

Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	08.06.2022
Aktenzeichen:	VII-Verg 19/22, Verg 19/22
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 133 BGB, § 157 BGB, § 97 Abs 2 GWB, § 122 Abs 1 GWB, § 122 Abs 2 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2022 – VII-Verg 19/22 –, juris

Fundstellen

ZfBR 2022, 600-604 (red. Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Kommentare

Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht

● Summa, 6. Auflage 2022, § 122 GWB

Praxisreporte

Manuel Zimmermann, jurisPR-VergR 8/2022 Anm. 1 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Manuel Zimmermann, jurisPR-VergR 8/2022 Anm. 1 (Anmerkung)

Tenor

Der Antragsgegnerin wird in dem Vergabeverfahren ... Erneuerung der Fahrzeugrückhaltesysteme ..., vorab gestattet, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung ... im offenen Verfahren die Erneuerung der Fahrzeugrückhaltesysteme im Mittelstreifen aus Beton und am äußeren Fahrbahnrand aus Stahl ...
- 2 Einziges Zuschlagskriterium ... war der Preis ... (Ziff. 11.2.5. der Bekanntmachung). Die Bekanntmachung enthielt in Ziffer III.1.3, Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, einen direkten Link zur Eigenerklärung Eignung. Deren Ziffer I. war mit „Verpflichtende Eignungsnachweise“ mit dem Klammerzusatz „Angaben sind immer vorzunehmen, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist“ überschrieben. In Ziffer 1.4., Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, wurde die Vorlage geeigneter Referenzen über die Ausführung von Bauleistungen in den letzten fünf Kalenderjahren, die mit der zu vergabenden Leistung vergleichbar sind, gefordert, wobei Angaben zu drei Referenzen einzutragen waren.
- 3 Die Antragstellerin reichte fristgerecht ein Angebot ein, in dem sie ihre Präqualifizierungsnummer angab. Der PQ-Eintrag umfasst u.a. die Leistungsbereiche ... Ausstattung von Straßen und ... umfassende Bauleistungen für Fernstraßen und Straßen. Für den ein-

schlägigen Leistungsbereich Ausstattung von Straßen sind drei Leistungen aus dem Bereich Fahrzeugrückhaltesysteme eingetragen. Dabei handelt es sich um Schutzplankenarbeiten an der Bundesautobahn ... zwischen der Rastanlage ... und ... über 13.000 Meter mit einem Auftragsvolumen von 1.500.000 Euro, Schutzplankenarbeiten an der Bundesautobahn ... Rastanlagen ... und ... über 13.000 Meter mit einem Auftragsvolumen von 1.230.000 Euro und Schutzplankenarbeiten an der Bundesautobahn ... im Bereich der Anschlussstelle R. über 611 Meter mit einem Auftragsvolumen von 220.000 Euro.

