

Oberlandesgericht Rostock über die Zulässigkeit von Nachunternehmern

## Unterauftragnehmer beteiligen

Das Oberlandesgericht Rostock hatte vorliegend Gelegenheit, sich zum Selbstausführungsgebot zu äußern (OLG Rostock, 17 Verg 1/18 vom 23. April 2018). Interessante Ausführungen finden sich darüber hinaus zur Antragsbefugnis. In dem zugrunde liegenden Vergabeverfahren sah die Leistungsbeschreibung das Verbot jeglicher Übertragung der Leistungen auf Dritte vor. Nach dem in den Vergabebedingungen ebenfalls enthaltenen Vertragsentwurf war hingegen nur die Übertragung wesentlicher Teile verboten.

Die Antragstellerin wollte ein Angebot unter Beteiligung eines Unterauftragnehmers abgeben, beteiligte sich aber dann nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft an dem Vergabeverfahren. Mit der Rüge und dem anschließenden Nachprüfungsantrag forderte sie eine uneingeschränkte Zulassung von Nachunternehmern, das heißt auch für wesentliche Teile des Auftrags, nach Ansicht der Vergabekammer sowie des OLG Rostock zu Recht. So führt das OLG aus, die Vergabekammer habe die erforderliche Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 GWB – unter Berücksichtigung des Gebotes effektiven Rechtsschutzes – zutreffend bejaht.

Die Antragstellerin habe schlüssig dargelegt, dass sie ein eigenes Angebot habe abgeben und hierbei einen Unterauftragnehmer habe einbinden wollen, hieran aber aufgrund des von der Auftraggeberin vorgegebenen Selbstausführungsgebotes gehindert worden sei. Das OLG geht davon aus, dass selbst wenn die Vergabebedingungen dahingehend auszu-



Vergabestellen müssen eindeutig klarmachen, was an Leistungen an Dritte übertragen werden darf und was nicht.

FOTO DPA

legen seien, dass sie die Vergabe unwesentlicher Auftrags Teile an Unterauftragnehmer erlaubten, die Antragstellerin auch dies als Vergaberechtsverstoß gerügt habe und sich nicht der Gefahr habe

aussetzen müssen, dass die beabsichtigte Unterauftragsvergabe nach Abgabe eines Angebotes nicht mehr als unwesentlich gebilligt werde.

Dem Interesse der Antragstellerin

gerade nicht abschließend für ein Angebot dieser Bietergemeinschaft entschieden und die vorrangig beabsichtigte Abgabe eines eigenen Angebotes fallengelassen. Denn die Antrag-

stellerin habe gleichzeitig nachvollziehbar dargelegt, dass die Bietergemeinschaft im Falle der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in die Angebotsphase ihr Angebot zurücknehmen werde, um der Antragstellerin das bevorzugte eigene Angebot unter Einbeziehung von Unterauftragnehmern zu ermöglichen. Bei wertender Betrachtung sei die Einreichung des an sich nicht favorisierten Angebotes der Bietergemeinschaft als Folge des gerügten Vergaberechtsverstoßes anzusehen, sodass es treuwidrig erscheine, wenn der Antragstellerin hieraus Nachteile erwachsen würden.

Die Vergabebedingungen seien hinsichtlich des Selbstausführungsgebotes unklar und intransparent. Während die Leistungsbeschreibung jegliche Übertragung der Leistungen auf Dritte verbiete, sei gemäß des Vertragsentwurfs hingegen nur die Übertragung wesentlicher Teile verboten. Das Selbstausführungsgebot und ein damit verbundenes Verbot der Einbindung von Unterauftragnehmern seien jedoch angesichts der Regelungen in § 36 VgV (der auf Art. 71 Richtlinie 2014/24/EU beruht) unzulässig. Wenn der öffentliche Auftraggeber schon nicht vorschreiben dürfe, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der Arbeiten selbst ausführen müsse, dann gelte dies selbstverständlich auch für die Ausführung wesentlicher Teile. Die Voraussetzungen eines ausnahmsweise erlaubten Selbstausführungsgebotes für bestimmte kritische Aufgaben gem. § 47 Abs. 5 VgV liegen nach Ansicht des OLG hier nicht vor. > **fv**

Vergabekammer Südbayern zu widersprüchlichen Angeboten

## Erst auslegen und aufklären, dann ausschließen

Die Vergabekammer Südbayern (Beschluss vom 25. Januar 2018 - Z3-3-3194-1-52-10/17) hat zu widersprüchlichen Angebotsinhalten entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber ein solches Angebot zunächst auslegen muss. Wenn die Auslegung dann zu keinem widerspruchsfreien Ergebnis führt, muss das Angebot in einem zweiten Schritt aufgeklärt werden. Erst wenn die Aufklärung ebenfalls scheitert, darf ein Angebot schlussendlich ausgeschlossen werden.

Denn bei Zweifeln oder Widersprüchen ist das Angebot zunächst in entsprechender Anwendung der § 133, 157 BGB aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers auszulegen. Hierbei



Angebote für Bauaufträge müssen ausgelegt werden.

FOTO DPA

sind im Rahmen der Auslegung auch die Begleitumstände und die Interessenlage des Erklärenden zu berücksichtigen. Führt die Auslegung zu einem mehrdeutigen Ergebnis, kommt eine Aufklärung nicht in Betracht, weil eindeutige Erklärungen dann nicht klargestellt würden, sondern geändert werden, so die Münchner Nachprüfungsbehörde.

Führt die Auslegung zu keinem zweifelsfreien Ergebnis oder lässt sich der Widerspruch durch Auslegung der Erklärung nicht sicher beseitigen, kann das Angebot aufgeklärt werden. Die Aufklärung steht zwar im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, von dem wiederum unter strikter Gleichbehandlung – das heißt, dass ver-

gleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen – aller Bieter Gebrauch gemacht werden muss. Entscheidet sich die Vergabestelle aber zur Angebotsaufklärung, ist dieses Verlangen grundsätzlich in gleicher Weise an alle Bieter zu richten, die sich in derselben Situation befinden.

Das bestehende Aufklärungsermessen kann sich bei einem offensichtlichen Fehler, wie zum Beispiel einem infolge einer Widersprüchlichkeit wahrscheinlichen Eintragungsfehler, zu einer Aufklärungspflicht reduzieren. Der Bieter ist vom öffentlichen Auftraggeber sodann zu einer Aufklärung des Angebotes aufzufordern

und ihm ist Gelegenheit zu geben, die Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen. Das bedeutet, dass die Aufklärung glaubhaft sein muss. Als oberster Grundsatz für Aufklärungsmaßnahmen gilt allerdings, dass solche Maßnahmen nur zur Aufklärung bestehender Zweifelsfragen, niemals aber zur Abänderung eines Angebotes führen dürfen, weil sonst der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gewahrt würde. Diese gebotene Aufklärung kann auch noch in einem Nachprüfungsverfahren erfolgen, meint die südbayerische Vergabekammer.

> **HOLGER SCHRÖDER**

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Einhaltung des Vergaberechts und Umgang mit Rückforderungen

## Mit Zuwendungen umgehen

Viele Projekte werden mit Fördermitteln unterstützt und damit oft erst möglich gemacht. Was anfangs als hilfreich begrüßt wird, kann sich zu einem Problem wandeln, wenn nämlich eine Mittelverwendungsprüfung zu einer Rückforderung führt. Die Projektverträge sind lange abgeschlossen – was tun? Weil Rückforderungen oft auf vergaberechtliche

Fehler gestützt werden, sollen in dieser Veranstaltung die wichtigsten zu vermeidenden Vergabeverstöße und die behördenseitigen Verfahren bei der Rückforderung dargestellt werden. Die Besonderheiten bei EU-Förderungen werden gesondert erläutert. Außerdem werden Rückgriffsmöglichkeiten bei Beratern wie Projektsteuerern dargestellt. Am 9. Oktober 2018 veranstaltet forum

vergabe in Kassel ein Seminar zu Zuwendungen. Bei der Veranstaltung sind als Themen und Referenten vorgesehen:

- Zuwendungen und die Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts: Rechtsanwalt Daniel Thomas Laumann, K+S Aktiengesellschaft, Kassel;
- Die Anwendung der UVgO für Zuwendungsempfänger: Rechtsanwalt Jan Peter Scharf, Gorg, Hamburg;
- Rückforderung von Zuwendungen bei Vergabeverstößen – Ermessen und Rechtsfolgen: Frank Albrecht, Ministerium für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen;
- Folgen von Vergabeverstößen bei Verwendung von EU-Fördermitteln: Mechthild von Maydell, Staatskanzlei und Ministerium für Kultur, Sachsen-Anhalt. > **BSZ**

Weitere Informationen und eine Anmelde-möglichkeit unter: [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de)

ANZEIGE

**Nachprüfungsverfahren?**  
**Wir vertreten Sie kompetent.**  
**DR. SCHREMS PARTNER**  
Kanzlei f. Vergaberecht und Baurecht  
[www.schrems-partner.de](http://www.schrems-partner.de)  
Tel. 0941 / 94 58 30 00 Regensburg

## Ausschreibungen in Bayern

### Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

[www.staatsanzeiger-eservices.de](http://www.staatsanzeiger-eservices.de)Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München  
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: [vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de](mailto:vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de)

#### Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

#### Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe



**Staatsanzeiger**  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG