



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Die Eignung der Bieter - Probleme bei EEE, Einzelnachweisen und Bewertung

6. Kölner Vergabetag
am 12.09.2017

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Vergaberecht und
für Bau- und Architektenrecht

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | Köln | München

Pflicht zur Prüfung der Eignung

➤ § 122 Abs. 1 GWB

*„Aufträge werden an **fachkundige und leistungsfähige Unternehmen** vergeben, **die nicht** in entsprechender Anwendung der §§ 123 oder 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen **ausgeschlossen** worden sind.“*

Fachkunde: Kenntnisse, Erfahrungen, Fertigkeiten

Leistungsfähigkeit: Bewerber/Bewerber muss in technischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet sein, dass die Ausführung des Auftrags gewährleistet erscheint.

Abschließender Katalog der Eignungskriterien

➤ § 122 Abs. 2 GWB

„Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt.

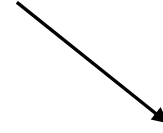
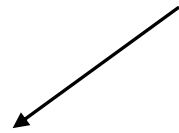
Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich Folgendes betreffen:

- 1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,*
- 2. wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,*
- 3. technische und berufliche Leistungsfähigkeit.“*

Bekanntgabe der Eignungskriterien

- ➔ Eignungskriterien und Eignungsnachweise müssen bereits in der Vergabebekanntmachung abschließend aufgezählt sein, § 122 Abs. 4 GWB

Abgrenzung von Eignungs-/Zuschlagskriterien



Eignungskriterien dienen allein dazu, die Unternehmen zu ermitteln, die zur Erbringung der Leistung in der Lage sind.(§ 122 GWB)

Zuschlagskriterien dienen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots.
(§ 127 GWB)

Eignungs- und Zuschlagskriterien müssen **strikt getrennt** werden.
Wertung getrennt nach Wertungsstufen bei der Angebotsprüfung
aber: Teamqualität kann auch nochmal Zuschlagskriterium sein

Prüfung der Eignung anhand von Nachweisen

- **Ziel:** Feststellung der erforderlichen Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters
- Prüfung erfolgt anhand der geforderten Nachweise, die der Bewerber oder Bieter vorlegen muss.
- Bei Verfahren mit Teilnahmewettbewerb wird die Eignung **für das gesamte Verfahren** festgestellt.
Nur „neue“ Tatsachen, die nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs bekannt wurden, dürfen danach noch berücksichtigt werden.

Auftragsbezogenheit der Eignungskriterien

Ausdrücklich geregelt in **§ 122 Abs. 4 GWB**

- es ist ein Bezug der Eignungskriterien zur konkret ausgeschriebenen Leistung erforderlich – nicht nur abstrakt gute Bieter fordern sondern solche, die für den konkreten Auftrag besonders geeignet sind
- **Keine** Gütesiegel für Umweltschutz etc. im Rahmen der Eignung
vgl. EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10
- Tariftreueerklärung und Verpflichtung zur Zahlung von Mindestlohn sind **keine** Eignungskriterien
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.01.2014, 7 Verg 28/13;
VK Westfalen, Beschluss vom 25.01.2015, VK 18/14

Angemessenheit der Eignungskriterien

ebenfalls ausdrücklich geregelt in **§ 122 Abs. 4 GWB**

- Anforderungen müssen in Bezug auf die zu erbringende Leistung verhältnismäßig sein, keine überdehnten Anforderungen
- z.B. **§ 45VgV, § 6a EU VOB/A**
„Der geforderte Mindestjahresumsatz darf das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nur in hinreichend begründeten Fällen übersteigen.“

Angemessenheit der Eignungsanforderungen

Hohe Mindestumsätze, auch wenn dies zur Reduzierung des Bieterkreises führt, Umsatz aber wichtig für Leistungsfähigkeit ist.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2012, VII Verg 30/12

Referenzen zur Errichtung von Flugbetriebsflächen in Betonbauweise können angemessen sein.