- 4 Mit Schreiben vom 14. Februar 2022 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 134 GWB, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag nicht auf ihr Angebot zu erteilen. Es lägen keine drei vergleichbaren Referenzen vor. Aus dem PQ-Verzeichnis vergleichbar seien nur die 13.000 Meter Schutzplankenarbeiten an der Bundesautobahn ... der Rastanlage ... und dem ... und die 13.000 Meter Schutzplankenarbeiten an der Bundesautobahn ... zwischen den Rastanlagen ... und Die weitere Referenz betreffend die Erneuerung der Schutteinrichtung der Anschlussstelle ... umfasse hinsichtlich des Leistungsumfangs weniger als zehn Prozent der zu vergebenden Leistung. Es sei daher beabsichtigt der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Deren im Schreiben genannter Angebotspreis liegt geringfügig über dem der Antragstellerin.
- 5 Mit Schreiben vom 16. Februar 2022 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Bezuschlagung des Angebots der Beigeladenen. Ihr Angebot sei preisgünstiger. Ein Ausschluss sei nicht erfolgt, dem Informationsschreiben sei lediglich zu entnehmen, dass eine Referenz weniger als zehn Prozent der hier zu vergebenden Leistung umfasse. Letztendlich ändere dies aber an ihrer Eignung ohnehin nichts, da sie präqualifiziert sei und Referenzen nicht gefordert seien. Mit Schreiben vom 22. Februar 2022 schloss die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin wegen unzureichendem Eignungsnachweis aus. Von den im Präqualifikationsverzeichnis gelisteten Leistungen müssten drei mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sein, was bezüglich der dort hinterlegten Schutzplankenarbeiten im Bereich der Anschlussstelle R. nicht der Fall sei. Einem weiteren anwaltlichen Rügeschreiben vom 22. Februar 2022 war ebenfalls kein Erfolg beschieden.
- 6 Die Antragstellerin beantragte darauf am 24. Februar 2022 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, das sie gegen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Antragsgegnerin richtete, mit dem Ziel, dieser aufzugeben, ihr Angebot in der Wertung zu belassen. Zu dessen Begründung führte sie aus, es fehle bereits an einem Ausschluss, das entsprechende Feld in der Mitteilung vom 14. Februar 2022 sei nicht angekreuzt gewesen. Ihr Angebot könne nicht wegen angeblich fehlender Referenzen unberücksichtigt bleiben. Von präqualifizierten Unternehmen sei an keiner Stelle die Vorlage von Referenzen gefordert gewesen. Soweit in der Eigenerklärung Eignung drei vergleichbare Referenzen anzugeben gewesen seien, sei diese Erklärung gerade abzugeben gewesen, falls keine PQ-Nummer vorhanden wäre. Dies decke sich mit den EU-Teilnahmebedingungen, nach denen präqualifizierte Unternehmen den Nachweis ihrer Eignung durch Eintrag in die Liste des Vereins für Präqualifikation führten. So sehe dies auch § 6b Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU vor, von der in § 6a Nr. 3 lit. a VOB/A-EU vorgesehenen Möglichkeit, auch von präqualifizierten Bietern weitere Nachweise zu fordern, habe die Auftraggeberin gerade keinen Gebrauch gemacht. Doch selbst wenn man eine Forderung dreier vergleichbarer Referenzen auch von präqualifizierten Bietern annehmen wolle, fehle es jedenfalls an der nach § 16 VOB/A-EU vor einem Ausschluss erforderlichen Nachforderung, auf die hin sie ausreichende Referenzen vorlegen werde. Im Übrigen seien aber auch die von ihr

hinterlegten Referenzen durchaus vergleichbar. Der geringere Umfang der Schutzplanarbeiten im Bereich der Anschlussstelle ... rechtfertige Zweifel an ihrer Leistungsfähigkeit nicht, entscheidend sei die technische Vergleichbarkeit. Wer 600 Meter bauen könne, könne auch 12 Kilometer bauen.

