

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vergaberecht: OLG Naumburg hilft bei Dilemma hinsichtlich der Zulässigkeit der Eignungsprüfung von Nachunternehmern

Die Frage, ob die Vergabestelle die Eignungsnachweise von Subunternehmern bereits mit der Angebotsabgabe fordern darf, beschäftigt die Vergabestellen und die Vergabekammern seit der Entscheidung des BGH vom [10.6.2008 \(- X ZR 78/07\)](#). Zuletzt hat sich nun wieder das OLG Naumburg in seiner hier besprochenen Entscheidung an dieser Frage abgearbeitet und letztlich entschieden, dass man die Nachweise auch für Subunternehmer unter bestimmten Voraussetzungen fordern dürfe.

1. Problematik

Nur zur Erinnerung- Der BGH hatte in der o.a. in einem obiter dictum (also bei Gelegenheit geäußerte Rechtsansicht, die nicht zur Urteilsbegründung dient) ausführte, die Forderung von Eignungsnachweise für die Subunternehmer im Rahmen der Ausschreibung sei unzumutbar, da der Anbieter zu diesem Zeitpunkt gar nicht wisse, ob auf sein Angebot der Zuschlag erteilt werde, aber er schon Vorverträge mit den Nachunternehmern schließen müsse, um deren Unterstützung für den Auftragsfall zu sichern.

Dies ist nachvollziehbar. Andernfalls ist es aber auch nachvollziehbar, dass die Vergabestellen nicht nur die Eignung des Hauptunternehmers überprüfen wollen, sondern auch die Eignung der für die Leistungserbringung vorgesehenen Nachunternehmer.

Dieses Dilemma wird von den Vergabestellen äußerst unterschiedlich gelöst:

- Es wird auf die Eignungsprüfung der Nachunternehmer verzichtet (keine gute Lösung).
- Es wird zunächst der Nachweis von Eignungsbelegen auch für Nachunternehmer gefordert, diese Forderung aber bei entsprechender Rüge zurückgezogen.
- Die Eignungsnachweise werden gefordert und bei Rügen die gerichtliche Entscheidung gesucht.

Letztere Alternative verdanken wir u.a. folgender Gerichtsentscheidungen:

Das OLG-Celle hatte sich in seiner [Entscheidung vom 02.10.2008, Az. 13 Verg 4/08](#), mit dieser Frage auseinander zu setzen und gab „gelbes Licht“. Es entschied: Die Forderung, einen Subunternehmer bereits bei Angebotsabgabe zu nennen, ist keine objektiv unzumutbare Belastung des Bieters und damit unzulässig, sondern nur dann zu prüfen, wenn sie vom Bieter als unzumutbar gerügt wird.

Da [OLG München entschied mit Beschluss vom 22.01.2009, 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.

Zuletzt entschied das OLG Naumburg am 30.09.2010, 1 U 50/10, dass eine Verpflichtung von Bietern, Eignungsnachweise für Nachunternehmer schon mit dem Angebot vorzulegen, nicht regelmäßig unzumutbar und daher unzulässig sei. Ob diese Verpflichtung aber bestehe, ergebe sich in jedem Einzelfall aus einer Auslegung der Angebotsunterlagen. Lasse sich aber aus den Vergabeunterlagen erkennen, dass die Vorlage von Eignungsnachweisen gefordert werde. so seien diese auch vorzulegen. Fehlten die geforderten Nachweise, so sei das Angebot zwingend auszuschließen, ohne dass der Vergabestelle insoweit ein Ermessenspielraum eröffnet werde. Die Einhaltung derartiger formaler Kriterien sei im Interesse der Gleichbehandlung aller Bieter geboten.

2. Sachverhalt

Eine Vergabestelle hatte mit Bekanntgabe einer Ausschreibung **unterhalb der EU-Schwellenwerte** für die Baumaßnahme „Grundhafter Ausbau der Kreisstraße“ die Nachweise der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit für die Bieter und **ggf.** deren Nachunternehmer gefordert.

Ein Bieter legte keine Nachweise über die Eignung seiner Nachunternehmer vor, obwohl er beabsichtigte, bestimmte Leistungen durch Nachunternehmer erbringen zu lassen, die er auch namentlich benannte.

Die Vergabestelle schloss darauf hin sein Angebot aus, da es die geforderten Erklärungen nicht enthielt.

Der unterlegende Bieter forderte nun auf dem Zivilrechtsweg (unterschwellige Vergabe!) Schadensersatzansprüche wegen Nichterteilung des Zuschlags. Die Vergabestelle habe ihre vorvertraglichen Pflichten schuldhaft verletzt und sei daher zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Ohne den Ausschluss seines Angebots behauptete er, hätte ihm der Zuschlag erteilt werden müssen.

Der Kläger hatte keinen Erfolg, da das OLG Naumburg in letzter Instanz seinen geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz nicht anerkannte.

3. Entscheidungsgründe

Das Gericht führte aus:

“

Die Kernfrage des Verfahrens, ob mit dem Angebot Eignungsnachweise für Nachunternehmer vorzulegen waren, ist im Wege der Auslegung der Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen zu beantworten.

a) Entgegen der Ansicht der Klägerin ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes [.] nicht, dass eine Verpflichtung der Bieter, Eignungsnachweise für Nachunternehmer schon mit dem Angebot vorzulegen, regelmäßig unzumutbar und daher

unzulässig wäre. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass es sich hierbei um eine Frage der Auslegung der Angebotsunterlagen handelt, die im Einzelfall vorzunehmen ist. Die Frage der Zumutbarkeit wurde vom Bundesgerichtshof nur im Rahmen der Abwägung der Interessen gestellt, weil in dem zitierten Fall ein ausreichender Anhaltspunkt im Wortlaut der Angebotsunterlagen fehlte, so dass eine Auslegung anhand der Interessen der Beteiligten maßgeblich wurde. Denn in jenem Fall war nur geregelt, dass die vorgesehenen Nachunternehmer auf Verlangen zu benennen waren. Im hier vorliegenden Fall aber enthält der Wortlaut der Verdingungsunterlagen eine entsprechende Aufforderung, Eignungsnachweise für etwaige Nachunternehmer schon mit dem Angebot vorzulegen, die ohne weiteres einer Auslegung zugänglich ist.

b) Führt die Auslegung auf Grundlage des Wortlauts der Verdingungsunterlagen zu dem Ergebnis, dass die Beklagte die Nachweise für Nachunternehmer als Bestandteil der Angebote verlangt hat, so musste die Beklagte das Angebot der Klägerin von der weiteren Wertung ausschließen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus § 25 Nr. 1 Abs. 1 b und § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 der VOB/A in der damaligen Fassung, dass die Angebote die geforderten Erklärungen enthalten müssen. An die Nichteinhaltung dieser Vorgabe ist regelmäßig die Sanktion des Angebotsausschlusses geknüpft []. Die Verdingungsunterlagen sind zwar selbst keine Angebote im Sinne der §§ 145 ff. BGB, sie bilden die von den Bietern einzureichenden Angebote aber gleichsam spiegelbildlich ab. Deshalb und in Anbetracht der Ausschlussanktion müssen die Bieter diesen Unterlagen klar entnehmen können, welche Erklärungen im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A von ihnen im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe verlangt werden []. Welcher Erklärungswert den Angebotsunterlagen im Einzelfall zukommt, ist anhand der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln []). Maßgeblich ist dabei der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises []).

”

Das Gericht entschied somit, dass es den Bietern zuzumuten sei, schon im Angebotsstadium des Vergabeverfahrens Auskunft darüber zu geben, ob eine bestimmte Leistung durch einen Subunternehmer ausgeführt werden solle. Verlange die Vergabestelle darüber hinaus mit dem Angebot weitere Angaben zu den Nachunternehmern, so seien aber auch diese vorzulegen. Fehlten die geforderten Nachweise, so ist das Angebot zwingend auszuschließen (s. o.), ohne dass der Vergabestelle insoweit ein Ermessenspielraum eröffnet wäre. Die Einhaltung derartiger formaler Kriterien ist im Interesse der Gleichbehandlung aller Bieter geboten.

Im zu entscheidenden Fall enthielten die Bewerbungsbedingungen nach Auslegung des Gerichts eine klare Verpflichtung, Eignungsnachweise auch für etwaige Nachunternehmer mit dem Angebot vorzulegen. Zwar sei die Formulierung „und ggf. Nachunternehmer“ einer Auslegung zugänglich. Der Begriff „gegebenenfalls“ sei dabei aber schlicht im Wortsinne zu verstehen, d. h. Nachweise seien vorzulegen, wenn der Einsatz von Nachunternehmern „gegeben“ sei.

Dabei verkennt das Gericht nicht, dass auch ein Verzicht auf Eignungsnachweise für Nachunternehmer

den Interessen der Beteiligten, insbesondere der Bieter, entsprechen kann.

“

So kann es für die Bieter durchaus eine erhebliche Belastung darstellen, wenn sie schon bei der Angebotsabgabe verbindlich mitteilen müssen, welche Subunternehmer sie bei der Ausführung einschalten wollen [1]), und außerdem Eignungsnachweise dieser Unternehmer vorlegen müssen. Um dazu wahrheitsgemäße und vollständige Erklärungen abzugeben, müssen sich alle Ausschreibungsteilnehmer die Ausführungen der fraglichen Leistungen von den jeweils ins Auge gefassten Nachunternehmern bindend zusagen lassen und die notwendigen Nachweise erbitten.

Dies zu verlangen ist aber in der Regel für die Bieter nicht unzumutbar. Das gilt jedenfalls für Bauvorhaben der hier vorliegenden Größenordnung. Denn andererseits haben die Vergabestellen ein berechtigtes Interesse daran, die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gerade derjenigen Unternehmen frühzeitig beurteilen zu können, die für die tatsächliche Ausführung der Arbeiten in Betracht kommen.

Es erscheint daher legitim, wenn die Vergabestelle solche Nachweise schon mit den Angeboten einfordert, um sich frühzeitig ein Bild machen zu können. Sie ist nicht verpflichtet, den zusätzlichen organisatorischen und zeitlichen Aufwand zu betreiben, der damit verbunden wäre, zu gegebener Zeit nach Angebotseröffnung von einem engeren Kreis der Bieter - etwa von demjenigen, deren Angebote in die engere Wahl gelangt sind - die gegebenenfalls vorgesehenen Nachunternehmer zu erfragen. Sie kann durchaus das Risiko eingehen, lukrative Angebote wegen unvollständiger Angabe von geforderten Erklärungen ausschließen zu müssen, weil sie die Abgabe verbindlich zum frühestmöglichen Zeitpunkt, also mit dem Angebot vor dem Eröffnungstermin, verlangt hat.

”

4. Fazit

Diese Entscheidung hilft den Vergabestellen weiter, da zumindest die Angabe der Nachunternehmer und die Vorlage deren Eignungsnachweise als zumutbar angesehen wird. Als unzumutbar bleibt aber die generelle Pflicht zur Vorlage von Vorverträgen mit den Nachbieter. Eine Praxis, die aber in VOL Ausschreibungen auch nicht so üblich ist, wie in Bauausschreibungen. Ob eine unmittelbare Übertragung auf den Bereich oberschwelliger Bauvergaben oder oberschwellige VOL-A Ausschreibungen möglich ist, bleibt leider offen. § 7 EG VOL/A bezieht sich lediglich auf Eignungsnachweise der Bieter. § 7 EG Abs. 9 erweitert diese Nachweispflicht zwar auch auf alle Mitglieder einer Bietergemeinschaften, aber von Subunternehmern ist hier nicht die Rede.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin