

Jede Menge Unklarheiten

Anforderungen an die Verpflichtungserklärung beim Nachunternehmereinsatz gemäß neuer VOB/A

Bei europaweiter Ausschreibung verlangt die VOB/A neuerdings vom Bieter eine Verpflichtungserklärung für den Fall, dass Nachunternehmer eingesetzt werden sollen. Sie führt vor den Vergabekammern zu Problemen, weil sie nicht einheitlich ausgelegt wird. Damit die Ingenieurbüros, die ja von den Vergabestellen häufig zur Unterstützung herangezogen werden, diese Vorschrift richtig interpretieren und wissen, wie eine solche Ausschreibung funktionieren müsste, werden hier die Fakten und Zusammenhänge aus der Sicht einer erfahrenen Vergabejuristin erläutert.

Von Ingeborg Diemon-Wies

Bislang galt in der VOB/A der Grundsatz der Selbstausführung im eigenen Betrieb. Als geeignete Bewerber für den Zuschlag kamen nur solche Unternehmen in Betracht, die in ihrem Betrieb über die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen technischen Mittel verfügten, die also in der Lage waren, wesentliche Teile der Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Dies folgte man aus dem Begriff der gewerbsmäßigen Befassung mit der Ausführung der Leistungen (§ 8 Nr. 2 VOB/A) [1]. Vor diesem Hintergrund war der Einsatz von Nachunternehmern nicht unproblematisch, wenn die Nachunternehmerleistungen einen bestimmten Umfang erreichten.

Der Grundsatz der Selbstausführung im eigenen Betrieb ist durch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die dann

Eingang in die Verdingungsordnungen gefunden haben, jedenfalls für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, definitiv so nicht mehr aufrecht zu erhalten.

Nach Ansicht des EuGH [2] konnte eine Konzern-Holdinggesellschaft, die vermittelt einer rechtlich selbstständigen, im Baubereich operativ tätigen Tochtergesellschaft über die zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags notwendigen Ressourcen verfügte, nicht mit der Begründung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, die Holding sei für sich betrachtet nicht geeignet. Vielmehr meinte der EuGH, die Gesellschaft müsse im Hinblick auf ihre Zulassung zu einem Vergabeverfahren lediglich ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit dartun, indem sie auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweist, zu denen sie unmittelbar oder mittelba-

re Verbindungen hat – welcher Rechtsnatur diese auch sein mögen –, und sie müsse nachweisen, dass sie tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel verfügen kann, die sie nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind [3]. Einem Bieter könne gemeinschaftsrechtlich nicht verwehrt werden, sich bei der Auftragsvergabe auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, sofern er den Nachweis erbringt, dass er über die Mittel leistungsfähiger Dritter verfügt [4].

Diese Rechtsprechung des EuGH ist für die VOL/A durch § 4 Abs. 4 VgV und für die VOB/A durch § 6 Abs. 2 Nr. 2 VgV umgesetzt und mittlerweile in § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A und § 8a Nr. 10 VOB/A als Regelung aufgenommen worden.

Damit ist der Einsatz von Dritten bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte grundsätzlich unabhängig vom Umfang dieser Leistungen zulässig.

Wer ist Dritter?

„Dritter“ im Sinne dieser Vorschriften ist nicht nur eine Konzerngesellschaft oder ein Generalübernehmer, sondern auch jeder Nachunternehmer. In der Rechtsprechung des EuGH wird nicht zwischen einem Nachunternehmerverhältnis und einer Konzerngesellschaft differenziert, sondern der EuGH kennt nur den Begriff des „Dritten“, wobei die Rechtsnatur der „Verbindungen“ zwischen diesen Personen, also dem Bieter und dem Dritten, unerheblich ist. Auch § 8a Nr. 10 VOB/A beziehungsweise § 7a Nr. 3 Abs. 6

BEI WETTBEWERBEN herrschen strenge Regeln, eine davon ist die VOL/A-Verpflichtung des Bieters zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung, wenn bei europaweiten Ausschreiben Nachunternehmer eingesetzt werden sollen. Wie sie genau zu definieren ist, wird derzeit diskutiert



Ingeborg Diemon-Wies

Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms Universität (Münster); nach juristischem Referendariat und verschiedenen Tätigkeiten bei der Bezirksregierung Arnsberg, im Innen-

ministerium NRW und an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung als juristische Dezernentin des Landes NRW bei der Bezirksregierung Münster tätig; seit 2001 Vorsitzende der Vergabekammer Münster.

VOL/A bestimmen ohne nähere Eingrenzung, dass der Bieter sich bei der Erfüllung seines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen darf.