- 7 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 6. April 2022 der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Antragsgegnerin, aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Antragsgegnerin sei die Bundesrepublik Deutschland. Zwar werde in der Auftragsbekanntmachung unter 1.1 die Antragsgegnerin genannt, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe werde jedoch darauf hingewiesen, dass der Auftrag im Namen und für Rechnung der Bundesrepublik Deutschland vergeben werde. In der Sache sei der Nachprüfungsantrag begründet. Dass auch präqualifizierte Unternehmen gegebenenfalls Referenzen vorzulegen hätten, sei in der Auftragsbekanntmachung nicht transparent gefordert. Zwar sei die über einen Direktlink unmittelbar abrufbare Eigenerklärung Eignung Teil der Bekanntmachung, auch werde dort unter Punkt I.4 die Vorlage vergleichbarer Referenzen gefordert. Allerdings enthalte das Formular schon zu Beginn die Einschränkung, dass Angaben nur dann vorzunehmen seien, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert sei. Es werde folglich schlicht auf das Vorhandensein beziehungsweise das Nichtvorhandensein einer PQ-Qualifizierung abgestellt. Dieses Verständnis stützen auch die EU-Teilnahmebedingungen, nach deren Punkt 7.1 präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung durch Eintrag in die Liste führten.
- 8 Gegen diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin als Vertreterin der Bundesrepublik Deutschland fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt und diese mit einem Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen verbunden. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die in § 122 Abs. 3 GWB geschaffene Möglichkeit, den Nachweis der Eignung durch die Teilnahme an einem Präqualifikationssystem zu erbringen, ändere an der grundsätzlichen Pflicht des Bieters zum Nachweis seiner Eignung nichts, wie Erwägungsgrund 84 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU klarstelle. Elemente der Prüfung, wie die Vergleichbarkeit der im PQ-Verzeichnis hinterlegten Leistungen mit der ausgeschriebenen, die nach § 6a Nr. 3 lit. a VOB/A-EU Grundlage des Nachweises seien, würden durch Präqualifikationsprüfung nicht abgedeckt, und müssten daher positiv festgestellt werden. Diese Prüfung erschöpfe sich auch nicht in der Frage, ob sie dem gleichen Leistungsbereich entspreche, sondern umfasse auch die Prüfung der Vergleichbarkeit nach Umfang und Auftragswert. Anderes sei auch der in Bezug genommenen Eigenerklärung Eignung nicht zu entnehmen. Danach hatten auch im Präqualifikationsverzeichnis eingetragen Unternehmen die Angaben vorzunehmen gehabt, „soweit“ sie nicht PQ-qualifiziert sind. Soweit diese Unternehmen folglich nicht für die unter Punkt 1.4 geforderten drei vergleichbaren Referenzen präqualifiziert waren, hätten sie folglich vergleichbare unter 1.4 angeben müssen. Dies gelte hinsichtlich der Antragstellerin jedenfalls in Bezug auf Erneuerung der Schutzeinrichtung an der Anschlussstelle ..., die weniger als drei Prozent des ausgeschriebenen Auftragsvolumens abdecke. Über die Erfolgsaussichten hinaus seien die ausgeschriebenen Maßnahmen auch dringlich. Sie seien Teil einer Gesamtbaumaßnahme zur Wiederherstellung des Autobahnabschnitts mit einer stark geschädigten Fahrbahndecke, die wegen unterschiedlicher Griffbarkeit und mangelhaftem Wasserabfluss einen Unfallschwerpunkt bilde. Dabei müsse der Bauzeitraum wegen des ebenfalls unfallträchtigen Wegfalls einer Fahrspur und des Standstreifens so kurz wie möglich gehalten und möglichst vor Beginn des Winters abgeschlossen werden.

- 9 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 10 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes (Az.: VK 2 - 26/22) vom 6. April 2022 aufzuheben;
- 11 2. ihr zu gestatten, das Vergabeverfahren fortzusetzen und den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen;
- 12 3. die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Antrags auf Vorabgestattung der Antragstellerin aufzuerlegen.
- 13 Die Antragstellerin beantragt,
- 14 die sofortige Beschwerde sowie den Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags zurückzuweisen.
- 15 Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Die auf einen gerade nicht erklärten Angebotsausschluss hinauslaufende Nichtwertung ihres Angebots wegen fehlender Referenz sei von den Vergabeunterlagen nicht gedeckt. Die Antragsgegnerin habe von präqualifizierten Bietern gar keine Referenzen gefordert. „Soweit“ beziehe sich allein auf die Einschlägigkeit der Präqualifikation. Derart einschlägig präqualifizierte Bieter hatten Punkt I.4 der Eigenerklärung Eignung nicht auszufüllen. Von daher könne dahinstehen, ob auch von präqualifizierten Bietern vergleichbare Referenzen gefordert werden dürften. Es sei allerdings das Wesen der Präqualifikation, dass eine vollständige Vergleichbarkeit gerade nicht gegeben sein müsse. Diese verfolge das Ziel, den Bieter im Rahmen einer abstrakten vorgezogenen Eignungsprüfung von der Vorlage der Eignungsnachweise zu entlasten; sie sei gerade nicht auftragsbezogen.

II.

