

Gericht:	OLG Frankfurt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	28.09.2023
Aktenzeichen:	11 Verg 2/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2023:0928.11VERG2.23.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 122 GWB

Anforderungen an die Ausschreibung im Hinblick auf technische und berufliche Eignung des Bieters

Anmerkung

Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Land Hessen, 15. Mai 2023, 96e 01.02/14 - 2023, Beschluss

Tenor

Der Beschluss der Vergabekammer des Landes Hessen vom 15. Mai 2023, Az: 96e 01.02/14 - 2023 wird aufgehoben.

Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Ausschreibung in das Stadium vor Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückzusetzen und - bei fortbestehender Vergabeabsicht - das Verfahren ab diesem Zeitpunkt unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen.

Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die der Antragstellerin entstandenen notwendigen Auslagen auferlegt.

Dem Antragsgegner werden die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die der Antragstellerin entstandenen notwendigen Auslagen auferlegt.

Die Beigeladene hat die ihr entstandenen notwendigen Auslagen selbst zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für das Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt 160.440 €

Gründe

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 3. Februar 2023 hat der Antragsgegner die Übernahme und Verwertung von Bioabfällen aus dem Kreis1 mit den Abfallschlüsselnummern 20 02 01 (Abfallbezeichnung: biologisch abbaubare Abfälle) und 20 03 01 (Abfall-

bezeichnung: gemischte Siedlungsabfälle; hier: getrennt erfasste Bioabfälle, Biotonne aus Haushaltungen, im Folgenden: Bio-Abfälle) im Umfang von ca. 9000 Mg pro Jahr im offenen Verfahren ausgeschrieben.

In der Auftragsbekanntmachung sind keine eigenständigen Eignungskriterien aufgestellt und bekannt gemacht. Die Eignungsprüfung soll ausweislich der Ausschreibung ausschließlich anhand der geforderten Referenzen erfolgen.

Hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit heißt es unter Ziffer III.1.3) - Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien - der Bekanntmachung:

„Es sind zwei unternehmensbezogene Referenzen über vergleichbare, für kommunale Auftraggeber erbrachte Leistungen an entsprechender Stelle in der EEE (siehe jeweils den nachfolgenden Hinweis in den eckigen Klammern) anzugeben:

- Auftraggeber (Firma) [Empfänger]
- Zuständige Abteilung/Bereich [Empfänger]
- Umfang der erbrachten Leistung [Betrag in EUR]
- Ausführungszeitraum [Anfangsdatum; Enddatum]
- Kurze Beschreibung der erbrachten Leistung [Beschreibung]
- Die Referenzen müssen jeweils mindestens folgende Kriterien erfüllen, dazu hat der Bieter für jede Referenz den Leistungszeitraum und den Umfang (Tonnage) im Feld „Beschreibung“ mit anzugeben:
- Die erbrachten Leistungen müssen in Bezug auf die Leistungsgegenstände Tonnage ein ähnliches Volumen (mindestens jedoch 50 % der Tonnage) aufweisen,
- über mindestens drei Jahre erbracht worden sein und
- aus den letzten fünf Jahren stammen.

Einzelne Referenzen können in Summe betrachtet werden, wenn sie in den letzten fünf Jahren eine zeitliche Überlappung von mindestens drei Jahren haben und in der Summe mindestens 50 % der ausgeschriebenen Tonnage erreichen, sofern die Mindestkriterien nicht von einer einzigen Referenz erfüllt werden.

- Sofern Sie noch nicht oder nicht über hinreichende Referenzen im Bereich abfallwirtschaftlicher Leistungen verfügen, können Sie weitere Angaben machen, warum Sie sich/Ihr Unternehmen für ausreichend fachkundig und leistungsfähig für die Erbringung der abgefragten Leistungen halten. Bitte schildern Sie dies ausführlich, da Sie mit Ihren Angaben Ihre Fachkunde nachweisen müssen. Sie können daher auch als Anlage weitere geeignete Unterlagen, Bescheinigungen etc. einreichen. In jedem Fall müssen dann aber die für die Durchführung des Auftrages verantwortlichen Personen über persönliche Referenzen verfügen, die die Referenzen des Bieters zu ergänzen oder zu ersetzen geeignet sind [...].“

Vertragsbeginn ist der 1. Januar 2024, Vertragsende der 31. Dezember 2026. Eine zweimalige Verlängerung um jeweils ein Jahr durch den Auftraggeber ist vorgesehen. Aus-

weislich der Vergabeunterlagen - Block A - wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Dies ist jenes mit dem niedrigsten Angebotspreis, wie er sich aus den Eintragungen des Bieters im Preisblatt ergibt.

In dem in Block B der Vergabeunterlagen enthaltenen Vertrag wird der Leistungsgegenstand des Auftragnehmers wiederholt und näher konkretisiert (§ 4 Abs. 2.2 des Vertrags). Auf die Begriffsdefinitionen zum Vertragsgegenstand „Bioabfall“, der „Verwertung“ und des „Nachtransports bzw. Transports“ in § 4 Abs. 1 des Vertrags wird ebenfalls verwiesen. § 4 Abs. 2.3 des Vertrages bestimmt die Anforderungen an Fahrzeuge, Maschinen und Anlagen. In Bezug auf die Verwertung der Bioabfälle heißt es dort im 3. Absatz:

„...Der AG überlässt dem AN die Auswahl der Anlagentechnik bzw. die Auswahl des technischen Verfahrens zur Verwertung der Bioabfälle (technikoffenes Verfahren). Ausgeschlossen ist jedoch eine offene Mietenkompostierung. Dies bedeutet, dass der Intensivrotteprozess eingehaust erfolgen muss...“

In § 4 Abs. 3 des Vertrags wird der Leistungsgegenstand der Übernahme und Verwertung der Bioabfälle nochmals weiter festgelegt. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

Die Antragstellerin, die Bestandsauftragnehmerin ist, die Firma X GmbH sowie andere Unternehmen haben sich an der Ausschreibung beteiligt. Der Antragsgegner hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 3. April 2023 darüber informiert, dass er beabsichtigt, den Zuschlag frühestens am 14. April 2023 dem Angebot der Fa. X GmbH (im Folgenden: Beigeladene) zu erteilen.

Nach erfolgloser Rüge hat die Antragstellerin das hiesige Nachprüfungsverfahren eingeleitet, mit dem sie das Ziel verfolgt, den Antragsgegner zu verpflichten, die eingegangenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu bewerten. Sie hat dazu vorgetragen, das Angebot der Beigeladenen müsse zwingend gemäß § 57 Abs. 1, 1. HS VgV ausgeschlossen werden, weil diese ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit nicht durch Vorlage geeigneter Referenzen nachgewiesen habe.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 15. Mai 2023, auf dessen tatsächliche Feststellungen zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen den Nachprüfungsantrag abgelehnt. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei zwar zulässig, aber nicht begründet. Aus den in der Ausschreibung geforderten Referenzen ließen sich Rückschlüsse auf die gestellten Eignungskriterien ziehen. Daher müsse geprüft werden, welche konkludent verlangten Eignungskriterien mit den Referenzforderungen verbunden seien. Dazu müsse die Ausschreibung aus Sicht eines durchschnittlich erfahrenen Bieters beurteilt werden.

Bei dieser Sichtweise sei die Übernahme der gesammelten Bio-Abfälle an der Übernahmestelle sowie der Transport dieser Bio-Abfälle bis zu einer vom Bieter selbst gewählten Verwertungsanlage Hauptgegenstand (wesentliche Dienstleistung) des Auftrags. Die Beigeladene habe insoweit geeignete Referenzen vorgelegt, nämlich den Nachweis, dass sie in den geforderten Zeiträumen und mit dem geforderten Volumen für unterschiedliche Auftraggeber sog. Grünschnitt entsorgt habe.

Die Beigeladene beabsichtige im Übrigen, die Bio-Abfälle durch einen geeigneten Unterauftragnehmer zu verwerten. Dieser habe die beiden hier ausgeschriebenen Abfallschlüssel in seinem Genehmigungsbestand und habe eine Eigenerklärung vorgelegt, in dem bestätigt werde, dass er Eigentümer einer entsprechenden Verwertungsanlage sei und dass der Beigeladenen diese Anlage im Vertragszeitraum für die vorgesehene Abfallmenge zur Verfügung stehe. Selbst wenn man annehme, dass sich die geforderten Referenzen auch auf die Verwertung des Bio-Abfalls beziehen müssten, so könne von einer konkludenten Eignungsleihe i.S. von § 47 VgV ausgegangen werden, was zur Folge habe, dass die Beigeladene nicht ausgeschlossen werden dürfe.

Der Beschluss der Vergabekammer ist der Antragstellerin am 25. Mai 2023 zugestellt worden. Mit dem am 9. Juni 2023, dem Tag nach Fronleichnam, beim Senat eingegangenen Schriftsatz hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde dagegen eingelegt.

