

GPA-Mitteilung Bau 2/2003

Az. 600.532

01.07.2003

Wertung der Nachunternehmereinsätze bei Bauvergaben

1 Einführung

Die Wertung der Nachunternehmereinsätze bereitet den Vergabestellen oft Probleme, insbesondere bei Abgabe **falscher, fehlender oder unvollständiger Bietererklärungen**.

Dazu folgende Hinweise:

Die Anwender der Kommunalen Einheitlichen Verdingungsmuster - KEVM - ¹ bzw. die Bieter haben, was die Nachunternehmereinsätze betrifft, insbesondere die Vergaberegeln in Nr. 7 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - zu beachten und die in Nr. 7.1 im Angebotschreiben - KEVM(B)Ang - sowie im ergänzenden Angebotschreiben - KEVM(B)ErgAngNach - geforderten Erklärungen abzugeben (vgl. dazu die Muster in **Anlagen 2 und 3** zu dieser GPA-Mitt. Bau). Danach müssen die Bieter erklären, ob sie die ausgeschriebenen Leistungen im eigenen Betrieb erbringen werden oder ob und inwieweit sie beabsichtigten, Nachunternehmer zu beauftragen. Im Falle beabsichtigter Nachunternehmereinsätze ist deren **Art und Umfang** in dem ergänzenden Angebotschreiben - KEVM(B)ErgAngNach - wahrheitsgetreu und vollständig anzugeben. Die **namentliche Benennung der Nachunternehmer** ist bei Angebotsabgabe noch nicht zwingend gefordert.

Nach den bisher bekannt gewordenen Entscheidungen der Vergabekammern und Vergabesenate im Rahmen von Nachprüfungsverfahren i.S. der §§ 102 ff. GWB bei EG-Ausschreibungen (vgl. dazu die Auszüge in **Anlage 1** zu dieser GPA-Mitt. Bau) führen falsche, fehlende oder unvollständige Angaben über Nachunternehmereinsätze in der Regel zum Angebotsausschluss, weil diese Angaben kalkulationserheblich und Nachverhandlungen hierüber nach § 24 Nr. 3 VOB/A nicht mehr statthaft sind. Die geforderten Angaben müssen also bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vollständig vorliegen.

¹ Siehe Teil II des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau -.

Die Entscheidungen der Nachprüfungsbehörden ergehen zu Baumaßnahmen ab dem EG-Schwellenwert von 5 Mio. Euro und damit naturgemäß zu größeren Baumaßnahmen bzw. Gewerken (z.B. Rohbau-, Brückenbau- oder Straßenbauarbeiten), bei denen Nachunternehmerinsätze allgemein üblich sind. Die Entscheidungen können aber auch auf Vergaben unterhalb des EG-Schwellenwerts bzw. auf Vergaben kleinerer Gewerke (z.B. kleinere Ausbaugewerke im Hochbau) übertragen werden, weil bei diesen Vergaben die Rechtslage dieselbe ist.¹

Nach den bisherigen Erkenntnissen der GPA ist anzunehmen, dass in Unternehmerkreisen die formstrengen Entscheidungen der Vergabekammern und Vergabesenate noch nicht allgemein bekannt sind. Es ist bei den Bietern immer noch üblich, bei beabsichtigten Nachunternehmerinsätzen das ergänzende Angebotsschreiben - KEVM(B)ErgAngNach - beispielsweise nur mit einem Stempelaufdruck „die Nachunternehmererklärungen werden im Auftragsfalle nachgereicht“ zu versehen. Gerade dies führt aber zum Angebotsausschluss.

Damit nicht zu viele, wirtschaftlich interessante Angebote aus formalen Gründen aus dem Wettbewerb ausgeschieden werden müssen, wird den Vergabestellen dringend angeraten, die Bewerber künftig bei jeder Ausschreibungen - zumindest für einen bestimmten Zeitraum - in der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ (oder in einem gesonderten Beiblatt zur Aufforderung) unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass falsche, fehlende oder unvollständige Angaben in Bezug auf Nachunternehmerinsätze in der Regel zum Angebotsausschluss führen.

2 Vergabegrundsätze

Bauleistungen sind an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu vergeben (§§ 2 Nr. 1 und 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A). Dazu gehört auch, dass die Bewerber fachlich in der Lage sind, zumindest überwiegende Teile der ausgeschriebenen Leistung **im eigenen Betrieb** zu erbringen.

Bei Öffentlicher Ausschreibung sind die Vergabeunterlagen an alle Bewerber abzugeben, die sich **gewerbsmäßig** mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art

¹ Ausnahme bei sog. Kleinaufträgen bzw. bei Verwendung der Muster KEVM(K) in Teil II des KHVB-Bau.

befassen (§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A). Danach sind Bewerber, die ausschließlich Nachunternehmer beauftragen müssen, nicht zum Wettbewerb zugelassen (z.B. Generalübernehmer).

Nach § 24 Nr. 3 VOB/A sind Nachverhandlungen über die Änderung der Angebote und Preise unstatthaft. Insbesondere sind solche Verhandlungen unstatthaft, die die Wettbewerbsstellung der Bieter verändern können. Dazu gehören auch Nachverhandlungen über Art und Umfang der Nachunternehmereinsätze.

Wird bereits in Vergabeverfahren die Zustimmung für Nachunternehmereinsätze erteilt, gilt die vertragliche Zustimmung nach § 4 Nr. 8 VOB/B als vorweg erteilt.

3 Generelle Ablehnung von Nachunternehmereinsätzen ?

Die Verwender der KEVM können in den Vergabeunterlagen Nachunternehmereinsätze nicht generell ablehnen bzw. unter Hinweis auf § 4 Nr. 8 VOB/B nicht grundsätzlich Selbstausführung verlangen. Aufgrund der Regelungen in den Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - ist eine generelle Ablehnung von Nachunternehmereinsätzen nicht möglich. Davon abgesehen kann die Art, wie ein Auftraggeber ausschreibt (z.B. bei Zusammenfassung mehrerer Fachlose), zwangsläufig zu Nachunternehmereinsätzen führen, was bei der Angebotswertung berücksichtigt werden muss.

Eine Regelung in Vergabeunterlagen dergestalt, dass Nachunternehmereinsätze grundsätzlich nicht zugelassen sind bzw. zum Angebotsausschluss führen, wäre im Übrigen auch nicht sinnvoll, weil dadurch zumindest bei größeren Gewerken eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung und Erhöhung des Preisniveaus eintreten würde. Durch die zunehmende Spezialisierung in Baubetrieben ist eine Bauausführung ohne Nachunternehmereinsätze oft nicht mehr möglich. Hinzu kommt, dass durch die Spezialisierung bzw. durch gezielte Nachunternehmereinsätze durchaus auch eine qualitativ bessere Bauausführung erreicht werden kann.

Für die Verwender der KEVM geht es im Vergabeverfahren also vorrangig nur darum, bei Angebotsabgabe zu erfahren, in welchem Ausmaß Nachunternehmereinsätze geplant sind, um diese dann entsprechend beurteilen zu können (z.B. Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter und der Nachunternehmer, Prüfung der Auswirkungen der Nachunternehmereinsätze auf die Bauabläufe, auf etwaige Koordinationsprobleme oder auf die Ausführungsfristen).

4 Falsche Erklärungen im Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang -

Wird unter der Nr. 7.1 im Angebotsschreiben (s. Anlage 2 zu dieser GPA-Mitt. Bau) vom Bieter angekreuzt, dass er die ausgeschriebenen Leistungen im eigenen Betrieb erbringen wird, bedarf es dazu keiner ergänzenden Angaben. Das Angebot ist in diesem Falle vollständig.

Sollte sich aber nach dem Eröffnungstermin in einem Verhandlungsgespräch herausstellen, dass der Bieter **falsche Angaben** gemacht hat bzw. wesentliche Teile von Leistungen nicht im eigenen Betrieb erbringen kann, führt das zwangsläufig zum Angebotsausschluss nach §§ 8 Nr. 5e und 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A (vgl. dazu auch den Hinweis im letzten Absatz im Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang -, wonach wissentlich falsche Erklärungen den Ausschluss von weiteren Auftragserteilungen zur Folge haben kann). Dem Bieter mangelt es in solchen Fällen an der erforderlichen **Zuverlässigkeit**. Angebotsänderungen bezüglich der Nachunternehmereinsätze sind nach § 24 Nr. 3 VOB/A nicht mehr statthaft.

Ausnahmen könnten nur dann gemacht werden, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass der Bieter nur für **unwesentliche Teile** der ausgeschriebenen Leistungen Nachunternehmer beauftragen muss bzw. wenn der Bieter es unterlassen hat, Nachunternehmer nur für unwesentliche Teile im Angebot zu benennen (vgl. dazu unten Abschn. 9).

Stellt sich erst **nach Auftragserteilung** heraus, dass seinerzeit bei Angebotsabgabe falsche Angaben gemacht worden sind, ist das ein Kündigungsgrund (§ 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B).

5 Fehlende Erklärungen im Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang -

Werden vom Bieter unter Nr. 7.1 im Angebotsschreiben keine Erklärungen abgegeben, ist das Angebot unvollständig. Dies führt nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A zum Angebotsausschluss, weil die geforderten Erklärungen kalkulationserheblich sind und nachgereichte Erklärungen die Wettbewerbsstellung eines Bieters ggf. verbessern können. Nach den Entscheidungen der Vergabekammern und Vergabesenate (s. die Auszüge in Anlage 1) hätte es der Bieter dann in der Hand, sein Angebot nachträglich **zuschlagsreif** oder **ausschlussreif** zu machen. Verhandlungen über Art und Umfang der Nachunternehmereinsätze führen zwangsläufig zu Änderungen des Angebotsinhalts und unterliegen demnach dem Verbot nach § 24 Nr. 3 VOB/A. Außerdem sind solche Verhandlungen nach Auffassung der Vergabekammern und Vergabesenate schon wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht statthaft (§ 8 Nr. 1 VOB/A).

Die unter Abschn. 4 (vorletzter Absatz) aufgeführten Hinweise gelten entsprechend.

Nach dem Eröffnungstermin dürfen nur solche Angebotserklärungen nachgefordert werden, die auf den laufenden Wettbewerb keinen Einfluss haben (z.B. fehlende Qualitätsnachweise).

6 Fehlende Erklärungen im ergänzenden Angebotsschreiben - KEVM(B)ErgAngNach -

Wird unter Nr. 7.1 im Angebotsschreiben angekreuzt, dass der Bieter gemäß dem beiliegenden ergänzenden Angebotsschreiben - KEVM(B)ErgAngNach - Nachunternehmer beauftragen wird, fehlt bei Angebotsabgabe aber das ergänzende Angebotsschreiben (s. Anlage 3 zu dieser GPA-Mitt. Bau), dann ist das Angebot ebenfalls unvollständig. In diesem Fall gelten die Ausführungen zu Abschn. 5 entsprechend. Das Angebot kann bei Aufklärungsverhandlungen nicht mehr vervollständigt werden (§ 24 Nr. 3 VOB/A).

Eine Ausnahme wäre allenfalls dann zu machen, wenn ein Bieter in Aufklärungsgesprächen im Einzelfall glaubhaft darlegen könnte, dass er nur unwesentliche Teile von Leistungen untervergeben will oder muss (vgl. dazu unten Abschn. 8).

7 Falsche Erklärungen im ergänzenden Angebotsschreiben - KEVM(B)ErgAngNach -

Wird unter Nr. 7.1 im Angebotsschreiben ankreuzt, dass Nachunternehmereinsätze beabsichtigt sind, und auch das ergänzende Angebotsschreiben - KEVM(B)ErgAngNach - dem Angebot beigelegt, dort jedoch unter Nr. 1 eine falsche Angabe gemacht (z.B. die Angabe, dass der Bieter Teile von Leistungen im eigenen Betrieb erbringt, obwohl er sie nachweislich nicht erbringen kann und Nachunternehmer einsetzen muss), ist das Angebot grundsätzlich auszuschließen. Hier gelten die Ausführungen zu Abschn. 4 entsprechend.

8 Nachunternehmereinsätze für überwiegende Teile der ausgeschriebenen Leistung

Ein Bieter, der sein Angebot ordnungsgemäß ausfüllt, d.h. u.a. auch das ergänzende Angebotsschreiben - KEVM(B)ErgAngNach - , der aber nicht in der Lage ist, von den ausgeschriebenen Leistungen einen Großteil im eigenen Betrieb zu erbringen (z.B. wenigstens 50 v.H. der Auftragssumme)¹, kann nicht mit einer Zuschlagserteilung rechnen. Bieter, die die ausgeschriebenen Leistungen nicht überwiegend im eigenen Betrieb erbringen können, gelten im konkreten Auftragsfall als nicht fachkundig und leistungsfähig (Ausschlussgrund nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 und § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A).

Beispiel:

Beim Bau eines RÜB beträgt der Anteil der Rohbauarbeiten (Beton-, Stahlbetonarbeiten) rd. 80 v.H. der ausgeschriebenen Leistung, der Anteil der Erd- und Verbauarbeiten nur 20 v.H. Am Wettbewerb beteiligt sich u.a. auch eine Erdbaufirma, die die Beton-/Stahlbetonarbeiten nicht selbst erbringen kann. Die Erdbaufirma ist vom Wettbewerb vorweg auszuschließen.

Die Faustregel gilt nur dann nicht, wenn eine Vergabestelle mehrere verschiedene Fachlose zusammengefasst ausschreibt und damit zwangsläufig Nachunternehmereinsätze anfordert. Auch bei Generalunternehmerausschreibungen sind weitergehende Ausnahmen zu machen.²

Bestehen weitergehende Sonderregelungen in den Vergaberegeln, wird z.B. eine sog. Stammpersonalklausel vereinbart, ist diese vorrangig zu beachten (vgl. dazu die Hinweise in Abschn. 11).

9 Nachunternehmereinsätze für unerhebliche Teile von Leistungen

Nach Nr. 7.3 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - sind die Bieter nicht verpflichtet, unerhebliche Leistungsteile, die sie an Nachunternehmer vergeben wollen oder müssen, zu benennen. Entsprechend den Vorgaben in den Bewerbungsbedingungen sind untergeordnete Leistungsteile beispielsweise solche in einzelnen LV-Positionen (z.B. Führleistungen oder Teile der Bewehrungsarbeiten). Die Leistungen ganzer LV-Titel (z.B. Erdarbeiten, Wasserhaltung) dürften dagegen grundsätzlich nicht mehr von untergeordneter Bedeutung

¹ Faustregel für die Praxis.

² Bei Generalunternehmerausschreibungen wird z.B. mindestens 25 bis 30 v.H. Eigenanteil gefordert.

sein. Es gibt für die Praxis keine festen Richtlinien. Je nach Auftragssumme dürften aber Leistungsteile in einer Größenordnung ab 10 v.H. bis 20 v.H. der ausgeschriebenen Leistung schon erheblich sein.

10 Namentliche Nachbenennung oder Umbenennung der Nachunternehmer

Es ist unschädlich, wenn ein Bieter, der sein Angebot ordnungsgemäß ausgefüllt hat, im Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht in der Lage ist, die Nachunternehmer namentlich zu benennen. Gefordert werden zunächst nur Angaben über Art und Umfang der Nachunternehmereinsätze. Die Nachunternehmer können noch im Vergabeverfahren namentlich nachbenannt werden.

Ein Bieter muss im Vergabeverfahren nach einer Prüfung durch die Vergabestelle gemäß Nr. 7.4 der Bewerbungsbedingungen aber damit rechnen, dass der betreffende Nachunternehmer nicht anerkannt wird, wenn es diesem an der erforderlichen Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit mangeln sollte.

In dem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob ein Bieter, dem im laufenden Vergabeverfahren ein namentlich benannter Nachunternehmer abgelehnt wurde, nachträglich einen anderen geeigneten Nachunternehmer benennen darf. Die GPA geht bis auf Weiteres davon aus, dass eine namentliche Umbenennung eines Nachunternehmers im laufenden Wettbewerb noch möglich ist (selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Angebotspreise nicht verändert werden), weil es keinen Sinn machen würde, eine Nachbenennung zu gestatten (s. oben Abs. 1), nicht aber eine namentliche Umbenennung.

11 Nebenangebote über Nachunternehmereinsätze

Es ist allgemein zulässig, zu einem Hauptangebot auch ein Nebenangebot betr. Nachunternehmereinsätze abzugeben. Beispielsweise kann ein Bieter in einem Hauptangebot erklären, dass er die Leistungen im eigenen Betrieb erbringt. Dazu kann er ein Nebenangebot (evtl. verbunden mit einem Preisnachlass) für den Fall abgeben, dass er bestimmte Leistungsteile an Nachunternehmer weitervergeben darf.

Solche Nebenangebote sind dann wie die Hauptangebote zu werten (z.B. Überprüfung der Vollständigkeit der Angaben über Art und Umfang der Nachunternehmerleistung, ggf. Beachtung der Stammpersonalklausel).