- 16 Der auf Vorabentscheidung über den Zuschlag gerichtete Antrag der Antragsgegnerin hat Erfolg.
- 17 1. Richtige Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin ist Die A. GmbH des Bundes.
- 18 a) Seit dem 1. Januar 2021 wird die Verwaltung der Bundesautobahnen gemäß Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG in Bundesverwaltung geführt. Nach § 1 Abs. 1 InfrGG hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Planung, den Bau, den Betrieb, die Erhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen, soweit es sich um Aufgaben des Bundes handelt, zur Ausführung auf eine Gesellschaft privaten Rechts übertragen. Das ist die am 13. September 2018 gegründete A. GmbH des Bundes, der die vorgenannten Aufgaben vollständig übertragen worden sind (Herber, NZV 2021, 57). Nach § 10 Abs. 2 FemstrÜG vom 14. August 2017 tritt die Gesellschaft des privaten Rechts im Sinne des InfrGG zum 1. Januar 2021 im Rahmen der ihr zur Ausführung übertragenen Aufgaben anstelle des bisher verfahrensbeteiligten öffentlichen Auftraggebers in die bis zum 31. Dezember 2020 bereits anhängigen Vergabe- und Gerichtsverfahren sowie in sonstige Verfahren und Rechtspositionen ein. Damit ist seit dem 1. Januar 2021 grundsätzlich Die A. GmbH des Bundes die richtige Antragsgegnerin (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Mai 2021, VII-Verg 13/21, NZBau 2021, 694 Rnrrn. 30, 31).

- 19 Etwas anderes ergibt sich vorliegend auch nicht aus den Vergabeunterlagen. Soweit es unter Ziffer D.1 der EU-Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes heißt, dass beabsichtigt sei, die oben genannten Leistungen im Namen und für Rechnung der Bundesrepublik Deutschland, diese vertreten durch Die A. GmbH des Bundes zu vergeben, ist dies nicht im Sinne einer echten Stellvertretung zu verstehen (Senatsbeschluss vom 6. April 2022, VII-Verg 32/21), sondern lediglich als Hinweis auf die Zuständigkeit des Bundes für den Autobahnbau in kostenrechtlicher Hinsicht. Vor dem Hintergrund des in § 1 Abs. 1 InfrGG, § 10 Abs. 2 FemstrÜG gesetzlich angeordneten vollständigen Übergangs in Bezug auf Planung, Bau, Betrieb und Erhaltung der Bundesautobahnen spricht nichts dafür, dass die vorliegend ausgeschriebenen Leistungen entgegen den gesetzlichen Vorgaben doch unmittelbar von der Bundesrepublik Deutschland beauftragt werden sollten.
- 20 b) Soweit die Vergabekammer die Bundesrepublik Deutschland als Antragsgegnerin im Rubrum aufgeführt hat, handelt es um eine Falschbezeichnung, die der Senat berichtigen kann (Senatsbeschluss vom 6. April 2022, VII-Verg 32/21).
- 21 Zwar ist der Nachprüfungsantrag explizit gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet, auch Prozesshandlungen sind jedoch auslegungsfähig und -bedürftig (Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., Vor § 128 Rn. 25). Bei verfahrenseinleitenden Anträgen ist davon auszugehen, dass die Partei das anstrebt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der Partei entspricht (BGH, NJW-RR 1995, 1183). So schadet eine falsche Bezeichnung des Antragsgegners, die zu den Formerfordernissen des § 161 Abs. 2 GWB gehört, dann nicht, wenn klar erkennbar ist, wer als der eigentliche Adressat des Antrags gemeint ist. In diesen Fällen kann trotz anders lautenden Nachprüfungsantrags der eigentliche Auftraggeber als Beteiligter benannt und das Rubrum entsprechend berichtigt werden. Dies gilt bei einer fehlerhaften Bezeichnung des Antragsgegners vor allem dann, wenn sich der Nachprüfungsantrag gegen den Vertreter statt gegen den vertretenen Antragsgegner richtet, aber nach den Umständen die Stellung als Vertreter erkennbar war und der Vertreter prozessführungsbefugt ist (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19, NZBau 2020, 670 Rn. 30, Rn. 31).
- 22 Es ist nicht ersichtlich, dass es der Antragstellerin gerade auf die Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland ankam, sondern sie hat den rechtlichen Bedeutungsgehalt der Erklärung unter Ziffer D.1 der EU-Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes, dass beabsichtigt sei, die oben genannten Leistungen im Namen und für Rechnung der Bundesrepublik Deutschland, diese vertreten durch Die A. GmbH des Bundes, zu vergeben, verkannt und im Sinne einer echten Stellvertretung verstanden. Wäre ihr bewusst gewesen, dass Die A. GmbH des Bundes nicht lediglich Vertreterin, sondern selbst die ausschreibende öffentliche Auftraggeberin ist, hätte sie den Antrag gegen diese gerichtet.
- 23 2. Die Voraussetzungen für eine Vorabgestattung des Zuschlags sind erfüllt. Nach § 176 Abs. 1 Satz 1 GWB kann das Gericht 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 die Erfolgsaussichten der Beschwerde das vorrangig zu bewertende Kriterium, dem bei der Gesamtabwägung das wesentliche Gewicht zukommt (Senatsbeschluss vom 9. Juli 2012, VII-Verg 18/12, BeckRS 2012, 23825). Je größer die Wahrscheinlichkeit für einen