Die Antragstellerin trägt vor, die Beigeladene müsse schon deshalb mit ihrem Angebot ausgeschlossen werden, weil die von ihr vorgelegten drei Referenzen die vorgeschriebene Mindesttonnage nicht erfüllen würden. Der Antragsgegner habe in der Ausschreibung vorgegeben, dass die Bieter zwei Referenzen für vergleichbare Dienstleistungen vorlegen müssten, die jeweils mindestens 50 % der streitgegenständlichen Tonnage, also jeweils 4.500 Mg/a umfassen müssten. Ein verständiger Bieter entnehme dem weiteren Text der Ausschreibung, dass die beiden geforderten Referenzen jeweils durch einzelne Referenzen ersetzt werden könnten, die den gestellten Anforderungen entsprechen, was aber an der nachzuweisenden Mindesttonnage im Umfang von insgesamt 9.000 Mg/a nichts ändere. Die Beigeladene habe einen solchen Nachweis nicht erbringen können.

Neben dem Transport des Bio-Abfalls von der Übergabestelle bis zur Verwertungsanlage stelle im Übrigen auch die Verwertung selbst eine Kernleistung des Auftrags dar. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Auftragsbekanntmachung und ferner aus einer Zusammenschau der Vergabeunterlagen (Block A) und des ebenfalls auf der Vergabeplattform zum Download bereitgestellten Vertrags (Block B). Dementsprechend habe die Beigeladene auch Referenzen in Bezug auf die Kernleistung „Verwertung des Bio-Abfalls“ vorlegen müssen. Dies sei allerdings ausweislich der ihr vom Auftraggeber auf ihre Rüge bekannt gemachten Informationen weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht der Fall. Hinreichende Eigenreferenzen lägen daher nicht vor.

Die Beigeladene habe zwar eine Nachunternehmerin benannt, die sie für die Verwertung des Abfalls einsetzen wolle. Daraus habe die Vergabekammer aber keine Eignungsleihe ableiten dürfen und es sei mit Rücksicht auf das Transparenzgebot im Vergabeverfahren auch nicht zulässig, dass die Beigeladene nachträglich eine Eignungsleihe vornehme, in dem sie sich auf Referenzen ihres unterbeauftragten Unternehmens berufe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Den Beschluss der Vergabekammer des Landes Hessen vom 15. Mai 2023, Aktenzeichen: 96e 01.02/14-2023, aufzuheben.
2. Den Antragsgegner zu verpflichten, die Wertung der eingegangenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen.

3. Dem Antragsgegner aufzugeben, der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners zu gewähren.

4. Dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer, die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die der Antragstellerin in beiden Instanzen entstandenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen.

5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für das Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Hilfsweise für den Fall der Erfolglosigkeit der Anträge zu den Z. 1 und 2:

Den Beschluss der Vergabekammer dahin abzuändern, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch den Antragsgegner nicht notwendig war.

Der Antragsgegner beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und

1. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen,

2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner für notwendig zu erklären

Der Antragsgegner verteidigt die angefochtene Entscheidung. Die Vergabekammer habe zu Recht aus einer wertenden Betrachtung der Vergabeunterlagen geschlossen, dass Hauptgegenstand der Ausschreibung der Transport der Bioabfälle sei. Diese Anforderung sei hier durch die eingereichten Referenzen belegt worden. Hinsichtlich des quantitativen Umfangs der Referenzen sei lediglich eine Mindesttonnage von 4.500 Mg/a vorgegeben worden, was hier von der Beigeladenen erreicht worden sei.

Soweit man die Eigenreferenzen der Beigeladenen in Bezug auf die Verwertung des Mülls nicht als ausreichend betrachte, müsse im vorliegenden Fall durch die Benennung des für die Verwertung des Bio-Abfalls vorgesehenen Nachunternehmers eine Eignungsleihe angenommen werden. Es bliebe dann noch die Möglichkeit, das Angebot der Beigeladenen durch Abfrage entsprechender Referenzen der Nachunternehmerin aufzuklären.

Der Senat hat dem ursprünglich ebenfalls gestellten Eilantrag durch Beschluss vom 22. Juni 2023 stattgegeben, die Zuschlagsprätendentin beigeladen (im Folgenden als Beigeladene bezeichnet) und der Antragstellerin Einsicht in verschiedene Unterlagen des Vergabeverfahrens, darunter die Einheitliche Europäische Erklärung (EEE) der Beigeladenen sowie die von ihr der Bewerbung beigefügte Eigenerklärung der Fa. Y gewährt. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Eilentscheidung verwiesen.

Die Beigeladene beantragt,

1. die sofortige Beschwerde der Antragstellerin kostenpflichtig zurückzuweisen und

2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen.

Die Beigeladene trägt vor, sie habe hinreichende eigene Referenzen zum Beleg ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit vorgelegt. Die Ausschreibung verlange insoweit lediglich die Vorlage von zwei unternehmensbezogenen Referenzen über vergleichbare Leistungen, die im vorgegebenen Zeitraum für kommunale Auftraggeber erbracht worden seien, wobei Mindestanforderungen lediglich an die Tonnage und an den Zeitraum gestellt wurden. Die in den Ausschreibungsbedingungen eröffnete Möglichkeit der Summierung von Einzelreferenzen könne so verstanden werden, dass damit auch eine Reduzierung der zu referenzierenden Mindesttonnage auf 4.500 Mg/a verbunden sei. Diese Anforderung sei von der Beigeladenen dadurch erfüllt worden, dass sie folgende 3 Referenzen benannt habe:

- „Verwertung/Transport von Grünabfällen (Jahresmenge 4.000 to)“ im Auftrag des Landkreises Stadt1
- „Verwertung/Transport von Grünabfällen inklusive Führung Wertstoffhof (Jahresmenge 1.200 to)“ im Auftrag der Stadt2
- „Verwertung/Transport von Grünabfällen inklusive Führung Wertstoffhof (Jahresmenge 500 to) im Auftrag der Gemeinde1.

Der Transport und die Verwertung von Grünabfällen sei eine dem Auftragsgegenstand vergleichbare Leistung. Grünabfälle seien nämlich eine Teilfraktion der hiesigen „Bioabfälle“ und es würden für den Transport und die Verwertung keine Besonderheiten gelten. Für beide Abfallarten sei die Kompostierung möglich. Da die Ausschreibungsbedingungen keine Mindestanforderungen in Bezug auf die Spezifizierung der Abfallart vorsähen, könnten die Referenzen in qualitativer Hinsicht als Beleg ausreichen, in Bezug auf die Tonnage reiche es aus, wenn die Einzelleistungen in der Summe die Hälfte des Auftragsgegenstands erreichten.

Der Ausschreibung zeige weiter, dass noch nicht einmal unternehmensbezogene Referenzen verlangt würden, da im letzten Absatz von Z. III. 1.3 der Ausschreibung auch persönliche Fachkunde- und Leistungsnachweise genügten. Daher spiele es keine Rolle, dass die Beigeladene bei der Erfüllung der referenzierten Aufträge lediglich die Vorsortierung und den Transport durchgeführt, die Verwertung aber durch eine Nachunternehmerin habe ausführen lassen. So sei das auch im vorliegenden Fall vorgesehen. Mit einer Referenz unter Einsatz von Nachunternehmern werde daher die unternehmerische Leistungsfähigkeit der Beigeladenen hinreichend belegt.

Wenn man nicht von einer hinreichenden Eigenreferenz ausgehen würde, dann sei zumindest anzunehmen, dass die Beigeladene durch Benennung ihrer für die Verwertung vorgesehenen Nachunternehmerin, die Fa. Y GmbH, durch deren Eigenerklärung und durch die Vorlage von deren Zertifizierungen konkludent eine Eignungsleihe in Bezug auf die Verwertung der Bioabfälle erklärt habe. Die überobligatorische Vorlage der Eignungsnachweise Ihrer Nachunternehmerin sein ein hinreichendes Indiz dafür.

Die Antragstellerin tritt dem entgegen und vertieft ihren Vortrag wie folgt:

Eine hinreichende eigene Referenz der Beigeladenen sei sowohl in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht nicht gegeben.

Die oben wiedergegebene Passage aus den Ausschreibungsbedingungen verlange explizit zwei Referenzen mit einer Tonnage von jeweils 4.500 Mg/a. Die Summe der transportierten und verwerteten Abfälle müsse daher das Auftragsvolumen von 9.000 Mg/a erreichen. Dies sei hier bei den Referenzen der Beigeladenen nicht gegeben. Unabhängig davon dürften die vermeintlichen Aufträge der Gemeinden Stadt2 und Gemeinde1 nicht berücksichtigt werden, weil die Verwertung von Abfällen in Hessen alleinige Aufgabe der kreisfreien Städte und Landkreise sei, die als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger gälten (§ 1 Abs. 3 KAKrW).

Die Verwertung von Grünabfällen unterscheide sich erheblich von der Verwertung von Bioabfällen, denn Letztere müssten zwingend in Anlagen in geschlossener Bauweise kompostiert werden, während Grünschnitt auf Freiflächen kompostiert werden könne. Bei der hiesigen Ausschreibung werde dementsprechend auch eine „eingehauste Intensivrotte“ vorgeschrieben, was im Übrigen von der Nachunternehmerin der Beigeladenen (Fa. Y GmbH) am vorgesehenen Ort nicht bewerkstelligt werden könne.

