

von Rechtsanwalt **Mark Münch**, LL.M.

## Vergaberecht: Wann sind Referenzen vergleichbar?

**Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München hat mit Beschluss vom 12. November 2012 (Verg 23/12) zu der Frage Stellung genommen, wann die geforderten Referenzen mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind und dabei der Vergabestelle einen erstaunlich weiten Beurteilungsspielraum eingeräumt.**

#Sachverhalt#

Ein Landkreis hatte die Einsammlung und den Transport von Abfall in zwei Losen ausgeschrieben. Und zwar als Los 1 die Entsorgung das Einsammeln und Transportieren von Hausmüll und als Los 2 das Einsammeln und den Transport von Altpapier. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit war folgendes gefordert:

*"Liste der Referenzprojekte mit vergleichbaren Leistungen in den letzten 3 Jahren mit Angabe des Leistungsumfangs (Mengen), der Leistungszeit sowie der Auftraggeber mit Ansprechpartner."*

Die obsiegende Bieterin hatte als eigene Referenz einen einzigen Auftrag zur Erfassung von Leichtverpackungen (gelber Sack) angegeben und bei dieser Referenz weder den Ansprechpartner noch den Leistungsumfang angegeben.

## Die Entscheidung des Oberlandesgerichts

Macht nix sagte das Oberlandesgericht:

Wenn die obsiegende Bieterin nur eine Referenz vorgelegt hat, obwohl in der Ausschreibung ausdrücklich von Referenzprojekten, also Mehrzahl, die Rede ist, so sei dies nur eine sprachliche Ungenauigkeit. Außerdem hätte, wenn vom Bieter eine Mehrzahl von Referenzprojekten zu benennen gewesen wäre, deren Mindestanzahl in der Ausschreibung exakt angegeben werden müssen. Zwar hat der Bundesgerichtshof erst seine Rechtsprechung bestätigt, dass Zweifel an den Aussagen in den Vergabeunterlagen zulasten der Vergabestelle gehen und **nicht gegen die Bieter verwendet werden dürfen**, ob diese Interpretation jedoch der Bundesgerichtshof mit getragen hätte, bleibt abzuwarten. Mehrzahl heißt in jedem Fall mehr als eins. Das Oberlandesgericht rechnet hier anders.

Auch die Tatsache, dass der zuständige Ansprechpartner und der Leistungsumfang bei der Angabe der Referenz fehlten, die Referenz also formell unvollständig und damit auszuschließen war, fand das

Oberlandesgericht zweitrangig. Eine Nachforderung der Erklärungen oder gar ein Ausschluss wären "leere Förmerei" gewesen. Die Vergabestelle hätte den zuständigen Ansprechpartner und den Leistungsumfang ja gekannt. Handelte es sich bei der Referenz um einen Auftrag in der Nachbargemeinde.

Schließlich sei die Referenz auch vergleichbar gewesen:

*"Vergleichbar ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung wenn sie dieser so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet."*

Bei der Sammlung von Hausmüll müssen die am Straßenrand stehenden Tonnen geleert und der Abfall abtransportiert werden. Geschätztes Gewicht des Hausmülls war in diesem Fall 21.000 Tonnen. Die Referenz der obsiegenden Bieterin hinsichtlich der Erfassung der gelben Säcke schlug mit lediglich 3.000 Tonnen einzusammelnden Abfalls zu Buche. Auch unterscheidet sich die Abfuhr von Hausmüll, bei dem die Tonnen geleert werden müssen, entscheidend von dem Einsammeln gelber Säcke, die eben nur eingesammelt werden und einen Bruchteil des Gewichts von Hausmüll ausmachen.

Auch hier sah das Oberlandesgericht kein Problem hinsichtlich der Ähnlichkeit der relevanten Leistung: Für beides braucht man Müllautos. Zwar andere, als für das Leeren der Tonnen und den Abtransport des Hausmülls, dies betreffe hinsichtlich der Auftragsdurchführung "aber mehr dessen Randbedingungen als das Zentrum des Auftrags". Die Parallelen würden deutlich überwiegen. Das Oberlandesgericht führte als Begründung den Wettbewerbsgrundsatz an:

*"Eine zu restriktive Auslegung des Merkmals Vergleichbarkeit birgt die Gefahr in sich, dass, was wettbewerbsfeindlich wäre, faktisch abgeschlossene Teilmärkte entstehen."*

## Beurteilungsspielraum der Vergabestelle

Aber im Grund genommen war das auch egal:

Das Oberlandesgericht sieht hinsichtlich der Bewertung der Vergleichbarkeit von Referenzen einen der gerichtlichen Überprüfung weitgehend entzogenen Beurteilungsspielraum der Vergabestelle.

*"Bei der Bewertung der Frage der Vergleichbarkeit der Referenz kommt der Vergabestelle, die regelmäßig über spezifisches Fachwissen und fachliche Erfahrung zum Gegenstand der Ausschreibung verfügt, die den Nachprüfungsinstanzen meist fehlen werden, ebenso wie zur Prüfung der Geeignetheit selbst ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu."*

Dieser Standpunkt ist bedenklich: Denn erst nach der vollständigen gerichtlichen Überprüfung der

Vergleichbarkeit der Referenzen hat die Vergabestelle eine - gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare - Prognoseentscheidung über die voraussichtliche Eignung des Bieters zu treffen. Aber erst dann! Hat das Gericht nicht die erforderliche Fachkompetenz, die Entscheidung der Vergabestelle zu überprüfen, dann muss das Gericht einen Sachverständigen hören. Unwissenheit schützt vor Prüfung nicht.

## Praxishinweis

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts räumt der Vergabestelle einen weitgehenden Beurteilungsspielraum bei der Wertung von Referenzen ein. Dies ist der Praxis geschuldet, dass 100% vergleichbare Referenzen oft nicht vorhanden sind und trägt zu einer schnellen und reibungslosen Auftragsvergabe bei.

Die Vergabestellen sollten sich aber nicht darauf verlassen, dass die Nachprüfungsinstanzen immer so nachsichtig urteilen. Sie sollten die Bieter immer zur Abgabe von Referenzen anhalten, die dem zu vergebenden Auftrag möglichst nahe kommen.

Autor:

**RA Mark Münch, LL.M.**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht