

von Rechtsanwalt **Jan Lennart Müller**

OLG München: Unterschiedliche Vorgaben zu Eignungsnachweisen in Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen werden zu Gunsten der Bieter ausgelegt

Das OLG München hatte in seinem Beschluss (vom 10.09.2009; Az.: Verg 10/09) über die Zulässigkeit der Nachreichung von Eignungsunterlagen in einem Vergabeverfahren zu entscheiden. Das Gericht entschied, dass es beim Ausschluss eines Angebots einer eindeutigen und unmissverständlichen Festlegung dieses Punktes in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen bedarf. Dies betrifft sowohl die Festlegung über Art und Umfang der Erklärungen, Unterlagen oder Nachweise, die ein Bieter abgeben muss, als auch die Frage, wann und auf wessen Initiative hin diese vorzulegen sind.

1. Was war im Fall passiert?

Im vorliegenden Fall hatte sich die Bieterin (Antragsstellerin) in einem Nachprüfungsverfahren gegen die Vergabestelle nicht durchsetzen können und ging in der Folge mit der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer vor. In diesem Rechtsstreit wurde die Bieterin, die den Zuschlag erhalten sollte, zur Hauptverhandlung beigelegt.

Gegenstand des Streites war eine europaweite Ausschreibung im Jahre 2009. Diese erfolgte in einem Offenen Verfahren nach der VOL/A betreffend Dienstleistungen der Abfallentsorgung. Das Offene Verfahren wurde in zwei Lose aufgeteilt, von denen nur das Los 1 Streitgegenstand war. Das Los 1 hatte vor allem die Sammlung jedweder Arten von Abfall zum Gegenstand, wohingegen sich das Los 2 mit der Verwertung des Abfalls beschäftigte.

Die Vergabestelle führte in ihrer Bekanntmachung aus, dass der Auftraggeber den Bieter im Rahmen der Angebotsprüfung und -wertung auffordern kann, abgegebene Unterlagen und Angaben zur Eignung zu vervollständigen oder zu erläutern. Ferner wurde bestimmt, dass die Nicht-Nachreichung bzw. die nicht fristgerechte Nachreichung zum Ausschluss führen kann. In den Verdingungsunterlagen legte die Vergabestelle fest, welche Formulare mit dem Angebot zwingend einzureichen sind. In Bezug auf die Unterlagen zur persönlichen Lage, der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit behielt sich die Vergabestelle vor, den jeweiligen Bieter unter einer Fristsetzung aufzufordern, fehlende oder unvollständige Unterlagen und Angaben nachzureichen.

In den Verdingungsunterlagen wurde bestimmt, dass eine nicht erfolgte oder nicht fristgerechte Nachreichung zum Ausschluss des Angebots führen kann. Die Möglichkeit der Nachforderung enthielten die Verdingungsunterlagen nicht. In der späteren Angebotsprüfung forderte die Vergabestelle von sämtlichen Bietern, die aufgrund des Preises in die engerer Auswahl kamen, Nachweise und Unterlagen nach. Auf die Aufforderung hin legten die Beigeladene und die Antragstellerin fristgerecht testierte

Jahresabschlüsse vor, nachdem beiderseits zuerst nur Kurzbilanzen eingereicht worden waren. Ferner reichte die Beigeladene eine Fotokopie einer Steuererklärung nach, auf der vermerkt war, dass nur das Original der Steuererklärung Gültigkeit besitze. Die Vergabestelle gab sich zunächst mit dieser zufrieden und forderte erst in der Folge die Originalbescheinigung der Beigeladenen an.

Nach der Prüfung und Wertung der Angebote teilte die Vergabestelle der Antragsstellerin mit, dass ihr Angebot aufgrund eines preislich günstigeren Angebots nicht berücksichtigt werden könne. Die Antragstellerin rügte zunächst den beabsichtigten Zuschlag und stellte, nachdem die Vergabestelle die Rüge zurückgewiesen hatte, bei der zuständigen Vergabekammer einen Antrag auf Nachprüfung. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag durch Beschluss zurück. Hiergegen wendete sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde, mit der sie eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung und Akteneinsicht in einen geschwärzten Teil des Vergabeverkehrs begehrte.

2. Die Entscheidung des OLG München

Das OLG München sah keinen vergaberechtlichen Verstoß in der Tatsache, dass die Vergabestelle die Beigeladene nicht wegen der Nichtvorlage der geforderten testierten Jahresabschlüsse bzw. deren spätere Vorlage auf Nachfrage ausgeschlossen hatte. Das Gericht argumentiert, dass die Vergabestelle es grundsätzlich in der Hand habe zu bestimmen, welche Anforderungen und Eignungsnachweise sie zu welchem Zeitpunkt prüfen möchte. Dies sei gerade ein Ausfluss des Gestaltungsermessens der Vergabestelle. Der Vergabestelle ist es nach Ansicht des Gerichts unbenommen, einen anderen Zeitpunkt als das Angebotsfristende festzulegen oder zu bestimmen, dass Nachweise auch auf konkretes Verlangen hin eingereicht werden können. Weder die Vergabekoordinierungsrichtlinie noch die VOL/A stehen einer solchen Ausgestaltung entgegen. Das Gericht weist allerdings auch ausdrücklich darauf hin, dass die Bestimmungen des § 25 Nr.1 II lit.a und Nr.2 I VOL/A hiervon unberührt bleiben. Der Auftraggeber kann damit bestimmen, dass auch nach dem Ende der Angebotsfrist Unterlagen auf Verlangen des Auftraggebers vorgelegt werden können. Weiter führt das OLG München aus, dass die Vergabestelle ausdrücklich in der Bekanntmachung danach unterschieden hat, welche Unterlagen bei Ende der Angebotsfrist zwingend vorliegen müssten und welche Unterlagen der Bieter im Rahmen der Angebotsprüfung und –wertung nach entsprechender Aufforderung vervollständigen oder ergänzen darf. Der Wortlaut der Bekanntmachung divergiert zu demjenigen in den Verdingungsunterlagen. Hieraus folgerte das OLG München, dass die Vorlage der Jahresabschlüsse nicht zu den zwingend bis Angebotsfristende vorzulegenden Unterlagen gehöre. Diese könnten vielmehr auch auf Aufforderung der Vergabestelle nachgereicht werden.

Mit dem Unterschied zwischen den Vorgaben in der Bekanntmachung und in den Verdingungsunterlagen setzte sich das Gericht wie folgt auseinander:

Die Vergabestelle hatte in ihren Verdingungsunterlagen, im Gegensatz zur Bekanntmachung, auch bei gänzlich fehlenden Unterlagen eine Nachforderung der Unterlagen in Aussicht gestellt. Das Gericht versuchte diese Problematik dadurch in den Griff zu bekommen, dass es zunächst argumentierte, es könne dahinstehen, ob nicht schon begrifflich unter der Vervollständigung auch das Nachreichen fehlender Unterlagen verstanden werden könne. Weiter sei die Bekanntmachung nicht alleiniger

Beurteilungsmaßstab, vielmehr müsste eine Gesamtschau von Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen als Maßstab herangezogen werden. Divergieren danach Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen, so dürfe dies nicht zu Lasten des Bieters gehen. Daraus ergibt sich, dass der Bieter in solch einem Fall ein schutzwürdiges Vertrauen in die Nachreichung der Unterlagen haben durfte, sofern er hierzu aufgefordert wurde. Schließlich hatte die Beigeladene auch einen Nachweis eingereicht, der einer Erläuterung bzw. Ergänzung zugänglich war.

In Bezug auf die Vorlage einer Steuererklärung in Kopie verneinte das OLG München ebenfalls einen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen. Bei dieser Gelegenheit erwähnte das Gericht die Rechtsprechung des OLG Koblenz (Entscheidung vom 04.07.2007; Az.: 1 Verg 7/07). Das OLG Koblenz war bei der Übersendung einer Steuererklärung in Kopie der Ansicht, dass der Bieter lediglich eine Eigenerklärung abgegeben habe. Der Inhalt der Eigenerklärung sei so zu verstehen, dass ein derartiger Steuerbescheid lediglich existiere. Eine weiteren Aussagegehalt hatte das OLG Koblenz der Übersendung einer Steuererklärung in Kopie nicht beigemessen. Da der geforderte Nachweis nicht erbracht wurde, war nach Ansicht des OLG Koblenz das Angebot in seiner Entscheidung auszuschließen gewesen. Das OLG München setzte sich mit der Rechtsprechung des OLG Koblenz nicht auseinander, da die beiden Sachverhalte in einem wesentlichen Punkt divergierten. Während es im Fall des OLG Koblenz so war, dass der Nachweis zwingend mit Angebotsabgabe einzureichen war, ging es im Fall des OLG München über die Entscheidung der Zulässigkeit der Nachholung bzw. Nachforderung der Unterlagen, wenn eine solche in der Bekanntmachung und/oder Verdingungsunterlagen vorgesehen ist.

Das Gericht stellte fest, dass die Beigeladene mit Angebotsabgabe einen Beleg vorgelegt habe, der nahe legt, dass die Beigeladene ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben ordnungsgemäß nachkommt, selbst wenn dieser Beleg nicht der in Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen geforderte Beleg gewesen sein sollte, letzteres ließ das Gericht ausdrücklich dahingestellt.

Ausschlaggebend ist, dass die Vergabestelle sich in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen ausdrücklich vorbehalten hat, den Bieter zur Vervollständigung, Erläuterung bzw. Nachreichung aufzufordern. Danach musste der Bieter erst bei nicht fristgerechter oder unterlassener Nachreichung mit einem Ausschluss seines Angebots rechnen. Das Gericht verweist in seiner Begründung auf die Erwägungen zu den testierten Jahresabschlüssen. Nach Auffassung des Gerichts durfte der Bieter darauf vertrauen, dass die Vergabestelle mitteilt, dass die eingereichten Unterlagen unzureichend sind und den Bieter daher zur Nachreichung auffordert. Im Ergebnis hatte damit die Vergabestelle zu Recht eine Frist zur Nachreichung der ungenügenden Steuererklärung in Kopie gegeben.

3. Fazit

Nach dem Urteil des OLG München ist eine Nachreichung von Eignungsnachweisen grundsätzlich zulässig, wenn der Auftraggeber hierauf in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen hinreichend hingewiesen hat. Divergieren Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen in diesem Punkt, ist nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont zu Gunsten des Bieters davon auszugehen, dass eine solche Nachreichung zulässig ist.

Autor:

RA Jan Lennart Müller

Rechtsanwalt