

Praxis des Vergaberechts

Hertwig

7., neubearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74446-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Der Bestand einer Bietergemeinschaft darf nämlich vergaberechtlich nicht beliebig verändert werden. In der Rechtsprechung besteht bisher Einigkeit darüber, dass die rechtliche **Identität des Bieters** in Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach Abschluss desselben nicht mehr verändert werden darf.²³² Dies galt nach überwiegender Auffassung auch für bloße Änderungen in ihrer Zusammensetzung.²³³ Das OLG Düsseldorf sieht bereits in der Verschmelzung eines Bieterunternehmens eine unzulässige Auswechslung des Bieterunternehmens, da die Eignungsvoraussetzungen erneut untersucht werden müssten.²³⁴ Nunmehr hat jedoch der Gerichtshof entschieden, dass es dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht widerspricht, wenn ein Gesellschafter einer Bietergemeinschaft nach Auflösung weiterhin allein am Vergabeverfahren beteiligt wird.²³⁵

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen von Bietergemeinschaften keine bestimmte **Rechtsform** verlangen. Soweit es für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist, darf allerdings für die Phase nach Erteilung des Zuschlages eine bestimmte Rechtsform vorgeschrieben werden.²³⁶

i) Fehlerquellen bei elektronischer Angebotsabgabe

Knauf weist mit Recht darauf hin, dass die elektronische Auftragsvergabe als „wichtiges Versuchsfeld für die Digitalisierung der Verwaltung“ diene.²³⁷ Hierdurch werden neue und bisher nicht bekannte Fehlerquellen eröffnet. 232

Wird die Angebotsabgabe nur in „**Textform**“ zugelassen, so bedarf es keiner Unterschrift mehr. Notwendig ist jedoch gemäß § 126b BGB, dass die „Person des Erklärenden“ angegeben wird. Diese kann sich auch aus den Umständen ergeben.²³⁸ Dabei geht es um die Erkennbarkeit der Person, die die Erklärung abgibt. Damit erfüllt nur der Vertreter, nicht der Vertretene den Begriff des „Erklärenden“. Wird dagegen nur die vertretene Person angegeben, dann ist die Textform nicht eingehalten.²³⁹

Am 5.9.2018 hatte das OLG Düsseldorf über das Schicksal eines Angebotes zu entscheiden, dass ohne die verlangte **elektronische Signatur** übermittelt und aufgrund dieses Formmangels ausgeschlossen worden war.²⁴⁰ § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV gibt vor, dass Angebote, welche nicht die Voraussetzungen des § 53 VgV erfüllen, d. h. weder form- noch fristgerecht eingegangen sind, von der Wertung ausgeschlossen werden, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten. Das OLG Düsseldorf kam zu dem Ergebnis, dass ein Angebot, welches die erforderliche elektronische Signatur nicht beinhaltet, zwingend auszuschließen sei und die fehlende Signatur gem. § 56 Abs. 2 VgV nicht als „sonstiger Nachweis“ nachgefordert werden könne.²⁴¹ Größte Vorsicht ist deshalb bereits bei der Unterzeichnung des Angebotes erforderlich. Fehlt die geforderte „elektronische Signatur“, dann ist das Angebot nicht zuschlagsfähig. Die Argumentation, das Angebot werde zunächst auf die Plattform hochgeladen und sodann, um die Kopie auf dem lokalen

²³² OLG Düsseldorf ZfBR 2005, 410 f. OLG Karlsruhe VergabeR 2009, 164 (169) mwN.

²³³ OLG Karlsruhe NZBau 2008, 784 f. AA OLG Celle VergabeR 2007, 765. Krit. hierzu: *Schmidt* NZBau 2008, 41 ff.

²³⁴ VergabeR 2007, 92 (94).

²³⁵ Urt. v. 24.5.2016, Rs. C-396/14, Rn. 44.

²³⁶ Art. 19 Abs. 2 + 3 AVR; § 43 Abs. 2 + 3 VgV.

²³⁷ NZBau 2020, 421 ff.

²³⁸ OLG Karlsruhe, 15 Verg 1/20 vom 19.2.2020.

²³⁹ Nur bei Massengeschäften will es der BGH genügen lassen, dass lediglich das vertretene Unternehmen aufgeführt wird (Urt. v. 7.7.2010, VIII ZR 321/09), weil in diesen Fällen keine ernsthaftige Gefahr bestehe, dass die Erklärung gefälscht werde oder von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben wird.

²⁴⁰ OLG Düsseldorf Beschl. v. 5.9.2018 – VII-Verg 32/18.

²⁴¹ Ebenda.

Rechner zu erzeugen, wieder zurückgeschickt, ist von den technischen Abläufen her nicht zutreffend. Damit gibt es auch keinen Hin- und Hersendevorgang bei dem die Signatur verloren gegangen oder durch die Auftraggeber hätte entfernt werden können.²⁴²

Wird ein bestimmter **Übermittlungsweg** vorgeschrieben, dann kann ein Bieter im Falle von Übermittlungsstörungen sein Angebot auch nicht stattdessen per Mail übersenden. Ein unverschlüsselt eingereichtes Angebot ist zwingend auszuschließen. Auf die Frage des Verschuldens oder Vertretenmüssens kommt es dabei nicht an. Der Mangel kann auch nicht durch nochmalige verschlüsselte Übermittlung des Angebots geheilt werden.²⁴³

- 233 Oftmals wird auch die Bedienungsanleitung des entsprechenden Online-Vergabeportals nicht aufmerksam gelesen. Darin kann zB der Gebrauch von „**Sonderzeichen**“ untersagt worden sein. Sind gleichwohl Sonderzeichen in den Angebotsunterlagen enthalten, werden diese zwar unter Umständen auf die Plattform des Portals hochgeladen, können aber von dem öffentlichen Auftraggeber nicht geöffnet werden. Ein solcher Eingabefehler geht zu Lasten des Bieters. Nach Auffassung der Vergabekammer stellt es eine diskriminierende Vorgabe eines E-Vergabe-Systems dar, wenn bei einer Vergabeplattform eine Angebotsabgabe über einen Bieterclient ohne Dateigrößenbegrenzung möglich ist, bei einem manuellen Hochladen des Angebots jedoch eine Höchstgrenze von 250 MB einzuhalten ist. Es sei nicht willkürlich, wenn die Aufhebung einer Größenbegrenzung durch einen Vergabeplattformbetreiber erfolgen könne und damit der Umstand einer erfolgreichen Angebotsabgabe allein in dessen Händen liege.²⁴⁴

- 234 Im Übrigen gilt auch hier eine „**Sphärentheorie**“: Treten technische Schwierigkeiten bei der Angebotsabgabe aufgrund der verwendeten elektronischen Mittel auf, so sind die Rechtsfolgen danach zu beurteilen, wessen Sphäre sie zuzuordnen sind. Schwierigkeiten auf Auftraggeberseite dürfen nicht zu Lasten der Anbieterseite gehen. „Die Vergabestelle hat den elektronischen Zugang zu ihrem Vergabeverfahren derart auszugestalten und wie einen offenen Briefkasten zur Verfügung zu halten, so dass sich auch Bieter ohne eigene IT-Abteilung schrankenlos beteiligen können.“²⁴⁵ Demgegenüber gehen vom Anbieter selbst zu verantwortende Schwierigkeiten zu seinen Lasten.²⁴⁶

- 235 Für die Führung der **Vergabeakte** ist auch der Beschluss der Vergabekammer Niedersachsen interessant, in welchem es heißt:

„Die Vergabekammer Niedersachsen registriert mit Einführung der elektronischen Vergabemanagementsysteme ein sprunghaft angestiegenes Datenvolumen bei sinkender Struktur der Unterlagen in elektronischen Vergabeakten. Geht hierbei die notwendige Aktenklarheit und Aktenwahrheit unter, so wird sie Vergabeverfahren wegen Dokumentationsmängeln aufheben.“²⁴⁷

Der öffentliche Auftraggeber wiederum hat darauf zu achten, dass er das **Vorinformationsschreiben** nach § 134 GWB in „Textform“ zu übermitteln hat. Ein bloßes Einstellen dieses Schreibens lediglich in einem internen Bieterbereich auf einer Vergabeplattform, wo der Bieter ihn abrufen kann, genügt nicht. Dies gilt auch dann, wenn der Bieter eine Hinweismail, die keine der notwendigen Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB enthält, zugeschickt bekommt.²⁴⁸

²⁴² VK Bund, Beschl. v. 18.4.2018, VK 2 – 28/18, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf Beschluss vom 13.4.2016 – VII-Verg 52/15.

²⁴³ OLG Karlsruhe Beschl. v. 17.3.2017 – 15 Verg 2/17. AA nunmehr OLG Frankfurt, aaO (Fn. 392).

²⁴⁴ Beschl. v. 4.11.2020, VK – B 2 – 20 / 20.

²⁴⁵ VK Baden-Württemberg Beschl. v. 30.12.2016, 1 VK 51/16

²⁴⁶ VK Südbayern Beschl. v. 14.10.2019, Z3–3-3194-1-15-05/19, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf Beschluss vom 12.6.2019 Verg 8/19.