12 Stammpersonalklausel

Wird nach den Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen - KEVM(B)WBVB - eine sog. Stammpersonalklausel ausgeschrieben, dann sind diese Regelungen bei der Angebotswertung vorrangig zu beachten. Die vorstehenden Ausführungen zu Abschn. 8 gelten dann nicht.

Abt. 6/60

**Anlage 1
zur GPA Mitt. Bau 2/2003**

Entscheidungen der Vergabekammern und -senate bei EG-Ausschreibungen

1. Angebotsausschluss wegen falscher, fehlender oder unvollständiger Erklärungen, Nachverhandlungsverbot

Leitsätze: Werden anlässlich von Bietergesprächen nach § 24 VOB/A Angaben zu Nachunternehmern nachgeholt, können diese für die Wertung nicht mehr berücksichtigt werden, wenn die von dem betreffenden Nachunternehmer zu erbringende Leistung nicht unerheblich ist. Dies folgt aus dem Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber nach § 8 Nr. 1 VOB/A.

VÜA Niedersachsen, Beschl. v. 05.01.1998, TgbNr. 6/97, nicht veröffentlicht

Sachverhalt: Gefordert war eine Nachunternehmererklärung. Bei Nichtvorlage konnte gemäß den Bewerbungsbedingungen ein Angebotsausschluss erfolgen. Diese Erklärung fehlte bei der Mehrzahl der im Eröffnungstermin vorliegenden Angebote. **Entscheidung:** Trotz Kann-Bestimmung hatte der Auftraggeber keine Ermessensentscheidung. Es verstößt gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot, wenn das Angebot eines Bieters zugelassen wird, obwohl die geforderte Erklärung fehlt. Würde eine Erklärung nachgereicht, könnte der Bieter sein Angebot zuschlagsfähig oder ausschlusssreif machen.

VÜA Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 25.01.1999, Vergaberechts-Report 2/99, 3; ferner VK Nordbayern, Beschl. v. 16.11.2001, Vergaberechts-Report 3/2002, 1; BayObLG, Beschl. v. 19.03.2002, VergabeR 2002, 252; OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.05.2000, NZBau 2001, 102

Anmerkung: Dies gilt auch bei Generalunternehmerangeboten (vgl. VK Sachsen, Beschl. v. 10.01.2002, Vergaberechts-Report 3/2002, 2 = IBR 2002, 323).

Sachverhalt: Ein Bieter hatte die Erklärung abgegeben, fast alle Teilleistungen an Nachunternehmer vergeben zu wollen. Um sich gegen den drohenden Angebotsausschluss zu verteidigen, machte er nachträglich in einem Aufklärungsgespräch geltend, dass er jederzeit bereit sei, den Nachunternehmeranteil zu reduzieren. **Entscheidung:** Verhandlungen über eine nachträgliche Verschiebung der Leistungsanteile sind nicht durch § 24 Nr. 3 VOB/A gedeckt. Eine derartige Verschiebung stellt einen tiefgreifenden Eingriff in die Angebotsgestaltung dar.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.07.2000, Vergaberechts-Report 8/2000, 1 = BauR 2000, 1623

Leitsätze: Die Bauausführung im eigenen Betrieb - und damit auch der Umfang eines geplanten Nachunternehmereinsatzes - stellt ein wesentliches Merkmal der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters i.S. des § 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A dar. Es stellt einen Verstoß gegen § 24 Nr. 3 VOB/A dar, wenn einem Bieter gestattet würde, den angebotenen Anteil der Eigenleistung nachträglich zu erhöhen. Die Verschiebung stellt einen tiefgreifenden Eingriff in die Angebotsgestaltung dar, da die kalkulatorischen Grundlagen zugunsten des betroffenen Bieters und zu Lasten aller übrigen Mitbieter verändert würden.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.05.2001, Vergaberechts-Report 6/2001, 1

Sachverhalt: Ein Bieter hatte mit seinem Angebot den Vordruck eines Nachunternehmerverzeichnis mit dem Stempelaufdruck „Wird im Auftragsfall nachgereicht“ vorgelegt.

Entscheidung: Mit diesem Inhalt ist das Angebot wettbewerbsverzerrend und unterliegt zwingend dem Ausschluss.

OLG Thüringen, Beschl. v. 05.12.2001, VergabeR 2002, 256

Leitsatz: Die Formulierung im Begleitschreiben „wir behalten uns vor, Teile der Leistung aus Kapazitätsgründen an Nachunternehmer zu vergeben“, führt zum Angebotsausschluss.

VK Hessen, Beschl. v. 11.02.2002, IBR 2002, 276

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Leichtmetallbauarbeiten. Im Angebotsschreiben wurde angekreuzt:

(x) Wir werden die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen.

(x) Wir werden die in der beigefügten Liste aufgeführten Leistungen an Nachunternehmer übertragen, weil unser Betrieb auf diese Leistungen nicht eingerichtet ist.

Die Liste lag aber nicht bei. Im Bietergespräch ergab sich, dass in erheblichem Umfang Nachunternehmereinsatz beabsichtigt war. **Entscheidung:** Das Angebot ist gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A auszuschließen. Das Fehlen der geforderten Angaben führt zum Angebotsausschluss, weil die nachträglich Ergänzung die Wettbewerbsstellung des betreffenden Bieters unzulässig verändern würde.

BayObLG, Beschl. v. 28.08.2002, IBR 2002, 682 = Vergaberechts-Report 12/2002, 1 = VergabeR 2003, 76

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Brückenbauarbeiten. Ein Bieter gab an, dass er die Gewerke Erdarbeiten, Spundwände und Ortbetonpfähle an Nachunternehmer vergeben muss, weil sein Betrieb hierauf nicht eingerichtet ist. Nach der Angebotseröffnung offenbarte der Bieter, dass er auch die Stahlbauarbeiten an Nachunternehmer vergeben muss.

Entscheidung: Der Bieter hat keine Aussicht auf Zuschlagserteilung. Das Verhalten des Bieters ist geeignet, Zweifel an seiner eigenen Leistungsfähigkeit (§ 8 Nr. 5 e VOB/A) und Vertragstreue (§ 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B) zu wecken. Außerdem sind Nachverhandlungen über Nachunternehmereinsätze nach § 24 Nr. 3 VOB/A unstatthaft.

BayObLG, Beschl. v. 27.11.2002, IBR 2003, 96

2. Angebotsausschluss wegen überwiegenden Nachunternehmereinsatzes

Leitsätze: Es liegt im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung, wenn der Auftraggeber einem Bieter nicht den Auftrag erteilt, der beabsichtigt, Leistungen in erheblichem Umfang von Nachunternehmern ausführen zu lassen. Ein Umfang von **52 % der Auftragssumme** als beabsichtigte Nachunternehmerbeauftragung lässt die Nichterteilung des Zuschlags gerechtfertigt erscheinen.

VÜA Baden-Württemberg, Beschl. v. 17.09.1997, Vergaberechts-Report 10/98, 3

Leitsätze: Schreibt ein Auftraggeber gewerkeübergreifend aus (z.B. zusammengefasst das Zimmerer- und Dachdeckergewerk) und fehlt einem Bieter die fachliche Qualifikation bei einem Gewerk, dann kann der Auftraggeber dem Bieter nicht die mangelnde Eignung absprechen. Der Bieter muss dann für das eine Gewerk einen Nachunternehmer hinzuziehen.

VK Bund, Beschl. v. 01.03.2002, Vergaberechts-Report 4/2002, 3

Sachverhalt: Ein Bieter erklärte bei Angebotsabgabe, welche Arbeiten er nicht im eigenen Betrieb erbringen kann. Das waren u.a. die Beton-, Mauer- und Rohbaustarbeiten (ca. 80 v.H. des Auftragswerts). **Entscheidung:** Das Angebot entspricht nicht dem Gebot der Selbstausführung nach § 4 Nr. 8 VOB/B. Durch den Umfang des Nachunternehmereinsatzes hat sich der Bieter der Stellung eines Generalübernehmers angenähert. Schon aus diesem Grund und auch mangels Eignung im Hinblick auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist das Angebot auszuschließen.

BayObLG, Beschl. v. 17.06.2002, IBR 2002, 626

Sachverhalt: Ein Bieter hatte erklärt, er werde die in der beigefügten Liste aufgeführten Leistungen an Nachunternehmer übertragen, obwohl sein Betrieb auf diese Leistungen eingerichtet ist. Die Liste lag jedoch nicht bei. Im nachträglichen Aufklärungsgespräch ergab sich, dass beabsichtigt war, ca. 20 bis 30 v.H. der Gesamtleistung an Nachunternehmer zu vergeben. **Entscheidung:** Das Angebot ist nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A auszuschließen. Bei Art und Umfang eines beabsichtigten Nachunternehmereinsatzes handelt es sich grundsätzlich um eine kalkulationserhebliche Erklärung, die sich auf die Wettbewerbsstellung auswirkt. Eine nach Angebotseröffnung erfolgte Benennung der an Nachunternehmer zu vergebenden Leistungen stellt eine unstatthafte Änderung des Angebots dar, die dem Nachverhandlungsverbot nach § 24 Nr. 3 VOB/A unterliegt.

OLG Thüringen, Beschl. v. 30.05.2002, ZfBR 2002, 827

3. Nachunternehmereinsätze für unerhebliche Teile der ausgeschriebenen Leistung

Leitsätze: Zählt zu den Bewerbungsbedingungen ein „Verzeichnis der Nachunternehmer“, so ist deren Nichtbenennung unschädlich, wenn sie nur **unerhebliche Teile der Leistung** erbringen. Ein Anteil von mehr als 20 v.H. bei einer Angebotssumme von 5,9 Mio. DM ist als erheblich anzusehen, d.h. der Bieter kann die Nachunternehmer nicht mehr nachbenennen. Die Folge ist ein Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A.

VÜA Niedersachsen, Beschl. v. 05.01.1998 (betr. Autobahnbau).

Leitsätze: Bezüglich der Markierungsarbeiten wurde ein Nachunternehmer nur im Baustoffverzeichnis genannt (nicht in dem maßgebenden Formblatt). Bezüglich der Verfestigungsarbeiten (hier: kein erheblicher Teil im LV) fehlte die Nachunternehmererklärung ganz. Sie wurde nach dem Eröffnungstermin nachgereicht. Dies hatte auf den Wettbewerb und die Preise keinen Einfluss. Das Angebot war deswegen nicht auszuschließen.

OLG Celle, Beschl. v. 08.11.2001, VergabeR 2002, 176 = IBR 2003, 42

4. Zustimmung / Ablehnung angebotener Nachunternehmereinsätze

Leitsatz: Die Übersendung eines Formblatts zur Eintragung beabsichtigter Nachunternehmerbeauftragungen kann weder als eine ausdrückliche noch eine konkludente Zustimmung der Vergabestelle zur Beauftragung von Nachunternehmern gesehen werden.

VÜA Baden-Württemberg, Beschl. v. 17.09.1997, Vergaberechts-Report 10/98, 3

Anmerkung: Allein mit der Übersendung der Muster KEVM(B)Ang und KEVM(B)ErgAngNach an die Bewerber ist noch keine Zustimmung für einen Nachunternehmereinsatz verbunden.

Leitsätze: Wenn der Auftraggeber gemäß § 8 VOB/A **Eignungsnachweise** (z.B. Große Schweißnachweise nach DIN 18800 Teil 7) verlangt und ein Bieter diese Nachweise selbst nicht erbringen kann, stellt sich die Frage ist, ob es genügt, dass ein Bieter auf einen Nachunternehmer verweist und der Fachkundenachweis vom Nachunternehmer nachträglich erbracht wird.

Wird im Angebot der Nachunternehmer benannt und auf dessen Fachkundenachweis verwiesen, so kann der Auftraggeber das Angebot annehmen.

VÜA Bund, Beschl. v. 17.12.1997, Vergaberechtsreport-Report 4/98, 1; ferner BayObLG, Beschl. v. 13.03.2001, IBR 2001, 387

Leitsätze: Nach § 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer die Leistung grundsätzlich im eigenen Betrieb auszuführen. Hat die Vergabestelle eine Zustimmung zur Übertragung von Leistungen auf Nachunternehmer nicht erteilt, so führt ein von Seiten des Bieters geplanter Nachunternehmereinsatz ggf. zum Angebotsausschluss.

Bereits wegen der erforderlichen **Arbeiterlaubnisse** kann die Einbeziehung eines ausländischen Nachunternehmers durch den Bieter im Hinblick auf seine Eignung ein unkalkulierbares Risiko für die Vergabestelle bedeuten.

VÜA Bayern, Beschl. v. 29.11.1996, Az. VÜA 9/96, nicht veröffentlicht

Anmerkung: Der Sachverhalt ist hier nicht ganz klar. Offensichtlich hatte der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen geregelt, dass Nachunternehmereinsätze an ausländische Firmen nicht zugelassen sind.

Leitsatz: Wenn ein Auftraggeber festlegt, dass er nur Art und Umfang des Nachunternehmereinsatzes mit Angebotsabgabe benannt haben will, ist der Austausch eines dieser benannten Nachunternehmer auch nachträglich noch möglich.

VK Sachsen, Beschl. v. 13.05.2002, ZfBR 2002, 836

Anlage 2
zur GPA-Mitt. Bau 2/2003

Regelungen in KEVM in Teil II des Kommunalen Vergabehandbuchs

Nr. 7.1 Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang

- Ich erkläre, dass ich die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen bzw. keine Nachunternehmer einsetzen werde.
- Ich werde die Leistung gemäß beiliegender Erklärung - KEVM(B)ErgAngNach - (teilweise) mit Nachunternehmer ausführen.

Nr. 7 der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB -

7.1 Muss der Bieter Teile der Leistung durch Nachunternehmer ausführen lassen, weil sein Betrieb darauf nicht eingerichtet ist, hat er unter Nummer 1 im ergänzenden Angebotsschreiben - KEVM(B) ErgAngNach - die betreffenden Teile der Leistung anzugeben (z.B. Angabe der Gewerke, Lose, LV-Titel, LV-Abschnitte oder LV-Positionen), die Nachunternehmer (möglichst schon bei Angebotsabgabe) namentlich zu benennen und die weiteren geforderten Angaben zu machen (z.B. Angabe der Berufsgenossenschaft).

7.2 Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung durch Nachunternehmer ausführen lassen, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, hat er unter Nummer 2 im ergänzenden Angebotsschreiben - KEVM(B) ErgAngNach - die betreffenden Teile der Leistung anzugeben, die Nachunternehmer (möglichst schon bei Angebotsabgabe) namentlich zu benennen und die weiteren geforderten Angaben zu machen (z.B. Angabe der Berufsgenossenschaft).

7.3 Bei Angebotsabgabe dem Bieter namentlich noch nicht bekannte Nachunternehmer sind möglichst noch im laufenden Vergabeverfahren nachzubenenen.
Die Benennung von Nachunternehmern, die nur unerhebliche Teile der Leistung ausführen (z.B. Teile einer LV-Position wie Fuhrleistungen), kann unterbleiben.

7.4 Der Bieter kann im Vergabeverfahren mit einer Zustimmung zur Übertragung von Leistungen auf Nachunternehmer nach §§ 2 Nr. 1 und 25 Nr. 2 und 3 VOB/A nur rechnen, wenn

- seine Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (als Hauptunternehmer) durch die Übertragung von Leistungen auf Nachunternehmer nicht in Frage gestellt und Art und Umfang des vorgesehenen Nachunternehmereinsatzes (z.B. aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen) annehmbar ist,
- die Nachunternehmer bereits im Vergabeverfahren namentlich benannt worden und fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sind und wenn
- sonstige Vergabebestimmungen (z.B. eine Stammpersonalklausel) einer Leistungsübertragung auf Nachunternehmer nicht entgegenstehen.

Für nicht bereits im Vergabeverfahren erteilte Zustimmungen gilt Nr. 18 KEVM(B)ZVB.

7.5 Erklärt ein Bieter, die Leistungen im eigenen Betrieb zu erbringen, kann er über den Einsatz von Nachunternehmern Nebenangebote nach Nr. 5 der Bewerbungsbedingungen abgeben. Für die Wertung der Nebenangebote gilt 7.4 entsprechend.

Anlage 3
zur GPA-Mitt. Bau 2/2003

Benennung der Nachunternehmer im ergänzenden Angebotsschreiben
- KEVM(B)ErgAngNach -

1. Ich erkläre, dass mein Betrieb auf folgende Teile der Leistung nicht eingerichtet und deshalb Nachunternehmereinsatz erforderlich ist:

OZ	Kurzbeschreibung der Gewerke, Lose, LV-Titel, LV-Abschnitte oder LV-Positionen	Nachunternehmer (Name, Anschrift, Firmensitz)

2. Ich erkläre ferner, dass folgende Teile der Leistung, auf die mein Betrieb eingerichtet ist, nicht im eigenen Betrieb erbracht, sondern an Nachunternehmer vergeben werden sollen: ¹

OZ	Kurzbeschreibung der Gewerke, Lose, LV-Titel, LV-Abschnitte oder LV-Positionen	Nachunternehmer (Name, Anschrift, Firmensitz)

¹ Bei Angebotsabgabe auf etwaige Stammpersonalklauseln achten.