

Vergaberecht – Grenzen der Präqualifikation

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 8. Juni 2022 - Verg 19/22 die Grenzen der Präqualifikation von Bietern in Erinnerung gerufen und der allgemein verbreiteten Auffassung eine Absage erteilt, dass die Präqualifikation eines Bieters automatisch seine Eignung begründet. Ein blindes Vertrauen auf die Angabe der PQ-Nummer in Angeboten an öffentliche Auftraggeber ist trügerisch. Warum Vorsicht geboten ist, erfahren Sie in diesem Beitrag.

1 Einleitung

Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben. Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien erfüllt. Der Nachweis der Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen kann ganz oder teilweise durch die Teilnahme des Bieters an sogenannten Präqualifizierungssystemen erbracht werden. Dieses nach langjährigen Diskussionen eingeführte Präqualifikationsverfahren dient der Entlastung des Bieters von der Beibringung der Eignungsnachweise. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 8. Juni 2022 die Grenzen einer Präqualifikation als Ersatz der Vorlage von Eignungsnachweisen aufgezeigt.

In der Bauwirtschaft ist dieser Beschluss kritisch aufgenommen worden, da sich die Prüfungscompetenz des Auftraggebers nicht nur auf das „ob“ einer Eintragung in einem Präqualifikationssystem beschränken soll, sondern laut Oberlandesgericht Düsseldorf auch, ob die der Eintragung zugrundeliegenden Präqualifikations-Referenzen die konkreten Anforderungen der Ausschreibung erfüllen. Der Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf gibt Anlass zur Warnung, dass die Präqualifikation eines Unternehmens nicht automatisch zur Erfüllung der Eignungsanforderungen einer Ausschreibung führt.

2 Sachverhalt

Die Autobahn GmbH des Bundes schrieb europaweit im offenen Verfahren die Erneuerung der Fahrzeugrückhaltesysteme einer

Bundesautobahn aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Die Bekanntmachung enthielt unter dem Gliederungspunkt „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ einen direkten Link zur Eigenerklärung Eignung. Deren Ziffer I. war mit „Verpflichtende Eignungsnachweise“ und dem Klammerzusatz (Angaben sind immer vorzunehmen, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist) überschrieben. Nachfolgend wurde die Vorlage geeigneter Referenzen über die Ausführung von Bauleistungen in den letzten fünf Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, gefordert, wobei Angaben zu drei Referenzen einzutragen waren. Die Bieterin mit dem niedrigsten Angebotspreis reichte ihr Angebot unter Angabe ihrer PQ-Nummer ein. Im Rahmen der Eignungsprüfung gelangte die ausschreibende Stelle zu dem Ergebnis, dass eine der im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen der Bestbietenden inhaltlich nicht den Anforderungen an den Eignungsnachweis zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit entsprach, da sie vom Umfang nicht mit der konkret ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sei. Mit einer Vorabinformation gemäß § 134 GWB teilte die ausschreibende Stelle der Bestbietenden mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag nicht auf ihr Angebot zu erteilen, da die geforderten drei vergleichbaren Referenzen nicht vorlägen. Die Bestbietende rügte die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der davor vorgesehenen Bieterin und begründete dies damit, dass ihr Angebot preisgünstiger sei. Die ausschreibende Stelle half der Rüge nicht ab. Die Bieterin stellte einen Nachprüfungsantrag und begründete diesen damit, dass ihr Angebot nicht wegen angeblich fehlender Referenzen ausgeschlossen werden dürfe, da von präqualifizierten Unternehmen an keiner Stelle in der Ausschreibung die Vorlage von Referenzen gefordert worden sei. Dies decke sich mit den EU-Teilnahmebedingungen, nach denen präqualifizierte Unternehmen den Nachweis ihrer Eignung durch Eintragung in die Liste des Vereins für Präqualifikation führen. Zu-

dem habe die ausschreibende Stelle von der in § 6a Nr. 3 lit. a VOB/A-EU vorgesehenen Möglichkeit, auch von präqualifizierten Bietern weitere Nachweise zu fordern, keinen Gebrauch gemacht. Vor einem Ausschluss hätten Referenzen gem. § 16 VOB/A-EU nachgefordert werden müssen.

Der Nachprüfungsantrag hatte Erfolg. Die Vergabekammer hatte der ausschreibenden Stelle aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Die Vergabekammer hielt den Nachprüfungsantrag deshalb für begründet, da in der Auftragsbekanntmachung nicht transparent gefordert worden sei, dass auch präqualifizierte Unternehmen gegebenenfalls Referenzen vorzulegen hätten.

Die ausschreibende Stelle hat gegen die Entscheidung sofortige Beschwerde eingelegt und diese mit einem Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags auf das Angebot der von ihr vorgesehenen weiteren Bieterin verbunden.

3 Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2022 – Verg 19/22

Der auf Vorabentscheidung über den Zuschlag gerichtete Antrag der ausschreibenden Stelle hatte Erfolg.

Gemäß § 176 Abs. 1 S. 1 GWB konnte das Oberlandesgericht Düsseldorf den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Mit Blick auf den Anspruch der Bieter auf effektiven Rechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren sind dabei die Erfolgsaussichten der Beschwerde das vorrangig zu bewertende Kriterium, dem bei der Gesamtabwägung das wesentliche Gewicht zukommt (OLG Düsseldorf, Senatsbeschluss vom 9. Juli 2012 – Verg 18/12). Je größer die Wahrscheinlichkeit

Volker Römer
roemer@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB
Schaarsteinwegsbücke 2, 20459 Hamburg

für einen Erfolg der sofortigen Beschwerde des Auftraggebers oder des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters im Sinne einer Zurückweisung des Nachprüfungsantrages ist, umso höher ist in der Regel auch das Interesse an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu gewichten und umgekehrt (OLG Düsseldorf, Senatsbeschluss vom 28. Juni 2017 – Verg 24/17).

Die Interessenabwägung des Gerichtes hatte zum Ergebnis, dass das Interesse der ausschreibenden Stelle an einem raschen Fortgang und Abschluss des Vergabeverfahrens das Interesse der ausgeschlossenen Bieterin überwog.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat festgestellt, dass die sofortige Beschwerde Erfolg haben wird. Der Ausschluss des Angebotes der Bieterin wegen eines inhaltlich nicht den Anforderungen entsprechenden Eignungsnachweises zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Eine der drei von der Bieterin im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen genügt nicht den Anforderungen der Ausschreibung (§ 6a Nr. 3 lit. a VOB/A-EU). Die Leitsätze der Entscheidung sind unmissverständlich.

1. Die Teilnahme am Präqualifikationssystem dient der Entlastung des Bieters von der Beibringung der Eignungsnachweise, dient jedoch nicht ihrer Ersetzung. Diese Erleichterung in Bezug auf die Beibringung ändert aber nichts daran, dass die Erfüllung der Eignungskriterien grundsätzlich vom Bieter nachzuweisen ist.
2. Die inhaltlichen Anforderungen an die Eignung und ihre Nachweise müssen für jeden Bieter gleich sein, unabhängig davon, ob dieser präqualifiziert ist oder nicht. Auch bei einem präqualifizierten Bieter hat der öffentliche Auftraggeber daher zu prüfen, ob die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Nachweise, die in konkreten Verfahren geforderten Eignungsangaben und -nachweise abdecken.
3. Fordert der öffentliche Auftraggeber die Angabe dreier mit der zu vergebenden Leistung vergleichbarer Referenzen, kann nur der Bieter die verlangten Angaben allein mit Verweis auf seine Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis leisten, für den dort drei Nachweise über mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Leistungen hinterlegt sind. Die Eintragung ersetzt lediglich die Eintragung in der Eigenklärung Eignung.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellt auf den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter ab. Dabei erwarte jeder Bieter, gegen-

über anderen Bietern nicht benachteiligt zu werden. Aus diesem Grund können die inhaltlichen Anforderungen an den Eignungsnachweis nicht mit zweierlei Maß bemessen werden. Folglich müssen im Präqualifikationsverzeichnis eingetragene Bieter davon ausgehen, dass sie mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Aufträge vorweisen müssen, wenn von nicht eingetragenen Bietern drei derartige Nachweise verlangt werden. Das Oberlandesgericht bezeichnet es als geradezu lebensfremd, wenn ein Bieter die Vorstellung habe, dass sich die eigene Privilegierung durch Eintragung in die Liste eines Präqualifikationssystems nicht nur auf die Entlastung von der Beibringung im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegter Nachweise und Referenzen beziehe, sondern die Eintragung auch dazu führe, dass die inhaltlichen Anforderungen geforderter Referenzen gar nicht erfüllt werden müssten.

Die ausschreibende Stelle war auch nicht gehalten, die Bieterin vor dem Ausschluss ihres Angebotes zur Vorlage der fehlenden vergleichbaren Referenz aufzufordern. Die Regelung in § 13 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 16 Nr. 4 VOB/A-EU bezieht sich nicht auf Fälle, in denen geforderte Erklärungen und Nachweise zwar eingereicht wurden, diese aber inhaltlich nicht den Anforderungen entsprechen. Derartige Angebote sind auszuschließen, ohne einer Nachforderung zugänglich zu sein. Eine solche ist nur bei körperlich „fehlenden“ oder, wie es ausdrücklich in § 16 Nr. 1 VOB/A-EU heißt, bei „nicht vorgelegten“ Erklärungen oder Nachweisen zugelassen, nicht aber bei solchen, die tatsächlich vorgelegt, jedoch inhaltlich unzureichend sind (OLG Düsseldorf, Senatsbeschluss vom 27. November 2013, Verg 20/13; OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2012, 1 Verg 1/12).

4 Ausblick und Praxishinweise

In der Bauwirtschaft werden Stimmen laut, die in dem Beschluss des OLG Düsseldorf eine Rückkehr zum Bürokratismus sehen. Die Teilnahme an Präqualifikationssystemen dient schließlich der Entlastung des Bieters von der Beibringung der Eignungsnachweise. Entsprechend hat die Regelung des § 122 Abs. 3 GWB in Umsetzung von Art. 64 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU das Kartellrecht insgesamt für Präqualifikationssysteme geöffnet, ohne jedoch das konkrete Verfahren zu regeln. Präqualifikationsregelungen finden sich in den jeweils einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts, darunter § 33 Abs. 1, § 48 Abs. 8, 50 Abs. 3 Nr. 1 VgV, § 31 Abs. 1, § 48 SektVO, § 6 b Abs.

1 VOB/A. Vorgenannte Bestimmungen bleiben mit Ausnahme von § 48 SektVO betreffend das Qualifizierungssystem in ihrer Regelungsdichte deutlich hinter der Richtlinienvorgabe zurück. Im hier interessierenden Baubereich erfolgt die Präqualifikation etwa über den Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V., auf welchen in § 6 b EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ausdrücklich verwiesen wird. Für den Liefer- und Dienstleistungsbereich gibt es ebenfalls ein bundesweites Präqualifikationsverfahren.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat zur Teilnahme an Präqualifikationssystemen, wie bereits in der Vergangenheit einzelne Vergabekammern, klargestellt, dass diese zwar der Entlastung des Bieters von der Beibringung von Eignungsnachweisen dienen, diese jedoch nicht ersetzen. Die Erleichterung in Bezug auf die Beibringung ändert nämlich nichts daran, dass die Erfüllung der Eignungskriterien grundsätzlich vom Bieter nachzuweisen ist. Entsprechend muss auch der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit haben, im Verzeichnis hinterlegte Nachweise auf Vergleichbarkeit mit den vom ihm nach Art und Umfang geforderten Eignungsnachweisen prüfen zu können.

Der öffentliche Auftraggeber muss nur fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Bieter bei der Vergabe berücksichtigen und darf deshalb von den potenziellen Bietern die Abgabe einer Eigenklärung über die Eignung verlangen und zum Auftragsgegenstand vergleichbare Referenzen fordern. Reicht ein Bieter keine Referenzen ein und verweist stattdessen auf seine Präqualifikation, können nur die dort vorhandenen Referenzen geprüft werden. Genügen diese nicht den Ausschreibungsunterlagen, darf der Auftraggeber keine anderen Referenzen nachfordern (VK Hamburg, Beschluss vom 3. Januar 2020 – 60.29-319/2019.005).

Ausschreibende Stellen sollten auf eine ausreichende Transparenz bei der Abforderung von Referenzen achten und damit Missverständnissen über die Reichweite der Angabe einer PQ-Nummer vorbeugen. Bieter müssen zwingend beachten, dass allein die Präqualifikation nicht automatisch zur Eignung führt. Die im Präqualifikationsverfahren hinterlegten Eignungsnachweise müssen die Eignungsanforderungen der konkreten Ausschreibung abdecken. Andernfalls besteht die latente Gefahr eines Angebotsausschlusses, da die ausschreibenden Stellen bei ungeeigneten Referenzen nichts nachfordern dürfen. ■