²⁴⁷ Beschl. v. 11.8.2020, VgK-16/2020.

²⁴⁸ VK Südbayern Beschl. v. 29.3.2019 – Z3–3-3194-1-07-03/19.

3. Wertungsphase

a) Dauer und Ende

Die Wertungsphase beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist. Sie endet mit der Erteilung des Zuschlages oder mit der Aufhebung der Ausschreibung. Der Auftraggeber seinerseits hat sodann innerhalb einer bestimmten Frist – der Bindefrist²⁴⁹ – die Angebote zu prüfen und zu werten. Es ist vorzusehen, dass die Bieter bis zum Ablauf der Bindefrist an ihr Angebot gebunden sind.²⁵⁰ Die **Binde- oder Zuschlagsfrist** beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist.²⁵¹ Für deren Ende ist ein bestimmter Kalendertag anzugeben. Die Bindefrist soll gemäß § 10 Abs. 4 Satz 2 VOB/A regelmäßig 30 Tage dauern. Nach Auffassung des OLG Hamm zur Vorgängerregelung handelt es sich dabei nicht um eine Höchstfrist, so dass eine längere Frist grundsätzlich möglich ist. Eine längere Frist ist etwa zulässig, wenn die Meinungsbildung in einer Gemeinde aufgrund der Beteiligung von ehrenamtlich Tätigen in beschließenden Gremien der Gemeinde mehr Zeit in Anspruch nimmt.²⁵² Dies ist nunmehr in § 10 Abs. 4 VOB/A ausdrücklich auch so vorgesehen.

Die Wertungsphase kann nur mit der Erteilung des Zuschlages oder damit enden, dass die Ausschreibung aufgehoben wird. Der Ablauf der Bindefrist allein führt nicht zur Beendigung des Vergabeverfahrens, da diese Fristen im Einvernehmen mit den Bietern verlängert werden können. Es entspräche nicht der Zielsetzung des Nachprüfungsverfahrens, wenn es ein Bieter in der Hand hätte, durch Stellung des Nachprüfungsantrages und Verweigerung der Zustimmung zur Fristverlängerung das Vergabeverfahren praktisch zu beenden.²⁵³

Die Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber nicht dazu, auch den **Zuschlag** zu erteilen. Er kann vielmehr immer ein Vergabeverfahren auch wieder aufheben. Sofern keiner der Gründe der §§ 63 Abs. 1 Satz VgV, 17 Abs. 1 VOB/A vorliegt, handelt es sich allerdings um eine Aufhebung ohne rechtfertigenden Grund, die den öffentlichen Auftraggeber zum Schadensersatz verpflichten kann. Auch der Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot hat jedoch keinen Anspruch auf Erteilung des Zuschlages in den Fällen, in denen eine Ausschreibung aufgehoben wird, obwohl ein Aufhebungsgrund nicht gegeben ist. Die Ausschreibung löst einen solchen Anspruch nicht aus. Der BGH hat hierzu judiziert:

„Dass der öffentliche Auftraggeber das einmal eingeleitete Verfahren nur aus den in § 26 Nr. 1 VOB/A genannten Gründen aufheben darf, bedeutet zunächst nur, dass er bei einer Aufhebung aus anderen Gründen zum Schadensersatz verpflichtet sein kann. Aus der Regelung kann hingegen nach ihrem systematischen Zusammenhang und ihrer Entstehungsgeschichte nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass der Ausschreibende bei Fehlen eines solchen Grundes stets zur Erteilung des Auftrages verpflichtet wäre. Eine Regelung, die eine solche Verpflichtung ausdrücklich anordnet, findet sich in der Verdingungsordnung für Bauleistungen nicht; sie kann dieser auch im Wege der Auslegung nicht entnommen werden....“

Die Ausschreibung betrifft die Stadien im Vorfeld der Auftragsvergabe, in dem es jedem Beteiligten nach allgemeinem Zivilrecht unbenommen bleibt, von der Vergabe des in Aussicht genommenen Auftrages abzusehen (...). Dass diese Freiheit durch die Regelungen der VOB/A vollständig entfallen sollte, ist nicht zu erkennen, zumal sie bei diesem Verständnis gegen zwingendes Haushaltsrecht verstoßen hätte. Danach ist die öffentliche Hand im Interesse einer sachgerechten und zweckmäßigen Verwendung der von den Bürgern aufbrachten Steuern zur sparsamen und effizienten Verwendung der Haushaltsmittel verpflichtet (vgl. für das derzeitige Recht § 90 BHO und § 6 Haushaltsgrund-

²⁴⁹ § 10 Abs. 4 VOB/A.

²⁵⁰ § 10 Abs. 2 VOB/A.

²⁵¹ § 10 Abs. 5 VOB/A.

²⁵² BauR 1996, 243 (244); ebenso: BayObLG WuW/E Verg. 239 (243) – Trinkwasserstollen –.

²⁵³ BayObLG, ebda.

sätzeG). Mit diesem Grundsatz wäre eine Verpflichtung zur Vergabe von Aufträgen, für deren Durchführung ein öffentliches Interesse nicht mehr besteht, unvereinbar; sie könnte in einer die öffentliche Verwaltung bindenden Weise in eine Verwaltungsanweisung nicht aufgenommen werden.“²⁵⁴

Auch der Europäische Gerichtshof verneint einen **Anspruch auf Auftragserteilung** im Rahmen einer Ausschreibung.²⁵⁵ Diese Rechtsprechung wird nunmehr von § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV wiedergegeben.

- 239 Nicht berücksichtigte Bieter sind unbeschadet ihres Rechts auf Vorinformation gemäß § 134 GWB im laufenden Vergabeverfahren nach Zuschlagserteilung über den erfolgten Zuschlag und – auf Antrag – auch über die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots und den Namen des Auftragnehmers zu unterrichten, der den Zuschlag erhalten hat. Zusätzlich ist nunmehr jeder Bieter auf Antrag auch über „den Verlauf und die Fortschritte der Verhandlungen und des wettbewerblichen Dialogs mit den Bietern“ zu unterrichten.²⁵⁶ In allen Fällen hat die Vergabestelle außerdem über die Vergabe einen Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform enthält.²⁵⁷ Die Teilnehmer eines Vergabeverfahrens mit europaweiter Publizität haben einen Anspruch auf eine ausreichende **Dokumentation** der einzelnen Schritte eines Vergabeverfahrens.²⁵⁸

b) Prüfung und Wertung von Angeboten

- 240 Die Angebotsprüfung und die Angebotswertung sind zwei strikt voneinander zu trennende Verfahrensschritte. Die Prüfung der Angebote nach § 56 Abs. 1 VgV, § 16c Abs. 1 VOB/A bezieht sich noch nicht auf einen Vergleich der Angebote untereinander, sondern auf jedes einzelne Angebot. Rechenfehler des Bieters können in den Grenzen des § 16c Abs. 2 VOB/A berichtigt werden. Damit können sich die im Submissionstermin ermittelten und die nach Angebotsprüfung festgestellten Angebotssummen unterscheiden, was dann nach der VOB/A auch allen Bietern auf Antrag mitzuteilen ist.²⁵⁹ Allein mit der **geprüften Angebotsendsumme** geht das Angebot in die Wertung ein. Das Ergebnis der Angebotsprüfung ist zu dokumentieren. § 16c VOB/A fügt die Angebotsprüfung nunmehr zwischen die 2. und 3. Wertungsstufe ein. Auf diese Weise soll technischer Prüfungsaufwand in den Fällen vermieden werden, in denen die Angebote bereits aus formellen Gründen (1. Wertungsstufe) oder wegen fehlender Eignung des Bieters (2. Wertungsstufe) ausgeschlossen werden müssen.

Eine besondere Bedeutung gewinnt die Angebotsprüfung bei der Beurteilung von Nebenangeboten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob ein Nebenangebot der ausgeschriebenen Lösung gleichwertig ist, ob das Nebenangebot also die **Mindestbedingungen** der Ausschreibung einhält, um einen von der Angebotswertung strikt zu trennenden Verfahrensschritt im Rahmen der Angebotsprüfung.²⁶⁰ Erfüllt das Nebenangebot die Mindestbedingungen, dann ist es anschließend wie ein Hauptangebot zu werten.

²⁵⁴ BGH WM 1998, 2388 (2392) = NJW 1998, 3636; WuW/E Verg 743 (747) – Jugendstrafanstalt –.

²⁵⁵ Urt. v. 16.9.1999, Rs. C-27/98, NZBau 2000, 153 – Metalmeccanica –; Urt. v. 18.6.2002, ZfBR 2002, 604 = WuW/E Verg 651 – Hospital Ingenieure –.

²⁵⁶ § 62 Abs. 2 VgV. Diese Ergänzung wurde noch nicht ausdrücklich in die VOB/A aufgenommen (vgl. § 19 Abs. 2), obwohl die entsprechende Bestimmung in Art. 55 Abs. 2 lit. d AVR natürlich auch für den Baubereich gilt.

