 2020, „weil es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfüllt“, erläutert mit dem Fehlen der „Nachweise für eine Erbringung der Leistungen in den letzten 3 Jahren. Im Formblatt 124 sind nur Umsätze für

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

das Jahr 2019 angegeben worden“ knüpfte nicht an die mangelnde Eignung der Antragstellerin nach § 16b EU Abs. 1 VOB/B, sondern formell nach Maßgabe von § 16a EU Abs. 5 VOB/A an die unterlassene Vorlage nachgeforderter Unterlagen zu den Umsätzen der vergangenen drei Jahre an.

Nach § 16a EU Abs. 1 VOB/A muss der öffentliche Auftraggeber (vorbehaltlich des hier nicht vorliegenden Falls von Abs. 3) Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen – insbesondere Erklärungen, Angaben oder Nachweise – nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen – insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise – nachzureichen oder zu vervollständigen, wobei nur Unterlagen nachzufordern sind, die bereits mit dem Angebot vorzulegen waren. Die Unterlagen oder fehlenden Preisangaben sind vom Bewerber oder Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist, die sechs Kalendertage nicht überschreiten soll, vorzulegen, § 16a EU Abs. 4 VOB/A. Werden die nachgeforderten Unterlagen nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot nach § 16a EU Abs. 5 VOB/A auszuschließen.

Diese Voraussetzungen für einen Ausschluss liegen nicht vor. Allerdings war der Antragsgegner, nachdem die Antragstellerin mit ihrem Angebot vom 5. Mai 2020 das nach der Auftragsbekanntmachung vom 2. April 2020 mit dem Angebot einzureichende Formblatt 124 im Hinblick auf die Angaben zu den Umsätzen der letzten drei Geschäftsjahre unausgefüllt vorgelegt hatte, nach § 16a EU Abs. 1 VOB/A dazu berechtigt, bei der Antragstellerin das ausgefüllte Formblatt nachzufordern, was die für den Antragsgegner tätige G. mit dem Schreiben vom 7. Mai 2020 (Anlage Ast 6 zum Nachprüfungsantrag) unter Fristsetzung auf den 13. Mai 2020 auch getan hat.

Innerhalb der Frist hat die Antragstellerin mit dem Schreiben vom 12. Mai 2020 (Anlage Ast 7 zum Nachprüfungsantrag) ein vollständig - auch im Hinblick auf die Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre, wenn auch für die Kalenderjahre 2017 und 2018 jeweils mit € 0,00 beziffert - ausgefülltes Formblatt 124 vorgelegt (Anlage ASt 8 zum Nachprüfungsantrag). Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin kann wegen der rechtzeitigen Vorlage der vollständigen Unterlage „Formblatt 124“ nicht auf § 16a EU Abs. 5 VOB/A gestützt werden.

2) Jedenfalls nach dem Vorbringen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren kann der mit dem Schreiben des Antragsgegners vom 3. Juli 2020 erklärte Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin von der Wertung in zulässiger Weise auf § 16b EU Abs. 1 VOB/A gestützt werden, da der Antragsgegner eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit der Bieter bei mit den zu vergebenden Leistungen vergleichbaren Leistungen im Zeitpunkt der Angebotsangabe wirksam als Mindestbedingung der Eignung verlangt hat und die Antragstellerin diese Eignungsanforderung unstreitig nicht erfüllt.

a) Der Antragsgegner hat mit seinem nach den §§ 133, 157 BGB auszulegendem Hilfsvorbringen im Nachprüfungsverfahren für den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von der Wertung zulässig einen weiteren Grund, nämlich einen Ausschluss nach § 16b EU Abs. 1 VOB/A wegen des Fehlens der Mindesteignungsvoraussetzung der dreijährigen auftragsspezifischen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nachgeschoben. Dieser Ausschlussgrund findet sich der Sache nach im Übrigen bereits in der Erläuterung des Ausschlusses von der Wertung in dem Schreiben vom 3. Juli 2020 („Es fehlen die Nachweise für eine Erbringung der Leistung in den letzten 3 Jahren. Im Formblatt 124 sind nur Umsätze für das Jahr 2019 angegeben worden“).

