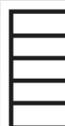


Themenblatt:

Das Selbstaussführungsgebot



Der Senator für Wirtschaft, Häfen und Transformation



zSKS

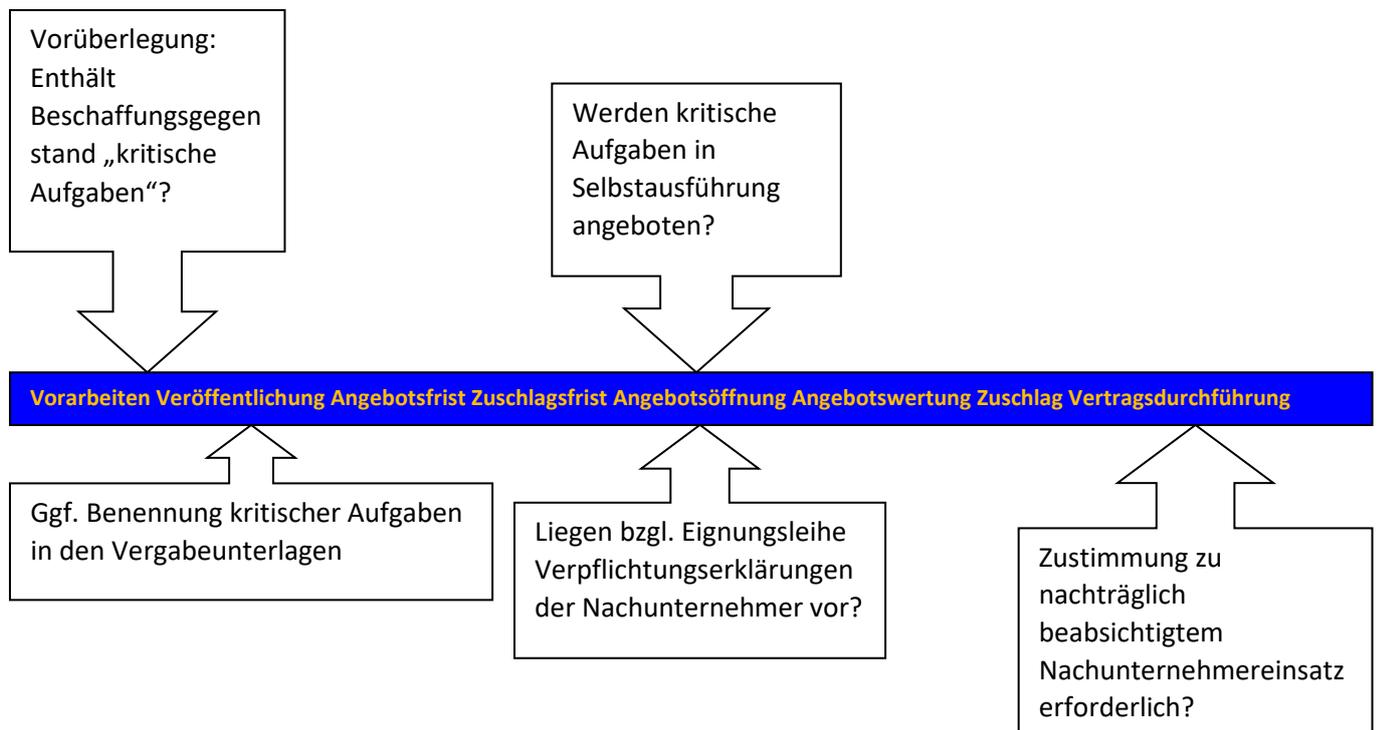
zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Dieses Themenblatt informiert darüber, dass sich in der Praxis häufig das Problem stellt, dass auf öffentlichen Baustellen Unternehmen (als Nachunternehmer) tätig sind, über deren Einsatz der öffentliche Auftraggeber nicht informiert ist. Die bestehenden Regelungen zur Selbstaussführung werden zu wenig genutzt bzw. durchgesetzt und in den Vergabeunterlagen werden auch keine Leistungsteile als zwingend vom Bieter persönlich zu erbringende Arbeiten gekennzeichnet (Selbstaussführung).

Inhalt

I.	Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren.....	1
II.	Einleitung.....	1
III.	Selbstaussführungsgebot als Bestandteil der Bewerbungs- und Vertragsbedingungen.....	2
1.	EU-Verfahren.....	2
a.	Nachunternehmereinsatz – grundsätzlich zulässig.....	2
b.	Rechtslage vor Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU.....	3
c.	Selbstaussführungsgebot - neue Rechtslage nach der Vergaberechtsreform.....	3
2.	Nationale Verfahren.....	4
a.	Nachunternehmereinsatz.....	4
b.	Selbstaussführungsgebot.....	5
IV.	Selbstaussführungsgebot als Bestandteil der Vertragsbedingungen nach VOB/B und VOL/B	5
V.	Ergebnis und Empfehlungen	7

I. Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren



II. Einleitung

In der Praxis stellt sich häufig das Problem, dass auf öffentlichen Baustellen Unternehmen (als Nachunternehmer) tätig sind, über deren Einsatz der öffentliche Auftraggeber nicht informiert ist. Diesem Problem wird nur wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Die bestehenden Regelungen zur Selbstaussführung werden zu wenig genutzt bzw. durchgesetzt und in den Vergabeunterlagen werden auch keine Leistungsteile als zwingend vom Bieter persönlich zu erbringende Arbeiten gekennzeichnet (Selbstaussführung).

Problem Nachunternehmereinsatz

Es ist mittlerweile üblich, dass die im Vergabeverfahren obsiegenden Bieter Teile eines Auftrags oder auch die gesamte Auftragsausführung an Nachunternehmer weitergeben, die ihrerseits weitere Nachunternehmer einsetzen, was schließlich zu einem schwer zu durchschauenden Geflecht von Vertragsbeziehungen führt. Diese Praxis führt dazu, dass die Unternehmen, welche den Zuschlag erhalten haben, lediglich einen Gewinn abschöpfen und den Auftrag im Übrigen „weiterreichen“. Dies bewirkt, dass die für den Auftrag bereitgestellten öffentlichen Mittel letztlich nur zu einem Teil tatsächlich für den Auftrag eingesetzt werden. Die den Auftrag ausführenden Unternehmen müssen mit einer deutlich geringeren Summe auskommen, was dazu führt, dass – insbesondere bei Kontrollen durch die

Sonderkommission Mindestlohn –häufig Personen auf den Baustellen angetroffen werden, die mit (Teilzeit-) Arbeitsverträgen aus der untersten Lohngruppe ausgestattet sind oder als selbständige Einzelunternehmer auftreten. Die Papierlage erscheint hierbei vielfach unklar.

Problem Eignungsprüfung

Die hier dargestellte Praxis stellt die vergaberechtlich vorgesehene Eignungsprüfung in Frage, da im Regelfall nur die Eignung des am Anfang der Kette stehenden Unternehmens geprüft wird. Die Eignung der, die Leistung tatsächlich ausführenden Nachunternehmer wird hingegen kaum näher untersucht.

Ziel des Themenblattes

Um dem entgegenzuwirken sollen Auftraggeber mithilfe dieses Themenblattes in die Lage versetzt werden, die unkontrollierte Weitergabe von Aufträgen an Nachunternehmer zu unterbinden und gegebenenfalls den Zuschlag von vornherein nur solchen Unternehmen zu erteilen, die zumindest einen vorher festgelegten Teil der zu vergebenden Leistung selbst ausführen und sich insoweit keiner Nachunternehmer bedienen.

III. Selbstausführungsgebot als Bestandteil der Bewerbungs- und Vertragsbedingungen

Der Auftraggeber ist berechtigt, vom Auftragnehmer Auskunft über die Hinzuziehung von Nachunternehmern sowie deren Eignungsnachweise zu verlangen, soweit er diese Informationen zur Beurteilung des Bieterangebotes und der Eignung des Bieters benötigt.

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen wird im Folgenden zwischen nationalen und EU-Vergabeverfahren unterschieden.

1. EU-Verfahren

a. Nachunternehmereinsatz – grundsätzlich zulässig

Angebotsunterlagen

Eignungsleihe

Grundsätzlich kann sich der Auftragnehmer als Hauptunternehmer bei der Erfüllung eines öffentlichen Auftrages eines Nachunternehmers bedienen.¹ Der öffentliche Auftraggeber kann vom Bieter verlangen, dass dieser in den Angebotsunterlagen Angaben dazu macht, welche Teile des Auftrags er an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigt. Hierzu wird verwiesen auf das Formular 233 (Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen) und auf das Formular 212HB (Ergänzende Bewerbungsbedingungen der Freien Hansestadt Bremen für die Vergabe von Bauleistungen) sowie auf das Formular 231 HB-EU (Erklärung des Auftragnehmers).²

Für den Bieter besteht im Zusammenhang mit dem Nachunternehmereinsatz zudem die Möglichkeit der Eignungsleihe. Ein Bewerber oder Bieter kann sich

¹ § 6aEU Ziffer 3 i) VOB/A.

² Abrufbar unter: <https://fastforms.de/cirali/cfs/formlist?MANDANTID=260&DESIGN=98>.

zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen – ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen – stützen (Eignungsleihe).³ Die Eignungsleihe führt grundsätzlich zum Nachunternehmereinsatz. Ausnahmen bestehen, wenn der Auftragnehmer lediglich im Hinblick auf die finanzielle (z.B. Bürgschaften des Mutterkonzerns) oder technische Leistungsfähigkeit Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nimmt (z.B. verfügbarer Maschinen- und Gerätepark).⁴

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Nachunternehmereinsatzes, also die Möglichkeit eines Auftragnehmers die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, kann aber mit dem Interesse des Auftraggebers, dass bestimmte Leistungen vom Hauptunternehmer selbst ausgeführt und die entsprechenden Eignungsnachweise erbracht werden, kollidieren.

b. Rechtslage vor Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU

Vor der Vergaberechtsreform zum 18.04.2016 in nationales Recht⁵, gab es keine ausdrückliche Regelung zum Selbstausführungsgebot.

In der Rechtsprechung des EuGH wie auch in der deutschen Rechtsprechung gab es eine Entwicklung von der Unzulässigkeit eines Selbstausführungsgebots⁶ hin zu einer beschränkten Möglichkeit, die Inanspruchnahme von Drittkapazitäten in Ausnahmefällen einzugrenzen⁷.

c. Selbstausführungsgebot - neue Rechtslage nach der Vergaberechtsreform

Nach Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU sieht das Vergaberecht für EU-Verfahren eine ausdrückliche Regelung des Selbstausführungsgebots vor.⁸ Der öffentliche Auftraggeber kann vorschreiben, dass kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder – wenn der Bieter einer Bietergemeinschaft angehört – von einem Mitglied der Bietergemeinschaft auszuführen sind.

Der Auftraggeber hat einen Beurteilungsspielraum dahingehend, welche Teile der zu vergebenden Leistung als „kritisch“ eingestuft werden können. Weder die Richtlinie noch der zweite Abschnitt der VOB/A enthalten eine nähere Regelung. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff.

³ § 6dEU Abs. 1 VOB/A.

⁴ Einführungserlass VOB 2016 zu § 6dEU – Kapazitäten anderer Unternehmen.

⁵ Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU

⁶ EuGH, C 176/98; EuGH, C 314/01; OLG Düsseldorf, Verg 18/06; Stoye, Brugger: Die Renaissance des Selbstausführungsgebots, VergabeR 2015, S. 647 (649).

⁷ EuGH, C 27/15; EuGH, C 94/12; VK Bund, VK 3-22/09; Stoye, Brugger: Die Renaissance des Selbstausführungsgebots, VergabeR 2015, S. 647 (650).

⁸ § 6dEU Abs. 4 VOB/A.

Auslegung „kritische Aufgaben“

Im Ergebnis kommen als „kritisch“ alle Leistungsteile in Betracht, bezüglich derer der Auftraggeber ein konkretes, nicht völlig unberechtigtes Interesse an einer Selbstaussführung begründen kann.⁹ Das Gebot der Selbstaussführung darf sich nicht auf solche Teile der Leistung beziehen, die für die Erbringung des Auftrages nicht erheblich sind z.B. Endreinigung der Baustelle.¹⁰ Vielmehr muss es dem Auftraggeber begründet darauf ankommen, für einen bestimmten Leistungsteil mit seinem Vertragspartner einen direkten Ansprechpartner zu haben in Bezug auf die Leistungsfähigkeit und insbesondere hinsichtlich der Abwicklung dieses Leistungsteils.¹¹ Zum einen kann sich das Merkmal „kritisch“ auf die Aufgabe selber beziehen und einen besonders sensiblen, für den Gesamterfolg der Baumaßnahme maßgeblichen Teil der Baumaßnahme betreffen (z.B. Technische Gebäudeausrüstung für Forschungsbauanlagen; Bewachungsdienstleistungen). Zum anderen kann sich aber auch aus den Umständen der Baumaßnahme eine „kritische“ Situation ergeben, die die Vorgabe der Selbstaussführung rechtfertigt. Eine solche Situation kann z.B. durch Verzögerungen entstehen. Wurde eine Baumaßnahme beispielsweise in Lose aufgeteilt und haben sich bei der Durchführung vorangegangener Lose bereits Verzögerungen im Bauablauf ergeben und droht dadurch für nachfolgende Lose eine erhebliche weitere Verzögerung, so kann der Auftraggeber ein begründetes Interesse an einem einheitlichen Ansprechpartner und damit an einer Selbstaussführung durch den Auftragnehmer haben.

Nicht zulässig ist eine Selbstaussführungsvorgabe in Form eines abstrakten Prozentsatzes (z.B. Eigenleistungsanteil >30 %). Das Selbstaussführungsgebot muss sich immer auf konkret benannte kritische Leistungsteile beziehen.¹²

Dokumentationspflicht

Da es sich um eine Ausnahme vom grundsätzlich zulässigen Nachunternehmereinsatz handelt, muss der Auftraggeber die Gründe für das Vorliegen eines berechtigten Interesses („kritische Aufgabe“) an einer Selbstaussführung darlegen.

2. Nationale Verfahren

a. Nachunternehmereinsatz

Auch in nationalen Verfahren sind Nachunternehmereinsatz und Eignungsleihe grundsätzlich zulässig.¹³ Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot¹⁴ und lässt sich aus dem Umstand ableiten, dass der Auftraggeber die Bieter auffordern kann, in ihrem Angebot die Leistungen

⁹ Stoye, Brugger: Die Renaissance des Selbstaussführungsgebots, VergabeR 2015, S. 647 (652).

¹⁰ Stoye, Brugger: Die Renaissance des Selbstaussführungsgebots, VergabeR 2015, S. 647 (652).

¹¹ Kus, Vergaberecht 2016, 747.

¹² Kus, Vergaberecht 2016, 743.

¹³ Nun für Liefer- und Dienstleistungen ausdrücklich geregelt in § 34 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

¹⁴ § 2 Abs. 2 VOB/A.

anzugeben, die sie an Nachunternehmern zu vergeben beabsichtigen.¹⁵ Auch hier wird insoweit auf das Formular 233 (Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen) und auf das Formular 212HB (Ergänzende Bewerbungsbedingungen der Freien Hansestadt Bremen für die Vergabe von Bauleistungen) sowie auf das Formular 231 HB (Erklärung Auftragnehmer) verwiesen.¹⁶

b. Selbstauführungsgebot

Bei nationalen Vergaben besteht jedoch im Grundsatz ein **Selbstauführungsgebot**.¹⁷ Dies ergibt sich daraus, dass Bietergemeinschaften nur insoweit Einzelbietern gleichzusetzen sind, als sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben der Mitglieder ausführen.¹⁸ Im Umkehrschluss bedeutet dies: Auch **Einzelbieter müssen die Arbeiten grundsätzlich selbst ausführen**. Für die Ausführung von Liefer- und Dienstleistungen kann der Auftraggeber vorschreiben, dass alle oder bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.¹⁹

„kritische Aufgaben“

In der Vergabepraxis hat sich demgegenüber durchgesetzt, dass auch bei nationalen Vergaben die Anmeldung von Nachunternehmerleistungen ungeprüft akzeptiert wird. Dabei sind Fälle, in denen der Auftraggeber den Einsatz von Nachunternehmern zulassen muss, in der VOB/A gar nicht geregelt. Dem Auftraggeber stehen hier alle Möglichkeiten offen, die Weitergabe von Auftragsteilen an Nachunternehmer durch entsprechende Anweisungen in den Vergabeunterlagen zu unterbinden. In Übereinstimmung mit der Normierung bei EU-Verfahren und zur Schaffung von Rechtsklarheit sollte der Auftraggeber hiervon wenigstens bei „kritischen Aufgaben“ Gebrauch machen.

IV. Selbstauführungsgebot als Bestandteil der Vertragsbedingungen nach VOB/B und VOL/B

Nachunternehmereinsatz

Zustimmungserfordernis

Die einzige vergaberechtliche Regelung über den Nachunternehmereinsatz findet sich in § 4 Abs. 8 VOB/B bzw. § 4 Nr. 4 VOL/B.

In der **VOB/B** heißt es: „Der Auftragnehmer hat die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen. Die Zustimmung ist nicht notwendig

¹⁵ § 8 Abs. 2 Ziffer 2 VOB/A.

¹⁶ S.o. II. 1. A.; Abrufbar unter: <https://fastforms.de/cirali/cfs/formlist?MANDANTID=260&DESIGN=98>.

¹⁷ Einführungserlass VOB 2016 zu § 6dEU – Kapazitäten anderer Unternehmen; Glahs in Kapellmann/Messerschmidt/Glahs, VOB/A, 5. Aufl., § 6 Rn. 44.

¹⁸ § 6 Abs. 2 VOB/A.

¹⁹ § 26 Abs. 6 UVgO.

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.“

In der **VOL/B** heißt es: „Der Auftragnehmer darf die Ausführung der Leistung oder wesentlicher Teile davon nur mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers an andere übertragen. Die Zustimmung ist nicht erforderlich bei unwesentlichen Teilleistungen oder solchen Teilleistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist.“

Der rechtswidrige Einsatz eines Nachunternehmers kann folglich bis zur Kündigung des Vertrages führen. Ein rechtmäßiger Nachunternehmereinsatz kommt hingegen nur in zwei Fällen in Betracht:

→ Der Auftraggeber stimmt zu

oder

→ Der Auftragnehmer ist auf die Ausführung des Auftragsteils, der weitergegeben werden soll, nicht eingerichtet (oder es handelt sich um eine unwesentliche Teilleistung²⁰).

Die Zustimmung zur Weitergabe von Leistungen an einen Nachunternehmer erhält der Auftragnehmer in der Regel dadurch, dass der Auftraggeber ein Angebot annimmt, in dem der Bieter vorab zutreffend die Nachunternehmerleistungen – in der Regel in Formular 233 – angegeben hat. Dem soll entgegen gewirkt werden, indem in den Vergabeunterlagen Leistungen als kritische Leistungen zur Selbstauführung ausgewiesen werden. Über diese Leistungen dürfen keine Nachunternehmerleistungen angeboten werden, tauchen dennoch solche Leistungsteile in Formular 233 auf, ist das Angebot auszuschließen.

→ Eine nachträgliche Zulassung von Nachunternehmern, obwohl dies zuvor ausgeschlossen worden war, ist nur in den engen Grenzen einer zulässigen Vertragsänderung möglich.

Auf die Tatsache, dass der Nachunternehmer auf die Ausführung bestimmter Leistungen nicht eingerichtet sei, kann sich ein Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber nur in sehr begrenztem Umfang berufen, nämlich nur dann, wenn die betreffende Teilleistung eine nicht sonderlich ins Gewicht fallende Leistung im Verhältnis zur vertraglich geschuldeten Gesamtleistung

²⁰ Nur gemäß VOL/B.

ist. Einen Anspruch darauf, „kritische Aufgaben“ an einen Nachunternehmer weitergeben zu dürfen, gewähren die §§ 4 Abs. 8 VOB/B bzw. 4 Nr. 4 VOL/B nicht.

V. Ergebnis und Empfehlungen

Der öffentliche Auftraggeber darf sowohl bei nationalen wie auch bei EU-Vergaben fordern, dass der wesentliche Kern der Leistung (die „kritische Aufgabe“) vom Bieter oder der Bietergemeinschaft persönlich ausgeführt wird. Wurde eine solche Selbstaufführung gefordert, darf der betreffende Leistungsteil nicht vom Auftragnehmer an Dritte weitergegeben werden.

Um den in der Einleitung dargelegten Problemen im Vergabewesen entgegenzusteuern empfiehlt die zSKS daher den öffentlichen Auftraggebern:

→ Der Auftraggeber weist kritische Aufgaben als zwingend von Hauptauftragnehmer zu erbringende Leistungen aus.

→ Erbringt der Auftragnehmer kritische Aufgaben nicht im eigenen Betrieb, obwohl dies gefordert war, sollte 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.

Kündigung