

Vergabekammer Sachsen zu Eignungsleihe und Nachunternehmereinsatz

# Immer wieder Ärger mit Formblättern

Ein öffentlicher Auftraggeber hat die Errichtung eines FTB-Glasfasernetzes losweise im offenen Verfahren nach der VOB/A-EU europaweit ausgeschrieben. Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit war für das Los 1 „Tiefbauarbeiten und Leerrohrverlegung“ ein Mindestumsatz von fünf Millionen Euro gefordert. Bestandteil der Vergabeunterlagen war unter anderem das Formblatt 235 (Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen).

An der Ausschreibung nahm unter anderem ein Unternehmer teil, der das Formblatt 235 mit seinem Angebot einreichte. Dort gab er in der ersten Spalte (OZ/Leistungsbereich) der oberen Tabelle an, sich in den Leistungsbereichen A und B anderer Unternehmen zu bedienen. Diese Leistungsbereiche hat er in der zweiten Spalte (Beschreibung der Teilleistungen) dieser Tabelle mit technischen Umschreibungen ergänzt. In der unteren Tabelle (In Hinblick auf meine/unsere wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) hat der Bieter in der ersten Spalte (Name des Unternehmens) die Unternehmen C und D namentlich erwähnt und in der zweiten Spalte (Angabe zu der von diesem Unternehmen überlassenen Eignung) die Begriffe „Bauweise“ und „Montage“ eingetragen.

## Mindestumsatz von fünf Millionen Euro gefordert

Mit der Vorabinformation unterrichtete die Vergabestelle den Bieter, dass er den geforderten Mindestumsatz von fünf Millionen Euro nicht nachgewiesen habe und deshalb ausgeschlossen werden müsse. Der Unternehmer rügte, dass er den Nachunternehmer N im Leistungsbereich A einsetzen wolle und verwies auf die Möglichkeit der Eignungsleihe. Gemeinsam mit den Umsätzen von N würde der Mindestumsatz von fünf Millionen Euro überschritten. Der öffentliche Auftraggeber half der Rüge aber nicht ab. Der Bieter leitete daher ein Nachprüfungsverfahren ein.

Sein Nachprüfungsantrag wurde von der Vergabekammer Sachsen (Beschluss vom 24. November 2021 – 1/SVK/032-21) zurückgewiesen. Sie stellt klar, dass der Ausschluss nach § 16b EU Abs. 1 VOB/Agerechtigt war. Danach ist die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignungsleihe ist vom Nachunternehmereinsatz zu unterscheiden. Im Rahmen der Eignungsleihe bedient sich ein Bieter der Kapazitäten dritter Unternehmen, um seine Eignung nachzuweisen. Typisch für die Eignungsleihe ist, dass der Bieter erst durch die Inanspruchnahme der Kapazitäten eines dritten Unternehmens selbst die Eignungskriterien erfüllt. Ein Nachunternehmereinsatz bedeutet hingegen, dass der Bieter ein drittes Unternehmen mit der Ausführung von Teilen eines Auftrags oder sogar im Ganzen betraut. Der Bieter kann einen Nachunternehmer zusätzlich als eignungsverleihendes Unternehmen einsetzen, ist dazu aber nicht verpflichtet. Nachunternehmer und eignungsverleihendes Unternehmen können somit unterschiedliche Gesellschaften sein.



Um den Bau eines Glasfasernetzes gab es Streit.

FOTO: DPA/MORITZ FRANKENBERG

Der Bieter leitete daher ein Nachprüfungsverfahren ein. Sein Nachprüfungsantrag wurde von der Vergabekammer Sachsen (Beschluss vom 24. November 2021 – 1/SVK/032-21) zurückgewiesen. Sie stellt klar, dass der Ausschluss nach § 16b EU Abs. 1 VOB/Agerechtigt war. Danach ist die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignungsleihe ist vom Nachunternehmereinsatz zu unterscheiden. Im Rahmen der Eignungsleihe bedient sich ein Bieter der Kapazitäten dritter Unternehmen, um seine Eignung nachzuweisen. Typisch für die Eignungsleihe ist, dass der Bieter erst durch die Inanspruchnahme der Kapazitäten eines dritten Unternehmens selbst die Eignungskriterien erfüllt. Ein Nachunternehmereinsatz bedeutet hingegen, dass der Bieter ein drittes Unternehmen mit der Ausführung von Teilen eines Auftrags oder sogar im Ganzen betraut. Der Bieter kann einen Nachunternehmer zusätzlich als eignungsverleihendes Unternehmen einsetzen, ist dazu aber nicht verpflichtet. Nachunternehmer und eignungsverleihendes Unternehmen können somit unterschiedliche Gesellschaften sein.

Den geforderten Mindestumsatz von fünf Millionen Euro hat der Bieter unstrittig nicht als eigenes Unternehmen erfüllen können. Ebenso wenig lag eine Eignungsleihe mit dem Unternehmer N vor. Aus dem Angebot ist weder ausdrücklich noch aus den Gesamtumständen konkludent ersichtlich, dass sich der Bieter der Eignungsleihe bedienen wollte. Die Eignungsleihe ist vom Nachunternehmereinsatz zu unterscheiden. Im Rahmen der Eignungsleihe bedient sich ein Bieter der Kapazitäten dritter Unternehmen, um seine Eignung nachzuweisen. Typisch für die Eignungsleihe ist, dass der Bieter erst durch die Inanspruchnahme der Kapazitäten eines dritten Unternehmens selbst die Eignungskriterien erfüllt. Ein Nachunternehmereinsatz bedeutet hingegen, dass der Bieter ein drittes Unternehmen mit der Ausführung von Teilen eines Auftrags oder sogar im Ganzen betraut. Der Bieter kann einen Nachunternehmer zusätzlich als eignungsverleihendes Unternehmen einsetzen, ist dazu aber nicht verpflichtet. Nachunternehmer und eignungsverleihendes Unternehmen können somit unterschiedliche Gesellschaften sein.

Den geforderten Mindestumsatz von fünf Millionen Euro hat der Bieter unstrittig nicht als eigenes Unternehmen erfüllen können. Ebenso wenig lag eine Eignungsleihe mit dem Unternehmer N vor. Aus dem Angebot ist weder ausdrücklich noch aus den Gesamtumständen konkludent ersichtlich, dass sich der Bieter der Eignungsleihe bedienen wollte. Die Eignungsleihe ist vom Nachunternehmereinsatz zu unterscheiden. Im Rahmen der Eignungsleihe bedient sich ein Bieter der Kapazitäten dritter Unternehmen, um seine Eignung nachzuweisen. Typisch für die Eignungsleihe ist, dass der Bieter erst durch die Inanspruchnahme der Kapazitäten eines dritten Unternehmens selbst die Eignungskriterien erfüllt. Ein Nachunternehmereinsatz bedeutet hingegen, dass der Bieter ein drittes Unternehmen mit der Ausführung von Teilen eines Auftrags oder sogar im Ganzen betraut. Der Bieter kann einen Nachunternehmer zusätzlich als eignungsverleihendes Unternehmen einsetzen, ist dazu aber nicht verpflichtet. Nachunternehmer und eignungsverleihendes Unternehmen können somit unterschiedliche Gesellschaften sein.

Den geforderten Mindestumsatz von fünf Millionen Euro hat der Bieter unstrittig nicht als eigenes Unternehmen erfüllen können. Ebenso wenig lag eine Eignungsleihe mit dem Unternehmer N vor. Aus dem Angebot ist weder ausdrücklich noch aus den Gesamtumständen konkludent ersichtlich, dass sich der Bieter der Eignungsleihe bedienen wollte. Die Eignungsleihe ist vom Nachunternehmereinsatz zu unterscheiden. Im Rahmen der Eignungsleihe bedient sich ein Bieter der Kapazitäten dritter Unternehmen, um seine Eignung nachzuweisen. Typisch für die Eignungsleihe ist, dass der Bieter erst durch die Inanspruchnahme der Kapazitäten eines dritten Unternehmens selbst die Eignungskriterien erfüllt. Ein Nachunternehmereinsatz bedeutet hingegen, dass der Bieter ein drittes Unternehmen mit der Ausführung von Teilen eines Auftrags oder sogar im Ganzen betraut. Der Bieter kann einen Nachunternehmer zusätzlich als eignungsverleihendes Unternehmen einsetzen, ist dazu aber nicht verpflichtet. Nachunternehmer und eignungsverleihendes Unternehmen können somit unterschiedliche Gesellschaften sein.

Vorliegend fehlt es aber an einer auch nur schlagwortartigen Benennung der Kapazitäten, derer sich der Bieter zur Erfüllung der wirtschaftlichen oder finanziellen oder beruflichen Leistungsfähigkeit bedienen will. Im Formblatt 235 hat der Bieter in der oberen Tabelle nur angegeben, dass und in welchen Leistungsbereichen er sich Nachunternehmer bedienen will. Aus dem beabsichtigten Nachunternehmereinsatz ist aber keine Eignungsleihe ableitbar, weil es sich um zwei verschiedene Formen der Inanspruchnahme dritter

Unternehmen handelt. Eine Eignungsleihe betreffend des Unternehmers N ergibt sich hier auch nicht durch Auslegung der Eintragungen in der unteren Tabelle des Formblatts 235. Denn ein auf dem Formblatt 235 irgendwie getätigter Eintrag, der für den öffentlichen Auftraggeber erkennbar an dieser Stelle fehlerhaft ist, weil er keinerlei Bezug zu einer Eignungsleihe hat, kann nicht dazu führen, später eine Eignungsleihe zu konstruieren. So verhält es sich hier. Der Bieter hat in der unteren Tabelle des Formblatts 235 die Unternehmen C und D benannt und hat dazu die – im Gesamtzusammenhang und aus objektiver Sicht – für eine Eignungsleihe sinnwidrigen Begriffe

„Bauweise“ und „Montage“ angegeben. Diese Eintragungen haben mit zu verleihenden Eignungen nichts gemein. Vielmehr handelt es sich um weitere technische Beschreibungen der in der oberen Tabelle des Formblatts 235 benannten Teilleistungen der Nachunternehmer. Diese sollten aber durch die Unternehmen C und D ausgeführt werden. Der Nachunternehmer N hingegen, auf dessen eignungsverleihende Funktion sich der Bieter stützen möchte, ist aber weder im Formblatt 235 noch im Angebot namentlich erwähnt. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Ausschreibungen für Bayern

## Auftrag online finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter [www.bs2.de/business](http://www.bs2.de/business)

Webbasiert inkl.  
GAEB online

Aktuelle  
Ausschreibungen  
warten auf Ihren Abruf