

festen Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit, die ihrerseits von einem Auftraggeber betrieben werden, der besondere oder ausschließliche Rechte genießt. Dies führt dazu, dass private Energieerzeuger i.d.R. ihre Tätigkeit nicht auf der Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte i.S. des §98 Nr.4 GWB ausüben, solange ihnen nicht selbst solche Rechte im Einzelfall gewährt wurden und diese Rechte darüber hinaus Grundlage ihrer Tätigkeit sind [56]. Das Risiko einer falschen Bewertung der Sektorenauftraggebereigenschaft im Einzelfall liegt beim Auftraggeber [57]. Zur Absicherung der Auffassung, ein Privatunternehmen unterfalle nicht mehr dem Begriff des Sektorenauftraggebers, besteht die Möglichkeit, durch die Bundesrepublik Deutschland bei der EU-Kommission nach Art.30 SKR 2004/17/EG die Feststellung beantragen zu lassen, dass die Energieerzeugung in Deutschland unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist [58]. Die Energieerzeugungsunternehmen selbst könnten von sich aus ein solches Verfahren

derzeit noch nicht einleiten, da Art.30 Abs.5 SKR 2004/17/EG eine Antragsbefugnis der Auftraggeber nur für den Fall einräumt, dass die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedsstaats Entsprechendes vorsehen, was aktuell in Deutschland nicht der Fall ist.

[56] Hieran ändert auch die Rechtssicht der VK Arnsberg nichts, die in einem Beschluss v. 13.6.2006 den Auftraggeberbegriff des §98 Nr.4 GWB im Sinne eines funktionalen Auftraggeberbegriffs dahingehend ausgedehnt hat, dass alle Mitglieder eines Energiekonzerns erfasst seien, wenn der Gesamtkonzern mit all seinen Töchtern auf dem Gebiet der Energieversorgung im weitesten Sinne tätig sei, VK Arnsberg, Beschluss v. 13.6.2006 – VK 10/06, Umdr. S.15, 16. Unabhängig davon, dass diese Einordnung ausschließlich im Lichte der alten SKR 93/38/EWG erfolgte, setzte sich die Kammer allein mit der Frage auseinander, ob die Konzernunternehmen auf einem Sektorengelände tätig seien. Sie klärte nicht die Frage, ob ausschließliche oder besondere Rechte die Einordnung als Sektorenauftraggeber rechtfertigen, und greift daher mit ihrer Betrachtung zu kurz. Darüber hinaus dürfte die von der VK angenommene „Infizierung“ eines anderen Konzernunternehmens mit dem Status des Sektorenauftraggebers nur dann vertretbar sein, wenn der Sektorenauftraggeber sich dieses Konzernunternehmens zur Erfüllung seiner Aufgaben im Sektorenbereich bedient.

[57] Vgl. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl., 2005, S. 168, 169.

[58] Zur Präzisierung der Durchführungsmodalitäten des Verfahrens nach Art.30 SKR 2004/17/EG hat die Kommission am 7.1.2005 eine Entscheidung erlassen, die u.a. die Mindestinhalte der Anträge, der Bekanntmachungen und Entscheidungen definiert, vgl. 2005/0000/EG, bekannt gegeben unter dem Az. K(2004) 5769, veröffentlicht im ABI. L 7/7 v. 11.1.2005.

Ingeborg Diemon-Wies, Vorsitzende der Vergabekammer Münster und Gerd Viegener, Rechtsreferendar

Die Beteiligung von Drittunternehmen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge

A. Einleitung

Mit der neuen Fassung der VOB/A traten einige, teils erhebliche Änderungen im deutschen Vergaberecht in Kraft. Dazu gehört auch der neu eingefügte §8a Nr.10 VOB/A [1]. Dieser gestattet Bietern, sich bei der Erfüllung ihres Auftrags anderer Unternehmen zu bedienen.

Die Vorschrift basiert auf Art. 47 Abs.2 und 48 Abs.3 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004, die wiederum auf die Rechtsprechung des EuGH zurückzuführen sind. Der EuGH [2] hatte in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass sich Bieter bei der Ausführung ihres Auftrages anderer Unternehmen bedienen können, wenn sie nachweisen, dass sie tatsächlich über die diesem Unternehmen zustehenden Mittel, die der Bieter nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügen.

Damit ist für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte der bisher geltende Grundsatz der überwiegenden Selbstausführung im eigenen Betrieb [3] so nicht mehr aufrecht zu erhalten. Folglich kommt nunmehr auch eine Auftragsvergabe an Generalübernehmer [4] in Betracht.

Ob die grundsätzlich zuzulassende Einschaltung von Generalübernehmern oder der Umfang des Nachunternehmereinsatzes durch die konkrete Ausgestaltung der Verdingungsunterlagen beschränkt werden kann, hat das OLG Frankfurt [5] mit „Nein“ beantwortet. In

[1] Für den Bereich der VOL/A vgl. §7a Nr.3 Abs.6 VOL/A.

[2] EuGH v. 14.4.1994 – C-389/92 –, Ballast Nedam Groep I; EuGH v. 2.12.1999 – C-176/98 –, EuGH v. 18.3.2004 – C-314/01 –, Siemens/ARGE Telekom.

[3] Vgl. dazu OLG Düsseldorf v. 16.5.2001 – Verg 10/00 –.

[4] Zum Begriff des Generalübernehmers Prieß/Decker, VergabeR 2004, 159, 160.

[5] OLG Frankfurt v. 2.3.2007 – 11 Verg 14/06 –, so auch VK Bund – VK 1-154/06 –.

Jem Fall hatte die Vergabestelle eine Eigenleistungsquote von 30% im eigenen Betrieb in den Ausschreibungsunterlagen gefordert. Der Gesetzgeber habe zur Umsetzung der europäischen Vorgaben § 6 Abs. 2 Nr. 2 in die VgV eingefügt. § 6 Abs. 2 Nr. 2 VgV bestimme, dass § 8 Nr. 2 Abs. 1 und § 25 Nr. 6 VOB/A mit der Maßgabe Anwendung finden, dass der Auftragnehmer sich bei der Erfüllung der Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen kann. Hierdurch sei das generelle Verbot der Generalübernehmervergabe oberhalb der Schwellenwerte obsolet geworden.

Die Forderung in den Verdingungsunterlagen nach einem Eigenleistungsanteil war damit vergaberechtswidrig und führte im Streitfall zur Aufhebung der gesamten Ausschreibung, weil das OLG Frankfurt gerade diejenigen Wettbewerber beeinträchtigt sah, die sich von vornherein nur der Leistungsfähigkeit Dritter bedienen hätten und durch die rechtswidrige Bedingung an einer Bewerbung gehindert wurden.

Das OLG Düsseldorf [6] führte für den Bereich der VOL/A aus, dass ein bestimmter oder bestimmbarer Kern an eigener Leistungsfähigkeit nicht gefordert werden dürfe. Will ein Bewerber sich zum Zwecke des Eignungsnachweises auf die Leistungsfähigkeit dritter Unternehmen berufen, muss er – sofern die Vergabestelle daran keine Einschränkungen angebracht hat – die geforderten Erklärungen und Nachweise (auch) in der Person des Dritten vorlegen.

B. Die Regelung des § 8 a Nr. 10 VOB/A

I. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich von § 8 a Nr. 10 VOB/A wird durch seine systematische Stellung festgelegt. Er befindet sich im zweiten Abschnitt der VOB/A, der gemäß § 1 a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A für Aufträge gilt, deren Gesamtauftragswert den Schwellenwert in § 2 Nr. 4 VgV erreichen oder überschreiten. Im Unterschwellenbereich ist § 8 a Nr. 10 VOB/A daher nicht anwendbar.

II. Begriff des anderen Unternehmens

§ 8 a Nr. 10 VOB/A ermöglicht einem Bieter die Inanspruchnahme von anderen Unterneh-

men bei der Erfüllung von Aufgaben. Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte dieser Norm kann zur Auslegung des Begriffs des „anderen Unternehmens“ auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.

Der EuGH differenziert in seinen Entscheidungen [7] nicht zwischen einem Nachunternehmerverhältnis, Generalübernehmern oder Unternehmen, die in einem Konzern miteinander verbunden sind. Aus dem Urteil Ballast Nedam I lässt sich ableiten, dass eine Tochtergesellschaft im Verhältnis zu ihrer Holdinggesellschaft ein anderes Unternehmen ist. Denkbar ist auch der umgekehrte Fall, dass eine Tochtergesellschaft als Bieterin auftritt und sich bei ihrem Angebot auf Ressourcen ihrer Muttergesellschaft beruft. Eine solche Konstellation lag der Entscheidung Holst Italia [8] zugrunde. Die Ruhrwasser AG, an der neben fünf anderen Gesellschaften auch mittelbar der Ruhrverband beteiligt war, berief sich bei der Abgabe ihres Angebots auf Referenzen und Kapazitäten des Ruhrverbandes. Dies billigte der EuGH und betonte, dass es nicht auf die zwischen dem Bieter und dem anderen Unternehmen bestehende Rechtsbeziehung, sondern darauf ankomme, dass der Bieter auf die Mittel des anderen Unternehmens zugreifen könne. Aus dieser Entscheidung folgt auch, dass es auf das Bestehen einer beherrschenden Stellung des Bieters gegenüber dem anderen Unternehmen nicht ankommt.

Der EuGH kennt in allen Fällen nur den „Dritten“, wobei die Rechtsnatur der Verbindungen zwischen dem Dritten und dem Bieter unerheblich sind. Daraus kann nur geschlossen werden, dass damit auch der im Verhältnis zum Hauptunternehmer und Bieter rechtlich selbstständige Nachunternehmer, der auf Rechnung des Hauptunternehmers arbeitet, und i. d. R. nur einen Vertrag mit dem Hauptunternehmer, aber nicht mit dem öffentlichen Auftraggeber hat, Dritter im Sinne dieser Rechtsprechung des EuGH ist und von § 8 a Nr. 10 VOB/A erfasst wird.

[6] OLG Düsseldorf v. 28. 6. 2006 – Verg 18/06 –.

[7] Siehe Fußn. 2.

[8] EuGH v. 2. 12. 1999 – C-176/98 –.

Aus den Entscheidungen des EuGH wird von Teilen der Literatur auch eine Pflicht zur Zulassung von Generalübernehmern bei Vergaben im Oberschwellenbereich abgeleitet [9], was zutreffend ist. Dies wird zum einen darauf gestützt, dass sich der EuGH auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG berufen hat, auf die sich natürlich auch Generalübernehmer berufen können. Daneben hat der EuGH die Definition des öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 der RL 89/449/EWG [10] herangezogen, der auch eine Erbringung von Bauleistungen durch Dritte zulässt. Außerdem hat der EuGH mit Art. 26e der RL 71/305/EG [11] argumentiert, der den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters auch durch die Angabe der technischen, unternehmensfremden Fachkräfte oder Stellen, über die der Bieter für die Ausführung des Bauwerks verfügt, zulässt. Daraus hat der EuGH gefolgert, dass „eine Person, die nicht die Absicht oder die Mittel hat, die Arbeiten selbst auszuführen, an einem Verfahren zur Vergabe von Bauaufträgen teilnehmen kann.“ Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen in den Entscheidungen des EuGH dürfte es nicht mehr möglich sein, Generalübernehmer allein deshalb auszuschließen, weil sie keine Arbeiten selbst auszuführen gedenken.

III. Nachweis über die erforderlichen Mittel

Nach § 8 a Nr. 10 VOB/A wird die Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Drittunternehmen davon abhängig gemacht, dass der Bieter den Zugriff auf die Mittel dieser Unternehmen nachweist. Über die Art und Weise dieses Nachweises enthält § 8 a Nr. 10 VOB/A keine zwingenden und ausdrücklichen Vorgaben. Genannt wird lediglich die Möglichkeit, den Nachweis durch eine Verpflichtungserklärung des anderen Unternehmens zu führen. Wie bereits der Wortlaut der Norm (beispielsweise) zeigt, ist die Verpflichtungserklärung eine, aber nicht die einzige Möglichkeit.

1. Die Verpflichtungserklärung

In inhaltlicher Hinsicht enthalten weder § 8 a Nr. 10 VOB/A noch das Vergabehandbuch ausdrückliche Anhaltspunkte für die inhaltlichen Anforderungen, die an eine Verpflichtungserklärung zu stellen sind. Sofern die Vergabestelle keine Vorgaben bezüglich Form oder Inhalt der Verpflichtungserklärung

macht, steht es den Bietern grundsätzlich frei, in welcher Form und mit welchem Inhalt sie die Verpflichtungserklärung abgeben [12].

Nach den allgemeinen Grundsätzen unter besonderer Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Verpflichtungserklärung [13] ist die Grenze der Gestaltungsfreiheit jedoch dort zu ziehen, wo nach dem objektiven Empfängerhorizont die Erklärung nicht mehr als Verpflichtungserklärung aufgefasst wird [14]. Die VK Südbayern [15] versteht unter einer Verpflichtungserklärung die Bestätigung der Verpflichtung eines Rechtsträgers zur Vornahme eines Tuns, Duldens oder Unterlassens. Der Unternehmer bekundet damit, dass ein anderer Rechtsträger gegen ihn einen Anspruch hat, der Bieter also ein bestimmtes Verhalten einfordern kann. Nicht ausreichend ist daher, dass der Drittunternehmer lediglich das Vorliegen von unverbindlichen Absichtserklärungen bestätigt. Vielmehr ist erforderlich, dass der Nachunternehmer rechtsverbindlich bestätigt, dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen [16]. Notwendiger Inhalt der Verpflichtungserklärung ist daher die Bestätigung des Nachunternehmers, dass er für die Ausführung des Auftrages auch tatsächlich zur Verfügung steht [17]. Es genügt nicht, dass der andere Unternehmer erklärt, selbst über die erforderlichen Mittel zu verfügen [18], da dies noch nichts darüber aussagt, ob er diese Mittel auch dem Bieter bereitstellt. Zu einer Verpflichtungserklärung gehört auch, dass der Nachunternehmer namentlich in der Verpflichtungserklärung genannt wird [19].

Aus dem Umstand, dass lediglich die tatsächliche Zurverfügungstellung der Mittel dokumentiert werden muss, ergibt sich gleichzei-

[9] Frankenstein, IBR 2006, 695, der von einem „Ende des Selbstausführungsgebots“ spricht; Kullack/Terner, ZfBR 2003, 443; Pauly, VergabeR 2005, 312, 316; Prieß/Decker, VergabeR 2004, 159, 162; Prieß, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 8 Rdnr. 49; a. A. Schraner, in: Locher/Vygen, VOB, § 8 a Rdnr. 31.

[10] Entspricht dem heutigen Art. 48 Abs. 2 lit. b RL 2004/18/EG.

[11] Entspricht dem heutigen Art. 48 Abs. 2 lit. b RL 2004/18/EG.

[12] VK Hessen v. 17. 7. 2006 – 69d VK 33/2006 –.

[13] VK Südbayern v. 23. 10. 2006 – 30-09/06 –.

[14] VK Hessen v. 17. 7. 2006 – 69d VK 33/2006 –.

[15] VK Südbayern v. 23. 10. 2006 – 30-09/06 –.

[16] Schraner, in: Locher/Vygen, VOB, § 8 a Rdnr. 33.

[17] VK Bund v. 14. 8. 2006 – VK 2-80/06 –.

[18] VK Südbayern v. 23. 10. 2006 – 30-09/06 –.

[19] VK Südbayern v. 23. 10. 2006 – 30-09/06 –.

tig, dass eine Verpflichtungserklärung keine Nachweise zur Eignung des Nachunternehmers enthalten muss. Denn Zweck der Verpflichtungserklärung ist es nicht, sicherzustellen, dass der Bieter fachkundig ist, sondern dass er verbindlich mit der Leistung des Nachunternehmers disponieren kann [20].

Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, ob Angaben zur rechtlichen Beziehung zwischen Bieter und Nachunternehmer zum zwingenden Inhalt einer Verpflichtungserklärung gehören. So sollen nach Auffassung der VK Südbayern [21] lediglich aufschiebend bedingte, verbindliche Vorverträge oder rechtlich verbindliche Einstandspflichten (harte Patronatserklärungen) von der Vergabestelle akzeptiert werden können. Ähnlich auch OLG Saarbrücken [22], das für eine Nachunternehmererklärung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH forderte, dass die Verpflichtungserklärung einen Hinweis auf die verbindliche Vertragsgestaltung im konkreten Ausführungszeitraum enthalten müsse.

Gegen eine solche Pflicht zur Offenlegung des Charakters der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Bieter und Nachunternehmer spricht jedoch bereits der Wortlaut des § 8a Nr.10 VOB/A. Dieser eröffnet die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Nachunternehmers ungeachtet der zwischen ihm und dem Bieter bestehenden rechtlichen Verbindungen. Auch der EuGH hat in seinen Entscheidungen immer nur auf die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Bieters abgestellt.

Diese Fokussierung auf die tatsächliche Verfügbarkeit über die Mittel des Nachunternehmers wirft die Frage nach der Reichweite der inhaltlichen Prüfungskompetenz der Vergabestelle in Bezug auf die Verpflichtungserklärung auf. Darf beispielsweise eine Vergabestelle eine tatsächlich vorhandene Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers, der zurzeit der Angebotsabgabe für die Teilnahme am Wettbewerb gesperrt ist, als rechtlich nicht existent behandeln [23]? Der Wortlaut des § 8a Nr.10 VOB/A stellt lediglich auf die tatsächliche Abgabe der Verpflichtungserklärung ab. Insofern ist die Verpflichtungserklärung zunächst formal als Erklärung i.S. von § 21 Nr.1 Abs.2 Satz5 VOB/A rechtlich einzu-

ordnen und damit auf der ersten Wertungsstufe zu prüfen [24]. Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [25] ist somit die fehlende Verpflichtungserklärung so wie eine fehlende Preisangabe oder eine fehlende Typenbezeichnung in einem Angebot zu behandeln.

Im Ergebnis könnte eine Verpflichtungserklärung i. S. von § 8a Nr.10 VOB/A wie folgt lauten:

Die Firma (Name des Bieters) beabsichtigt, sich bei der Erfüllung des Auftrages (genaue Bezeichnung der Ausschreibung) der Fähigkeiten unseres Unternehmens (genaue Angabe der Firma) als Nachunternehmer für die Ausführung folgender Leistungen: ... zu bedienen. Wir verpflichten uns, im Falle der Zuschlagserteilung auf das Angebot des Bieters, diesem die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Mittel aus unserem Unternehmen zur Verfügung zu stellen.

Ort, Datum, Unterschrift des Nachunternehmers

2. Anderweitige Nachweise

Die Verpflichtungserklärung ist eine beispielhaft genannte, aber nicht die einzige Möglichkeit des Bieters, den entsprechenden Nachweis zu erbringen. Zu den möglichen anderweitigen Nachweisarten zählen zum einen Vorverträge, aber auch die Vorlage eines Beherrschungsvertrages gemäß § 291 Abs.1, 1. Fall AktG [26] könnte in Frage kommen. In diesem Fall kann der Bieter über die Ressourcen des Nachunternehmers verfügen, indem er auf die Geschäftsführung einwirkt.

Möglicherweise können auch Eigenbelege des Bieters in Betracht kommen. Weder § 8a Nr.10 VOB/A noch die Art.47 Abs.2 und Art.48 Abs.3 Satz2 der RL 2004/18/EG enthalten dazu gegenteilige Anhaltspunkte. Ei-

[20] OLG München v. 6.11.2006 – Verg 17/06 –; vgl. aber die Ausführungen unter D.

[21] VK Südbayern v. 23.10.2006 – 30-09/06 –.

[22] OLG Saarbrücken v. 21.4.2004 – 1 Verg 1/04 –; die Entscheidung erging bevor § 8a Nr.10 VOB/A in Kraft trat.

[23] Eine solche Konstellation lag der Entscheidung der VK Münster v. 13.2.2007 – VK 17/06 – zugrunde.

[24] VK Münster v. 13.2.2007 – VK 17/06 –; so auch OLG München v. 6.11.2006 – Verg 17/06 –.

[25] U.a. BGH v. 18.2.2003 – X ZB 43/02 –.

[26] Schraner, in: Locher/Vygen, VOB, § 8a Rdnr. 33.

genbelege dürften deshalb grundsätzlich zulässig sein, wobei allerdings dort die Umstände darzulegen sind, aus denen sich ergibt, dass der Bieter über die Ressourcen des Nachunternehmers tatsächlich verfügen kann [27].

IV. Zeitpunkt der Vorlage des Nachweises

Eine ausdrückliche Regelung, wann der Bieter den Nachweis, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, vorlegen muss, enthält § 8a Nr. 10 VOB/A nicht. Der Wortlaut zwingt jedenfalls nicht zu der Annahme, dass die Verpflichtungserklärung *mit dem Angebot* abgegeben werden muss. Auch aus der Bestimmung des § 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A lässt sich dies nicht entnehmen. Diese Regelung bezieht sich nur auf die Benennung derjenigen *Leistungen*, die durch Nachunternehmer erbracht werden sollen, aber nicht auf die *Benennung* des Nachunternehmers selbst. Zwar wird eine Aufforderung zur Benennung des Nachunternehmers als zulässig angesehen [28], was aber nicht bedeutet, dass darüber hinaus auch die Verpflichtungserklärung zeitgleich mit dem Angebot vorgelegt werden muss.

Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG Düsseldorf [29] entgegen. In der Entscheidung führte das OLG Düsseldorf aus, dass der Bieter, dem im eigenen Unternehmen nicht die Mittel zur Ausführung des Auftrags zu Gebote stehen oder der sich ihrer nicht bedienen will, bereits *mit dem Angebot* von sich aus darzulegen und den Nachweis zu führen hat, welcher anderen Unternehmen, die die Einrichtungen und Mittel im Umfang des geplanten Nachunternehmereinsatzes besitzen, er sich zur Ausführung des Auftrags bedienen wird. Diese Entscheidung erging bevor die Vorschrift des § 8a Nr. 10 VOB/A in Kraft trat.

Hinsichtlich des Zeitpunkts der Vorlage der Verpflichtungserklärung muss hier aber ausdrücklich auf Nr. 7 des Vergabehandbuchs [30] hingewiesen werden. In der Praxis werden die Ausschreibungen häufig anhand des VHB durchgeführt, was dann dazu führt, dass gemäß Nr. 7 im VHB bereits eine Vorgabe für den Zeitpunkt der Vorlage der Verpflichtungserklärung gemacht wurde, von der die

Vergabestelle anschließend nicht wieder abzurücken kann.

C. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 8a Nr. 10 VOB/A

I. Nachreichen von Verpflichtungserklärungen?

Das Nachreichen von Verpflichtungserklärungen wird i. d. R. nicht möglich sein, wenn die Vergabestelle bereits anhand der Nr. 7 VHB oder auch ausdrücklich in den Verdingungsunterlagen verfügt hat, dass diese Erklärung mit dem Angebot vorzulegen ist. Angebote, die dann zum Zeitpunkt der Abgabe diese Erklärung nicht enthalten, sind zwingend wegen Unvollständigkeit auszuschließen [31]. Eine Vervollständigung der Nachunternehmererklärung im Wege einer Nachverhandlung nach § 24 VOB/A ist nicht zulässig, weil dies zu einer nachträglichen Verbesserung der Wettbewerbsstellung führen würde. Nachverhandlungen dürfen nur stattfinden, um Zweifel über die Angebote oder die Bieter selbst zu beheben [32].

Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Vergabestelle eben nicht in ihren Ausschreibungsunterlagen die Vorlage mit dem Angebot verfügt hat, sondern die Verpflichtungserklärung erst *auf Verlangen* vorgelegt werden soll. Dann besteht für die Vergabestelle die Möglichkeit, erst nach Abgabe der Angebote sich von denjenigen Bietern, die in die engere Wahl gekommen sind, diese Verpflichtungserklärung vorlegen zu lassen.

II. Unvollständigkeit der Angebote

Angebote, die aber die zwingend mit der Angebotsabgabe verlangte Verpflichtungserklärung nicht enthalten, sind als unvollständig

[27] VK Bund v. 29.12.2006 – VK 2-128/06 –.

[28] v. Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, § 10 Rdnr. 50.

[29] OLG Düsseldorf v. 23. 3. 2005 – Verg 76/04 –.

[30] Eignungsnachweise für andere Unternehmen. 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.

[31] VK Nordbayern v. 9.10.2006 – 21. VK-3194-30/06 –; bestätigt durch OLG München v. 6.11.2006 – Verg 17/06 –; OLG Düsseldorf v. 13. 4. 2006 – Verg 10/06 –; OLG Koblenz v. 13. 2. 2006 – 1 Verg 1/06 –; VK Sachsen-Anhalt v. 9. 2. 2007 – 1 VK LVwA 43/06 –; im Falle von Bietergemeinschaften vgl. VK Thüringen v. 23. 3. 2007 – 360-4002.20-874/2007 –.

[32] OLG Koblenz v. 13. 2. 2006 – 1 Verg 1/06 –.

gemäß §25 Nr.1 Abs.1 lit.b VOB/A auszuschließen. Dies folgt aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [33], wonach die Gleichbehandlung aller Bieter nur gewährleistet ist, wenn nur solche Angebote gewertet werden, die sämtliche geforderten Erklärungen unabhängig von deren Wettbewerbsrelevanz enthalten.

D. Rückschlüsse auf die Eignung der Nachunternehmer?

Allerdings bedeuten die vorstehenden Ausführungen nicht, dass eine Vergabestelle bereits auf der ersten Wertungsstufe eine vollumfängliche inhaltliche Prüfung hinsichtlich der Verpflichtungserklärung vornehmen muss. Die Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers muss keine Aussagen über die Eignung des Nachunternehmers enthalten, sie kann sich aber dazu verhalten. Eignungsnachweise unterfallen auch nicht dem Begriff der „Angaben und Erklärungen“ i.S. von §21 Nr.1 Abs.1 VOL/A [34]. Gleiches gilt im Bereich der VOB/A.

Die VK Hessen [35] meinte, die Verpflichtungserklärung, die die Vergabestelle in Nr.7 der EG-Bewerbungsbedingungen gefordert habe, sei kein Eignungsnachweis i.S. der §§25 Nr.1 Abs.1, 17 Nr.1 Abs.1 lit.s VOB/A. Es handele sich vielmehr um verbindliche Erklärungen der Nachunternehmer, wie sich bereits aus dem Wortlaut „Verpflichtungserklärung“ ergebe. Diese Nachweise seien nicht identisch mit eigentlichen Eignungsnachweisen des Bieters selbst. Insofern befand die VK Hessen den Wortlaut der Nr.7 des VHB auch als missverständlich. Allein die Überschrift ist schon irreführend, weil es nicht um Eignungsnachweise, sondern um Erklärungen geht, die der ersten Wertungsstufe zugerechnet werden.

Die VK Münster [36] meinte, dass es einer Vergabestelle – unabhängig von der geforderten Verpflichtungserklärung, die möglicherweise inhaltlich keine bestimmten Anforderungen aufweist – nicht verwehrt sein könne, die *Eignung* der Nachunternehmer auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen, und zwar anhand der Regelungen, die auch für den Bieter gelten. Die Eignung des Bieters und des Nachunternehmers stelle eine Einheit

dar. Eine Vergabestelle kann ein solches Angebot nur insgesamt annehmen oder ablehnen. Eine Splittung sei vergaberechtlich nicht zulässig.

Daraus ergibt sich, dass i.d.R. allein die Vorlage einer Verpflichtungserklärung, mit der der Bieter nachweist, dass er über die Mittel des Nachunternehmers tatsächlich verfügen kann, eine Vergabestelle nicht davon abhalten kann, auch die Eignung des Nachunternehmers genauer zu prüfen. Dies betrifft insbesondere die fachlichen und technischen Eignungskriterien. Schließlich kann es für eine Vergabestelle entscheidend sein, die Ausstattung des Nachunternehmers – und nicht des Bieters – mit bestimmten Gerätschaften etc. zu prüfen, wenn sie schwierige Baumaßnahmen vergeben will. Diese Eignungsprüfung ist – so zumindest die VK Münster a.a.O. – ohne weiteres möglich, und zwar unabhängig von der geforderten Verpflichtungserklärung. Wenn also die Verpflichtungserklärung sich dazu inhaltlich überhaupt nicht verhält, dann kann die Vergabestelle diesbezüglich aber nachfassen und eine umfassende Überprüfung beim Nachunternehmer durchführen.

Unproblematisch ist das, wenn bereits in den Verdingungsunterlagen die Vergabestelle besondere Anforderungen gestellt hat. Das OLG Düsseldorf [37] entschied einen Fall, in dem es um einen Abfallentsorgungsvertrag ging. Die Vergabestelle verlangte, dass Subunternehmer zu nennen waren und der Bieter zum Nachweis der Eignung der Unterauftragnehmer bestimmte Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit dem Angebot beizufügen hatte. Ein Bieter wollte den Austausch defekter Mülltonnen durch einen Nachunternehmer durchführen lassen, hatte aber die verlangten Nachweise seinem Angebot nicht beigelegt. Das OLG Düsseldorf führte aus: Soweit die Bewerbungs- und Angebotsbedingungen für den Fall eines Nachunternehmereinsatzes den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers verlangen, handelt es sich im Rechtssinn um keinen zu-

[33] U.a. BGH v. 18.2.2003 – X ZB 43/02 –.

[34] OLG Düsseldorf v. 22.12.2004 – Verg 81/04 –.

[35] VK Hessen v. 17.7.2006 – 69d VK-33/2006 –.

[36] VK Münster v. 13.2.2007 – VK 17/06 –.

[37] OLG Düsseldorf v. 22.12.2004 – Verg 81/04 –.

sätzlich beizubringenden Nachweis. Mittels der Beauftragung eines Nachunternehmers will der Bieter einen Teil der vertraglichen Leistungen nicht selbst erbringen, sondern durch einen Dritten ausführen lassen. Im Umfang einer beabsichtigten Nachunternehmerbeauftragung hat er folglich 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, was in einem solchen Fall den Nachweis des Bieters ersetzt, im eigenen Unternehmen für die Auftragsdurchführung leistungsfähig zu sein.

Diese Rechtsprechung hat das OLG Düsseldorf mit der Entscheidung vom 28.6.2006 – Verg 18/06 – fortgesetzt. In dem konkreten Fall ging es um den Nachweis der Umsätze über einen Zeitraum von drei Geschäftsjahren. Dort war es auf Grund der Konzernstrukturen nicht möglich, die Umsatzzahlen konkreten Unternehmen dieses Konzerns zuzuordnen, was aber erforderlich gewesen wäre, um die Eignung des Bieters festzustellen.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich zumindest, dass dann, wenn der Bieter die Eignungsnachweise, wie Umsatzzahlen und Re-

ferenzen usw., nicht in seiner eigenen Person nachweisen kann und er sich zum Zwecke des Eignungsnachweises auf die Leistungsfähigkeit dritter Unternehmen beruft, er die geforderten Erklärungen und Nachweise (auch) in der Person des Dritten vorlegen muss.

E. Fazit

Die Regelung des § 8 a Nr. 10 VOB/A ist unter Berücksichtigung der EuGH Rechtsprechung auszulegen. Im Zusammenspiel mit den Empfehlungen im Vergabehandbuch ist darauf zu achten, dass gerade die Bestimmung des Zeitpunkts für die Vorlage der Verpflichtungserklärung sich zwar nicht aus § 8 a Nr. 10 VOB/A, aber aus Nr. 7 entnehmen lässt. Vergabestellen sind jedenfalls gut beraten, ihre entsprechenden Gestaltungsmöglichkeiten so zu nutzen, dass sie nicht Gefahr laufen, eine Vielzahl von wirtschaftlichen, aber leider unvollständigen Angeboten zu erhalten.

Noch nicht abschließend in der Rechtsprechung geklärt ist die Frage nach der Bedeutung einer Verpflichtungserklärung für die Eignung des Bieters und seiner Nachunternehmer oder generell die Frage nach der Überprüfungsmöglichkeit der Eignung eines Nachunternehmers unabhängig von dem Vorhandensein einer Verpflichtungserklärung.

Rechtsanwältin Dr. Alexandra Losch, Hannover [1]

Einbeziehung Dritter in Angebote von Bietern, insbesondere von Leihunternehmern

Einleitung

Das ursprüngliche Leitbild [2] der Vergabungsordnungen [3], dass sich nur die Bieter auf Ausschreibungen hin bewerben, die die Leistungen im eigenen Betrieb durchführen [4], gilt mittlerweile nicht zuletzt auf Grund der Rechtsprechung des EuGH nur noch erheb-

lich eingeschränkt [5]. Der EuGH entschied bereits im Jahre 1994, dass ein Verbot, sich bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge, der Unterstützung Dritter zu bedienen, eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle. Diese Rechtsprechung hat im Rahmen der europäischen Vergabe-

[1] Die Verfasserin ist Fachanwältin für Verwaltungs- sowie für Bau- und Architektenrecht und in der Kanzlei KSB INTAX tätig.

[2] Vgl. insoweit der Grundsatz der losweisen Vergabe des § 4 VOB/A sowie § 4 Nr. 8 VOB/B, wonach der Auftragnehmer die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen hat und Leistungen nur mit Zustimmung auf Nachunternehmer übertragen darf. Will der Auftragnehmer Leistungen auf Nachunternehmer übertragen, hat er dies gemäß § 4 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B dem Auftraggeber auf Verlangen bekannt zu geben.

[3] Der Begriff der Vergabungsordnungen erfasst nachfolgend – grammatikalisch unkorrekt – die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB(A)) sowie der Vergabungsordnung für Leistungen (VOL/A). Der Beitrag beschränkt sich auf die Bereiche der VOL/A und der VOB/A.

[4] Vgl. § 4 Nr. 8 VOB/B und § 4 Nr. 4 VOL/B.

[5] Vgl. hierzu VK Bund, Beschluss v. 13.2.2007 – VK 1-160/06 –.