

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vergaberecht: Wie viele Referenzen sind zu fordern?

Das OLG-Düsseldorf hat in seinem [Beschluss vom 12.09.2012 – Verg 108/11](#) unter anderem befunden, dass es vergaberechtlich zu beanstanden sei, wenn die Vergabestelle lediglich drei Referenzen fordere. Diese Entscheidung ist viel gerügt worden, führt sie doch zur weiteren Verunsicherung der Vergabestelle. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist aber auch aus einem anderen Grund bemerkenswert. Der Vergabesenat entschied, dass zwar eine nicht genügende Referenz nicht gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A-EG nachgereicht werden dürfe, dass aber auch dennoch eine „Nachreichung“ von Eignungsnachweisen möglich sein könne, wenn dadurch objektiv ein Fehler in den Vergabebestimmungen beseitigt werde und kein Bieter diskriminiert werde.

Sachverhalt

Im zu entscheidenden Fall hatte die Vergabestelle drei vergleichbare Referenzen gefordert. Sie hatte zu verstehen gegeben, dass sie nur die Referenzen zur Kenntnis nehmen werde, die mit den Nummern 1 bis 3 gekennzeichnet seien. Sie hatte darüber hinaus klargestellt, was sie unter vergleichbar verstehe und hatte die Kriterien offenbart, aufgrund derer sie eine Referenz als zufriedenstellend ansehen werde. Ein Bieter hatte die Kriterien nicht erfüllt und wurde ausgeschlossen. Die Vergabestelle kündigte die Beauftragung des zweitplatzierten Unternehmens an. Auf einen telefonischen Tipp der Vergabestelle, der nicht in der Vergabeakte dokumentiert wurde, rügte der ausgeschlossene Bieter, dass ihm nicht die Möglichkeit eingeräumt worden sei, eine bessere Referenz nachzureichen. Die Vergabestelle gab der Rüge statt und erlaubte das Nachreichen, bejahte die Eignung des Bieters, nachdem dieser eine vergleichbare Referenz vorgelegt hatte, und teilte dem anderen Bieter mit, seinem Konkurrenten nun den Zuschlag erteilen zu wollen. Hiergegen wandte sich dieser mit seinem Nachprüfungsantrag und hatte zunächst Erfolg. Gegen den Beschluss der Vergabekammer wurde aber sofortige Beschwerde eingelegt. Das OLG Düsseldorf sah den Nachprüfungsantrag aber als unbegründet an.

Beschränkung der Anzahl der vorzulegenden Referenzen auf drei ist vergaberechtswidrig

Die Richter entschieden, dass eine Beschränkung der Anzahl der vorzulegenden Referenzen auf lediglich drei gegen den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 GWB verstoße. Nach Meinung der Düsseldorfer Richter habe die zahlenmäßige Beschränkung der Referenzen „einen abschreckenden Effekt“ auf die Bieter. Diese würden dann in der Regel nicht mehr als drei Referenzen vorlegen, weshalb die Eignungsprüfung durch die Vergabestelle „auf einer schmalen Tatsachengrundlage“ erfolge. Legten die Bieter hingegen mehr als drei Referenzen vor und würden nur

drei Referenzen bewertet, so werde die Eignungsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber fehlerhaft, da nicht der vollständige mit dem Angebot unterbreitete Sachverhalt zugrunde gelegt werde. Dieser Wertungsmangel werde dadurch verstärkt, dass nur die Referenzen berücksichtigt werden, die der Bieter mit den Nummern 1, 2 und 3 bezeichnet habe.

Eine unzureichende Referenz kann nicht durch eine nachgereichte Referenz ersetzt werden

Nachvollziehbar ist, dass das Gericht feststellte, dass nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A-EG die Nachforderungsmöglichkeit nur für fehlende, auf die Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist nicht vorgelegte Erklärungen und Nachweise gelte. Ein Nachweis fehle, wenn er entweder nicht vorgelegt worden sei oder formale Mängel aufweise. Im zu entscheidenden Fall fehlte weder der Nachweis noch war er formal unzureichend. Er war vielmehr inhaltlich nicht ausreichend. Die Referenz war daher mangels Vergleichbarkeit im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung zu beanstanden und musste wegen Nichterreichens der Mindestpunktzahl zum Ausschluss des Bieters führen, ohne dass diesem eine Möglichkeit eröffnet werden durfte nachzubessern.

Ein Nachreichen ist zulässig, wenn dadurch ein Vergabefehler objektiv korrigiert wird

Gleichwohl hielt das OLG Düsseldorf die Wertung einer nachgereichten Referenz für rechtmäßig: Denn bei einer objektiven Betrachtungsweise habe die Vergabestelle das Verfahren zumindest gegenüber dem zunächst zu Unrecht ausgeschlossenen Dienstleister zurückversetzt und den in ihren Vergabebestimmungen enthaltenen Fehler durch die Nachreichung der „Ersatzreferenz“ objektiv behoben.

Dies gelte auch dann, wenn die Vergabestelle sich dies subjektiv so nicht vorgestellt habe, weil sie dem Bieter ein Nachreichen im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A EG ermöglichen wollte. Auf die subjektive Vorstellung der Antragsgegnerin komme es jedoch nicht an, weil es bei der rechtlichen Beurteilung von Vorgängen im Vergabeverfahren nicht maßgeblich sei, wie der Handelnde sie verstanden habe, sondern entscheidend sei die objektive Bedeutung der Handlung oder Erklärung der Vergabestelle.

Auch die Tatsache, dass die Vergabestelle gegen den Grundsatz des transparenten Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB) verstoßen habe, weil sie den Inhalt des Gesprächs ihres zuständigen Mitarbeiters mit dem Geschäftsführer der Beigeladenen und die eingeräumte Möglichkeit zur Nachreichung von Referenzen nicht offen gelegt habe, begründe keine objektive Rechtsverletzung des Konkurrenten, weil dieser in seinen Auftragschancen nicht schlechter gestellt worden sei: Wäre das Vergabeverfahren in transparenter Weise zurückversetzt und die Leistungsbeschreibung geändert worden, so hätte sich das konkurrierende Unternehmen in der gleichen Situation befunden.

Kritik

Auf den ersten Blick ist die Vorgehensweise der Vergabestelle, nur drei Referenzen prüfen zu wollen und transparent Kriterien für deren Bewertung vorzugeben, vorbildlich. Die Vergabestelle sorgt dafür, dass die Erstellung der Referenzliste durch den Bieter und die Prüfung dieser Liste durch sie mit einem überschaubaren Aufwand erfolgen. Des Weiteren stellt sie klar, aufgrund welcher Kriterien sie eine Referenz als zufriedenstellend ansehen wird. So verhält sich nicht jede Vergabestelle. Oft werden lediglich vergleichbare Referenzen verlangt, ohne klarzustellen, wie diese bewertet werden. Strenggenommen muss es dann genügen, wenn der Bieter überhaupt Referenzen nennt, obwohl diese alle schlecht sind.

Werden aber Kriterien genannt, kann der Bieter solche Referenzen heraussuchen, die diese Kriterien erfüllen. Hält sich ein Bieter nicht an diese Vorgabe, wie im zu entscheidenden Fall, dann ist er auszuschließen, auch wenn er möglicherweise über Referenzen der gewünschten Qualität verfügt. Nach dem formalen Vergaberechts sorgt hierfür der Gleichbehandlungsgrundsatz. Jeder Bieter hat ja die Möglichkeit, sich in der gewünschten Weise zu präsentieren, wenn er dies kann.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt es in der Entscheidung der Vergabestelle, welche Eignungsnachweise von den Bietern vorzulegen sind. Es ist auch durchaus üblich, die Anzahl der vorzulegenden Referenzen zu begrenzen. Dass eine solche Beschränkung gegen den allgemeinen vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz i.S. § 97 Abs. 1 GWB verstoßen soll, ist nicht nachvollziehbar, insbesondere aufgrund der recht lapidaren Begründung des OLG Düsseldorf.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist daher befremdlich und wirft viele Fragen auf.

- Darf die Vergabestelle nun gar keine Vorgaben hinsichtlich der maximalen Anzahl von Referenzen mehr machen oder sind drei einfach zu wenig? Was gilt für die Vorgabe mit vier oder fünf Referenzen?
- Hat das OLG Düsseldorf jetzt eine Art von Amtsermittlungsgrundsatz zulasten der Vergabestelle eingeführt? In der Entscheidung führt das OLG aus, dass aufgrund der – von dem Bieter vorgelegten – unzureichenden Referenzen die Vergabestelle „gestützt auf eine unzureichende Tatsachengrundlage“ entschieden hätte und deshalb dem Bieter die Möglichkeit hätte geben müssen, weitere Referenzen vorzulegen.
- Muss sich die Vergabestelle durch alle vom Bieter vorgelegten Referenzen durcharbeiten und die genügenden heraussuchen?
- Warum wird ein Verstoß gegen Vergaberecht festgestellt, der nicht gerügt wurde? Liegt in der Forderung nach nur drei Referenzen ein solch schwerwiegender Verstoß, der eine Ausnahme der Rügeverpflichtung begründet, weil nicht nur das individuelle Interesse des Bieters sondern vornehmlich auch das öffentliche an einem fairen und ausschließlich wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigenden Vergabeverfahrens betroffen sind (Kularz Kus Portz, Kommentar zum GWG § 110 Rz. 9)? Das OLG Düsseldorf äußert sich hierzu nicht.

- Kann die Vergabestelle sich tatsächlich in krasser Form über Transparenz- und Gleichheitsgrundsätze hinwegsetzen, wenn sie dadurch einen zuvor gemachten Fehler wieder ausbügelt?

Fazit:

Es bleibt abzuwarten, wie sich andere Vergabekammern und -gerichte zu diesem Thema äußern werden. Es ist kaum zu glauben, dass alle anderen Vergabekammern in der Begrenzung der Anzahl der vorzulegenden Referenzen einen schweren Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz sehen werden. Auf jeden Fall ist die Vergabestelle aufgrund des Urteils in einer misslichen Lage. Begrenzt sie die Anzahl der vorzulegenden Referenzen der Höhe nach nicht, ist sie verpflichtet, sich aus der Menge der Referenzen die richtigen herauszusuchen. Der damit verbundene Aufwand kann immens sein.

Erhöht die Vergabestelle die Anzahl der vorzulegenden Referenzen auf z.B. fünf, muss sie aber aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes alle Bieter ausschließen, deren Referenzen die verlangten Mindestkriterien nicht erfüllen. Dies erhöht die Fehlergefahr und beschränkt so unnötig die Anzahl der geeigneten Bieter. Und wer kann der Vergabestelle die Sicherheit geben, dass die Begrenzung auf fünf Referenzen nicht auch aus Sicht des OLG Düsseldorf einen schweren Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz darstellt?

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin