

## UPDATE VERGABERECHT

### RECHTLICHE LEISTUNGSFÄHIGKEIT IST KEINE FRAGE DER EIGNUNG

#### OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2020, Verg 36/19

Auftraggeber (A) schrieb die Gründung einer Planungs- und Baugesellschaft mit einem privaten Partner aus. Zu ihren Aufgaben sollten Planung, Bau und Betrieb von städtischen Gebäuden gehören. A beabsichtigte, den Zuschlag auf das Angebot von Bieter (B), der Tochtergesellschaft einer Universitätsklinik (U), zu erteilen. Konkurrent (C) rügte die Vergabeentscheidung. Neben weiteren angeblichen Vergabeverstößen machte er u.a. geltend, B sei nicht geeignet, da es ihm durch Vorschriften der nordrhein-westfälischen Universitätsklinik-Verordnung (UKVO) i.V.m. der Satzung der U nicht erlaubt sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Die VK wies den Nachprüfungsantrag zurück. Hiergegen legte C sofortige Beschwerde ein.

Ohne Erfolg! Auf die Frage, ob B öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbeschränkungen unterliegt, komme es nicht an. Selbst wenn dies der Fall wäre, ließe dies seine Eignung nach den von A aufgestellten Eignungskriterien, die B erfüllte, nicht entfallen. Die in §§ 122 ff. GWB genannten Eignungs- und Ausschlusskriterien seien abschließend. Für ungeschriebene Eignungskriterien, deren Verneinung zum Ausschluss von Bietern führen könnte, sei kein Raum. Dies gelte auch für das vom OLG früher geforderte Kriterium der „rechtlichen Leistungsfähigkeit“, an dem es nicht länger festhalte. Das OLG stellt zudem klar, dass das Kriterium der „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“ nach § 122 Abs. 2 Nr. 1 GWB sich nicht darauf erstrecke, ob die unternehmerische Tätigkeit des Bieters mit rechtlichen Vorschriften zu vereinbaren ist. Ein Ausschluss des B komme auch nicht wegen eines etwaigen Verstoßes gegen den Wettbewerbsgrundsatz in Betracht. Zum einen sei ein solcher Ausschlussgrund im Gesetz nicht vorgesehen, zum anderen beschreibe der Wettbewerbsgrundsatz lediglich ein Verfahren, sage aber nichts darüber aus, wer an diesem teilnehmen könne. Ob B öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbeschränkungen unterliege, betreffe ausschließlich den Aspekt der späteren Vertragserfüllung.

#### Bedeutung für die Praxis

Das OLG weicht mit dieser Entscheidung an zwei Stellen von seiner früheren Rechtsprechung ab. Bislang forderte es im Rahmen der Eignung, dass Bieter rechtlich zur Leistungserbringung in der Lage sein mussten. Zudem sah es in der Verletzung von Marktzutrittschranken einen Wettbewerbsverstoß. Angesichts der klaren Systematik des 2016 novellierten Vergaberechts überzeugt die Abkehr von dieser Rechtsprechung. Um jedoch bei der späteren Vertragserfüllung keine bösen Überraschungen zu erleben, ist Auftraggebern zu empfehlen, sich bei Zweifeln an der rechtlichen Leistungsfähigkeit vom Bieter im Vergabeverfahren bestätigen zu lassen, dass dieser die angebotene Leistung ausführen darf.