²⁵⁷ Art. 84 AVR, §§ 20 Abs. 1 VOB/A bzw. § 8 VgV.

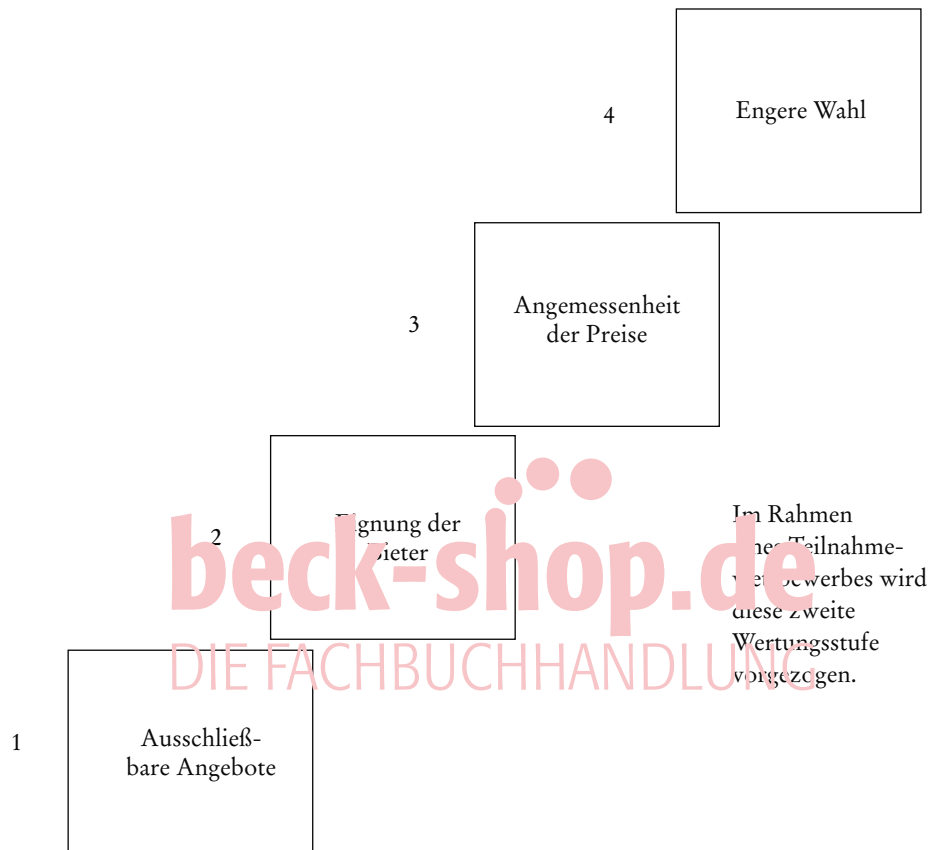
²⁵⁸ Dazu → Rn. 355 ff.

²⁵⁹ S. § 14 Abs. 7 S. 1 VOB/A.

²⁶⁰ S. hierzu ausführlich bei → Rn. 262 ff.

c) Wertungsstufen

Bei der eigentlichen Wertung sind vier verschiedene Verfahrensschritte zu unterscheiden, einzuhalten und zu dokumentieren,²⁶¹ wobei auch die Allgemeine Vergaberichtlinie bei offenen Verfahren unterschiedliche Schrittfolgen zulässt.²⁶² 241



Im ersten Schritt ist über den Ausschluss bestimmter Angebote wegen offensichtlicher (formaler) Mängel zu entscheiden, ohne dass eine inhaltliche Prüfung vorzunehmen wäre. Dies ist etwa der Fall, wenn unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen wurden.²⁶³ Das Angebot eines Bieters muss auch unberücksichtigt bleiben, sofern er nachgeforderte Erklärungen oder Nachweise nicht fristgerecht vorlegt.²⁶⁴ Al- 242

²⁶¹ §§ 57, 58, 60 VgV und §§ 16 ff. VOB/A.

²⁶² Art. 56 Abs. 2 AVR.

²⁶³ § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

²⁶⁴ § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV. Zu Angaben über den beabsichtigten Nachunternehmereinsatz vgl. etwa BGH NZBau 2008, 137: Ein Angebot, welches die geforderten Erklärungen nicht enthält, ist auszuschließen. Ebenso: BGH NZBau 2008, 592, 593. In diesem Urteil unterscheidet das Gericht aber zwischen der geforderten Angabe, ob überhaupt Nachunternehmer eingeschaltet werden sollen und deren konkreter Benennung. Letzteres könne die Bieter in einem Maße belasten, welches nicht im Verhältnis zu Vorteilen der Vergabestelle stehe. S. hierzu zuletzt OLG Düsseldorf Beschl. v. 1.4.20, Verg 30/19.

lerdings muss der öffentliche Auftraggeber die Vergabeunterlagen so eindeutig formulieren, dass die Bieter diesen Unterlagen klar entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen zu welchem Zeitpunkt abzugeben sind. Genügen die Vergabeunterlagen diesen Anforderungen nicht, darf der öffentliche Auftraggeber ein Angebot nicht wegen Fehlens einer entsprechenden Erklärung ausschließen.²⁶⁵ Richtigerweise verlangt deshalb § 52 Abs. 2 Nr. 4 VgV von den öffentlichen Auftraggebern, dass sie die von ihnen verlangten Nachweise in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bezeichnen, also in einer abschließenden Liste zusammenstellen, soweit sie sich nicht bereits aus der Bekanntmachung ergeben. Nach Auffassung des OLG Naumburg ist der Ausschluss eines Nebenangebotes auf der ersten Wertungsstufe gerechtfertigt, wenn die im Rahmen des Nebenangebotes beschriebenen Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen derart pauschal bezeichnet werden, dass es dem Nebenangebot dadurch von vornherein an einer Vergleichbarkeit fehlt.²⁶⁶ Grundsätzlich sind auch Nebenangebote und Änderungsvorschläge auszuschließen, die nicht auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sind.²⁶⁷

Angebote sind weiter – vorbehaltlich der Nachforderungsmöglichkeit in § 56 Abs. 3 Satz 2 VgV – dann auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen, wenn darin nicht jeder in dem Leistungsverzeichnis vorgesehener Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag angegeben wird, der für die betreffende Leistung gefordert wird. Das hat der BGH in einem Fall entschieden, in welchem von dem Bieter zum einen der Preis für den Einbau von Verfüllmaterial und zum anderen das Entgelt für die Abnahme von gering belasteten Baurestmassen zu eben jener Verfüllung anzugeben waren und der Bieter eine Verrechnung beider Positionen vorgenommen hatte.²⁶⁸ Auf einen Vorlagebeschluss des Kammergerichts²⁶⁹ hat der Bundesgerichtshof diese Entscheidung zu „Abpreisungen“ einzelner Positionen des Angebots bestätigt.²⁷⁰

- 243 **In einem zweiten Schritt** ist sodann die persönliche und fachliche **Eignung** der Bieter zu überprüfen. Erforderlich sind deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Dabei kann der Auftraggeber auch Erfahrungen berücksichtigen, die er in der Vergangenheit mit den Bietern gemacht hat.²⁷¹ In diesem Fall kann die Zuverlässigkeit eines Bieters im Sinne von § 16b Abs. 1 VOB/A auch aus Gründen zu verneinen sein, an denen der Bieter kein Verschulden trifft, zB weil er mangelhaft geleistet hat aber selbst keine Kenntnis von der Schadstoffbelastung des von ihm bei einem früheren Auftrag eingebauten Materials hatte.²⁷² Abzustellen ist nicht auf die individuelle Eignung der Unternehmerpersönlichkeit, sondern auf die Unternehmensorganisation als Ganzes.²⁷³ Die Unzuverlässigkeit eines Bietergemeinschaftsmitglieds strahlt auf die Bietergemeinschaft insgesamt aus und führt zwingend zur Unzuverlässigkeit der Bietergemeinschaft insgesamt. Auch wenn der Auftraggeber dies in der Bekanntmachung nicht ausdrücklich verlangt, sind deshalb die Erklärungen und Nachweise zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen stets von allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft zu erbringen.²⁷⁴ Ein Bieter ist auch dann unzuverlässig, wenn er sein Angebot unter dem geheimen Vorbehalt unterbreitet, bestimmte Positionen des Leistungsverzeichnisses überhaupt nicht erbringen

²⁶⁵ BGH Urt. v. 3.4.2012, X ZR 130/10, NZBau 2012, 513 ff.

²⁶⁶ Beschl. v. 11.7.2000 – 1 Verg. 4/00 –.

²⁶⁷ Hinw. 1.2 VHB zu § 25 VOB/A.

²⁶⁸ VergabeR 2003, 558 (560) = NZBau 2003, 293 (295 f.).

²⁶⁹ S. bei VergabeR 2004, 330 (333) = NZBau 2004, 288.

²⁷⁰ VergabeR 2004, 473 = WuW Verg 971.

²⁷¹ S. § 124 Abs. 1 Nr. 7 VgV.

²⁷² OLG Düsseldorf Urt. v. 2.3.2016, Az.: I-27 U 13/15.

²⁷³ OLG Dresden SächsVBl. 2002, 274 (276).

²⁷⁴ Gabriel/Krohn/Neun/Haupt, Handbuch des Vergaberechts, 3. Auflage, § 26, Rn. 35.

zu wollen, wofür es ein Indiz sein kann, dass er diese Positionen mit „0,1 Euro“ verpreist.²⁷⁵ Hierbei ist nicht erforderlich, dass dem Bieter die zur Leistungserbringung erforderlichen Mittel bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder bei Zuschlagserteilung zur Verfügung stehen. Der Auftragnehmer muss in der Regel erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung über die eignungsrelevanten Mittel verfügen und das benötigte Personal einstellen.²⁷⁶ Berechtigte Zweifel an der Leistungsfähigkeit bestehen, wenn die angebotene Leistung eines Bieters von der technischen Lehre des Patents oder des Gebrauchsmusters eines anderen Gebrauch macht, ohne dass er durch Lizenzierung hierzu berechtigt wäre.²⁷⁷ Die Feststellung eines Urheberrechts bzw. der Verletzung eines Urheberrechts erfordert nach Auffassung der Vergabekammer Nordbayern aber in der Regel eine umfassende Prüfung, die im besonderen Maße gegen das im Nachprüfungsverfahren zu beachtende Beschleunigungsverbot verstößt.²⁷⁸ Gegenstand der Eignungsprüfung ist nach neuerer Auffassung des OLG Düsseldorf nicht mehr die Frage, ob ein Bieter **rechtlich überhaupt in der Lage ist**, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen.²⁷⁹

Eignungskriterien dürfen nur berücksichtigt werden, wenn diese entweder vollständig in der Bekanntmachung angegeben werden oder sie müssen mit der Bekanntmachung in einer Weise verlinkt sein, dass die Bieter sie mit einem einzigen Klick erreichen können.²⁸⁰ Für ein nationales Vergabeverfahren hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass es auch Eignungsanforderungen (**Personalbedarf**) geben kann, die sich nicht aus den Vergabeunterlagen ergeben, wenn deren Nichterfüllung einer ordnungsgemäßen Auftragserteilung objektiv schlechthin entgegenstehe. Hierfür sei aber die Vergabestelle darlegungs- und beweispflichtig. Nicht mitgeteilte, aus der Natur des Auftrags begründete personelle Anforderungen könnten dagegen nicht mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründet werden.²⁸¹

Geht der Ausschreibung ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb voraus, so ist diese Wertungsstufe im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes zu erfüllen, so dass nach Auswahl einzelner Bewerber, die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden, eine nochmalige Eignungsprüfung nicht mehr stattfindet. Das nicht offene Verfahren nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb unterscheidet sich damit insoweit von dem offenen Verfahren nur durch die Vorwegnahme der zweiten Wertungsstufe, der Eignungsprüfung. Zur Eignungsprüfung wird mit dem Teilnahmewettbewerb ein eigenes (Vor-)Verfahren durchgeführt.²⁸²

Ebenfalls im Vorfeld ist die Eignung derjenigen Unternehmen zu prüfen, die im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung oder im Rahmen einer freihändigen Vergabe zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen.²⁸³ Im Rahmen der Angebotswertung sind dann nur noch Umstände zu berücksichtigen, die nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe Zweifel an der Eignung begründen könnten.²⁸⁴

²⁷⁵ BayObLG VergabeR 2004, 87, 90.

²⁷⁶ OLG Düsseldorf Beschl. v. 12.6.2019 – Verg 52/18.

²⁷⁷ OLG Düsseldorf NZBau 2006, 266. S. hierzu auch *Müller-Stoy* GRUR 2006, 184 ff.

²⁷⁸ Beschl. v. 29.5.2020, RMF-SG21-3194-5-4.

²⁷⁹ Beschl. v. 14.10.2020, Verg 36/19. S. dazu Rn. 374.

²⁸⁰ S. o. bei → Rn. 168.

²⁸¹ Urt. v. 6.10.2020 – XIII ZR 21/19, Rn. 24 + 26 (NZBau 2021, 57 (59)).

²⁸² Das OLG Dresden SächsVBl 2002, 274 (276), hält es zumindest bei einem Teilnahmewettbewerb im Vorfeld des eigentlichen Vergabeverfahrens nicht für erforderlich, jede denkbare Bewertungsabstufung im Vorhinein mit Punkten zu versehen. Danach ist eine Bewertung anhand von Punkteskalen unbedenklich, solange die Spannen die zulässigen und gebotenen Wertungskriterien in ein nach Sachgesichtspunkten sinnvolles Verhältnis zueinander bringen und eine sachbezogene Ausfüllung zulassen.

²⁸³ § 6b Abs. 4 VOB/A.

²⁸⁴ § 16b Abs. 2 VOB/A.

- 246 Über den Ablauf der Eignungsprüfung und den dabei bestehenden **Beurteilungsspielraum** der Vergabestellen bestehen noch erhebliche rechtliche Unklarheiten. Einig ist man sich darin, dass die Eignungskriterien nicht gewichtet werden müssen.²⁸⁵ Hat der öffentliche Auftraggeber jedoch eine Gewichtung vorgesehen, dann muss er diese unter Fairnessgesichtspunkten den Bewerbern auch bekannt geben.²⁸⁶ Fraglich ist jedoch bereits, ob die in Deutschland bestehende Praxis, die Eignung inhaltlich zu bewerten und nach dieser Bewertung diejenigen Bewerber auszuwählen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen,²⁸⁷ europarechtlich überhaupt zulässig ist. Dieses Vorgehen ist ausdrücklich nur im Sektorenbereich gestattet.²⁸⁸ Die Allgemeine Vergaberichtlinie geht demgegenüber davon aus, dass die Eignung entweder gegeben ist oder fehlt.²⁸⁹ Dabei sind die öffentlichen Auftraggeber berechtigt, **Mindestanforderungen** an die wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit zu stellen.²⁹⁰ Ein „Mehr“ oder „Weniger“ an Eignung kann aber nach dem Wortlaut der Richtlinie nicht bewertet werden. Deshalb sieht die Richtlinie weiter vor, dass die öffentlichen Auftraggeber beim nichtoffenen Verfahren, beim Verhandlungsverfahren und beim wettbewerblichen Dialog berechtigt sind, aus dem Kreis der geeigneten Bewerber einen kleineren Kreis derjenigen Bewerber zuzuschneiden, welche sie zur Angebotsabgabe auffordern wollen. Dabei ist dann das Stichkriterium zu nennen, welches erstmals eine graduelle Beurteilung der Eignung zulässt, die zur Aufnahme in den kleineren Kreis berechtigt.²⁹¹
- 247 In europaweiten Vergabeverfahren sind die öffentlichen Auftraggeber auch nicht frei in ihrer Entscheidung, welche Eignungskriterien sie ihrer Wertung zu Grunde legen möchten. Dabei ist ihre Freiheit im Hinblick auf Eignungskriterien zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit noch größer als im Hinblick auf Eignungskriterien zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. Der Europäische Gerichtshof hatte bereits zu Art. 48 der Vergaberichtlinie 2004/18/EG darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ein „geschlossenes System“ eingeführt worden sei, das die Bewertungs- und Prüfungsmethoden der Auftraggeber und damit ihre Möglichkeiten zum Aufstellen von Anforderungen begrenze.²⁹² Demgegenüber verlange Art. 47 der Vergaberichtlinie 2004/18/EG nur, dass die Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen seien.²⁹³ Zu beiden Aspekten konnte sich ein Bieter auch bereits auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen.²⁹⁴ Diese Rechtsprechung wird nun von Art. 58 und 63 AVR aufgenommen und fortgeführt. Die öffentlichen Auftraggeber können den Wirtschaftsteilnehmern nur Anforderungen hinsichtlich ihrer Befähigung zur Berufsausübung, hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und hinsichtlich ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auferlegen. Dabei darf aber der Mindestjahresumsatz, der von Wirtschaftsteilnehmern verlangt wird, das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nicht übersteigen.²⁹⁵ Die „Eignungsleihe“ wird nunmehr in Art. 63 AVR bzw. § 47 VgV geregelt.

²⁸⁵ OLG Düsseldorf VergabeR 2004, 100.

²⁸⁶ Ebda.

²⁸⁷ S. hierzu auch OLG Düsseldorf VergabeR 2004, 100 (104).

²⁸⁸ Art. 78 Abs. 2 SVR.

²⁸⁹ Art. 58 Abs. 4.

²⁹⁰ Art. 58 Abs. 5.

²⁹¹ Art. 65 Abs. 2 AVR.

²⁹² Urt. v. 18.10.2012, Rs. C-218/11, Rn. 28 – Édukóvízig und Hochtief Solutions –. S. allgemein *Willenbruch* 2015, 322 ff.

²⁹³ Ebda., Rn. 29.

²⁹⁴ Vgl. Art. 47 Abs. 2 + Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG und § 6 EG Abs. 8 VOB/A.

²⁹⁵ Art. 58 Abs. 3 AVR.