VK Brandenburg, Beschluss vom 31.05.2016, VK 6/16

Angaben zu einer bereits bestehenden Betriebsstätte (Umschlagplatz bzw. der Endverwertungsanlage für Grünabfälle) ist unangemessen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 20.04.2016, Verg 1/16

Verbindlich verlangte Angabe von Unterauftragnehmern und von deren Lieferkapazitäten mit dem Angebot ist unzumutbar

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.06.2014, Verg 38/13

Ausschlussgründe

Zwingend

- § 123 GWB
- § 6e EU Abs. 1 bis 4 VOB/A

Fakultativ

- § 124 GWB
- § 6e EU Abs. 6 VOB/A

Umgang mit „Schlechtleistern“

§ 124 GWB Fakultative Ausschlussgründe

(1) Öffentliche Auftraggeber **können** unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren **ausschließen, wenn**

(...)

7. das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat,

[Unterhalb der Schwellenwerte gelten nach § 31 Abs. 2 S. 5 UVgO weniger strenge Anforderungen]

Absehen vom Ausschluss bei Selbstreinigung

§ 125 GWB / § 6f EU VOB/A

Kein Ausschluss, wenn das Unternehmen

Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat, und zwar durch

- Schadensausgleich
- umfassende Aufklärung
- konkrete technische, organisatorische, personelle Maßnahmen
- Selbstreinigung nicht nur nach Straftaten, sondern auch bei Ausschluss wegen Schlechtleistung bei anderen Aufträgen!

Möglichkeiten des Nachweises der Eignung

- Vorrangig mittels Eigenerklärungen
- ggf. Nachweise/Bescheinigungen, grds. e-Certis
- als vorläufiger Beleg: EEE (§ 50 VgV)
- Präqualifikation durch Eintragung in amtliche Verzeichnisse/Zertifizierungen

Nachweisführung bedeutet Aufwand!

Unternehmen muss die vom Auftraggeber (vergaberechtlich zulässigerweise) geforderten

- Angaben machen,
- Erklärungen abgeben und
- Nachweise erbringen.



Der Aufwand soll möglichst gering gehalten werden
wird aber doch hoher Aufwand abgefordert:

- kein Rechtsmittel möglich, Ausnahme Unzumutbarkeit

Vereinfachte Eignungsanforderungen durch Eigenerklärungen

Eigenerklärungen der Bieter nach § 6 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A (z.B. Umsatz, Personal, Referenzen) müssen nicht, **sondern können** überprüft werden. Nur objektiv begründete, konkrete Zweifel veranlassen eine erneute Überprüfung.

OLG Düsseldorf, 2.12.2009, Verg 39/09 (Stadtschloss)

„Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist von daher eine Begrenzung der dem Auftraggeber obliegenden Aufklärungs- und Prüfungsaufgaben geboten.“

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.11.2011, VII Verg 35/11

Beachte: Werden Nachweise durch den AG nur abgehakt, nehmen in der Folge u. U. auch nicht geeignete Bieter teil, wenn der AG Eigenerklärungen nicht weiter prüft!

Vereinfachte Eignungsanforderungen durch die Einheitliche Europäische Eigenerklärung - EEE (1)

§ 48 Abs. 3 VgV - Beleg der Eignung und des Nicht-Vorliegens von Ausschlussgründen

„Als vorläufigen Beleg der Eignung akzeptiert der öffentliche Auftraggeber die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung nach § 50 VgV.“

- Die EEE ist ein Instrument, das der Bieter freiwillig nutzen kann. Der Auftraggeber hat nicht die Pflicht, es einzufordern.
- Der Auftraggeber muss die EEE aber akzeptieren, sofern sie vorgelegt wird. Bleiben dann noch Eignungsaspekte offen, muss der Auftraggeber die entsprechenden Nachweise vom Bieter fordern!

NEU

DURCHFÜHRUNGSVERORDNUNG (EU) 2016/7 DER KOMMISSION
vom 5. Januar 2016
zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung
(Text von Bedeutung für den EWR)

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union,

gestützt auf die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ⁽¹⁾, insbesondere auf Artikel 59 Absatz 2, und auf die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG ⁽²⁾, insbesondere auf Artikel 80 Absatz 3,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Eines der wesentlichen Ziele der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU ist die Senkung des Verwaltungsaufwands für öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer, nicht zuletzt für kleine und mittlere Unternehmen. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) ist ein wichtiger Bestandteil dieser Bemühungen. Das Standardformular für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung sollte deshalb so überarbeitet

Einheitliche Europäische Eigenerklärung - EEE (2)

Aufbau des Standardformulars

Teil I: **Informationen zum Vergabeverfahren und zum öffentlichen Auftraggeber**

Teile II bis VI **sind vom Unternehmen** auszufüllen:

- Angaben zur Identität des Bieters bzw. Bewerbers und seiner rechtlichen Vertreter (Teil II)
- Erklärungen zum Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen (Teil III)
- Erfüllung der vom Auftraggeber vorgegebenen Eignungskriterien (Teil IV)
- ggf. Erfüllung von Kriterien zur Reduzierung der Anzahl der Teilnehmer bei sog. zweistufigen Vergabeverfahren (Teil V)



ANHANG 2

STANDARDFORMULAR FÜR DIE EINHEITLICHE EUROPÄISCHE EIGENERKLÄRUNG (EEE)

Teil I: Angaben zum Vergabeverfahren und zum öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber

Bei Vergabeverfahren, für die ein Aufruf zum Wettbewerb im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde, werden die für Teil I benötigten Angaben automatisch abgerufen, vorausgesetzt, dass der elektronische EEE-Dienst ⁽¹⁾ zum Erstellen und Ausfüllen der EEE genutzt wird. Veröffentlichung der *einschlägigen Bekanntmachung* ⁽²⁾ im *Amtsblatt der Europäischen Union*:

ABI. S Nummer [], Datum [], Seite [],

Nummer der Bekanntmachung im Amtsblatt S: [][][][]/S [][][]-[][][][][][][][][]

Wird im Amtsblatt der Europäischen Union kein Aufruf zum Wettbewerb veröffentlicht, muss der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber die Angaben einfügen, die eine eindeutige Identifizierung des Vergabeverfahrens ermöglichen:

Wird keine Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* verlangt, machen Sie bitte andere Angaben, die eine eindeutige Identifizierung des Vergabeverfahrens ermöglichen (z. B. Fundstelle einer Veröffentlichung auf nationaler Ebene): [...]

ANGABEN ZUM VERGABEVERFAHREN

Die für Teil I benötigten Angaben werden automatisch abgerufen, sofern der erwähnte elektronische EEE-Dienst zum Erstellen und Ausfüllen der EEE genutzt wird. Andernfalls sind die betreffenden Angaben vom Wirtschaftsteilnehmer einzufügen.

<p>Wurde in der Vergangenheit ein zwischen dem Wirtschaftsteilnehmer und einem öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber geschlossener Vertrag über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession vorzeitig beendigt oder hat ein entsprechender früherer Auftrag Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen?</p> <p>Falls ja, bitte näher ausführen:</p>	<p><input type="checkbox"/> Ja <input type="checkbox"/> Nein</p> <p>[.....]</p>
	<p>Falls ja: Hat der Wirtschaftsteilnehmer „selbstreinigende“ Maßnahmen getroffen?</p> <p><input type="checkbox"/> Ja <input type="checkbox"/> Nein</p> <p>Falls ja, beschreiben Sie bitte die Maßnahmen:</p> <p>[.....]</p>
<p>Kann der Wirtschaftsteilnehmer bestätigen, dass er</p> <p>a) sich bei seinen Auskünften zur Überprüfung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien keiner schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht hat,</p> <p>b) keine derartigen Auskünfte zurückgehalten hat,</p> <p>c) in der Lage sein wird, die von einem öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber verlangten zusätzlichen Unterlagen unverzüglich vorzulegen, und</p> <p>d) nicht versucht hat, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers oder Sektorenauftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die er unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder fahrlässig irreführende Informationen zu übermitteln, die die Entscheidungen über Ausschluss, Auswahl oder Zuschlag erheblich beeinflussen könnten?</p>	<p><input type="checkbox"/> Ja <input type="checkbox"/> Nein</p>

