

WEISSLEDER.EWER
Notar ■ Rechtsanwälte

Nachunternehmer und Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren

forum vergabe, Hamburg, 18.04.2011

1. Einleitung

2. Bietergemeinschaften

- a) Begriff
- b) Form-Fragen
- c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
- b) Eigenleistung
- c) Notwendige/gewillkürte

d) Erklärungen

4. Identitätskrisen

- a) Unbestimmtheit
- b) Änderungen
- c) Rollentausch
- d) Doppelbeteiligung

Einleitung

- Bietergemeinschaften und Nachunternehmereinsatz betreffen beide „Mehrpersonenverhältnisse auf Bieterseite“
- Aus der Sicht der Unternehmen häufig alternative Gestaltungsformen
- Aus der Sicht der Vergabestelle verschiedenartige Probleme.
- Folgefrage der Entscheidung über den Auftragszuschnitt (Losvergabe)



1. Einleitung

2. **Bietergemeinschaften**

a) Begriff

b) Form-Fragen

c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

a) Begriff / Abgrenzung

b) Eigenleistung

c) Notwendige/gewillkürte

d) Erklärungen

4. Identitätskrisen

a) Unbestimmtheit

b) Änderungen

c) Rollentausch

d) Doppelbeteiligung

Bietergemeinschaften: Begriff

- Zusammenschluss von mindestens zwei Unternehmen zum Zwecke der gemeinsamen Angebotsabgabe mit dem Ziel der Erteilung des Zuschlags auf das gemeinsame Angebot
 - Im Regelfall zur gemeinsamen Auftragsdurchführung, s. unten
- Bietergemeinschaft ist selbst Bieterin
- Vergaberechtlich: Wie ein Einzelbieter zu behandeln
 - § 4 I 1 VOF Bieter „einzelne oder mehrere“ Personen sein
 - § 6 EG II 1VOL/A: wie Einzelbieter zu behandeln
 - § 6 I Nr. 2 VOB/A: sind Einzelbietern gleichzusetzen, wenn sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben ihrer Mitgliedern durchführen
- Mitglieder der BiGe werden vergaberechtlich nicht als Dritte angesehen, keine „Verpflichtungserklärung“, aber:
- BiGe-Zusammensetzung und etwaige ARGE-Form ist bei Bewerbung/Angebot zu erklären



1. Einleitung

2. Bietergemeinschaften

a) Begriff

b) Form-Fragen

c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

a) Begriff / Abgrenzung

b) Eigenleistung

c) Notwendige/gewillkürte

d) Erklärungen

4. Identitätskrisen

a) Unbestimmtheit

b) Änderungen

c) Rollentausch

d) Doppelbeteiligung

Bietergemeinschaft: Rechtsformanforderungen I

- Kartellvergaberecht: Bestimmte Rechtsform kann nur für den Fall der Auftragserteilung und nur verlangt werden, sofern das für eine ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist (§ 6 EG II 2 VOL/A, § 6a VIII VOB/A, § 4 IV VOF)
- Standardfall: BiGe wird mit Zuschlag ARGE
- IdR sind BiGe und ARGE als GbR anzusehen
 - dann ergibt sich gesamtschuldnerische Haftung aus Gesellschaftsform (akzessorische Haftung analog § 128 HGB), evtl. ist ARGE auch selbst OHG
- Häufiger Text: „gesamtschuldnerisch haftend mit bevollmächtigtem Vertreter“
- Gesamtschuldnerische Haftung erforderlich?
 - Dokumentation im Einzelfall nötig!
- Wechsel der Identität / Rechtsform nach Zuschlag, s. unten



0% 50% 100%

1. Einleitung

2. **Bietergemeinschaften**

a) Begriff

b) Form-Fragen

c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

a) Begriff / Abgrenzung

b) Eigenleistung

c) Notwendige/gewillkürte

d) Erklärungen

4. Identitätskrisen

a) Unbestimmtheit

b) Änderungen

c) Rollentausch

d) Doppelbeteiligung

Bietergemeinschaft: Rechtsformanforderungen II

- Sonderproblem bei Freiberuflern
- § 4 IV VOF: Bestimmte Rechtsform, sofern ... notwendig „und berufsrechtliche Vorschriften dem nicht entgegenstehen“
 - Bedeutung unklar
 - Bsp: Keine Partnerschaft mit nicht sozietätsfähigen Berufen (§ 59a BRAO, § 1 III PartGG)
- Gesamtschuldnerische Haftung mit berufsfremden Personen zulässig?
 - Gewerbesteuerrechtliche Infizierung möglich
 - Kein Versicherungsschutz
- OLG Jena, OLG Celle sahen kein Problem
- Ohne Dokumentation angreifbar
- Berufspolitisch: Reformbedarf



1. Einleitung

2. Bietergemeinschaften

a) Begriff

b) Form-Fragen

c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

a) Begriff / Abgrenzung

b) Eigenleistung

c) Notwendige/gewillkürte

d) Erklärungen

4. Identitätskrisen

a) Unbestimmtheit

b) Änderungen

c) Rollentausch

d) Doppelbeteiligung

Bietergemeinschaft: Eignungsanforderungen

- Zuverlässigkeit muss für jedes BiGe-Mitglied vorliegen
- Fachkunde und Leistungsfähigkeit muss nicht für jedes Mitglied bezogen auf den Gesamtauftrag vorliegen, nur insgesamt muss Fachkunde und Leistungsfähigkeit vollständig sein
- Nach Rspr. müssen Versicherungsnachweise von jedem Mitglied erfüllt werden, auch bei gesamtschuldnerischer Haftung
 - Richtig, wenn in Bekanntmachung geregelt, sonst zw.



0%

50%

100%

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

Nachunternehmer: Begriff und Abgrenzung I

- Nachunternehmerleistungen sind
 - Tätigkeiten Dritter zur Erbringung der nach dem Hauptauftrag geschuldeten Leistung im Auftrag und auf Rechnung des Auftragnehmers,
 - also ohne Vertragsverhältnis des NU zum Hauptauftraggeber
- Abgrenzung bedeutsam für
 - NU-Erklärungen/-benennung/Verfügbarkeitsnachweis
 - Zustimmungserfordernis für Übertragung (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B)
- NU ist auch ein konzernverbundenes Unternehmen
 - „Drittunternehmen“ (OLG Düsseldorf)
- NU sind auch Nach-Nachunternehmer usw.
- Zulieferer sind keine NU



1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
- a) Begriff
- b) Form-Fragen
- c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
- b) Eigenleistung
- c) Notwendige/gewillkürte
- d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
- a) Unbestimmtheit
- b) Änderungen
- c) Rollentausch
- d) Doppelbeteiligung

NU oder Zulieferer? Gesamtbetrachtung:

- Ähnlichkeit des Leistungsbildes spricht für Unterauftrag
 - zB: Werkvertrag oder bloßer Kauf von Materialien?
- Verursachung der Beschaffung durch Hauptauftrag spricht für UA
- individuelle Durchstellung der Bedingungen des Hauptauftrages spricht für UA
- Abgeschlossenheit und Eigenständigkeit sprechen für UA
- Hohe Komplexität und Qualifikationserfordernisse sprechen für UA



1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
- b) Eigenleistung
- c) Notwendige/gewillkürte
- d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

Systematik der NU-Einbindung

- Einbindung denkbar
 - in der Vergabephase – „ursprünglich“
 - in der Ausführungsphase – „nachträglich“
- Vorliegend: von vornherein beabsichtigte Weitervergabe ,
daraus resultierende Einbindung in das Vergabeverfahren
- Echte „Weitervergabe“ erfolgt idR erst nach Zuschlag
- Finaler Bezug Vergabephase auf Erfüllungsphase



1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

Selbstaussführungsgebot: Traditionelles Verständnis

- Vergabephase: § 6 II Nr. 1/2 VOB/A – nicht mehr in VOL/A
 - bei Öffentlicher Ausschreibung Abgabe der Unterlagen an Bewerber, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen
 - BiGe = Einzelbieter, wenn Ausführung im eigenen Betrieb oder in Mitgliedsbetrieben
- Erfüllungsphase: § 4 VIII Nr. 1 VOB/B, § 4 I Nr. 1 VOL/B, - nicht mehr in VOF
 - Ausführung der Leistung
 - „im eigenen Betrieb“ (VOB/B) bzw.
 - „unter eigener Verantwortung“ (VOL/B)
 - Regelungen über zustimmungspflichtige/nicht zustimmungspflichtige Übertragungen
 - vollständige Übertragung nicht vorgesehen
- Für Vergabephase Rückschluss auf Ausschluss der Generalübernehmervergabe
- Eigenleistungsquote i. E. str., Faustregel: ein Drittel



1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

EU-Recht: Berufung auf Dritte ohne Umfangsgrenze

- **EuGH** (*Siemens Austria, Holst Italia, Ballast Nedam I, II*)
 - kein Ausschluss vom Vergabeverfahren, weil Bewerber die nötigen Kapazitäten nicht selbst besitzt
 - Nachweis der Verfügbarkeit nötig
 - Anders, wenn AG Leistungsfähigkeit der Dritten nicht prüfen kann
- **Art. 47 Abs. 2, Art. 48 Abs. 3 VKR**
 - „Ein Wirtschaftsteilnehmer kann sich ggf. für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. Er muss in diesem Falle dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise die diesbezüglichen Zusagen dieser Unternehmen vorlegt.“
- Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts kein Selbstausführungsgebot, unterschiedliche Umsetzung:
- § 6 Abs. 10 VOB/A, § 7 EG Abs. 9 VOL/A, § 5 Abs. 6 VOF

0% 50% 100%

„Unterschwellige“ Konsequenzen: Abschied vom Selbstausführungsgebot? I

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Folgen für sonstige, inbes. „unterschwellige“ Vergaben sind strittig:
 - Herrschende Auffassung: Es bleibt beim traditionellen Selbstausführungsgebot
 - A. A.: Gleichstellung ober-/unterschwellige Fälle
 - Auch Ihr Referent befürwortet Abschied vom Selbstausführungsgebot
- Binnenmarktrelevanter Bereich („Vergaberecht light“):
 - Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot können betroffen sein, da Marktzutritt erschwert wird
 - Berufung auf lokale NU wg. Entfernungsnachteilen
- Nicht binnenmarktrelevanter Bereich:
 - Verstoß gegen Art. 3 I GG oder zulässige Inländerdiskriminierung?

0% 50% 100%

„Unterschwellige“ Konsequenzen: Abschied vom Selbstausführungsgebot? II

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Rechtfertigung der Ungleichbehandlung GÜ/
Selbsterbringer?
 - Unterschiedliche Leistungsfähigkeit ist keine
Rechtfertigung (kein „Mehr an Eignung“) für
Ausschluss, nur für Auswahl bei TN-Wettbewerb, vgl.
Art. 44 Abs. 4 VKR
 - Kenntnis der Leistungserbringer kann über
Verpflichtungserklärung idR sichergestellt werden
 - Erleichterter Vertragsvollzug wiegt m. E. nicht schwer
genug, um völligen Ausschluss zu rechtfertigen,
Problem stellt sich außerhalb Eigenleistungsquote
nämlich ohnehin
 - Ausschluss benachteiligt tendenziell entferntere
Bewerber

