

## Update Vergaberecht

### Augen auf bei Inanspruchnahme von Eignungsleihe!

#### VK Lüneburg, Beschluss vom 14.10.2022 – VgK-17/2022

A schrieb einen Auftrag zur Ersetzung einer innerstädtischen Hochstraße durch einen Tunnel aus. Nach der Bekanntmachung sollten die Bieter als Eignungsnachweis Angaben über die Ausführung von vergleichbaren Leistungen machen. Die Vergabeunterlagen sahen u.a. vor, dass bestimmte Hauptleistungen in zwei der sechs Leistungseinheiten (bzgl. der geforderten Behelfsbrücke und des Tunnelbauwerks) „zwingend durch ein Mitglied der Bietergemeinschaft“ zu erbringen seien, während für alle weiteren Leistungen die Eignungsleihe zulässig sei. Zudem gab A Formblätter vor, u.a. solche zur Angabe von Nachunternehmerleistungen und solche für eine etwaige Eignungsleihe. B reichte ein Angebot ein, in welchem neben eigenen Referenzen u.a. auch solche von als Nachunternehmer benannten Drittunternehmen enthalten waren. Das Formblatt für die Eignungsleihe gab B mit seinem Firmenstempel versehen und ansonsten unausgefüllt ab; im Formular Angebotschreiben ließ B das auf die Eignungsleiheformulare verweisende Ankreuzfeld leer. A schloss B unter diversen Aspekten wegen fehlender Eignung aus. B stellte einen Nachprüfungsantrag und machte u.a. geltend, dass das von A vorgegebene Selbstaussführungsgebot unzulässig sei und er seine Eignung auch per Eignungsleihe nachgewiesen habe.

Die VK weist den Antrag zurück und begründet dies u.a. damit, dass schon keine Eignungsleihe vorgelegen habe. Diese sei vom „normalen“ Nachunternehmereinsatz zu unterscheiden, wobei ein Bieter vom Empfängerhorizont her unmissverständlich geltend machen müsse, dass er sich zum Eignungsnachweis einer Leihe bedienen will. So sei das Angebot des B hier aber nicht zu verstehen gewesen, sodass A auch keinen Anlass zu Zweifeln und Aufklärung gehabt habe. Zudem sei auch das Selbstaussführungsgebot rechtskonform. Als besondere Ausführungsbedingung könne ein solches Gebot in den Vergabeunterlagen vorgesehen werden. Inhaltlich sei die Vorgabe ebenfalls nicht zu beanstanden. Ein Selbstaussführungsgebot sei nach den Normen zur Eignungsleihe wie § 6d EU Abs. 4 VOB/A oder § 47 Abs. 5 VgV zwar nur als Ausnahme für bestimmte „kritische“ Aufgaben zulässig. Dem Auftraggeber stehe aber in Beachtung v.a. des Verhältnismäßigkeits- und des Wettbewerbsprinzips ein nur eingeschränkt überprüfbarer Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, den A nicht überschritten habe. In der Vergabedokumentation habe A hinreichende (etwa verkehrliche, volkswirtschaftliche und technische) Gründe dafür dargelegt, dass die betreffenden Aufgaben kritisch und vom Auftragnehmer selbst durchzuführen sind.

#### Bedeutung für die Praxis

Bieter sollten sorgfältig prüfen, inwieweit nach den Vergabeunterlagen das gesetzlich als Regelfall vorgesehene Instrument der Eignungsleihe zur Verfügung steht oder aber ausnahmsweise beschränkt ist. Zudem sollten Bieter eine etwaige Absicht zur Eignungsleihe hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen und dabei etwaige Vorgaben des Auftraggebers berücksichtigen.