

## Fachleute antworten Fachleuten



## BB-Lehrgeld-Sparstrumpf

Bitte informieren Sie uns unter dem Kennwort BB-Lehrgeldsparstrumpf über technische Probleme, die Sie mit unserer Hilfe lösen wollen.

### Neues Vergaberecht 2016

## Reform der Eignungs- nachweise

**Das neue Vergaberecht wirft seine Schatten voraus. Zu den bis zum 16.04.2016 in deutsches Recht umzusetzenden europäischen Vergaberichtlinien hat die Bundesregierung mittlerweile einen Gesetzesentwurf für die in europaweiten Vergabeverfahren geltenden Regelungen des GWB vorgelegt.**

Insbesondere was die vergaberechtlich oftmals problematische Frage der Eignung betrifft, finden sich in den europäischen Richtlinien Regelungen, die gravierende Auswirkungen auf die Vergabepaxis haben werden.

### Aktuelle Probleme im Zusammenhang mit dem Eignungsnachweis und der Eignungsprüfung

Die Erfahrung hat gezeigt, dass der Nachweis der Eignung von den Bieterinnen umfangreiche Angabepflichten in Form von Eigenerklärungen und Nachweisen durch dritte Stellen verlangt hat. Insbesondere der Beschaffungsaufwand für Nachweise dritter Stellen (z.B. Auftraggeberbescheinigungen) stand in keinem Verhältnis mehr zu den Chancen eines

Zuschlages. Dementsprechend hoch war die Fehlerquote der Bieter in Vergabeverfahren; ebenso wie die Fehler bei der Prüfung der Eignung durch die Auftraggeber.

Aus diesem Grund hatte der deutsche Gesetzgeber nach dem aktuell noch geltenden Vergaberecht den Nachweis der Eignung durch die Präqualifikation von Bauunternehmen geschaffen.

Danach sind bei öffentlichen Bauaufträgen solche Unternehmen als geeignet anzusehen, die in die Liste eingetragen sind. Nicht präqualifizierte Bieter mussten ihre Eignung durch eine Eigenerklärung (selbst ausgefülltes Formblatt) nachweisen, wie z.B. durch das Formblatt 124 des Vergabehandbuchs des Bundes. Von den nicht präqualifizierten Bieterinnen, die eine realistische Chance auf den Zuschlag hatten, waren sodann die in dem Formblatt 124 genannten Bescheinigungen/Nachweise Dritter vorzulegen.

Die vergaberechtliche Praxis hat die Anforderungen an den Nachweis der Eignung nicht nur auf den Bieter, sondern auch für von dem Bieter vorgesehene Nachunternehmer selbst erstreckt. Nach vereinzelter Rechtsprechung sollte eine entsprechende Pflicht des Auftraggebers zur Prüfung der Eignung auch für Nachunternehmer der Nachunternehmer gelten.

Dies führte trotz der Einrichtung der vereinfachenden Präqualifikation von Bauunternehmen dazu, dass bei einem vorgesehenen Nachunternehmereinsatz oftmals Nachweisprobleme bezüglich der Eignung entstanden, weil nicht alle vorgesehenen Nachunternehmer präqualifiziert waren und die Bieter nicht rechtzeitig alle geforderten Eignungsnachweise von den Nachunternehmern zur Vorlage beim Auftraggeber erhielten. Ebenso häufig entbrannte Streit, weil Bieter von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden, wenn ihre Nachunternehmer als nicht geeignet angesehen wurden.

### Europäisches Präqualifikationssystem

Um die Nachweispflichten für Bieter zu vereinfachen, führt Art. 59 Abs. 1 der Europäischen Richtlinie die sog. »Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)« ein. Die EEE entspricht dabei (mit Abwandlungen) dem Formblatt 124 des Vergabehandbuchs des Bundes, mit dem bislang nicht präqualifizierte Bieter eine Eigenerklärung zu ihrer Eignung abgeben konnten.

Dieses Formblatt zur EEE ist für alle Auftraggeber in Deutschland zwingend zu verwenden. Die oftmals bekannten Probleme, dass unterschiedliche öffentliche Auftraggeber verschiedene Formblätter zum Nachweis der Eigenerklärung verwendeten, ist damit hinfällig.

Noch umstritten ist, ob die europäischen Richtlinien es verlangen, dass auch in Deutschland bereits präqualifizierte Bieter dennoch das Formblatt

EEG zur Eigenerklärung ausfüllen müssen oder aber ein Verweis auf die bestehende Präqualifikation ausreicht.

Eine weitere Vereinfachung resultiert daraus, dass nach der europäischen Richtlinie nur noch von dem einen Bieter, der nach vollständiger Prüfung der Angebote den Zuschlag erhalten soll, die betreffenden Nachweise und Bescheinigungen Dritter vorzulegen sind.

Des Weiteren sehen die europäischen Richtlinien bezüglich der Vorlage der Bescheinigungen/Nachweise Dritter zwei deutliche Vereinfachungen vor. So kann – was bislang nach deutschem Recht nicht möglich war – der Bieter gemäß Art. 59 Abs. 5 der Richtlinie die angeforderte Übersendung von Nachweisen/Bescheinigungen Dritter verweigern, wenn der jeweilige öffentliche Auftraggeber bereits im Besitz der angeforderten Unterlagen, beispielsweise durch vorherige Vergabeverfahren, ist.

Eine weitere Erleichterung ist die Bieterinnen nach Art. 59 Abs. 5 der Richtlinie zustehende Einrede der anderweitigen Verfügbarkeit der angeforderten Nachweise. Diese Einrede bedeutet, dass Bieter anstelle einer Vorlage den Auftraggeber zunächst verpflichten können, selbstständig in öffentlich zugänglichen Datenbanken die entsprechenden Nachweise zu recherchieren.

### Eignungsprüfung der Nachunternehmer

Eine noch größere Erleichterung für die Bieter und die Auftraggeber stellt die Beschränkung der Eignungsprüfung auf den Bieter selbst dar. Nach Art. 71 Abs. 5 der Vergabekoordinierungsrichtlinie sind im Fall von Bauaufträgen von dem erfolgreichen Bieter, d.h. dem Auftragnehmer erst nach Vergabe des Auftrages die jeweiligen Unterauftragnehmer zu benennen und für diese Unterauftragnehmer die Eignungsnachweise vorzulegen. Nach Abs. 6 sind im Falle ungeeigneter Unterauftragnehmer diese zu ersetzen.

Danach dürfen öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens keine Prüfung der Eignung von Unterauftragnehmern mehr vornehmen und dementsprechend auch keine Eignungsnachweise von den Bieterinnen auch für die vorgesehenen Unterauftragnehmer fordern. Die Eignungsprüfung der Unterauftragnehmer und dementsprechend die Vorlagepflicht der Bieter wird ausschließlich auf die Vertragsebene nach Zuschlagserteilung gehoben.

Dies bedeutet im Ergebnis eine deutliche Reduzierung des Nachweisaufwandes für Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens. Diese müssen sich nur noch um ihre eigene Eignung »kümmern«. Auch für öffentliche Auftraggeber reduziert sich dadurch der Prüfungsaufwand in erheblichem Maße.

SMNG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Prof. Chr. Niemöller  
Rechtsanwalt  
www.smng.de