Einheitliche Europäische Eigenerklärung - EEE (3)

Inhalt der Eigenerklärung

Versicherung des Bewerbers/Bieters zu folgenden Aspekten:

1. Es liegen keine Ausschlussgründe vor (Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU).
2. Die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zur Eignung (Art. 58 Richtlinie 2014/24/EU) werden erfüllt mit Blick auf
 - a) die Befähigung zur Berufsausübung,
 - b) die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie
 - c) die technische und berufliche Leistungsfähigkeit.
3. Die objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien des öffentlichen Auftraggebers zur Reduzierung der Teilnehmer am Wettbewerb (Art. 65 Richtlinie 2014/24/EU) werden erfüllt.
4. Die Nachweise, dass die Eignungskriterien erfüllt werden, können jederzeit vom Unternehmen vorgelegt werden.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung - EEE (4)

Verwendung des Formulars

- Online-Anwendung zum Erstellen eines EEE-Formulars
keine Datenbank, Speicherung nur lokal auf dem Rechner des Nutzers
- <https://ec.europa.eu/tools/esp/>
- Unternehmen können eine EEE erstellen, indem sie
 - eine vorhandene EEE bearbeiten oder
 - eine EEE-Anfrage eines Auftraggebers verwenden.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung - EEE (5)

Die Nachweise zum Beleg der Erklärung

- **müssen** vom öffentlichen Auftraggeber **vor Zuschlagserteilung** von dem Unternehmen angefordert werden, das den Zuschlag erhalten soll;
- **können** vom öffentlichen Auftraggeber **jederzeit** von jedem am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen angefordert werden, sofern dies zur Durchführung des Verfahrens erforderlich ist.

Präqualifikation

Eignungs- und Leistungsnachweis sowohl im VOB als auch im VgV-Bereich durch Präqualifikation möglich.

VOB: Für die Durchführung der Präqualifikation stehen die vom Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. beauftragten Präqualifizierungsstellen zur Verfügung.

VgV: NEU: Amtliches Verzeichnis, das durch den Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK) geführt wird, seit August 2017 eingeführt durch § 48 Abs. 8 VgV und § 35 Abs. 6 UVgO

Bietergemeinschaften / Nachunternehmer

Eignungsnachweis durch Dritte nach § 47 Abs. 1 VgV

Ein Unternehmen kann sich, auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, **zum Nachweis seiner Eignung anderer Unternehmen bedienen**,

ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen.

bei Nachunternehmern: Verpflichtungserklärung nötig, dass Mittel vom Nachunternehmer zur Verfügung gestellt werden.

Nachforderung - § 16a (EU) VOB/A

Zwingend nachzufordern innerhalb von 6 Kalendertagen

Die nachverlangten Erklärungen sind spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot zwingend auszuschließen. **Dem Auftraggeber steht kein Ermessen zu, diese Frist zu verlängern.**

VK Nordbayern, Beschluss vom 29.06.2016 - 21.VK-3194-07/16

Nachforderung nach VgV: fakultativ, § 56 VgV

Nachforderung in der VgV

Unternehmensbezogene
Unterlagen

§ 56 Abs. 2 VgV

dürfen nachgefordert
werden.

Leistungsbezogene
Unterlagen

§ 56 Abs. 3 VgV

dürfen grds. nicht
nachgefordert werden.

Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der vorgelegten Eignungsnachweise (1)

AG muss die Nachweise einer **formalen und materiellen Prüfung** unterziehen.

Die **materiell-inhaltliche Prüfung** beinhaltet die Frage, ob der betreffende Bieter den **Auftrag zufriedenstellend ausführen wird**.

Dazu ist eine **Prognose** auf der Grundlage der vorgelegten Eignungsnachweise - insbes. der Referenzangaben - anzustellen.

