

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Naumburg > 2020 > 04.12.2020 - 7 Verg 3 / 20

## OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20

(Bieter unterliegt)

### Normen:

§ 46 SektVO; § 122 GWB

### Vorangegangene Entscheidung:

OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10.2020, 7 Verg 3 / 20 (Bieter unterliegt)

### Stichwort:

Sektorenauftraggeber und Benennung von Eignungsnachweisen

### Leitsatz (redaktionell):

1. Beschränkt der Bieter das Ziel seines Nachprüfungsantrags auf eine bloße Feststellung, strebt er hiermit einen Sekundärrechtsschutz an, für den das Nachprüfungsverfahren (mit Ausnahme der nachträglichen Fortsetzungsfeststellung nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB) nicht eröffnet ist.
2. Der Senat vertritt die vermittelnde Ansicht, dass es zwar im Bereich der Sektorenauftragsvergabe nicht zwingend vorgeschrieben ist, dass die Eignungsnachweise vollständig und abschließend in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt sein müssen, aber der Auftraggeber verpflichtet ist, in der Auftragsbekanntmachung sämtliche Mindestbedingungen für die Eignung aufzuführen, was regelmäßig auch die Benennung der hierfür geforderten Eignungsnachweise voraussetzt.
3. Für die Vorgabe von Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit reicht ein pauschaler Verweis auf die Vergabeunterlagen in der Auftragsbekanntmachung nicht.

### Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren (Beschwerdeverfahren) betreffend die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 20. April 2020 (...) ausgeschriebene Vergabe des Dienstleistungsauftrags im Sektorenbereich „Durchführung von Leistungen des öffentlichen Linienverkehrs mit Bussen als Nachunternehmer“ in vier Losen

...

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Wegehaupt, die Richterin am Oberlandesgericht Göbel und den Richter am Oberlandesgericht Wiedemann auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 2020 beschlossen:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der am 10. September 2020 erlassene Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt aufgehoben.

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 19. Juni 2020 wird zurückgewiesen.

II. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 26. Oktober 2020 wird verworfen.

III. 1. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin zu tragen. Eine weitere Kostenerstattung findet nicht statt.

2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer notwendig.

3. Für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer werden die Gebühren auf 5.035,70 € und die Auslagen auf insgesamt 128,56 € festgesetzt.

IV. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen hat die Antragstellerin zu tragen.

V. Der Kostenwert des Beschwerdeverfahrens wird auf eine Gebührenstufe bis zu 230.000,00 € festgesetzt.

Gründe A.

Die Antragsgegnerin, eine zu 100 % vom Landkreis getragene Kapitalgesellschaft privaten Rechts, wurde durch den S. Kreis durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag mit der Erbringung der gesamten Leistungen des öffentlichen Straßenpersonennahverkehrs für die Dauer von zehn Jahren, beginnend ab dem 01.08.2020, beauftragt. Ihr wurden die erforderlichen personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungen in Form einstweiliger Erlaubnisse nach § 20 PBefG erteilt.

Die Antragsgegnerin veranlasste am 16.04.2020 ein EU-weites Offenes Verfahren zur Vergabe von Aufträgen über Verkehrsleistungen des öffentlichen Linienverkehrs mit Bussen einschließlich Ausbildungsverkehre als Unterauftragnehmer in vier Teillosen (Los 1: ca. 284.000 Fahrplan-km, Los 2: ca. 214.000 Fahrplan-km, Los 3: ca. 223.000 Fahrplan-km; Los 4: ca. 215.000 Fahrplan-km jeweils je Normjahr) auf der Grundlage der Sektorenvergabeverordnung (SektVO). Als Ausführungszeitraum war jeweils die Zeit vom 01.08.2020 bis zum 24.08.2022 vorgesehen.

In Abschnitt III. der Auftragsbekanntmachung nahm die Antragsgegnerin folgende Eintragungen vor: Hinsichtlich der Befähigung zur Berufsausübung (Ziffer III.1.1)) verlangte sie eine Eigenerklärung über deren Vorliegen oder eine Kopie einer behördlichen Genehmigung für die gewerbliche Personenbeförderung, die Nummer der Gewerbeanmeldung, die Nummer der Handelsregistereintragung oder eine Erklärung, warum eine solche nicht erforderlich sei, sowie die Angabe der vertretungsberechtigten Personen; insoweit kündigte sie an, dass eine weitere Erläuterung in den Vergabeunterlagen erfolgen werde. Hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit (Ziffer III.1.2)) und hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit (Ziffer III.1.3)) verwies sie jeweils pauschal auf die Auftragsunterlagen.

Die Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin enthielten eine Angebotsaufforderung, worin unter Ziffer 6. die mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen aufgeführt wurden. Dort war angegeben, dass mit dem Angebot u.a. eine Eigenerklärung über das Vorliegen oder die Kopie einer behördlichen Genehmigung für die gewerbliche Personenbeförderung im Linienverkehr nach §§ 42 oder 43 PBefG vorzulegen sei; daneben auch „aktuelle Referenzleistungen“ sowie eine „Erklärung und Nachweis über das rechtzeitige und nachhaltige Zur-Verfügungstellen der für die Auftragsausführung erforderlichen Kapazitäten, ggf. auch durch Nutzung von Kapazitäten

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

Dritter, Eigenerklärungen des Bieters zur Zuverlässigkeit, Erklärung zu § 10 Abs. 1 LVG LSA, Erklärung zur Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation zu § 12 LVG LSA, Erklärung zum Nachunternehmereinsatz zu § 13 Abs. 2, 4 LVG LSA“.

Die Angebotsaufforderung enthielt unter Ziffer 8 den Hinweis, dass eine teilweise oder vollständige Weitergabe von Leistungen an Dritte als Nachunternehmerleistungen „nicht gewünscht“ sei. Für die Eigenerklärung zum Eignungsnachweis war den Vergabeunterlagen die „Anlage Vordruck 2“ beigefügt, die unter ihrer Ziffer 1 Blanko-Felder für die Eintragungen der in Ziffer III.1.1) der Auftragsbekanntmachung geforderten Erklärungen aufwies, unter Ziffer 2 aktuelle Referenzleistungen für die Leistungsbereiche „Linienverkehr mit Omnibussen nach § 42 PBefG als Unternehmer/ Nachunternehmer“ bzw. „Linienverkehr mit Omnibussen nach § 43 PBefG als Unternehmer/ Nachunternehmer“ verlangte – mit dem Hinweis, dass Referenzen für andere Leistungsbereiche nicht anerkannt und bewertet würden – und unter Ziffer 3 die Abgabe einer pauschalen Erklärung, dass zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme die erforderlichen Fahrzeugkapazitäten sowie die Personalkapazitäten für die Leistungsausführung zur Verfügung stehen werden. Soweit die Fahrzeuge und die Fahrer bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereitstünden bzw. bekannt seien, sollte deren Angabe bereits in den Anlagen 3 und 4 zum Verkehrsvertrag erfolgen.

Der den Vergabeunterlagen beigefügte Entwurf des Verkehrsvertrages sah in § 2 Abs. 1 vor, dass der Nachunternehmer die Leistungen in eigener Verantwortung erbringe; in § 8 Abs. 3 verpflichtete sich der Nachunternehmer, dass die von ihm eingesetzten Fahrzeuge den Anforderungen aus Anlage 2 des Vertrages entsprächen.

In der Angebotsphase bat ein Bieter die Antragsgegnerin um Erläuterung, wie das Erfordernis der Genehmigungen nach §§ 42, 43 PBefG vergaberechtlich gerechtfertigt werde, weil u.U. auch eine Genehmigung für den Gelegenheitsverkehr mit Kraftomnibussen nach §§ 48, 49 PBefG ausreichend sei. Die Antragsgegnerin informierte die Bieter in Bezug hierauf darüber, dass sie Wert auf die Vergleichbarkeit von Referenzen lege; diese seien jedoch nur aus dem Bereich des öffentlichen Linienverkehrs vergleichbar, „u.a. in Bezug auf Qualitätsmerkmale (z.B. Fahrplantreue) und bestimmte Tätigkeiten, wie Vertrieb, Tarifkenntnis usw.“.

Die Antragstellerin rügte vor dem Ablauf der Angebotsfrist und vor ihrer eigenen Angebotsabgabe u.a., dass das Verlangen der Vorlage von Genehmigungen für den Linienverkehr keinen Auftragsbezug aufweise, weil ein Nachunternehmer der Antragsgegnerin, welche selbst Inhaberin der Linienverkehrsgenehmigungen sei, eine solche Genehmigung zur Leistungsausführung nicht benötige. Die Antragsgegnerin antwortete, dass kein Bieter selbst eine Genehmigung nach §§ 42, 43 PBefG benötige, sondern sich aus den Vergabeunterlagen ergebe, dass lediglich eine behördliche Genehmigung für die gewerbliche Personenbeförderung gefordert werde.

Innerhalb der Angebotsfrist gingen Angebote von sechs Bietern, darunter der Antragstellerin als Bietergemeinschaft und der Beigeladenen als Einzelbieterin, ein. Dem Angebot der Beigeladenen, welches sich auf sämtliche vier Lose bezog, war statt einer Eigenerklärung über ihre Befähigung zur Berufsausübung eine Genehmigungsurkunde für den Gelegenheitsverkehr mit Kraftomnibussen nach §§ 48, 49 PBefG vom 27.03.2015, gültig vom 27.03.2015 bis zum 26.03.2025, beigefügt. Dem Bescheid ist zu entnehmen, dass die Genehmigung „derzeit“ zum Einsatz von 6 Kraftomnibussen berechtige. Den Erläuterungen ihres Angebotes war zu entnehmen, dass sie im Falle der Zuschlagserteilung auf ihr Angebot in allen vier Losen mehr als 6 Fahrzeuge benötigte und dass bereits die Beauftragung mit dem – umfangreichsten – Los 1 den Einsatz von mehr als 6 Fahrzeugen erforderte.

Im Rahmen ihrer Angebotsprüfung und -wertung kam die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis, dass die Beigeladene geeignet sei; sie hatte insbesondere auch keine Zweifel, dass es der Beigeladenen möglich sei,

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

bei Beginn der Leistungsausführung über die erforderlichen Fahrzeug- und Personalkapazitäten selbst zu verfügen.

Die Antragsgegnerin teilte den Bietern mit Vorabinformation vom 10.06.2020 mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag in allen vier Losen jeweils auf das Angebot der hiesigen Beigeladenen zu erteilen.

Die Mitglieder der Antragstellerin rügten jeweils mit gleichlautenden Schreiben vom 17.06.2020 gegenüber der Antragsgegnerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung als vergaberechtswidrig. Sie vertraten die Auffassung, dass der Angebotspreis der Bestbieterin ungewöhnlich niedrig sei und das Angebot deswegen hätte aufgeklärt und ggf. ausgeschlossen werden müssen. Dieser Rüge half die Antragsgegnerin nicht ab, worüber sie die Antragstellerin mit Schreiben vom 19.06.2020 informierte.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 19.06.2020, bei der Vergabekammer eingegangen am selben Tage, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich sämtlicher Lose des o.a. Vergabeverfahrens beantragt.

Die 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt hat mit ihrem Beschluss vom 28.07.2020 die vier einzelnen Nachprüfungsverfahren 2 VK 9/20 bis 2 VK 12/20 unter Führung des zuerst genannten Verfahrens zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Mit weiterem Beschluss vom selben Tage hat sie die o.g. Mitbewerberin beigeladen.

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die am 24.07.2020 ablaufende fünfwöchige gesetzliche Entscheidungsfrist mit Verfügung vom 22.07.2020 um fünf Wochen (bis zum 28.08.2020) und mit Verfügung vom 13.08.2020 um weitere zwei Wochen (bis zum 11.09.2020) verlängert.

Mit ihrem Beschluss vom 10.09.2020 hat die Vergabekammer der Antragsgegnerin aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der im Beschluss geäußerten Rechtsauffassungen zu wiederholen. In den Gründen der Entscheidung hat die Vergabekammer zwar die Rüge der Unangemessenheit des Angebotspreises im Angebot der Beigeladenen als unbegründet zurückgewiesen. Die Vergabekammer hat aber zu Lasten der Antragsgegnerin eine vergaberechtswidrige Überschreitung des Beurteilungsspielraums bei der formalen und inhaltlichen Prüfung und Bewertung der Eignung der Beigeladenen festgestellt. Diese Feststellung bezieht sich darauf, dass die von der Antragsgegnerin alternativ zu einer entsprechenden Eigenerklärung wirksam geforderte und innerhalb der Angebotsfrist vorzulegende Genehmigung für die gewerbliche Personenbeförderung von der Beigeladenen nicht in einer den Anforderungen aus Ziffer III.1.1) der Auftragsbekanntmachung entsprechenden Art und Weise vorgelegt worden sei. Sie belege lediglich die Berechtigung zu einem Einsatz von sechs Kraftomnibussen und damit auch, dass die Beigeladene nur für die genehmigte Anzahl an Bussen über das benötigte Eigenkapital einschließlich Reserven i.S.v. § 2 Abs. 5 PBZugV verfüge. Damit habe die Beigeladene nicht nachgewiesen, dass sie über die notwendigen finanziellen Mittel zur Leistungserbringung verfüge. Der Vergabedokumentation sei nicht zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin sich mit diesen Umständen auseinandergesetzt habe. Eine Nachforderung einer hinreichenden Genehmigung bzw. eine Bewertung der inzwischen vorliegenden Genehmigung vom 03.09.2020 sei nicht zulässig und insbesondere nicht durch § 51 Abs. 2 Satz 1 SektVO eröffnet, weil die entsprechende Unterlage nicht gefehlt habe, sondern inhaltlich unzureichend sei. Die Vergabekammer ist zu dem Schluss gekommen, dass die Antragsgegnerin wegen ihrer eigenen Vorgaben gehindert sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Die Wertung der Angebote der übrigen Bieter sei zu wiederholen, dabei sei der Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit ein besonderes Augenmerk zu widmen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 23.09.2020 erhobene und am selben Tage vorab per Fax beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin.

