

IBRRS 2020, 0040

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Referenz zu "vergleichbarer Leistung" bedeutet nicht "gleich" oder "identisch"!

Fundstelle: **VPR 2020, 51**

OLG Celle

Urteil

vom 23.05.2019

[13 U 72/17](#)

NTVergG § 4 Abs. 2; VOB/A 2012 § 16 Abs. 2 Nr. 1, § 16 Abs. 6

1. Der Vergabestelle steht bei der Überprüfung von Referenzen und der Beurteilung von deren Vergleichbarkeit grundsätzlich ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

2. Referenzen zu "vergleichbaren Leistungen" erfordern nicht gleiche oder gar identische Leistungen. Die Leistungen müssen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad haben.

3. Referenzlisten besagen wenig über die Eignung als solche, sondern versetzen die Vergabestelle erst in die Lage, sich bei früheren Auftraggebern über die Qualitäten eines Bieters zu erkundigen.

4. Eine Erkundigungspflicht der Vergabestelle besteht jedenfalls dann, wenn sie die Eignung des Bieters gerade unter Hinweis auf den vermeintlich nicht vergleichbaren Inhalt der Referenzleistungen ohne weitere Aufklärung verneint.

OLG Celle, Beschluss vom 23.05.2019 - [13 U 72/17](#)

In dem Rechtsstreit

...

hat der [13.](#) Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit Frist zur Stellungnahme bis zum 2. Mai 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ...

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 2. Mai 2017 aufgehoben.

Die Klage wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Schadensersatzanspruchs und über die Kosten des Rechtsstreits, auch über die des Berufungsverfahrens, wird der Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 17.070,02 Euro festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

I.

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß den §§ **313a** Abs. 1 Satz 1, **540** Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

2Die Berufung des Klägers hat dahingehend Erfolg, dass auf den Hilfsantrag die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und der Rechtsstreit zur Entscheidung über die Höhe des Schadensersatzanspruchs an das Landgericht zurückzuverweisen war.

Dem Kläger steht dem Grunde nach ein Anspruch gegen das beklagte Land auf Zahlung von Schadensersatz aus §§ **280** Abs. 1, **311** Abs. 2, **241** Abs. 2 BGB wegen der Verletzung einer Pflicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis zu (dazu nachfolgend unter 1.). Die Höhe des geschuldeten Schadensersatzes bedarf noch weiterer Aufklärung, die nach der Zurückverweisung gemäß § **538** Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO durch das Landgericht zu erfolgen haben wird (dazu nachfolgend unter 2.).

1. Der Kläger hat dem Grunde nach gemäß den §§ **280** Abs. 1, **311** Abs. 2, **241** Abs. 2 BGB Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz.

a) Durch die Teilnahme des Klägers am Vergabeverfahren ist zwischen den Parteien ein vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.v. § **311** Abs. 2 BGB entstanden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt mit der Ausschreibung und der Beteiligung des Bieters am Ausschreibungsverfahren ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande, das die Parteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo auslösen kann (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2003 - **X ZR 282/02**). Diese Ersatzpflicht findet ihren Grund in der Verletzung des Vertrauens der Bieter darauf, dass das Vergabeverfahren nach den einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts abgewickelt wird.

b) Das beklagte Land hat eine Pflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verletzt, wenn es gegen die Vergabevorschriften verstoßen hat (vgl. Losch in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § **126** GWB

Rn. 53). Das ist hier der Fall, weil das beklagte Land den Kläger zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat. Es lag weder der Ausschlussgrund des § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2012 vor (dazu im Folgenden aa) noch derjenige des § 4 Abs. 2 NTVergG (dazu im Folgenden bb). Das beklagte Land kann sich auch nicht mit Erfolg auf ein Zuschlagsverbot wegen Unauskömmlichkeit des Angebots des Klägers gemäß § 16 Abs. 6 VOB/A 2012 berufen (dazu im Folgenden cc). Einen neuen Ausschlussgrund - insbesondere wegen Unvollständigkeit des Angebots gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A 2012 - macht das beklagte Land ausweislich seiner Klarstellung im Schriftsatz vom 21. März 2019 (Bl. 710 f. d.A.) nicht geltend.

aa) Der Ausschluss des Klägers wegen fehlenden Eignungsnachweises gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2012 war schon deshalb unzulässig, weil die Vergabestelle den der materiellen Eignungsprüfung zugrunde gelegten Sachverhalt betreffend die Vergleichbarkeit der vom Kläger vorgelegten Referenzen unter alleiniger Zugrundelegung seines Angebots unzutreffend bzw. unvollständig ermittelt hat.

Zwar steht der Vergabestelle bei der Prüfung der Eignung eines Bieters grundsätzlich ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Das gilt namentlich für die Überprüfung von Referenzen und die Beurteilung von deren Vergleichbarkeit (vgl. OLG München, Beschluss vom 12. November 2012, **Verg 23/12**; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. April 2014 - **11 Verg 1/14**; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008 - **VII- Verg 54/08**). Die Überprüfung der Vergleichbarkeit ist deshalb darauf beschränkt, ob der der Eignungsprüfung zugrunde gelegte Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und bei der Eignungsprüfung berücksichtigt worden ist sowie allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten worden sind und sachwidrige Erwägungen dabei keine Rolle gespielt haben (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 51; Summa in: jurisPK -Vergaberecht, 4. Aufl., § 16 VOB/A 2012 Rn. 311).

Gemessen an diesen Grundsätzen war der Ausschluss des Klägers allein auf der Grundlage seiner Angaben im Angebot vom 4. August 2015 jedoch ermessensfehlerhaft.

Der Kläger hat zunächst in der beigefügten Eigenerklärung (Anlage K 5, Bl. 34 Anlagenband Kläger) versichert, in den letzten drei Jahren "vergleichbare Leistungen" ausgeführt zu haben. Mehr als diese Erklärung hatte das beklagte Land für die erstmalige Angebotsabgabe nicht verlangt.

Soweit der Kläger - überobligatorisch - im Angebot (in den Anlagen K 6 und K 7, Bl. 37 ff. Anlagenband Kläger) bereits Referenzen angegeben hat und diese teilweise sogar vom Auftraggeber hat bestätigen lassen, durfte das beklagte Land deren Überprüfung nur anhand der Vorgaben aus der Ausschreibung vornehmen.

Diesbezüglich hat das beklagte Land in der Ausschreibung nur zur Voraussetzung gemacht, dass der Bieter Erfahrungen mit vergleichbaren Aufträgen nachweist. Soweit daher in der Klageerwiderung (auch) auf die notwendige Qualifikation des einzusetzenden Personals sowie das Vorhandensein von Maschinen Bezug genommen wird (vgl. S. 3 unten, Bl. 88 d.A.), würde dies eine unzulässige nachträgliche Verschärfung der Eignungskriterien darstellen, die bei der Eignungsprüfung nicht herangezogen werden darf (vgl. Senatsbeschluss vom 16. Juni 2011 - **13 Verg 3/11**; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. April 2014 - **11 Verg 1/14**.; Summa in: jurisPK- Vergaberecht, 4. Aufl., § 16 VOB/A 2012 Rn. 291, 306).

Seine Anforderung zu den Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung "vergleichbar" sind, hat das beklagte Land in der Ausschreibung nicht näher definiert. Insbesondere war nicht vorgegeben, dass

diese Leistungen bzw. die hierüber vorzulegenden Referenzen nur aus dem Bereich der "Betonsanierungsarbeiten" beigebracht werden konnten und dass dieser Bereich von "Betonbeschichtungsarbeiten" (die jedenfalls nach dem Wortsinn unter den Oberbegriff der "Betonsanierung" fallen können) zu unterscheiden war.

Bei dem Begriff "vergleichbare Leistung" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der anhand des Wortlauts der Vergabeunterlagen und von Sinn und Zweck der geforderten Angaben unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes auszulegen ist. Dabei bedeutet die Formulierung "vergleichbar" nicht "gleich" oder gar "identisch", sondern, dass die Leistungen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O., Rn. 58; OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Oktober 2006 - **11 Verg 8/06**; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 28. Juni 2016 - **54 Verg 2/16**; OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 39; VK Bund, Beschluss vom 14. Dezember 2011 - **VK 1- 153/11**). Die Referenzen für die Ausführung vergleichbarer Leistungen sind Teil einer Prognosegrundlage für die (spätere) Phase der Leistungserbringung.

Deshalb geht es nicht um einen "1:1" Vergleich bereits abgearbeiteter Aufträge mit dem zu vergebenden Auftrag, sondern allein darum, ob im Hinblick auf bereits durchgeführte Aufträge die Prognose gerechtfertigt ist, dass die fachliche und technische Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag gegeben ist. Diese Auslegung des Begriffs der "Vergleichbarkeit" wird auch regelmäßig dem Sinn des Vergabeverfahrens und dem Wettbewerb gerecht, da anderenfalls alle Bewerber, die die ausgeschriebene Leistung bisher nicht oder nicht so in ihrem Programm hatten, von vornherein ausgeschlossen wären (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Oktober 2006 - **11 Verg 8/06**; OLG München, a.a.O., Rn. 49). Erforderlich, aber auch ausreichend ist deshalb die Vorlage solcher Referenzleistungen, die der ausgeschriebenen Leistung soweit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters auch für die ausgeschriebene Leistung ermöglichen (vgl. OLG München, a.a.O., Rn. 47; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. April 2014 - **11 Verg 1/14**, sowie Beschluss vom 24. Oktober 2006 - **11 Verg 8/06**; OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 39; Schleswig-Holsteinisches OLG, a.a.O., Rn. 111, VK Bund, a.a.O., Rn. 46).

Ausweislich des Vergabevermerks hat das beklagte Land die vermeintlich fehlende Vergleichbarkeit der Referenzleistungen allein mit dem Inhalt der vom Kläger angeführten Beschreibungen (in den Anlagen K 6 und K 7) begründet. Im Vergabevermerk heißt es hierzu (auf S. 3 unten, Bl. 429 d.A.):

In den genannten Referenzen werden hauptsächlich Beschichtungsarbeiten genannt. Diese Arbeiten gehören auch zum abgefragten Leistungsumfang.

Insbesondere sind aber Leistungen für die Betoninstandsetzung, wie Spritzbeton- und Verpressarbeiten erforderlich.

Darüber ist in den beigegebenen Referenzen in den vergangenen fünf Jahren nichts zu finden. Aus diesem Grund ist der Bieter nicht geeignet und das Angebot auszuschließen.

Entscheidend war aus Sicht des beklagten Landes also die Differenzierung zwischen "Betoninstandsetzung" bzw. "Betonsanierung" auf der einen und "Betonbeschichtung" auf der anderen Seite, die sich allerdings in dieser Form weder in den Vergabeunterlagen wiederfindet noch das maßgebliche Kriterium zur Prüfung der Vergleichbarkeit darstellt (s.o.). Eine Prüfung, ob die angegebenen Referenzleistungen einen vergleichbaren technischen Schwierigkeitsgrad hatten wie die

ausgeschriebene Leistungen und ob hieraus der Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Klägers gezogen werden kann oder nicht, hat nicht stattgefunden. Bereits dieser Umstand ist als unvollständige Ermittlung des Sachverhalts anzusehen und macht damit den Ausschluss des Klägers nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2012 ermessensfehlerhaft.

Nähere Ermittlungen zu Inhalt und Umfang der Referenzleistungen haben unstreitig nicht stattgefunden. Zwar kam eine Nachforderung fehlender Nachweise nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 entgegen der Auffassung des Klägers nicht in Betracht - dazu nachfolgend (1) -. Das beklagte Land hätte jedoch eigene Erkundigungen einholen können - dazu nachfolgend (2) - und im Wege der Aufklärung nach § 15 VOB/A 2012 Erläuterung vom Kläger verlangen können - dazu nachfolgend (3) -.

(1) Eine Nachforderung fehlender Nachweise nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 kam nicht in Betracht.

Zwar scheidet die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht daran, dass der Kläger die Referenzen nicht schon - wie geschehen - mit dem Angebot, sondern erst auf gesondertes Verlangen des beklagten Landes vorzulegen hatte. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist analog auf den Fall anzuwenden, dass die Eignungsnachweise nicht bereits mit dem Angebot vorzulegen sind, sondern erst nach Angebotsabgabe von der Vergabestelle angefordert werden (vgl. Senatsbeschluss vom 16. Juni 2011 - **13 Verg 3/11**; OLG Frankfurt, Beschluss vom 21. Februar 2012 - **11 Verg 11/11**). Darauf, dass der Kläger seine Referenzen tatsächlich schon mit dem Angebot eingereicht hat, dürfte es insofern nicht ankommen. Denn der Kläger wollte mit den Anlagen K 6 und K 7 ersichtlich nur der angekündigten Anforderung zuvorkommen und hätte auch auf gesonderte - erste - Anforderung keine anderen Unterlagen vorgelegt.

Ein Nachforderungsrecht des beklagten Landes bestand jedoch deshalb nicht, weil die Referenzleistungen nicht fehlten, sondern es lediglich um den - nach Auffassung des beklagten Landes unzureichenden - Inhalt der Erklärung ging. Nachweise und Erklärungen sind nur dann nicht vorgelegt bzw. "fehlen", wenn sie gar nicht eingereicht worden sind oder wenn sie formale Mängel aufweisen. Der Auftraggeber ist nicht gehalten, im Rahmen der Prüfung, ob die Angebote formal vollständig sind, eine inhaltliche Prüfung der mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen vorzunehmen. Bei körperlich vorhandenen Erklärungen oder Nachweisen besteht ein Nachforderungsrecht nur dann, wenn sie in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen; für inhaltlich ungenügende Erklärungen besteht die Nachforderungsmöglichkeit nicht (ständige Senatsrechtsprechung, vgl. zuletzt zu § 19 Abs. 3 SektVO a.F.: Beschluss vom 6. April 2017 - 3 Verg 10/16 m.w.N.).

(2) Das beklagte Land wäre jedoch auf der Grundlage der vorgelegten Referenzen zu eigenen Erkundigungen - z.B. Nachfragen bei den früheren Auftraggebern - berechtigt gewesen. Referenzlisten besagen wenig über die Eignung als solche, sondern versetzen die Vergabestelle erst in die Lage, sich bei früheren Auftraggebern über die Qualitäten eines Bieters zu erkundigen (vgl. Summa, a.a.O., Rn. 313).

Zwar folgt aus der Forderung nach einer Liste mit vergleichbaren Referenzobjekten nicht ohne weiteres die Verpflichtung der Vergabestelle, zu allen Referenzobjekten Erkundigungen einzuholen (vgl. KG, Beschluss vom 27. November 2008 - **2 Verg 4/08**). Im vorliegenden Fall ist jedoch von einer Erkundigungspflicht des beklagten Landes auszugehen, bevor es - anders als im vom Kammergericht entschiedenen Fall - die materielle Eignung des Klägers gerade unter Hinweis auf den vermeintlich nicht vergleichbaren Inhalt der Referenzleistungen ohne weitere Aufklärung verneinte.

(3) Das beklagte Land hätte ferner im Wege der Aufklärung nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2012 vom

Kläger die Erläuterung seiner vorgelegten Referenzen verlangen können und sich nähere Einzelheiten zum Inhalt und zur Ausführung der in den Anlagen K 6 und K 7 aufgeführten Aufträge darlegen lassen können (vgl. Summa, a.a.O., Rn. 314). Insbesondere hätte die Vergabestelle, bevor sie die Eignung des Klägers für "Betonsanierungsarbeiten" verneinte, beim Kläger nachfragen können, ob und in welchem Umfang solche Arbeiten in den Referenzleistungen enthalten waren bzw. ob die ausgeführten Arbeiten einen vergleichbaren technischen Schwierigkeitsgrad hatten wie die ausgeschriebenen Leistungen. Auf eine solche Nachfrage hätte der Kläger jedenfalls die - jetzt als Anlagen K 15 bis K 18 (Bl. 176 ff. d.A.) eingereichten - Auftragsbestätigungen mit einer detaillierten Leistungsbeschreibung vorlegen können. Diese enthalten - anders als im Vergabevermerk vorausgesetzt - sehr wohl teilweise Positionen für "Betonsanierung" (Anlagen K 15 und K 16) bzw. "Betonrisse sanieren" (Anlage K 18). Hierzu hätte die Beklagte dem Kläger ggf. weitere - in der Berufungserwiderung aufgeworfene - Nachfragen stellen und auf dieser Grundlage (u.U. sachverständige) Feststellungen treffen können.

Zwar ist die Vergabestelle wegen des ihr in § 15 VOB/A eingeräumten Ermessens nicht grundsätzlich zur Aufklärung verpflichtet. Sie darf ihre Wertungsentscheidung aber nicht - wie hier - auf einen unvollständig aufgeklärten Sachverhalt stützen, der zu Lasten des Bieters geht (vgl. Summa, a.a.O., § 15 VOB/A Rn. 57).

Eine Forderung weiterer - neuer - Referenzen, wie sie der Kläger im Rechtsstreit in der Anlage K 14 (Bl. 64 Anlagenband Kläger) sowie zuletzt zu deren Erläuterungen in den Anlagen K 20 ff. (Bl. Bl. 271 ff. d.A.) vorgelegt hat, dürfte hingegen auch nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2012 ausgeschlossen gewesen sein. Die Nachforderung fehlender Nachweise für die Feststellung der Eignung des Bieters richtet sich nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Der Aufklärung gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zugänglich sind nur bereits abgegebene Nachweise, die inhaltlich klärungsbedürftig sind (vgl. Summa, a.a.O., Rn. 23).

Die Referenzen aus der Anlage K 14 waren daher - soweit sie nicht wie die Referenzleistung für die B. Wasserbetriebe bereits in den Anlagen K 6 und K 7 enthalten sind (vgl. Anlage K 22 = Anlage K 16) - bei der Eignungsprüfung nicht zu berücksichtigen.

bb) Ohne Erfolg stützt das beklagte Land den Ausschluss des klägerischen Angebots im Rechtsstreit (anders als im Vergabevermerk) auch auf § 4 Abs. 2 des Niedersächsischen Tariftreue - und Vergabegesetzes (NTVergG.). Danach ist ein Angebot von der Wertung auszuschließen, wenn der Bieter nicht bei Angebotsabgabe schriftlich erklärt, seinen Arbeitnehmern mindestens ein Entgelt nach den Vorgaben des Mindestlohngesetzes zu zahlen.

Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 NTVergG sind nicht erfüllt, weil der Kläger unstreitig die Erklärung nach § 4 Abs. 1 NTVergG bei Angebotsabgabe vorgelegt hat (vgl. die "Vereinbarung Tariftreue und Mindestentgelt" in der Anlage K 2, Bl. 19 Anlagenband Kläger). Der Kläger hat auch unstreitig in seinem Angebot keine Preise unterhalb des Mindestlohns zugrunde gelegt, sondern hat mit einem Stundenlohn von 11,60 Euro kalkuliert (vgl. Anlage K 12, Bl. 60 Anlagenband Kläger).

Soweit das beklagte Land eine Umrechnung des Stundenlohns auf den seiner Meinung nach mindestens erforderlichen - vom Kläger weitaus geringer kalkulierten - Zeitaufwand vornimmt (vgl. S. 5 der Klageerwiderung, Bl. 90 d.A.), ist diese Rechnung nicht geeignet, einen Ausschluss gemäß § 4 Abs. 2 NTVergG zu begründen. Damit wendet sich das beklagte Land vielmehr - wie auch aus dem Vergabevermerk ersichtlich - gegen die vermeintliche Unauskömmlichkeit des Angebots des Klägers, die weder Gegenstand der Regelung § 4 Abs. 2 NTVergG noch vom Schutzzweck der Vorschrift erfasst ist.

cc) Soweit das beklagte Land meint, der vom Kläger gebotene Preis sei unauskömmlich, stellt dies in der Sache die Behauptung eines unangemessen niedrigen Preises nach § 16 Abs. 6 VOB/A 2012 dar, auch wenn diese Vorschrift weder im Vergabevermerk noch in den vorgerichtlichen Schreiben des beklagten Landes und/oder seinen Schriftsätzen Erwähnung findet. Insbesondere der Vergabevermerk vermischt an dieser Stelle verschiedene Ausschlussgründe, wenn es dort (auf S. 3 oben, Bl. 429 d.A.) heißt:

Das Angebot ist auf Grund der fehlenden fachlichen Eignung (siehe Punkt 5) nicht auskömmlich und daher auszuschließen.

Die Anforderungen für einen Ausschluss des klägerischen Angebots nach § 16 Abs. 6 VOB/A 2012 sind aber nicht erfüllt, weil das Land keinen Versuch gemacht hat, die seiner Auffassung nach nicht nachvollziehbare Preisgestaltung - insbesondere den Zeitanatz für die auszuführenden Arbeiten - aufzuklären, indem es gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen verlangt hat. Selbst die Feststellung einer erheblichen Preisdifferenz rechtfertigt noch nicht ohne weiteres den Angebotsausschluss, vielmehr kann ein Bieter wegen eines unangemessen niedrigen Preises erst ausgeschlossen werden, nachdem ihm der Auftraggeber gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A Gelegenheit zur Aufklärung gegeben hat (vgl. Senatsbeschluss vom 17. November 2011 - **13 Verg 6/11.**; Summa, a.a.O., § 16 VOB/A 2012 Rn. 387, 392). Eine solche Gelegenheit hat das beklagte Land dem Kläger hier nicht gewährt, sondern hat ausweislich des Vergabevermerks offenbar nur mit der G. Gerüstbau, die letztendlich den Zuschlag erhalten hat, Nachverhandlungen über unangemessen hohe Preise geführt hat, was zu dem Angebot von Nachlässen per E- Mail vom 27. August 2015 geführt hat (vgl. S. 3 des Vergabevermerks, Bl. 429 d.A.).

c) Das Verschulden des beklagten Landes hinsichtlich der Pflichtverletzung wird vermutet, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Entlastende Umstände sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

d) Der Vergaberechtsverstoß des beklagten Landes ist auch kausal für einen etwaigen Schaden des Klägers geworden.

Ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch eines Bieters setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass dem Bieter bei ordnungsgemäßem Verlauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen und dass der ausgeschriebene oder ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzender Auftrag vergeben worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2012 - **X ZR 108/10**). Letzteres war hier unstreitig der Fall, so dass es der Prüfung bedurfte, ob der Kläger ohne seinen Ausschluss den Zuschlag tatsächlich mit großer Wahrscheinlichkeit erhalten hätte (vgl. OLG Köln **IBR 2011, 322**; OLG Hamm, Urteil vom 12. September 2012 - **I -12 U 50/12**). Die hierzu vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme hat ergeben, dass die Beklagte auf das Angebot des Klägers - das unstreitig das einzige Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises erfüllte - den Zuschlag hätte erteilen müssen, weil nach der gebotenen Aufklärung des Angebots, insbesondere der vorgelegten Referenzen, die materielle Eignung des Klägers zu bejahen gewesen wäre.

Insoweit war der Beurteilungsspielraum des beklagten Landes im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A zu berücksichtigen. Denn die Feststellung, dass ein Bieter nicht die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt, um einen Auftrag zufriedenstellend auszuführen, ist Ergebnis einer fachlichtatsächlichen Prognose, die als solche einer Bewertungsentscheidung in Prüfungsverfahren entspricht und eine subjektive Einschätzung des Auftraggebers erfordert. Eine Kontrolle hat deshalb nur daraufhin stattzufinden, ob die rechtlichen

Grenzen des Beurteilungsspielraums beachtet worden sind, mit anderen Worten, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und die Wertungsentscheidung sich im Rahmen der Gesetze und der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe hält (vgl. OLG Hamm, a.a.O., Rn. 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Februar 2005 - **VII- Verg 88/04**). Die Entscheidung des beklagten Landes war deshalb vom Senat insbesondere darauf nachzuprüfen, ob es sich an den bekannt gemachten Eignungsmaßstab gehalten und ob es seine Entscheidung auf eine hinreichend sichere Erkenntnisgrundlage gestellt hat sowie ob seine Eignungsprognose von sachlichen Erwägungen getragen und von Willkür frei ist und sich in einem vertretbaren Prognosespielraum bewegt (vgl. Oberlandesgericht des Landes Sachsen -Anhalt, Urteil vom 23. Dezember 2014 - **2 U 74/14**).

Gemessen an vorstehenden Grundsätzen, die der Senat dem Sachverständigen im Beweisbeschluss vom 28. Februar 2018 (Bl. 529 ff. d.A.) zur Beachtung vorgegeben hat, hat die Beweisaufnahme ergeben, dass die notwendige Vergleichbarkeit zwischen den vom beklagten Land ausgeschriebenen Leistungen und den Referenzaufträgen des Klägers gegeben ist.

