



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Modul I

Eignungsprüfungen und Eignungsanforderungen

Entbürokratisierung der Eignungsprüfung?



IHR REFERENT

Bastian Haverland
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht
Fachanwalt für
Vergaberecht



Die Eignungsprüfung

Beschaffungsbedarf

Vergabe-
verfahren

Auftrag

- geeigneten Auftragnehmer finden

- Prognose -

- die richtigen Unternehmen auffordern

- Eignungsprüfung im Rahmen der Wertungsstufen

Die Eignungsprüfung nach „altem“ Vergaberecht

- Fachkunde
 - Leistungsfähigkeit
 - Zuverlässigkeit
- } Prognose

- formale Eignungsprüfung: Eignungsnachweise
- materielle Eignungsprüfung: Beurteilungsspielraum / Erfüllung
Mindestanforderungen

Die Eignungsprüfung nach aktuellem Vergaberecht

- Fachkunde
 - Leistungsfähigkeit
- } Eignungskriterien
-
- Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

- **formale Eignungsprüfung:** Eignungsnachweise + Erklärungen zu Ausschlussgründen
- **materielle Eignungsprüfung:** Eignungskriterien erfüllt + keine Ausschlussgründe
Beurteilungsspielraum

Eignung

Fachkunde / Leistungsfähigkeit

**Keine Ausschlussgründe,
§§ 123, 124 GWB, § 48 VgV,
§ 6e EU VOB/A**

**Befähigung und Erlaubnis zur
Berufsausübung**
(§ 44 VgV, § 6a EU Nr. 1 VOB/A)

**Wirtschaftliche und finanzielle
Leistungsfähigkeit (§ 45 VgV; § 6a EU
Nr. 2 VOB/A), technische und
berufliche Leistungsfähigkeit
(§ 46 VgV, § 6a EU Nr. 3 VOB/A)**

Eignung des Bewerbers / Bieters
§ 122 Abs. 1, 2 GWB, § 42 Abs. 1 VgV, § 6 EU Abs. 1, 2 VOB/A

(+)

(-)

Nachweise EU-weit

Eignung:

- Grundsatz: Eigenerklärungen (§ 48 Abs. 2 VgV; § 6b EU Abs. 1 VOB/A)
- sonst: Bescheinigungen aus e-Certis
- EEE als vorläufigen Beleg von Eignung/Ausschlussgründe und/oder Präqualifizierung

Nichtvorliegen von Ausschlussgründen:

- Grundsatz: Eigenerklärung

Eignungsprüfung und Ausschlussgründe

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)
§§ 48 Absatz 3, 50 VgV, § 6b EU Absatz 1 Satz 2 VOB/A

- **Vorläufiger Eignungsnachweis**
- **Keine Benutzungspflicht, aber Annahmepflicht**
- **Wiederverwertbar**
- **Öffentlicher Auftraggeber kann Beibringen der Originalunterlagen jederzeit während des Verfahrens von jedem Bewerber / Bieter verlangen**
- **Öffentlicher Auftraggeber muss Beibringen der Originalunterlagen vor Zuschlagserteilung von obsiegenden Bieter verlangen**

Keine Annahmepflicht
unterhalb Schwellenwerte
§ 35 Abs. 3 UVgO und
VOB/A

Präqualifizierung als Eignungsnachweis

Präqualifizierung = Vorgezogenes Verfahren zum Nachweis der Eignung (Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung)

§ 122 Abs. 3 GWB, § 48 Abs. 8 VgV

- Auftraggeber dürfen als Eignungsnachweis Präqualifizierungssysteme zulassen
- Nachweis der Eignung und Nichtvorliegen von Ausschlussgründen kann durch Präqualifizierung erbracht werden
- Eignungsvermutung bei Präqualifizierung (§ 48 Abs. 8 VgV)
- Alternativer Nachweis der Eignung ohne Präqualifizierung muss diskriminierungsfrei möglich sein

§ 6b EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A

- Eignungsnachweis über Präqualifikationsverzeichnis (Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e. V.) ist grundsätzlich zulässig
- Forderung einer zusätzlichen Bescheinigung über Zahlung von Steuern / Abgaben / Sozialversicherungsbeiträgen möglich