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

Die Antragsgegnerin ist u.a. der Meinung, dass sie im Rahmen der Eignungsprüfung bieterschützende Pflichten nicht verletzt habe. Die Vergabekammer sei von einem überhöhten Maßstab der Eignungsanforderungen ausgegangen; Gegenstand ihres – von der Antragsgegnerin bekanntgegebenen – Verlangens sei die Eigenerklärung über die Erlaubnis für die gewerbliche Personenbeförderung bzw. eine inhaltlich dahingehende Unterlage gewesen. Eine behördliche Genehmigung für sämtliche Leistungen des ausgeschriebenen Auftrags sei bewusst nicht gefordert worden, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen und einen weiten Wettbewerb zu eröffnen. Dies gelte umso mehr, als aus den Genehmigungsurkunden regelmäßig nicht erkennbar sei, über welche Anzahl an Bussen der Unternehmer verfüge. Aus der Auftragsbekanntmachung ergebe sich eindeutig, dass die Eigenerklärung bzw. Kopie der Genehmigungsurkunde zur Berechtigung zur gewerblichen Personenbeförderung nicht zum Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit gefordert werde. Vielmehr sei den Vergabeunterlagen zu entnehmen, dass die Leistungsfähigkeit prognostisch, bezogen auf den Zeitpunkt der Betriebsaufnahme, beurteilt werden sollte. Die Antragsgegnerin hält in der Beschwerdebegründung an ihrer Auffassung fest, dass die Beigeladene für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet sei. Aus der vorgelegten Kopie der Genehmigungsurkunde ergebe sich, dass die Beigeladene die erforderliche Fachkunde besitze; jedenfalls sei eine entsprechende Prognose der Antragsgegnerin von dem ihr zustehenden Beurteilungsspielraum gedeckt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt vom 10.09.2020 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat sich dem Antrag der Antragsgegnerin und deren Beschwerdevorbringen angeschlossen. Sie hat darüber hinaus hilfsweise geltend gemacht, dass der Ausschluss ihres Angebotes dem rechtswidrigen Gedanken formaler Ordnung entspreche, weil die Vergabekammer nicht berücksichtigt habe, dass es erklärtes Ziel des Normgebers gewesen sei, im Interesse der Erhaltung eines möglichst umfassenden Wettbewerbs die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig wegen an sich vermeidbarer, nicht gravierender formaler Mängel zu reduzieren.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen und festzustellen, dass kein Aufhebungsgrund für das streitgegenständliche Vergabeverfahren vorliegt.

Sie verteidigt im Wesentlichen die angefochtene Entscheidung und vertieft u.a. die Ansicht, dass eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigungspflicht für die ausgeschriebenen Leistungen bestehe. Sie bezieht sich auf die Rüge der Unauskömmlichkeit des Angebotspreises der Beigeladenen und der zu Unrecht unterlassenen Preisauflärung der Antragsgegnerin. Zu ihrem Feststellungsantrag führt sie aus, dass sie aufgrund ihrer Erfahrungen aus der mehrfachen Interim-Vergabe der streitgegenständlichen Leistungen besorge, dass die Antragsgegnerin im Falle des Unterliegens im Beschwerdeverfahren nicht etwa die Angebotswertung wiederholen, sondern die Ausschreibung aufheben und eine Neuausschreibung vornehmen werde, welche auf die Bedürfnisse der Beigeladenen zugeschnitten sei. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 26.10.2020 Bezug genommen.

Der Senat hat am 04.12.2020 mündlich zur Sache verhandelt. Die Antragsgegnerin hat klargestellt, dass auch aus ihrer Sicht für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen eine Genehmigung nach §§ 42 PBefG nicht erforderlich sei; die entsprechende Bieteranfrage habe sie missverständlich beantwortet.

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

B.

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig und begründet. Der von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren gestellte Feststellungsantrag war als unzulässig zu verwerfen.

I. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig und bestimmt den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Das Rechtsmittel ist form- und fristgerecht eingelegt worden. Auch wenn ein Nachweis über den Zeitpunkt der Zustellung der angefochtenen Entscheidung an die Antragsgegnerin nicht aktenkundig geworden ist, so ergibt sich die Einhaltung der Beschwerdefrist aus dem Umstand, dass zwischen dem Tag der Verkündung der angefochtenen Entscheidung und dem Eingang der Beschwerdeschrift nur 13 Kalendertage liegen. Die Antragsgegnerin ist formell und materiell beschwert, denn ihr Antrag vor der Vergabekammer auf eine vollständige Zurückweisung des Nachprüfungsantrags hatte teilweise keinen Erfolg, sie ist zur Wiederholung der Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassungen der Vergabekammer verpflichtet worden, was im vorliegenden Fall jedenfalls auch bedeutet hätte, dass sie den Zuschlag nicht, wie beabsichtigt, hätte erteilen dürfen.

II. Der neben dem Antrag auf Zurückweisung des Rechtsmittels von der Antragstellerin angebrachte Antrag auf Feststellung des Nichtvorliegens eines Aufhebungsgrundes ist unzulässig und in der Sache nicht zu bescheiden.

1. Der Senat kann offenlassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Anschlussbeschwerde der Antragstellerin zulässig gewesen wäre. Denn mit dem vorgenannten Feststellungsantrag wird die Entscheidung der Vergabekammer nicht angegriffen. Die von der Antragstellerin geäußerte Besorgnis einer Aufhebung der Ausschreibung ist nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer gewesen.

2. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass schon grundsätzlich im Nachprüfungsverfahren ein Antrag auf Feststellung nicht statthaft ist, es sei denn, es ginge – wie hier nicht – um eine sog. Fortsetzungsfeststellung nach der Erledigung des Vergabeverfahrens i.S.v. § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB, welcher nach § 178 Satz 2 und 3 GWB auch im Beschwerdeverfahren gilt. Denn das Nachprüfungsverfahren dient dem individuellen Primärrechtsschutz des Antragstellers im schon und noch laufenden Vergabeverfahren; im Falle der Begründetheit einer vergaberechtlichen Rüge muss der Antragsteller die Anordnung einer Maßnahme zur Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit des laufenden Vergabeverfahrens anstreben. Beschränkt der Bieter sein Antragsziel von sich aus auf eine bloße Feststellung, so strebt er gerade keinen Primär-, sondern allenfalls einen Sekundärrechtsschutz an. Hierfür ist das Nachprüfungsverfahren nach §§ 155 ff. GWB – mit der genannten, aus prozessökonomischen Gründen geregelten – Ausnahme nicht eröffnet.

3. Jedenfalls fehlt der Antragstellerin für eine Nachprüfung des Aspekts einer vergaberechtwidrigen Aufhebung der Ausschreibung bereits die Antragsbefugnis i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB. Denn die Antragsbefugnis setzte voraus, dass die Antragstellerin einen bereits eingetretenen Verstoß gegen eine bieterschützende Vorschrift geltend machte. Ein vorbeugender Rechtsschutz gegen noch nicht eingetretene, allenfalls besorgte Vergaberechtsverstöße wird nicht gewährt (vgl. nur Byok in: Byok/ Jaeger, VergabeR, 4. Aufl. 2018, § 160 GWB Rn. 29 m.w.N.). So liegt der Fall hier; die Antragstellerin stützt ihren Antrag auf einen spekulativen künftigen Vergaberechtsverstoß.

III. Die im Rahmen der Angebotsprüfung von der Antragsgegnerin getroffene Bewertung, wonach die Beigeladene für die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags geeignet ist, ist entgegen der Auffassung der Vergabekammer nicht zu beanstanden. Die Anordnung der Wiederholung der Wertung ist deswegen nicht gerechtfertigt.

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

1. Auf das vorliegende Vergabeverfahren sind die Vorschriften des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie der Sektorenverordnung anzuwenden, d.h. bezüglich der Eignungsprüfung und -bewertung insbesondere die §§ 122, 142 Nr. 1 GWB und §§ 46, 51 SektVO. Die vorgenannten Vorschriften sind in Umsetzung der Richtlinie 2014/25/EU vom 26.02.2014 – Sektorenvergaberichtlinie – (künftig: SRL) ergangen. Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin i.S.v. §§ 100 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 102 Abs. 4 GWB, die ausgeschriebenen Leistungen dienen i.S.v. § 136 GWB der Ausübung der Sektorentätigkeit im Bereich des Verkehrs. Hierüber besteht zwischen den Verfahrensbeteiligten kein Streit.

2. Für die Prüfung und Bewertung der Eignung der Bieter gelten danach vor allem die folgenden Maßstäbe:

a) Öffentliche Aufträge sind nach § 122 Abs. 1 GWB an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen zu vergeben, die nicht nach den §§ 123 f. GWB ausgeschlossen sind. Abgesehen von den – hier nicht entscheidungserheblichen – Ausschlussgründen bestimmt der öffentliche Auftraggeber selbst und eigenverantwortlich, welche Anforderungen er an die Eignung stellt. Im Rahmen einer – hier von der Antragsgegnerin als Verfahrensart gewählten – Ausschreibung im Offenen Verfahren legt er diese Eignungsanforderungen als K.o.-Bedingungen fest, d.h. es kommt im Rahmen der Prüfung und Bewertung der Angebote ausschließlich darauf an, ob der Bieter diese Bedingungen erfüllt oder nicht; eine graduelle Abstufung darf nicht vorgenommen werden.

b) Bereits aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen nach § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB – Organisation eines fairen Wettbewerbs, Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit – ergibt sich, dass die Prüfung der Eignung nur auf der Grundlage zuvor hinreichend transparent gemachter Eignungsanforderungen erfolgen darf und dass insbesondere der Ausschluss eines Bieters als ungeeignet nur dann erfolgen darf, wenn die als nicht erfüllt angesehene Eignungsanforderung wirksam bekanntgemacht worden sind (vgl. BGH, Urteil v. 17.02.1999, X ZR 101/97 „Krankenhauswäsche“, NJW 2000, 137, in juris Tz. 21; zuletzt BGH, Urteil v. 18.06.2019, X ZR 86/17 „Straßenbauarbeiten“, VergabeR 2019, 753, in juris Tz. 47 m.w.N.) und der Tatbestand der Nichterfüllung auf der Grundlage gesicherter Erkenntnisse festgestellt werden kann (vgl. BGH, Urteil v. 26.10.1999, X ZR 30/98, NJW 2000, 661, in juris Tz. 14; Urteil v. 24.05.2005, X ZR 243/02 „Innungsmeister“, VergabeR 2010, 809, in juris Tz. 15).

c) Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, bereits in der Auftragsbekanntmachung die für seine Auftragsvergabe maßgeblichen Eignungskriterien abschließend festzulegen; der ggf. durch Auslegung zu bestimmende Inhalt der Auftragsbekanntmachung zu den Eignungskriterien bindet in der Folge auch den öffentlichen Auftraggeber selbst. Diese Bindungswirkung kann allenfalls durch eine Änderung der Auftragsbekanntmachung aufgehoben werden.

aa) Im Bereich der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen durch sog. „klassische“ öffentliche Auftraggeber bei einer EU-weiten Ausschreibungspflicht, d.h. unter dem Vergaberegime des GWB und der VgV, ist es ausdrücklich normiert, dass sowohl die vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien als auch die zur Prüfung der Eignung nach diesen Kriterien jeweils geforderten Eignungsnachweise bereits in der Auftragsbekanntmachung im Detail aufzuführen sind; in den Vergabeunterlagen dürfen allenfalls Erläuterungen und Konkretisierungen dieser Anforderungen erfolgen, eine wirksame Bekanntmachung ist nur im sog. Pflichtmedium, also der EU-weiten Auftragsbekanntmachung, zulässig.

bb) Auch im Anwendungsbereich der Sektorenverordnung hat der öffentliche Auftraggeber die Eignungskriterien für einen ausgeschriebenen Auftrag unter Beachtung der in § 122 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 GWB hierfür enthaltenen und durch § 142 Nr. 1 GWB modifizierten Vorgaben individuell festzulegen und nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Hinsichtlich der Eignungskriterien wird in § 142 Nr. 1 GWB zwar die Beschränkung des § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB, wonach Eignungskriterien

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

ausschließlich die drei dort aufgeführten Bereiche (Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, technische und berufliche Leistungsfähigkeit) betreffen dürfen, aufgehoben und dahin abgeändert, dass der Sektorenauftraggeber „objektive Kriterien“ der Eignung auswählen darf, also einen größeren Gestaltungsspielraum erhält. Die Regelung des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB zur erforderlichen Transparenz dieser Kriterien wird in § 142 GWB jedoch nicht modifiziert und gilt demzufolge uneingeschränkt. Auf eine Auseinandersetzung mit den weiteren Regelungen der SektVO kommt es insoweit wegen der Normhierarchie nicht an. Die Aufführung der Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung ist abschließend, d.h. auf andere Weise dürfen weder zusätzliche Eignungskriterien aufgestellt werden noch darf der Auftraggeber von einem so bekanntgemachten Eignungskriterium wieder Abstand nehmen, es sei denn, die Änderung wird in gleicher Form, also durch Änderung der Auftragsbekanntmachung, wirksam publiziert. Eine Mitteilung der Eignungskriterien erst in den Vergabeunterlagen ist ausweislich des klaren Wortlauts der oben zitierten Vorschrift unzulässig und deswegen unwirksam (vgl. nur OLG München, Beschluss v. 25.02.2019, Verg 11/18, VergabeR 2019, 536, in juris Tz. 53 ff.; Csaki in: Byok/ Jaeger, a.a.O., § 122 GWB Rn. 39 m.w.N.; Hausmann/ von Hoff in: Röwekamp/ Kus/ Portz/ Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, § 122 Rn. 47 m.w.N.).

d) Der Auftraggeber bzw. die Vergabestelle sind berechtigt, für die Prüfung der Erfüllung der von ihr festgelegten Eignungskriterien von den Bietern die Vorlage entsprechender Nachweise in Form von Eigenerklärungen oder Fremderklärungen zu verlangen. Hinsichtlich der notwendigen Transparenz von Eignungsnachweisen weisen die Vergaberegime der VgV und der SektVO Unterschiede auf.

aa) Im Anwendungsbereich der Vergabeverordnung ist in § 48 Abs. 1 VgV eindeutig normiert, dass auch Eignungsnachweise, um wirksam gefordert zu sein, bereits in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind (vgl. Senat, Beschluss v. 14.07.2017, 7 Verg 1/17, in juris Tz. 104 m.w.N.; vgl. Kadenbach in: Reidt/ Stickler/ Glaß, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 122 Rn. 64 f. m.w.N.).

bb) Ob dies im – hier anzuwendenden – Vergaberegime der Sektorenverordnung in identischer Weise gilt, ist in der Fachliteratur umstritten.

(1) Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass mangels einer zu § 48 Abs. 1 VgV vergleichbaren Regelung in der SektVO der Sektorenauftraggeber darin frei sei, Eignungsnachweise wirksam erst in den Vergabeunterlagen bekanntzugeben (vgl. Kolpatzik in: Müller-Wrede, SektVO, 2. Aufl. 2018, § 46 Rn. 25; wohl auch Mager in: Burgi/ Dreher, Beck'scher Vergaberechtskomm., Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 46 SektVO Rn. 9 m.w.N.).

(2) Andererseits wird vertreten, dass die Vorschrift in § 46 Abs. 1 SektVO, welche lediglich eine „Zugänglichkeit“ der objektiven Kriterien für alle Bieter ohne Anführung eines Publikationsmediums verlangt, unter weiterer Berücksichtigung der o.g. allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens dahin auszulegen sei, dass in diesem Vergaberegime nichts Anderes als im Vergaberegime der VgV gelten könne (so Dietrich in: Eschenbruch/ Opitz/ Röwekamp, SektVO, 2. Aufl. 2019, § 46 Rn. 28).

(3) Der Senat vertritt hierzu eine vermittelnde Ansicht, welche jedoch der zuletzt genannten Auffassung nahekommt. Es ist zwar im Bereich der Sektorenauftragsvergabe nicht zwingend vorgeschrieben, dass die Eignungsnachweise vollständig und abschließend in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt sein müssen und diese Bekanntmachung dem öffentlichen Auftraggeber ein Verlangen weiterer Eignungsnachweise, insbesondere in den Vergabeunterlagen, endgültig abschneidet. Der Auftraggeber ist aber verpflichtet, in der Auftragsbekanntmachung sämtliche Mindestbedingungen für die Eignung aufzuführen, bei deren Nichterfüllung ein Ausschluss erfolgen soll, was regelmäßig auch die Aufführung der hierzu geforderten Eignungsnachweise voraussetzt.



OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

(a) Ein Vergleich des Wortlauts der Vorschriften der §§ 122 und 142 GWB zeigt, dass der Gesetzgeber dem Sektorenauftraggeber gegenüber dem klassischen öffentlichen Auftraggeber jedenfalls größere Gestaltungsfreiräume bei der Auswahl der für die Eignungsprüfung herangezogenen Kriterien verschaffen wollte. Damit folgte er den – ebenfalls weiter gefassten – Formulierungen in den Art. 76 und 78 SRL („objektive Vorschriften und Kriterien“ statt der drei Rubriken des Art. 58 Abs. 1 Satz 1 RL 2014/24/EU – Vergaberichtlinie (VRL) –). Dafür, dass der Gesetzgeber im Bereich der Sektorenauftragsvergabe zugleich ein geringeres Transparenzniveau für ausreichend erachtete, bietet der Wortlaut der nationalen Norm keinen unmittelbaren Anhalt.

(b) Der Sinn der nationalen Regelung zur Transparenz der Eignungskriterien ist es, dass die Wirtschaftsteilnehmer bereits aus der Auftragsbekanntmachung ohne weiteres die in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gestellten Anforderungen ersehen können, um anhand dieser Angaben entscheiden zu können, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen. Da diese Eignungskriterien allein durch ihre Benennung regelmäßig nicht selbsterklärend sind, insbesondere deswegen, weil der Auftraggeber das jeweilige Niveau ausschreibungsbezogen individuell festlegen darf und soll, und zur Ermittlung ihres Aussage- und Regelungsgehaltes als K.o.-Kriterien ein Rückgriff auf die verlangten Eignungsnachweise erforderlich ist, umfasst die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Eignungskriterien jedenfalls regelmäßig auch die Verpflichtung zur Bekanntgabe der für deren Prüfung verlangten Eignungsunterlagen (vgl. dazu OLG Rostock, Beschluss v. 21.01.2019, 17 Verg 8/18 „Streusalz“, in juris Tz. 24, 27 zur Auslegung der Forderung nach „vergleichbaren Referenzen“). Nur wenn sämtliche dieser Angaben bereits in der Auftragsbekanntmachung frei zugänglich und transparent sind, können sie dem vorgenannten Zweck der Auftragsbekanntmachung gerecht werden (vgl. zuletzt OLG München, Beschluss v. 25.02.2019, Verg 11/18, VergabeR 2019, 536, in juris Tz. 56).

(c) Die nationale Vorschrift des § 35 Abs. 1 SektVO über die Verpflichtung des Sektorenauftraggebers, seine Absicht der Vergabe eines öffentlichen Auftrags in einer Auftragsbekanntmachung mitzuteilen, ist EU-rechtskonform i.S.v. Art. 69 SRL auszulegen und anzuwenden. Nach Art. 69 Satz 2 SRL müssen die Informationen nach Anhang XI veröffentlicht werden; in Anhang XI über „In Auftragsbekanntmachungen aufzuführende Angaben“ ist für das Offene Verfahren (Abschnitt A.) unter Ziffer 16 geregelt: „wirtschaftliche und technische Mindestanforderungen, die der Wirtschaftsteilnehmer, an den der Auftrag vergeben wird, erfüllen muss“.

Dem entspricht das nach § 35 Abs. 2 SektVO für die Auftragsbekanntmachung zu verwendende Standardformular (vgl. Durchführungs-VO (EU) Nr. 2015/1986 v. 11.11.2015, Anhang V, ABI. EU 2015, L 296/30 ff.), welches die hiesige Antragsgegnerin nicht verwendete (sie nutzte stattdessen das Standardformular für Offene Verfahren für klassische öffentliche Auftraggeber). Das webbasierte EU-Standard-formular für Sektorenauftraggeber verlangt in Abschnitt III. unter den Ziffern III.1.2) bezüglich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und in Abschnitt III.1.3) bezüglich der technischen und personellen Leistungsfähigkeit jeweils eben der Auflistung und kurzen Beschreibung der Eignungskriterien die Angabe „möglicherweise geforderte(r) Mindeststandards“. Diese Mindeststandards sollen also regelmäßig über die Benennung der Eignungskriterien hinausgehen und sowohl eine Erläuterung als auch eine besondere Herausstellung der Mindeststandards (also eines konkreten Mindestniveaus) enthalten. Diese Anforderungen an die Transparenz werden sich regelmäßig nur durch die Mitteilung der hierzu verlangten Unterlagen zur Eignung erfüllen lassen.

3. Eine nach diesen rechtlichen Maßstäben erfolgende formelle Prüfung des Angebotes der Beigeladenen ergibt, dass die Beigeladene sämtliche innerhalb der Angebotsfrist vorzulegende und von der Antragsgegnerin wirksam geforderte Erklärungen und Nachweise zu ihrer Eignung fristgerecht eingereicht hat.

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

a) Berücksichtigt man allein die in der Auftragsbekanntmachung (dort unter Ziffer III.1.1)) angegebenen Eignungsnachweise, so hat die Antragsgegnerin zutreffend und von der Vergabekammer nicht beanstandet festgestellt, dass alle geforderten Unterlagen von der Beigeladenen innerhalb der Angebotsfrist vorgelegt worden sind.

aa) Zur Klarstellung ist darauf zu verweisen, dass die Beigeladene auf die alternative Aufforderung entgegen ihrer Ansicht zwar keine Eigenerklärung über ihre Befähigung zur Erbringung gewerblicher Personenbeförderungsleistungen eingereicht hat, dass sie aber eine Kopie der Genehmigungsurkunde des S. Kreis vom 27.03.2015 über die Erteilung der Genehmigung zur Ausführung von Gelegenheitsverkehren mit Kraftomnibussen nach §§ 48, 49 PBefG mit einer die Vertragslaufzeit umfassenden Laufzeit vorgelegt hat. Diese Unterlage ist eine Fremderklärung über die (allgemeine) Befähigung und Erlaubnis der Beigeladenen zur gewerblichen Personenbeförderung in der von der Antragsgegnerin zugelassenen Form einer Kopie.

bb) Dem steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen im Rahmen der „Checkliste“ der mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen – insoweit abweichend vom Inhalt der Auftragsbekanntmachung – eine Eigenerklärung oder die Kopie einer behördlichen Genehmigung für die gewerbliche Personenbeförderung im Linienverkehr nach §§ 42 oder 43 PBefG gefordert hat. Denn insoweit handelte es sich nicht etwa um eine – vergaberechtlich zulässige – Erläuterung oder Konkretisierung der zuvor aufgestellten Forderung, sondern um eine – vergaberechtlich unzulässige und deswegen von Anfang an unwirksame – Verschärfung der Eignungsanforderungen. Typischerweise und durch das Konzept der Anrufbusse in der Fläche noch verstärkt verfügen die als Nachunternehmer tätigen Busverkehrsunternehmen nicht mehr über eine Genehmigung für Linienverkehre, sondern nur über eine Genehmigung für Gelegenheitsverkehre, so dass der o.g. Zusatz zu einer erheblichen Verengung des Wettbewerbs führte. Das hat die Vergabekammer ebenfalls so bewertet (vgl. BA S. 16 unten).

b) Auch wenn der Senat im Bereich der Sektorenauftragsvergabe eine nachträgliche Forderung von Eignungsnachweisen in den vorausgeführten Grenzen für zulässig erachtet, ist hier eine wirksame Forderung eines über den Inhalt der Auftragsbekanntmachung hinausgehenden Eignungsnachweises nicht erfolgt.

aa) In der Verengung der ursprünglichen Anforderung „Befähigung und Erlaubnis zur Durchführung der gewerblichen Personenbeförderung“ auf die Mindestanforderung „Befähigung und Erlaubnis zur Durchführung von Linienverkehren“ liegt nicht lediglich die Benennung eines zusätzlichen Eignungsnachweises in den Vergabeunterlagen, sondern eine inhaltliche Veränderung der Mindestanforderungen an die Eignung, also eine Verschärfung des Eignungskriteriums selbst. Dieser Verschärfung fehlt die für die Wirksamkeit des Verlangens notwendige Transparenz.

bb) Darüber hinaus war die Anforderung im vorliegenden Fall auch missverständlich formuliert: Denn in der Bieterinformation, welche der Erläuterung, Ergänzung und Korrektur der Vergabeunterlagen diene, antwortete die Antragsgegnerin auf die Nachfrage nach der sachlichen Rechtfertigung für die nach dem objektiven Empfängerhorizont vorliegende Erhöhung der Mindestanforderungen im Bereich der Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, dass es ihr um die Vergleichbarkeit der Referenzen gehe; Referenzen sind aber Berichte Dritter über erbrachte Leistungen des Referenznehmers oder auch Empfehlungen des Referenzgebers und können deswegen weder Gegenstand der geforderten Eigenerklärung über die Befähigung und Berechtigung zur Berufsausübung noch Gegenstand einer entsprechenden Genehmigungsurkunde sein, denn die Genehmigung wird typischerweise erteilt, bevor mit der Leistungsausführung begonnen wird. Die Antwort der Antragsgegnerin hinterließ danach erhebliche Zweifel, ob eine ordnungsgemäße Eigenerklärung bzw. – alternativ dazu – eine hinreichende Genehmigungsurkunde zwingend auf die Durchführung von Linienverkehren bezogen sein musste. Der Vergabedokumentation ist zu entnehmen, dass die beteiligten

