

UPDATE VERGABERECHT

VORGABE „EIGENER“ EIGNUNG SCHLIEßT EIGNUNGSLEIHE NICHT AUS

VK Bund, Beschluss vom 29.04.2021 - VK 2-5/21

Auftraggeber (A) sah im Rahmen eines Vergabeverfahrens vor, dass zum Nachweis der Eignung Referenzprojekte anzugeben waren. In der Auftragsbekanntmachung findet sich hierzu die Vorgabe: „Der Bewerber weist detailliert seine Eignung bezüglich der Durchführung vergleichbarer Referenzprojekte nach.“ B reichte nach erfolgreichem Teilnahmeantrag ein Angebot ein. Nach Mitteilung des A, dass der Zuschlag an Bieter C erteilt werden soll, rügte B, dass C sich einer Eignungsleihe bediente. Diese sei in der Ausschreibung jedoch nicht vorgesehen, sodass das Angebot des C auszuschließen sei. Nach erfolgloser Rüge stellte B einen Nachprüfungsantrag.

Ohne Erfolg! Die Einschaltung eines Dritten, auf den ein Bieter für den Nachweis der geforderten Eignungsvoraussetzungen angewiesen ist, sei im Vergaberecht explizit vorgesehen. Nach § 47 VgV könne sich ein Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit grundsätzlich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen, wenn er nachweist, dass ihm die erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen. Dies sei hier der Fall. Die Formulierung, dass der Bewerber „seine“ Eignung nachzuweisen habe, bedeute keinen Ausschluss der Eignungsleihe. Ein ausdrückliches Verbot der Eignungsleihe habe A weder in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen ausgesprochen. Die Vergabeunterlagen enthielten vielmehr Hinweise darauf, dass die Eignungsleihe zugelassen sei. So habe der Auftragnehmer bei Beauftragung eines Nachunternehmers eine Verpflichtungserklärung von ihm vorzulegen. Dies werde jedoch vergaberechtlich nur dann gefordert, wenn der Nachunternehmer ein eignungsleihendes Unternehmen ist.

Bedeutung für die Praxis

Die VK führt zwar aus, dass die Vorgabe, der Bewerber habe „seine“ Eignung nachzuweisen, nicht für einen Ausschluss der Eignungsleihe genügt. Sie lässt aber offen, wann ein vollständiger Ausschluss möglich wäre. Nach der Rechtsprechung des EuGH können Auftraggeber Eignungsleihen zumindest beschränken, wenn besondere oder außergewöhnliche Umstände vorliegen, die die Selbstauführung durch den Auftragnehmer erfordern ([EuGH, Urteil vom 07.04.2016 - Rs. C-324/14](#)). Auch nach § 47 Abs. 5 VgV kann ein Ausschluss der Eignungsleihe in bestimmten Fällen ggf. zulässig sein. Wenn Auftraggeber einen solchen Ausschluss der Eignungsleihe beabsichtigen, sollten sie dies ausdrücklich und deutlich in den Vergabeunterlagen regeln und die Gründe hierfür im Vergabevermerk sorgfältig dokumentieren.