

Verpflichtungserklärung ist auf Verlangen bereits dem Angebot beizulegen!

Eine Vorgabe in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, dass der Verfügbarkeitsnachweis für die zu benennenden Nachunternehmer bereits mit dem Angebot zu führen ist, muss ein Bieter beachten, da andernfalls sein Angebot dem zwingenden Ausschluss unterliegt.

OLG Naumburg, Beschluss vom 04.09.2008 - 1 Verg 4/08

vorhergehend:

VK Sachsen-Anhalt, 06.06.2008 - 1 VK LVwA 7/08

VOB/A § 8a Nr. 10, § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5, § 25 Nr. 1 Abs. 1 b

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber hat nicht bereits in der Vergabebekanntmachung, aber in der **Aufforderung zur Angebotsabgabe** die **Vorlage einer Verpflichtungserklärung** eines anderen Unternehmens **zugleich mit dem Angebot** für den Fall gefordert, dass der Bieter beabsichtigt, sich bei der Erfüllung des Auftrags der Fähigkeiten dieses anderen Unternehmens zu bedienen. Im Nachprüfungsverfahren stellt die Vergabekammer fest, dass die von der Beigeladenen eingereichte Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers im Widerspruch zum Inhalt der Nachunternehmererklärung steht. Gegen die Verfügung der Kammer, das Angebot der Beigeladenen sei daher wegen Unvollständigkeit bei der zu wiederholenden Wertung nicht zu berücksichtigen, erhebt diese die sofortige Beschwerde.

Entscheidung

Ohne Erfolg! Nach Auffassung des Senats stellt die **Verpflichtungserklärung** bei systematischer Betrachtung einen **Eignungsnachweis** dar, nämlich die Erklärung eines Dritten darüber, dass die Leistungsfähigkeit, gegebenenfalls auch die Fachkunde des Bieters durch die vom Dritten zur Verfügung gestellten Ressourcen erweitert werden. Dennoch müsse das **Erfordernis der Vorlage einer solchen Erklärung bereits mit der Angebotsabgabe nicht schon in der Bekanntmachung veröffentlicht** werden, weil ein fachkundiger Bieter, an den sich die Vergabebekanntmachung wende, mit einer solchen Forderung ohnehin rechnen müsse und dieser Eignungsnachweis nicht zwingend, sondern nur dann vorzulegen sei, wenn sich ein Bieter überhaupt zur Subvergabe entschlöße.

Praxishinweis

Die Entscheidung widerspricht der neueren Rechtsprechung des BGH (IBR 2008, 588), welcher schon die **Bieterpflicht zur Benennung der Nachunternehmer bereits mit Angebotsabgabe als unverhältnismäßig** betrachtet. Die **Forderung einer Verpflichtungserklärung dieser Nachunternehmer ist dann erst recht unzumutbar**. Muss aber die Verpflichtungserklärung als solche nicht beigebracht werden, ist die Unvollständigkeit dieser Erklärung unschädlich. Die VK Sachsen (Beschluss vom 10.10.2008 - 1/SVK/051-08) überträgt dies konsequent auf den Teilnahmewettbewerb und hält die Vorlagepflicht mit dem Teilnahmeantrag im Lichte der BGH-Rechtsprechung erst recht für unzumutbar mit der Folge, dass ein Bewerberausschluss wegen fehlender Verpflichtungserklärung vergaberechtswidrig ist.

RA Jörg Stoye, Frankfurt a. M.