Nachweise national

Eignung:

- Grundsatz: Eigenerklärungen (§ 6 b Abs. 2 VOB/A, § 35 Abs. 2 UVgO); wenn als vorläufiger Nachweis, dann Bestätigung von den in Frage kommenden Bietern vor Zuschlag
- EEE als vorläufigen Beleg von Eignung/Ausschlussgründe nur bei der UVgO (keine Annahmepflicht) sowie Präqualifizierung

Nichtvorliegen von Ausschlussgründen:

- Grundsatz: Eigenerklärung

Weitere Entbürokratisierung?

VOB/A:

- § 6a Abs. 5 VOB/A - fakultativer Verzicht auf Nachweise (< 10.000 EUR)
- § 6b VOB/A, § 6b Abs. 3 VOB/A EU - Zwingender Verzicht, wenn "in Besitz"
- § 16b Abs. 2 VOB/A, § 16b Abs. 2 VOB/A EU - Vorziehen der Eignungsprüfung

UVgO, VgV:

- Bei Ausschreibung ist Angebotsprüfung vor Eignungsprüfung zulässig, § 31 Abs. 4 UVgO, ebenso Oberschwelle § 42 Abs. 3 VgV

Nachfordern von Unterlagen

Weitere Entbürokratisierung?

VOB/A:

- § 6a Abs. 5 VOB/A - fakultativer Verzicht auf Nachweise (< 10.000 EUR)

VOB/A 2019

Fakultativer Verzicht auf Nachweise

§ 6a Eignungsnachweise

(5) Der Auftraggeber kann bis zu einem Auftragswert von 10 000 Euro auf Angaben nach Abs. 2 Nr. 1 bis 3, 5 und 6 verzichten, wenn dies durch Art und Umfang des Auftrags gerechtfertigt ist.

Betrifft:

- Umsatz
- vergleichbare Leistungen
- Zahl d. Arbeitskräfte
- Insolvenzverfahren
- Liquidation

„kann“: Ermessen
„gerechtfertigt“: eigene Beurteilung

Weitere Entbürokratisierung?

VOB/A:

- § 6b VOB/A, § 6b Abs. 3 VOB/A EU - Zwingender Verzicht, wenn “in Besitz”

VOB/A 2019

Zwingender Verzicht auf Nachweise

§ 6b Mittel der Nachweisführung, Verfahren

(3) Der Auftraggeber verzichtet auf die Vorlage von Nachweisen, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz dieser Nachweise ist.

Gemeint ist die jeweils zuständige Vergabestelle (nicht der Auftraggeber „Stadt“); keine Erkundigungspflicht untereinander.

Nachweise müssen aktuell/gültig sein (einheitliche Vorgabe zur Gültigkeit bewusst vermieden): Bescheinigungen Sozialkassen Bau, BG etc.
Laufzeiten zwischen 2 Monaten und 1 Jahr.

Beispiel: Vergabe Instandsetzung (Malerarbeiten); mehrere Vergaben hintereinander.

VOB/A EU 2019

Zwingender Verzicht auf Nachweise

§ 6b Mittel der Nachweisführung, Verfahren

(3) Unternehmen müssen keine Nachweise vorlegen,

- sofern und soweit die Zuschlag erteilende Stelle diese direkt über eine gebührenfreie nationale Datenbank in einem Mitgliedstaat erhalten kann, oder
- wenn die Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz dieser Nachweise ist.

Dadurch wird der Akquisitionsaufwand der Unternehmen im Vergabewettbewerb minimiert, weil schon einmal vorgelegte Nachweise nicht nochmal bzw. doppelt beim öffentlichen Auftraggeber einzureichen sind.

Weitere Entbürokratisierung?

VOB/A:

- § 16b Abs. 2 VOB/A, § 16b Abs. 2 VOB/A EU - Vorziehen der Eignungsprüfung

UVgO, VgV:

- Bei Ausschreibung ist Angebotsprüfung vor Eignungsprüfung zulässig, § 31 Abs. 4 UVgO, ebenso Oberschwelle § 42 Abs. 3 VgV

Vorziehen der Angebotsprüfung?

- Schließlich soll es der Vergabestelle bei öffentlichen Ausschreibungen auch erlaubt sein, die abgegebenen Angebote zunächst rechnerisch, technisch und wirtschaftlich zu prüfen, bevor die Eignung der Bieter bewertet wird.
- Die Änderung kann in solchen Fällen sinnvoll sein, wenn ohne größeren Prüfungsaufwand feststellbar ist, dass Bieter keine Zuschlagschance haben, etwa wegen eines zu hohen Angebotspreises.

Vorziehen der Angebotsprüfung?

- Dann kann sich der öffentliche Auftraggeber die oftmals zeitaufwendige Eignungsprüfung ohnehin aussichtsloser Bieter ersparen. Von der Option darf aber nur Gebrauch gemacht werden, wenn die anschließende Eignungsprüfung der übrigen Bieter unparteiisch und transparent erfolgt (§ 16b Abs. 2 VOB/A).

VOB/A 2019

§ 16b Eignung

(1) Bei Öffentlicher Ausschreibung ist die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet; dies bedeutet, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen.

(2) **Abweichend von Absatz 1** können die Angebote zuerst geprüft werden, sofern sichergestellt ist, dass die anschließende Prüfung der Eignung unparteiisch und transparent erfolgt.

VOB/A EU gleicher Wortlaut.



Weitere Entbürokratisierung?

Nachfordern von Unterlagen

Nachfordern von Unterlagen

Eignungsnachweise

- nachreichen
- vervollständigen
- korrigieren

ABER: Nachträgliche inhaltliche Korrektur ausgeschlossen!
Europarechtskonforme Auslegung von § 56 Abs. 2 VgV erforderlich.

- OLG Koblenz, 11.09.2018, Verg 3/18
- OLG Düsseldorf, 28.03.2018, VII-Verg 42/17

Keine starre 6-Tages-Frist mehr.

Nachfordern als Pflicht oder Ermessen?
(...wenn nicht insgesamt ausgeschlossen).

Unternehmensbezogene
Unterlagen

fehlende, **unvollständige und fehlerhafte** Unterlagen müssen nachgefordert, korrigiert, vervollständigt werden

Bsp: Unternehmensangaben, Eigenerklärungen, Zeugnisse, Auszüge
Gewerbezentralregister, Zertifizierungsnachweise, Handwerksrolle, Bankauskünfte

Leistungsbezogene Unterlagen

wertungsrelevant

dürfen grds. **nicht** nachgefordert werden

Bsp:
wertungsrelevante Konzepte;
Rückausnahme für bestimmte Preisangaben

nicht wertungsrelevant

fehlende nachfordern, **unvollständige vervollständigen**

Bsp:
Produktdatenblätter, Produktangaben Vorlage Muster, Urkalkulation, Entsorgungsnachweise, NU-Angaben, Herstellergarantien

Fall - Frage

Lieferung tragbarer Wärmebildkameras

Referenzforderung
stand in der
Bekanntmachung.

- Bewerber gibt die geforderten Referenzen ab, allerdings ohne die als Mindestanforderung gestalteten Angaben zum jeweiligen Ansprechpartner beim Referenzgeber.
- In dem in den Formularen vorgesehenen Eintragungsfeld „Ansprechpartner beim Kunden, Telefon, E-Mail“ trug Bewerber ein: „Kann nicht angegeben werden.“
- AG fordert noch: „... in den Referenzen 1,2,3 und 4 haben Sie keine Ansprechpartner mit Telefonnummer und E-Mail beim Auftraggeber angegeben. Bitte reichen Sie diese Angaben nach.“

War der Teilnahmeantrag auszuschließen?

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.11.2018 - Verg 39/18

Fall - Antwort

Ja, Ausschluss
des
Teilnahmeantra-
ges.

- Ja, da die Antragstellerin den Nachweis für die an die Eignung zu stellenden Mindestanforderungen nicht erbracht hat.
- Die Korrektur fehlerhafter Unterlagen bezieht sich allenfalls auf ersichtliche Fehleintragungen, nicht auf inhaltliche Verbesserungen von grundsätzlich richtigen, den materiellen Anforderungen aber nicht genügenden Erklärungen (kein Austausch von Referenzen).
- Die Antragstellerin hat mit ihrem Teilnahmeantrag ausgefüllte Formulare mit Projektpreferenzen vorgelegt.
- Sie fehlten nicht, sondern wichen nur inhaltlich von den Vorgaben ab.

Fall – Frage

Bioabfallverwertung

- Zur vollständigen Abgabe seines Angebots muss Bieter B einen Versicherungsnachweis vorlegen, in dem unter anderem eine Umweltschadensversicherung mit einer Deckungssumme von 2 Mio. Euro nachgewiesen werden soll. Oder alternativ Eigenerklärung.
- **B reicht alle notwendigen Unterlagen ein. Allerdings weist der Versicherungsnachweis für die Umweltschadensversicherung nur einen Deckungssumme von 1 Mio. Euro auf.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.08.2019, 15 Verg 10/19

Ausschluss oder Nachforderung?

Fall - Antwort

- unternehmensbezogene Unterlage (+)
- wurde wirksam gefordert (gem. Bekanntmachung)
- Unterlage fehlt (auch), wenn sie körperlich nicht vorliegt, hier (-)

- grds. kann eine solche Unterlage jedoch als fehlend behandelt werden, wenn sie in rein formaler Hinsicht nicht den Anforderungen des AG entspricht: Die von der Beigeladenen vorgelegte Versicherungsbescheinigung hat den formalen Voraussetzungen an den vorzulegenden Nachweis abgeschlossener Versicherungen entsprochen. Die Bestätigung ist von einem Versicherer ausgestellt worden und hat den Abschluss u.a. einer Umweltschadensversicherung bescheinigt. Also (-).

- Korrektur einer fehlerhaften Unterlage? hier (-)

**Ausschluss
des Angebots.**

**Erklärungs-
inhalt geändert.**

Eingereichte Erklärung mit dem Angebot	Nachgereichte Erklärung
Deckungssumme 1 Mio. EUR Zeitraum 01.01.2017 bis 01.01.2018 Versicherer X, Policennummer 012345	Deckungssumme 2 Mio. EUR Zeitraum 01.01.2019 bis 01.01.2020 Versicherer X, Policennummer 012345

Fall - Frage

Entsorgungsdienstleistungen

- Ein AG schrieb die Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen aus. In der EU-Bekanntmachung heißt es zur Eignung: "Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen". Die Angebotsaufforderung, die mit den übrigen Vergabeunterlagen über einen Link in der Bekanntmachung abgerufen werden konnte, enthielt die Vorgabe, dass zum Nachweis der Eignung ein "aktuelles" polizeiliches Führungszeugnis des Leiters des für die Leistungen verantwortlichen Betriebs“ vorzulegen sei.
- Eingereichtes Führungszeugnis von B ist zwei Jahre zu alt.
- AG fordert nach.

OLG München, Beschl. v. 27.07.2018 - Verg 2/18

Nachforderung zulässig?

Fall - Antwort

Entsorgungsdienstleistungen

- Wirksame Forderung zweifelhaft; keine Benennung in der Bekanntmachung, nur verlinkt.
- fehlende Unterlage (+), da formal unzureichend
- formal unzureichend, da Manko sich nur auf Datum/Gültigkeitsdauer bezieht

- **Unterschied zu OLG Karlsruhe?**
- OLG München: behördliche Bescheinigung, die nicht von individuellen Abreden oder Einflüssen abhängt, sondern amtlich und objektiv ist, kein Raum für Manipulation o.ä.
- OLG Karlsruhe: Versicherungsnachweise keine behördliche Bescheinigung, bei einer nachgereichten Versicherungsbestätigung können nachträgliche Änderungen nicht ausgeschlossen werden



Bastian Haverland

Rechtsanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Leinemann Partner Rechtsanwälte

Ballindamm 7

20095 Hamburg

Tel: 040-4689920

Mail: bastian.haverland@leinemann-partner.de

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.