

BRANDI

RECHTSANWÄLTE

HERZLICH WILLKOMMEN ZUM

14. Vergaberechtstag



DIE EIGNUNGSPRÜFUNG – WIE GELINGT DIE PROGNOSE?

- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

1. KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN

Eignung (§ 122 GWB, § 42 ff. VgV)

Eignungskriterien
können folgende 3
Elemente
betreffen:

Befähigung
[Eignung, Erlaubnis]
zur Berufsausübung,
Nichtvorliegen von
Ausschlussgründen

Wirtschaftliche und
finanzielle
Leistungsfähigkeit

Technische und
berufliche
Leistungsfähigkeit

Wichtig:

Anforderungen
müssen sich auf
Auftragsgegenstand
beziehen

Zweckmäßig bzw.
angemessen
(verhältnismäßig)
sein

1. KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2020 – VII-Verg 36/19

- Die **Eignungskriterien** gemäß § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr.1 – 3 GWB sind **abschließend**. Für weitere **Eignungskriterien** ist **kein Raum**.
- Erfüllt ein Bieter Kriterien nicht, die ein öAG darüber hinaus gefordert hat, kann das Angebot nicht ausgeschlossen werden. Das gilt auch für eine Eignungsbedingung „**rechtliche Leistungsfähigkeit**“.
- Etwaige **öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Tätigkeitsfelds** eines Bieters lassen dessen **Eignung nicht entfallen**.
Beispiel: Einschränkungen aus Satzung, Gesellschaftsvertrag
- Offene Frage: Keine Rechtsgrundlage für Angebotsausschluss, wenn ein Bieter die Leistungen absehbar deshalb nicht erbringen darf?

- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

2. PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG

OLG München, Beschl. v. 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 (vgl. § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1 VgV).
- Das schließt aber eine **Verlinkung** auf ein **elektronisch ohne Weiteres zugängliches Dokument**, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergeben, nicht aus.
- Die **Bekanntgabe der Eignungskriterien** muss gleichwohl **transparent** sein; letztere dürfen sich **nicht an versteckten oder missverständlich** bezeichneten Stellen befinden.

2. PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG

EU-Formular Bekanntmachung – Teilnahmebedingungen

Bedingungen

Teilnahmebedingungen

Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister



Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

☐ Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen

 Angabe der Eignungskriterien



Möglicherweise geforderte Mindeststandards



2. PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG

EU-Formular Bekanntmachung – Teilnahmebedingungen

Bedingungen

Teilnahmebedingungen

Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

☐ ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~

↑ Angabe der Eignungskriterien

Möglicherweise geforderte Mindeststandards

- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

3. VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN

OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.03.2021 – 11 Verg 18/20

- Nach §§ 97 Abs. 1 Satz 2, 122 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen **Eignungskriterien**
 - mit **dem Auftragsgegenstand in Verbindung** und
 - zu diesem in einem **angemessenen Verhältnis** stehen.
- Im Rahmen der **Angemessenheit der Eignungsanforderungen** sind u. a. die **Komplexität des Auftrags** sowie die Bedeutung der **ordnungsgemäßen Auftragserfüllung** für den Auftraggeber in den Blick zu nehmen.
- In die **Angemessenheitsprüfung** einzubeziehen sind indes auch die **Auswirkungen** der Eignungsanforderungen **auf den Wettbewerb**.
 - Je **einschneidender** der **Wettbewerb beschränkt** wird, desto **höhere Anforderungen** sind an das Vorliegen **gewichtiger Gründe** zu stellen.

3. VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN

OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.03.2021 – 11 Verg 18/20.

Die **Vergabestelle** muss
hohe
Eignungsanforderungen
mit gewichtigen
Gründen **rechtfertigen**,

wenn diese sich
besonders stark auf den
Wettbewerb auswirken,
weil es nur einen kleinen
Bieterkreis gibt,

und in dem
Vergabeverfahren nach
dem
Teilnahmewettbewerb
noch ein
Leistungswettbewerb
folgt.

3. VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN

VK Westfalen, Beschl. v. 28.07.2021 – VK 1 21/21

Auch **besonders hohe Anforderungen** an die **technische und berufliche Leistungsfähigkeit** bzw. die berufliche Erfahrung können deshalb **unangemessen** sein,

wenn sie **wettbewerbsbeschränkende Wirkung** entfalten, weil nur ein oder wenige Unternehmen diese Anforderungen erfüllen,

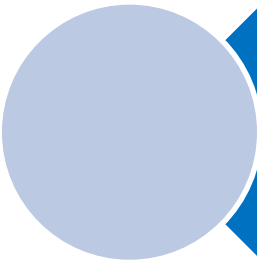
und derartige Anforderungen **nicht durch gewichtige Gründe gerechtfertigt** sind.

Beispiel: Zertifizierung für Arbeitssicherheit, Umweltmanagement, Entsorgungsbetrieb

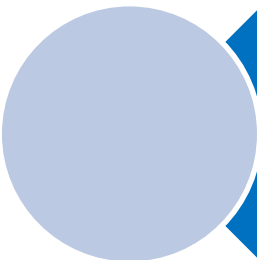
- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

4. EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“

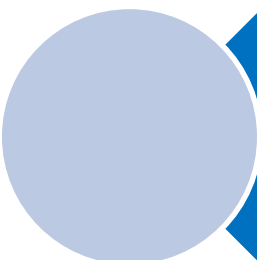
OLG Dresden, Beschl. v. 05.02.2021 – Verg 4/20



Die Abfrage des **Umsatzes der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre** gehört zum festen Kanon der Eignungsnachweise.



Gemäß des OLG Dresden fordert der öAG **nicht allein dadurch eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit** der Bieter, dass er mit Formblatt den **Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren** abfragt.



Möchte der öAG die **Umsatzhöhe als Eignungskriterium** berücksichtigen, muss er einen **Mindestumsatz** fordern.

- Nur dann kann die Anforderung als Eignungskriterium der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bieter zugeordnet werden.

- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

5. EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“

OLG Frankfurt, Beschl. v. 01.10.2020 – 11 Verg 9/20

- Die Vergabestelle ist bei „**Newcomern**“ berechtigt – **anstelle** der im **Übrigen** verlangten **Referenzen** – sich durch **Prüfung einzelner Aufträge** und ggf. **stichprobenhafte Referenzabfragen** von der **Eignung des Bieters** zu überzeugen.
→ kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zulasten der übrigen Bieter
- „Newcomer“ können demnach weitergehende **Angaben zur Eignung und Fachkunde** machen und entsprechende geeignete Unterlagen vorlegen; hilfsweise kann sich die Fachkunde und Leistungsfähigkeit **aus anderen unternehmensbezogenen Angaben** ergeben.

- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

6. SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.2021 – Verg 9/21

- Im **Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb** prüft der öAG die **Eignung der Unternehmen**, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt (§ 42 Abs. 2 Satz 1 und § 52 Abs. 1 i.V.m. 51 VgV).
- Mit einem **positiven Ergebnis der Eignungsprüfung** wird gemäß OLG Düsseldorf ein **Vertrauenstatbestand** für die zum Verhandlungsverfahren **zugelassenen Unternehmen** begründet.
- Sie müssen demnach **nicht damit rechnen**, dass der durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand nachträglich nutzlos wird, weil der öAG ihre Eignung später erneut und dann negativ beurteilt, obwohl sich die Tatsachengrundlage nicht geändert hat.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.2021 – Verg 9/21

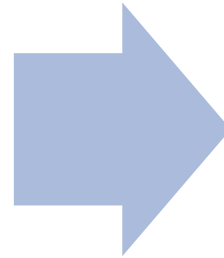
- **Kritik:**

- Letztlich kann dadurch die Situation entstehen, dass ein **objektiv nicht geeigneter Bieter** den Zuschlag erhält. ↔ § 122 Abs. 1 Satz 1 GWB: Aufträge werden nur an geeignete Bieter vergeben.
- Der **Beschaffungserfolg** des öffentlichen Auftrags kann dann **gefährdet** sein.
- Es kann eine bessere Lösung sein, dem Bieter einen **Anspruch auf Ersatz** der **Angebotserstellungskosten** zuzubilligen.

6. SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG

VK Bund, Beschl. v. 18.09.2017 – VK 2-86/17

ASt war **nach Teilnahmewettbewerb zur Angebotsabgabe für sicherheitsrelevante Arbeiten** im Rahmen des Winterdienstes aufgefordert worden.



Erst nach Angebotsabgabe schließt öAG den Bieter mangels Eignung aus.
Begründung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB): ASt habe identische Aufträge für (denselben!) öAG in der Vergangenheit fortgesetzt und erheblich **mangelhaft erfüllt**, mit zivilrechtlichen Konsequenzen (z. B. Minderung der Entgeltzahlung).

6. SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG

VK Bund, Beschl. v. 18.09.2017 – VK 2-86/17

▪ Entscheidung der VK:

- öAG wusste schon **zu Beginn des Vergabeverfahrens** von der **Schlechtleistung**, die ja bei Aufträgen des öAG selbst, nicht etwa von anderen Auftraggebern vorlag.
- Die **Aufforderung der ASt zur Angebotsabgabe** war somit **vergabefehlerhaft**, denn die Schlechtleistung im Sinne des Ausschlussgrundes in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB lag auch nach Auffassung der VK vor. ASt hätte nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen!
- Musste der öAG das Angebot der ASt folglich aufgrund des **schützenswerten Vertrauens trotz fehlerhafter Eignungsfeststellung** zulassen?

6. SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG

VK Bund, Beschl. v. 18.09.2017 – VK 2-86/17

▪ Entscheidung der VK:

- **VK: Nein!** Der Fehler darf nicht dazu führen, dass ein ungeeignetes Unternehmen den Auftrag erhält – dies wäre ein Verstoß gegen § 122 GWB, wonach nur geeignete Unternehmen den Auftrag erhalten dürfen!
- Gerade im vorliegenden Auftrag für Winterdienstarbeiten geht es auch um die **öffentliche Sicherheit**, nicht nur um „persönliche“ Belange des öAG.
- Daher: **Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB** bleibt auch **nach der fehlerhaften Aufforderung zur Angebotsabgabe** noch zulässig.
- Allerdings hat der öAG sich **schadenersatzpflichtig** gemacht in Bezug auf das „**negative Interesse**“, d. h. in Bezug auf die **Angebotserstellungskosten**.

- 1 KATALOG DER EIGNUNGSKRITERIEN
- 2 PFLICHTANGABEN IN DER BEKANNTMACHUNG
- 3 VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER EIGNUNGSANFORDERUNGEN
- 4 EIGNUNGSANFORDERUNG „UMSATZ“
- 5 EIGNUNGSANFORDERUNGEN FÜR „NEWCOMER“
- 6 SCHÜTZENSWERTES VERTRAUEN TROTZ FEHLERHAFTER EIGNUNGSFESTSTELLUNG
- 7 AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

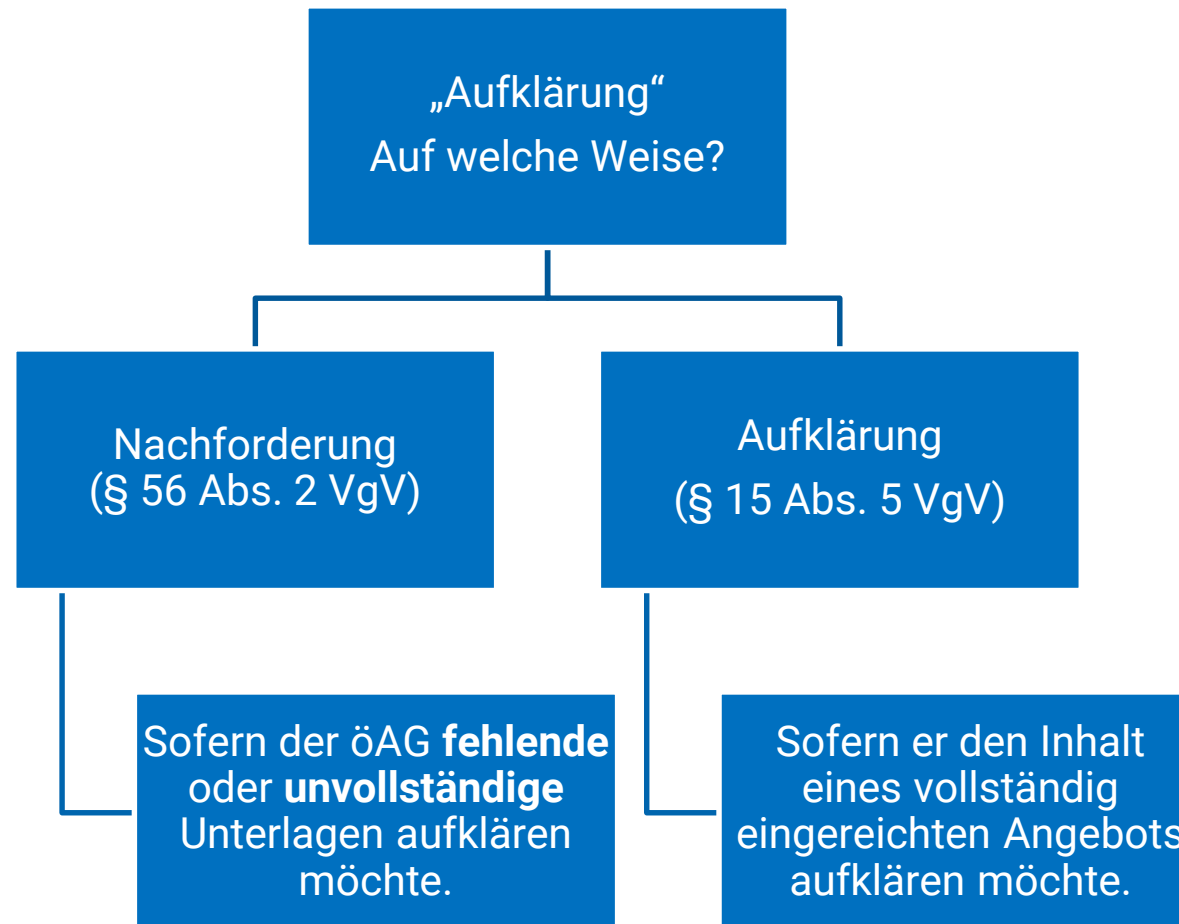
7. AUFLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

OLG München, Beschl. v. 30.11.2020 – Verg 6/20

- Wird in den Vergabeunterlagen nicht mit der **gebotenen Deutlichkeit** zum Ausdruck gebracht, dass eine bestimmte **Erklärung** (im Sachverhalt: Bestätigung über eine bestehende Betriebshaftpflichtversicherung) vom Bieter schon **bis zum Ablauf der Angebotsfrist** beizubringen ist,
 - darf der öAG ein Angebot, in dem diese **Erklärung fehlt, nicht ohne Weiteres ausschließen**,
 - sondern muss die **Erklärung entweder nachfordern** oder das **Angebot aufklären**.

7. AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

OLG München, Beschl. v. 30.11.2020 – Verg 6/20



Beachte: Die **Nachforderung** stellt mit ihren **strenger**en **Anforderungen** die **speziellere** **Vorschrift** gegenüber der Vorschrift über die Aufklärung dar und ist daher im Zweifel anzuwenden, wenn es um die Aufklärung zwar **fehlerhaft, aber tatsächlich eingereichter Unterlagen** geht.

7. AUFKLÄRUNG ODER NACHFORDERUNG?

OLG München, Beschl. v. 30.11.2020 – Verg 6/20

Aufklärung (§ 15 Abs. 5 VgV)

```
graph TD; A[Aufklärung § 15 Abs. 5 VgV] --> B[Dem betroffenen Unternehmen muss die Möglichkeit gegeben werden, ggf. bestehende Widersprüchlichkeiten bzw. Unklarheiten nachvollziehbar auszuräumen und so den Inhalt seines Angebots aufzuklären.]; A --> C[Nachträgliches Vervollständigen oder Korrigieren ist jedoch unzulässig; ein Angebot darf nicht in Folge einer Nachverhandlung aufgewertet werden.];
```

Dem betroffenen Unternehmen muss die Möglichkeit gegeben werden, ggf. bestehende **Widersprüchlichkeiten** bzw. **Unklarheiten** nachvollziehbar auszuräumen und so den Inhalt seines Angebots aufzuklären.

Nachträgliches Vervollständigen oder Korrigieren ist jedoch **unzulässig**; ein Angebot darf **nicht** in Folge einer **Nachverhandlung** **aufgewertet** werden.

HABEN SIE NOCH FRAGEN?



Dr. Christoph Jahn

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

T +49 5251 7735 - 0

F +49 5251 7735 - 99

E christoph.jahn@brandi.net



VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT