



Einsatz von Nachunternehmen im Vergabeverfahren

Ein Artikel von Dejan Roshkoski

Aufgeben des Selbstausführungsgebotes

In dem deutschen Vergaberecht galt in der Vergangenheit überwiegend das Gebot der Selbstausführung von öffentlichen Aufträgen durch den Auftragnehmer. Das Selbstausführungsgebot lässt die Fähigkeit eines Auftragnehmers, den Auftrag selbstständig auszuführen, in den Vordergrund rücken. Allerdings wurde dieses Gebot aufgrund der Rechtsprechung der EuGH mittlerweile aufgegeben.¹ Zwar wird ein Auftragnehmer normalerweise den Auftrag selbst ausführen wollen. Dennoch eröffnet § 36 VgV ihm die Möglichkeit, Teile des Auftrags im Wege eines Unterauftrags an Dritte zu vergeben.² Daraus wird deutlich, dass bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen ein Selbstausführungsgebot nicht besteht.³ Damit soll die Vergabe öffentlicher Aufträge möglichst vielen Unternehmen zugänglich gemacht werden, was auch den Wettbewerb fördert.⁴

Unbeschränkte Möglichkeit zur Unterauftragsvergabe und Wahrung der Interessen beider Vertragsparteien

Aus § 36 VgV ist Folgendes ersichtlich: Erstens gewährt § 36 VgV dem Auftragnehmer die Gelegenheit zur Unterauftragsvergabe, nicht aber die Verpflichtung dazu. Einerseits ist es dem Auftragnehmer nicht geboten, den Auftrag eigenständig auszuführen. Andererseits kann er selbst entscheiden, ob er Unterauftragnehmer in die Auftragsausführung mit einbezieht oder nicht. Zweites darf der Auftraggeber von dem Auftragnehmer nicht verlangen, dass er den Auftrag eigenständig durchführt. Denn der § 36 VgV unterstellt die Zulässigkeit der Unterauftragsvergabe.⁵ Ein öffentlicher Auftraggeber darf von dem Auftragnehmer nur Auskunft über den Einsatz und, falls es zumutbar ist, über den Namen der geplanten Nachunternehmen verlangen. So kommt der schützende Charakter dieser Vorschrift zugunsten des Auftraggebers zum

¹ EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 – C-406/14, Rn. 33, juris; *Schneevogl*, in: Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl., § 36 VgV, Rn. 4, juris.

² *Püstow*, in: Ziekow/Völkel, Vergaberecht Kommentar, 5. Aufl., § 36 VgV, Rn. 2.

³ OLG Rostock, Beschluss vom 23. April 2018 – 17 Verg 1/18, Rn. 8, juris.

⁴ *Liebschwager*, in: Burgi/Dreher Vergaberecht, 8. Aufl., § 36 VgV, Rn. 9.

⁵ *Schneevogl*, in: Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl., § 36 VgV, Rn. 14, juris.

Ausdruck.⁶ Die Zumutbarkeit kann an Maßstab der Komplexität der Auftragsleistungen gemessen werden.⁷ Je komplexer die Auftragsausführung ist, desto weniger kann es einem Auftragnehmer zugemutet sein, den Namen des Unterauftragnehmers, frühzeitig etwa bei der Angebotsabgabe, zu benennen. Allerdings muss er die Interessen des Auftraggebers berücksichtigen und diese Angabe gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben so früh wie möglich mitteilen. Sofern der Auftraggeber vom Bieter Auskunft über den Einsatz von Nachunternehmen verlangt, muss der Bieter diese Auskunft erteilen. Denn der Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse daran, sich Informationen über seine künftigen Vertragspartner zu verschaffen.⁸ Anderenfalls kann er den Bieter wegen Unvollständigkeit seines Angebotes ausschließen.⁹ Um von der Möglichkeit zur Auskunft über die Nachunternehmen Gebrauch machen zu können, muss der Auftraggeber die notwendige Transparenz schon in der Auftragsbekanntmachung schaffen. Nur so kann er auch den Interessen der Bieter Rechnung tragen.¹⁰

Einfluss des Auftraggebers auf die Gestaltung der Unterauftragsvergabe durch den Auftragnehmer

Welche Teile des Auftrags Gegenstand der Unterauftragsvergabe sein können, ist gem. der Regelung des § 36 Abs. 1 VgV irrelevant. Es steht dem Auftragnehmer frei, Teile des Auftrags, die im Wege eines Unterauftrags zu vergeben sind, selbst auszuwählen. Daher ist ein Begehren des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, die Auftragsausführung so zu gestalten, dass wesentliche Teile dem Auftragnehmer vorbehalten und unwesentliche bzw. „sporadische“ Teile für den Unterauftragnehmer reserviert bleiben, grundsätzlich verboten. Umso weniger darf der Auftraggeber den Auftragnehmer dazu zwingen, auf den Einsatz von Nachunternehmen komplett zu verzichten. Eine Einschränkung wäre denkbar, wenn bestimmte kritische Aufgaben im Rahmen der Auftragsausführung zu erbringen sind, deren Komplexität aber eine Unterauftragsvergabe für unangemessen machen können.¹¹ Allerdings darf der Auftraggeber auf das Selbstausführungsgebot insoweit zugreifen, wie er in den Vergabeunterlagen transparent erläutert, was wesentlich und was unwesentlich sein soll.¹² Eine Einschränkung ist auch dann möglich, wenn der Auftraggeber die Leistungsfähigkeit der Unterauftragnehmer bei der Prüfung und der Auswahl des Auftragnehmers

⁶ Werner, in Willenbruch/Wiedekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 4. Aufl., § 36 VgV, Rn. 1; Schneevogl, in: Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl., § 36 VgV, Rn. 41, juris.

⁷ Schneevogl, in: Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl., § 36 VgV, Rn. 22, juris.

⁸ Werner, in Willenbruch/Wiedekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 4. Aufl., § 36 VgV, Rn. 1.

⁹ Schneevogl, in: Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl., § 36 VgV, Rn. 19, juris.

¹⁰ Liebschwager, in Burgi/Dreher Vergaberecht, 8. Aufl., § 36 VgV, Rn. 15.

¹¹ Liebschwager, in Burgi/Dreher Vergaberecht, 8. Aufl., § 36 VgV, Rn. 11.

¹² EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 – C-406/14, Rn. 33, juris; OLG Rostock, Beschluss vom 23. April 2018 – 17 Verg 1/18, Rn. 8, juris.

nicht hat prüfen können.¹³ In diesem Fall darf er die Ausführung von wesentlichen Teilen des Auftrags für die Unterauftragnehmer einschränken.

Fazit

Die Regelung der § 36 VgV eröffnet unbegrenzte Möglichkeit der Bieter, Unterauftragnehmer bei der Ausführung des Auftrags einzusetzen. Es kommt nicht darauf an, ob die Nachunternehmer bei Vergabe öffentlicher Aufträge überhaupt zugelassen sind. Sie sind zugelassen, und dem Auftraggeber stehen grundsätzlich keine Einflussmöglichkeiten zu. Vielmehr geht es um das Recht des Auftraggebers, Auskunft über den Einsatz von Nachunternehmen zu erhalten. Denn dadurch wird Klarheit darüber geschaffen, mit wem er bei der Auftragsausführung kooperieren wird. Er hat berechtigtes Interesse daran, sich einen Überblick über die an der Auftragsausführung beteiligten Personen zu verschaffen. Allerdings darf er nur unter Einhaltung des Transparenzgrundsatzes die Gestaltung der geplanten Unterauftragsvergabe beeinflussen. Dies setzt klare Regeln und Klauseln in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Wertung von wesentlichen und unwesentlichen Teilen des Auftrags voraus. Dies muss ständig aufgrund objektiver Kriterien und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen. Auf die Frage, ob einem Auftragnehmer zuzumuten ist, Auskunft über den Namen des Nachunternehmens zu erteilen, wird auf die Besonderheiten des Einzelfalles abgestellt. Denkbar ist, dass bei nicht komplexen Vergabeverfahren, wie etwa Lieferleistungen, eine Frühauskunft möglich und sinnvoll wäre. Bei den komplexen Vergabeverfahren, wie etwa Bauvorhaben, kann hingegen die Frühbenennung der Unterauftragnehmer nicht angemessen sein. Denn diese Vergaben zeichnen sich mit großem Volumen aus und die Arbeiten müssen stets in unterschiedlichen Abschnitten ausgeführt werden. Dennoch darf der Bieter diesen Vorteil nicht zu Lasten des Auftraggebers nutzen und ihn in Unklarheit lassen. Denn nach dem Grundsatz von Treu und Glauben muss er zu jedem Stadium des Vergabeverfahrens Rücksicht auf die Interessen und Rechte des Auftraggebers nehmen.

Kontakte

Dejan Roshkoski Master of Laws (LL.M.)
 0385/30 31-259  roshkoski@kubus-kb.de

Katrin Anders Master of Laws (LL.M.), Teamleiterin
 0385/30 31-253  anders@kubus-kb.de

¹³ Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 20. Dezember 2017 – 1 VK 5/17, Rn. 99, juris.