

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vergaberecht: Subunternehmer müssen spätestens bis zur Zuschlagserteilung genannt werden

Seit der[BGH-Entscheidung vom 10.6.2008 - X ZR 78/07]([index.php?id=%2Fview&cid=3639&print=1](#)) ist die [Verunsicherung der Vergabestellen groß](#). Der BGH hatte im Rahmen der Auslegung einer Klausel, die eine Benennung des vorgesehenen Nachunternehmers auf Verlangen vorsah, die bis dahin herrschende Meinung in Frage gestellt dass die Vergabestellen berechtigt sind, bereits mit dem Angebot die Nennung von Nachunternehmern zu fordern. Das [OLG Celle](#) setzte sich mit dieser Entscheidung im Folgenden auseinander, drückte sich dann aber durch die Feststellung, eine Rüge sei ja nicht erfolgt, vor einer eindeutigen Aussage.

Nun entschied das OLG München mit Beschluss vom 22.1.2009, Verg 26/08, dass es zwar für den Bieter unzumutbar sein könne, bereits bei Angebotsabgabe die Benennung der von ihnen einzusetzenden Nachunternehmer vorzunehmen und entsprechende Verpflichtungserklärungen vorzulegen. Die Namen der Nachunternehmer und die Verpflichtungserklärungen müssten aber bis spätestens zu dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Vergabestelle ihre Zuschlagserteilung treffen wolle.

1. Tatbestand

Eine Vergabestelle schrieb europaweit im offenen Verfahren den Neubau eines Talübergangs aus. Die Bieter wurden aufgefordert, im Aufforderungsschreiben ein Verzeichnis über ihre Unternehmen, deren Qualifikation und Verpflichtungserklärungen vorzulegen sowie die Teilleistungen zu nennen, die durch Subunternehmer durchgeführt würden. Sie wurden darüber informiert, dass diese Eintragungen und Erklärungen nicht nachgereicht werden könnten. Das Fehlen dieser Eintragungen und Erklärungen führe zu einem Ausschluss des Angebotes.

Ein Bieter gab die geforderten Erklärungen nicht ab. Mit Vorabinformationsschreiben wurde ihm mitgeteilt, sein Angebot werde gemäß § 25 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen, weil es die geforderten Erklärungen nicht enthalte. Für einen Nachunternehmer lägen keine und für einen weiter benannten Subunternehmer nur eine unvollständige Verpflichtungserklärung vor. Letztere Firma sei von einem weiteren Bieter benannt worden, der ebenfalls wegen dieser unvollständigen Verpflichtungserklärung ausgeschlossen werde. Letztlich wurden alle Angebote ausgeschlossen, bis auf das Angebot eines Bieters

Der ausgeschlossene Bieter rügte noch am gleichen Tag unter Hinweis auf die [BGH-Entscheidung vom 10.6.2008](#) die Verpflichtung zur Benennung der Nachunternehmer bereits im Angebot sei unzumutbar. Die Vergabestelle Südbayern wies die Rüge zurück. Der Bieter sei deutlich darauf hingewiesen worden, dass die Namen der Nachunternehmer und die Verpflichtungserklärungen mit dem Angebot vorzulegen

und bei Fehlen die Angebote zwingend auszuschließen seien.

Der Bieter reichte daraufhin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer unter Wiederholung seines Rügevorbringens ein.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 18.11.2008 zurück. Das Angebot des Bieters sei zu Recht ausgeschlossen worden. Die Vergabestelle könne nicht erkennen, wer nun Nachunternehmer sein solle.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Bieter mit einer sofortigen Beschwerde an das OLG München.

Dieses entschied, dass die sofortige Beschwerde keinen Erfolg hat.

2. Entscheidungsgründe

Das OLG München wiederholte zunächst das Mantra, dass Angebote zwingend auszuschließen seien, wenn sie nicht den Anforderungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 VOB/A entsprechen. Denn ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren sei nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet würden. Dies erfordere, dass hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der insoweit angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt seien, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belaste, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert werde, so dass sie als Umstände ausgewiesen seien, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollten.

Eine Ausnahme von dieser stringenten Vorgabe habe die Rechtsprechung [in der Folgezeit nur dann gebilligt](#), wenn den Bietern unwesentliche Verstöße, welche gegen die Erklärungspflicht unterlaufen seien, offensichtlich nicht wettbewerbsrelevant seien, oder wenn Erklärungen verlangt würden, welche in keinem Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung stünden. Dies gelte auch, so das OLG München

“

„.....wenn Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen, wie das Leistungsverzeichnis oder zusätzliche Vertragsbedingungen nicht zurückgegeben worden sind, wenn der Bieter im übrigen erklärt, dass diese Unterlagen Bestandteil seines Angebotes werden sollen (OLG Düsseldorf vom 25.6.2008, Verg 22/08; ähnlich schon OLG München vom 23.5.2007, Verg 3/07). Grund für diese Rechtsprechung und die Abkehr von einem starren Ausschluss bei formalen Fehlern ist die Erfahrung, dass sonst wirtschaftlich günstige Angebote ausgeschlossen werden müssten, obwohl die unterlaufenen Fehler für das Angebot, den Vertragsschluss und den Wettbewerb nicht von Erheblichkeit sind. Dies klingt auch in den Entscheidungsgründen der o.a BGH-Entscheidung vom 10.6.2008 an. Zudem ergibt sich eine weitere Einschränkung für den zwingenden Ausschluss daraus, dass die Abgabe der geforderten Erklärungen für den Bieter zumutbar sein muss (BGH vom 18.2.2003 – aaO.).“

”

Das OLG München führt noch einmal aus, dass diese Grundsätze bisher auch gälten bezüglich der geforderten Angaben zu den Nachunternehmern, welche der Bieter bei der Leistungserbringung einschalten wolle. Diese gehörten zu denjenigen Erklärungen, welche wettbewerbsrelevant seien und von der Vergabestelle zumutbar gefordert werden könnten.

Fast beschwörend führt das OLG München aus:

“

„Gerade bei größeren Projekten besteht ein erhebliches Interesse der Vergabestelle daran, über die Vertragspartner und deren Subunternehmer Bescheid zu wissen. Die zuverlässige Ausführung der Leistung hängt nicht nur von der Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters ab, sondern auch von der Eignung der von ihm eingeschalteten Nachunternehmer, welche die Leistung faktisch erbringen. Darum ist der Vergabestelle grundsätzlich zuzubilligen, vor der Zuschlagserteilung die Eignung der Nachunternehmer überprüfen zu können. Auch die Vorlage von Verpflichtungserklärungen für die benannten Nachunternehmer ist als wettbewerbsrelevante und auf Verlangen vorzulegende Erklärung, deren Fehlen zum zwingenden Ausschluss führt, angesehen worden (OLG München vom 6.11.2006, Verg 17/06; OLG Naumburg vom 4.9.2008, 1 Verg 4/08). Denn es ist der Vergabestelle nicht von Nutzen, wenn sie die Eignung eines Nachunternehmers prüft, der die Leistung gar nicht erbringen will. Die Verpflichtungserklärung soll letztlich sicherstellen, dass der Bieter, der sich der Mithilfe von Nachunternehmern bedienen will, ein tragfähiges und zuverlässiges Angebot unterbreitet (OLG München aaO).“

”

Mutiger als das OLG Celle wagt sich nun das OLG München an eine Auslegung der o.a. BGH - Entscheidung, die die bisher gefestigte Rechtsprechung zur Pflicht der Bieter, Nachunternehmer zu nennen, aufgibt.

Das OLG München führt aus:

“

„.....an dieser grundsätzlichen Bewertung hat sich auch durch die Entscheidung des [BGH vom 10.6.2008 \(X ZR 78/07\)](#) nichts geändert. In dieser Entscheidung hat der BGH zwar in einem obiter dictum ausgeführt, den Bietern sei es zuzumuten, schon bei Angebotsabgabe Auskunft darüber zu erteilen, ob für bestimmte Leistungsteile eine Subunternehmereinschaltung vorgesehen sei. Anders könne es sich aber verhalten, wenn sie schon bei Angebotsabgabe verbindlich mitteilen müssten, welche Subunternehmer sie bei der Ausführung einschalten wollen. Um dazu wahrheitsgemäße Erklärungen abzugeben, müssten sich alle Ausschreibungsteilnehmer die Ausführung der fraglichen Leistungen von den jeweils ins Auge gefassten Nachunternehmern bindend zusagen lassen. Eine solche Handhabung könnte die Bieter insgesamt in Anbetracht des Umstands, dass der Zuschlag naturgemäß nur auf ein Angebot ergehe, in einem Maße belasten, das in der Regel nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen für die Vergabestellen stehe, welche sich

lediglich den zusätzlichen Aufwand ersparten, zu gegebener Zeit nach Angebotseröffnung von einem engeren Kreis der Bieter die gegebenenfalls vorgesehenen Nachunternehmer zu erfragen. Zusätzlich sei zu bedenken, dass sich das Risiko der Auftraggeber, lukrative Angebote wegen unvollständiger Abgabe von geforderten Erklärungen ausschließen zu müssen, mit der steigenden Zahl der geforderten Erklärungen, und außerdem dann erhöhe, wenn die Abgabe verbindlich zum frühest möglichen Zeitpunkt, also mit Angebotsabgabe, verlangt werde (BGH aaO). Diese Ausführungen bedeuten nicht, dass die Benennung von Nachunternehmern sowie die Vorlage von Verpflichtungserklärungen generell vor Zuschlagserteilung unzumutbar sind. Eine solche Auffassung würde im hier vorliegenden Oberschwellenbereich auch gegen die Vorgabe des Art. 43 Abs. 3 RL 2004/18/EG verstoßen sowie gegen § 8a Nr. 10 VOB/A."

”

Das OLG München erkennt daher, dass der BGH zwar zum Ausdruck gebracht habe, dass es eine unzumutbare Belastung der Bieter darstellen könne, die Namen der Bieter **bereits mit Angebotsabgabe zu nennen**. Der BGH habe aber nicht gefordert, dass die Angaben zu Nachunternehmern nicht vor Zuschlagserteilung gefordert werden dürften.

In diesem Zusammenhang habe der BGH auch eine Unterscheidung zwischen der Benennung von Nachunternehmern und der Vorlage von Verpflichtungserklärungen nicht vorgenommen. Beide Angaben hingen auch eng miteinander zusammen; seriös kann eine Namensnennung nur erfolgen, wenn der Bieter sich bei dem benannten Nachunternehmer vergewissert hat, dass er zur Leistungserbringung auch bereit ist. Anderenfalls wäre die Benennung eine pure Behauptung ins Blaue hinein und ohne Wert für den Auftraggeber. Die Vergabestelle benötige für die Prüfung der Eignung des Nachunternehmers sowohl dessen Namen als auch dessen Verpflichtungserklärung.

Um dem Interesse der Vergabestelle an der Eignungsprüfung der benannten Nachunternehmer Genüge zu tun, seien die geforderten Erklärungen **daher spätestens bis zu dem Zeitpunkt einzureichen, in welchem die Vergabestelle ihre geplante Zuschlagserteilung treffen wolle**. In diesem Fall sei es dem Bieter zuzumuten, sich nun um eine Zusage des Nachunternehmers zu bemühen. Dann sei auch ein Subunternehmer in der Lage, eine verbindliche Zusage für die Leistungserbringung abzugeben, da er nun wisse, dass aller Voraussicht nach der Bieter den Auftrag und ihm entsprechend der Unterauftrag erteilt werde, der in einem bestimmten Zeitraum durchzuführen sein werde. Eine realistische Kalkulation und Zusage sei dem vorgesehenen Nachunternehmer dann möglich. Gleichzeitig könne die Anzahl der wegen Unvollständigkeit ausgeschlossenen Angebote entscheidend verringert werden, weil nur noch bei einzelnen Bietern nachgefragt werden müsse.

Dieser Verpflichtung zur Abgabe vollständiger und klarer Nachunternehmererklärungen bzw. Verpflichtungserklärungen sei der Antragsteller der sofortigen Beschwerde aber bis zu dem genannten Zeitpunkt nicht nachgekommen. Zumindest seien die Angaben widersprüchlich und unklar. Auch unklare Angaben zu geforderten Erklärungen führten dazu, dass Angebote zwingend auszuschließen seien.

3. Fazit

Das OLG München versucht, einen Ausweg zu finden aus der Zwickmühle, in der die Vergabestellen seit der BGH-Entscheidung stecken. Wie sollen sie die Qualifikation der Subunternehmer überprüfen, wenn sie Namen, Qualifikation und Verpflichtungserklärung nicht mehr abfragen dürfen? Dies führt zu der Möglichkeit für Bieter, Behauptungen ins Blaue hinein abgeben zu können, die ohne Wert für den Auftraggeber sind. Die Vergabestellen benötigen daher für die Prüfung der Eignung des Nachunternehmers sowohl dessen Namen, als auch Nachweise der Qualifikation und die Verpflichtungserklärung.

Das OLG München löste dieses Dilemma nun dadurch, dass Name, Qualifikation und Verpflichtungserklärung kurz vor der Zuschlagserteilung abgefragt werden dürfen. Ob das wirklich so hilfreich ist, ist fraglich. Ist es der Vergabestelle wirklich zuzumuten, die gesamte Bewertungsprozedur zu durchlaufen und dann kurz vor dem Zuschlag wieder in die Eignungsprüfung einzusteigen? Vielleicht findet ein anderes Gericht noch einen besseren Ausweg aus diesem Dilemma.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin