

März 2022

# Newsletter Vergaberecht



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe März 2022.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen



**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)

## Stellschraube für den vergaberechtlichen Erfolg: Die richtige Auswahl der Eignungskriterien und entsprechender Referenzleistungen

[zum Artikel](#)

### Newsticker

Hessen: SOKA-Bescheinigung für Eignungsprüfung darf sechs Monate alt sein

Keine Aufklärungspflicht bei Abweichung des Standardprodukts eines Bieters und von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung

OLG Düsseldorf bestätigt: Zuschlagskriterium "Geschlossene EU-Lieferkette" ist unzulässig

Fehlerhafte Bieterauswahl führt nicht zu Unwirksamkeit der Auftragsvergabe

Kein formelles Vergabeverfahren über Schulbegleitung für Kinder mit Behinderung

Auslegung von Vergabeunterlagen folgt den Grundsätzen zur Auslegung von Willenserklärungen

[zu den Artikeln](#)

## ADVANT Beiten Textsammlung Vergaberecht 2022 jetzt kostenlos abrufbar

Auch wenn sich die Vergabewelt in den vergangenen drei Jahren nicht ganz so schnell gedreht hat, haben sich gleichwohl zahlreiche legislative Änderungen und Neuerungen ergeben. Grund genug für uns, unsere beliebte Textsammlung Vergaberecht auf einen aktuellen Stand zu bringen. Die Ausgabe 2022 enthält alle wichtigen Rechtstexte zum ober- und unter-schwelligem Vergaberecht sowie die 2021 hinzugetretene Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV) und das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz (SaubFahrzeugBeschG). Zudem haben wir erstmals weitere beschaffungsrelevante Normen weiterer Bundesgesetze im Auszug hinzugefügt (z. B. MiLoG, SchwarzArbG oder KSG) und um weitere praxisrelevante Dokumente ergänzt (z. B. Schwellenwerte 2022/2023, Katalog der Bauleistungen im Anhang II zur RL 2014/24/EU, Zusammenstellung der sozialen und besonderen Dienstleistungen im Anhang XIV zur RL 2014/24/EU).

Das Kompendium können Sie ab sofort auf unserer Homepage kostenlos herunterladen:

[zur Textsammlung](#)

# Stellschraube für den vergaberechtlichen Erfolg: Die richtige Auswahl der Eignungskriterien und entsprechender Referenzleistungen

## ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNG

Das OLG Frankfurt hatte sich in einem aktuellen Beschluss vom 23. Dezember 2021, 11 Verg 6/21, erneut mit dem Dauerthema der Eignungskriterien und -nachweise zu befassen. Erst kürzlich hatte das Gericht entschieden, dass besonders strenge Eignungsanforderungen, die nicht durch gewichtige Gründe gerechtfertigt werden können, unverhältnismäßig und daher vergaberechtswidrig sein können (Beschluss vom 30. März 2021, 11 Verg 18/20, mit Besprechung Theis, NZBau 2022 [im Erscheinen]).

In dem neuen Beschluss aus Dezember ging es um den umgekehrten Fall, dass die Eignungsanforderungen zu offen formuliert waren. Nach § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Das Gericht entschied, dass ein Eignungskriterium einen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters erlauben muss, um verhältnismäßig zu sein. Zum Eignungsnachweis geforderte Unternehmensreferenzen müssten daher ein Mindestmaß an Vergleichbarkeit zur ausgeschriebenen Leistung aufweisen. Im entschiedenen Fall führte die zu weite Referenzanforderung dazu, dass sie als Prognosegrundlage für die Leistungsfähigkeit ungeeignet war.

Die Auswirkungen von vergaberechtswidrigen Eignungsanforderungen können dabei erheblich sein: Das OLG setzte das Vergabeverfahren in das Stadium vor Veröffentlichung der Bekanntmachung und damit auf "Los" zurück.

## DER SACHVERHALT

Der Auftraggeber schrieb mit europaweiter Bekanntmachung die Bereitstellung, den Betrieb, die Wartung und den Support eines Videokonferenzsystems im offenen Verfahren aus. Das Videokonferenzsystem sollte den Distanzunterricht an allen hessischen Schulen mit bis zu 450.000 gleichzeitigen Nutzern ermöglichen. *Eignungskriterien* als solche wurden nicht bekanntgemacht. Zum *Nachweis* der Eignung wurde von den Bietern jedoch mindestens eine Referenz gefordert, welche die Bereitstellung und den Betrieb einer Videokonferenzsystem-Umgebung inklusive technischem Support mit einem Umfang von mindestens 10.000 Nutzern beinhaltete. Eine Definition des "Videokonferenzsystems" erfolgte allerdings nicht. Die später beigeladene Zuschlagsprätendentin stellte die Bieterfrage, ob darunter auch Produktsuiten fielen, die neben Online-Videokonferenzen auch andere Anwendungsfälle enthalten. Dies bejahte der Auftraggeber.

Nachdem die Auswahlentscheidung zugunsten des Angebots der Beigeladenen ausfiel, rügte die spätere Antragstellerin, dass deren Angebot bereits aus formalen Gründen mangels nachgewiesener technischer und beruflicher Leistungsfähigkeit hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Beigeladene könne die geforderte Referenz nicht vorgelegt haben, da sie lediglich Remote-Support-Lösungen durch Videotelefonie, aber keine Videokonferenzsysteme im geforderten Umfang bereitstelle und betreibe. Insbesondere lasse deren System nicht mehr als zehn gleichzeitige Teilnehmer mit eingeschalteter Videokamera zu.

Nach Zurückweisung der Rüge leitete die Antragstellerin erfolgreich ein Nachprüfungsverfahren vor der zweiten hessischen Vergabekammer ein. Hiergegen richtete der Antragsgegner die sofortige Beschwerde vor dem OLG Frankfurt.

## **DIE ENTSCHEIDUNG**

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners blieb ohne Erfolg. Der Antragsgegner hätte die Referenz der Beigeladenen nicht als ausreichenden Eignungsnachweis werten dürfen. Dadurch sei die Antragstellerin in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Zunächst stellte das OLG fest, dass mit der Pflicht zur Eignungsprüfung (§ 122 Abs. 1 GWB) die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers einhergehe, Eignungskriterien festzulegen. Dabei dürften nach § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB nur solche Eignungskriterien aufgestellt werden, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Für den Fall, dass der Auftraggeber keine expliziten *Eignungskriterien* bekanntmache, sondern stattdessen lediglich eine Referenz zum *Nachweis* der Leistungsfähigkeit fordere, seien die Eignungskriterien aus der Sicht eines durchschnittlichen Bieters aus der geforderten Referenz zu extrahieren: Die Referenz stelle dann nicht nur einen Nachweis für die Eignung dar, sondern definiere zugleich (konkulent) die materiellen Eignungskriterien.

Bei der Aufstellung der Eignungskriterien sei zu beachten, dass diese objektiv dazu dienen und geeignet sein müssten, die Leistungsfähigkeit des Bieters im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen. Die Eignung und Erforderlichkeit der Kriterien seien in Relation zum Auftragsgegenstand zu bestimmen. Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit geforderte Unternehmensreferenzen müssten daher ein Mindestmaß an Vergleichbarkeit zwischen der zu erbringenden und der referenzierten Leistung aufweisen. Denn die Referenz müsse eine prognostische Grundlage dafür bieten können, ob der Bieter zur Erfüllung der geforderten Leistung in der Lage ist oder nicht.

Mit der eingereichten Referenz könne die Beigeladene insoweit nicht nachweisen, dass sie in der Lage sei, ein Videokonferenzsystem für die gleichzeitige Nutzung durch mehr als zehn Personen (und damit nicht einmal Klassengröße) zu

betreiben. Damit sei die Referenz weder vom Leistungsumfang noch vom tatsächlichen Nutzen her mit der geforderten Leistung – Bereitstellung und Betrieb einer Videokonferenzsystem-Umgebung mit einem Umfang von mindestens 10.000 Nutzern – vergleichbar.

Ein Ausschluss der Beigeladenen sei jedoch nicht möglich, da die zugrundeliegenden Vergabeunterlagen im Hinblick auf den Begriff des Videokonferenzsystems intransparent waren. Das OLG Frankfurt verpflichtete den Antragsgegner (Auftraggeber) vielmehr, die Ausschreibung in das Stadium vor Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückzusetzen und das Verfahren ab diesem Zeitpunkt zu wiederholen.

## **BEWERTUNG UND PRAXISTIPP**

Die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main spricht mehrere für die Vergabepraxis höchstrelevante Themen der Eignung an.

Zum einen weist das Gericht sehr deutlich auf den Unterschied zwischen *Eignungskriterien* (siehe § 122 GWB und §§ 43 bis 47 VgV) und zu deren Prüfung geforderten *Eignungsnachweisen* hin. Die in der Praxis oft zu bemerkende Begriffsverwirrung geht auf die insoweit nicht trennscharfen (älteren) Formulierungen der VOB/A (heute noch im 1. Abschnitt, § 6a) und der VOL/A zurück. Nach § 48 Abs. 1 VgV ist in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung *neben den Eignungskriterien* ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben. Gemäß § 48 Abs. 2 VgV sind vorrangig Eigenerklärungen anzufordern, ersatzweise andere Bescheinigungen oder sonstige Nachweise (z. B. Bankerklärungen oder Versicherungsnachweise als Beleg der erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, § 45 Abs. 4 Nr. 1, 2 VgV). Die OLG-Entscheidung schreibt den Auftraggebern mehr Sorgfalt bei der Definition von Eignungskriterien einerseits und Eignungsnachweisen andererseits ins Stammbuch, wobei allerdings in der Regel von genannten Eignungsnachweisen auf die dahinterstehenden Eignungskriterien rückgeschlossen werden kann, sofern dies aus der Sicht "eines durchschnittlich erfahrenen Bieters" möglich ist.

Zum anderen macht das Gericht erneut (siehe auch den Beschluss vom 30. März 2021, 11 Verg 18/20) deutlich, welchem Zweck die Eignungsprüfung dient: Sie soll es ermöglichen, eine Prognoseentscheidung über die Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters zu treffen – und zwar in Bezug auf den konkreten Auftragsgegenstand (siehe § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB). Mit anderen Worten müssen die Kriterien so gewählt werden, dass ausgehend von vergangenheits-bezogenen Angaben und Erklärungen (z. B. zu Umsätzen *in den letzten drei* Geschäftsjahren oder *bereits erbrachten* Referenzleistungen) ein tragfähiger Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit bezüglich des zukünftig zu erbringenden Auftrags möglich ist. Das Ziel der Eröffnung eines möglichst breiten Wettbewerbs kann darüber nicht hinweghelfen.

Bei den oft geforderten Unternehmensreferenzen macht sich dies am Begriff der *Vergleichbarkeit* der Referenzleistung mit den geforderten Leistungen fest. Das OLG sagt deutlich, dass eine Referenz nur dann zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit geeignet ist, wenn ein Mindestmaß an Vergleichbarkeit zwischen der referenzierten Leistung und der ausgeschriebenen Leistung besteht. Für Auftraggeber ist es also besonders wichtig, bereits in der Auftragsbekanntmachung zu definieren, unter welchen Umständen die vorgelegten Referenzen mit dem Auftragsgegenstand vergleichbar sind. Dabei muss er sich an den wesentlichen Leistungsmerkmalen des ausgeschriebenen Auftrags orientieren, damit der von § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB vorausgesetzte Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung nicht verloren geht. Solange dieser Zusammenhang erkennbar bleibt, spricht allerdings nichts gegen eine großzügige Formulierung der Referenzanforderungen, um den Wettbewerb möglichst wenig einzuschränken und beispielsweise auch "Newcomern" eine Chance zu geben.

Auf der anderen Seite hat der Auftraggeber die Grenze der Verhältnismäßigkeit zu beachten und darf besonders strenge Referenz- oder sonstige Eignungsanforderungen nur stellen, wenn diese durch gewichtige Sachgründe gerechtfertigt sind (siehe Beschluss vom 30. März 2021, 11 Verg 18/20). Hierbei gilt: Je komplexer der Auftragsgegenstand desto höhere Eignungsanforderungen können gestellt werden.

Im entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber es unterlassen, einen geeigneten Vergleichbarkeitsmaßstab zu definieren, weil er nicht angegeben hatte, was er unter einem mit dem ausgeschriebenen Videokonferenzsystem vergleichbaren Referenzsystem versteht. In der Folge hatte er dann auch Referenzen zugelassen, die extrem weit von der geforderten Leistung und dem vorausgesetzten Nutzungszweck entfernt waren (weniger als zehn gleichzeitige Teilnehmer mit eingeschalteter Videokamera vs. Videokonferenzsystem-Umgebung mit einem Umfang von mindestens 10.000 Nutzern). Dieses Vorgehen hielt das Gericht zu Recht für intransparent.

### **KURZ ZUSAMMENGEFASST:**

1. Im Rahmen der Eignungsprüfung ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Eignungskriterien festzulegen. Dabei dürfen nur solche Eignungskriterien gestellt werden, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 122 Abs. 4 Satz 1 GWB).
2. Eignungskriterien müssen objektiv dazu dienen und geeignet sein, die Leistungsfähigkeit des Bieters im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen. Eignung und Erforderlichkeit der Kriterien sind in Relation zum Auftragsgegenstand zu bestimmen. Je komplexer der

Auftragsgegenstand desto höhere Eignungsanforderungen können gestellt werden.

3. Eine Unternehmensreferenz zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ist nur geeignet, wenn ein Mindestmaß an Vergleichbarkeit zwischen der referenzierten Leistung und der ausgeschriebenen Leistung besteht.



**Christopher Theis**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht

[E-Mail](#)

# Newsticker

## **Hessen: SOKA-Bescheinigung für Eignungsprüfung darf sechs Monate alt sein**

Ein Erlass des hessischen Ministeriums für Finanzen gibt Hinweise für den Umgang mit unterschiedlichen Fristanforderungen für Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Teilnahme an den Sozialkassenverfahren. Die bei Vergaben von Bauleistungen vorzulegenden Bescheinigungen dürfen gesetzlich (§ 5 Abs. 3 Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – HVTG) nicht älter als drei Monate sein; beim Präqualifizierungsverfahren hinterlegte Bescheinigungen dürfen jedoch sechs Monate alt sein. Nach dem Erlass soll für die Eignungsprüfung die SOKA-Bescheinigung auch dann anerkannt werden, wenn sie bis zu sechs Monate alt ist. Erst direkt vor der Beauftragung ist ggf. eine aktuellere Bescheinigung nach § 5 Abs. 3 HVTG einzuholen. Der Erlass ist [hier](#) abrufbar.

## **Keine Aufklärungspflicht bei Abweichung des Standardprodukts eines Bieters und von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung**

Ein Auftraggeber muss keine Aufklärung betreiben, wenn ein Bieter verspricht, die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses zu erfüllen, dessen Standardprodukt aus seiner Produktpalette davon jedoch teilweise abweicht. Dies entschied die Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 22. Dezember 2021, VK 2-125/21) aufgrund des Nachprüfungsantrags eines Konkurrenzunternehmens. Dieses ging davon aus, dass die Produktpalette des Bieters als Grundlage für das Angebot genutzt wurde und rügte, dass demzufolge einzelne Anforderungen des Leistungsverzeichnisses von diesem nicht erfüllt werden könnten. Diesem Argument trat die VK Bund jedoch entgegen: Lügen keine entsprechenden sonstigen Anhaltspunkte vor, dass der Bieter gegen sein Versprechen handeln würde, dürfe der Auftraggeber ohne weitere Aufklärung davon ausgehen, dass die versprochene Leistung auch so erbracht werde. Denn selbst wenn das Standardprodukt des Bieters bestimmte Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt, ist eine individuelle Anpassung an die Vorgaben des konkreten Auftrags durch ein Fachunternehmen zur anforderungskonformen Leistungserbringung möglich.

## **OLG Düsseldorf bestätigt: Zuschlagskriterium "Geschlossene EU-Lieferkette" ist unzulässig**

Nach einer Meldung des Fachportals IBR-Online hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 1. Dezember 2021, Verg 54/20, entschieden, dass ein Zuschlagskriterium einer "geschlossenen Lieferkette in der EU, in GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der Freihandelszone der EU" aufgrund eines



Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) nicht vergaberechtskonform ist. Das OLG bestätigt somit die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 1. Dezember 2020, VK 1-90/29; wir berichteten in unserem [Newsletter 02/2021](#)). Danach liegt eine Ungleichbehandlung vor, wenn unterschiedliche Bedingungen für die Bieter gelten, nur weil diese ihre Produkte in privilegierten bzw. nicht privilegierten Staaten fertigen. Dies lasse sich jedoch weder durch das GWB noch durch die europäischen Richtlinien gesetzlich rechtfertigen. Zudem sei das Lieferkettenkriterium wegen der Heterogenität der privilegierten Staaten ungeeignet.

### **Fehlerhafte Bieterauswahl führt nicht zu Unwirksamkeit der Auftragsvergabe**

Vielfach wurden Antigen-Tests auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 zur Eigenanwendung durch Laien im Rahmen von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb beschafft. Das BayObLG entschied in seinem Beschluss vom 20. Januar 2022 (Verg 7/21), dass die Wahl dieser Verfahrensart im konkreten Fall insoweit nicht zu beanstanden gewesen sei, als dass der Auftraggeber drei Interessenten zur Angebotsabgabe aufgefordert hatte ("Mini-Wettbewerb"). Jedoch sei die Auswahl dieser drei Unternehmen ermessensfehlerhaft und damit vergaberechtswidrig gewesen. Anders als noch von der Vorinstanz angenommen (Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 6. Mai 2021, Az. 3194.Z3-3\_01-21-9), führe diese Rechtsverletzung jedoch nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

### **Kein formelles Vergabeverfahren über Schulbegleitung für Kinder mit Behinderung**

Im Recht der Eingliederungshilfe gelte der Grundsatz der Trägervielfalt, entschied das LSG Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 26. Januar 2022 (L 9 SO 12/22 B ER, L 9 SF 2/22 ER) in einem Eilverfahren und untersagte bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Zuschlagserteilung. Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten sei gegeben, weil es sich nicht um eine (in die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts fallende) vergaberechtliche, sondern um eine sozialrechtliche Fragestellung handele: Mit Verweis auf die Gesetzesbegründung der §§ 123 ff. SGB IX führt das Gericht aus, dass die Leistungen der Eingliederungshilfe nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen. Das Gebot der Trägervielfalt sei ein maßgeblicher Grundsatz des Rechts der Eingliederungshilfe. Das Ziel eines Vergabeverfahrens, das beste Angebot herauszufinden, indem die Leistungserbringung auf einzelne Leistungserbringer beschränkt wird, widerspreche dem Grundsatz der Trägervielfalt. Jeder Anbieter von Schulbegleitungen müsse die gleiche Chance auf Berücksichtigung haben.

## **Auslegung von Vergabeunterlagen folgt den Grundsätzen zur Auslegung von Willenserklärungen**

Darauf wies das OLG Schleswig mit Beschluss vom 28. Oktober 2021 (54 Verg 5/21) hin. Bei der Auslegung von Vergabeunterlagen komme es auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter an. Die Vergabeunterlagen müssten klar und verständlich sein und den Bieter bzw. Bewerber eindeutig darauf hinweisen, was von ihm verlangt werde. Bei der Auslegung sei die Perspektive eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens, das über das entsprechend erforderliche Fachwissen verfüge, entscheidend.

### **REDAKTION (verantwortlich)**

Stephan Rechten | Rechtsanwalt  
© Beiten Burkhardt  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)  
[www.advant-beiten.com](http://www.advant-beiten.com)

Ihre Ansprechpartner  
des Vergaberechts-Teams



## Zur Newsletter Anmeldung

### E-Mail weiterleiten

#### **Hinweise**

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2022

#### **Impressum**

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.