Der Wortlaut dieser Vorschrift erfasst somit auch die Nachunternehmer, die im Verhältnis zum Bieter andere Unternehmer sind und ihm bei der Erfüllung des Auftrages helfen sollen. Die Ausgestaltung und der Umfang eines Nachunternehmereinsatzes bleiben in diesen neuen Vorschriften völlig offen. Es wird vielmehr lediglich verlangt, dass der Bieter in diesem Fall – wenn er also einen anderen Unternehmer einschalten will – dem Auftraggeber gegenüber nachweist, dass ihm die erforderlichen Mittel (des anderen Unternehmers) zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieses Unternehmers, also des Nachunternehmers, vorlegt.

Welche Anforderungen sind an die Nachweise zu stellen?

Die Vergabekammer Bund [5] meinte, dass eine solche Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers der Vergabestelle eine größere Sicherheit bei der Überprüfung der Angaben der Bieter eröffne. Denn es sei durchaus denkbar, dass ein Bieter einen Nachunternehmer benennt, ohne sich dessen Mitwirkung zu versichern. Ein solcher Bieter würde sich auf Kosten der übrigen Bieter, die mit ihren Nachunternehmern möglicherweise bereits Vorverträge geschlossen haben, einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Die Verpflichtungserklärung sei somit eine schriftliche Bestätigung, dass der genannte Nachunternehmer auch tatsächlich zur Verfügung steht.

Nach dem Erlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zur VOL-Neufassung des Teils A vom 6. November 2006 soll es sich um eine „rechtsverbindliche Zusage der Auftragserfüllung durch die anderen Unternehmen“ handeln.

Demgegenüber führte die Vergabekammer Südbayern [6] aus: Nachdem sowohl das Vergabehandbuch als auch § 8a Nr. 10 VOB/A 2006 hierzu keine nähere Erläuterung abgeben, was unter einer Verpflichtungserklärung

zu verstehen ist, muss diesbezüglich auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden. Hiernach versteht man unter einer Verpflichtungserklärung die Verpflichtung eines Rechtsträgers zur Vornahme eines Tuns, Duldens oder Unterlassens. Im Normalfall bedeutet diese Verpflichtung, dass ein Anspruch gegen den Verpflichteten besteht. Hierzu genügen keinesfalls unverbindliche Absichtserklärungen. Vielmehr muss der Bieter von seinem benannten Nachunternehmer nach Zuschlagserteilung die Durchführung eines Werkvertrages fordern können. Dies bedeutet, dass für eine Verpflichtungserklärung nur aufschiebend bedingte, verbindliche Vorverträge oder rechtlich verbindliche Einstandsverpflichtungserklärungen von der Vergabestelle akzeptiert werden können.

In diesem Zusammenhang sind die Vorgaben der Vergabestellen sorgfältig zu beachten. Eine Verpflichtungserklärung soll in erster Linie den Nachweis erbringen, dass der Bieter im Falle der Auftragserteilung auf den Nachunternehmer zurückgreifen kann, beziehungsweise dessen technischen Mittel zur Auftragsdurchführung zur Verfügung stehen. Insofern müsste eine schriftliche Bestätigung des Nachunternehmers – sofern die Vergabestelle keine genauen Vorgaben macht – in der Form einer rechtsverbindlichen Zusage ausreichen. Aufschiebend bedingte, verbindliche Vorverträge zu fordern, scheint überzogen zu sein.

Die geforderte Verpflichtungserklärung kann in bestimmten Fällen auch Nachweis für die Eignung des Nachunternehmers sein. Das Oberlandgericht Düsseldorf [7] entschied einen Fall, in dem es um einen Abfallentsorgungsauftrag ging. Die Vergabestelle verlangte, dass Subunternehmer zu nennen waren und die Bieter zum Nachweis der Eignung der Unterauftragnehmer bestimmte Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit dem Angebot beizufügen hatten. Ein Bieter wollte den Austausch defekter Mülltonnen durch einen Nachunternehmer durchführen lassen, hatte aber die verlangten Nachweise seinem Angebot nicht beigelegt. Das Oberlandgericht meinte: Soweit die Bewerbungs- und Angebotsbedingungen für den Fall eines Nachunternehmereinsatzes den Nachweis der techni-

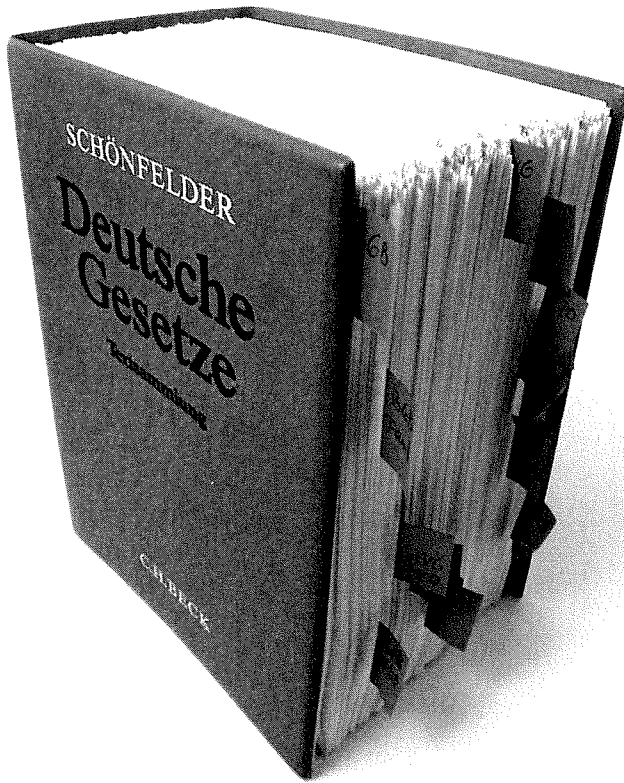
schen Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers verlangen, handelt es sich im Rechtsinn um keinen zusätzlichen beizubringenden Nachweis. Im Umfang einer beabsichtigten Nachunternehmerbeauftragung hat der Bieter nicht die eigene Eignung und Leistungsfähigkeit, sondern – und zwar grundsätzlich anhand derselben Anforderungen, die vom Auftraggeber für den Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit des Bieters aufgestellt worden sind – die Leistungsfähigkeit des dritten Nachunternehmers nachzuweisen.

Ausschluss des Angebots, wenn der Nachweis fehlt?

Grundsätzlich wird man die Verpflichtungserklärung als geforderte Erklärung im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A einstufen, so dass sie bei der Wertung des Angebots bereits auf der ersten Wertungsstufe zu prüfen ist.

Die Vergabekammer Nordbayern [8] führte aus, dass diese Verpflichtungserklärung zwar nicht in der Bekanntmachung genannt werden müsste, weil sich dies nicht aus § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. s VOB/A herleiten lasse. Aber das Angebot des Bieters hielt die Vergabekammer im konkreten Fall für unvollständig im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A, weil die nach Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen [9] verlangte Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers fehlte. Die Vergabestelle musste somit das Angebot dieses Bieters zwingend von der Wertung auf der ersten Stufe ausschließen. Das Oberlandgericht München [10] bestätigte diese Auffassung der Vergabekammer. Das Oberlandgericht wies auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [11] hin, wonach nur vollständige Angebote gewertet werden dürfen. Die Verpflichtungserklärung, deren Vorlage von der Vergabestelle mehrfach gefordert war, stelle sicher, dass der Bieter, der sich der Mithilfe von Nachunternehmern bedienen will, ein tragfähiges und zuverlässiges Angebot unterbreitet. Die Verpflichtungserklärung stelle nicht sicher, dass der Bieter fachkundig ist, sondern dass er verbindlich mit der Leistung des Nachunternehmers disponieren könne.

Der Ausschluss eines Angebots kommt



WENN GESETZE verschieden ausgelegt werden, entstehen Probleme – so auch für die Vergabekammern, die derzeit die Verpflichtungserklärung für Nachunternehmer bei europaweiten Ausschreibungen einheitlich zu fassen versuchen.

bote, die diese Voraussetzungen dann nicht erfüllen, sind bereits auf der ersten Wertungsstufe zwingend auszuschließen.

Änderungen nach Vertragsschluss?

Der Bieter, der in seinem Angebot für näher bezeichnete Leistungsteile Nachunternehmer benennt, ist mit Ablauf der Angebotsabgabefrist hieran gebunden. Er kann für die betreffenden Arbeiten weder einen anderen noch einen zusätzlichen Nachunternehmer anbieten. Eben sowenig darf der öffentliche Auftraggeber eine dahingehende Angebotsänderung gestatten. Der Bieter ist in gleicher Weise gehindert, sein Angebot dahin abzuändern, dass die in Rede stehenden Arbeiten nicht mehr durch einen Nachunternehmer, sondern im eigenen Betrieb ausgeführt werden sollen [16].

Rechtliche Konsequenzen

Das Fehlen von geforderten Verpflichtungserklärungen zum Nachunternehmereinsatz, die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzulegen waren, führt zwingend zum Ausschluss des Angebots, weil es unvollständig ist und deshalb – unabhängig vom Umfang des geplanten Nachunternehmereinsatzes sowie der wettbewerblichen Relevanz – auf der ersten Wertungsstufe gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A dem Ausschluss unterliegt. Diese Rechtsfolge gilt auch im Bereich der VOL/A, weil aus dem Wortlaut von § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A (können) in bestimmten Fällen der Ausschluss eines Angebots nicht mehr dem Ermessen des Auftraggebers unterliegt [17].

nach Auffassung der Vergabekammer Münster [12] auch nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A in Betracht, wenn die Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers zwar formal dem Angebot beigefügt wurde, die Vergabestelle den Nachunternehmer aber aus anderen Gründen für nicht geeignet, das heißt, für nicht fachkundig, leistungsfähig oder zuverlässig hält. Die Vergabestellen können – unabhängig von der Verpflichtungserklärung – die Eignung der Nachunternehmer anhand derselben Regelungen prüfen, die auch für die Bieter gelten. Die Eignung des Bieters und der Nachunternehmer stellt eine Einheit dar. Eine Splittung ist vergaberechtlich nicht zulässig.

Vorgaben zum Nachunternehmereinsatz durch die Vergabestellen zulässig?

Allerdings bleibt es den Vergabestellen – trotz der Neuregelung in § 8a Nr. 10 VOB/A – vorbehalten, in den Verdingungsunterlagen bestimmte Vorgaben zum Einsatz und zum Umfang eines Nachunternehmereinsatzes zu machen.

Die grundsätzlich zuzulassende Einschaltung von Nachunternehmern kann durch die konkrete Ausgestaltung einer geforderten Nachunternehmererklärung beschränkt werden [13]. Diese Auffassung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf nach Einführung des § 4 Abs. 4 VgV für konzernverbundene Unternehmen, die ebenfalls Dritte im Sinne dieser Vorschrift sind, wiederholt [14]. Will ein Bewerber sich zum Zwecke des Eignungsnachweises auf die Leistungsfähigkeit dritter Unternehmen berufen, muss er – sofern die Ver-

gabestelle daran keine Einschränkungen angebracht hat – die geforderten Erklärungen und Nachweise (auch) in der Person des Dritten vorlegen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf führte aus, dass ein bestimmter oder bestimmbarer „Kern“ an eigener Leistungsfähigkeit von dem Bieter nicht gefordert werden dürfe, wenn keine Einschränkungen durch die Vergabestellen in den Verdingungsunterlagen gemacht wurden. Daraus kann geschlossen werden, dass es der Vergabestelle unbenommen ist, in den Verdingungsunterlagen diese Einschränkungen vorzunehmen. Es ist Sache der Vergabestellen in den Verdingungsunterlagen ausdrückliche Vorgaben zu den von den Bietern geforderten Angaben und Erklärungen zu machen [15]. Das bezieht sich auch auf den Umfang des Nachunternehmereinsatzes.

Vorsicht ist in diesem Zusammenhang mit den Vordrucken im Vergabehandbuch geboten. Dort wird beispielsweise im EVM (B) Bw/B/E EG 212 EG unter Ziffer 7 bestimmt:

Beabsichtigt der Bieter, sich bei der Erfüllung eines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen zu bedienen, muss er dem Auftraggeber hinsichtlich der Eignung nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Er hat entsprechende Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen mit dem Angebot vorzulegen.

Damit fordert die Vergabestelle von den Bietern, bereits mit Angebotsabgabe eine Verpflichtungserklärung hinsichtlich potenzieller Nachunternehmer vorzulegen, obwohl in vielen Fällen die Bieter noch keinen konkreten Nachunternehmer benennen können. Ange-

Literatur

- [1] OLG Düsseldorf, 19.07.2000, Verg 10/00
- [2] EuGH, 14.04.1994, Rs. C-389/92, Ballast Nedam
- [3] EuGH, 02.12.1999, Rs. C-176/98
- [4] EuGH, 18.03.2004, Rs. C-314/01
- [5] VK Bund, 14.08.2006, VK 2-80/06
- [6] VK Südbayern, 23.10.2006, 30-09/06
- [7] OLG Düsseldorf, 22.12.2004, Verg 81/04; vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, 13.04.2006, VII-Verg 10/06
- [8] VK Nordbayern, 09.10.2006, 21 VK-3194-30/06, so auch das OLG Koblenz, 13.02.2006, 1 Verg 1/06
- [9] Ziffer 7 des Vergabehandbuchs: Er hat entsprechende Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen mit dem Angebot vorzulegen.
- [10] OLG München, 06.11.2006, Verg 17/06
- [11] BGH, 18.02.2003, X ZB 43/02
- [12] VK Münster, 13.02.2007, VK 17/06
- [13] OLG Düsseldorf, 21.12.2005, VII-Verg 69/05
- [14] OLG Düsseldorf, 28.06.2006, VII-Verg 18/06
- [15] VK Münster, 19.09.2006, VK 12/06
- [16] OLG Düsseldorf, 05.05.2004, VII-Verg 10/04
- [17] OLG Düsseldorf, 13.04.2006, VII-Verg 10/06