

# Themenblatt:

## Berücksichtigung von Existenzgründern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge



### Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen



**zSKS**

zentrale Service- und  
Koordinierungsstelle  
für die Vergabe von  
Bau- und Dienstleistungen

Es soll eine hinreichende Berücksichtigung von Existenzgründern insbesondere bei der Vergabe „kleinerer“ öffentlicher Aufträge im Wege der freihändigen Vergabe/ Verhandlungsvergabe sowie beschränkten Ausschreibung erfolgen. Bei der Berücksichtigung von Existenzgründern ergeben sich in der Praxis häufig Probleme hinsichtlich des Nachweises ihrer Eignung im vom Auftraggeber geforderten Umfang. Aus diesem Grund wird in diesem Themenblatt der rechtliche Rahmen beschrieben, der vom öffentlichen Auftraggeber bei der Benennung der Eignungsanforderungen in Abhängigkeit vom jeweiligen Auftrag zu beachten ist.

Zweite Schlachtpforte 328195  
Bremen

0421 - 361 - 89240

Vergabeservice@wah.bremen.de

18.01.2018

## **Inhalt**

1. Einleitung.....	1
2. Problemaufriss: Nachweis der Fachkunde/Leistungsfähigkeit .....	1
3. Rechtlicher Rahmen: Eignungskriterien .....	3
a. Nachweis der Fachkunde .....	6
b. Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit .....	7
c. Nachweis der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit .....	7
4. Empfehlungen .....	8

Ziel hinreichende Beteiligung von Existenzgründern

Instrument: Rahmenbedingungen für Eignungsanforderungen

Interessenlagen

Welche Projekte eignen sich für die Beteiligung von Existenzgründern?

Vorrangig bei nationalen Vergaben relevant

## 1. Einleitung

Es soll eine hinreichende Berücksichtigung von Existenzgründern insbesondere bei der Vergabe „kleinerer“ öffentlicher Aufträge im Wege der freihändigen Vergabe/ Verhandlungsvergabe sowie beschränkten Ausschreibung erfolgen.<sup>1</sup> Bei der Berücksichtigung von Existenzgründern ergeben sich in der Praxis häufig Probleme hinsichtlich des Nachweises ihrer Eignung im vom Auftraggeber geforderten Umfang. Aus diesem Grund wird in diesem Themenblatt der rechtliche Rahmen beschrieben, der vom öffentlichen Auftraggeber bei der Benennung der Eignungsanforderungen in Abhängigkeit vom jeweiligen Auftrag zu beachten ist.

Der Rahmen ergibt sich aus den gegenläufigen Interessenlagen, welche in Einklang zu bringen sind: Der öffentliche Auftraggeber muss einerseits die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags sicherstellen, dies geschieht durch die Benennung entsprechender konkreter Eignungsanforderungen; auf der anderen Seite führen zu hohe Eignungsanforderungen dazu, dass potentielle Bieter aus dem Bieterkreis ausgeschlossen werden, da sie die Anforderungen nicht erfüllen können. Die Forderung von Eignungskriterien durch den öffentlichen Auftraggeber darf nicht zu einer Diskriminierung von Bietern führen.

Der öffentliche Auftraggeber muss jedoch nicht sehenden Auges Bieter zulassen, welche den konkreten Auftrag nicht werden ausführen können. Soweit die Benennung hoher Eignungsanforderungen bezogen auf den konkreten Auftragsgegenstand objektiv erforderlich ist, dürfen diese auch benannt werden. Dies gilt insbesondere für risikoreiche und sehr große bzw. sehr fachspezifische Projekte, welche sich als „Einstiegsauftrag“ für Existenzgründer häufig eher nicht eignen werden. Solche Projekte dürften vielfach dem Bereich der EU-Vergaben zuzuordnen sein.

Handelt es sich jedoch um kleinere und risikoarme Projekte, bei denen die Eignungsanforderungen weniger streng sein dürften, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass diese auch durch Existenzgründer ordnungsgemäß ausgeführt werden können. Entsprechende Projekte dürften vornehmlich im Bereich der nationalen Vergabeverfahren zu lokalisieren sein.

**Die Ausführungen in diesem Themenblatt beziehen sich dementsprechend primär auf Vergabeverfahren im nationalen Bereich. Sie gelten entsprechend jedoch auch für EU-Vergaben.**

## 2. Problemaufriss: Nachweis der Fachkunde/Leistungsfähigkeit

Die vergaberechtlichen Regelungen sehen **im nationalen Bereich** für die Vergabe von Bauleistungen vor, dass die Bieter die Vertragserfüllung sicherstellen können müssen und insoweit über die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen.<sup>2</sup> Für die Vergabe von **Lieferungen und Leistungen** muss die

<sup>1</sup> Nr. 2 der Drs. 19/191 der bremischen Bürgerschaft (Landtag) vom 25.02.2016.

<sup>2</sup> § 16 b Abs. 1 VOB/A.

erforderliche Eignung für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags gegeben sein<sup>3</sup>.

#### Architekten/Ingenieur-Leistungen

Im Bereich der **EU-weiten Vergaben** ist für **Bauleistungen** ebenfalls vorgesehen, dass die Bieter die Vertragserfüllung sicherstellen können müssen und insoweit über die erforderliche Fachkunde, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen sowie, dass keine Ausschlussgründe im Sinne der VOB/A EU vorliegen.<sup>4</sup> Eine **Sonderregelung gibt es für Architekten- und Ingenieurleistungen** in § 75 Abs. 4 VgV; dort wird nicht nur ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Eignungskriterien auftragsbezogen und dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen, sondern auch, dass sie bei geeigneten Aufgabenstellungen so beschaffen sein müssen, dass Berufsanfänger sich beteiligen können. Im Bereich der generellen Liefer- und Dienstleistungen ist lediglich vorgesehen, dass die aufgestellten Eignungskriterien zu erfüllen sind.<sup>5</sup>

#### Prognoseentscheidung bzgl. Fachkunde und Leistungsfähigkeit

Bei der Eignungsprüfung hat der öffentliche Auftraggeber insofern eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, sachlichen und wirtschaftlichen Fachkunde und Leistungsfähigkeit zur Ausführung des Auftrags im Zeitpunkt der Leistungserbringung in der Lage sein wird. Diese Entscheidung trifft er auf Grundlage objektiver Informationen. Kommt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Prognoseentscheidung zu dem Ergebnis, dass ein Bieter keine Gewähr dafür bietet, den Auftrag wie vereinbart erledigen zu können, so ist der Bieter zwingend auszuschließen. Ermessen besteht in diesem Fall nicht.

#### Ausschluss kein Ermessen

#### Problem: Bevorzugung von erfahrenen Bietern

**Die Kriterien der Fachkunde und Leistungsfähigkeit können immer dann eine immanente Bevorzugung des erfahrenen Bieters gegenüber dem unerfahrenen Existenzgründer bedeuten, wenn letzterer nicht imstande ist, seine Fähigkeiten durch Verweis auf abgeschlossene Projekte zu belegen.** Auch wenn Existenzgründer im Rahmen der Durchführung von Aufträgen von privaten Auftraggebern durchaus entsprechende Referenzen erwerben können, besteht ein gewisses Manko in den Fällen, in denen sie bei konkreten Eignungsanforderungen entsprechende Referenzen aufgrund ihrer erst kurz währenden Tätigkeit im Markt nicht (ausreichend) belegen können. Lässt der Auftragsgegenstand die Festlegung eines eher niedrigen Eignungsniveaus zu, wird damit -unabhängig von der sowieso bestehenden rechtlichen Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Festlegung eines angemessenen Eignungsniveaus- gerade auch Existenzgründern die Möglichkeit eröffnet, sich mit Erfolg um öffentliche Aufträge zu bewerben.<sup>6</sup>

Auch das Gebot der Losvergabe trägt in diesem Zusammenhang dazu bei, ungeachtet des sowieso für die öffentlichen Auftraggeber bestehenden Gebots einer losweisen Vergabe<sup>7</sup>, die Wettbewerbschancen für kleine und mittlere Unternehmen sowie Existenzgründer zu erhöhen.

<sup>3</sup> § 33 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

<sup>4</sup> § 16b EU VOB/A.

<sup>5</sup> § 57 Abs. 1 S. 1, 1. Halbsatz VgV.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 600; Dreher; Hoffmann: Der Marktzutritt von Newcomern als Herausforderung für das Kartellvergaberecht, NZBau 2008, 545.

<sup>7</sup> §§ 4 BremTtVG, 8 MiFöG für nationale Vergaben, § 97 Abs. 4 GWB für EU-Vergaben.

Strenge Eignungsanforderungen  
zulässig soweit erforderlich

Gleichwohl ist es rechtlich zulässig, die Teilnahme am Wettbewerb für Existenzgründer durch die Benennung von strengen Eignungskriterien zu erschweren, soweit es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist (wie z. B. in Anbetracht des komplexen Vertragswerks und sensiblen Vertragszwecks oder der besonderen Situation der Bauumgebung).<sup>8</sup>

Vorgaben aufgrund des  
Grundsatzes der  
Verhältnismäßigkeit

**Diesbezüglich obliegt es dem öffentlichen Auftraggeber zu dokumentieren, dass besonders strenge Eignungsanforderungen erforderlich sind.**

Kein Ausschluss von  
Existenzgründern von vornherein,  
da

Dennoch sind Existenzgründer nicht von vornherein von solchen Aufträgen ausgeschlossen. Bei solchen größeren und/oder komplexeren Projekten kann ein Auftraggeber die Vergabeunterlagen so gestalten, dass sich mehrere „kleine“ Bieter, die die Eignungsvoraussetzungen alleine nicht erfüllen können, zu Bietergemeinschaften zusammenschließen können oder dass Bieter Nachunternehmer einsetzen können, die über die notwendige Fachkunde und Leistungsfähigkeit für einzelne Gewerke verfügen.<sup>9</sup> Wenn z. B. eine besondere Situation der Bauumgebung es erfordert, müssen die Eignungsanforderungen mithin nicht so aufgestellt werden, dass jeder einzelne Bieter bereits für sich genommen diese erfüllen kann.<sup>10</sup>

- Bietergemeinschaften

- Nachunternehmer

möglich

Zulässige Eignungsnachweise

### 3. Rechtlicher Rahmen: Eignungskriterien

Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht wegen Unzuverlässigkeit/wegen des Vorliegens von Ausschlussgründen auszuschließen sind.<sup>11</sup> Die Fachkunde ist hierbei als personenbezogenes, die Leistungsfähigkeit als betriebsbezogenes Kriterium zu verstehen. Zulässige Eignungskriterien sind<sup>12</sup>:

#### Für EU-Bauleistungen<sup>13</sup>

- die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (Eintragung in das Berufsregister),
- die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (z.B. Bankenerklärung, Jahresabschlüsse, Umsatzangaben, Mindestjahresumsatz),
- die berufliche und technische Leistungsfähigkeit (z.B. Referenzen, Angaben über technische Fachkräfte, technische Ausrüstung, Umweltmanagementmaßnahmen)

#### Für EU-Liefer- und Dienstleistungen<sup>14</sup>

- die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (Eintragung in

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, Verg 93/05 - für den Teilnahmewettbewerb; Verg 48/05, Verg 50/05; Verg 16/01; OLG Frankfurt, 11 Verg 7/06; 1. VK Bund, VK 1 - 103/06; VK 1 - 13/06; VK 01 - 01/02; VK Düsseldorf, VK - 11/2007 - L; VK - 07/2006 - L; VK Münster, VK 19/04; 1. VK Sachsen, 1/SVK/005-11; im Ergebnis ebenso für den Baubereich VK Nordbayern, 21.VK - 3194 - 10/15.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, Verg 48/05, Verg 50/05.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, Verg 48/05, Verg 50/05.

