



C. ADOBE STOCK

Wie lange hält eine Eignung?

Vergaberecht. Unsere Rechtsexperten **Johann Hwezda** und **Nina Anzeletti** über die wichtigsten Bestimmungen und aktuelle Rechtsprechung betreffend die Aktualität von Eignungsnachweisen in öffentlichen Vergabeverfahren.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (LVwG NÖ) ist in einer aktuellen Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechungslinie hinsichtlich der Eignungsprüfung abgegangen. Der nunmehr strengeren Rechtsauffassung des LVwG NÖ zufolge, begründet die Abgabe von „zu alten“ Eignungsnachweisen (d. h. Dokumenten, die nicht die vom Auftraggeber aus-

drücklich geforderte Aktualität aufweisen) einen nicht verbesserbaren Mangel. Ein davon betroffenes Angebot wäre demnach verpflichtend vom Auftraggeber auszuschneiden.

Aktuelle Entscheidung aus Niederösterreich

Im gegenständlichen Fall hatte der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass sämtliche Eignungsnachweise nicht älter als zwei Monate sein dürfen. Ein Bieter übermittelte mit seinem Angebot dennoch mehrere Nachweise (u. a. eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Finanzbehörde), die – z. T. deutlich – älter waren. Der Auftraggeber schied das Angebot daraufhin aus, was das LVwG NÖ letztlich als rechtskonform bestätigte.

Die vorliegende Entscheidung ist insofern bemerkenswert, da die bisherige Rechtsprechung in derartigen Fällen relativ einhellig die Rechtsansicht vertritt (und wohl auch weiterhin überwiegend vertritt), dass der Auftraggeber im Fall „zu alter“ Nachweise grundsätzlich verpflichtet ist, vom Bieter zunächst aktuellere Bestätigungen einzufordern und dem Bieter so eine Chance zur Behebung des Mangels zu geben. Ob sich die geschilderte strengere Sichtweise des LVwG NÖ durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Da die Aktualität von Eignungsnachweisen in der Praxis aber immer wieder zu Problemen führt, werden im Folgenden kurz die wesent-

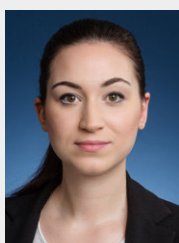
lichsten Vorgaben in diesem Zusammenhang dargestellt.

Eignung im Sinne des Bundesvergabegesetzes

Öffentliche Auftraggeber haben Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu vergeben. Welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignungsprüfung vorgelegt werden müssen, entscheidet der Auftraggeber. Das Bundesvergabegesetz lässt dem Auftraggeber bei dieser Festlegung relativ viel Spielraum. Die Kriterien müssen allerdings auf den konkreten Leistungsgegenstand bezogen und einer Überprüfung auf Basis der als Nachweise festgelegten Urkunden zugänglich sein.

Der Auftraggeber hat schließlich anhand dieser Unterlagen zu prüfen, ob die am Verfahren teilnehmenden Unternehmer zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen

- befugt (Nachweis der Befugnis z. B. durch Vorlage eines Auszugs aus dem Gewerbeinformationssystem Austria),
- beruflich zuverlässig (Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit z. B. durch Vorlage von Strafregisterbescheinigungen und der Verbandsregisterauskunft) und
- leistungsfähig (Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit z. B. durch Vorlage eines KSV-Auszuges oder einer Bonitätsauskunft);



Mag. **Nina Anzeletti** ist Rechtsanwaltsanwältin im Vergaberechtsteam von WOLF THEISS. Sie betreut regelmäßig Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung von Bauleistungen und baunahen

Dienstleistungen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite.



Mag. **Johann Hwezda** ist Rechtsanwalt im Vergaberechtsteam von WOLF THEISS. Innerhalb des Vergaberechts hat er sich insbesondere auf Vergabeverfahren für komplexe Planungsaufträge, Bauprojekte und PPP Themen spezialisiert.

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit z. B. durch Vorlage von Referenzen) sind, sowie,

- dass keine Ausschlussgründe (z. B. bestimmte strafrechtliche Verurteilungen von Organen) vorliegen.

Aktualität von Eignungsnachweisen

Zur Aktualität der Nachweise sieht das Gesetz vor, dass grundsätzlich „letztgültige“ Nachweise für die Eignungsprüfung heranzuziehen sind. Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren, was für die konkret geforderten Nachweise jeweils unter „letztgültig“ zu verstehen ist. Naheliegender ist, dass Nachweise die aktuelle Situation des Bieters bzw. Teilnehmers widerspiegeln müssen. Üblich ist hierbei eine Festlegung zwischen zwei und sechs Monaten. Als unzumutbar wird die Bereithaltung von wesentlich aktuelleren oder gar tagesaktuellen Unterlagen anzusehen sein, da diese Anforderung mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand für Unternehmer verbunden wäre.

Nachreichung von Eignungsnachweisen

Hinsichtlich der Verbesserungsfähigkeit bzw. der Möglichkeit der Nachreichung von (aktuelleren) Eignungsnachweisen muss unterschieden werden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (d. h. die Eignung selbst) fehlt (= unbehebbarer Mangel) oder ob es bloß am Nachweis des an sich bereits bestehenden Umstands mangelt (= i. d. R. behebbbarer Mangel). Hat daher beispielsweise ein Bieter zum maßgeblichen Zeitpunkt die notwendige Befugnis besessen, hat aber dafür keinen (ausreichend aktuellen) Nachweis vorgelegt, wird der Mangel i. d. R. behebbbar sein. Hat aber die Befugnis selbst zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht bestanden, ist der Mangel vergaberechtlich grundsätzlich unbehebbar. Generell und nach der bisher herrschenden Rechtsprechung können fehlende bzw. nicht ausreichend aktuelle Eignungsnachweise (z. B. Firmenbuchauszüge, Sozialversicherungsnachweise etc.) daher nachgereicht werden.

Nicht nur zu „alte“, auch zu „junge“ Eignungsnachweise können Probleme bereiten. Das gilt konkret für Strafregisterbescheinigungen. Werden diese nachgereicht

und liegt das Ausstellungsdatum nach dem Ende der Teilnahmeantrags- bzw. der Angebotsfrist (wobei es sich jeweils um den relevanten Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung handelt), wird dies von den Gerichten z. T. als unzureichend angesehen. Dies wird damit begründet, dass die (recht theoretische) Möglichkeit besteht, dass aufgrund der gesetzlichen Tilgungsfristen Verurteilungen, die im geforderten Zeitfenster noch aufgeschienen wären, zu einem späteren Zeitpunkt im Auszug nicht mehr ersichtlich sind. Sollte der Unternehmer keine Auszüge aus dem vom Auftraggeber genannten Zeitraum vorlegen können, kann durch den Auftraggeber daher nicht festgestellt werden, ob die Eignung zum verfahrensrelevanten Zeitpunkt vorlag. Er hätte ein solches Angebot daher auszuschneiden.

- Alternativen – Verweis auf Datenbank bzw. Vorlage einer Eigenerklärung. Das BVergG sieht für Unternehmen, die nicht sofort mit dem Angebot bzw. Teilnahmeantrag alle geforderten Eignungsnachweise abgeben wollen oder können, zwei Alternativen vor:
- Anstelle der sofortigen Vorlage von Nachweisen kann der Unternehmer seine Eignung zunächst durch Vorlage einer (Einheitlichen Europäischen) Eigenerklärung belegen.
- Anstelle der direkten Übermittlung von Nachweisen an den Auftraggeber haben Unternehmer die Möglichkeit, die geforderten Eignungsnachweise in einer für den Auftraggeber kostenlos zugänglichen Datenbank hochzuladen und im Angebot auf diese zu verweisen.

Unternehmer sollten vor der Entscheidung für die oben genannten Alternativen Folgendes beachten:

Eine Eigenerklärung muss sich auf die verlangten Eignungskriterien, also auf das konkrete Vergabeverfahren beziehen. Die bloße Erklärung „geeignet und befugt“ zu sein, ist unzureichend. Der Unternehmer muss zudem in der Eigenerklärung angeben, über welche Befugnisse er verfügt, und sich ausdrücklich bereit erklären, sämtliche Nachweise im Laufe des Vergabeverfahrens unverzüglich vorzulegen, falls der Auftraggeber ihn dazu auffordert. Im Oberschwellenbereich hat der Auftrag-

geber zumindest beim präsumtiven Zuschlagsempfänger auch im Fall der Abgabe einer Eigenerklärung die festgelegten Eignungsnachweise einzufordern.

Bei der Verwendung von Datenbanken sollten Unternehmer vor Abgabe des Angebots (in dem auf die Datenbank verwiesen wird) prüfen, ob dort sämtliche Eignungsnachweise in der geforderten Aktualität enthalten sind. Nach der Rechtsprechung ist der Verweis auf die Datenbank bereits als erster Versuch der Nachweiserbringung zu qualifizieren. Sollte der Auftraggeber in dieser Datenbank daher nicht sämtliche Eignungsnachweise in der geforderten Aktualität auffinden, hat der Unternehmer nur noch eine einzige Chance zur Verbesserung. Dies ist umso schwerwiegender, wenn erst im Rahmen einer Aufforderung zur Nachreichung auf eine Datenbank verwiesen wird. Da darin in einer solchen Konstellation bereits die (einzige) Verbesserungschance besteht, wäre das Fehlen aktueller Nachweise in der Datenbank diesfalls grundsätzlich nicht mehr sanierbar. ◇

PRAXISTIPPS

- ▶ **Festlegungen des Auftraggebers** betreffend die Eignungsnachweise genau beachten und bei Unklarheiten hinterfragen (Bieterfrage stellen);
- ▶ Auch im Fall der Verwendung von Eigenerklärungen **sämtliche Eignungsnachweise** in der verlangten Aktualität bereithalten, da diese auf Verlangen des Auftraggebers grundsätzlich unverzüglich vorzulegen sind (im Oberschwellenbereich muss der Auftraggeber die Nachweise z. T. sogar verlangen);
- ▶ Sollten in den **Ausschreibungsunterlagen** keine konkreten Angaben betreffend die Aktualität der Nachweise enthalten sein, im Zweifel mit einer entsprechenden Bieteranfrage um Konkretisierung ersuchen;
- ▶ Im Fall der **Nutzung einer Datenbank** für die Nachweiserbringung genau prüfen, ob der Auftraggeber zu dieser Datenbank tatsächlich kostenlosen Zugang hat und in der Datenbank sämtliche Nachweise in der geforderten Aktualität abrufbar sind.