Dem AG steht hierbei ein **Beurteilungsspielraum** zu.

Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der vorgelegten Eignungsnachweise (2)

Der Beurteilungsspielraum kann von den Vergabenausschüssen nur **eingeschränkt überprüft** werden:

- Ist das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden?
- Hat der AG die von ihm selbst aufgestellten Wertungsvorgaben beachtet?
- Hat er den zugrunde gelegten Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt?
- Hat er keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Wertungsgrundsätze verstoßen?

VK Westfalen, Beschluss vom 16.04.2015, VK 2-9/15

BERLIN

PROF. DR. RALF LEINEMANN
PROF. DR. MARC HILGERS
JOCHEN LÜDERS
DR. EVA-D. LEINEMANN
STEFAN ERDMANN
DR. THOMAS KIRCH
TIMO MAY
DR. CHRISTIAN BRAUNS
ANDREAS JACOB, LL.M.
DR. RALF AVERHAUS
MARCO LORENZ
ARMIN PREUSSLER
CHRISTOPH CONRAD
GESINE DECHOW
MARTIN HANS STEGER
DR. MARC STEFFEN
EVA BOUCHON, M.A.
MICHAEL GÖGER, LL.M.
THOMAS MAIBAUM
SARAH SCHERWITZKI
JULIA HÜBNER
JÖRG MIERUSZEWSKI
ROBERT JANITZEK
SHUSHANIK ROECKER
LAURA JENTZSCH
LARS THIEL
DANILO ROSENDAHL
LARS ROTHENBURG
ANNE SOPHIE SCHULZ
SANDRA JURKE

NIKOLA PETKOVIC
DR. WIEBKE MUND
FRANZISKA BOUCHARD
DR. DIRK-FABIAN LANGE

HAMBURG

DR. THOMAS HILDEBRANDT
P. ANUSH RIENAU
BASTIAN HAVERLAND
DR. MARCUS ERNST NAPP
GABRIEL H. SCHLEICHER, LL.M.
JULIA BARNSTEDT, LL.M. EUR
FRERK SCHÄFER, DIPL.-ING. (FH)
ROMAN SCHLAGOWSKY
RASMUS GERSCH
DR. AMNEH ABU SARIS
HAUKE MEYHÖFER
DR. KAI MEDIGER
DEBORAH KOCH
ANDREAS ROSENAUER
PEDRAM DEGHANI

FRANKFURT/MAIN

JARL HENDRIK KUES, LL.M.
SIMON PARVIZ
ÜLKÜ RENDA
FLORIAN PETERMANN
MAXIMILIAN KLAMMER
GABRIELA BÖHM
TIMM FREIHEIT
KATHARINA BEHLE
JONAS DEPPENKEMPER

DÜSSELDORF

OLIVER SCHOOF
HENRIK M. NONHOFF
NORBERT KNÖBEL
ROBERT SCHNEIDER
MANUEL BAUMEISTER
NICOLAI GÜNZEL
CHRISTIN WAGNER
MARK VAN DAHLEN
CHRISTIAN GRÜNEBERG
CHRISTIAN KIRSCHBERGER

KÖLN

DR. BIRGIT FRANZ
DR. OLIVER HOMANN
STEFAN JOCHEN HANKE
ULRICH NEUMANN
DR. MARTIN BÜDENBENDER
DR. ANDREAS BAHNER
LEONIE KLÖNNE
MALTE OFFERMANN
ANN-CHRISTIN JORDAN
ANNA MERGENS
PASCAL GÖPNER

MÜNCHEN

STEPHAN KAMINSKY
DR. CHRISTINE MAURER
DR. JOHANNES KRAUSE
QUIRIN KLEIN
CHRISTINA MÜLLER

A photograph of a modern library or study room. The room features a large glass table with four dark chairs around it. The walls are lined with wooden bookshelves filled with books. A large, multi-tiered chandelier with glass and wood elements hangs from the ceiling. The room is well-lit and has a professional, academic atmosphere.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE
VERGABERECHT IN DEUTSCHLAND