HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

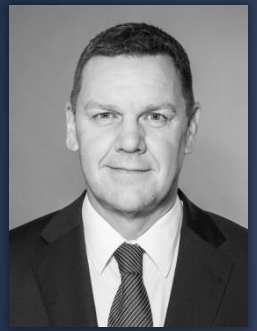
7. Vergabetag Bayern

Fallstricke der Eignungsprüfung im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung

München, den 9. Oktober 2019

Uwe-Carsten Völlink
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

Kontakt



Uwe-Carsten Völlink
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

Uwe-Carsten Völlink ist Fachanwalt für Vergaberecht bei HEUSSEN in München.

Er berät seit mehr als 18 Jahren Auftraggeber und Unternehmen bei nationalen und europaweiten Ausschreibungen.

Veröffentlichungen (u.a.)

- Herausgeber des Kommentars Ziekow / Völlink – Vergaberecht (Verlag C.H. Beck)
- Herausgeber des Kommentars Völlink / Kehrberg – VOB/A (Verlag C.H. Beck)
- Beck'sche Online-Prozessformulare – Vergaberecht (Verlag C.H. Beck)

Auszeichnungen (u.a.)

- *Best Lawyers* Lawyer of the Year Public Law Bayern
- *Wirtschaftswoche* Top 25 des Vergaberechts
- *Chambers* Leading Lawyer
- *JUVE* Kanzlei des Jahres für Vergaberecht

Agenda

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

I. Eignung – was man dazu wissen muss

II. Bekanntmachungspflicht

III. Ausgewählte Fälle zur Eignung

I. Eignung – Prüfungs*pflicht*

§ 122 Abs. 1 GWB (**unterhalb SW: § 31 Abs. 1 UVgO**)

Öffentliche Aufträge werden an **fachkundige** und **leistungsfähige** (geeignete) **Unternehmen** vergeben, die nicht nach den §§ 123 und 124 GWB ausgeschlossen worden sind.

§ 42 Abs. 1 VgV (unterhalb SW: § 31 Abs. 2 Satz 1 und 2 UVgO)

Der öAG überprüft die Eignung der Bewerber oder Bieter anhand der nach § 122 GWB festgelegten **Eignungskriterien** und das **Nichtvorliegen von Ausschlussgründen** nach den §§ 123 und 124 GWB sowie ggf. Maßnahmen des Bewerbers oder Bieters zur Selbstreinigung nach § 125 GWB und schließt ggf. Bewerber oder Bieter vom Vergabeverfahren aus.

§ 6 Abs. 1 VOB/A-EU (unterhalb SW: § 6a VOB/A)

Öffentliche Aufträge werden an **fachkundige** und **leistungsfähige** (geeignete) **Unternehmen** vergeben, die nicht nach § 6e EU ausgeschlossen worden sind.

I. Eignung – Prüfungs*pflicht*

Vergabekammer Südbayern vom 5.6.2019 – Z3-3-3194-1-06-02/19

» § 122 Abs. 1 GWB enthält eine **Pflicht zur Eignungsprüfung**.

» Die Vorschrift ist so zu verstehen, dass öffentliche Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden dürfen.

» Ohne dass der Auftraggeber die Eignung der Bieter positiv festgestellt hat, darf er den Zuschlag nicht erteilen.

I. Eignung – *Wann* wird geprüft?

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Wertungsstufen offenes Verfahren / öffentliche Ausschreibung –

» 1. Stufe: Ermittlung der auszuschließenden / ausschließbaren Angebote

» **2. Stufe: Eignungsprüfung**

» 3. Stufe: Rechnerische / technische / wirtschaftliche Prüfung der verbliebenen Angebote

» 4. Stufe: Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot

» **Ausnahmen**: § 42 Abs. 3 VgV und § 16b Abs. 2 VOB/A-EU im offenen Verfahren oberhalb der SW bzw. § 31 Abs. 4 UVgO bei öffentlicher Ausschreibung unterhalb der SW

» **Achtung**: VOB/A 1. Abschnitt enthält keine solche Flexibilität!

I. Eignung – *Was* wird geprüft?

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- **Unternehmensbezogene** Prüfung, ob der Bieter nach den Eignungskriterien generell zur Auftragsausführung in der Lage sein wird
- Keine Ermittlung qualitativer Unterschiede zwischen den Bietern
- Eignungsprüfung endet mit der Feststellung der Eignung oder Nichteignung des Bieters („**Eignung ja oder nein**“)
- **Kein Eignungsranking** (anders nur im Teilnahmewettbewerb)

I. Eignung – *Was* wird geprüft?

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

» **Prüfungsreihenfolge**

(1) **Zwingende Ausschlussgründe** (z. B. Korruption, Geldwäsche, Betrug, Nicht-Bezahlen von Steuern oder Sozialbeiträgen), § 123 GWB

(2) **Fakultative Ausschlussgründe** (z. B. Verstoß gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen, Insolvenz, erhebliche Schlechtleistung in früheren Aufträgen mit vertraglichen Folgen), § 124 GWB

(3) **Fachkunde und Leistungsfähigkeit** nach Maßgabe ausschließlich folgender Kriterien

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, § 44 VgV
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, § 45 VgV
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit, § 46 VgV

II. Bekanntmachungs*pflicht*

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Art. 58 Abs. 5 RiLi 2014/24/EU: Die Auftraggeber geben die zu erfüllenden **Eignungskriterien** zusammen mit den geeigneten **Nachweisen** in der Auftragsbekanntmachung (…) an.

- § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB: Die **Eignungskriterien** sind **in der Auftragsbekanntmachung** aufzuführen.

- § 48 Abs. 1 VgV: In der Auftragsbekanntmachung ist neben den Eignungskriterien anzugeben, **mit welchen Unterlagen** (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung (…) zu **belegen** haben.

- Pflicht zur Bekanntmachung der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise **auch unterhalb der SW**: § 28 Abs. 2 Nr. 13 und § 35 Abs. 1 UVgO sowie § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. w VOB/A

- **Sinn und Zweck**: Jedes Unternehmen soll anhand der Auftragsbekanntmachung **auf einen Blick** entscheiden können, ob es sich an der Ausschreibung beteiligen kann und will (OLG München v. 25.2.2019 – Verg 11/18). Unternehmen soll es nicht zugemutet werden, umfangreiche Vergabeunterlagen durchzuarbeiten, um festzustellen, ob die Ausschreibung dem eigenen Eignungsprofil entspricht.

Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

III.1) Teilnahmebedingungen

III.1.1) Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:

III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

☐ Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Möglicherweise geforderte Mindeststandards: [2]

III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

☐ Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Möglicherweise geforderte Mindeststandards: [2]

III.1.5) Angaben zu vorbehaltenen Aufträgen [2]

☐ Der Auftrag ist geschützten Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmern vorbehalten, deren Ziel die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist

☐ Die Auftragsausführung ist auf Programme für geschützte Beschäftigungsverhältnisse beschränkt

II. Bekanntmachungs*pflicht*

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

OLG München vom 25.2.2019 – Verg 11/18

» Es fehlt an einer wirksamen Bekanntmachung der geforderten Eignungskriterien, wenn in der Auftragsbekanntmachung lediglich pauschal auf die Auftragsunterlagen verwiesen wird.

» So auch OLG Dresden vom 15.2.2019 – Verg 5/18 und OLG Düsseldorf vom 11.7.2018 – Verg 24/18.

» **Achtung: Bitte kreuzen Sie auf keinen Fall das Kästchen „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ an!**

» Auch ein **Link** in der Bekanntmachung, der nur auf eine Plattform der Vergabestelle mit mehreren laufenden Vergabeverfahren führt, ist unzureichend (so auch VK Südbayern vom 20.4.2018 – Z 3-3-3194-1-59-12/17).

II. Bekanntmachungs*pflicht*

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

OLG Düsseldorf vom 11.7.2018 – Verg 24/18

» Auch ein **Link** in der Bekanntmachung, mit dem auf die Vergabeunterlagen insgesamt verwiesen wird, ist unzureichend.

» Gleichermaßen unzureichend ist ein Link, der zwar zu den aufgestellten Eignungsanforderungen und Nachweisen führt, der sich aber an einer Stelle der Auftragsbekanntmachung befindet, an der er von den Unternehmen übersehen werden kann.

» Ausreichend ist aber ein **konkreter und direkter Link an der richtigen Stelle** der Auftragsbekanntmachung auf ein Dokument, aus dem sich ohne weitere Sichtung die Anforderungen an die Eignung und deren Nachweis erschließen.

II. Bekanntmachungs*pflicht*

OLG Dresden vom 15.2.2019 – Verg 5/18

» Eine **konkrete Verlinkung** auf ein elektronisch ohne Weiteres zugängliches Dokument ist ausreichend, wenn an dem Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes – **auch mehrfaches (?)** – Anklicken zu dem verlinkten Formblatt gelangen können und auf einen Blick erkennbar ist, welche Anforderungen an sie gestellt werden.

» Auch eine zuvor notwendige Anmeldung des Interessenten auf einer Internetplattform mittels Benutzernamen und Passwort bildet kein vergaberechtlich relevantes Hindernis.

II. Bekanntmachungs*pflicht*

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Praxistipp:

» Gehen Sie mit Verlinkungen sparsam und mit Bedacht um. Nur direkte Verlinkungen an der korrekten Stelle auf ein konkretes Dokument ohne mehrfaches Anklicken sind derzeit unkritisch (siehe auch VK Südbayern, Beschluss vom 27.02.2019 - Z3-3-3194-1-44-11/18).

» Im Zweifel formulieren Sie die Eignungskriterien und Nachweise in der Auftragsbekanntmachung aus und verweisen (Textbeschränkung!) auf die Vergabeunterlagen; eine solche Konkretisierung in den Vergabeunterlagen ist unkritisch.

» Ab **4. Quartal 2019**: Erweiterung der Feldlängen von derzeit 4.000 auf 10.000 Zeichen bei den Eignungsanforderungen

III. Ausgewählte Fälle
Ausschluss von Unternehmen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

VK Südbayern vom 8.8.2018 – Z3-3-3194-1-21-06/18 (bestätigt durch OLG München vom 19.09.2018 - Verg 6/18)

Der öAG schreibt die Neuvergabe eines Auftrags über Leistungen zur **Instandhaltung und Störungsbehebung bei Aufzugsanlagen** als Rahmenvereinbarung im offenen Verfahren aus. Der bislang bestehende Vertrag mit dem bisherigen Auftragnehmer (AN) war zuvor wegen erheblicher Unstimmigkeiten gekündigt worden.

Zur Neuvergabe versandte der öAG am 16.05.2018 die EU-weite Auftragsbekanntmachung, die am 17.05.2018 um 15.25 Uhr veröffentlicht wurde. Mit Schreiben vom 17.05.2018 - per E-Mail und Telefax versandt um 15.39 Uhr - schloss der AG den bisherigen AN aufgrund fortlaufender mangelhafter Leistungen gem. **§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB** von der Teilnahme am Vergabeverfahren aus.

Der AN rügte den Ausschluss mit Schreiben vom 12.06.2018 und beantragt Nachprüfung.

Zu Recht?

III. Ausgewählte Fälle
Ausschluss von Unternehmen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

§ 124 Abs. 1 GWB

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.

§ 31 Abs. 2 Satz 5 UVgO

§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB findet mit der Maßgabe **entsprechende Anwendung**, dass die mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss.

III. Ausgewählte Fälle
Ausschluss von Unternehmen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

» Die Ausschlussgründe des § 124 Abs. 1 GWB können nach dem klaren Wortlaut der Norm („zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens“) nur **innerhalb eines bereits begonnenen Vergabeverfahrens** greifen.

» Anders als unter der vor dem 18.04.2016 geltenden Rechtslage können nach § 124 Abs. 1 GWB nicht nur Angebote, sondern Unternehmen ausgeschlossen werden.

» Ein Ausschluss eines Unternehmens nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist daher zu einem Zeitpunkt nach Einleitung eines Vergabeverfahrens möglich, an dem es - wie hier - noch kein Angebot abgegeben hat.

» Bei europaweiten Vergaben im offenen Verfahren beginnt das Verfahren mit der Absendung der Auftragsbekanntmachung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

III. Ausgewählte Fälle
Ausschluss von Unternehmen

VK Südbayern vom 21.12.2018 - Z3-3-3194-1-32-09/18

Der öAG schrieb Aufsichts- und Bewachungsdienste für zwei Münchener Museen aus.

Bieter A ist Bestandsdienstleister des öAG mit jährlich ca. 250.000 Arbeitsstunden. Er wird ausgeschlossen, nachdem im Mai und Juni 2018 eine **Ersatzvornahme durch den öAG** erfolgte, bei der dieser für 300 Arbeitsstunden externes Personal hinzuziehen musste, da die Antragstellerin das notwendige Personal für alle Ausstellungsräume nicht stellen konnte.

A rügt den Ausschluss und zieht vor die Vergabekammer.

Wie würden Sie entscheiden?

III. Ausgewählte Fälle
Ausschluss von Unternehmen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

» Eine mangelhafte Leistungserfüllung, deren Ursache zwischen Auftraggeber und Bieter streitig ist und die eine **Ersatzvornahme** von ca. 300 Arbeitsstunden notwendig gemacht hat, stellt bei einem mehrjährigen Vertrag mit einem jährlichen Auftragsvolumen von ca. 250.000 Arbeitsstunden bereits keine **erhebliche Pflichtverletzung** i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB dar.

III. Ausgewählte Fälle
Doppelbewertung von Referenzen

VK Südbayern vom 02.04.2019 – Z3-3-3194-1-43-11/18

Der öAG schreibt die Vergabe von Dienstleistungen zur **Sanierung des Springerbeckens im Freibad Donauwörth** - Objektplanung Ingenieurbauwerke gem. §§ 41 ff. HOAI EU-weit im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (TW) aus. Für die Auswahl der Bewerber im TW waren **drei Referenzprojekte** aus den letzten drei Geschäftsjahren, aus der die Erfahrung des Bewerbers bei Projekten mit vergleichbaren Anforderungen hervorgeht, vorzulegen.

Bieter A wird zusammen mit Bieter B ausgewählt und zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Neben dem Preis werden u.a. die persönliche Vorstellung des Projektleiters und des stellv. Projektleiters mit Darlegung des persönlichen Erfahrungshintergrundes und von Referenzprojekten für den Zuschlag bewertet.

B soll den Zuschlag erhalten. A rügt u.a., dass der öAG hier die gleichen Referenzen sowohl im TW als auch bei der Entscheidung über den Zuschlag doppelt bewertet.

Zu Recht?

III. Ausgewählte Fälle
Doppelbewertung von Referenzen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

§ 46 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 6 VgV

Als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters kann der öffentliche Auftraggeber (…) ausschließlich die Vorlage von einer oder mehreren der folgenden Unterlagen verlangen:

1. geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen (…);

6. Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für die Inhaberin, den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens, **sofern diese Nachweise nicht als Zuschlagskriterium bewertet werden**.

III. Ausgewählte Fälle
Doppelbewertung von Referenzen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

§ 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können **auch qualitative**, umweltbezogene oder soziale **Zuschlagskriterien** berücksichtigt werden, insbesondere :

2. die **Organisation, Qualifikation und Erfahrung** des mit der Ausführung des Auftrags betrauten **Personals**, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

III. Ausgewählte Fälle
Doppelbewertung von Referenzen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Ein gesetzliches Verbot einer Doppelbewertung steht nur in § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV bzgl. Studien- und Ausbildungsnachweisen und Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung.

- Weder in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, der korrespondierenden Regelung zu den Referenzen, noch an anderer Stelle im Gesetz findet sich eine entsprechende Regelung.

- Ein Verbot könnte kleine und mittlere Unternehmen mit einer überschaubaren Anzahl passender Referenzen benachteiligen. Der öAG müsste die Unternehmen dann dazu auffordern, im Rahmen der Eignungsprüfung jeweils andere Referenzen anzugeben, als die persönlichen Referenzen, die er im Rahmen der Beurteilung der Erfahrung von Mitarbeitern dieser Unternehmen nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV bei der Zuschlagswertung berücksichtigen möchte.

- Müssten gerade kleinere, inhabergeführte Planungsbüros jeweils andere Referenzen für die Eignungsprüfung und die Wertung der Erfahrung ihres Personals vorlegen, könnte dies dazu führen, dass gerade ihre geeignetsten Referenzen entweder bei der Eignungsprüfung oder bei der Zuschlagswertung nicht berücksichtigt werden können.

- Dies stellt für diese Unternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil dar.

III. Ausgewählte Fälle

Teilnahmewettbewerb – Bieterfragen

VK Südbayern vom 20.5.2019 – Z3-3-3194-1-05-02/19

Der öAG schreibt die Vergabe von Projektmanagementleistungen für die Verlängerung der **U-Bahnlinie 6** nach Martinsried im Verhandlungsverfahren mit TW EU-weit aus. Er behielt sich in der Auftragsbekanntmachung vor, den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote zu vergeben, ohne Verhandlungen durchzuführen (§ 17 Abs. 11 VgV). Teilnahmefrist: 14.2.2019.

Bewerber A stellt am 5.2.2019 78 Fragen zum Vertrag (Anordnungsrechte, Komplettheitsklauseln, Haftung, technische Abhängigkeiten, Kostenermittlung etc.). Der öAG antwortet am 7.2.2019 und verweist darauf, dass die Fragen zum Vertrag erst in den Verhandlungen nach Abschluss des TW eine Rolle spielen und dort verhandelt würden.

A rügt das und stellt Nachprüfungsantrag.

Wie würden Sie entscheiden?

III. Ausgewählte Fälle
Teilnahmewettbewerb – Bieterfragen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

§ 17 Abs. 11 VgV

Der öffentliche Auftraggeber kann den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung (...) diese Möglichkeit vorbehalten hat.

§ 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VgV

Die Angebotsfristen sind (…) zu verlängern,

1. wenn zusätzliche Informationen **trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen** nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden (…).

III. Ausgewählte Fälle

Teilnahmewettbewerb – Bieterfragen

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Die **Auskunftspflicht** des öAG dient der Einhaltung eines fairen, mit möglichst großer Beteiligung geführten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der beteiligten Unternehmen.
- Hinsichtlich aller von den Unternehmen angeforderten Informationen besteht eine **uneingeschränkte und umfassende** Auskunftspflicht.
- Sobald sich der öAG gem. § 17 Abs. 11 VgV vorbehalten hat, den Zuschlag ohne Verhandlungen auf das erste Angebot zu erteilen, muss er sich hinsichtlich der Beantwortung von im TW gestellten Fragen zum gem. § 29 Abs. 1 VgV zur Verfügung gestellten Vertrag so behandeln lassen, dass er nicht verhandelt.
- Damit sind in diesen Fällen **alle Fragen (auch zum Vertrag) vollständig** zu beantworten.
- Ein Verweis auf mögliche spätere Verhandlungen ist unzulässig.

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Haben Sie Fragen?

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ihr Uwe-Carsten Völlink

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Brienner Straße 9 / Amiraplatz
80333 München

Tel: +49 89 290 97 0
Fax: +49 89 290 97 200

uwe-carsten.völlink@heussen-law.de