

## Zwingende Kongruenz zwischen Nachunternehmererklärung und Verpflichtungserklärung!

Erklärt ein Bieter, dass er alle Leistungen eines Titels von einem Nachunternehmer erbringen lassen werde, und bezieht sich die Verpflichtungserklärung des bezeichneten Nachunternehmers aber nur auf einige einzelne, ausdrücklich mit ihren Ordnungsziffern aufgeführte Leistungspositionen dieses Titels, so ist diese Abweichung als ein unvollständiger Verfügbarkeitsnachweis zu bewerten.\*)

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 einer solchen Erklärung nicht bereits 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. Erfasse die **Verpflichtungserklärung nicht alle in der Nachunternehmererklärung zur Subvergabe aufgeführten Leistungsbereiche**, sei das Angebot wegen **Unvollständigkeit** - unabhängig von der wirtschaftlichen Bedeutung der betreffenden Leistungsteile - **zwingend auszuschließen**.

### Praxishinweis

Die Entscheidung bestätigt die Formstrenge der Vergaberechtsprechung und ist insoweit richtig, dass der Auftraggeber bei Widersprüchen zwischen den Erklärungen über den Nachunternehmereinsatz im Unklaren darüber bleibt, wer die geschuldete Leistung tatsächlich erbringt. Derartige Missgeschicke der Bieter können insbesondere bei Verwendung des neuen Vergabehandbuchs des Bundes (VHB 2008) passieren, weil das neue EFB 236 EG nicht mehr pauschal auf die Nachunternehmererklärung verweist, wie noch das alte EFB 320 EG (VHB 2002), sondern stets die Angabe der konkreten Leistungsbereiche/Ordnungsziffern verlangt.

RA Jörg Stoye, Frankfurt a. M.