0% 50% 100%

Notwendige und gewillkürte Nachunternehmer

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- „Qualifizierender“ / „notwendiger“ Nachunternehmer
 - Einbindung nötig, um Leistungsfähigkeit zu begründen
- „Unterstützender“ / „gewillkürter“ Nachunternehmer
 - Bieter ist auch ohne Einbindung qualifiziert (≈ Betrieb auf Leistung eingerichtet)
 - Subvergabe aus anderen Gründen, z. B.
 - Kostenvergleich intern / extern
 - geographische Nähe
 - Ressourcenplanung
- Relevanz: Im letzteren Fall kein Verfügbarkeitsnachweis, falls nicht in Vergabeunterlagen anders geregelt
 - Beurteilungsrisiko, Abgrenzung zum Fehlen des Nachweises
 - Kartellrechtliche Fragen beachten!

0% 50% 100%

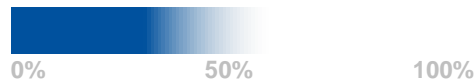
Nachunternehmerangaben: (De-)Eskalationsstufen

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Eskalation nach Inhalt:
 - Benennung des Unterauftragsanteils
 - Benennung der Nachunternehmer
 - Eignungsnachweise
 - Verfügbarkeitsnachweise
- De-Eskalation nach Zeitpunkt:
 - Teilnahmewettbewerb (je nach Verfahrensart)
 - Angebot
 - Zwischen Angebot und Zuschlag
 - „auf Verlangen“, „in der engeren Wahl“



1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

Erklärungsinhalt: Unterauftragsanteil

- Schwächste Form der Angaben zum NU-Einsatz
 - § 8 II Nr. 2 VOB/A erlaubt die Forderung
 - fehlt in der VOL/A, aber gleichwohl zulässig
- Form der Forderung
 - Wenn in BwB enthalten, kommt es nicht auf Formblätter an
 - Str, ob Beifügung der Formblätter allein zur Angabe zwingt (so VK Leipzig, dagegen VK Lüneburg)
- Angaben müssen präzise und widerspruchsfrei sein
 - Ordnungsziffer oder Schlagwort
- Angabe als Eignungsnachweis für Dienstleistungsaufträge (§ 7 II h VOF, nicht in VOL/A)
 - Höhe kann m. E. wg. Art. 47 Abs. 2 / 48 Abs. 3 VKR nicht als K.O.-Kriterium verwendet werden
 - Relevant ggf. f. Teilnehmerauswahl gem. Art 44 Abs. 4 VKR
- Forderung in Bewerbung / Angebot zulässig
- Angabe genügt nicht zur vollständigen Ausschaltung der Zustimmungserfordernisse in Erfüllungsphase (nur „Ob“, nicht „Wer“)

0% 50% 100%

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

Erklärungsinhalt: Nachunternehmerbenennung

- Benennung schaltet nachträgliches Zustimmungserfordernis aus
- Forderung nach Benennung im Angebot kann unzumutbar sein (BGH, OLGs), Abwägung im Einzelfall nötig!
 - Maß der Belastung des Bieters vs. AG-Interesse
- Fraglich, ob das auch für den qualifizierenden NU gilt
 - Ältere Spruchpraxis: muss ungefragt benannt werden
 - § 6a X S. 2 VOB/A: Verfügbarkeitserklärung auf Anforderung des AG für Bieter in engerer Wahl – auch Benennung?? M. E. früher möglich
 - In VOL/A und VOF Zeitpunkt ungeregelt
- Bindung des Bieters an Benennung (OLG Düsseldorf) – oder Wechsel bis Zuschlag möglich?
 - Am besten in Bekanntmachung/VDU regeln
 - Wenn ungeregelt, m. E. „nur“ Frage erneuter Eignungsprüfung, str., s. unten

0% 50% 100%

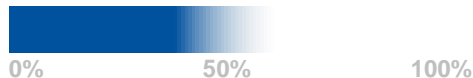
Erklärungsinhalt: Eignungsnachweise

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Keine automatische Verpflichtung zur Vorlage aller geforderten Eignungsnachweise auch für alle Nachunternehmer
 - Regelung in Bekanntmachung zu empfehlen!
- pauschale Anforderung durch den AG vervielfacht den Prüfungsaufwand und das Vollständigkeitsrisiko
- bei qualifizierenden Nachunternehmern aber ungefragte Vorlage, weil sonst Eignung des Bieters fehlt



1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

Erklärungsinhalt: Verfügbarkeitsnachweise

- Zwingend nur bei „qualifizierenden“ NU, fraglich bei Nach-Nachunternehmern
 - „Dritte“ müssen nicht notwendig NU sein – Eignungsleihe auch anders möglich (BiGe, Beratung)
- Art des Nachweises
 - Verpflichtungserklärung nur Beispiel
 - bei konzernverbundenen NU ggf. Unternehmensverträge, Satzungen usw.
 - iZw Verpflichtungserklärung für alle
- Zeitpunkt: Nachweis muss in VOB/A-Verfahren nicht schon mit Angebot erfolgen, sonst offen
 - problematisch, weil eignungsrelevant
 - m. E. Aufschieb nur bis zum Schluss der Eignungsprüfung möglich je nach Verfahrensart
 - Klarstellung durch AG in der Bekanntmachung sinnvoll

0% 50% 100%

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen

3. Nachunternehmer

- a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
4. Identitätskrisen
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

Unvollständige Nachunternehmerangaben

- Rspr zur „alten“ VOB/A, VOL/A: Bei geforderten Angaben zum Nachunternehmereinsatz führt Fehlen oder Unklarheit zum Ausschluss des Angebots
 - Begründung unterschiedlich
 - keine Heilung durch Aufklärungsgespräch
- Str., ob nach den „neuen“ Vergabeordnungen unvollständige Nachunternehmerangaben den Nachforderungsregelungen unterliegen:
 - Fehlende Eignung, § 19 V EG VOL/A, 16 II VOB/A oder
 - Fehlende Erklärungen, § 19 II EG VOL/A, § 16 I Nr. 3 VOB/A (dazu „neigt“ OLG Düsseldorf)

0% 50% 100%

„Identitätskrisen“ I: Alternative Nachunternehmerbenennung

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen
3. Nachunternehmer
 - a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
- 4. Identitätskrisen**
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Benennung mehrerer, alternativ nach Maßgabe einer später zu treffenden Auswahlentscheidung des AN zum Einsatz kommender NU
- Unzulässig, wenn nicht alle zulässig geforderten Erklärungen von und zu allen Kandidaten vorgelegt
- Sonst m. E. grundsätzlich zulässig, str
 - So BayObLG für alternative Eigenleistung
 - Individualisierungsinteresse des AG wird beeinträchtigt, aber: Graduierung der Eignung ohnehin unzulässig
 - Offenhalten des NU-Wettbewerbs kann sinnvoll sein (z. B. Bankenwettbewerb im ÖPP-Modell)
 - bei Teilnahmewettbewerb: „worst case“-Beurteilung
 - Regelung in den Unterlagen möglich: Ausschluss, Art der Berücksichtigung

0% 50% 100%

„Identitätskrisen“ II: Änderungen in einer Bietergemeinschaft

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen
3. Nachunternehmer
 - a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
- 4. Identitätskrisen**
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Identitätswechsel beim Bieter nach Angebotsabgabe (auch schon nach Teilnahmeantrag) ist unzulässig
- Nachträgliche Reduzierung auf Einzelunternehmen:
 - Unzulässige Identitätsänderung, Ausschluss
- Nachträgliches Ausscheiden eines Mitglieds, BiGe bleibt
 - OLG Düsseldorf: Jede Änderung in der Zusammensetzung ist unzulässige Angebotsänderung, führt zum Ausschluss
 - OLG Celle: Nur bei Identitätsänderung, sonst Frage der Eignungsprüfung
 - Im Insolvenzfall kommt es darauf an, ob entgegen § 736 I BGB Fortsetzungsklausel (unter den nicht insolventen) vereinbart
- Regelungen in Bekanntmachung treffen!

0% 50% 100%

„Identitätskrisen“ III: Wechsel von Nachunternehmern

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen
3. Nachunternehmer
 - a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
- 4. Identitätskrisen**
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Wechsel eines benannten NU in Vergabephase
- Zulässigkeit ist strittig, OLG Bremen dafür, OLG Düsseldorf dagegen
 - Begründung „Angebotsinhalt“ trägt m.E. nicht
 - Angebotsbestandteil eigener Art: eignungsbezogen
 - keine Identitätsänderung
 - vergleichbar höchstens dem Ausscheiden eines BiGe-Mitglieds (seinerseits str.)
- Eignungsfrage wird neu aufgeworfen
 - größerer Spielraum des AG wg. Verfahrens-Effizienz
 - z. B. kann Verlängerung der Zuschlagsfrist zwecks neuer Eignungsprüfung nicht verlangt werden
- Empfehlung: Definition in Bekanntmachung / Unterlagen
- Entsprechendes gilt für Wechsel zur Eigenleistung

0% 50% 100%

„Identitätskrisen“ IV: Rollentausch

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen
3. Nachunternehmer
 - a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen
- 4. Identitätskrisen**
 - a) Unbestimmtheit
 - b) Änderungen
 - c) Rollentausch
 - d) Doppelbeteiligung

- Bieter / BiGe „als eigener Nachunternehmer“:
 - Bieter / BiGe möchte nicht (dauerhaft) ein eigenes Vertragsverhältnis zum AG, sondern (wg. Haftung)
 - Projektgesellschaft zwischenschalten
- Auswege aus der Identitätskrise
 - Beteiligung der Projektgesellschaft von Anfang an als GÜ (zulässig, s. oben)
 - nicht erzwingbar (§ 6a VIII VOB/A; § 6 EG II 2 VOL/A, § 4 IV VOF)
 - identitätswahrender Formwechsel
 - nicht bei Vorgründungs-GmbH!
 - Rollentausch nach Zuschlagserteilung (Rahmenvertrag / Vertragsübernahme)
 - Kollision mit Wall AG-Urteil des EuGH?
- Klare Regeln in Bekanntmachung nötig!

0% 50% 100%

„Identitätskrisen“ V: Doppelbeteiligung

1. Einleitung
2. Bietergemeinschaften
 - a) Begriff
 - b) Form-Fragen
 - c) Eignungsfragen
3. Nachunternehmer
 - a) Begriff / Abgrenzung
 - b) Eigenleistung
 - c) Notwendige/gewillkürte
 - d) Erklärungen

4. Identitätskrisen

- a) Unbestimmtheit
- b) Änderungen
- c) Rollentausch
- d) Doppelbeteiligung

- „Geheimwettbewerb“: Wettbewerbsgrundsatz verbietet Beteiligung in Kenntnis der Angebotsgrundlagen eines anderen Bieters
 - nicht formale Verfahrensbeteiligung entscheidend, sondern (zu vermutende) Kenntnislage
- Beteiligung als Einzelbieter und BiGe-Mitglied unzulässig
- Beteiligung als NU und Bieter oder als NU mehrerer Bieter nicht grundsätzlich verboten
 - es kommt auf verbleibende preisliche Spielräume der jeweiligen Bieter an, Abgrenzung i. E. nicht einheitlich



WEISSLEDER.EWER
Notar ■ Rechtsanwälte

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ihr Referent: RA Prof. Dr. Marius Raabe

Walkerdamm 4 - 6 ■ 4103 Kiel ■ Telefon (0431) 9 74 36-0 ■ Telefax (0431) 9 74 36-36
raabe@weissleder-ewer.de ■ www.weissleder-ewer.de