

## **OLG Dresden (Vergabesenat), Beschluss vom 05.02.2021 – Verg 4/20**

### **Titel:**

Leistungen, Eintragung, Bieter, Vergabeverfahren, Auslegung, Vergabekammer, Ausschreibung, Vergabeunterlagen, Angebotsabgabe, Eignung, Leistung, Antragsgegner, Vergabe, Nachweis, berechtigtes Interesse, Entscheidung der Vergabekammer, drei Jahre

### **Rechtsgebiet:**

Privates Baurecht, Vergaberecht

### **Schlagworte:**

Leistungen, Eintragung, Bieter, Vergabeverfahren, Auslegung, Vergabekammer, Ausschreibung, Vergabeunterlagen, Angebotsabgabe, Eignung, Leistung, Antragsgegner, Vergabe, Nachweis, berechtigtes Interesse, Entscheidung der Vergabekammer, drei Jahre

### **vorgehend:**

VK Sachsen, Beschluss vom 02.11.2020 - 1/SVK/026-20

### **ECLI:**

ECLI:DE:OLGDRES:2021:0205.VERG4.20.0A

### **Tenor:**

1. Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 02.11.2020 (1/SVK/026-20) wird zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin trägt der Antragsgegner. Ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen der Antragsgegner und die Beigeladene jeweils selbst.
3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 40.000,00 EUR festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

**1**Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Ausschreibung sowohl von Bauleistungen als auch von Wartungs-/Instandhaltungsleistungen für einen Vertragszeitraum von vier Jahren im Rahmen der Baumaßnahme „...“.

**2**Die EU-Bekanntmachung für das Vergabeverfahren im Rahmen eines offenen Verfahrens datiert vom 25.05.2020. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Im Abschnitt III („Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben“) heißt es unter III. 1.2. („Teilnahmebedingungen; Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“):

„Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Die Eignung ist durch Eintragung in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) oder Eigenerklärung gem. Formblatt 124 (Eigenerklärungen zur Eignung) nachzuweisen.

Gelangt das Angebot eines nicht präqualifizierten Bieters in die engere Wahl, sind die im Formblatt 124 angegebenen Bescheinigungen innerhalb der gesetzten angemessenen Frist nach Aufforderung vorzulegen. Beruft sich der Bieter zur Erfüllung des Auftrages auf die Fähigkeiten anderer Unternehmen, ist die jeweilige Nummer im Präqualifikationsverzeichnis oder es sind die Erklärungen und Bescheinigungen gemäß dem Formblatt 124 auch für diese anderen Unternehmen auf Verlangen vorzulegen.“ Derselbe Text findet sich unter III.

1.3. („Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“).

**3** Im Vorfeld ihrer Angebotsabgabe beanstandete die Antragstellerin diese Vorgabe nicht. Mit ihrem Angebot vom 23.06.2020 reichte die Antragstellerin auch das am selben Tag von ihrem Geschäftsführer unterschriebene Formblatt 124 ein, worin sie unter der Rubrik

„Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren, 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“ dreimal „0 Euro“ angab. Ferner bestätigte die Antragstellerin mit der Unterschrift ihres Geschäftsführers unter das Formblatt 124 folgende „Angaben zu Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind“: „Ich/Wir erkläre(n), dass ich/wir in den letzten fünf Kalenderjahren bzw. dem in der Auftragsbekanntmachung angegebenen Zeitraum vergleichbare Leistungen ausgeführt habe/haben.“

Bei einem Teilnahmewettbewerb füge(n) ich/wir meinem/unserem Teilnahmeantrag eine Referenzliste bei.