Der Antragsgegner hat sich im Nachprüfungsverfahren mit den Ausführungen auf den Seiten 12 - 14 des Schriftsatzes vom 21. Juli 2020 und Seite 2 des Schriftsatzes vom 4. September 2020 (dort: II.1.a), b) und

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

fortwirkend in dem Verfahren vor dem Senat hilfsweise darauf berufen, dass die Antragstellerin in Ermangelung der nach Ziffer III. 1.1 - III.1.3. der Auftragsbekanntmachung zu beurteilenden Eignung auszuschließen gewesen sei, und darf diesen Umstand auch im Nachprüfungsverfahren bzw. in dem Verfahren vor dem Senat noch „nachschieben“ (vgl. allg. BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 - X ZB 15/13, Rn. 30 ff; Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 7. Aufl. 2020, § 16b EU VOB/A, Rn. 6). So führte der Antragsgegner auf Seite 2 des Schriftsatzes vom 4. September 2020 (II 1a, b) u.a. aus:

„... Der Antragsgegner hat bestimmte Mindestanforderungen gestellt, welche die Bieter zu erfüllen haben, wozu eben auch „eine mindestens 3 Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter“ gehörte. Hier bestand kein Deutungsspielraum für die Bieter, deren Angebote vielmehr - wie im Beschluss der VK Bund vom 17.12.2008 (VK III - 167/08-) ausgeführt auch dieser gestellten Mindestanforderung zu genügen hatten.

Da das Angebot der Antragstellerin der festgelegten Mindestanforderung einer mindestens 3 Jahre bestehenden Geschäftstätigkeit nicht gerecht wurde, erfolgte zu Recht der Angebotsausschluss ...

Gleichwohl muss sich der Auftraggeber an die von ihm vorgeschriebenen „Spielregeln“ halten: Sind von ihm gestellte Mindestanforderungen nicht erfüllt, hat schon aus Gründen des Wettbewerbs und der gebotenen Gleichbehandlung ein Angebotsausschluss zu erfolgen.“

Hiermit stützt der Antragsgegner den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von der Wertung auf deren am Maßstab der Mindesteignungsvoraussetzung der Auftragsbekanntmachung fehlende Eignung.

b) Der Antragsgegner durfte das Angebot der Antragstellerin nach § 16b EU Abs. 1 VOB/A wegen mangelnder Eignung der Antragstellerin von der Wertung ausschließen. Nach § 16b EU Abs. 1 VOB/A ist bei dem - hier vorliegenden - offenen Verfahren die Eignung der Bieter zu prüfen, wobei anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen sind, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheit bietet.

aa) Dies ist nach § 6 Abs. 1 EU VOB/A der Fall, wenn die Bieter die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit besitzen, keine Ausschlussgründe gemäß § 6e EU VOB/A vorliegen und die Bieter über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen. Für die Beurteilung der Eignung der Bieter am Maßstab von auftraggeberseitig gestellten Mindestanforderungen sind allein die in der Auftragsbekanntmachung bzw. in der Aufforderung zur Interessenbestätigung festgelegten Eignungskriterien maßgeblich, wie § 6 EU Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VOB/A und § 122 Abs. 4 GWB entnommen werden kann (vgl. Steck in: Ziekow/Völlink, aaO, § 16b EU VOB/A, Rn. 4).

Die Eignungskriterien der Fachkunde und Leistungsfähigkeit dürfen ausschließlich betreffen die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit. Alle Eignungskriterien, die Auftraggeber für den konkreten Auftrag stellen, müssen unter eine dieser drei Kategorien untergeordnet werden können und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Eignungskriterien, die diesen Kategorien nicht zugeordnet werden können, sind unzulässig (vgl. Lehmann in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2019, § 16b EU VOB/A, Rn. 2; Steck, aaO).

Die Eignungsprüfung erfolgt auf Grundlage der nach § 6a EU VOB/A durch den Bieter vorzulegenden Unterlagen, wobei diese Vorschrift eine abschließende Aufzählung von Angaben enthält, die der öffentliche Auftraggeber vom Unternehmer zum Nachweis der Eignung verlangen darf. Im Rahmen der Eignungsprüfung wird die inhaltliche Übereinstimmung der Erklärungen und Nachweise mit den Vorgaben des Auftraggebers überprüft (Lehmann, aaO, Rn. 3). Hiernach gilt hier:

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

bb) Der Antragsgegner hat mit den Angaben in Ziffer III. 1.2) - III.1.3) der Auftragsbekanntmachung

„Möglicherweise geforderte Mindeststandards: Voraussetzung für die Auftragserteilung ist eine mindestens 3 Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter und der von ihnen eingesetzten Unternehmen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe.“

sowie der Verlinkung des Formulars 124 in der Auftragsbekanntmachung ein am Maßstab der §§ 6, 6a EU VOB/A zulässiges Eignungskriterium als Mindestbedingung aufgestellt, auf das nach § 16b EU Abs. 1 VOB/A der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin von der Wertung wegen mangelnder Eignung - hier der wirtschaftlichen und finanziellen sowie der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit - gestützt werden kann. Im Einzelnen:

Im Rahmen der nach den §§ 133, 157 BGB gebotenen Auslegung der Auftragsbekanntmachung hat der Antragsgegner eine mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit des Bieters und der von ihm eingesetzten Unternehmen in dem Bereich von mit der zu vergebenden Leistung zu vergleichenden Leistungen unter Einschluss des Anteils bei gemeinsam mit anderen Unternehmen aufgeführten Leistungen als verbindliches Eignungskriterium aufgestellt.

(1) Wie die Vergabekammer, auf deren Ausführungen insoweit Bezug genommen wird, in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, waren die Angaben unter Ziffer III. 1.2 - III.1.3 der Auftragsbekanntmachung trotz der einleitenden Formulierung „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ nach der gemäß den §§ 133, 157 BGB maßgeblichen Bietersicht als verbindliches Eignungskriterium zu verstehen. Denn bekanntermaßen handelt es sich hierbei um eine in dem von dem Auftraggeber verpflichtend zu verwendenden, von der Europäischen Kommission festgelegten elektronischen Standardformular (vgl. § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A) vorgesehene und durch den Auftraggeber nicht abänderbare Formulierung. Diese Auslegung wird in der sofortigen Beschwerde von der Antragstellerin auch nicht angegriffen.

(2) Das Eignungskriterium der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots bezieht sich aus der nach den §§ 133, 157 BGB maßgeblichen Bietersicht auf Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind unter Einschluss des Anteils bei gemeinsam mit anderen Unternehmen ausgeführten Leistungen. Denn im Wege der Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB ist das Eignungserfordernis der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit mit dem Inhalt des mit der Auftragsbekanntmachung im Text unter III.1.1) (sowie durch Bezugnahme in III.1.2 und III.1.3) verlinkten Formblatts 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ konkretisierend auszulegen, wo es auf Seite 1 heißt es,

“Umsatz der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre, 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 ...“

Nach § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 Satz 1, 2 VOB/A (wie auch nach § 122 Abs. 2 GWB und § 48 Abs. 1 VgV) erfolgt die Auftragsbekanntmachung mit den von der Europäischen Kommission festgelegten Standardformularen und enthält die Informationen nach Anhang V Teil C der Richtlinie 2014/24/EU, wobei zu allen Nummern Angaben zu machen sind. Hierzu gehören auch die Eignungskriterien. Zu der konkretisierenden Auslegung der Angaben zu den Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung können auch mit einem Internetlink in der Auftragsbekanntmachung unmittelbar in Bezug genommene Unterlagen herangezogen werden. Lediglich ein bloßer Verweis der Auftragsbekanntmachung auf die Vergabeunterlagen reicht hierfür angesichts des insoweit zu beachtenden Transparenzgrundsatzes nicht aus (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 - VII-

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Verg 24/18 „Poppelsdorfer Schloss“ NZBau 2019, 64 ff Rn. 34 ff; Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 12 VOB/A Rn. 9 f. sowie aaO, § 122 GWB Rn. 22).

Nachdem das Formblatt 124 in der Auftragsbekanntmachung vom 2. April 2020 in III 1.1), auf den III.1.2) und III.1.3) Bezug nehmen, direkt verlinkt ist, kann sein Inhalt hiernach für die konkretisierende Auslegung der Eignungsanforderungen der Auftragsbekanntmachung herangezogen werden.

(3) Der Antragsgegner durfte eine „mindestens drei Jahre bestehende Geschäftstätigkeit der Bieter und der von ihnen eingesetzten anderen Unternehmen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe“ - unter Einbeziehung der Angaben in dem Formblatt 124 - bezogen auf mit der zu vergebenden Leistung vergleichbaren Leistungen nach den §§ 6, 6a EU VOB/A zum Eignungskriterium für die wirtschaftliche und finanzielle sowie die berufliche und technische Leistungsfähigkeit in Gestalt einer Mindestanforderung machen.

Nach § 6 Abs. 2 EU VOB/A ist ein Unternehmen geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt, wobei die Eignungskriterien ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen dürfen und die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen, mithin verhältnismäßig sein müssen (vgl. auch § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Der Auftraggeber kann - wie sich aus der Regelung in § 6a EU Nr. 2 c Satz 2 VOB/A zum Mindestjahresumsatz und aus Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU ergibt - Eignungskriterien als Mindestanforderungen aufstellen (vgl. auch die Rubrik „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ im Formular nach § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/A für die Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU). In diesem Fall sind Angebote von Bietern, die das Vorliegen zulässig gesetzter Mindestanforderungen nicht haben nachweisen können, von der Wertung auszuschließen. Eine derartige Mindestanforderung hat der Antragsgegner hier in der Auftragsbekanntmachung mit der dreijährigen auftragsspezifischen Geschäftstätigkeit der Bieter und der von dem Bieter eingesetzten anderen Unternehmen im Zeitpunkt der Angebotsabgabe für alle Eignungskategorien aufgestellt.

Allerdings war das Eignungskriterium der mindestens dreijährigen einschlägigen Geschäftstätigkeit für Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (III.1.1. der Auftragsbekanntmachung) ungeeignet, weil sich dieses nicht - wie den Nachweisanforderungen hierfür in § 6a EU Nr. 1 VOB/B entnommen werden kann - auf die insoweit allein maßgeblichen Eintragungen in das Berufs- oder Handelsregister oder die Handwerksrolle am Sitz oder Wohnsitz bezieht (vgl. allg. Glahs in: Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar, VOB, 7. Aufl. 2020, § 6a EU Rn. 9).

Für die wirtschaftliche/finanzielle und die technische/berufliche Leistungsfähigkeit durfte der Antragsgegner eine mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit der Bieter und der von ihnen eingesetzten anderen Unternehmen bei der zu vergebenden Leistung vergleichbaren Leistungen im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots als Mindesteignungskriterium nach den §§ 6, 6a EU VOB/A verlangen.

Das von dem Antragsgegner festgelegte Eignungskriterium der mindestens dreijährigen einschlägigen Geschäftstätigkeit steht im Hinblick auf die wirtschaftliche/finanzielle und die technische/berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter und von diesen eingesetzter Nachunternehmer mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem auch in einem angemessenen Verhältnis, § 6 EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A.

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Bei der Bestimmung dessen, was durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und ihm angemessen ist, ist dem Auftraggeber ebenso wie bei der Prüfung der Eignung ein Entscheidungsspielraum zuzuerkennen, der einer lediglich eingeschränkten Nachprüfung der Nachprüfungsinstanzen auf Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums unterliegt, insbesondere darauf, ob von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist und allgemeine Wertungsgrundsätze beachtet worden sowie keine sachwidrigen Erwägungen in die Wertung eingeflossen sind (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 21. Januar 2019 - 17 Verg 8/18, juris Rn. 24; OLG München, Beschluss vom 27. Juli 2018 - Verg 2/18, juris Rn. 106; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018 - VII-Verg 4/18, juris Rn. 42).

Die zu vergebende Leistung erfordert in wirtschaftlich/finanzieller und technisch/beruflicher Hinsicht eine besondere Erfahrung und Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers, die der Auftraggeber in seinem auftragsbezogenen Leistungsprofil verlangen durfte: Unstreitig hat die zu vergebende Leistung im Rahmen des großen und komplexen Bauvorhabens des Neubaus eines zu Forschungszwecken genutzten Laborgebäudes mit den Sicherheitsanforderungen S2 und S3 fachlich hohen Anforderungen zu entsprechen und erfordert die Koordination einer Vielzahl von Schnittstellen mit anderen Gewerken des Bauvorhabens über einen längeren Zeitraum. Ferner fallen für die Durchführung des Auftrages von dem Auftragnehmer in erheblichem, im Verhältnis zum Nettowerklohn etwa hälftigem Anteil Kosten für die Beschaffung von Material (etwa vier Schraubenkompressoren, Druckluftbehälter, Adsorptionstrockner, zentrale Gasflaschenanlage für Sauerstoff, Stickstoff und Kohlendioxid, 1500 m Druckluftversorgungsleitungen aus Spezial-Kupferrohr und Edelstahl, 775 m Laborgasversorgungsleitungen aus Spezial-Kupferrohr und Edelstahl, 400 m Begasungsleitungen für Wasserstoffperoxid aus PVC-C) an, die von dem Auftragnehmer vorzufinanzieren sind.

Bei seit jedenfalls drei Geschäftsjahren auf dem konkreten Markt tätigen Unternehmen besteht gegenüber diese Mindestanforderung nicht erreichenden Unternehmen eine höhere Gewähr dafür, dass sie die verfahrensgegenständliche Leistung ordnungsgemäß erbringen werden.

Insbesondere kann die Verhältnismäßigkeit und in diesem Rahmen die Eignung und Erforderlichkeit des Kriteriums für die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Erledigung des verfahrensgegenständlichen Auftrages nicht in Abrede genommen und ein Verstoß gegen den sich aus § 97 Abs. 1 GWB ergebenden Wettbewerbsgrundsatz sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB angenommen werden. Angesichts der Geltung von Wettbewerbs- und Gleichheitsgrundsatz hat der Auftraggeber zwischen einer möglichst großen Auswahl von Angeboten, verbunden mit einer höheren Wahrscheinlichkeit für ein wirtschaftlich günstiges Angebot, und der Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags im konkreten Fall abzuwägen. Besonders hohe und auch „Newcomer“ ausschließende Eignungsanforderungen können unangemessen sein, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, weil nur wenige Unternehmen diese Anforderungen erfüllen können; derartige Anforderungen sind daher durch gewichtige Gründe zu rechtfertigen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 - Verg 24/18, juris Rn. 63; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018 - VII Verg 4/18, juris Rn. 50).

Es trifft zwar zu, dass die Verknüpfung einer Mindestdauer der Geschäftstätigkeit mit einem jährlichen Mindestumsatz und/oder dem Nachweis einer bestimmten Anzahl vergleichbarer Aufträge eine höhere Aussagekraft für die für diesen Auftrag erforderliche wirtschaftliche/finanzielle und berufliche/technische Leistungsfähigkeit hat. So ist es denkbar, dass ein Unternehmen auf dem maßgeblichen Markt sei drei Jahren nur in einem so geringen Umfang geschäftlich tätig war, dass dies keinen Rückschluss auf eine wirtschaftlich/finanzielle oder beruflich/technische Leistungsfähigkeit des Bieters erlaubt.

Es kann aber - von Ausnahmen abgesehen - davon ausgegangen werden, dass jedenfalls drei Jahre auf dem auftragspezifischen Markt geschäftlich tätige Unternehmen im Vergleich zu anderen Unternehmen eher

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

sowohl die wirtschaftliche/finanzielle Ausstattung zur (Vor-)finanzierung des Auftrages als auch die technischen Kenntnisse, die Erfahrung sowie sachliche und personelle Organisationsstruktur zu der ordnungsgemäßen Erledigung des technisch und wegen der Abstimmung mit den anderen Gewerken auch organisatorisch anspruchsvollen Auftrages haben.

Dementsprechend kann von den Bietern bei einem komplexen Großbauvorhaben und einem - wie hier - hohe Anforderungen an die Ausführung und Koordinierung erfordernden Gewerk eine dreijährige Geschäftstätigkeit als Mindesteignungsvoraussetzung verlangt werden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2011 - Verg 60/11, so auch: OLG Koblenz, Beschluss vom 25. September 2012 - 1 Verg 5/12; Herrmann in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 14. Auflage 2017, § 6a EU VOB/A Rn. 22). Das besondere Anforderungsprofil der zu vergebenden Leistung rechtfertigt es, weniger als drei Jahre auf dem auftragsspezifischen Markt tätige Unternehmen von dem Wettbewerb auszuschließen.

