



AUSSCHREIBUNG UND VERGABE



Um die Vergabe von Bau- sowie Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten für die Installation der Reinstgasversorgung in einem neu zu errichtenden Laborflügel gab es Streit. (Foto: dpa/Soeren Stache)

29.10.2021

Umsatz ist nicht gleich Geschäftstätigkeit

Oberlandesgericht Dresden zur Eignung nach Formblatt 124

Gegenstand eines im Mai 2020 veröffentlichten offenen Verfahrens nach der VOB/A-EU waren Bau- sowie Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten für die Installation der Reinstgasversorgung in einem neu zu errichtenden Laborflügel. In der Auftragsbekanntmachung war unter Abschnitt III mit der Überschrift „Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien“ bestimmt, dass vom Bieter die Eignung durch die Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. oder durch Eigenerklärungen im Formblatt 124 nachzuweisen ist. Ein Bauunternehmer reichte das Formblatt 124 mit seinem Angebot ein. Darin vermerkte er unter der Rubrik „Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren, soweit er Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind unter Einschluss des Anteils bei gemeinsam mit anderen Unternehmen ausgeführten Leistungen“ dreimal 0 Euro.

Ferner bestätigte der Bauunternehmer im Formblatt 124: „Ich erkläre, dass ich in den letzten fünf Kalenderjahren beziehungsweise dem in der Auftragsbekanntmachung angegebenen Zeitraum vergleichbare Leistungen ausgeführt habe. Falls mein Angebot in die engere Wahl kommt, werde ich drei Referenznachweise [...] vorlegen.“ Mit Vorabinformationsschreiben des Auftraggebers wurde der Bauunternehmer darüber unterrichtet, dass begründete Zweifel an seiner Eignung bestünden, weil er den Nachweis des vergleichbaren Umsatzes der letzten drei abgeschlossenen Jahre nicht erbracht hätte, weil sein Unternehmen erst seit August 2019 gewerberechtlich angemeldet war. Der Bauunternehmer rügte beim öffentlichen Auftraggeber erfolglos seine Nichtberücksichtigung als vergabefehlerhaft, weil kein

Eignungskriterium einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit gefordert war. Er hat keine Umsätze aus einem abgeschlossenen Geschäftsjahr erzielt und deswegen im Formblatt 124 dreimal 0 Euro angegeben. Das Oberlandesgericht Dresden (Beschluss vom 5. Februar 2021 – Verg 4/20) gab dem Bauunternehmer Recht.

§ 122 Abs. 1 GWB und §§ 2 EU Abs. 3, 16b EU Abs. 1 VOB/A sehen die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nur an geeignete Unternehmen vor. Im Rahmen von § 122 Abs. 2 und Abs. 4 GWB können dafür Eignungskriterien festgelegt werden, die in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind. Hieraus muss für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, welche Voraussetzungen sie erfüllen müssen, um den Auftrag erhalten zu können, und welche Erklärungen und Nachweise hierzu von ihnen verlangt werden. Die Vergabestelle trifft die Verpflichtung zur klaren und eindeutigen Formulierung sowie zur Vermeidung von Widersprüchen.

Keine Eignungskriterien benannt

Vorliegend hat der öffentliche Auftraggeber keine Eignungskriterien ausdrücklich benannt, sondern vielmehr unter Abschnitt III der Auftragsbekanntmachung zwei Möglichkeiten zum Eignungsnachweis bestimmt. Somit muss aus dem Umfang der von den Bietern vorzulegenden Unterlagen und abzugebenden Erklärungen ein Rückschluss auf den Inhalt des Eignungskriteriums gezogen werden. Dafür ist der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestehenden Adressatenkreises maßgeblich. Nach diesen Kriterien ergibt die Auslegung aber nicht, dass damit ein Eignungskriterium einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit der Bieter formuliert wurde. Der Wortlaut der Abfrage des Umsatzes des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren im Formblatt 124 in Verbindung mit dem Verzicht auf die Abgabe eines Mindestumsatzes erlaubt den Bietern die Eintragung der Zahl 0, sodass mit ihm die Festlegung einer Mindestanforderung für die Geschäftstätigkeit nicht verbunden war, so der sächsische Vergabesenat.

Ebenso ist es zwar zutreffend, dass der Bauunternehmer im Formblatt 124 bestätigt hat, dass er in den letzten fünf Kalenderjahren vergleichbare Leistungen ausgeführt hat. Daraus folgt aber gerade nicht, dass der Bieter eine mindestens dreijährige einschlägige Geschäftstätigkeit vorzuweisen hat, weil er nur bestätigt hat, überhaupt vergleichbare Leistungen ausgeführt zu haben. Aus der Verpflichtung zur Vorlage von mindestens drei Referenznachweisen ist ebenfalls nur zu folgern, dass eine Befassung des Bieters mit einer solchen Anzahl von Arbeiten erfolgt sein muss. Damit sollten lediglich Referenzen aus noch weiter zurückliegenden Jahren nicht vorgelegt werden können, so das Oberlandesgericht Dresden.

(Holger Schröder)

(Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.)

[Zurück](#)

Kommentieren - so geht's:

Bitte melden Sie sich an und akzeptieren Sie unsere Netiquette.
Und schon können Sie loslegen!

[Anmelden / Registrieren](#)

Kommentare (0)

Es sind noch keine Kommentare vorhanden!

DIE FRAGE DER WOCHE

Darf die epidemische Lage im November beendet werden?