<sup>11</sup> EU-Verfahren und nationalen Verfahren über Liefer- und Dienstleistungen kein Ausschluss nach (§§ 31 Abs. 1, 2 Satz 2, 35 Abs. 1, 3 UVgO i.V.m.) den §§ 122 Abs. 1, 123 oder 124 GWB; bzw. nationale Verfahren über Bauleistungen Ausschluss bei fehlender Zuverlässigkeit gemäß § 6a VOB/A.

<sup>12</sup> EU Verfahren § 6EU VOB/A; Nationale Verfahren § 6a Abs. 1 VOB/A (hier auch Zuverlässigkeit).

<sup>13</sup> § 6aEU Nrn. 1-3 VOB/A.

<sup>14</sup> § 44 Abs. 1, 45, 46 VgV.

- das Berufsregister),
- die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (z.B. Mindestjahresumsatz, Angaben über Bilanzen, Berufs- und Betriebshaftpflichtversicherungen, Bankenerklärung, Jahresabschlüsse, Umsatz),
- die berufliche und technische Leistungsfähigkeit (z.B. Referenzen, Angaben über technische Fachkräfte, technische Ausrüstung, Umweltmanagementmaßnahmen)

**Für nationale Bauleistungen**<sup>15.</sup>

- die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (Eintragung in das Berufsregister),
  - die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (Umsatzzahlen, ,
  - die berufliche und technische Leistungsfähigkeit (Referenzen, Anzahl der Arbeitskräfte.
- Zuverlässigkeit (Angaben über Insolvenzverfahren, Liquidation, schwere Verfehlungen, Zahlung von Steuern und Abgaben, Anmeldung bei der Berufsgenossenschaft)

**Für nationale Liefer- und Dienstleistungen:**

wie für Bauleistungen, einzig das Kriterium der Zuverlässigkeit wird durch das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen ersetzt.<sup>16</sup>

Es dürfen nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Grundsätzlich sind Eigenerklärungen zu verlangen. Die Forderung von anderen Nachweisen als Eigenerklärungen haben die Auftraggeber in der Dokumentation zu begründen.<sup>17</sup>

**Unterschied Eignungskriterium und Zuschlagskriterium**

Ein **Eignungskriterium** dient seinem Inhalt und Kerngehalt nach der Beurteilung des Bieters, ein **Zuschlagskriterium** dient hingegen der Beurteilung der angebotenen Leistung. Es ist Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Eignungsanforderungen zu definieren und festzulegen, welche Nachweise (z.B. Referenzen) hinreichende Rückschlüsse auf die für den jeweiligen Auftrag erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit zulassen.<sup>18</sup> Dabei kann er seinen Beurteilungsspielraum durch die Vorgabe von Mindestanforderungen selbst einengen (genaue Definition der formellen und materiellen Anforderungen).<sup>19</sup> Es ist jedoch nicht zwingend, dass eine Vergabestelle in der Bekanntmachung, bzw. den Vergabeunterlagen z.B. strenge Anforderungen an den Mindestumfang von

**Benennung von Mindestanforderungen schränkt Beurteilungsspielraum ein**

<sup>15</sup> § 6a Abs. 2 VOB/A.

<sup>16</sup> § 31 Abs. 2 Satz 2 UVgO.

<sup>17</sup> § 35 Abs. 2 UVgO.

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf, VII-Verg 86/11; OLG Frankfurt, 11 Verg 11/14; 11 Verg 8/11; OLG Koblenz, 1 Verg 2/12; VK Rheinland-Pfalz, VK 2 - 49/11.

<sup>19</sup> OLG Frankfurt, 11 Verg 8/11; OLG Koblenz, 1 Verg 2/12; VK Niedersachsen, VgK-42/2013; VK Rheinland-Pfalz, VK 2 - 49/11.

Weiter Rahmen an  
Eignungsnachweisen eröffnet  
weiten beurteilungsspielraum

vorzulegenden Nachweisen aufstellt. **Folglich kann eine Vergabestelle auch einen weiten Rahmen abstecken, innerhalb dessen es jedem Bieter freisteht, wie er seine Eignung darlegt.** Um jedoch eine Prognoseentscheidung hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Auftragsausführung treffen zu können, benötigt der Auftraggeber ein Mindestmaß an objektiven Informationen. Dieses Mindestmaß sollte der abgesteckte Rahmen nicht unterschreiten.

Gesetzliche Beschränkungen des  
Beurteilungsspielraumes

Für **EU-weite Vergaben** wird der Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers bei der Benennung der Eignungskriterien begrenzt durch:

- **die explizite Beschränkung auf Kriterien zur Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit<sup>20</sup>,**
- **den Sachzusammenhang<sup>21</sup>,**  
ein Sachzusammenhang besteht, wenn ein Eignungskriterium mit dem Auftragsgegenstand sachlich in Verbindung steht, also nicht willkürlich erscheint,
- **den Grundsatz der Nichtdiskriminierung<sup>22</sup>,**  
der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gibt vor, dass die Eignungskriterien nicht dergestalt gewählt werden dürfen, dass bestimmte Unternehmen bevorzugt, bzw. benachteiligt werden,
- **den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>23</sup>,**  
der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, dass, bezogen auf den Auftragsgegenstand, keine „überzogenen“ Eignungsanforderungen benannt werden dürfen. So darf beispielsweise der geforderte Mindestjahresumsatz das Zweifache des geschätzten Auftragswerts grundsätzlich nicht überschreiten.<sup>24</sup>

Keine überzogenen  
Eignungsanforderungen

**Für nationale Vergaben** gelten die soeben gemachten Ausführungen entsprechend. Es dürfen nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind.<sup>25</sup> Darüber hinaus sind die Regelungen für den nationalen Bereich fragmentarischer als für EU-Vergaben. Gleichwohl lassen sich die benannten Grundsätze in verschiedenen Regelungen implizit wiederfinden.

- Als ein Anwendungsfall des **Grundsatzes der Nichtdiskriminierung** darf der Wettbewerb z.B. nicht auf Unternehmen, welche in einer bestimmten Region ansässig sind, beschränkt werden.<sup>26</sup>
- In Übereinstimmung mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

<sup>20</sup> § 122 Abs. 2 und 4 GWB, s. insoweit auch §§ 44-46 VgV für den Liefer- und Dienstleistungsbereich.

<sup>21</sup> § 6 EU Abs. 2 VOB/A.

<sup>22</sup> § 97 Abs. 2 GWB.

<sup>23</sup> § 6 EU Abs. 2 VOB/A.

<sup>24</sup> § 6a EU Nr. 2 c) VOB/A.

<sup>25</sup> §§ 33 Abs. 1 Satz 2, 35 Abs. 1, 5 UVgO.

<sup>26</sup> § 6 Abs. 1 VOB/A; § 36 Abs. 1 Satz 2 UVgO..

**steht** es dem Auftraggeber frei, andere auf den Auftrag bezogene zusätzliche, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde erforderliche, Angaben verlangen<sup>27</sup> oder andere ihm geeignet erscheinende Nachweise zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit zulassen, wenn hierfür stichhaltige Gründe bestehen.<sup>28</sup> Darüber hinaus ist es auch unverhältnismäßig, Anforderungen zu stellen, welche in keinem **Sachzusammenhang** zum zu vergebenden Auftrag stehen.

Bei **kleinen und risikoarmen Projekten**, welche auch für die Bewerbung durch Existenzgründer von Interesse sein könnten, ist daher besonders sorgfältig zu prüfen, ob die aufgestellten Eignungskriterien und die Anforderungen an die entsprechenden Nachweise die vorstehend ausgeführten Grundsätze derart umsetzen, dass damit insbesondere auch Existenzgründern die Möglichkeit zur Teilnahme an dem Vergabeverfahren geboten wird. Wenn hinsichtlich eines Auftrages weder hinsichtlich des Auftragsumfangs noch seiner Komplexität entsprechende objektive Gründe vorliegen und er weder in technischer/fachlicher noch in wirtschaftlicher Hinsicht erhöhte Anforderungen an den

Auftragnehmer stellt, **kann** das Ermessen, das dem Auftraggeber hinsichtlich der Benennung von Eignungskriterien, die die Zulassung von Existenzgründern ermöglichen zusteht, auf Null reduziert sein.<sup>29</sup>

Beurteilungsspielraum bzgl. Zulassung von Existenzgründern kann ausgeschlossen sein

**a. Nachweis der Fachkunde**

Ein Bieter weist die notwendige Fachkunde auf, wenn er die zur ordnungsgemäßen Durchführung des Auftrages erforderlichen Kenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten besitzt.<sup>30</sup> Fachkunde ist nachgewiesen, wenn z.B. geforderte Referenzen vorgelegt werden können. Dies ist aber **nur eine mögliche Form des Nachweises** von Fachkunde.

Fachkunde

Anforderungen an Referenzen

Nicht vorausgesetzt werden kann, dass jeder Bieter **identische** Leistungen bereits erbracht hat, da anderenfalls Existenzgründern der Marktzutritt in mit dem Wettbewerbsgedanken nicht vereinbarender Art und Weise beschränkt bzw. sogar unmöglich würde. Anerkannt ist jedoch, dass die Bieter grundsätzlich bereits Aufgaben ausgeführt haben müssen, die hinsichtlich der technischen, handwerklichen und organisatorischen Anforderungen einen **zumindest ähnlichen Schwierigkeitsgrad** aufweisen.

Existenzgründer, die die ausgeschriebene oder eine vergleichbare Leistung noch nicht erbracht haben, dürfen nicht allein aus diesem Grund vom Wettbewerb ausgeschlossen werden.

Nationale Verfahren:

**Nationale Verfahren:**

Vielmehr besteht für sie die Möglichkeit, soweit sich aus dem Projekt keine

<sup>27</sup> § 6a Abs. 3 VOB/A; § 33 Abs. 1 Satz 2 UVgO.

<sup>28</sup> § 6a Abs. 4 VOB/A; § 35 Abs. 5 UVgO.

<sup>29</sup> OLG Düsseldorf Verg 33/01; § 6a EU VOB/A.

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss Verg 33/01.



#### Zusätzliche Eignungsnachweise

überwiegenden Gründe für strenge Eignungskriterien ergeben, den **Nachweis der Eignung durch alternative Eignungsnachweise** zu erbringen. Für nationale Verfahren ist normiert, dass andere, auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Angaben verlangt werden können.<sup>31</sup> In Betracht kommen können dabei zusätzliche (im Sinne von alternative) Nachweise z.B. Bezugnahme auf Erfahrungen, Kenntnisse und Fertigkeiten von Mitarbeitern. Insoweit können z.B. frühere Arbeitszeugnisse des Existenzgründers/Personals herangezogen werden. Sofern die Vergabestelle zum Nachweis einer bestimmten Fachkunde von dem Bewerber bestimmte Zertifizierungen fordert, sind ergänzend gleichwertige Nachweise zuzulassen.

#### EU-Verfahren:

#### Vorgabe eines weiten Rahmens

#### bzgl. vorzulegender Nachweise

#### EU-Verfahren:

Bei EU-Verfahren können zwar keine alternativen Nachweise erbracht werden, der Auftraggeber kann jedoch aufgrund seines Ermessens bei den vorzulegenden Nachweisen einen weiten Rahmen vorgeben, innerhalb dessen es jedem Bieter freisteht, wie er seine Eignung darlegt.<sup>32</sup>

#### Leistungsfähigkeit

#### Grds. Umsatzzahlen

**b. Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit**  
Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit werden vom öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich die Umsatzzahlen der letzten drei Jahre, Jahresabschlüsse oder Mindestumsätze gefordert.

#### Besonderheit Existenzgründer

#### Ausn. Alternative Nachweise

Ein Existenzgründer wird solche Nachweise regelmäßig nicht erbringen können. Daher sieht die VOB/A vor, dass der öffentliche Auftraggeber ausnahmsweise, bei Vorliegen stichhaltiger Gründe, andere ihm geeignet erscheinende Nachweise der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit zulassen kann (z.B. Bankenauskunft).<sup>33</sup>

#### Zulässige Rückschlüsse

Aus der Tatsache, dass in der Vergangenheit bereits größere Projekte abgewickelt wurden und ein größerer Umsatz erzielt wurde, kann grundsätzlich der Rückschluss gezogen werden, dass ein kleinerer Auftrag dann erst recht erfüllt werden kann.<sup>34</sup>

Andererseits rechtfertigen Umsatz- und Verlustzahlen eines Existenzgründers für sich genommen nicht zwingend den Schluss auf eine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit, da Verluste eines Existenzgründers nicht notwendigerweise Ausdruck einer schlechten wirtschaftlichen Entwicklung sind.<sup>35</sup>

#### Technische Leistungsfähigkeit

#### Besondere Obacht bei kleinen und

**c. Nachweis der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit**  
Für die berufliche und technische Leistungsfähigkeit eines Baubetriebs müssen die erforderlichen Maschinen, Geräte und Materialien sowie die

<sup>31</sup> § 6a Abs. 3 VOB/A § 35 Abs. 1 und 5 UVgO.

<sup>32</sup> § 6a EU VOB/A „Kann-Regelung“.

<sup>33</sup> § 6a Abs. 3 und 4, § 6a EU Nr. 2 a.E VOB/A; § 35 Abs. 1 und 5 UVgO.

<sup>34</sup> 1. VK Bund, VK 1 - 45/03.

<sup>35</sup> 1. VK Bund, VK 1 - 23/01.

risikoarmen Projekten

betrieblichen Fachabteilungen einsetzbar sein. Dies gilt gleichermaßen auch für Existenzgründer. Die erforderlichen Maschinen können auch von Dritten angemietet werden. Soweit es sich um nicht allgemein verfügbare Maschinen handelt, muss vom Bieter eine Verpflichtungserklärung des Dritten zur Überlassung für den Zeitraum der Ausführung des Auftrages vorgelegt werden.

Empfehlungen:

Benennung von Eignungskriterien  
einzelfallabhängig

Beurteilungsspielraum bei der  
Benennung von  
Eignungsanforderungen

EU-Verfahren

Nationale Verfahren

#### 4. Empfehlungen

- Der Auftraggeber **muss** die geforderten Eignungsanforderungen von dem Umfang, bzw. der Komplexität der Leistung abhängig machen; dabei hat er zu beachten, dass die Eignungsanforderungen auftragsbezogen, nichtdiskriminierend und dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen.
- Mit der Festlegung von, bezogen auf die Vertragserfüllung vertretbaren, aber entsprechend niedrigschwelligen Eignungsanforderungen gerade bei kleinen und/oder risikoärmeren Projekten wird auch Existenzgründern die Möglichkeit eröffnet, sich um den Auftrag mit Erfolg zu bewerben. Der Auftraggeber sollte den bestehenden Beurteilungsspielraum entsprechend ausnutzen.
- Bei **EU Verfahren** sollte die Vergabestelle einen weiten Rahmen abstecken, innerhalb dessen es jedem Bieter freisteht, wie er seine Eignung nachweist.
- Kann der Existenzgründer keine Eignungsnachweise vorlegen, die eine mehrjährige Tätigkeit am Markt voraussetzen, muss der Auftraggeber in **nationalen Verfahren zusätzliche Eignungsnachweise** zulassen. Insoweit können z.B. frühere Arbeitszeugnisse des Existenzgründers/Personals herangezogen werden. Diese Angaben **muss** der Auftraggeber als Nachweis akzeptieren.