Die Beigeladene betreibe unstreitig keine eigenen Verwertungsanlagen und dürfe sich in Bezug auf ihre technische Leistungsfähigkeit zur Verwertung von Abfällen auch nicht auf Referenzen berufen, bei denen insoweit Nachunternehmer zum Einsatz gekommen seien. Die Zurechnung der Eignung eines Nachunternehmers könne nur in den Fällen der so genannten Eignungsleihe erfolgen.

Man könne im vorliegenden Fall auch nicht annehmen, dass die Beigeladene eine Eignungsleihe ihrer Nachunternehmerin habe in Anspruch nehmen wollen. Dem stehe die ausdrückliche Erklärung der Beigeladenen in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) in Teil II unter C entgegen, wo sie die Frage, ob sie zur Erfüllung der Eignungskriterien die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen mit „nein“ beantwortet habe.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht worden. Die Antragstellerin ist durch die Entscheidung der Vergabekammer beschwert, weil diese ihren Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat.

Die sofortige Beschwerde hat auch Erfolg, denn der Antragsgegner hat es vergaberechtswidrig versäumt, transparente Regelungen in Bezug auf die technische und berufliche Eignung aufzustellen. Das Vergabeverfahren muss daher aufgehoben und in den Stand vor der Ausschreibung zurückversetzt werden. Da es der Antragstellerin in diesem Nachprüfungsverfahren darum geht, einen Zuschlag an die Beigeladene zu verhindern, ist ihr Rechtsschutzziel von diesem Ausspruch umfasst. An den Antrag zu 2.), mit dem die Antragstellerin eine Rückversetzung des Ausschreibungsverfahrens vor die Wertung der Angebote bezweckt, ist der Senat nicht gebunden (§ 168 Abs. 1 S. 2 GWB)

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, der sich auf eine Neubewertung der Angebote unter Ausschluss desjenigen der Beigeladenen richtet, ist zulässig. Dies hat die Vergabekammer bereits zutreffend festgestellt und begründet, so dass auf die Erwägungen in der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden kann.

2. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat Erfolg, weil der Antragsgegner die Bestimmungen über das Vergabeverfahren dadurch verletzt hat, dass er die Referenzen

der Beigeladenen aufgrund einer intransparenten Bestimmung in den Ausschreibungskriterien als ausreichenden Eignungsnachweis akzeptiert hat (§§ 97 Abs. 1, Abs. 6, 122 Abs. 4 GWB).

Aufträge dürfen gemäß § 122 Abs. 1 GWB grundsätzlich nur an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben werden. Der Auftraggeber hat die Eignung gem. § 122 Abs. 2 GWB anhand von bekanntgemachten Eignungskriterien zu prüfen. Die im Vorhinein bekanntgemachten Eignungskriterien sind der Maßstab für die Eignungsprüfung (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 122 Rn. 13). Kern der Eignungsprüfung ist die Feststellung, ob die bekanntgemachten Eignungskriterien erfüllt wurden (Ziekow a.a.O. Rn. 13).

Ausweislich Ziffer III.1.3.) der Ausschreibungsbedingungen mussten die Bieter zum Nachweis ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit zwei unternehmensbezogene Referenzen über vergleichbare Leistungen angeben, die sie für kommunale Auftraggeber erbracht haben.

Der Antragsgegner hat insoweit keine eigenständigen Eignungskriterien aufgestellt und die Eignungsprüfung nach den Vorgaben der Ausschreibung ausschließlich anhand der geforderten Referenzen vorgenommen. Dies war hier nach den zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer zulässig, weil aus den geforderten Referenzen Rückschlüsse auf mittelbar gestellte Eignungskriterien möglich sind. Daher muss aus der Sicht eines verständigen, durchschnittlich erfahrenen Bieters beurteilt werden, welche Mindestanforderungen die vorgelegten Referenzen erfüllen müssen bzw. ob, und wenn ja welche Eignungskriterien mit der Referenzforderung verbunden sind (vgl. Senat, Beschluss vom 23. Dezember 2021 - 11 Verg 6/21 - Videokonferenzsystem, juris Rn 73 m.w.N.).

Der verständige, durchschnittlich erfahrene Bieter entnimmt den oben zitierten Eignungskriterien, dass er Referenzen vorlegen muss, die eine das Auftragsvolumen nicht unterschreitende Mindesttonnage in Bezug auf die Abholung, den Transport und die Verwertung vergleichbarer Abfälle abdecken (unter a.). Soweit der Antragsgegner bei der Eignungsprüfung der Beigeladenen eine Unterschreitung dieser Anforderungen für zulässig gehalten hat, führt dieses offensichtlich zur Intransparenz der Vergabeunterlagen, weil das Begriffsverständnis des Antragsgegners von dem des durchschnittlichen Bieters abweicht (unter b.). Letztendlich kommt es daher nicht mehr darauf an, ob die Beigeladene hinreichende Referenzen in Bezug auf die Kernleistung „Verwertung des Bio-Abfalls“ vorgelegt bzw. sich in zulässiger Weise auf eine Eignungslieferung ihrer Nachunternehmerin, der Fa. Y GmbH berufen hat (unter c.). Das Vergabeverfahren musste demnach in den Zustand vor Ausschreibung zurückversetzt werden, da der Senat nicht anstelle der Vergabestelle Eignungskriterien für den hiesigen Auftrag aufstellen kann (unter d.).

a. Aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen, durchschnittlich erfahrenen Bieters ging aus der Ausschreibung deutlich hervor, dass er grundsätzlich zwei unternehmensbezogene Referenzen vorzulegen hatte, die „jeweils mindestens 50 % der Tonnage“ umfassten, so dass in der Summe die streitgegenständliche Tonnage von 9.000 to/a erreicht wird. Diese Mindesttonnage war auch dann gefordert, wenn der Bieter von der im Folgeabsatz („... Einzelne Referenzen können in Summe betrachtet werden...“) gewährten Privilegierungsmöglichkeit einer Summierung von Einzelreferenzen Gebrauch machen wollte. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut der Ausschreibung, zum anderen aus deren erkennbarer Zielsetzung.

Der unmissverständlichen Vorgabe, dass die grundsätzlich vorzulegenden beiden Referenzen jeweils mindestens 50 % der Auftragstonnage erreichen müssen, entnimmt der verständige Bieter, dass der Antragsgegner ein zu referenzierendes Mindestauftragsvolumen verlangt, das den hiesigen Auftrag erreicht. Da Eignungskriterien objektiv dazu dienen, die Leistungsfähigkeit des Bieters für den konkret ausgeschriebenen Auftrag nachzuweisen (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., Rn 13 zu § 122 GWB), wird der Bieter daher erkennen, dass der Auftraggeber im Hinblick auf das Auftragsvolumen (also in quantitativer Hinsicht) nur solche Bieter zulassen will, die durch ihre Referenzen gezeigt haben, dass sie in der Lage sind, pro Jahr ein dem hiesigen Auftrag mindestens gleich hohes Volumen zu übernehmen und zur Verwertungsstelle transportieren. Hieraus geht auch hervor, dass der Bieter über eine entsprechend große personelle und betriebliche Ausstattung einschließlich der Transportfahrzeuge verfügen muss, um dieses Volumen bewältigen zu können.

Auch der Wortlaut des oben zitierten Folgeabsatzes zeigt auf, dass der Antragsgegner aus der Sicht eines verständigen Bieters von dieser Voraussetzung nicht abweichen wollte und eine Summierung von „kleineren“ Einzelreferenzen aus dem dort genannten Zeitraum nur ersatzweise zugelassen hat, wenn eine oder die beiden geforderten Referenzen das geforderte Volumen von mindestens 50 % der Auftragstonnage nicht erreichen.

Das geht bei verständiger, gründlicher Betrachtung bereits aus dem Ausschreibungstext hinreichend deutlich hervor, wird aber noch klarer, wenn der letzte Teil dieses Satzes an den Anfang gestellt wird (*„...Sofern die Mindestkriterien nicht von einer einzigen Referenz erfüllt werden, ...[können] einzelne Referenzen in Summe betrachtet werden, wenn sie in den letzten fünf Jahren eine zeitliche Überlappung von mindestens drei Jahren haben und in der Summe mindestens 50 % der ausgeschriebenen Tonnage erreichen...“*). Daraus wird aus Sicht der Bieter deutlich, dass der Auftraggeber eine Summierung nur „innerhalb“ der geforderten Referenzen erlauben wollte, ohne dass damit eine Verringerung des nachzuweisenden Gesamtvolumens einhergehen sollte.

Das entgegenstehende Verständnis der Beigeladenen vom Inhalt der Ausschreibungsbedingungen findet sich aus der maßgeblichen Bietersicht nicht in dieser Form wieder. Die Beigeladene teilt zwar die Einschätzung der Antragstellerin, wonach grundsätzlich zwei Referenzen mit einer Mindesttonnage von 50 % des Auftragsvolumens vorgelegt werden müssen, vertritt aber die Auffassung, dass die Summierungsmöglichkeit zu einer Absenkung der zu referenzierenden Mindesttonnage auf 50 % der Auftragstonnage führt.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Auslegung der Beigeladenen entspricht aus den o.g. Gründen nicht dem Wortlaut und sie entspricht auch nicht dem Sinn und Zweck dieses Eignungskriteriums. Vielmehr wäre eine solche Vorgabe widersprüchlich, weil der Antragsgegner damit der grundsätzlich verlangten Mindesttonnage von 9.000 to/a teilweise die Grundlage entzogen hätte und zum anderen wäre damit ein intransparentes und nicht diskriminierungsfreies Eignungskriterium aufgestellt worden. Dies hat die Antragstellerin mit Recht in ihrem Schriftsatz vom 4. August 2023 hervorgehoben und klargestellt, dass es eine offensichtliche Ungleichbehandlung darstellen würde, wenn ein Bieter, der zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit zwei Referenzen benennt, nur dann die vom Antragsgegner gestellten Mindestanforderungen erfüllt, wenn jede der Referenzen sich über die Verwertung von 4.500 to/a verhält (und so beispielsweise mit zwei Referenzen mit einer Tonnage von je 4.000 to/a aus dem relevanten Zeitraum insgesamt also 8.000 to/a. ausgeschlossen wäre), während ein Bieter wie die Beigeladene, der in dem-

selben Zeitraum nur mehrere „kleinere“ Referenzen nachweisen kann, insgesamt nur die Verwertung von 4.500 to/a belegen müsste.

Das Verständnis des durchschnittlich erfahrenen Bieters von den Referenzanforderungen basiert aber auf der Annahme, dass sich die Vergabestelle vergaberechtskonform verhält (vgl. Lampert in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., Rn 80 zu § 122 GWB). Die Bieter dürfen die Vergabeunterlagen daher im Zweifel so verstehen, dass sie den vergaberechtlichen Anforderungen entsprechen. Dies ist letztlich nur dann der Fall, wenn man die Eignungsanforderung so versteht, wie vom Senat dargelegt.

Die Blickweise der Beigeladenen lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass der Antragsgegner in Ziffer III.1.3., letzter Teilstrich die Möglichkeit eröffnet, anstatt unternehmensbezogener Referenzen auch den Nachweis persönlicher oder unternehmensbezogener Fachkunde zu erbringen und auf diese Weise „Newcomern“ eine Chance der Bewerbung offeriert (vgl. dazu: Senat, Beschluss vom 1.10.2020 - 11 Verg 9/20 = NZBau 2021, 127 - Rheingau Taunus Kreis). Wenn die Vergabestelle durch den Nachweis persönlicher oder unternehmensbedingter Fachkunde eine anders ausgestaltete und zu bewertende Alternative zur Vorlage von Referenzen offeriert, so bedeutet das nicht, dass sie zugleich ihre Mindestanforderung an die Referenzen abändern will.

Ohne Erfolg verweist die Beigeladene darauf, dass andere Ausschreibungen für Entsorgungsdienstleistungen, die vom Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners formuliert worden seien, ähnliche Formulierungen wie das hier streitgegenständliche Eignungskriterium enthalten (Anlage Bgl 1), denn hieraus lässt sich das Bieterverständnis in Bezug auf das bei zugelassener Summierung von Einzelreferenzen verlangte Mindestvolumen nicht ableiten.

Der Senat kann der Beigeladenen im Ergebnis auch nicht darin folgen, dass die Anforderung an die zu referenzierende Mindesttonnage in ihrem Sinne hätte verstanden werden können, weil der Senat in seinem Eilbeschluss zu der vorläufigen Bewertung gelangt war, der quantitative Mindestumfang der Referenzen dürfte erreicht sein, weil eine Aufsummierung der Tonnage erlaubt werde. Dies ist schon deshalb kein maßgebliches Indiz, weil diese Frage für den Senat bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde keine Rolle gespielt hat, es damals vielmehr darauf ankam, welche qualitativen Mindestanforderungen an die Referenzen gestellt waren und weil naturgemäß ein verständiger Bieter, der sichergehen will, dass er mit seinem Betrieb die geforderten fachlichen und technischen Anforderungen erfüllt, auch die quantitativen Mindestanforderungen mit besonderer Sorgfalt zur Kenntnis nimmt.

b. Die Beigeladene hat die gestellten Mindestanforderungen nicht erfüllt, weil sie aus dem relevanten Zeitraum lediglich Referenzen für die Übernahme, den Transport und die Verwertung von 5.700 to/a vorlegen konnte. Dies führt hier aber nicht zu ihrem Ausschluss, sondern vielmehr zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens, weil die „Summierungsmöglichkeit“ in Ziffer III.1.3. der Ausschreibungsbedingungen im Ergebnis intransparent aufgestellt worden ist.

Der Antragsgegner hat seinen eigenen Angaben zu Folge angenommen, mit der Wahl einer Aufsummierung von kleineren Referenzen sei eine Herabsetzung des Mindestvolumens von 9.000 to/a auf 4.500 to/a verbunden gewesen, was allerdings in Bezug auf die Zielrichtung dieses quantitativen Mindestkriteriums von ihm nicht begründet wurde und darauf hindeutet, dass sich der Antragsgegner bei Abfassung der Ausschreibung keine

näheren Gedanken über die Bedeutung und den Anwendungsbereich der Summierungsoption gemacht hat.

Das Verständnis des Antragsgegners war aus Sicht der Bieter bei der Ermittlung der zu referenzierenden Leistung nicht anzunehmen, da es in Ermangelung des nach § 122 Abs. 4 GWB geforderten Auftragsbezugs und der im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlichen Eignung, die Prognoseentscheidung zu stützen, aus den bereits dargelegten Gründen im Ergebnis zu einer unzulässigen Referenzforderung geführt hätte. Sie hätte keine Rückschlüsse auf die Vergleichbarkeit der Angebote und damit auch auf die Leistungsfähigkeit hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung ermöglicht. Es liegen damit unklare Vergabeunterlagen vor.

c. Nur der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass es aus diesen Gründen auch nicht mehr darauf ankommt, ob die Beigeladene vom Vergabeverfahren auszuschließen war, weil sie keine hinreichenden Referenzen in Bezug auf die ebenfalls zum Auftragsgegenstand gehörende „Verwertung des Bio-Abfalls“ vorgelegt hat. Der Senat hat in der Eilentscheidung ausführlich begründet, warum er zu der Auffassung gelangt ist, dass auch die Verwertung des Abfalls zu den Kernelementen der ausgeschriebenen Leistung gehört und damit neben der Übernahme und dem Transport Hauptgegenstand (wesentliche Dienstleistung) des hier im Streit stehenden Vergabeverfahrens ist.

Die Beteiligten haben ausführlich darüber gestritten, ob die Ausschreibung in Bezug auf die Referenzangaben eine operative Eigenleistungspflicht in Bezug auf sämtliche Kernleistungen des Auftrags verlangt hat. Dies scheint in den aktuellen Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ausgeschlossen zu sein. Der Senat bezweifelt auch, ob sich die Beigeladene einer Eignungsleihe ihrer Nachunternehmerin Y Recycling bedienen darf, sofern nicht sichergestellt ist, dass dieses Unternehmen im Zeitpunkt des Auftragsbeginns überhaupt in der Lage ist, die zwingenden Anforderungen einer „eingehausten Intensivrotte“ des Bio-Abfalls zu erfüllen. Auch insoweit stehen sich die unterschiedlichen Sachverhaltsdarstellungen der Beteiligten unvereinbar gegenüber.

d. Das Verfahren ist aus den o.g. Gründen in den Stand vor Bekanntmachung der Ausschreibung zurückzusetzen. Die Regelung in Ziffer III.3. der Ausschreibungsbedingungen war in Bezug auf die den Bieter angebotene Summierungsoption aus den o.g. Gründen intransparent.

Vor dem Hintergrund der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers unterfällt die Definition von Eignungskriterien ausschließlich der Vergabestelle. Der Senat ist nicht berechtigt, der Vergabestelle Eignungskriterien vorzugeben. Er ist allein aufgerufen, gewählte Regelungen zur Eignung - wie hier die Referenzforderung - auf ihre Konformität mit dem Vergaberecht hin zu überprüfen. Ausgehend davon kommt die primär beantragte Zurücksetzung des Verfahrens in den Stand nach Angebotsabgabe - und damit unter Aufrechterhaltung der Regelungen zum Eignungsnachweis mit den damit verbundenen ausführlich geschilderten Problemen - nicht in Betracht.

Ein Ausschluss der Beigeladenen auf Basis intransparenter Vergabeunterlagen ist ebenfalls nicht möglich.

Dem Antragsgegner verbleibt im Rahmen der neuen Ausschreibung die Möglichkeit, durch entsprechende Formulierungen der Vergabeunterlagen und insbesondere der Eignungskriterien die von ihm erstrebte Marktöffnung zu erreichen.

III.

Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 Abs. 2, 71 GWB. Da die sofortige Beschwerde im Ergebnis erfolgreich war, entspricht es billigem Ermessen, die Kosten dem Antragsgegner vollumfänglich aufzuerlegen. Hinsichtlich der - nicht § 71 S. 2 GWB unterfallenden - Kosten der Beigeladenen, die an den sonstigen Verfahrenskosten nicht zu beteiligen ist, entspricht es billigem Ermessen, dass diese von ihr selbst getragen werden. Sie hat die angefochtene Entscheidung erfolglos verteidigt.

Die Kosten des Verfahrens im Sinne von § 71 GWB umfassen dabei sowohl die Gerichtskosten als auch die außergerichtlichen Kosten der Parteien.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.