Es ist auch nicht dargelegt oder ersichtlich, dass hierdurch eine erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung eintritt, weil nur ein oder wenige am Markt tätige Unternehmen diese Anforderung erfüllen können, nur wenige Unternehmen dieser Branche länger als drei Jahre am Markt aktiv sind. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Eignungsanforderung des Antragsgegners in diesem Fall auch hätte strenger ausfallen dürfen, in dem als Mindestanforderung in finanzieller/wirtschaftlicher und technischer/beruflicher Hinsicht ein Mindestjahresumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre in Höhe des doppelten geschätzten Auftragswertes (vgl. § 6a EU Nr. 2 c Satz 2, 3 VOB/B), mithin von jährlich € 650.000,00, hätte festgesetzt werden können (vgl. hierzu allg. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. März 2014 - VII-Verg 48/13, juris Rn. 4 ff; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Dezember 2012 - VII-Verg 30/12, juris Rn. 32; OLG München, Beschluss vom 15. März 2012 - Verg 2/12, juris Rn. 63).

Weiterhin konnte die Mindestanforderung der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit im auftragsspezifischen Bereich auch durch einen in § 6a EU VOB/A vorgesehenen Eignungsnachweise, nämlich die Erklärung über den auftragsspezifischen Umsatz für die letzten drei Geschäftsjahre nach § 6a EU Nr. 2 c) VOB/A (Formblatt 124) nachgewiesen werden. Denn aus diesen Umsatzangaben ergab sich das Vorliegen einer dreijährigen Geschäftstätigkeit im Zeitpunkt der Angebotsabgabe.

Die Mindestanforderung der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit konnte von dem Antragsgegner auch vor dem Hintergrund der nach § 6d EU VOB/A zulässigen Eignungsleihe wirksam aufgestellt werden. Nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift kann sich ein Bieter zum Nachweis seiner Eignung ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen auf andere Unternehmen stützen und weist in diesem Fall dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nach, dass ihm die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise die diesbezüglichen verpflichtenden Zusagen dieser Unternehmen vorlegt, wobei eine Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen für die berufliche Befähigung (§ 6a EU Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe e) oder die berufliche Erfahrung (§ 6a EU Absatz 1 Nummer 3 Buchstaben a und b) nur möglich ist, wenn diese Unternehmen die Arbeiten ausführen, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Oberhalb der Schwellenwerte gilt hiernach ein Gebot zur Selbstaussführung wie in § 6 Nr. 3 VOB/A nicht.

Die Festsetzung einer dreijährigen auftragsspezifischen Geschäftstätigkeit für die Bieter und die von den Bietern eingesetzten anderen Unternehmen schließt allerdings die Eignungsleihe für den Mindestzeitraum aus. Dies ist jedoch angesichts der bei einem komplexen Großbauprojekt wie dem Laboratoriumsneubau und der hiesigen Leistung mit vielen Schnittstellen zu anderen Gewerken nicht unverhältnismäßig im Sinne von § 6 EU VOB/A und § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB, da etwa die gebotene Arbeitsplanung und Abstimmung mit anderen

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), Beschluss vom 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20, Datenbank VERIS,
Zugriff am 11.3.2021

Gewerken auch bei dem Bieter das Vorhandensein einer Personalstruktur mit längerer Erfahrung im Fachgebiet erfordert.

Im Übrigen kommt im Hinblick auf die Einschränkung der Eignungsleihe durch das in gleicher Weise den Bieter wie auch von ihm eingesetzte andere Unternehmen treffende Eignungserfordernis des Antragsgegners die für die Begründetheit des Nachprüfungsantrages nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB erforderliche Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht in Betracht, nachdem eine Eignungsleihe nicht Gegenstand des Angebots der Antragstellerin ist, diese vielmehr den Auftrag ohne Inanspruchnahme den Einsatz anderer Unternehmen erledigen will. Auch wenn es daher entsprechend der von der Auffassung des Senats abweichenden Argumentation der Antragstellerin in der Auftragsbekanntmachung nicht „... der Bieter und der von ihnen ...“, sondern „... der Bieter oder der von ihnen ...“ hätte heißen müssen, wäre der Nachprüfungsantrag mangels Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht begründet.

Nach § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 78 S. 2 GWB waren die Kosten des mangels Begründetheit der sofortigen Beschwerde erfolglosen Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens 54 Verg 3/20 der Antragstellerin aufzuerlegen. Die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB (54 Verg 3/20) sind Kosten des Beschwerdeverfahrens, über die im Rahmen der Endentscheidung über die Hauptsache zu entscheiden war.

Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 50 Abs. 2 GKG.

OLG Schleswig-Holstein (ab 2018), 10.12.2020, 54 Verg 4 / 20

05.01.2021