Erfolg der sofortigen Beschwerde des Auftraggeber oder des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters im Sinne einer Zurückweisung des Nachprüfungsantrags ist, umso höher ist in der Regel auch das Interesse an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu gewichten und umgekehrt (Senatsbeschluss vom 28. Juni 2017, VII-Verg 24/17, Beck-
RS 2017, 119936 Rn. 10).

- 24 Der Senat ist hier auf der Grundlage der vorzunehmenden Interessenabwägung zu dem Ergebnis gelangt, dass das Interesse der Antragsgegnerin und der Allgemeinheit an einem raschen Fortgang und Abschluss des Vergabeverfahrens dem Interesse der Antragstellerin, den Abschluss des Vergabeverfahrens bis zur Hauptsacheentscheidung im Beschwerdeverfahren hinauszuschieben und solange ihre Chancen auf die Erteilung des Zuschlags zu wahren, überwiegt. Bei der erforderlichen Gesamtabwägung hat der Senat vor allem berücksichtigt, dass die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung gering sind und die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin dementsprechend aller Voraussicht nach Erfolg haben wird.
- 25 3. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat aller Voraussicht nach Erfolg. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen eines inhaltlich nicht den Anforderungen entsprechenden Eignungsnachweises zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden und verletzt sie daher nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.
- 26 a) Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin wegen eines inhaltlich nicht den Anforderungen entsprechenden Eignungsnachweises im Hinblick auf die geforderte technische und berufliche Leistungsfähigkeit ausgeschlossen. Bereits das Informationsschreiben vom 14. Februar 2022 enthält bei lebensnaher Betrachtung eine Ausschlussentscheidung. Ein potentieller Bieter, dessen objektiver Empfängerhorizont für das Verständnis von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) im Vergaberecht maßgeblich ist (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera), konnte die Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin wegen Nichtvorliegens dreier vergleichbarer Referenzen eigentlich nur im Sinne eines Ausschlusses wegen eines inhaltlich nicht den Anforderungen entsprechenden Eignungsnachweises verstehen. Ein Kreuz im Feld „Ihr Angebot wurde ausgeschlossen, weil Sie die von Ihnen geforderten ... Nachweise nicht fristgerecht vorgelegt ... haben“ war nicht veranlasst, weil die von der Antragstellerin im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten drei Referenzen nicht fehlen, sondern eine davon inhaltlich nicht den Anforderungen entspricht. Unabhängig davon hat die Antragsgegnerin in ihrem Antwortschreiben auf die Rüge der Antragstellerin vom 22. Februar 2022 gleich einleitend erklärt, dass das Angebot aufgrund der vorgenommenen Eignungsprüfung anhand des PQ-Nachweises auszuschließen sei.
- 27 b) Diese Ausschlussentscheidung ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Eine der drei von der Antragstellerin im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen genügt nicht den Anforderungen (§ 6a Nr. 3 lit. a VOB/A-EU).
- 28 aa) Die Antragstellerin verkennet die Reichweite des Eignungsnachweises durch Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis nach § 122 Abs. 3 GWB, § 6b Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU. Diese enthebt sie nicht davon, ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit

durch drei nach Art und Umfang mit der ausgeschriebenen vergleichbare Referenzleistungen nachzuweisen; ihr wird lediglich die Führung dieses Nachweises erleichtert.