Falls mein/unser Teilnahmeantrag/Angebot in die engere Wahl kommt, werde ich/werden wir drei Referenznachweise mit mindestens folgenden Angaben vorlegen: ...“

**4** Ferner bestätigte die Antragstellerin mit dem Formblatt 124 folgende „Angaben zu Arbeitskräften“: „Ich/Wir erkläre(n), dass mir/uns die für die Ausführung der Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte zur Verfügung stehen.“

Falls mein/unser Teilnahmeantrag/Angebot in die engere Wahl gelangt, werde ich/werden wir die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Kalenderjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte gegliedert nach Lohngruppen mit extra ausgewiesinem Leitungspersonal angeben.“

**5** Auf Nachforderung des Antragsgegners reichte die Antragstellerin einen Handelsregisterauszug und die Gewerbeanmeldung nach. Daraus war ersichtlich, dass sie ihre Geschäftstätigkeit am 01.08.2019 aufgenommen hatte.

**6** Im Ergebnis der Angebotseröffnung ergab sich, dass das Angebot der Antragstellerin den niedrigsten Preis hatte, gefolgt vom Angebot der Beigeladenen. Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 06.08.2020 gemäß § 134 GWB mit, er beabsichtige den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin könne nicht berücksichtigt werden, weil begründete Zweifel an ihrer Eignung bestünden im Hinblick auf Fachkunde und Leistungsfähigkeit hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Die Antragstellerin habe die geforderten Eignungsnachweise entsprechend dem Formular 124 nicht übermittelt. Der Nachweis (des vergleichbaren Umsatzes) der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre sei nicht erbracht worden, da

das Unternehmen nach Eintragung in der Gewerbeanmeldung vom 05.08.2020 erst seit dem 01.08.2020 (gemeint war 2019) bestehe bzw. für diese Tätigkeit eingetragen sei.

**7** Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 12.08.2020 den Angebotsausschluss als vergaberechtswidrig. Sie habe das Formblatt 124 korrekt ausgefüllt, welches kein Eignungskriterium enthalte, dass die Bieter eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit aufweisen müssten. Nachdem die Antragstellerin erst seit August 2019 am Markt tätig sei, habe sie bei Angebotsabgabe keine Umsätze aus einem abgeschlossenen Geschäftsjahr erzielt und deswegen im Formblatt „0 Euro“ angegeben.

**8** Der Antragsgegner wies die Rüge mit Schreiben vom 14.08.2020 zurück und führte aus, in der Ausschreibung sei eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit als Eignungskriterium auf der Grundlage von § 6a EU Nr. 2c VOB/A enthalten gewesen, weshalb das Angebot der Antragstellerin, welche eine vergleichbare Geschäftstätigkeit nicht vorweisen könne, zwingend auszuschließen gewesen sei.

**9** Mit dem Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 14.08.2020 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer. Sie rügte den Ausschluss ihres Angebotes durch den Antragsgegner als vergaberechtswidrig. In der Auftragsbekanntmachung sei kein Eignungskriterium dahin enthalten gewesen, der Bieter müsse eine der Ausschreibung vergleichbare Geschäftstätigkeit in den letzten drei Jahren entfaltet haben. Vielmehr habe zur Nachweisführung eines nicht präqualifizierten Bieters wie der Antragstellerin allein die Abgabe einer Eigenerklärung entsprechend dem Formblatt 124 ausgereicht, welches die Antragstellerin ordnungsgemäß ausgefüllt habe. Auch nach § 6a EU Nr. 2c VOB/A, welchem das Formblatt 124 nachgebildet sei, könnten die Angaben des Bieters nur dann gefordert werden, wenn sie bei diesem verfügbar seien. Entsprechend sei es auch in § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV geregelt. In einem weiteren Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28.10.2020 hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vorgetragen, mit Erklärung vom 23.09.2020 habe die von ihr beauftragte ... Steuerberatungsgesellschaft mbH die Erstellung des Jahresabschlusses für das Rumpfgeschäftsjahr 2019 per 31.12.2019 bestätigt. Danach habe der Jahresumsatz im Rumpfgeschäftsjahr 2019 insgesamt 165.505,63 € betragen. Bei dieser Summe handele es sich um den Betrag, der im Formblatt 124 für das Rumpfgeschäftsjahr 2019 nunmehr vorzusehen wäre, weil die Antragstellerin ausschließlich Leistungen erbracht habe, die mit den im Rahmen des Auftrages zu vergebenden Leistungen vergleichbar seien. Daraus ergebe sich, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits wirtschaftlich im Rahmen des zu vergebenden Auftrages tätig gewesen sei. Für das erste Halbjahr 2020 könne gesagt werden, dass Umsätze von ca. 1.093.347,00 € erzielt worden seien.

**10** Der Antragsgegner und die Beigeladene traten dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin entgegen.

**11** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und der vor der Vergabekammer gestellten Anträge wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses der 1.

**12** Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 02.11.2020 Bezug genommen.

**13** Die Vergabekammer hat mit ihrem Beschluss festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt sei, und hat den Antragsgegner verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Durchführung der Eignungsprüfung zurückzuversetzen und die Eignungsprüfung

der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

**14**Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei zulässig, weil die Antragstellerin antragsbefugt und mit dem geltend gemachten Vergaberechtsverstoß nicht präkludiert sei. Der Nachprüfungsantrag sei zudem begründet, denn die Auftragsbekanntmachung enthalte kein Eignungskriterium der mindestens dreijährigen vergleichbaren Geschäftstätigkeit, so dass die Antragstellerin nicht mit dem Verweis darauf ausgeschlossen werden könne, sie sei noch keine drei Jahre am Markt tätig. Die Antragstellerin habe vielmehr einen Anspruch auf ergebnisoffene Eignungsprüfung, welche ihr vom Antragsgegner nicht gewährt worden sei. Der Vergaberechtsverstoß könne auch nicht durch das Nachschieben von Gründen von Seiten des Antragsgegners geheilt werden, weil dies zwar in Betracht käme, wenn die getroffene Entscheidung der Vergabestelle inhaltlich richtig wäre, die Vergabestelle ihre entsprechend nicht zu beanstandenden Ermessens- und Gestaltungserwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens ergänzt bzw. präzisiert hätte und eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine Anordnung der Vergabekammer eine reine Förmeli darstellen würde. Hier habe aber der Antragsgegner ausweislich der Vergabeakte überhaupt keine materielle Eignungsprüfung durchgeführt und auch keine Ermessenserwägungen angestellt, sondern den Ausschluss lediglich damit begründet, dass die Antragstellerin formale Bedingungen der Vergabe nicht erfüllt habe bzw. zwingend aufgrund ihrer Newcomer-Eigenschaft auszuschließen sei.

**15**Gegen den ihm am 03.11.2020 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat der Antragsgegner mit dem am 16.11.2020 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tage sofortige Beschwerde eingelegt.

**16**Er trägt vor, der Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sei bereits unzulässig, weil er sich gegen (vermeintliche) Verstöße gegen Vergabevorschriften richte, welche aus der Auftragsbekanntmachung erkennbar gewesen, vom Antragsteller aber nicht bis spätestens zur Angebotsabgabe gegenüber dem Antragsgegner gerügt worden seien. Auch wenn die Auftragsbekanntmachung nicht ausdrücklich die Erklärung enthalte, Mindestanforderung für die Bieter sei eine dreijährige Geschäftstätigkeit auf dem Gebiet von Leistungen, die mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar seien, ergebe sich dies doch im Rahmen einer Auslegung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere des Formblattes 124 und sei deswegen für die Antragstellerin erkennbar gewesen. Die im Formblatt 124 abzugebenden Angaben zum Umsatz der letzten drei Jahre seien nur mit einer bereits mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit der Bieter zu vereinbaren, so dass dieser Zusammenhang für die Antragstellerin erkennbar gewesen sei. Es komme hinzu, dass die Antragstellerin auch die weitergehenden Angaben im Formblatt 124 mit ihrer Unterschrift bestätigt habe, wonach sie in den letzten fünf Kalenderjahren vergleichbare Leistungen ausgeführt habe, obwohl dies nach ihrem eigenen Bekunden unrichtig seien. Der Antragstellerin habe deshalb klar sein müssen, dass die Vergabeunterlagen über das Formblatt 124 einen Leistungsfähigkeitsnachweis von ihr verlangten, den sie objektiv nicht erfüllen konnte. Soweit sie die Meinung vertrat, diese Anforderungen seien vergaberechtswidrig, hätte sie dies bereits bis zur Angebotsabgabe rügen müssen.

**17**Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet und deswegen die sofortige Beschwerde begründet. Die über das Formblatt 124 vom Bieter geforderten Angaben zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ließen sich nicht anders verstehen, als dass der Bieter eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit auf dem Gebiet der

ausgeschriebenen Leistungen vorweisen können müsse. Andernfalls hätten die vom nicht präqualifizierten Bieter geforderten Erklärungen kaum einen Erklärungswert. Der Antragsgegner nimmt Bezug auf einen Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16.11.2011 (Verg 60/11), der einen vergleichbaren Fall betreffe. Dagegen sei der von der Vergabekammer angeführte Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.11.2014 (Verg 21/14) nicht einschlägig, weil dem Verfahren keine Bau-, sondern Dienstleistungsaufträge zugrunde lägen und die Entscheidung zu § 16 Abs. 5 VOL/A bzw. § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV ergangen sei. In diesen Regelungen sei aber im Unterschied zur Regelung in § 6a EU Nr. 2c VOB/A die Einschränkung enthalten, „sofern entsprechende Angaben verfügbar sind“, so dass sich die Entscheidung nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen lasse. Es komme hinzu, dass der dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.11.2014 (a.a.O.) zugrunde liegende Sachverhalt in einem weiteren Punkt entscheidend vom vorliegenden Sachverhalt abweiche, weil im dortigen Vergabeverfahren selbst die Vergabestelle die Auffassung vertreten habe, mit dem von ihr verwendeten Formblatt keine Mindestanforderungen an die Geschäftstätigkeit festgelegt zu haben.

**18** Weiterhin sei die Festlegung einer Mindestanforderung der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit mit vergleichbaren Leistungen nicht vergaberechtswidrig, weil es ein berechtigtes Interesse eines Auftraggebers sei, die Geeignetheit eines Unternehmens danach zu bewerten, ob und in welchem Umfang dieses den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbare Arbeiten in den zumindest drei vorangegangenen Geschäftsjahren erbracht habe. Bei Aufträgen wie dem vorliegenden, in welchem es um Leistungen zur Ausführung der Reinstgasversorgung von Laborgebäuden eines universitären Forschungsbetriebes geht, habe der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran, dass die Arbeiten von Unternehmen ausgeführt würden, die den daraus folgenden Anforderungen auch in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht gewachsen seien. Einen Mindestumsatz habe der Antragsgegner hingegen nicht festgelegt.

**19** Schließlich sei festzuhalten, dass die Antragstellerin in ihrer mit dem Angebot abgegebenen Eigenerklärung unrichtige Angaben gemacht habe, nämlich hinsichtlich der vergleichbaren Leistungen in den letzten fünf Jahren und der Ankündigung der Angabe der beschäftigten Arbeitskräfte für den Fall, dass ihr Angebot in die engere Wahl gelangt. Zudem sei nach ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren überdies auch die Angabe zum Umsatz von „0 Euro“ für das Jahr 2019 unrichtig. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 23.06.2020 sei das Geschäftsjahr 2019 abgeschlossen gewesen, in welchem die Antragstellerin nach ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren einen Umsatz i.H.v. rund 165.000,00 € brutto erzielt habe. Die Angabe in der Eigenerklärung sei danach unrichtig.

**20** Der Antragsgegner beantragt,

den Beschluss der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 02.11.2020 (1/SVK/026-20) abzuändern und den Vergabenachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

**21** Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

**22** Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vortrages.

**23** Die Beigeladene hat (im Sinne der Beschwerde) Stellung genommen, von einer eigenen Antragstellung indes abgesehen.

II.

**24** Die gemäß §§ 171, 172 GWB form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige sofortige Beschwerde des Antragsgegners hat in der Sache keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 14.08.2020 ist in dem von der Vergabekammer im Beschluss vom 02.11.2020 tenorisierten Umfang begründet, weil der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin wegen fehlender Eignung nach § 16b EU Abs. 1 VOB/A durch den Antragsgegner rechtswidrig ist.

**251)** § 122 Abs. 1 GWB und §§ 2 EU Abs. 3, 16b EU Abs. 1 VOB/A sehen die Vergabe des Auftrages (nur) an geeignete Unternehmen vor. Im Rahmen von § 122 Abs. 2 GWB können dafür Eignungskriterien festgelegt werden, welche in der Ausschreibung aufzuführen sind. Die Kategorien der Eignungskriterien werden in §§ 44 ff. VgV näher ausgestaltet. Dabei wird auch festgelegt, welche Unterlagen der Auftraggeber zum Nachweis der Eignung fordern darf (vgl. § 6a EU VOB/A). Möglich ist nach § 122 Abs. 3 GWB auch der Eignungsnachweis über ein Präqualifizierungssystem (§§ 48 Abs. 8 VgV, 6b EU Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VOB/A), wobei in solchen Fällen die Alternative der einzelnen Nachweisführung besteht, wie dies auch im Abschnitt III der Auftragsbekanntmachung vom 25.05.2020 geregelt ist. Aus den Vergabeunterlagen muss dabei für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, welche Voraussetzungen sie erfüllen müssen, um den Auftrag erhalten zu können, und welche Erklärungen und Nachweise hierzu von ihnen verlangt werden. Die Vergabestellen trifft die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüche zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 03.04.2012, X ZR 130/10, NZBau 2012, 513 Rdn. 9; Beschluss vom 06.10.2020, XIII ZR 21/19, NZBau 2021, 57 Rdn. 8).

**262)** Im vorliegend zu beurteilenden Ausschreibungsverfahren hat der Antragsgegner nicht ausdrücklich die Eignungskriterien benannt, sondern vielmehr im Abschnitt III. unter der Überschrift „Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien“ bestimmt, dass vom Bieter die Eignung durch die Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis oder durch Eigenerklärungen im Formblatt 124 nachzuweisen ist.

**27** Eignungskriterien werden danach vom Antragsgegner nicht ausdrücklich formuliert. Vielmehr muss aus dem Umfang der von den Bieter vorzulegenden Unterlagen und abzugebenden Erklärungen ein Rückschluss auf den Inhalt des Eignungskriteriums gezogen werden. Dabei ist zu beachten, dass der Erklärungswert von Angebotsunterlagen anhand der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist (vgl. BGH, Urteil vom 10.06.2008, X ZR 78/07, NZBau 2008, 592 Rdn. 10; OLG Naumburg, Beschluss vom 09.08.2019, 7 Verg 1/19, NZBau 2020, 327 Rdn. 32). Zwar sind die Angebotsunterlagen selbst keine Angebote i.S.v. §§ 145 ff. BGB, sie bilden die von den Bieter einzureichenden Angebote aber gleichsam spiegelbildlich ab. Aus diesem Grunde und in Anbetracht der Ausschlussanktion müssen die Bieter den Unterlagen klar und eindeutig entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe verlangt werden. Bedürfen die Vergabeunterlagen der Auslegung, ist dafür der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestehenden Adressatenkreises maßgeblich.

**28** Nach diesen Kriterien ergibt die Auslegung der Angebotsunterlagen im vorliegenden Verfahren einschließlich des Inhaltes des Formblattes 124 entgegen der Auffassung des Antragsgegners nicht, dass darin ein Eignungskriterium der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit der Bieter auf dem Gebiet formuliert wurde, welches Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen ist. Der Wortlaut der Abfrage des Umsatzes des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren im Formblatt 124 (in Verbindung mit

dem Verzicht auf die Angabe eines Mindestumsatzes) erlaubte den Bieter die Eintragung der Zahl „0“, so dass mit ihm die Festlegung einer Mindestanforderung für die Geschäftstätigkeit nicht verbunden war (in diesem Sinne auch der von der Vergabekammer zitierte Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.11.2014, Verg 21/14, BeckRS 2015, 11625 für die Verwendung eines ähnlichen Formblattes; ähnlich auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2014, Verg 18/14, BeckRS 2016, 15869 unter B 2b der Gründe).

**29**3) Entgegen der vom Antragsgegner vertretenen Auffassung ergibt sich die Festlegung des Eignungskriteriums einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit der Bieter auch nicht aus dem Umstand, dass das Formblatt 124 Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bieter gestellt habe und deswegen ohne weiteres deutlich gewesen sei, dass diese Anforderungen an die für den Auftrag geeigneten Unternehmen nur von solchen mit mindestens dreijähriger Geschäftstätigkeit bei vergleichbaren Leistungen hätten erfüllt werden können. Denn es wird eben nicht nach der Geschäftstätigkeit, sondern nach dem Umsatz gefragt, ohne dass der Bieter daraus eindeutig erkennen könnte oder gar müsste, dass die Angabe irgendeines einschlägigen Umsatzes, gleich in welcher Höhe, in jedem der letzten drei Geschäftsjahre als zwingende Eignungsvoraussetzung angesehen werde (zumal eine Angabe sehr niedriger Umsätze eine sinnvolle Eignungsbeurteilung kaum zu fördern geeignet gewesen wäre.). Hingegen ergibt sich weder aus der Auftragsbekanntmachung noch aus dem Formblatt 124 zweifelsfrei, ob ein im Sinne des Antragsgegners verstandener Eignungsnachweis als Beleg der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit zuzuordnen wäre. In Abschnitt III der Auftragsbekanntmachung wird sowohl für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit als auch für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in gleicher Weise auf entweder die Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis oder auf die Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 Bezug genommen. Die Zuordnung der angeblich fehlenden Erklärung der Antragstellerin zu ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ergibt sich eindeutig erst aus dem Inhalt des Informationsschreibens des Antragsgegners nach § 134 GWB vom 06.08.2020, in welchem er zur Erläuterung des Angebotsausschlusses auf seine Zweifel an der Eignung in Bezug auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verweist.

**30**Ohne entsprechende Zuordnung in den Vergabeunterlagen liegt es auch nicht auf der Hand, dass ein Eignungskriterium des Inhaltes, dass der Bieter über eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit auf dem einschlägigen Gebiet verfügen muss, dem Bereich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit zuzuordnen wäre. Vielmehr könnte dieses Eignungskriterium, solange es nur um das Ob einer mehrjährigen Tätigkeit geht, gerade unter den Gesichtspunkt der Erfahrung und der Kenntnisse des Unternehmens auch in den Bereich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit fallen. Dem Bereich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters wäre das Eignungskriterium einer mehrjährigen einschlägigen Geschäftstätigkeit hingegen erst dann ohne weiteres und ohne nähere Klarstellung zuzuordnen, wenn es mit einem Mindestumsatz kombiniert würde, weil sich auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit aus einer mehrjährigen und in ihrem Umfang erheblichen Geschäftstätigkeit schließen lässt, nicht aber aus sporadischer bzw. geringfügiger Tätigkeit auf einem Gebiet bestimmter Leistungen. Einen Mindestumsatz aber hat der Antragsgegner im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gerade nicht festgelegt, worauf er in der Beschwerdeschrift vom 16.11.2020 und auch im Rahmen der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 21.01.2021 ausdrücklich hingewiesen hat. Wenn jedoch aus einer mehrjährigen einschlägigen Geschäftstätigkeit des

Bieters ohne Mindestumsatz nicht ohne weiteres auf seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit geschlossen werden kann, dann muss auch die Frage nach einer wie hier gestalteten Eigenerklärung des Bieters im Formblatt 124 von diesem nicht mit der für den Inhalt von Vergabeunterlagen notwendigen Klarheit als Begründung eines entsprechenden Eignungskriteriums verstanden werden. Die Antragstellerin musste daher eine Eignungsanforderung nach einer einschlägigen Geschäftstätigkeit von zumindest drei Jahren in das vom Antragsgegner verwendete Formblatt 124 nicht von sich aus „hineinlesen“.

**314)** Der Antragsgegner beruft sich demgegenüber zu Unrecht auf den Inhalt des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 16.11.2011 (Verg 60/11, BeckRS 2011, 27252), weil dieser Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde lag, welcher mit der hier zu bewertenden Situation nicht vergleichbar ist. So führt das OLG Düsseldorf für die Vergabebekanntmachung in seinem Fall aus (a.a.O., unter II. 1a der Gründe): „Sie ist nach den Umständen im Sinne einer Mindestanforderung zu verstehen und von allen Bieter so auch aufgefasst worden.“ Wenn aber alle Bieter in einem konkreten Ausschreibungsverfahren eine Vergabebestimmung in demselben Sinne verstanden haben, entspricht es den insoweit anwendbaren Grundsätzen der Auslegung von Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB, sie genau in diesem Sinne auszulegen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 07.12.2001, V ZR 65/01, NJW 2002, 1038, 1039), was das OLG Düsseldorf im Beschluss vom 16.11.2011 (a.a.O.) dann auch konsequenterweise getan hat. Im vorliegenden, vom Senat zu beurteilenden Sachverhalt ist ein solches übereinstimmendes Verständnis aller Bieter aber gerade nicht festzustellen, so dass eine Übernahme der Auffassung des OLG Düsseldorf aus dem Beschluss vom 16.11.2011 (a.a.O.) ausscheidet.

**32)** Dagegen ist dem auf Seite 7 der Beschwerdebegründung vom 16.11.2020 dargelegten Argument des Antragsgegners, der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.11.2014 (a.a.O.) sei - anders als die Entscheidung vom 16.11.2011 (a.a.O.) - nicht einschlägig, weil er nicht zu einem Bau-, sondern zu einem Dienstleistungsauftrag ergangen sei und deshalb die Regelung in § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV zur Anwendung gekommen sei, während im vorliegenden Falle die inhaltlich abweichende Regelung in § 6a EU Nr. 2c VOB/A einschlägig sei, nicht zu folgen.

**33)** Richtig ist zwar, dass beide Regelungen vorsehen, dass die Vergabestelle als Beleg der erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters eine Erklärung über den Umsatz des Unternehmens jeweils bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre verlangen kann, die Regelung in § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV indes im Unterschied zu § 6a EU Nr. 2c VOB/A die Einschränkung enthält „sofern entsprechende Angaben verfügbar sind“.

**34)** Allerdings regeln beide Vorschriften lediglich, wie weit die Vergabestelle bei der Anforderung von Unterlagen zum Nachweis der Eignung gehen kann, wo also die Grenzen der Nachfrage nach Angaben liegen, beantworten aber gerade nicht die hier im Zentrum der Überlegungen stehende Frage, welchen konkreten Inhalt die Vergabeunterlagen in Bezug auf die Bestimmung eines Eignungskriteriums hatten, was also konkret nachgefragt wurde. Deshalb kommt es für die hier entscheidende Frage der Auslegung der Vergabeunterlagen nicht auf die Frage an, ob es sich bei dem auszuschreibenden Auftrag um einen Bau- oder Dienstleistungsauftrag handelte; dieses Argument steht deshalb der Heranziehung der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 05.11.2014 (a.a.O.) für den vorliegenden Fall nicht entgegen.

**35)** Schließlich ergibt sich auch aus der Gesamtschau der im Formblatt 124 geforderten Angaben zu den Umsätzen einerseits in Verbindung mit den weiteren Angaben des Bieters

zu „Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind“ andererseits nicht die Begründung eines Eignungskriteriums der mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit auf dem einschlägigen Gebiet für die an der Ausschreibung teilnehmenden Bieter.

**36** Es ist zwar richtig, dass die Antragstellerin mit ihrer Unterschrift unter das Formblatt 124 auch die Erklärung abgegeben hat, dass sie in den letzten fünf Kalenderjahren vergleichbare Leistungen ausgeführt hat und sich verpflichtet, für den Fall, dass ihr Angebot in die engere Wahl kommt, drei Referenznachweise vorzulegen. Aus diesen Erklärungen folgt aber gerade nicht, dass der Bieter eine mindestens dreijährige einschlägige Geschäftstätigkeit vorzuweisen hat, weil er mit den zusätzlichen Erklärungen nur bekundet, dass er überhaupt Leistungen ausgeführt hat, welche mit denen in der Auftragsbekanntmachung formulierten vergleichbar sind. Dagegen erklärt der Bieter nicht, in jedem der letzten fünf Kalenderjahre solche Leistungen ausgeführt zu haben. Aus der Verpflichtung zur Vorlage von mindestens drei Referenznachweisen wird man zwar entnehmen können, dass eine Befassung des Bieters mit einer solchen Anzahl von Arbeiten erfolgt sein muss, was aber wiederum nicht bedeutet, dass die betreffenden Tätigkeiten innerhalb der letzten drei (oder fünf) abgeschlossenen Geschäftsjahre entfaltet worden sind. Vielmehr sollen lediglich Referenzen aus noch weiter zurückliegenden Jahren nicht vorgelegt werden können (in diesem Sinne auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.04.2015, 15 Verg 2/15, BeckRS 2015, 20649 Rdn. 23). Anderes lässt sich auch nicht der Erklärung der Bieter zu den in der Vergangenheit beschäftigten Arbeitskräften entnehmen.

**37** Im Ergebnis teilt der Senat deswegen die Auffassung der Vergabekammer, dass in der Auftragsbekanntmachung das vom Antragsgegner nunmehr geltend gemachte Eignungskriterium einer bereits mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit der Bieter auf dem von der Ausschreibung betroffenen Gebiet nicht enthalten ist. Auf das Fehlen einer durch ein solches Kriterium begründeten Eignung auf Seiten der Antragstellerin kann demzufolge der Antragsgegner ihren Ausschluss aus dem vorliegenden Vergabeverfahren nicht stützen, weswegen das Verfahren in den Stand vor dem Eignungsausschluss zurückzuversetzen ist, wie dies im Beschluss der Vergabekammer vom 02.11.2020 tenoriert wurde.

**38** Zu Unrecht macht der Antragsgegner auch geltend, die Antragstellerin habe das Formblatt 124 fehlerhaft ausgefüllt.

**39** Legt man die Angaben der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer zugrunde, hat sie nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit im August 2019 Leistungen ausgeführt, welche mit dem Gegenstand des Auftrages vergleichbar waren, so dass die Erklärung zu den entsprechenden Leistungen in den letzten fünf Kalenderjahren zutreffend war. Auch die Angabe eines Umsatzes von Null für die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre ist im Ergebnis nicht unrichtig, weil zwar das Rumpfgeschäftsjahr 2019 tatsächlich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 23.06.2020 abgeschlossen war, der Antragstellerin aber aufgrund der bis dahin noch nicht bestätigten Bilanz keine seriösen Zahlen vorlagen, welche sie in das Formblatt 124 hätte einfügen können.

III.

**40** Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 175 Abs. 2 und 71 GWB, die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren auf § 50 Abs. 2 GKG.

Zitiervorschlag:

OLG Dresden Beschl. v. 5.2.2021 – Verg 4/20, BeckRS 2021, 2556