

## UPDATE VERGABERECHT

### VERTRAUENSSCHUTZ BEI POSITIVER EIGNUNGSPRÜFUNG

#### OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2021 - Verg 9/21

Auftraggeber (A) schrieb Leistungen im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. An diesem beteiligten sich die Bieter (B) und (C). Beide hielt A für geeignet und forderte sie zur Angebotsabgabe auf. Nach Abgabe der finalen Angebote beabsichtigte A Bieter C den Zuschlag zu erteilen. B rügte das Vorgehen, weil nach seiner Kenntnis C die geforderten Eignungskriterien nicht erfülle und nicht zum Verhandlungsverfahren hätte zugelassen werden dürfen. A half der Rüge nicht ab. Die VK Rheinland wies den Nachprüfungsantrag des B zurück, weil es die von C vorgelegten Referenzen für ausreichend hielt. Hiergegen wendet sich B mit der sofortigen Beschwerde.

Ohne Erfolg. Das OLG hält eine Überprüfung der geforderten und vorgelegten Eignungsnachweise für nicht erforderlich. Denn die positive Eignungsprüfung und Zulassung zum Verhandlungsverfahren begründe im zweistufigen Verfahren – anders als im offenen Verfahren – einen Vertrauenstatbestand. Zugelassene Bieter müssten nicht mehr damit rechnen, dass bei gleichbleibender Tatsachengrundlage ihre Eignung später anders bewertet werde. Mitbieter hätten daher in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb einen Vergaberechtsverstoß, der in der fehlerhaften Bejahung der Eignung eines Unternehmens am Ende des Teilnahmewettbewerbs liegt, hinzunehmen.

#### Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung überrascht und kann nicht überzeugen. Denn sie trägt weder dem Grundsatz eines effektiven Rechtsschutzes noch § 122 GWB Rechnung, wonach öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmen zu vergeben sind. Damit hätte sich das OLG bei der Abwägung zumindest auseinandersetzen müssen. Dass zwischen Bieter und Auftraggeber ein schutzwürdiges Vertrauen in die einmal vorgenommene positive Eignungsbeurteilung bestehen kann, leuchtet ein. Dass dies aber auch gegenüber Dritten wirken soll und diese damit im Falle einer fehlerhaften Eignungsbeurteilung einen rechtswidrigen Zustand ohne Überprüfbarkeit hinnehmen müssen, erscheint äußerst fragwürdig. Darüber hinaus existiert obergerichtliche Rechtsprechung, die Dritten entsprechenden Rechtsschutz gewährt und im zweistufigen Verfahren die Überprüfbarkeit der Eignung auch bei unveränderten Sachverhalten bejaht. Das OLG hätte die Sache deshalb unseres Erachtens dem BGH vorlegen müssen.