

UPDATE VERGABERECHT

WAS IST EIN „DIENSTLEISTUNGSaufTRAG“?

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.10.2021 - 54 Verg 5/21

Auftraggeber (A) schrieb Leistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) im nichtoffenen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. Zum Nachweis der Eignung war unter anderem die „Vorlage einer Referenz über einen (...) ausgeführten Dienstleistungsauftrag im SPNV“ gefordert. A beabsichtigte den Zuschlag an einen Konkurrenten (K) des Bieters (B) zu erteilen. B bezweifelte die Eignung des K. Als Referenz sei ein Dienstleistungsauftrag über eine „gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung“ eines öffentlichen Auftraggebers vorzulegen gewesen. K hatte als Referenz lediglich „eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen“ genannt. Diese erfüllten die Anforderungen nach Auffassung des B nicht. Die von B angerufene Vergabekammer sah dies anders. Es sei ausdrücklich nur ein Dienstleistungsauftrag verlangt, der ein Vertragsverhältnis voraussetze. Zumindest lasse sich wegen des interpretierbaren Wortlauts der aufgestellten Bedingungen darauf ein Ausschluss des K nicht stützen. Hiergegen richtete sich die Beschwerde des B.

Mit Erfolg! Das OLG führte zwar zunächst aus, dass aus den Vergabeunterlagen klar und unmissverständlich hervorgehen müsse, was von den Bietern verlangt werde. Hier sei für einen fachkundigen und verständigen Bieter aber aus einer Gesamtbetrachtung erkennbar gewesen, dass die Anforderungen an den „Dienstleistungsauftrag“ im „vergaberechtlichen Sinne“ zu verstehen gewesen seien und sich die geforderte Referenz somit auf für einen öffentlichen Auftraggeber erbrachte SPNV-Leistungen bezogen habe. Nach Auffassung des Gerichts folgt dies u.a. daraus, dass der Begriff „Dienstleistungsauftrag“ durch das (öffentliche) Vergaberecht geprägt werde und dem allgemeinen Zivilrecht fremd sei.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung überrascht und kann nicht überzeugen. Bereits die Tatsache, dass die Vorinstanz anders entschieden hat und das OLG eine umfassende Auslegung des Begriffs „Dienstleistungsauftrag“ für erforderlich hielt, lässt an der Eindeutigkeit der Vorgaben an die vorzulegende Referenz zweifeln. Nicht eindeutige Vorgaben können aber nicht zu Lasten eines Bieters gehen. Das OLG setzt sich auch nicht mit der – insoweit allerdings fragwürdigen – Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom 29.03.2021 ([siehe Updatebeitrag 07/08 2021](#)) auseinander, nach der die positive Eignungsprüfung in einem zweistufigen Verfahren einen Vertrauenstatbestand zu Gunsten des Bieters schafft. Vor allem zeigt die hiesige Entscheidung einmal mehr, dass Auftraggeber ihre Anforderungen sehr klar formulieren und Bieter jedwede Unklarheiten durch entsprechende Nachfragen beim Auftraggeber rechtzeitig ausräumen sollten, um die hier eingetretenen Risiken zu vermeiden.