

Themenblatt

Eignung der Nachunternehmer



Die Senatorin für Wirtschaft, Häfen und Transformation



zSKS

zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

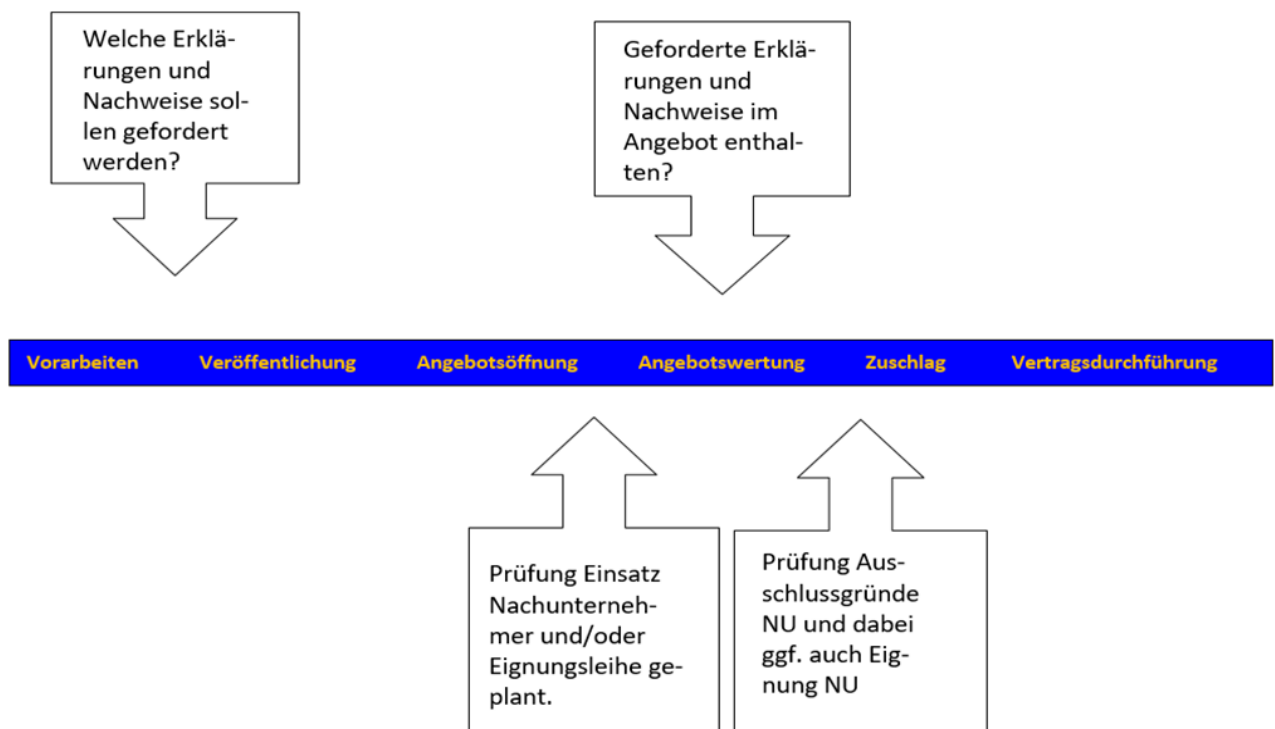
Der Erfolg des öffentlichen Auftrags hängt maßgeblich von der Eignung des Bieters ab. Setzt der Bieter zur Leistungserbringung einen Nachunternehmer ein, besteht auf Seiten des Auftraggebers oft die Unsicherheit, zu welchem Zeitpunkt er welche Unterlagen im Hinblick auf die Nachunternehmer verlangen kann, um die Eignung prüfen und sicherstellen zu können. Dieses Themenblatt beleuchtet die Problematik und zeigt mögliche praxisorientierte Lösungsvorschläge auf.

Zweite Schlachtpforte 3
28195 Bremen
vergabeservice@wae.bremen.de
11.08.2023

Inhalt

I.	Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren.....	1
II.	Einleitung.....	1
III.	Begriff der Nachunternehmer	2
1.	Definition.....	2
2.	Abgrenzung zu Dritten	2
3.	Sonderfall der Eignungsleihe.....	3
IV.	Zulässigkeit des Einsatzes von Nachunternehmern	3
V.	Zeitpunkt und Inhalt der Erklärungen und Nachweise zum Nachunternehmereinsatz	4
1.	Absichtserklärungen.....	5
2.	Nachunternehmerbenennung und Verfügbarkeitsnachweis	6
3.	Nachunternehmerbenennung in zweistufigen Vergabeverfahren.....	7
4.	Eignungsleihe und Nachunternehmereinsatz	8
VI.	Nachforderung von Unterlagen.....	8
VII.	Eignungsprüfung – was muss auch für den Nachunternehmer geprüft werden?.....	10
1.	Zuverlässigkeit.....	10
a.	EU-Verfahren.....	10
b.	Nationale Verfahren.....	11
2.	Grundsätzliche Eignungsprüfung für Nachunternehmer darüberhinausgehend erforderlich?	12
	Eignungsprüfung der Bieter	12
a.	Eignungsprüfung der Nachunternehmer	13
VIII.	Überblick.....	15

I. Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren



II. Einleitung

In der Praxis kommt es häufig vor, dass im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe Bieter sich dritter Unternehmen zur Auftragsausführung bedienen.

Besonders für kleine und mittlere Unternehmen ist der Einsatz von Nachunternehmern häufig die einzige Möglichkeit, an öffentlichen Auftragsvergaben teilzunehmen. Die Bieter können sich auf diese Weise technische und finanzielle Mittel der Nachunternehmer zunutze machen. Vor allem aber können Bieter mit dem Einsatz von Nachunternehmern Personal für die Ausführung des öffentlichen Auftrags erhalten. Der Vorteil für den Auftraggeber besteht darin, dass er im Vergabeverfahren mehr Angebote erhält.

Andererseits besteht aus Sicht des Auftraggebers das Risiko, dass er die Nachunternehmer nicht in der gleichen Weise prüfen und kontrollieren kann wie den Bieter. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Nachunternehmer ebenfalls einen Nachunternehmer einsetzt, von denen der Auftraggeber keine Kenntnis hat (Nachunternehmerketten). Damit verbunden wird es für den Auftraggeber schwieriger die Angebote miteinander zu vergleichen.

Für die öffentlichen Auftraggeber stellt sich bereits frühzeitig im Vergabeverfahren die Frage, wann die Benennung der Nachunternehmer gefordert werden kann.

Vorteile des Nachunternehmereinsatzes

Nachteile des Nachunternehmereinsatzes

Auch muss aus Sicht der Auftraggeber Klarheit über die Eignung des Bieters, bzw. eines von dem Bieter eingesetzten Nachunternehmers bestehen.

Im Folgenden wird daher, nachdem die begrifflichen Voraussetzungen und die rechtlichen Grundlagen dargestellt werden, der Schwerpunkt der Ausführungen auf den erforderlichen Erklärungen und Nachweisen zum Nachunternehmereinsatz, sowie dem Umfang der Eignungsprüfung liegen. Abgeschlossen wird das Themenblatt mit einem Überblick.

III. Begriff der Nachunternehmer

1. Definition

Die Begriffe Nachunternehmer, Subunternehmer und Unterauftragnehmer werden synonym verwendet und meinen alle das Gleiche.

Definition

Jede rechtlich selbstständige natürliche oder juristische Person, die sich an der Erbringung der vom Auftraggeber gewünschten und vom Hauptauftragnehmer originär geschuldeten Leistung beteiligt und dabei in einem Vertragsverhältnis zum Hauptauftragnehmer, aber nicht zum Auftraggeber steht.¹

2. Abgrenzung zu Dritten

Reine Hilfstätigkeiten

Abzugrenzen sind die Nachunternehmer zunächst gegenüber Dritten, die lediglich **Hilfsfunktionen** ausüben. So sind dritte Unternehmen, die dem Bieter nur die nötigen Mittel, wie Baumaterial, Geräte oder auch Personal zur Verfügung stellen (vorausgesetzt die Mittel und das Personal sind nicht relevant für die Eignung des Bieters) bzw. Hilfsleistungen erbringen, damit der Bieter die Ausführung der Leistung **im eigenen Betrieb und in eigener Verantwortung bewirken** kann, nicht als Nachunternehmer zu werten.²

In diesen Fällen tritt auch nur der Bieter selbst nach außen im Vergabeverfahren auf und bietet die komplette Leistung als seine eigene Leistung an, die er im eigenen Betrieb ausführt

→ Maßgeblich ist, ob der Dritte untergeordnete Zuarbeiten erbringt oder ob es sich um eine eigene Leistung des Dritten handelt, die sich aus der Leistungsbeschreibung als Teilleistung des Auftrags ergibt.

¹ Ziekow/Völlnik/Püstow VgV, 4. Aufl. 2020, § 36 Rn. 5; Beck VergabeR/Liebschwager VgV, 3. Aufl. 2019 § 36 Rn. 7; Gabriel/Krohn/Neun Hdb-VergabeR, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 8.

² Ziekow/Völlnik/Püstow VgV, 4. Aufl. 2020, § 36 Rn. 5; Gabriel/Krohn/Neun Hdb-VergabeR, 3. Aufl. 2021 § 18 Rn. 17.

3. Sonderfall der Eignungsleihe

Im Fall der Eignungsleihe beruft sich der Bieter/Bewerber im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des verleihenden Unternehmens. (Siehe § 47 Abs. 1 VgV.) Er muss dafür nachweisen, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen (z.B. Sicherheitsleistung, Patronatserklärung, Maschinen/Geräte, Stellung eines Fräasers mit Zertifikat CNC-Fräsen).

→ Der Unterschied zum Nachunternehmereinsatz besteht darin, dass sich der Bieter auf die Eignung des verleihenden Unternehmens berufen kann, ohne dass dieses zwingend zugleich mit einem Teil der Leistungserbringung beauftragt werden muss. (Siehe BT-Drs. 18/7318, 184 zu § 47 VgV.) Etwas anderes gilt nur für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit. Diesbezügliche Kapazitäten eines Dritten können nur dann für den Eignungsnachweis in Anspruch genommen werden, wenn der Dritte auch die Leistungen erbringt, für welche die Kapazitäten benötigt werden. (Siehe § 47 Abs. 1 S. 3 VgV.) Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass die Eignungsleihe im Unterschied zum reinen Nachunternehmereinsatz ausschließlich im Verfahrensstadium der Eignungsprüfung relevant ist.

In der Praxis kommt es häufig zur Überschneidung der Eignungsleihe und der Nachunternehmerschaft, sodass regelmäßig das eignungsverleihende Unternehmen auch selbst bei der Auftragsausführung mitwirkt. Es ist vom Auftraggeber immer sauber danach zu trennen, ob eine bloße Zurechnung von Eignungsnachweisen, reine Nachunternehmerschaft oder eine Kombination beider Modelle vorliegt.

→ Die Differenzierung ist entscheidend, um zu bestimmen, welche Nachweise und Unterlagen der Bieter zu welchem Zeitpunkt vorlegen muss, um nicht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen zu werden.³

IV. Zulässigkeit des Einsatzes von Nachunternehmern

Grundsätzlich steht es den Bietern frei zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Nachunternehmer zur Auftragsausführung einsetzen wollen.

Der öffentliche Auftraggeber kann allerdings *in EU-weiten Vergabeverfahren* verlangen, dass der Auftragnehmer **bestimmte kritische Aufgaben** selbst ausführen soll, sog. **Selbstauführungsgebot**.

³ *Gabriel/Krohn/Neun Hdb-VergabeR*, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 16; siehe Ausführungen unter „V. Zeitpunkt und Inhalt der Erklärungen und Nachweise zum Nachunternehmereinsatz“ - So müssen im Fall der Eignungsleihe Erklärungen und Nachweise spätestens vor der Eignungsprüfung vorliegen, beim „reinen“ Nachunternehmereinsatz hingegen spätestens vor Zuschlagserteilung.

Siehe § 47 Abs. 5 VgV, § 6d EU Abs. 4 VOB/A, § 47 Abs. 5 SektVO.

Was unter „kritische Aufgaben“ zu verstehen ist, wird offengelassen. Es obliegt damit dem öffentlichen Auftraggeber zu bestimmen, ob und ggf. welche Teilleistungen er als „kritische Aufgaben“ einstuft. Dieses Verlangen sollte jedoch sorgfältig begründet und dokumentiert werden, da es sich um eine Ausnahme zu dem grundsätzlich zulässigen Nachunternehmereinsatz handelt.

Ausführlich hierzu siehe das Themenblatt "[Das Selbstausführungsgebot](#)".

UVgO

Bei **Vergaben von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der Schwellenwerte nach der UVgO** hat der Auftraggeber das Recht, ein umfassendes Selbstausführungsgebot zu verlangen. Danach darf der Auftraggeber vorgeben, dass alle oder bestimmte Aufgaben vom Bieter selbst zu erbringen sind.⁴

TtVG

Im Rahmen des Anwendungsbereiches des § 5 des Bremischen Tariftreue- und Vergabegesetzes können sich die öffentlichen Auftraggeber, je nachdem um welche Leistungsart es sich handelt, an den entsprechenden Verfahrensordnungen (VOB/A, bzw. UVgO) und den jeweiligen Ausführungen in diesem Themenblatt dazu orientieren.

V. Zeitpunkt und Inhalt der Erklärungen und Nachweise zum Nachunternehmereinsatz

Mit der Vergaberechtsreform 2016 wurden erstmals Regelungen sowohl für den Oberschwellenbereich als auch für den Unterschwellenbereich geschaffen, die den Einsatz von Nachunternehmen und die Eignungsleihe normieren.

Siehe §§ 36, 47 VgV, §§ 34, 47 SektVO, § 33 KonzVgV, §§ 9, 38-41 VSVgV, § 6d EU VOB/A, § 6d VS VOB/A, § 8 VOB/A, § 8 EU VOB/A, §§ 26, 34 UVgO.

Diese Regelungen sehen vor, dass der Auftraggeber die Möglichkeit hat, von den Bietern/Bewerbern **mit dem Angebot/der Bewerbung die Benennung der Leistungsteile**, die sie an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen zu fordern und sofern dies **zumutbar** ist auch bereits die **Nachunternehmer zu benennen**.

Gesetzliche Grundlagen

⁴ Siehe § 26 Abs. 6 UVgO; Einschränkung hierzu EuGH Urt. v. 5.4.2017 – C-298/15, wonach der öffentliche Auftraggeber jedenfalls bei Vergaben mit Relevanz für den Binnenmarkt nicht pauschal vorgeben darf, dass der Auftrag oder die Hauptleistung durch den Auftragnehmer selbst auszuführen ist.

Jedenfalls **vor Zuschlagserteilung** kann der Auftraggeber von den Bietern, deren Angebote in die engere Auswahl kommen, die **Benennung ihrer Nachunternehmer** und die Vorlage der entsprechenden Nachweise verlangen.⁵

Exkurs zum Selbstausführungsgebot in die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (siehe § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B): Hier ist vorgesehen, dass

- der Auftragnehmer die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen hat. Mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen. Die Zustimmung ist nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist. Erbringt der Auftragnehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde.
- Der Auftragnehmer hat bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teile B und C zugrunde zu legen.
- Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber die Nachunternehmer und deren Nachunternehmer ohne Aufforderung spätestens bis zum Leistungsbeginn des Nachunternehmers mit Namen, gesetzlichen Vertretern und Kontaktdaten bekannt zu geben. Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer für seine Nachunternehmer Erklärungen und Nachweise zur Eignung vorzulegen.

Exkurs: VOB/B

1. Absichtserklärungen

Der öffentliche Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse zu erfahren, welche Teile der ausgeschriebenen Leistung durch Nachunternehmer erbracht werden. Er kann daher Unternehmen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen auffordern, bei der Angebotsabgabe die Teile des Auftrags, die sie an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen, zu benennen.

Hierzu wird verwiesen auf das Formular 233 (Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen), abrufbar unter: [Freie Hansestadt Bremen Dokumentauswahl \(fast-forms.de\)](https://www.fast-forms.de).

Nachunternehmerleistungsverzeichnis

⁵ Vgl. § 36 Abs. 1 VgV, § 26 Abs. 1 UVgO, § 8 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A; § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A sieht zwar für die Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich ausdrücklich nur die Benennung der Nachunternehmerleistungen vor, zulässig ist aber auch die Forderung nach Benennung der Nachunternehmer selbst – siehe Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 8 Rn. 48.

Die Angaben müssen vollständig und klar sein; es genügt allerdings eine schlagwortartige Beschreibung zur Identifizierung der Leistungen.

2. Nachunternehmerbenennung und Verfügbarkeitsnachweis

Der Auftraggeber **kann** verlangen, dass die Bieter, die in die engere Auswahl kommen, **vor Zuschlagserteilung** die Nachunternehmer benennen, **und** nachweisen, dass ihnen die Kapazitäten des Nachunternehmers zur Verfügung stehen.

Hierzu wird verwiesen auf das Formular 233/235 (Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen), das Formular 212HB (Ergänzende Teilnahmebedingungen HB) und das Formular 236 (Verpflichtungserklärung).

Die Vergabestelle darf die Bieter auch schon bei Angebotsabgabe dazu auffordern, die Nachunternehmer namentlich zu benennen, sofern dies für die Bieter zumutbar ist. Der Zumutbarkeitsvorbehalt ist dem Umstand geschuldet, dass der Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gar nicht weiß, ob auf sein Angebot der Zuschlag erteilt wird, er aber schon Vorverträge mit den Nachunternehmern schließen müsste, um deren Unterstützung für den Auftragsfall zu sichern.

→ Um hier im Zweifel rechtssicher zu handeln, wird empfohlen, die Benennung der konkreten Unternehmen, welche die Leistung erbringen sollen, erst von den Bietern in der engeren Auswahl vor Zuschlagserteilung zu verlangen. Will der Auftraggeber die Benennung der konkreten Unternehmen für die betreffende Nachunternehmerleistung bereits mit der Angebotsabgabe fordern, muss er dafür besondere Gründe haben, die im Vergabevermerk zu dokumentieren sind (z. B. erforderliche zeitaufwändige Überprüfung von Ausschlussgründen für Nachunternehmer in einem konkreten Vergabeverfahren, z. B. bei Einsatz des Personals des Nachunternehmers in einem Sicherheitsbereich).

Die Nachunternehmerbenennung hat so zu erfolgen, dass klar ist, welche Teilleistung durch welchen Nachunternehmer erfüllt werden soll. Damit ist eine alternative („entweder Unternehmen A oder Unternehmen B“) Benennung mehrerer Unternehmen für dieselbe Teilleistung ausgeschlossen. Diese würde zu Unklarheiten im Angebot führen und andere Bieter ungerechtfertigt benachteiligen.⁶

Der Verfügbarkeitsnachweis erfolgt regelmäßig über eine **Verpflichtungserklärung** (Formular 236) des Unternehmens, das für die Ausführung einer (Teil-)Leistung eingesetzt werden soll gegenüber dem Auftraggeber. Mit einer solchen Verpflichtungserklärung kann der Auftraggeber überprüfen, ob der Nachunternehmer

Empfehlung: Benennung
vor Zuschlagserteilung

⁶ Gabriel/Krohn/Neun Hdb-VergabeR, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 30; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Scharf VgV, 3. Aufl. 2022, § 36 Rn. 17.

mer Kenntnis von seiner Einbindung hat und sich zur Ausführung der Leistung bereit erklärt hat. Diese Erklärung des Nachunternehmers sollte daher in jedem Fall eingefordert werden.

3. Nachunternehmerbenennung in zweistufigen Vergabeverfahren

Die Vorschriften zum Nachunternehmereinsatz enthalten keine Regelung dazu, wann der Auftraggeber die Benennung der Nachunternehmer in zweistufigen Vergabeverfahren verlangen kann.

Zweistufige Vergabeverfahren sind dadurch geprägt, dass auf der ersten Stufe des Verfahrens ein Teilnahmewettbewerb stattfindet. Hier prüft der Auftraggeber die Eignung der Bewerber nach den zuvor bekanntgegebenen Eignungskriterien. Auf der zweiten Stufe wird eine bestimmte Anzahl an Bewerbern zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Der Auftraggeber prüft dann die Angebote nach den zuvor bekanntgegebenen Zuschlagskriterien.

Zeitpunkt umstritten

Die Frage nach dem zulässigen Zeitpunkt der Nachunternehmerbenennung in zweistufigen Verfahren wird uneinheitlich beurteilt.

Empfehlung

→ Hier kann vertreten werden, dass die Benennung der Nachunternehmer bereits in der Bewerbung zumutbar ist, da der Auftraggeber die Eignung vorab im Teilnahmewettbewerb prüfen muss. Die Vorschrift (siehe § 36 Abs. 5 VgV) zum Nachunternehmereinsatz sieht ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber Ausschlussgründe in Bezug auf den Nachunternehmer zu prüfen hat. Die Prüfung der Ausschlussgründe im Teilnahmewettbewerb wäre jedoch nicht möglich, wenn der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt die Nachunternehmerbenennung noch nicht verlangen könnte. Dennoch sollte der Auftraggeber in jedem Einzelfall prüfen, ob die Forderung nach der konkreten Benennung der Nachunternehmer bereits im Teilnahmewettbewerb die Bewerber nicht unzumutbar belastet.

Nachunternehmerbenennung zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung

4. Eignungsleihe und Nachunternehmereinsatz

Wie oben dargestellt handelt es sich häufig bei den Dritten, auf deren Eignung sich ein Bieter im Rahmen der Eignungsleihe beruft gleichzeitig um Nachunternehmer, die auch zur Ausführung der Leistung eingesetzt werden sollen / müssen (sofern es sich um die berufliche Leistungsfähigkeit handelt). In diesem Fall ist die Berufung auf die Eignung des Dritten zugleich eine Nachunternehmerbenennung.⁷ Die Nachunternehmerbenennung und der Verfügbarkeitsnachweis gehören in diesem Fall untrennbar zusammen und müssen spätestens zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung vorliegen (siehe § 47 Abs. 2 VgV), im zweistufigen Verfahren also bereits mit dem Teilnahmeantrag, bzw. zumindest vor Abschluss des Teilnahmewettbewerbs. Daneben sollte der Auftraggeber eine Verpflichtungserklärung der (die Eignung verleihenden) Nachunternehmer oder einen anderen Nachweis darüber einfordern, dass die erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt werden (Formular 236) ebenso wie die für die Eignungsleihe erforderlichen Eignungsnachweise (z.B. Eigenerklärungen, Präqualifikation) sowie die Nachweise, dass keine Ausschlussgründe bestehen (Formular 124). (Siehe § 47 Abs. 2 VgV.)

VI. Nachforderung von Unterlagen

Der Auftraggeber kann grundsätzlich frei entscheiden, welche Erklärungen und Nachweise er in Bezug auf den Nachunternehmer verlangen will. Er sollte jedoch dabei beachten, dass ein hoher Formalismus zwar der Vergleichbarkeit der Angebote dient, gleichzeitig aber den Wettbewerb in den Fällen, in denen er zum Ausschluss von Angeboten führt, beschränken kann.⁸ Werden vom Auftraggeber bestimmte Erklärungen und Nachweise in den Ausschreibungsunterlagen gefordert, folgt daraus, dass diese für die Vergabeentscheidung relevant sind und ihr Fehlen zum Ausschluss des Angebotes führen kann, so weit nicht die Möglichkeit besteht, die Unterlagen nachzufordern.⁹

→ Ergibt die Prüfung auf Vollständigkeit, dass nicht wertungsrelevante Unterlagen fehlen, unvollständig oder fehlerhaft sind, können diese in aller Regel nachgefordert werden.

Hoher Formalismus kann Wettbewerb beschränken

⁷ In den Fällen, in denen sowohl ein Nachunternehmereinsatz als auch eine Eignungsleihe vorliegen, ist neben § 36 VgV ist auch § 47 VgV und für Unterschwellenvergaben neben § 26 UVgO auch § 34 UVgO zu beachten.

⁸ Burgi NZBau 2012, 593, (597); *Gabriel/Krohn/Neun Hdb-VergabeR*, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 24; vgl. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV, § 42 Abs. 1 Nr. 2 UVgO.

⁹ Vgl. §§ 16 VOB/A, VOB/A EU, § 56 VgV, § 41 UVgO – idR. können Eignungsnachweise als unternehmensbezogene Unterlagen nachgefordert werden, es sei denn, sie sind auch für die Wertung relevant.

Bauleistungen: Nachforderung grds. Pflicht

Für den Bereich der **Bauleistungen** besteht **grundsätzlich eine Pflicht zur Nachforderung von Unterlagen**, es sei denn der öffentliche Auftraggeber erklärt in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird. Der Auftraggeber kann die Nachforderung auch auf bestimmte Unterlagen beschränken. In diesem Fall muss er exakt mitteilen, für welche Unterlagen er die Nachforderung ausschließt und für welche nicht. Ein vollständiger Verzicht führt dazu, dass jegliche fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlage zum Ausschluss des Angebots führt, außer in den Fällen, in denen eine Wettbewerbsrelevanz der fehlenden Unterlage offensichtlich ausgeschlossen ist.¹⁰

Liefer- und Dienstleistungen: Nachforderung im Ermessen des Auftraggebers

Für den Bereich der **Liefer- und Dienstleistungen** steht die **Möglichkeit der Nachforderung im Ermessen des Auftraggebers**. Ermessen bedeutet hier im Regelfall unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Nachforderung, um ein ansonsten wirtschaftliches Angebot nicht an einer formalen Kleinigkeit scheitern zu lassen.¹¹ Dabei wird differenziert nach **unternehmensbezogenen Unterlagen**, bei denen fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen nachgereicht, vervollständigt oder korrigiert werden können, nach **leistungsbezogenen Unterlagen**, bei denen nur das Nachreichen fehlender und die Vervollständigung unvollständiger Unterlagen zulässig ist und nach **wertungsrelevanten leistungsbezogenen Unterlagen**, bei denen eine Nachforderung in der Regel ausscheidet. Der Auftraggeber kann in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen auch festlegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird.

Siehe § 56 Abs. 2 und Abs. 3 VgV, § 41 Abs. 2 und Abs. 3 UVgO.

Eignungsnachweise gehören zu den **unternehmensbezogenen Unterlagen**¹², während **Angaben zu Art und Umfang eines geplanten Nachunternehmereinsatzes**, die **Benennung des herangezogenen Nachunternehmers** und **Verpflichtungserklärungen**, mit denen der Nachunternehmer dem Bieter zusagt, im Falle der Auftragserteilung die Nachunternehmerleistung zu erbringen, zu den **leistungsbezogenen Unterlagen** gehören¹³.

Empfehlung

→ **Auftraggeber sollten, soweit dies rechtlich zulässig ist, Unterlagen nachfordern, da Angebote aus formalen Gründen nicht unnötigerweise aus dem Vergabeverfahren ausscheiden sollten.**

¹⁰ Siehe § 16a EU VOB/A-EU; Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, § 16a EU Rn. 24-28.

¹¹ Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, VgV § 56 Rn. 15.

¹² Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, VgV § 56 Rn. 9.

¹³ Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, VgV § 56 Rn. 12.

VII. Eignungsprüfung – was muss auch für den Nachunternehmer geprüft werden?

1. Zuverlässigkeit

Ausschlussgründe?

In der Person des Nachunternehmers dürfen keine Ausschlussgründe im Sinne der §§ 123 f. GWB vorliegen. Sofern uneindeutige Unterlagen eingereicht werden, sollte der Auftraggeber diese aufklären. Sofern Ausschlussgründe vorliegen, hat der Auftraggeber das (Nach-)Unternehmen vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen bzw. eine Ermessensentscheidung über den Ausschluss zu treffen.

Unabhängig von der Prüfung der Zuverlässigkeit nach § 123 f. GWB, bestehen verschiedene Melde- und Abfragepflichten. Siehe hierzu die [Übersicht: Wertgrenzen-abhängige Abfrage- und Meldepflichten](#).

Da hinsichtlich der Prüfung der Nachunternehmer bei der Vergabe von **Liefer- und Dienstleistungen** (§ 36 Abs. 5 VgV und § 26 Abs. 5 UVgO) für nationale und EU-Vergabeverfahren unterschiedliche Regelungen gelten, wird nachfolgend unterschieden (entsprechende Regelungen für den Bereich der **Bauleistungen** gibt es in der VOB/A nicht, da die VOB/B von dem Grundsatz der Selbstausführung des Auftrages ausgeht. Aus dem Recht des Auftraggebers die Eignung des Bieters zu prüfen folgt auch das Recht, die Eignung des Nachunternehmers zu prüfen, jedenfalls bezogen auf die vom Nachunternehmer erbrachten Leistungen. Dazu gehört auch, dass der Auftraggeber die entsprechenden Nachweise verlangen kann¹⁴):

a. EU-Verfahren

Im Oberschwellenbereich ist der öffentliche Auftraggeber **verpflichtet**, das Vorliegen zwingender und fakultativer Ausschlussgründe zu prüfen (§ 36 Abs. 5 VgV i.V.m. §§ 123, 124 GWB). Als Prüfungsgegenstand kann eine Eigenerklärung des Bieters hinsichtlich seiner Nachunternehmer oder eine Eigenerklärung der Nachunternehmer selbst herangezogen werden.¹⁵ Der Auftraggeber kann auch jeden anderen zugelassenen Nachweis verlangen, insbesondere eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (§ 48 VgV). Der Auftraggeber kann an die Zuverlässigkeit des Nachunternehmers dieselben Anforderungen stellen, die er an den Bieter stellt.

Bei Vorliegen **zwingender Ausschlussgründe (§ 123 GWB)** in der Person des Nachunternehmers ist der Auftraggeber **verpflichtet** vom Bieter die **Ersetzung** des Nachunternehmers zu verlangen. (Siehe § 36 Abs. 5 S. 2 VgV.)

EU-Verfahren: Pflicht zur Prüfung

Ersetzung des Nachunternehmers = Pflicht

¹⁴ Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 8 Rn. 49.

¹⁵ Ziekow/Völlink/Püstow, 4. Aufl. 2020, VgV § 36 Rn. 24; Art. 71 Abs. 5 UAbs. 3 RL 2014/24/EU iVm Art. 59 RL 2014/24/EU.

Ersetzung des Nachunternehmers im Ermessen des Auftraggebers

Bei Vorliegen **fakultativer Ausschlussgründe (124 GWB)** kann der Auftraggeber die **Ersetzung** des Nachunternehmers verlangen (§ 36 Abs. 5 S. 3 VgV). Der Auftraggeber hat demnach einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob der Nachunternehmer trotz des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes als zuverlässig anzusehen ist. Bleiben nicht ausräumbare Zweifel an der Eignung des Nachunternehmers reduziert sich das Ermessen auf Null. In diesem Fall hat der Auftraggeber die Ersetzung des Nachunternehmers zu verlangen.¹⁶

Fristsetzung

Für die Ersetzung des Nachunternehmers **kann** der Auftraggeber eine **Frist** setzen, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen¹⁷, gleichzeitig aber ausreichend lang ist, damit der Bieter in der Lage ist, einen neuen Nachunternehmer zu finden.¹⁸ Der Auftraggeber hat das Angebot mangels Eignung auszuschließen, sofern der Bieter den Nachunternehmer nicht durch einen geeigneten Nachunternehmer innerhalb der Frist ersetzt.¹⁹

Findet eine Ersetzung statt, so hat der Auftraggeber auch die Zuverlässigkeit des neuen Nachunternehmers zu prüfen.²⁰

Die Vorschrift zur Prüfung der Zuverlässigkeit knüpft zwar an den **Zeitpunkt vor Zuschlagserteilung** an (§ 36 Abs. 5 S. 1 VgV). Der Auftraggeber muss jedoch die Möglichkeit haben auch nach Zuschlagserteilung auf die Benennung von Nachunternehmern – die nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig ist – reagieren zu können, sodass eine Überprüfung der Zuverlässigkeit auch nach diesem Zeitpunkt erfolgen können muss.²¹

b. Nationale Verfahren

Keine Pflicht zur Prüfung von Ausschlussgründen

Im Gegensatz zu den Regelungen für EU-Verfahren ist der Auftraggeber nicht dazu verpflichtet von sich aus Ausschlussgründe zu prüfen (siehe § 26 Abs. 5 UVgO). Erhält er jedoch Kenntnis von Umständen, die auf etwaige Ausschlussgründe hindeuten, muss er diesen Hinweisen nachgehen.²²

Bei Kenntnis von zwingenden Ausschlussgründen: Ersetzung Pflicht

Im Fall der Kenntnis über zwingende Ausschlussgründe muss der Auftraggeber wie bei EU-Verfahren die Ersetzung des Nachunternehmers verlangen, während dem Auftraggeber bei fakultativen Ausschlussgründen ein Ermessen eingeräumt wird (siehe § 26 Abs. 5 UVgO).

¹⁶ Ziekow/Völlink/Püstow, 4. Aufl. 2020, VgV § 36 Rn. 27.

¹⁷ Ziekow/Völlink/Püstow, 4. Aufl. 2020, VgV § 36 Rn. 28.

¹⁸ Beck VergabeR/Liebschwager, 3. Aufl. 2019, VgV § 36 Rn. 27.

¹⁹ Ziekow/Völlink/Püstow, 4. Aufl. 2020, VgV § 36 Rn. 28.

²⁰ Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Scharf VgV § 36 Rn. 24.

²¹ Ziekow/Völlink/Püstow, 4. Aufl. 2020, VgV § 36 Rn. 30.

²² Pünder/Schellenberg, 3. Aufl. 2019, § 26 UVgO Rn. 5.

Pflicht zur Fristsetzung

Im Unterschwellenbereich ist der Auftraggeber dazu verpflichtet, dem Bieter eine Frist zur Ersetzung des Nachunternehmers einzuräumen. Auch enthält die Regelung - im Unterschied zu den Regelungen für EU-Verfahren - die ausdrückliche Rechtsfolge, dass das Angebot auszuschließen ist, wenn dem Bieter der Wechsel des Nachunternehmers nicht innerhalb der Frist möglich ist (siehe § 26 Abs. 5 UVgO).

→ Der Auftraggeber sollte in jedem Fall eine Eigenerklärung zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen im Sinne von §§ 123, 124 GWB verlangen, sowohl bei EU-weiten Verfahren als auch bei nationalen Verfahren, um eventuell erkennen zu können, ob eine Ersetzung des Nachunternehmers gefordert werden muss.²³ Hierzu wird verwiesen auf das Formular 124 (Eigenerklärungen zur Eignung).

2. Grundsätzliche Eignungsprüfung für Nachunternehmer darüberhinausgehend erforderlich?

Der Grundsatz, nur geeignete Unternehmen zu beauftragen, stellt eine tragende Säule des Vergaberechts dar (siehe § 97 Abs. 4 S. 1 GWB). Er ist eine Ausprägung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter (siehe § 97 Abs. 1 und 2 GWB). Die Bieter, die mit ihren Angeboten berücksichtigt werden sollen, müssen in nachvollziehbarer Weise anhand sachlicher Gründe ausgewählt werden. Auch sollen nur Bieter, die gleichermaßen geeignet sind, miteinander in den Angebotswettbewerb treten.²⁴ Die Eignungsprüfung umfasst daher grundsätzlich die **Fachkunde**, die **Leistungsfähigkeit** und die **Zuverlässigkeit/Gesetzestreue** der Bieter. Durch die Einschaltung der Nachunternehmer verändert sich nicht nur die Eignungsprüfung der Bieter, es stellt sich auch die Frage ob und in welchem Umfang die Eignung der Nachunternehmer zu prüfen ist. Die Literatur und Rechtsprechung gibt hierauf keine eindeutigen Antworten. Dennoch sollen im Folgenden die Problematik dargestellt und praxisorientierte Lösungsvorschläge aufgezeigt werden:

a. Eignungsprüfung der Bieter

Grundsätzlich erstreckt sich die Eignungsprüfung auf das Unternehmen, das als Bieter ein Angebot eingereicht hat oder als Bewerber einen Antrag auf Teilnahme an dem Vergabeverfahren gestellt hat. Mittelbar kann die Eignung des Bieters oder Bewerbers aber auch davon abhängen, ob und inwieweit er Leistungen durch Nachunternehmer ausführen lassen will.²⁵

²³ Vgl. § 35 UVgO, § 48 VgV, die VOB/A enthält keine entsprechende Regelung – dennoch wird empfohlen auch hier entsprechende Belege einzufordern.

²⁴ Beck VergabeR/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 122 Rn. 15.

²⁵ Beck VergabeR/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 122 Rn. 45.

Eignung = Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit

Eignung zur Aufsicht der
Nachunternehmer

→ So kann der Auftraggeber sich vom Bieter darlegen lassen und dem entsprechend überprüfen, ob der Bieter zu einer einwandfreien Koordinierung und Aufsicht der von ihm eingesetzten Nachunternehmer in der Lage ist.²⁶

b. Eignungsprüfung der Nachunternehmer

Die gesetzlichen Regelungen zum Nachunternehmereinsatz (siehe § 36 Abs. 5 VgV, § 26 Abs. 5 UVgO) sehen ausdrücklich nur die **Prüfung der Zuverlässigkeit/Gesetzestreue (Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB)** vor und nicht auch die weiteren Kategorien der Eignungsprüfung, nämlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Eignungsprüfung bei
Nachunternehmern: um-
stritten

Ob Nachunternehmer, die nicht zugleich auch eignungsverleihende Nachunternehmer sind, auch die vom Auftraggeber aufgestellten Eignungsanforderungen an den Hauptauftragnehmer erfüllen müssen und ob der Auftraggeber die Eignung der Nachunternehmer im Rahmen des Vergabeverfahrens durch die Anforderung entsprechender Nachweise und Erklärungen von den Nachunternehmern zu prüfen hat, wird unterschiedlich beurteilt:

Eine Ansicht: Nur Zuver-
lässigkeit

Zum Teil wird vertreten, dass der Auftraggeber nicht befugt sei, auch die Eignung insgesamt zu prüfen. Für diese Auffassung wird angeführt, dass neben dem ausdrücklichen Wortlaut der gesetzlichen Regelungen auch die der Norm zugrundeliegende europäische Richtlinie (Art. 71 Abs. 6 lit. b) der Richtlinie 2014/24/EU ebenfalls lediglich das Recht zur Überprüfung von Nachunternehmern auf Zuverlässigkeit/Gesetzestreue eröffne. Darüber hinaus könne man eine umfassende Eignungsprüfung auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht entnehmen, da sie das Verhältnis zur Eignungsleihe aufheben würde.²⁷ Der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass der Auftraggeber die Eignung des Nachunternehmers prüfe, beschränke sich auf die Fälle, bei denen gleichzeitig eine Eignungsleihe stattfinde. Aus der gesetzlichen Regelung zur Eignungsleihe, wonach die Eignung an andere Unternehmen verliehen werden kann, ohne dass der Eignungsverleiher selbst die vom Eignungskriterium betroffene Leistung ausführen muss, folge im Umkehrschluss, dass der Bieter seine Eignung auch auf den Nachunternehmer übertragen könne.²⁸

²⁶ Beck VergabeR/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 122 Rn. 45.

²⁷ Ziekow/Völlink/Püstow 4. Aufl. 2020, VgV § 36 Rn. 29; Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 36 Rn. 21.

²⁸ VK Bund, Beschl. v. 28.5.2020 – VK 2 – 29/20.

**Andere Ansicht: auch
Eignung des Nachunter-
nehmers erforderlich**

Nach anderer Auffassung hat der öffentliche Auftraggeber vor Erteilung des Zuschlags neben der Zuverlässigkeit/Gesetzestreue auch die Eignung des Nachunternehmers zu überprüfen.²⁹ Zur Begründung wird auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/7318, 175 zu § 36 Abs. 5 VgV) verwiesen, wonach die Prüfung der Ausschlussgründe auch die Eignung des Nachunternehmers umfasse. Hierfür spreche auch der Umstand, dass die Eignung eines Bieters schwerlich denkbar sei, wenn zugleich die – vom Auftraggeber vollständig ungeprüfte – Möglichkeit bestünde, dass der Bieter für die Ausführung der Leistung ungeeignete Nachunternehmer einsetzen könnte. Der Auftraggeber könne, wenn er seiner Pflicht nachkommen wolle, Aufträge nur an geeignete Unternehmen zu vergeben, nicht vollständig ausblenden, dass die Prüfung der Eignung des Bieters zu einem gewissen Grad von der Eignung seiner Nachunternehmer abhängt.³⁰

Mindestanforderung

→ Die Mindestanforderung an die Nachunternehmer ist damit die Zuverlässigkeit/Gesetzestreue, die der Auftraggeber ebenso für die Nachunternehmer prüfen sollte.

Beruft sich der Bieter gleichzeitig auf eine Eignungsleihe des Nachunternehmers ist vom öffentlichen Auftraggeber auch die Eignung des Nachunternehmers zu prüfen, soweit die Eignungsleihe reicht. Der Auftraggeber sollte dann die technischen und/oder fachlichen Nachweise, die für die Erfüllung der betreffenden Teilleistung vom Bieter gefordert wurden auch vom Nachunternehmer fordern.

→ Folgt der Auftraggeber der letztgenannten Auffassung, ist die Eignung des Nachunternehmers in jedem Fall zu prüfen. Die Prüfung bezieht sich dann auf die von dem Nachunternehmer zu erbringenden Leistungsteile; der Auftraggeber sollte in diesem Fall im Vergabevermerk dokumentieren, dass er mit dieser Rechtsauffassung eine umfassende Eignungsprüfung auch der Nachunternehmerleistungen für erforderlich hält.

**Haftung des Bieters für
Leistungsstörungen
durch den Nachunter-
nehmer**

→ Für den Fall, dass der Auftraggeber gemäß der erstgenannten Auffassung die Eignungsprüfung für den Nachunternehmer auf die Zuverlässigkeit/Gesetzestreue beschränkt, ist er dadurch geschützt, dass der Bieter für Schlechtleistungen des Nachunternehmers gegenüber dem Auftraggeber haftet (siehe § 36 Abs. 2 VgV). Der Auftraggeber kann sich eine Eigenerklärung des Bieters geben lassen, in der der Bieter für die fachliche/technische Eignung auch hinsichtlich der Teilleistungen des Nachunternehmer einsteht.

²⁹ Beck VergabeR/Liebschwager VgV, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 35; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Scharf VgV, 3. Aufl. 2022, § 36 Rn. 23;

³⁰ Kafedžić VergabeR 2018, 498 (503).

→ Der Auftraggeber kann zusätzlich eine vertragskonforme Leistungserbringung durch den Nachunternehmer sicherstellen, indem er

- den Nachunternehmereinsatz vertraglich davon abhängig macht, dass alle Nachunternehmer für die von Ihnen zu erbringenden Leistungen über die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung verfügen und technisch und beruflich leistungsfähig sind. Auf dieser Grundlage kann er auch im Angebot entsprechende Nachweise verlangen.
- im Rahmen der Zuschlagserteilung die vorgesehene Projektorganisation des Bieters bewerten kann und dabei auch die Qualität der Nachunternehmerleistungen.³¹

VIII. Überblick

Das Vergaberecht erlaubt grundsätzlich den Einsatz von Nachunternehmern. Der öffentliche Auftraggeber darf allerdings sowohl bei nationalen wie auch bei EU-Vergaben fordern, dass der wesentliche Kern der Leistung vom Bieter oder der Bietergemeinschaft persönlich ausgeführt wird. Bedient sich der Auftragnehmer zur Leistungserbringung eines Nachunternehmers, kann der Auftraggeber zumindest vor Zuschlagserteilung, bzw. bei entsprechender Bedeutsamkeit ggf. auch bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe Auskunft darüber verlangen, welche Nachunternehmer eingesetzt werden sollen. Bei Vergabeverfahren mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb kann diese Auskunft entsprechend vor Abschluss des Teilnahmewettbewerbs, bzw. ggf. auch bereits mit Einreichung des Teilnahmeantrags, verlangt werden. Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes im Bereich der Zuverlässigkeit/Gesetzestreue in der Person des Nachunternehmers kann beziehungsweise muss der Auftraggeber die Ersetzung des Nachunternehmers verlangen. Jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Bieter auf die Eignung des Nachunternehmers beruft, hat zusätzlich eine Eignungsprüfung des Nachunternehmers im Umfang der verliehenen Eignung zu erfolgen. Der Hauptauftragnehmer haftet dem Auftraggeber im Zweifel dafür, dass die von ihm eingesetzten Nachunternehmer die vom Auftragnehmer geschuldete Leistung vereinbarungsgemäß erbringen.

Übersicht zum empfohlenen Nachweisverlangen der öffentlichen Auftraggeber gegenüber den Bietern/Bewerbern:

Reiner Nachunternehmereinsatz

- Einstufiges Verfahren
 - Bei Angebotsabgabe

³¹ Ziekow/Völlink/Püstow, 4. Aufl. 2020, VgV § 36 Rn. 29.

- Absichtserklärung (Benennung der Leistungen, die durch den Nachunternehmer erbracht werden sollen): [Formular 233](#)
- Ausnahmsweise Benennung der konkreten Nachunternehmer (soweit zumutbar): [Formular 233](#)
- Vor Zuschlagserteilung
 - Benennung der konkreten Nachunternehmer: [Formular 233](#)
 - Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers (Verfügbarkeitsnachweis): [Formular 236](#)
 - Eigenerklärung des Nachunternehmers zur Zuverlässigkeit: [Formular 124](#)
 - Eigenerklärung des Bieters (in der er für die technische/fachliche Eignung des Nachunternehmers einsteht)
- **Zweistufiges Verfahren**
 - Im Teilnahmewettbewerb
 - Benennung der konkreten Nachunternehmer, ggf. (soweit zumutbar) auch bereits mit Abgabe des Teilnahmeantrags: [Formular 233](#)
 - Verpflichtungserklärung des Nachunternehmer (= Verfügbarkeitsnachweis): [Formular 236](#)
 - Eigenerklärung des Nachunternehmer zur Zuverlässigkeit: [Formular 124](#)
 - Eigenerklärung des Bewerbers (in der er für die technische/fachliche Eignung des Nachunternehmer einsteht)
 - Bei Angebotsabgabe
 - Sofern die Forderung der Erklärungen (Nachunternehmerbenennung, Verpflichtungserklärung etc.) bereits im Teilnahmewettbewerb unzumutbar für den Bieter ist, sind diese bei Angebotsabgabe einzufordern.

Eignungsleihe

- Zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung (in zweistufigen Verfahren im Teilnahmewettbewerb)
 - Benennung der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen: [Formular 235](#)
 - Benennung des Unternehmens, auf dessen Eignung sich der Bieter/Bewerber beruft: [Formular 233](#)
 - Verpflichtungserklärung des Unternehmens (Verfügbarkeitsnachweis: [Formular 236](#)

- Nachweise der Eignung (in dem Umfang, soweit sich der Bieter/Bewerber auf die Eignung des Unternehmens beruft) durch Eigenerklärung, Einzelnachweis oder Präqualifikation
- Eigenerklärung des Unternehmens zur Zuverlässigkeit: [Formular 124](#)