



August 2009

Die Anforderungen an die Eignung nach der aktuellen Rechtsprechung

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungs-, Bau- und Architektenrecht Dr. Jan van Dyk

Häufig rückt die Prüfung der Eignung der teilnehmenden Bieter in den Fokus der vergaberechtlichen Prüfung und Auseinandersetzung. Nach der termingemäßen und vollständigen Abgabe des Angebots ist die Eignungsprüfung der nächste Verfahrensschritt.

I. Einleitung

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hatte zuletzt mit der Entscheidung „Lianakis“ (EuGH, Urteil v. 24.08.2008, - Rs. C-532/06 -) die Eignungsprüfung wieder in den Blickpunkt der Vergaberechtspraxis gestellt, indem er die Grundsätze zur strikten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien weiter konkretisierte. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt wurden als Zuschlagskriterien bei der Vergabe eines Auftrags zur Erstellung einer Studie über Katasteraufnahmen, Stadtplanung und Umsetzungsmaßnahmen u.a. die nachgewiesene Erfahrung des Sachverständigen auf dem Gebiet entsprechender Studien sowie das Personal und die Ausstattung des Büros genannt. Nach Auffassung des EuGH handelte es sich dabei um Eignungskriterien, die nicht die Eigenschaft von Zuschlagskriterien haben können. Demnach sind Kriterien, die im Wesentlichen mit der fachlichen Eignung der Bieter im Zusammenhang stehen, grundsätzlich als Zuschlagskriterien ausgeschlossen. Kurz zuvor hatte auch der Bundesgerichtshof die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ein weiteres Mal betont (BGH, Urteil v. 15.04.2008, - X ZR 129/06 -). Er bestätigte mit dem Urteil seine bisherige Rechtsprechung, dass es keine „bessere Eignung“ eines Bieters gebe. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die Vergabestelle u.a. den schlüsselfertigen Neubau einer Zweifeld-Sporthalle zu einem geschätzten Gesamtauftragsvolumen von ca. 3,5 Millionen € nach VOB/A ausgeschrieben. Es wurden jedoch keine Wertungskriterien bekannt gemacht. Den Zuschlag erteilte sie jedoch nicht dem preislich günstigsten Angebot, sondern dem zweitplazierten Angebot. Die Vergabestelle begründete ihre Entscheidung damit, dass es ihr

maßgeblich auf die Erfahrungen des Auftragnehmers im Bau von Sporthallen angekommen sei. Die Auftragnehmerin habe Referenzen vorlegen können und eine bessere Gewähr für die den Vorstellungen der Vergabestelle entsprechende technische sowie sonstige bestmögliche Ausführung des Bauvorhabens geboten. Dagegen wehrte sich die Zweitplazierte mit Erfolg. Der BGH entschied, dass dem Angebot eines bereits für geeignet befundenen Bieters nicht dasjenige eines Konkurrenten wegen dessen höher eingeschätzter Eignung vorgezogen werden dürfe. Darüber hinaus hat der BGH in dem genannten Urteil seine bisherigen Grundsätze zur Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ergänzt.

Die genannten Entscheidungen bieten Anlass, die Schwierigkeiten mit dem Umgang von Eignungskriterien in einem offenen Verfahren nach der VOB/A / VOL/A sowie anhand weiterer aktueller Rechtsprechung der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte darzustellen (II.). Ebenso wird auf die Änderungen bezüglich der Eignung durch die Novellierung des GWB eingegangen (III.).

II. Grundsätze der Eignung

Der Auftraggeber hat die Wertung der Angebote nach § 25 VOB/A / VOL/A grundsätzlich in vier aufeinanderfolgenden Stufen vorzunehmen. Dabei ist die Reihenfolge der Prüfungsschritte in § 25 VOB/A / VOL/A folgerichtig festgelegt und deshalb zwingend einzuhalten. Die Prüfung der Eignung der Bieter erfolgt dabei gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A / VOL/A auf der zweiten Wertungsebene, die mit der Feststellung der Eignung oder Nichteignung eines Bieters endet.

1. „Eignungstrias“

Der Bieter, der einen Auftrag von einem öffentlichen Auftraggeber erhalten will, muss zunächst die persönliche und sachliche Eignung aufweisen. Die Eignungsprüfung dient im System der VOB/A / VOL/A dazu,



diejenigen Unternehmen zu ermitteln, die zur Ausführung der konkret nachgefragten Leistung nach Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit generell in Betracht kommen. Gleichzeitig werden die unzureichend qualifizierten Bieter ausgesondert. Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur solche Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die notwendigen Sicherheiten bieten. Es handelt sich demnach um eine unternehmensbezogene und nicht angebotsorientierte Prüfung. Die Merkmale Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit werden auch als „Eignungstrias“ bezeichnet. Zu der mit der Novellierung des GWB in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB n. F. neu eingefügten „Gesetzestreue“ wird unter III. Stellung genommen.

Die einzelnen Kriterien werden wie folgt definiert:

a) Fachkunde

Fachkundig ist ein Bieter, der über die für die Vorbereitung und Ausführung der Leistungen notwendigen technischen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügt. Dieses erfolgt regelmäßig anhand objektiver Kriterien wie dem Gewerbezentralregisterauszug, Eintragungen in die Handwerksrolle etc. Bei anspruchsvollen Leistungen wird in der Regel zu fordern sein, dass der Bieter bereits nach Art und Umfang vergleichbare Leistungen ausgeführt hat. Die Vergabestelle kann zur Überprüfung der Fachkunde dann Nachweise anfordern, aus denen die Erfahrungen des Bieters mit Bauvorhaben, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind, erkannt werden können (Referenzen).

b) Leistungsfähigkeit

Leistungsfähig ist, wer als Unternehmer über die personellen, kaufmännischen, technischen und finanziellen Mittel verfügt, um den Auftrag fachlich einwandfrei und fristgerecht ausführen zu können und in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen. Es handelt sich dabei um eine subjektive Prognoseeinschätzung der Vergabestelle.

c) Zuverlässigkeit

Zuverlässig ist ein Bieter, der unter Einhaltung seiner sämtlichen gesetzlichen Verpflichtungen eine einwandfreie Ausführung nebst Gewährleistung der Bauleistung erwarten lässt. Neben der Gewähr für eine ordnungsgemäße Bauausführung gehört dazu auch, dass der Bieter seinen gesetzlichen Verpflichtungen zur Entrichtung von Steuern und sonstigen Abgaben etc. nachgekommen ist. Dabei wird auf das Verhalten des Bieters in der Gegenwart und in der Vergangenheit, z.B. aufgrund der Erfüllung früherer Verträge, abgestellt. Es werden dazu insbesondere Unbedenklichkeitsbescheinigungen

des Finanzamtes, der Steuerbehörde etc. verlangt. Die Zuverlässigkeit fehlt regelmäßig, wenn der Bieter illegale Arbeitskräfte beschäftigt. Auch bei der Zuverlässigkeit handelt es sich um eine Prognoseentscheidung.

2. Eignungskriterien gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A

§ 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A enthält einen Katalog von allgemein üblichen Unterlagen zum Nachweis der Eignung. Der Katalog ist nicht abschließend. Dies kommt insbesondere in § 8 Nr. 3 Abs. 1 g) VOB/A zum Ausdruck. Danach kann der öffentliche Auftraggeber auch andere, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde, geeignete Nachweise verlangen. Dazu gehören beispielsweise Nachweise über Fortbildungsmaßnahmen, besondere berufliche Qualifikationen oder Nachweise zu den Gesamtumsätzen eines Bieters.

3. Umfang und Zeitpunkt der Benennung von Eignungskriterien

Grundsätzlich obliegt es der Vergabestelle, welche Nachweise sie für die konkrete Auftragsvergabe verlangt. Dies gilt auch hinsichtlich der verlangten Qualität der Nachweise. Die Vergabestelle kann u.a. festlegen, ob sie offizielle Bescheinigungen im Original oder in Kopie verlangt oder Eigenerklärungen genügen lässt. Damit korrespondierend steht der Vergabestelle bei der Eignungsprüfung auch ein weiter Ermessensspielraum zu, der in Nachprüfungsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar ist. Dieses folgt aus der Qualifikation der Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung, mit der vorausschauend beurteilt werden soll, ob die bietenden Unternehmen die Gewähr für eine vertragsgemäße Ausführung der ausgeschriebenen Leistung bieten. Die Anforderungen an die Eignung müssen aber immer durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sein, d.h. die Eignungsnachweise müssen von der Vergabestelle so gewählt werden, dass sie hinsichtlich Art und Umfang der aktuell nachgefragten Leistung verhältnismäßig sind.

Die Vergabestelle muss ihre Anforderungen an die Eignungsnachweise jedoch ohnehin sorgfältig abwägen. Hohe Anforderungen an die Eignung führen regelmäßig zu einem kleinen, hochqualifizierten Bewerberkreis. Daraus folgt jedoch auch ein geringer Wettbewerb mit teuren Angeboten, da die Mehrzahl der interessierten Unternehmen ggf. nicht über die geforderten Erfahrungen verfügt und von vornherein als Bewerber ausscheiden. Geringe Anforderungen an die Eignung können dagegen zwar zu einem größeren Bewerberkreis und damit zu günstigeren Angeboten führen. Dieses birgt allerdings die ggf. größere Gefahr der nicht ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags.



a) Anforderungen nach der aktuellen Rechtsprechung

Die geforderten Eignungsnachweise sind von der Vergabestelle bereits zwingend in der Vergabebekanntmachung eindeutig, klar und bestimmt anzugeben. Für den Anwendungsbereich der VOL/A hat das OLG Naumburg, Beschluss v. 02.07.2009, - 1 Verg 2/2009 -, diese Anforderungen bestätigt. Danach soll der Interessent schon aus der Vergabebekanntmachung und damit „auf den ersten Blick“ das formelle Anforderungsprofil der Bewerbungsbedingungen erkennen können, um eine Entscheidung über die – oft sogar kostenträchtige – Anforderung der Vergabeunterlagen treffen zu können. In dem entschiedenen Fall wurden in der Bekanntmachung zu den geforderten Nachweisen und Unterlagen keine konkreten Angaben gemacht. Es war lediglich angegeben, dass sich die Bedingungen aus der Leistungsbeschreibung ergäben. Dieses reicht jedoch nicht aus, da potentielle Bieter dadurch zunächst gezwungen gewesen wären, die Verdingungsunterlagen anzufordern und zu prüfen. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die Verdingungsunterlagen unentgeltlich abgegeben werden.

Das OLG Frankfurt, Beschluss v. 15.07.2008, - 11 Verg 4/08 -, hat diese Rechtsprechung auch für den Anwendungsbereich der VOB/A bestätigt. Danach müssen die geforderten Eignungsnachweise in der Vergabebekanntmachung so substantiell angegeben werden, dass sie dem Bieter eine Vorstellung davon vermitteln, was die Vergabestelle an konkreten Nachweisen verlangt. Diesen Anforderungen werde die pauschale Bezugnahme auf die §§ 8, 8b VOB/B in der Vergabebekanntmachung nicht gerecht, da im Hinblick auf die daraus resultierende Vielzahl möglicher Qualifikationsnachweise für den Bewerber nicht ersichtlich sei, ob er die tatsächlich geforderten Nachweise erbringen kann.

Ebenso wenig kann sich die Vergabestelle nach der Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.03.2008, - VII Verg 56/07 („Basis-Software“) -, in der Vergabebekanntmachung offenhalten, welche Eignungsnachweise sie von den Bietern verlangen will. Danach enthalte die in dem entschiedenen Fall verwendete Formulierung „möglicherweise geforderte Mindeststandards“ in der Vergabebekanntmachung keine klare Mindestanforderung.

Ebenfalls für den Anwendungsbereich der VOL/A hat die Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss v. 21.01.2009, - VK-43/2008-L -, festgestellt, dass Eignungskriterien, die nicht bereits in der Vergabebekanntmachung aufgeführt sind, als nicht gefordert gelten. Die Angaben in der Vergabebekanntmachung wirken insoweit abschließend, so dass der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen weder zusätzliche noch andere Belege für den Eignungsnach-

weis als in der Vergabebekanntmachung aufgeführt, fordern oder gestatten darf. Daraus folgt, dass die Vergabestelle bereits in der Vergabebekanntmachung die genauen Anforderungen an die Eignungsnachweise, insbesondere an die Referenzen, konkret benennen muss. An die von ihr bekannt gemachten Eignungskriterien ist die Vergabestelle in dem Vergabeverfahren im Weiteren gebunden.

Umstritten ist jedoch die Frage, ob ein Bieter mit dem Einwand einer fehlerhaften Vergabebekanntmachung mangels bekannt gemachter Eignungskriterien im Nachprüfungsverfahren präkludiert ist, wenn die fehlerhafte Vergabebekanntmachung nicht gem. § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB a.F. spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gerügt wurde. Nach einer Entscheidung des OLG Koblenz, Beschluss v. 07.11.2007, - 1 Verg 6/07 -, hat die Rügepräklusion zur Folge, dass die Verlagerung der Bekanntgabe der geforderten Eignungsnachweise von der Bekanntmachung in die Verdingungsunterlagen im Verhältnis zu einem Bieter, welcher seiner Rügeobligiertheit nicht nachgekommen ist, als vergaberechtskonform fingiert wird. Dagegen zieht die Vergabekammer Düsseldorf, a.a.O., aus der Präklusion die Konsequenz, dass das Verfahren dann so fortzuführen sei, wie es die mangelhafte, nicht gerügte Bekanntmachung vorsieht, das heißt, dass mangels bekannt gemachter Eignungskriterien auch keine dazugehörigen Unterlagen einzureichen sind und eine Eignungsprüfung nicht stattfinden kann. Kurz gefasst bedeutet dies, dass der Bieter sich darauf berufen kann, dass die Umstände im Vergabeverfahren in dem ungerügten Zustand Bestand und Geltung haben. Soweit von den Bietern danach keine Nachweise gefordert waren, kann ein Bieter auch nicht wegen fehlender Eignungsnachweise ausgeschlossen werden.

b) Zwischenfazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Vergabekammern und Gerichte an ihrer strikten Rechtsprechung festhalten, dass die geforderten Eignungsnachweise bereits abschließend in der Vergabebekanntmachung benannt werden müssen. In den Verdingungsunterlagen dürfen weder zusätzliche noch andere Belege für den Eignungsnachweis gefordert oder gestattet werden.

Diese Rechtsprechung ist aus Sicht der Bieter zu begrüßen, da sie der Tatsache Rechnung trägt, dass ein Unternehmer unter Umständen eine Vielzahl von Vergabebekanntmachungen durchsieht und zunächst nur grob sortiert, um dann zu entscheiden, auf welche Bekanntmachungen hin er sich melden will und bei welchen Ausschreibungen er bereit ist, einen sukzessiv zunehmenden Aufwand zur Auftragserlangung zu betreiben. Des Weiteren kann die Nichtvorlage von Eignungsnachweisen, die von der Vergabestelle nur in



den Verdingungsunterlagen gefordert wurden, nicht zu einem Ausschluss des Bieters führen. Bieter, die wegen fehlender Eignungsnachweise aus den Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sind, sollten daher stets prüfen, ob die entsprechenden Eignungsnachweise bereits in der Bekanntmachung gefordert waren.

3. Bestimmung des Zeitpunktes der Vorlage der Eignungsnachweise

Die Vergabestelle kann grundsätzlich selbst festlegen, zu welchem Zeitpunkt der Bieter die geforderten Eignungsnachweise vorzulegen hat. Dabei ist es grundsätzlich zulässig, wenn sich der Zeitpunkt der Vorlage der Eignungsnachweise nur aus den Verdingungsunterlagen ergibt. Allerdings muss der Zeitpunkt, zu dem die Nachweise zu erbringen sind, eindeutig und klar von der Vergabestelle festgelegt werden. Dazu hat das OLG München mit Beschluss v. 21.08.2008, - Verg 13/2008 -, erneut betont, dass ein Angebotsausschluss vom Vergabeverfahren wegen nicht rechtzeitiger Vorlage von Eignungsnachweisen nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn die Vergabestelle zuvor eindeutig und unmissverständlich festgelegt hat, dass die Eignungsnachweise bereits mit der Angebotsabgabe vorzulegen sind.

4. Strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

Die bieterbezogenen Eignungskriterien sind streng von den auftrags- bzw. leistungsbezogenen Zuschlagskriterien zu trennen. Die Eignungsprüfung ist dabei eine rein unternehmensbezogene Untersuchung, mit der prognostiziert werden soll, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage sein wird. Die Eignungsprüfung dient damit nicht der Ermittlung qualitativer Unterschiede zwischen den einzelnen Bewerbern. Dagegen bezieht sich die Wirtschaftlichkeitsprüfung nicht auf die konkurrierenden Unternehmen an sich, sondern auf ihre Angebote. Allerdings lassen sich bieter- und rein angebotsbezogene Kriterien in der Praxis häufig nur schwer voneinander trennen. Daher muss die Vergabestelle umso mehr darauf bedacht sein, bei der Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien sorgsam zu differenzieren. Die Eignungsprüfung muss zudem bereits abgeschlossen sein, bevor die Vergabestelle das wirtschaftlich günstigste Angebot auswählt. Auf der zuletzt genannten vierten Wertungsebene darf daher kein Angebot eines Unternehmens wegen dessen höher geschätzter Eignung vorgezogen werden.

Die Vergabekammer des Bundes, Beschluss v. 09.10.2008, - VK 1-123/08 – (nicht bestandskräftig), hat sich der bereits unter I. dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur strikten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ebenfalls angeschlos-

sen. In dem von ihr zu entscheidenden Fall hatte die Vergabestelle den Bau und die Lieferung von Eisbrechern auf der Grundlage der VOL/A ausgeschrieben. Als Zuschlagskriterium benannte sie unter anderem die „Leistungsfähigkeit der Werft“ und untergliederte dieses Kriterium in die Unterkriterien „Referenzobjekte“, „Betriebsgröße, Bauplatz, Ausstattung“ sowie „Erfolgreiche Planung, Konstruktion, Koordinierung komplexer Projekte“. Die Vergabekammer des Bundes wertete die genannten Unterkriterien letztlich als Eignungskriterien, so dass die Vergabestelle auch hier vergaberechtswidrig Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt hatte.

Als weiteres Beispiel dieser restriktiven Rechtsprechung ist eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.04.2008, - Verg 1/08 – („Weiße Post“), zu nennen. Danach ist in einer 40%igen Gewichtung für das Zuschlagskriterium „Referenzen, Unternehmensstruktur, Maschinenpark, Logistik, ...“ eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien zu sehen, da Referenzen Teil der Eignungsprüfung sind.

Die Vergabestellen müssen daher zwingend beachten, dass ein „Mehr an Eignung“ grundsätzlich kein zulässiges Wertungskriterium auf der Zuschlagsebene ist. Insbesondere Referenzen kommen als Wirtschaftlichkeitskriterium nicht in Betracht, sondern sind lediglich als Nachweis der Fachkunde des Bieters im Rahmen der Eignungsprüfung relevant (Brandenburgisches OLG, Beschluss v. 27.07.2007, - VergW 5/07 -). Die Eignungsprüfung kann daher von dem Bieter entweder nur „bestanden“ oder „nicht bestanden“ werden, ohne dass eine qualitative Differenzierung zwischen den Bietern erfolgt. Eine solche kann hinsichtlich der Eignungskriterien auch nicht mehr auf der vierten Wertungsebene erfolgen.

5. Gesamtfazit

Öffentliche Aufträge dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die die notwendige Eignung mit sich bringen. Die Eignungsprüfung hat insoweit den Charakter eines zu fordernden Mindeststandards. Die Eignungskriterien und ggf. deren Gewichtung werden von der Vergabestelle festgelegt und müssen bereits in der Vergabebekanntmachung verbindlich genannt werden. Die Kriterien können grundsätzlich weder durch die Verdingungsunterlagen noch im weiteren Vergabeverfahren verschärft oder abgeändert werden. Die Eignung des Bieters kann dabei nur positiv oder negativ festgestellt werden, d.h. sie kann nur ohne jegliche Differenzierungen entweder „bestanden“ oder „nicht bestanden“ werden. Sie dient gerade nicht der Ermittlung der qualitativen Unterschiede zwischen den einzelnen Bewerbern. Ein „Mehr an Eignung“ und damit eine „bessere Eignung“ kann weder auf der Ebene der Eignungsprüfung noch auf der Zuschlagsebene berück-



sichtigt werden. Eignungs- und Zuschlagskriterien sind strikt voneinander zu trennen.

Die Vorgaben der Rechtsprechung stellen ohne Zweifel hohe Ansprüche an die Vergabestelle bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge. Insbesondere die vorzunehmende strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien birgt ein hohes Nachprüfungsrisiko. Bieter sollten deshalb die Vergabeverfahren ab der Bekanntmachung sorgsam beobachten und mögliche Fehler in der Bekanntmachung nicht erst bei ihrem eigenen Ausschluss rügen.

III. Eignung nach der Vergaberechtsreform

Mit dem am 24. April 2009 in Kraft getretenen Gesetz zur Novellierung des GWB wurde in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB n. F. die „Gesetzestreue“ als Eignungskriterium sowie in § 97 Abs. 4a GWB n. F. die Zulässigkeit von Präqualifikationssystemen aufgenommen. Zudem wurde in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB n.F. eine zusätzliche Kategorie von vergabefremden Aspekten eingeführt, die zukünftig noch für viel Diskussion in Rechtsprechung und Literatur sorgen wird.

1. Gesetzestreue als „neues“ Eignungskriterium

Bereits § 97 Abs. 4 GWB a.F. regelte die zulässigen unter II. dargestellten Eignungskriterien. Mit der Novellierung des GWB wurde die „Eignungstrias“ der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB n.F. um das Kriterium der Gesetzestreue ergänzt. In § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB heißt es nun

„Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie **gesetzestreue** und zuverlässige Unternehmen vergeben.“

Nach der Gesetzesbegründung soll mit dem Begriff „Gesetzestreue“ klargestellt werden, dass nach der Intention des GWB nur das Unternehmen, das die deutschen Gesetze einhält, zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugelassen wird. Die Notwendigkeit der Ergänzung der Eignungskriterien um das Merkmal der „Gesetzestreue“ erschließt sich danach jedoch nicht. Bereits auf der Grundlage des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F. wurde im Rahmen der Zuverlässigkeit geprüft, ob die Unternehmen sich gesetzeskonform verhalten. Es bleibt daher abzuwarten, ob der Begriff der Gesetzestreue zukünftig eine eigene inhaltliche Ausgestaltung erfährt. Ebenso ist offen, wie die Vergabestelle bei der Eignungsprüfung mit dem Merkmal umgehen wird. In dem Vergabevermerk wird sie nun sowohl zur Zuverlässigkeit als auch zur Gesetzestreue Stellung nehmen müssen, um nachzuweisen, dass beide Merkmale geprüft worden sind. Dabei ist jedoch unklar, ob der Vermerk hinsichtlich beider Merkmale identisch sein darf.

2. Aufnahme von vergabefremden Aspekten in das GWB

Über die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit hinausgehende Anforderungen dürfen gem. § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB a. F. an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dieses durch ein Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. An dieser Rechtslage wird mit dem insoweit wortgleichen § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB n.F. grundsätzlich festgehalten. Allerdings wird in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB n.F. nunmehr eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die nach der Gesetzesbegründung an die Ausführung des Auftrags geknüpft sind und sogleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages darstellen. Mit der neuen Regelung soll die von jeher umstrittene Frage der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im Vergabeverfahren seinen Niederschlag im Gesetz finden. Nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB n.F. können die Auftraggeber für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an die Auftragnehmer stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Dem Auftragnehmer können dadurch mittelbar in der Leistungsbeschreibung bestimmte Produktionsverfahren (z.B. Strom aus erneuerbaren Energien) bei der Auftragsausführung vorgegeben werden (siehe dazu auch **Aktuelle Vergabemäil**, Ausgabe März 2009). Ebenso können nach der Gesetzesbegründung Vorgaben für die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen etc. gemacht werden. Offen bleibt jedoch weiterhin auf welcher Prüfungsebene vergabefremde Aspekte zu berücksichtigen sind. Nach der herrschenden Meinung in der Literatur sind vergabefremde Aspekte gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB n.F. trotz der systematischen Stellung der Vorschrift auf der Eignungsebene nicht als Eignungskriterien einzuordnen, da es sich um zusätzliche Anforderungen an die Auftragsausführung und den Auftragsgegenstand handelt und nicht die Anforderungen an den Auftragnehmer betreffen. Zudem müssen sich die vergabefremden Aspekte gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ausdrücklich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Demnach handelt es sich um eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit. Es bleibt aber die Frage, wie und ob die genannten sozialen Aspekte Gegenstand der Leistungsbeschreibung werden können. Die Gesetzesbegründung ist dazu ebenfalls nicht eindeutig. Danach gehören soziale Aspekte wie die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern zu den international über das EG-Recht vereinbarten Grundprinzipien, deren Beachtung zu der erforderlichen Zuverlässigkeit gehört. In letzter Konsequenz wären es dann Eignungskriterien. Die konkrete systematische Einordnung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB n.F. bleibt damit auch in der Gesetzesbegründung unklar. Die



vergabefremden Aspekte befinden sich damit weiterhin an der Schnittstelle zwischen Leistungsbeschreibung und Zuverlässigkeit als Teil der Eignung. Letztlich bleibt der Umgang mit vergabefremden, insbesondere sozialen Aspekten durch die Vergabestellen und die Rechtsprechung abzuwarten. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB n.F. bringt nach derzeitigem Stand jedenfalls nicht die erforderliche Rechtssicherheit.

3. Zulässigkeit von Präqualifikationssystemen

Schließlich wurde § 97 Abs. 4 a GWB n.F. in das Gesetz neu eingefügt, nachdem Auftraggeber Präqualifikationssysteme einrichten oder zulassen können, mit denen die Eignung von Unternehmen in einem bestimmten Zeitraum nachgewiesen werden kann. Ziel von Präqualifikationssystemen ist es grundsätzlich, die Verfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, da das Erfordernis Einzelnachweise vorzulegen entfällt. Nachdem für den Bereich der Bauleistungen gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A bereits der Nachweis der Eignung über das Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (<http://www.pq-verein.de>) zulässig ist, wurde diese Möglichkeit nun für alle Leistungen auf der Ebene des GWB verankert. Es bleibt jedoch auch weiterhin die Möglichkeit erhalten, die Eignung durch Einzelnachweise zu erbringen. Zu der Forderung von Präqualifizierungszertifikaten im Rahmen des Konjunkturprogramms II siehe auch den nachfolgenden Beitrag.

fahrens an sich durch den Erlass gefördert werden, da im Land Bremen bisher nur wenige Unternehmen über ein Präqualifizierungszertifikat verfügen und sich die Nutzung des Präqualifikationsverzeichnisses auch bei der Mehrheit der bremischen Vergabestellen noch nicht durchgesetzt hat. Dem für die Zertifizierung bundesweit zuständigen Verein zur Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. ist aufgrund der Vielzahl der eingehenden Anträge derzeit jedoch keine kurzfristige Bearbeitung möglich. Für die Mehrzahl der bremischen Unternehmen stellt der Präqualifizierungserlass demnach einen erheblichen Wettbewerbsnachteil dar. Insbesondere auf die entsprechende Kritik der Bremer Kreishandwerkerschaft hat der Senat nunmehr den Präqualifizierungserlass am 21. Juli 2009 ausgesetzt. Damit soll insbesondere den bremischen Betrieben ohne Zertifikat der Zugang zu öffentlichen Aufträgen nach dem Konjunkturpaket II erleichtert werden.

Hinweis

Unsere Vergabemail beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Die Vergabemail dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Sie kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Konjunkturpaket II: Bremen setzt Präqualifizierungserlass aus

Die Umsetzung des Konjunkturpaketes II erfolgt in Bremen u.a. auf der Grundlage des „Bremischen Gesetzes zur Erleichterung von Investitionen“. Es dient, zunächst für den beschränkten Zeitraum bis zum 31. Dezember 2010, der Verbesserung der konjunkturellen Lage mittels beschleunigter Umsetzung von Investitionen durch eine erleichterte Vergabe. Ergänzend dazu war zum 01. Juni 2009 der Erlass des bremischen Senats über die bevorzugte Berücksichtigung präqualifizierter Unternehmen bei bestimmten Vergabeverfahren („Präqualifikationserlass“) in Kraft getreten. Nach dem Erlass sollten bei Bauaufträgen mittels beschränkter Ausschreibungen oder freihändigen Vergaben jeweils ohne Teilnahmewettbewerb bevorzugt präqualifizierte Unternehmen berücksichtigt werden. Ziel des Erlasses war es zum einen den hohen bürokratischen Aufwand, der durch die Vorlage und Prüfung der Einzelnachweise entsteht, und die damit verbundenen Kosten für die Bieter und die Vergabestelle zu reduzieren und dadurch eine zügigere Beuschlagung zu ermöglichen. Zum anderen sollte die Akzeptanz des Präqualifikationsver-

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Ansprechpartner für Vergaberecht:
Dr. Jan van Dyk
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Telefon +49 (421) 33 34-266
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: vergabe@ahlers-vogel.de