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

Bieter diese Anforderung auch nicht so aufgefasst haben und dass die Antragsgegnerin bei keinem Bieter, bei dem die Eigenerklärung oder Genehmigungsurkunde nur auf Gelegenheitsverkehre bezogen war, diese als unzureichend bemängelt hat. Dieses vom objektiven Empfängerhorizont abweichende Selbstverständnis bestätigte die Antragsgegnerin im Termin vor dem Senat.

4. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer durfte die Antragsgegnerin im Rahmen der inhaltlichen Bewertung nach § 46 Abs. 1 SektVO von einer Eignung der Beigeladenen für die ausgeschriebenen Leistungen und insbesondere von einer Erfüllung der wirksam bekanntgegebenen Eignungskriterien ausgehen.

a) Die Feststellung der Eignung eines Bieters obliegt der Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers. Weil diese Feststellung in die Zukunft gerichtet ist und notwendigerweise prognostische Elemente enthält, ist dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Von Nachprüfungsinstanzen kann die Feststellung nur darauf geprüft werden, ob der Auftraggeber bei seiner Entscheidung von einem zutreffenden Aussagegehalt der von ihm selbst wirksam aufgestellten Eignungsanforderungen ausgegangen ist, ob er die tatsächlichen Grundlagen seiner Entscheidung vollständig und zutreffend zur Kenntnis genommen und ggf. aufgeklärt hat und ob sich seine Entscheidung willkürfrei in dem durch die Auftragsbekanntmachung vorgegebenen Entscheidungsspielraum hält (vgl. nur Dittmann in: Kulartz/ Kus/ Portz/ Prieß, VgV, 2017, § 57 Rn. 120 m.w.N.).

b) Die Antragsgegnerin hat den Inhalt ihrer Auftragsbekanntmachung zutreffend dahin ausgelegt, dass von den Bietern mit den in Ziffer III.1.1) geforderten Unterlagen lediglich ihre allgemeine Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung zu belegen war, nicht aber zugleich damit auch ein Nachweis der Verfügbarkeit ausreichender Kapazitäten geführt werden sollte. Die Bewertung der Antragsgegnerin, wonach die Beigeladene das Vorliegen dieser Voraussetzung nachgewiesen hat, ist nicht zu beanstanden. Denn die Beigeladene hat mit der Kopie der Genehmigung für die Durchführung gewerblicher Gelegenheitsverkehre nachgewiesen, dass sie gewerbliche Personenbeförderungsleistungen der ausgeschriebenen Art erbringen darf. Die Genehmigungsurkunde erfasst den gesamten ausgeschriebenen Vertragszeitraum. Das hat auch die Vergabekammer so bewertet.

c) Die Antragsgegnerin hatte entgegen der Auffassung der Vergabekammer insbesondere bei der Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bieter keine wirksamen Mindestanforderungen aufgestellt, auf deren Grundlage sie einen Ausschluss hätte vornehmen dürfen. Insoweit kommt auch ein Ausschluss der Beigeladenen aus den von der Vergabekammer genannten Gründen nicht in Betracht.

aa) Sowohl hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit i.S.v. § 122 Abs. 2 Nr. 2 GWB (vgl. Ziffer III.1.2) der Auftragsbekanntmachung) als auch hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit i.S.v. § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB (vgl. Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung) hat die Antragsgegnerin konkreten Eignungskriterien bzw. Mindestanforderungen in der Auftragsbekanntmachung schon nicht benannt. Der jeweils enthaltene pauschale Verweis auf den Inhalt der Vergabeunterlagen ist aus den o.g. Gründen unwirksam.

bb) Abweichendes ergibt sich hier auch nicht etwa im Wege der Auslegung der Auftragsbekanntmachung. Zwar ist der Aussagegehalt der Festlegung eines Eignungskriteriums bzw. eines Eignungsnachweises durch Auslegung zu bestimmen; maßgeblich ist dabei, wie der angesprochene Empfängerkreis, hier also ein Wirtschaftsteilnehmer mit Interesse an einem Auftrag über Nachunternehmerleistungen des ÖPNV-Linienverkehrs mit Kraftomnibussen, die Auftragsbekanntmachung verstehen durfte (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 29.10.2013, 2 Verg 3/13 „Abwasserdruckleitung“, in juris Tz. 55). Sowohl aus dem Wortlaut der Ziffer III.1.1) der Auftragsbekanntmachung als auch aus ihrer systematischen Stellung und der Struktur des webbasierten Formulars der Auftragsbekanntmachung folgte jedoch, dass sich die dort geforderten Eignungsnachweise ausschließlich auf die allgemeine Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung beziehen

sollten. Eine weitergehende Funktion kam den dort aufgeführten Eignungsnachweisen nicht zu. Eignungsnachweise haben stets einen akzessorischen Charakter zu dem jeweiligen Eignungskriterium, sie dienen der Prüfung und Feststellung der Erfüllung der vom Auftraggeber insoweit aufgestellten Mindestanforderungen an die Eignung. Deswegen ist die geforderte Eigenerklärung bzw. – alternativ hierzu zugelassene – Kopie einer behördlichen Genehmigungsurkunde im Lichte des „über ihr stehenden“ Eignungskriteriums auszulegen. Ein Bieter in der Situation der Beigeladenen durfte davon ausgehen, dass die unter Ziffer I.1.1) der Auftragsbekanntmachung verlangten Eignungsnachweise und damit auch die Kopie der behördlichen Genehmigung für die gewerbliche Personenbeförderung nicht der Feststellung der wirtschaftlichen und finanziellen oder der technischen und personellen Leistungsfähigkeit zu dienen bestimmt waren, sondern nur zur Beurteilung der Frage, ob der jeweilige Bieter die erforderliche Fachkunde und rechtliche Leistungsfähigkeit im Allgemeinen aufwies. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass die Vergabeunterlagen an anderer Stelle eindeutig auswiesen, dass die Antragsgegnerin einen möglichst breiten Wettbewerb organisieren wollte und es deswegen für ausreichend erachtete, dass die für die Vertragsdurchführung erforderliche Leistungsfähigkeit von dem Zuschlagsbieter erst nach dem Zuschlag und vor dem Beginn der Leistungsausführung geschaffen wird. In diesem Sinne ist die unter Ziffer 3 der „Anlage Vordruck 2“ geforderte Eigenerklärung des Bieters zu verstehen, wonach der Bieter dafür einstehen sollte, dass er „zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme“ über die erforderlichen Fahrzeug- und Personalkapazitäten für die Leistungsausführung verfügen werde, und die Anlagen 3 und 4 zum Entwurf des Verkehrsvertrages, in welche die Fahrzeuge bzw. die Fahrer nur insoweit einzutragen waren, soweit sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits bekannt sein sollten.

d) Die Vergabekammer hat jedoch nicht nur den Beurteilungsmaßstab unzutreffend ermittelt, ihren Feststellungen zur Nichteignung der Beigeladenen liegen auch ungesicherte Erkenntnisse zugrunde. Denn die Vergabekammer hat den i.E. gebotenen Ausschluss der Beigeladenen wegen Ungeeignetheit auf eine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit gestützt. Sie hat diese Erkenntnis allein daraus abgeleitet, dass in einer im Jahre 2015 ausgestellten Genehmigungsurkunde noch die Beschränkung auf den Einsatz von „derzeit“ sechs Bussen enthalten war und dies darauf hindeute, dass die finanziellen Mittel der Beigeladenen allenfalls ausreichten, um einen – für die Leistungsausführung unzureichenden – Fahrzeugpark zu unterhalten. Demgegenüber war von der Antragsgegnerin aber zu bewerten, ob die Beigeladene im Vertragszeitraum hinreichend finanziell leistungsfähig sein werde. Soweit die Vergabekammer eine hinreichende finanzielle Leistungsfähigkeit der Beigeladenen im Jahr 2015 verneint hat, sind die Ausführungen bereits spekulativ, weil sie allein vom gesetzlich geforderten Prüfungsprogramm ausgehen, ohne zu hinterfragen, ob die Genehmigungsbehörde diese Prüfungen so angestellt hat. Jedenfalls geht aus der Genehmigungsurkunde nicht hervor, ob die Beschränkung der Genehmigung auf sechs Busse damals dem Antrag der Beigeladenen entsprach oder etwa – wie die Vergabekammer unausgesprochen unterstellt – die Teillehnung eines weitergehenden Antrages darstellte. Jedenfalls aber bieten Daten aus dem Jahre 2015, selbst wenn diese belastbar ermittelt worden wären, keine hinreichende Grundlage für eine Prognose über die finanzielle Leistungsfähigkeit der Beigeladenen im möglichen Vertragszeitraum von August 2020 bis Juli 2023. Hätte also die Antragsgegnerin – wie hier nicht – für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit solche bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nachzuweisende Mindestanforderungen wirksam festgelegt, so hätte sie einen Ausschluss der Beigeladenen allenfalls nach weiterer Sachaufklärung vornehmen dürfen. Diese Sachaufklärung hätte, wie es die nunmehr von der Beigeladenen vorgelegte aktualisierte Genehmigung nach §§ 48 f. PBefG ausweist, ergeben, dass die Beigeladene im Jahr 2020 finanziell in der Lage war, einen weit größeren Fahrzeugpark anzuschaffen und zu unterhalten, als er für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich war.

IV. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist hinsichtlich der weiteren Rügen unbegründet. Insoweit nimmt der Senat auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug und macht sie sich zu eigen.

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

Das betrifft insbesondere auch die im Rahmen der Beschwerdeerwiderung erneut aufgegriffene Rüge der vermeintlich vergaberechtswidrig unterlassenen Preisaufklärung. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin bei der hier vorliegenden Konstellation nicht in eine vertiefte Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise der Beigeladenen in den vier Losen eingetreten ist. Angesichts der marginalen Preisabstände zu den jeweils nächstgünstigen Angebotspreisen von weit unter 10 % ist die sog. Aufgreifschwelle nicht erreicht oder überschritten. Der Senat geht in seiner eigenen ständigen Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit derjenigen anderer Vergabesenate davon aus, dass ein Aufgreifen bei einem Abstand des niedrigsten Angebotspreises zum nächsthöheren Angebotspreis im Wettbewerb von 20 % oder mehr geboten ist, ebenso bei einem entsprechenden Abstand zur eigenen Auftragswertschätzung (ebenso BGH, Beschluss v. 31.01.2017, X ZB 10/16 „Notärztliche Dienstleistungen“, BGHZ 214, 11, in juris Tz. 14 m.w.N.).

C.

I. Die Kostenentscheidung ist von Amts wegen für beide Instanzen neu zu treffen.

1. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) hat die Antragstellerin nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB zu tragen, weil sie vollständig unterliegt. Hinsichtlich der Festsetzung der Gebühren und Auslagen verbleibt es bei der Entscheidung der Vergabekammer.

2. Der Antragstellerin sind zudem die zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB aufzuerlegen. Es war festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin zur Vertretung im Nachprüfungsverfahren notwendig war, weil im konkreten Einzelfall nicht einfach gelagerte Rechtsfragen auftraten, die Vorschriften sowohl des nationalen als auch des Unionsrechts betrafen, das Beschaffungsvorhaben sich auf die zentrale Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers im Bereich der Daseinsvorsorge bezog und zudem infolge des Nachprüfungsverfahrens unter einem erheblichen Zeitdruck stand. Die Voraussetzungen für eine Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen der Beigeladenen im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB liegen nicht vor.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens – Hauptverfahren und Antragsverfahren nach § 169 Abs. 3 GWB analog – sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren sind der Antragstellerin nach §§ 178, 78 GWB aufzuerlegen. Die Antragstellerin war im Antragsverfahren und ist in der Hauptsache des Beschwerdeverfahrens unterlegen. Einer Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts bedarf es im Beschwerdeverfahren nicht, weil ein Anwaltszwang besteht.

II. Die Festsetzung des Streitwerts für die Gebührenberechnung (Kostenwert) im Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat hat den Bruttoauftragswert je Schuljahr geschätzt, diesen für die obligatorische Laufzeit von zwei Jahren jeweils mit 100 % und für die Verlängerungsoption von einem Jahr mit 50 % in Ansatz gebracht und von diesem Gesamtwert einen Betrag in Höhe von 5 % ermittelt. Der ermittelte Betrag rechtfertigt die genannte Gebührenstufe.

Dr. Wegehaupt

Göbel

Wiedemann

---

OLG Naumburg, 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.12.2020, 7 Verg 3 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 14.9.2021

---

Bundesland Sachsen-Anhalt  
zuletzt überarbeitet  
24.08.2021