- 29 Der in § 122 Abs. 3 GWB, § 6b Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU geregelte Nachweis der Eignung durch Teilnahme an einem Präqualifikationssystem dient der Umsetzung von Artikel 64 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Der Bestimmung liegt ausweislich Erwägungsgrund 84 die Problematik zugrunde, dass eines der Haupthindernisse für die Beteiligung an öffentlichen Vergabeverfahren der Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Beibringung einer Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten, die die Ausschluss- und Eignungskriterien betreffen, ist. Der den Unternehmen, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen, durch die Führung des Eignungsnachweises entstehende Verwaltungsaufwand soll durch die Teilnahme am Präqualifikationssystem verringert werden (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 122 Rn. 46).
- 30 Die Teilnahme am Präqualifikationssystem dient folglich der Entlastung des Bieters von der Beibringung der Eignungsnachweise, nicht jedoch ihrer Ersetzung. Die Erleichterung in Bezug auf die Beibringung ändert nichts daran, dass die Erfüllung der Eignungskriterien grundsätzlich vom Bieter nachzuweisen ist (Ziekow in Ziekow/ Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 122 Rn. 46 u. Verw. a. Erwägungsgrund 84 zur VRL). Deswegen müssen die Eintragungs- oder Zertifizierungsnachweise, die die Bieter nach Art. 64 Abs. 3 Unterabs. 1 der Vergaberichtlinie dem öffentlichen Auftraggeber vorlegen können, nach Unterabs. 2 die Nachweise, aufgrund deren die Eintragung in das Verzeichnis oder die Zertifizierung erfolgt ist, angeben. Der öffentliche Auftraggeber muss gerade die Möglichkeit haben, die im Verzeichnis hinterlegten Nachweise auf Vergleichbarkeit mit den von ihm nach Art und Umfang geforderten Eignungsnachweisen prüfen zu können.
- 31 Eine Ersetzung der von den übrigen Bietern verlangten Eignungsnachweise durch die Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis zu dem einschlägigen Leistungsbereich wäre auch mit dem für das Vergaberecht zentralen, in § 97 Abs. 2 GWB, Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 der Vergaberichtlinie normierten Grundsatz der Gleichbehandlung aller Teilnehmer am Vergabeverfahren nicht zu vereinbaren. Der im Präqualifikationsverzeichnis eingetragene Bieter ist nur insoweit privilegiert, als er von der Beibringung der geforderten Eignungsnachweise entlastet und die inhaltliche Richtigkeit der hinterlegten Nachweise vermutet wird. Die inhaltlichen Anforderungen an die Eignungsnachweise gelten hingegen auch für ihn, da nur so das der Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dienende Eignungserfordernis gemäß § 122 Abs. 1 GWB, wonach Aufträge nur an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden, gewährleistet ist. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass erstens alle Bieter gleichermaßen den ausgeschriebenen Auftrag sachgerecht werden erfüllen können, und zweitens der Auftraggeber anhand vorher festgelegter und für die Bieter transparenter Kriterien willkürfrei diejenigen Unternehmen auswählt, deren Angebote gewertet werden sollen. Dementsprechend ist der öffentliche Auftraggeber zur Prüfung der Bietereignung verpflichtet (Ziekow in Ziekow/ Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 122 Rn. 2).
- 32 Die inhaltlichen Anforderungen an die Eignung und ihre Nachweise müssen folglich 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 im konkreten Verfahren geforderten Eignungsangaben und Nachweise abdecken (Hövelberndt in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 6b VOB/A-EU Rn. 16). Fordert der öffentliche Auftraggeber - wie vorliegend - die Angabe dreier mit der zu vergebenden Leis-

tung 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 insoweit lediglich die Eintragung in der Eigenerklärung Eignung.

- 33 Erst im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung kommt ihm dann wieder zugute, dass nach § 6b Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/A-EU die dort hinterlegten Angaben nicht ohne Grund in Zweifel gezogen werden. Mehr ist § 6b Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/A-EU nicht zu entnehmen. Insbesondere bestimmt dieser nicht, dass präqualifizierte Bieter von einer Vergleichbarkeit der Referenzen mit der ausgeschriebenen Leistung nach Art und Umfang befreit wären. Ein Bieter ist nur insoweit präqualifiziert, als die für ihn hinterlegten Angaben mit den Referenzanforderungen des öffentlichen Auftraggebers übereinstimmen.
- 34 bb) Die Antragsgegnerin hat den Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit durch drei mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbarer Referenzen wirksam auch gegenüber den Bietern gefordert, die im Präqualifikationsverzeichnis eingetragen sind. Ein Link in der Auftragsbekanntmachung, durch den am Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken, direkt zu dem Formblatt Eigenerklärung zur Eignung gelangen können, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergaben, ist hierfür ausreichend (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, NZBau 2019, 64 Rnrrn. 35, 36).
- 35 Die Forderung dreier mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbarer Referenzen in Ziffer 1.4, Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, war aus Sicht eines im Präqualifikationsverzeichnis eingetragenen Bieters auch an ihn gerichtet. Der Klammerzusatz „Angaben sind immer vorzunehmen, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist“ unter der Überschrift „I. Verpflichtende Eignungsnachweise“ stand dem nicht entgegen.
- 36 (1) Die Frage, welcher Erklärungswert den maßgeblichen Teilen der Vergabeunterlagen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. Juli 2017, 11 Verg 7/17, BeckRS 2017, 121590 Rn. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter bzw. Bewerber, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera).
- 37 Es kommt nicht darauf an, wie die Antragstellerin als einzelne Bewerberin die Unterlagen verstanden hat, sondern wie der durchschnittliche Bewerber des angesprochenen Bewerberkreises sie verstehen musste oder konnte. Entscheidend ist die Verständnismöglichkeit aus der Perspektive eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens, das über das für eine Angebotsabgabe oder die Abgabe eines Teilnahmeantrags erforderliche Fachwissen verfügt (Senatsbeschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, NZBau 2016, 235 Rn. 40 - BSI, sowie vom 5. November 2014, VII-Verg 21/14, BeckRS 2015, 11625; Lampert in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, Teil 4, GWB § 121 Rn. 77).
- 38 Kommen nach der Auslegung mehrere Verständnismöglichkeiten in Betracht oder können Unklarheiten oder Widersprüche nicht aufgelöst werden, geht dies zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers (Wirner in Willenbruch/Wieddekind, Kompaktkomm. VergabeR,

4. Aufl., § 121 Rn. 11). Die hieraus resultierende fehlende Vergleichbarkeit der Angebote oder Teilnahmeanträge, die eine solche vom Bieter oder Bewerber zunächst nicht erkannte Mehrdeutigkeit zur Folge hätte, würde aber dazu führen, dass ein Zuschlag nicht erteilt werden dürfte (Senatsbeschlüsse vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 19/17, NZBau 2018, 242 Rn. 37 - LKW-Mautsystem III, und vom 28. März 2018, VII-Verg 52/17, NZBau 2018, 563 Rn. 31).

- 39 (2) Bei Anwendung dieser Grundsätze musste auch ein im Präqualifikationsverzeichnis eingetragener durchschnittlicher Bieter die Forderung dreier mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbarer Referenzen in Ziffer 1.4 der Eigenerklärung Eignung als an sich gerichtet verstehen.
- 40 Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter ist für das Vergaberecht zentral, allen Teilnehmern an Vergabeverfahren bekannt und bewusst. Jeder Bieter erwartet zu Recht, gegenüber anderen Bietern nicht benachteiligt zu werden. Vor diesem Hintergrund liegt ein dahingehendes Verständnis, der öffentliche Auftraggeber messe Bieter hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an den Eignungsnachweis mit zweierlei Maß, für jeden verständigen Bieter fern. Schon von daher wird jeder verständige, im Präqualifikationsverzeichnis eingetragene Bieter selbstverständlich davon ausgehen, dass auch er drei mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Aufträge vorweisen muss, wenn von nicht eingetragenen Bietern drei derartige Referenzen verlangt werden. Die Vorstellung, die eigene Privilegierung beziehe sich nicht nur auf die Entlastung von der Beibringung im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegter Referenzen, sondern dispensiere ihn auch von den an die geforderten Referenzen zu stellenden inhaltlichen Anforderungen, ist lebensfern.
- 41 Daran ändert auch der Klammerzusatz unter der Überschrift „Angaben sind immer vorzunehmen, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist“ nichts. Eine Befreiung im Präqualifikationsverzeichnis eingetragener Bieter von den in Ziffer 1.4 formulierten Referenzanforderungen ist dem schon deshalb nicht zu entnehmen, weil dieser nicht auf die Eintragung, sondern auf die Präqualifikation abstellt und dies auch ausdrücklich nur, soweit der Bieter präqualifiziert ist. Dem entnimmt der verständige, im Präqualifikationsverzeichnis eingetragene Bieter, dass er von Angaben zu Referenzen unter Ziffer 1.4 nur insoweit befreit ist, wenn und soweit im Präqualifikationsverzeichnis mindestens drei mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Nachweise hinterlegt sind.
- 42 Dies deckt sich mit Ziffer 7.1 der zu den Vergabeunterlagen gehörenden EU-Teilnahmebedingungen. Danach führen präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung durch die Eintragung in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen „ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise“, woraus klar vorgeht, dass die Eintragung an sich nicht von den geforderten Nachweisen befreit, sondern dass, soweit die hinterlegten Nachweise den auftragsspezifischen Anforderungen nicht genügen, diese durch Einzelnachweise zu ergänzen sind.
- 43 cc) Die Antragsgegnerin hat den im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Nachweis über Schutzplankenarbeiten an der Bundesautobahn ... im Bereich der Anschlussstelle ... über 611 Meter mit einem Auftragsvolumen von 220.000 Euro zu Recht als mit der ausgeschriebenen Leistung nicht vergleichbar erachtet. Durch die Eignungsanforderungen soll sichergestellt werden, dass alle Bieter gleichermaßen den ausgeschriebenen Auftrags sachgerecht erfüllen können. Dies bedingt Anforderungen sowohl an die Art als auch an den Umfang geforderter Referenzarbeiten. Ein umfangreiches Bauvorhaben stellt ande-

re Anforderungen an Leistungsfähigkeit und Logistik eines Unternehmens als ein punktueller Einsatz im Bereich einer Anschlussstelle. Von daher ist es nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin diese lediglich von der Art vergleichbare, im Umfang aber nur etwa drei Prozent der ausgeschriebenen Leistung ausmachende Referenz für nicht ausreichend erachtet hat.

- 44 dd) Die Antragsgegnerin war auch nicht gehalten, die Antragstellerin vor einem Ausschluss ihres Angebots zur Vorlage einer dritten 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 (Lausen in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 13 VOB/A-EU Rn. 47). Derartige Angebote sind auszuschließen, ohne einer Nachforderung zugänglich zu sein. Eine solche ist nur bei körperlich „fehlenden“ - oder wie es in § 16 Nr. 4 VOB/A-EU heißt: bei „nicht vorgelegten“ - Erklärungen oder Nachweisen zugelassen, nicht aber bei solchen, die, wie im Fall der Antragstellerin, tatsächlich vorgelegt und nur inhaltlich unzureichend sind (vgl. Senatsbeschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13, NZBau 2014, 121, 123; OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2012, 1 Verg 1/12, BeckRS 2012, 08234).
- 45 4. Ist somit der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vergaberechtskonform erfolgt, kann es im Interesse der Antragsgegnerin und der Allgemeinheit nicht hingenommen werden, dass der Baubeginn bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens hinausgeschoben wird. Die Arbeiten sind Teil der Instandsetzung der Bundesautobahn ..., die im fraglichen Abschnitt aufgrund ihrer stark beschädigten Fahrbahndecke wegen unterschiedlicher Griffigkeit und mangelhaftem Wasserabfluss einen Unfallschwerpunkt bildet. Dabei müssen alle erforderlichen Arbeiten im selben Zeitfenster ausgeführt werden, um die ebenfalls gefahrenträchtige Baustellensituation so kurz wie möglich zu halten.