Der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. W. hat in einem ersten Schritt eine Bewertung der vom beklagten Land vorgelegten Ausschreibung vorgenommen und hat hierzu ausgeführt, dass aus der Verwendung der Begriffe "Betoninstandsetzung" nicht geschlossen werden könne, dass Arbeiten zur "Betonanierung" eine geringere Qualifikation erforderten. Insgesamt seien die Arbeiten im Leistungsverzeichnis des beklagten Landes vom Leistungsinhalt her typische - nicht überdurchschnittliche - Leistungsanforderungen verursachende Arbeiten. Auch der Leistungsumfang und die ausgeschriebenen Mengen bzw. Flächen in der Ausschreibung stellten keine übermäßigen organisatorischen Schwierigkeiten dar.

In einem zweiten Schritt hat der Sachverständige die Referenzaufträge des Klägers bewertet und dabei festgestellt, dass die dort aufgeführten Arbeiten sowohl vom Leistungsinhalt als auch vom Leistungsumfang her mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar sein. Teilweise gingen die dort aufgestellten Anforderungen sogar über diejenigen im Leistungsverzeichnis des beklagten Landes hinaus. So bestünden zum Beispiel bei den Arbeiten für das staatliche Baumanagement W. umfangreichere organisatorische Anforderungen. Die vom Kläger bei den Referenzaufträgen sowohl für das staatliche Baumanagement W. als auch für die Firma H. ausgeführten Betonsanierungsarbeiten an Oberflächen in einem Küchenbereich, bei Treppen und Podesten sowie an Oberflächen in Abwasserbauwerken erforderten zudem eine besondere Akribie.

Die nachvollziehbaren und überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen zur Vergleichbarkeit der ausgeschriebenen Leistungen mit den Referenzaufträgen des Klägers greift auch das beklagte Land nach Vorlage des Sachverständigengutachtens nicht mehr an. Stattdessen hat das beklagte Land den behaupteten Eignungsmangel des Klägers nunmehr damit begründet, dass der Kläger auf seinem Angebotsschreiben unter Ziffer 7. erklärt habe, alle Leistungen im eigenen Betrieb zu erbringen, und er insbesondere nicht - wie nun gegenüber dem Sachverständigen - mitgeteilt habe, dass etwa notwendigen Schweißarbeiten von der B. GmbH & Co. KG aus V. ausgeführt worden wären. Insoweit hat das beklagte Land mit Schriftsatz vom 21. März 2019 (Bl. 710 f. d.A.) klargestellt, dass mit diesem Vorbringen kein neuer Ausschlussgrund - insbesondere nicht ein Ausschluss wegen Unvollständigkeit des Angebots gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A 2012 - geltend gemacht, sondern lediglich die mangelnde Eignung des Klägers begründet werden soll. Diese Argumentation greift jedoch nicht durch, weil der Kläger auf Frage des Sachverständigen nach Befähigungsnachweisen für Schweißarbeiten

vorgetragen und belegt hat, dass das von ihm insoweit beauftragte Fachunternehmen B. GmbH & Co. KG über das notwendige Schweißzertifikat sowie ein Zertifikat zur Konformität der werkseigenen Produktionskontrolle für tragende Bauteile und Bausätze verfügt. Insoweit kann, wie es auch der Sachverständige getan hat, hinsichtlich der Schweißarbeiten dem Grunde und dem Umfang nach über die Befähigungsnachweise des Nachunternehmers ein tragfähiger Rückschluss auf die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Klägers gezogen werden. Insoweit kann offenbleiben, ob der Kläger verpflichtet gewesen wäre, für die nach der Position 02.290 des Leistungsverzeichnisses nur eventuell erforderlich werdenden Schweißarbeiten, die der Kläger zu einem Preis von 480,00 Euro netto (mithin weniger als 0,5% der Angebotssumme) angeboten hat, einen Nachunternehmer zu benennen und in das Nachunternehmerverzeichnis aufzunehmen. Hierin könnte nämlich allenfalls ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 Nr. 3 und/oder Nr. 4 VOB/A 2012 liegen, den das beklagte Land jedoch - wie ausgeführt - nicht geltend macht. Der Umstand, dass der Kläger nicht mitgeteilt hat, dass er selbst etwaige Schweißarbeiten nicht ausführen kann, rechtfertigt nicht den Ausschluss seines Angebots. Zweck der § 13 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/A 2012 ist nämlich, die einfache Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. Erst wenn sich das Angebot des Klägers wegen der fehlenden Erklärung über den Nachunternehmer nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Wertung eignen würde, wäre das Angebot auszuschließen (vgl. zu § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A 2000: Senatsbeschluss vom 8. November 2001 - **13 Verg 12/01**). Das ist hier nicht ersichtlich. Die fehlende Angabe im Nachunternehmerverzeichnis hat keinen Einfluss auf die Preisgestaltung gehabt. Die einzusetzenden Einheitspreise für die Schweißarbeiten lassen sich unstreitig dem Angebot des Klägers entnehmen. Insofern hätte die nachträgliche Beauftragung eines Nachunternehmers dem Kläger auch nicht die Möglichkeit gegeben, seine Preise im Nachhinein anzupassen, weshalb der Wettbewerb hierdurch nicht beeinträchtigt worden wäre. Wie oben ausgeführt, ist auch nicht davon auszugehen, dass eine andere Beurteilung geboten wäre, weil die an Dritte zu vergebenen Arbeiten einen ganz erheblichen Teil des Leistungsverzeichnisses ausmachen. Soweit das beklagte Land mit Schriftsatz vom 21. März 2018 vorgetragen hat, es sei "mindestens ebenso wahrscheinlich (...) bei einer derartigen Bestandsbaumaßnahme, dass die Schweißarbeiten weit umfangreicher vorzunehmen" seien, was das beklagte Land "mit Schriftsatz vom 14.11.2018 unter Beweisantritt nachgewiesen" habe, rechtfertigt dieses Vorbringen keine andere Beurteilung. Mit dem Schriftsatz vom 14. November 2018 (Bl. 637 f. d.A.) hat das beklagte Land Lichtbilder sowie einen Auszug aus der Stellungnahme WISSBAU übersandt und sich zum Beweis für die Tatsache, dass diese Anlagen das streitbefangene Bauvorhaben im Zustand zur Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen betreffen, auf das Zeugnis des Herrn Sch. berufen. Konkreter Vortrag zu dem Umfang der erforderlichen Schweißarbeiten ergibt sich daraus nicht. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass der Zustand des Bauwerks umfangreichere Schweißarbeiten erforderlich gemacht hätte, als sie vom Kläger angeboten worden sind. Im Gegenteil hat der Sachverständige die vom beklagten Land mit dem Schriftsatz vom 14. November 2018 übersandten Unterlagen und Lichtbilder bewertet und ist zu dem Schluss gekommen, dass hier durchaus übliche Schadensbilder vorliegen; das eingesehene Bildmaterial liefere keine weitergehenden Erkenntnisse als die Ausschreibungstexte im Leistungsverzeichnis.

Über die Höhe des dem Kläger entstandenen Schadens (positives Interesse = entgangener Gewinn) wird - worauf der Senat bereits in der mündlichen Verhandlung vom 30. Januar 2018 hingewiesen hat - weiter Beweis durch Einholung des vom Kläger angebotenen Sachverständigengutachtens zu erheben sein. Vorab wird dem Kläger die Offenlegung seiner Kalkulation aufzugeben sein, damit der Sachverständige auch den Einwand des beklagten Landes überprüfen kann, der Kläger habe im Falle der Auftragserteilung wegen des zu gering angesetzten Stundenaufwands ohnehin keinen Gewinn erzielen können (vgl. S. 6 der Klageerwiderng, Bl. 91 d.A.).

Der Senat hat insoweit von dem ihm obliegenden Ermessen Gebrauch gemacht und die Sache nach der Entscheidung über den Grund gemäß § **538** Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO auf den Hilfsantrag des Klägers zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das erstinstanzliche Gericht zurückverwiesen.

III.

Eine Kostenentscheidung war aufgrund der Aufhebung und Zurückverweisung nicht veranlasst.

Das Urteil war nach § **708** Nr. 10 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären (vgl. Heßler in: Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 538 Rn. 59).

Für die vom beklagten Land beantragte Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung, weil die Voraussetzungen dafür ersichtlich nicht gegeben sind. Es handelt sich um eine reine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung, mit der der Bundesgerichtshof auch nicht im Interesse einer Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung befasst werden muss (§ **543** Abs. 2 ZPO).